

# LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES CLAUSES PÉNALES, D'INTÉRÊTS MORATOIRES ET DE FRAIS ADDITIONNELS : VERS UNE INTERPRÉTATION COHÉRENTE DU CODE CIVIL DU QUÉBEC

Harold Martin<sup>1</sup>

---

*Cet article examine le contrôle judiciaire des clauses afférentes au dédommagement du préjudice causé par le retard dans l'exécution d'une obligation pécuniaire, à savoir les dommages-intérêts moratoires. Il vise à offrir une interprétation cohérente des articles 1617, 1622 et 1623 du Code civil du Québec et propose une méthode de catégorisation des clauses dites « moratoires », telles que les clauses pénales, les clauses d'intérêts moratoires et les clauses de frais additionnels. À la suite d'une analyse critique de la conceptualisation doctrinale actuelle du préjudice moratoire et du traitement jurisprudentiel de certaines clauses moratoires, nous résumons les possibilités de contrôle judiciaire de ces clauses selon notre interprétation des articles du Code civil du Québec. Nous concluons que, contrairement à l'opinion doctrinale majoritaire, les clauses de frais additionnels, dont les clauses de frais extrajudiciaires, ne doivent pas être contrôlées comme des clauses pénales, mais par le biais d'un mécanisme particulier. De plus, nous soutenons que les tribunaux détiennent un pouvoir de contrôle judiciaire des taux d'intérêts moratoires, que nous conceptualisons comme des clauses pénales. Les implications et conséquences potentielles de cette interprétation, à notre connaissance nouvelle, sont explorées dans la conclusion de l'article.*

---

*This article concerns the judicial review of clauses related to compensation for damages caused by delay in the performance of pecuniary obligations, or moratory damages. The purpose of the article is to provide a coherent interpretation of articles 1617, 1622 and 1623 of the Civil Code of Québec and to propose a method for classifying so-called “moratory” clauses, such as penalty clauses, moratory interest clauses and additional cost clauses. We will conduct a critical analysis of the current doctrinal conceptualization of moratory damages and the judicial treatment of certain moratory clauses and offer a summary of the possibilities of judicial review for these clauses based on our interpretation of the aforementioned articles of the Civil Code of Québec. We conclude that, contrary to the majority doctrinal opinion, additional cost clauses, including extrajudicial costs clauses, should not be reviewed as penalty clauses, but rather, via a specific mechanism. We also argue that tribunals have the power to engage in judicial review of moratory interest rates, which we conceptualize as penalty clauses. This is,*

---

<sup>1</sup> LL.B. (Université de Sherbrooke) et candidat au LL.M. (Université Laval). L'auteur souhaite remercier M<sup>e</sup> Léonie Bourdeau pour ses précieux commentaires.

*to our knowledge, the first time this interpretation has been proposed, and its potential implications and consequences are examined in the article's conclusion.*

---

## Table des matières

Introduction .....	595
1. La conceptualisation actuelle des trois types de clauses moratoires .....	597
1.1 La clause pénale (arts 1622–1623 CcQ) .....	597
1.2 La clause d'intérêts moratoires (art 1617, al 1–2 CcQ) .....	601
1.3 La clause de frais additionnels (art 1617, al 3 CcQ) .....	604
2. Analyse critique de la jurisprudence afférente aux clauses moratoires .....	606
2.1 L'arrêt <i>Groupe Ortam</i> : la clause de frais additionnels comme clause pénale? .....	606
2.2 L'arrêt <i>Van Houtte</i> : un contrôle particulier des clauses de frais additionnels .....	610
2.3 Le contrôle de la clause d'intérêts moratoires par le biais de 1623 CcQ .....	612
3. Conclusion : résumé de la proposition d'interprétation et implications .....	614

---

## Introduction

« *Time is money!* » Cet aphorisme attribué à Benjamin Franklin, sans doute souvent maugréé par le créancier frustré du retard de paiement de son débiteur, prend un sens bien littéral en droit québécois. En effet, celui-ci reconnaît que, lorsqu'il y a tardiveté dans le versement d'une somme d'argent<sup>2</sup>, le simple écoulement du temps crée pour le créancier une présomption quasi absolue de préjudice qui mérite compensation sous la forme de dommages-intérêts moratoires (du latin *morati*, « retarder »<sup>3</sup>). Trois outils contractuels permettent au créancier de se garantir une indemnisation rapide et presque automatique de son préjudice moratoire : la stipulation d'un taux d'intérêt, d'une clause pénale ou d'une clause de frais additionnels (dont l'exemple le plus connu est la clause de remboursement des honoraires et frais extrajudiciaires). Même en

---

<sup>2</sup> Le présent article ne s'intéresse qu'au retard dans l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent au sens de l'art 1617 CcQ. Pour le retard dans l'exécution d'une obligation autre que pécuniaire, voir l'art 1618 CcQ.

<sup>3</sup> *Dictionnaire Larousse*, Paris, Larousse, *sub verbo* « [moratoire](https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/moratoire) », en ligne : <<https://tinyurl.com/5cdz6w89>> [perma.cc/TBT5-RA7S].

l'absence d'une de ces clauses moratoires, le *Code civil du Québec* prévoit l'octroi automatique au créancier d'un intérêt « au taux légal »<sup>4</sup>. Si ces règles sont bien pratiques pour le créancier, elles peuvent tout autant être sources d'abus pour le débiteur, notamment car sa dette sera augmentée automatiquement, même sans preuve d'un *réel* préjudice du créancier<sup>5</sup>. C'est pourquoi le législateur a prévu des mécanismes de contrôle judiciaire de ces pratiques contractuelles consacrées aux articles 1617, 1622 et 1623 du *Code civil du Québec*, dont le plus connu est le pouvoir du juge, établi par l'article 1623, alinéa 2 du *Code civil du Québec*, de réduire le quantum stipulé par une clause pénale lorsqu'il est abusif.

Constatant certains désaccords et inconsistances en la matière, cet article a pour objet d'étudier de manière critique la doctrine et la jurisprudence entourant ces clauses visant à sanctionner le retard de paiement, afin de proposer une interprétation globale et cohérente des articles 1617, 1622 et 1623 du *Code civil du Québec* et du droit de la réparation du préjudice moratoire. Ceci nous permettra d'offrir une méthode de qualification et de catégorisation des clauses moratoires, afin d'établir clairement le fardeau de la partie qui les invoque—le créancier—ainsi que le pouvoir d'intervention du juge.

Nous entamons cette analyse par une description des trois clauses sanctionnant le retard d'exécution d'une obligation (les clauses pénales, d'intérêts moratoires et de frais additionnels), que nous regroupons au titre de « clauses moratoires », telles qu'actuellement conceptualisées par la doctrine (1). Nous procédons par la suite à une analyse critique de trois arrêts de principe de la Cour d'appel du Québec où celle-ci qualifie ces clauses et use de son pouvoir de contrôle de manière qui nous semble incohérente. Nous proposons en réponse une voie uniforme et standardisée qui nous apparaît préférable à suivre (2). Finalement, cette analyse critique nous permettra d'émettre des conclusions novatrices en la matière : d'abord, les clauses de frais additionnels peuvent faire l'objet d'un double contrôle par le juge, mais ne peuvent être qualifiées de clauses pénales; puis, les clauses d'intérêts moratoires sont par définition des clauses pénales dont la raisonnable intrinsèque et contextuelle peut être contrôlée par le juge (3).

---

<sup>4</sup> Art 1617, al 1–2 CcQ.

<sup>5</sup> Sur le « danger » des clauses pénales, voir Jean Pineau, Danielle Burman, Serge Gaudet et Catherine Valcke, *Théorie des obligations*, vol 2 : Les effets des obligations, 5<sup>e</sup> éd, Thémis, 2023 aux pp 1009–10, n° 1688 [Pineau, Burman, Gaudet et Valcke].

## 1. La conceptualisation actuelle des trois types de clauses moratoires

Débutons la présente analyse par une description des trois clauses pouvant servir au créancier à assurer la réparation de son préjudice moratoire : la clause pénale, la clause d'intérêts moratoires et la clause de frais additionnels. Chacune de ces clauses est permise et définie par certains alinéas des articles 1617, 1622 et 1623 CcQ. Malgré leur proximité au sein du CcQ, ces articles sont rarement étudiés et analysés conjointement par la doctrine classique en droit des obligations. Nous tenterons ici, sans prétendre à l'exhaustivité, de résumer la conceptualisation doctrinale actuelle de chacune de ces clauses. Nous étudierons d'abord leur définition et les dispositions du CcQ qui les gouvernent, puis, le cas échéant, le pouvoir de contrôle judiciaire afférent à ce type de clause. Cette catégorisation n'a comme objectif que de servir de point de départ pour notre analyse contenue dans les deuxième et troisième parties de ce texte.

### 1.1 La clause pénale (arts 1622–1623 CcQ)

La clause pénale est un concept largement étudié en droit québécois<sup>6</sup>. Selon sa définition donnée par le *Code civil du Québec*, une clause pénale est « celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation »<sup>7</sup>. On retrouve des clauses pénales dans tous types de contrat : de distribution, d'entreprise, de louage, de vente, de prêt ou de travail<sup>8</sup>. La clause pénale est codifiée aux articles 1622 et 1623 CcQ :

**Art 1622, al 1** : La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation.

**Art 1622, al 2** : Elle donne au créancier le droit de se prévaloir de cette clause au lieu de poursuivre, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de

---

<sup>6</sup> Voir notamment Paul-André Mathieu, « L'évaluation anticipée des dommages dans les contrats de licence (La clause pénale) » dans Service de la Formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en matière de propriété intellectuelle et en droit du divertissement* (2023), vol 542, Montréal, Yvon Blais, 2023, 3; Julie Paquin, « Les approches judiciaires en matière de contrôle des clauses pénales abusives en droit québécois : étude exploratoire de la jurisprudence relative à l'article 1623 CcQ » (2016) 50:1 RJT 1 [Paquin, « Les approches judiciaires »]; Julie Paquin, « Le contrôle des clauses pénales abusives en droit québécois : la clause pénale peut-elle être punitive? » (2013) 47:2 RJT 387.

<sup>7</sup> Art 1622, al 1 CcQ.

<sup>8</sup> Paquin, « Les approches judiciaires », *supra* note 6 à la p 12.

l'obligation; mais il ne peut en aucun cas demander en même temps l'exécution et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée que pour le seul retard dans l'exécution de l'obligation.

**Art 1623, al 1 :** Le créancier qui se prévaut de la clause pénale a droit au montant de la peine stipulée sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi.

**Art 1623, al 2 :** Cependant, le montant de la peine stipulée peut être réduit si l'exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive.

Le second alinéa de l'article 1622 CcQ précise qu'une clause pénale peut servir à sanctionner uniquement le *retard* dans l'exécution de l'obligation, auquel cas elle peut être réclamée concurremment à l'exécution en nature. Cependant, si elle vise plutôt à sanctionner l'*inexécution complète et définitive* de l'obligation, la clause pénale ne pourra être invoquée concurremment à une demande en exécution en nature de l'obligation. Ainsi, on distingue deux types de clauses pénales : la *clause pénale moratoire*, sanctionnant uniquement le retard et ne remplaçant pas l'exécution de l'obligation, par opposition à la *clause pénale substitutive*, qui sanctionne l'inexécution complète et définitive de l'obligation et qui, lorsqu'invoquée, se substitue à l'exécution en nature.

À titre d'exemple, une clause pénale moratoire prendra la forme suivante : « Si le débiteur n'exécute pas l'Obligation à la date T, il devra payer une somme X par jour à titre de frais de retard jusqu'à l'exécution complète. » Une clause pénale substitutive prendra la forme suivante : « Si le débiteur n'exécute pas l'Obligation à la date T, il devra payer en compensation à l'inexécution un montant forfaitaire X à titre de frais de défaut. »

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent à la clause pénale deux objectifs : une fonction *estimatoire* (elle permet aux parties de chiffrer à l'avance le quantum du préjudice en cas d'inexécution<sup>9</sup>) et une fonction *comminatoire* (elle dissuade le débiteur de faire défaut<sup>10</sup>). Ces deux objets expliquent respectivement les deux particularités des clauses pénales : d'abord, pour garantir sa fonction estimatoire, le bénéficiaire d'une

<sup>9</sup> Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd, Montréal, Thémis, 2018 à la p 1914, n<sup>o</sup> 3001 [Lluellas et Moore].

<sup>10</sup> Sur la double fonction de la clause pénale, voir Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2013 à la p 955, n<sup>o</sup> 788 [Baudouin, Jobin et Vézina]; Benoît Moore, *Code civil du Québec. Annotations—Commentaires*, 8<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais, 2023 aux pp 1049–50; Lluellas et Moore, *supra* note 9 aux pp 1914–15, n<sup>o</sup> 3001.1; Frédéric Levesque, *Précis de droit québécois des obligations : Contrat—Responsabilité—Exécution et extinction*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014, n<sup>o</sup> 848.

clause pénale n'a pas à faire la preuve de son préjudice lorsqu'advient le défaut ou le retard dans l'exécution de l'obligation<sup>11</sup>; puis, pour garantir sa fonction comminatoire, la somme réclamée par le créancier peut excéder le préjudice qu'il a réellement subi<sup>12</sup>.

La clause pénale, de par ses fonctions estimatoire et comminatoire, déroge donc au droit de la responsabilité civile, où l'indemnisation à laquelle a droit le créancier vexé ne peut s'élever au-delà du préjudice réellement subi<sup>13</sup>. Elle s'écarte également du droit judiciaire dans son ensemble, en ce qu'elle permet d'obtenir le paiement d'une compensation sans que le créancier ne se décharge de son fardeau de prouver le quantum (voire même l'existence<sup>14</sup>) de son préjudice<sup>15</sup>.

Afin d'éviter les abus et iniquités que l'application des règles susmentionnées pourrait entraîner, le législateur a logiquement accordé au juge un pouvoir d'intervention particulier au second alinéa de l'article 1623 CcQ : « Cependant, le montant de la peine stipulée peut être réduit si l'exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive. »

Le fondement de cette « règle d'équité des juges, qui ont reçu un pouvoir modérateur pour imposer une certaine justice contractuelle »<sup>16</sup>, est de « contrer les stipulations qui, intrinsèquement et indépendamment de toute question de consentement, heurtent le sens élémentaire de la justice »<sup>17</sup>. On notera cependant que ce pouvoir judiciaire est limité à la *réduction* du montant stipulé et exclut par conséquent la *nullité* absolue d'une clause pénale, même abusive<sup>18</sup>. De plus, car le caractère comminatoire d'une clause pénale est reconnu en droit québécois, il serait inadéquat pour le juge de réduire la peine à la hauteur du préjudice réellement subi par le créancier. Il devrait au contraire, pour en préserver

<sup>11</sup> Art 1623, al 2 CcQ.

<sup>12</sup> Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 10 à la p 253, n° 154; Lluellas et Moore, *supra* note 9, n° 3001.1.

<sup>13</sup> Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile*, vol 1 : Principes généraux, 9<sup>e</sup> éd, Montréal, Yvon Blais, 2021 au n° 1-405 : « L'auteur du préjudice est tenu de réparer le dommage, rien que le dommage, mais tout le dommage que sa faute ou son fait a causé à la victime. » [Baudouin, Deslauriers et Moore] On notera cependant l'exception des dommages-intérêts punitifs (voir *ibid* aux n° 1-373-1-404).

<sup>14</sup> Voir cependant Lluellas et Moore, *supra* note 9, n° 3003.

<sup>15</sup> Ce qui est contraire à la règle générale du fardeau de la preuve prévue à l'art 2803 CcQ.

<sup>16</sup> Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 10 à la p 248, n° 151.

<sup>17</sup> *Ibid* à la p 247, n° 151.

<sup>18</sup> *Ibid* à la p 248-249, n° 152; Pineau, Burman, Gaudet et Valcke, *supra* note 5, n° 1691.

son effet dissuasif, maintenir une peine « substantiellement supérieure » au réel dommage subi<sup>19</sup>.

Alors, quand une clause pénale sera-t-elle abusive? La jurisprudence distingue deux cas possibles : l'abus *intrinsèque* et l'abus *contextuel*. Dans un passage souvent cité<sup>20</sup>, la Cour d'appel résume ainsi :

Il ressort de la jurisprudence qu'une clause pénale peut avoir un caractère abusif intrinsèque, lorsqu'il y a disproportion entre la pénalité prévue et la contrepartie ou l'importance de l'obligation qu'elle sanctionne. Le caractère abusif peut aussi être circonstanciel, lorsque la pénalité, qui est raisonnable dans certaines circonstances d'inexécution de l'obligation, ne l'est pas dans d'autres, parce qu'elle est disproportionnée au préjudice réellement subi. On peut penser, par exemple, à la violation d'une clause de non-concurrence qui survient peu avant l'échéance de l'interdiction.<sup>21</sup>

(références omises)

La professeure Julie Paquin, après une étude quantitative de l'application judiciaire du pouvoir de l'article 1623 CcQ, remarque le « manque de cohérence »<sup>22</sup> de la jurisprudence en ce que les juges « n'hésitent pas à intervenir pour réduire le montant prévu par des clauses pénales [...] en se fondant sur une grande variété de motifs qui révèle une conception très large de l'étendue du pouvoir d'appréciation qui leur a été confié »<sup>23</sup>. Ajoutons finalement que, en certaines matières, les clauses pénales sont prohibées, notamment en matière de baux de logement<sup>24</sup> ou en droit de la consommation<sup>25</sup>.

Bref, si la clause pénale peut prendre des formes diverses selon la volonté des contractants, offrant ainsi à ceux-ci une certaine latitude afin de dissuader l'inexécution des obligations et préévaluer leurs dommages, elle demeure toutefois soumise à un pouvoir de contrôle judiciaire qui permet d'assurer un équilibre contractuel en empêchant les abus potentiels.

---

<sup>19</sup> Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 10 à la p 253, n°154; Pineau, Burman Gaudet et Valcke, *supra* note 5, n° 1691.1.

<sup>20</sup> Voir par ex. 3903460 *Canada inc c Elphin inc*, 2022 QCCA 1445 au para 97; *Gaudreau c Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec*, 2021 QCCA 330 au para 41, n 49; *EMCO Corporation c Groupe Pro-B inc*, 2020 QCCA 328 au para 6 [*EMCO*].

<sup>21</sup> *Robitaille c Gestion L Jalbert inc*, 2007 QCCA 1052 au para 51.

<sup>22</sup> Paquin, « Les approches judiciaires », *supra* note 6 à la p 32.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Art 1901 CcQ.

<sup>25</sup> *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1, art 13; Frédéric Levesque, « La sanction par le juge des taux d'intérêt criminels et lésionnaires : réflexion sous forme de lignes directrices » (2020) 122:3 R du N 475 aux pp 491-93 [Levesque, « La sanction »].

Abordons maintenant un mécanisme plus spécifique de prévision des dommages résultant du retard dans l'exécution d'obligations pécuniaires : la clause d'intérêts moratoires, régie par l'article 1617 CcQ.

## 1.2 La clause d'intérêts moratoires (art 1617, al 1–2 CcQ)

Il s'agit d'une autre clause bien connue des juristes québécois : la clause fixant le taux d'intérêt en cas de retard dans l'exécution d'un paiement monétaire, c'est-à-dire la clause d'intérêts moratoires. Nous ajoutons le qualificatif *moratoire* afin de distinguer cette clause de l'intérêt synallagmatique à un contrat de prêt de capital à titre onéreux<sup>26</sup>. Cet autre type d'intérêt, pouvant être qualifié d'intérêt *rémunératoire*<sup>27</sup>, fait l'objet de règles propres au contrat de prêt et ne fait pas l'objet du présent article.

L'article 1617 CcQ régit les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation pécuniaire. Les deux premiers alinéas de cet article énoncent la règle en la matière : le préjudice moratoire sera dédommagé au créancier par le biais de l'intérêt, un pourcentage du capital dû croissant à taux périodique<sup>28</sup>.

**Art 1617, al 1 :** Les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux convenu ou, à défaut de toute convention, au taux légal.

**Art 1617, al 2 :** Le créancier y a droit à compter de la demeure sans être tenu de prouver qu'il a subi un préjudice.

Le premier alinéa de l'article 1617 CcQ offre deux possibilités concernant la méthode de calcul de cette forme particulière de dommages-intérêts. La première, supplétive, consiste en l'octroi de l'intérêt au « taux légal ». Le CcQ renvoie ici implicitement à la *Loi sur l'intérêt fédérale*<sup>29</sup> qui prévoit à son troisième article que, lorsque le taux d'intérêt n'est pas fixé par les parties ou par la loi, il est de cinq pour cent par an<sup>30</sup>. La seconde option offerte par le premier alinéa de l'article 1617 CcQ est celle du « taux convenu » fixé par une clause d'intérêts moratoires. Par exemple, une telle clause stipulera : « Tout retard dans le paiement de la prestation portera intérêt à un taux de dix pour cent par an. »

<sup>26</sup> Voir Lluellas et Moore, *supra* note 9, n° 2993, note 158.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Sauvé c Capital Transit inc*, 2023 QCCA 933 au para 17.

<sup>29</sup> *Loi sur l'intérêt*, LRC 1985, c I-15 [*Loi sur l'intérêt*]. Cette loi est adoptée par le législateur fédéral, car « l'intérêt de l'argent » est une compétence fédérale, voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91(19), reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5.

<sup>30</sup> *Loi sur l'intérêt*, *supra* note 29, art 3.

Dans les deux cas, le second alinéa de l'article 1617 CcQ indique clairement que le créancier a droit à ces intérêts sans avoir à prouver son préjudice. C'est ainsi que la doctrine explique que le préjudice subi en cas de retard dans le paiement d'une somme d'argent est présumé de manière absolue<sup>31</sup> vu la nature frugifère de l'argent<sup>32</sup>.

Tout comme la clause pénale classique, la clause d'intérêts moratoires, par effet de la loi, a donc une fonction estimatoire qui déroge au droit commun de la responsabilité, où le préjudice doit être prouvé pour être indemnisé. Ce préjudice réputé peut lui aussi largement dépasser le réel préjudice subi, les parties pouvant par exemple prévoir sans justification particulière un taux d'intérêt moratoire de 30 %, six fois supérieur au taux légal. Pourtant, et contrairement à la clause pénale où il existe un pouvoir général de contrôle judiciaire par le biais de l'article 1623 alinéa 2 CcQ, la doctrine et la jurisprudence ne reconnaissent aucune méthode générale de contrôle du taux d'intérêt moratoire, à l'exception de quelques règles précises venant de lois particulières établissant certaines exceptions ponctuelles.

Récemment, le professeur Frédéric Levesque s'est explicitement penché sur la question de « [l]a sanction par le juge des taux d'intérêt criminels et lésionnaires »<sup>33</sup> dans un article paru dans la *Revue du notariat*. À juste titre, l'auteur note que « [l]e premier réflexe du civiliste avisé est de penser que le législateur a strictement et clairement encadré un sujet aussi susceptible de créer des abus de vulnérabilité »<sup>34</sup>, mais estime que « [l]a réalité est tout autre »<sup>35</sup>.

Certes, il existe des règles précises portant sur l'intérêt provenant de lois particulières. D'abord, la *Loi sur l'intérêt* impose une règle de forme en obligeant l'énonciation expresse du taux *annuel* (par opposition à un taux *mensuel* ou *hebdomadaire*) lorsqu'il dépasse le taux légal de cinq pour cent par an<sup>36</sup>. Or, la *Loi sur l'intérêt* « ne contient aucune règle qui prévoit un taux maximal ni aucun pouvoir pour le tribunal d'intervenir en cas d'abus »<sup>37</sup>.

Toujours en droit fédéral, l'article 347 du *Code criminel* criminalise la conclusion d'une entente ou la perception d'un taux d'intérêt criminel. Notons que le législateur fédéral a récemment prévu la réduction du taux

<sup>31</sup> Lluelles et Moore, *supra* note 9 au n° 2992.

<sup>32</sup> Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 10 à la p 973, n° 797.

<sup>33</sup> Levesque, « La sanction » *supra* note 25.

<sup>34</sup> *Ibid* à la p 478.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Loi sur l'intérêt*, *supra* note 29, art 4.

<sup>37</sup> Levesque, « La sanction » *supra* note 25 à la p 480.

criminel de 60% à 35% par le biais de la *Loi no 1 d'exécution du budget de 2023*<sup>38</sup>. L'entrée en vigueur de cette modification législative a lieu le 1<sup>er</sup> janvier 2025<sup>39</sup> et est sujette aux exceptions établies par le *Règlement sur le taux d'intérêt criminel*<sup>40</sup>. S'il s'agit bel et bien d'une forme de contrôle du taux d'intérêt par l'établissement d'un plafonnement—vu le fait que toute clause stipulant un taux d'intérêt criminel sera nulle de nullité absolue<sup>41</sup>—force est de constater qu'il n'offre au juge aucune flexibilité lui permettant de considérer le contexte intrinsèque ou extrinsèque du contrat. On ne pourrait donc y voir là une forme de pouvoir d'intervention ou de contrôle judiciaire généralisé.

Étudiant par la suite l'article 2332 CcQ qui concerne la lésion en cas de prêts d'argent (l'intérêt synallagmatique à un prêt d'argent, n'étant pas moratoire, mais plutôt rémunérateur<sup>42</sup>, ne fait pas l'objet du présent article), le professeur Levesque conclut ainsi, reflétant l'opinion doctrinale majoritaire :

**Il n'existe ainsi aucune arme législative pour attaquer les taux d'intérêt élevés de moins de 60 % insérés dans d'autres contrats que le prêt d'argent au sens strict du terme.** Une partie qui s'engage à payer des intérêts à un taux de 59 % en cas de retard dans le paiement de marchandise ne possède aucun recours précis, sauf une demande en vertu de l'ordre public.<sup>43</sup>

(emphase ajoutée)

Tel que nous le verrons dans la deuxième partie de ce texte, nous sommes en respectueux désaccord avec cette affirmation. Selon notre interprétation des articles pertinents du CcQ, il existe en droit commun québécois une « arme législative pour attaquer les taux d'intérêt élevés » codifiée à même le CcQ. Ceci étant, avant d'entreprendre cette analyse, il convient d'étudier

<sup>38</sup> *Loi no 1 d'exécution du budget de 2023*, LC 2023, c 26, art 610(1).

<sup>39</sup> *Décret fixant au 1<sup>er</sup> janvier 2025 la date d'entrée en vigueur des articles 610 à 612 de la Loi n° 1 d'exécution du budget de 2023*, TR/2024-25, (2024) Gaz C II, vol 158, n° 13.

<sup>40</sup> Art 347.01 C cr; *Règlement sur le taux d'intérêt criminel*, DORS/2024-114 [Règlement sur le taux d'intérêt criminel].

<sup>41</sup> Art 1417 CcQ; *Hébert c Capital Transit inc*, 2020 QCCA 926 au para 15; *Roy c Lacombe*, 2017 QCCA 253 aux para 6–7.

<sup>42</sup> Voir Lluellas et Moore, *supra* note 9, n° 2993, note 158 sur la distinction entre les intérêts moratoires, qui sanctionnent un retard, et les intérêts rémunérateurs, qui constituent le « loyer » de l'argent.

<sup>43</sup> Levesque, « La sanction » *supra* note 25 à la p 491. Notons que le professeur Levesque entend ici qu'il n'existe aucune règle *de droit commun*, c'est-à-dire codifiée au CcQ. Le professeur Levesque étudie par la suite les lois relatives à la protection du consommateur (voir *ibid* aux pp 491–94). Celles-ci ne font cependant pas l'objet du présent texte.

un dernier type de clause moratoire qui se retrouve souvent entremêlé avec les clause d'intérêts moratoires et pénales : la clause de frais additionnels.

### 1.3 La clause de frais additionnels (art 1617, al 3 CcQ)

Finalement, décrivons le dernier type de clause, peut-être moins étudié et clairement défini par la doctrine que les deux précédents. Cette clause, que nous nommerons ici « clause de frais additionnels »<sup>44</sup>, trouve son assise au troisième alinéa de l'article 1617 CcQ :

**Art 1617, al 3 :** Le créancier peut, cependant, stipuler qu'il aura droit à des dommages-intérêts additionnels, à condition de les justifier.

Comme l'utilisation du terme « cependant » l'indique, nous sommes ici en présence d'une exception à la règle de l'intérêt comme principale et unique indemnité pour retard dans l'exécution d'une obligation pécuniaire. On notera que cette exception comporte deux limitations précises : d'abord, le droit à ces dommages-intérêts additionnels à l'intérêt doit être *stipulé*, c'est-à-dire prévu par une clause à cet effet par les parties, puis, les dommages-intérêts supplémentaires doivent être *justifiés* par le créancier, c'est-à-dire prouvés au procès selon le fardeau de la preuve<sup>45</sup>. En effet, contrairement à la clause pénale où sa simple stipulation donne droit au créancier au quantum établi (sous réserve du pouvoir de réduction judiciaire de l'art 1623, al 2 CcQ), pour la clause de frais additionnels, sa stipulation est une condition essentielle, mais insuffisante : « le créancier doit obligatoirement faire la preuve du préjudice direct réellement subi »<sup>46</sup>.

Logiquement, ce préjudice supplémentaire sera « distinct de celui que cause le simple passage du temps »<sup>47</sup>, déjà couvert par l'octroi d'intérêts, et découlera plutôt « des débours engagés pour recouvrer la créance »<sup>48</sup>. C'est ainsi que la clause prévue par l'article 1617, al 3 CcQ est appelée par certains une « clause de perception »<sup>49</sup> et que son application la plus courante est la fameuse « clause d'honoraires extrajudiciaires », où le

---

<sup>44</sup> Les termes employés dans la doctrine pour qualifier cette clause varient. Par exemple, Baudouin, Jobin et Vézina utilisent les termes « clause de frais judiciaires » et « clause de frais de perception et d'administration », voir *supra* note 10 à la p 976, n° 798. Nous les englobons ici sous le terme de « clause de frais additionnels » en reflétant le texte de l'article 1617, alinéa 3.

<sup>45</sup> Pineau, Burman, Gaudet et Valcke, *supra* note 5 à la p 1017; Vincent Karim, *Les obligations*, vol 2, 5<sup>e</sup> éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020 aux pp 941-42 [Karim].

<sup>46</sup> Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 10 à la p 975, n° 798.

<sup>47</sup> Lluelles et Moore, *supra* note 9 à la p 1907, n° 2995; voir aussi Karim, *supra* note 45 à la p 939, n° 2469.

<sup>48</sup> Lluelles et Moore, *supra* note 9 à la p 1907, n° 2995.

<sup>49</sup> Baudouin, Deslauriers et Moore, *supra* note 13, n° 1-353.

créancier oblige le débiteur tardif à lui rembourser ses frais d'avocats engagés pour faire exécuter le paiement.

La qualification théorique du droit à des dommages-intérêts supplémentaires—et de la clause nécessaire à son application—semble diviser quelque peu la doctrine classique. Est-ce une clause distincte ou une sous-catégorie de clause pénale?

Les auteurs Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, dans *Les obligations*, énoncent :

En effet, depuis la réforme du *Code civil*, le contrôle judiciaire de la clause pénale trouve application à l'égard de telles clauses et il arrive qu'une stipulation soit réduite parce qu'elle est considérée abusive dans les circonstances d'une affaire.

**Le contrôle judiciaire de la clause pénale constitue la base la plus appropriée, aujourd'hui, pour encadrer cette pratique commerciale [...].**<sup>50</sup>

(références omises, emphase ajoutée)

Dans la 8<sup>e</sup> édition (2014) de leur ouvrage *La responsabilité civile*, les auteurs Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, dans un passage non repris dans la 9<sup>e</sup> édition du même livre, développent sur leur conception d'une telle clause, qu'ils considèrent comme « un certain type de clause pénale »<sup>51</sup>. Là encore, les auteurs indiquent leur support pour la légalité de telles clauses de recouvrement de frais, mais sujette à un contrôle de *raisonnabilité* par le biais du pouvoir du juge de réduction de clause pénale institué par l'article 1623, al 2 CcQ<sup>52</sup>.

En appui à leur opinion, les auteurs citent une certaine jurisprudence<sup>53</sup> qui use du pouvoir de l'article 1623 CcQ pour contrôler une clause de frais additionnels. L'auteur Levesque, quant à lui, juge que « [l']amalgame avec la clause pénale est surprenant », car dans le cas de celle-ci le créancier n'a pas à prouver son préjudice, contrairement à la clause de 1617, al 3<sup>54</sup>. Il reprend cependant l'opinion que le pouvoir de l'article 1623, al 2 CcQ est « le fondement juridique le plus sérieux » pour contrôler les clauses de frais additionnels<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 10 à la p 977.

<sup>51</sup> Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile*, vol 1 : Principes généraux, 8<sup>e</sup> éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014 à la p 636, n° 1-638.

<sup>52</sup> *Ibid* aux pp 638–39, n° 1-640.

<sup>53</sup> Étudiée ci-bas dans la partie 2 du présent texte.

<sup>54</sup> Levesque, « La sanction » *supra* note 25 à la p 505.

<sup>55</sup> *Ibid* à la p 506.

Pour les motifs développés ci-bas en début d'analyse, nous sommes en désaccord avec l'approche préconisée par l'opinion doctrinale majoritaire : la clause de frais additionnels ne peut être considérée comme clause pénale et ne peut par conséquent être assujettie au pouvoir consacré par l'article 1623 CcQ.

## 2. Analyse critique de la jurisprudence afférente aux clauses moratoires

Ce résumé de l'appréhension doctrinale des clauses moratoires étant fait, nous pouvons maintenant y porter un regard critique par le biais d'une analyse de certains arrêts de principe de la Cour d'appel en la matière. D'abord, nous examinerons les arrêts *Groupe Ortam* et *Diamantopoulos*, où la Cour traite une double clause d'intérêts moratoires et de frais additionnels comme étant une clause pénale, méthode que nous désapprouvons (2.1). Puis nous étudierons l'arrêt *Van Houtte*, où la Cour traite différemment une clause de frais additionnels en la contrôlant par le biais de l'article 1374 CcQ, ce qui nous apparaît comme une voie prometteuse (2.2). Nous tournerons ensuite notre attention vers la clause d'intérêts moratoires et décèlerons un pouvoir de contrôle judiciaire jusque-là inutilisé par la jurisprudence (2.3).

### 2.1 L'arrêt *Groupe Ortam* : la clause de frais additionnels comme clause pénale?

En 2012, la Cour d'appel rend l'arrêt 9149-5408 *Québec inc c Groupe Ortam inc*<sup>56</sup>, devenu un arrêt de principe en matière de contrôle de clause moratoire<sup>57</sup>. La clause en cause dans cette affaire, se situant dans un contrat d'entreprise, est la suivante :

#### Pénalité

Au-delà de 30 jours, de la date de facturation, les montants impayés seront majorés d'un intérêt au taux de 2% par mois de retard ou 24% par année.

En cas de litige ou de recours aux tribunaux pour recouvrer des montants impayés, des frais de cour et extrajudiciaires correspondants à un minimum de 850.00\$ et/ou de 25% de la facture totale seront ajoutés au montant de la facture.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> 9149-5408 *Québec inc c Groupe Ortam inc*, 2012 QCCA 2275 [*Groupe Ortam*].

<sup>57</sup> L'arrêt *Groupe Ortam*, malgré sa brièveté (22 paragraphes), a été cité une centaine de fois par des tribunaux québécois. Cependant, la Cour d'appel ne l'a mentionné qu'à deux reprises (*Immeubles Prime inc c Patrick Morin inc*, 2020 QCCA 929 au para 42 et *EMCO*, *supra* note 20 au para 13, n 8) et appliqué une seule fois (*Diamantopoulos c Construction Dompat inc*, 2013 QCCA 929 aux para 76-90 [*Diamantopoulos*]).

<sup>58</sup> *Groupe Ortam*, *supra* note 56 au para 11.

La Cour d'appel juge qu'il s'agit d'une clause « prévo[yant] en réalité une double pénalité »<sup>59</sup> et qui « considérée dans sa globalité, constitue une clause pénale abusive au sens de l'article 1623 CcQ »<sup>60</sup>. La Cour procède donc à « une réduction à un taux global (intérêts et frais de recouvrement) de 15% »<sup>61</sup>. Notons d'ailleurs que dans l'arrêt *Diamantopoulos* rendu l'année suivante, lui aussi arrêt de principe en la matière, la Cour d'appel, face à une clause bicéphale quasi identique, confirme sa position qu'une « clause de recouvrement des frais et honoraires extrajudiciaires [...] peut certainement faire, individuellement, l'objet d'un constat d'abus »<sup>62</sup>. On voit donc que la Cour d'appel, reflétant l'opinion des auteurs Baudouin, Jobin et Vézina, considère que « [l]e contrôle judiciaire de la clause pénale constitue la base la plus appropriée » pour le contrôle des clauses de frais additionnels, et particulièrement des clauses de frais d'honoraires extrajudiciaires<sup>63</sup>.

Avec le plus grand des égards, cette approche, où la Cour combine la clause d'intérêts et celle de frais additionnels en une seule clause pénale, obscurcit les distinctions entre les types de clauses précédemment présentées et, surtout, fait abstraction de l'application de l'article 1617 CcQ. Proposons ici une analyse rigoureuse de la clause précitée qui tient compte des distinctions établies dans la partie 1 du présent texte.

Tout d'abord, nous sommes en désaccord avec l'approche où les deux alinéas de la clause (la stipulation d'intérêt moratoire ainsi que la stipulation d'un droit au recouvrement des honoraires extrajudiciaires) sont considérés ensemble et indivisément<sup>64</sup>. Il est capital de séparer la clause en deux, car chacun de ses alinéas prévoit une obligation distincte, gouvernée chacune par des dispositions distinctes du CcQ et, nous le verrons, faisant l'objet d'un contrôle judiciaire distinct dans sa source et ses paramètres.

Le premier alinéa de la clause de l'arrêt *Groupe Ortam* est une clause d'intérêt moratoire typique (art 1617, al 1–2 CcQ), stipulant un taux fixe qui, selon la doctrine et la jurisprudence, nous l'avons vu, ne fait pas l'objet d'un contrôle spécifique, autre que par le biais de la *Loi sur l'intérêt* ou d'autres lois particulières.

<sup>59</sup> *Ibid* aux para 12–13.

<sup>60</sup> *Ibid* au para 16.

<sup>61</sup> *Ibid* au para 20.

<sup>62</sup> *Diamantopoulos*, *supra* note 57 au para 80.

<sup>63</sup> Baudouin, Jobin et Vézina, *supra* note 10 à la p 977.

<sup>64</sup> Dans *Groupe Ortam*, *supra* note 56 au para 14, la Cour considère la clause « dans sa globalité ». Dans *Diamantopoulos*, *supra* note 57 au para 80, c'est la « conjugaison » des deux clauses qui crée l'abus.

Le second alinéa est une clause de frais additionnels (art 1617, al 3 CcQ) en ce qu'elle prévoit, en sus des intérêts, un droit du créancier à des dommages-intérêts additionnels afin de se faire rembourser ses frais de perception. Elle est d'ailleurs la plus classique et reconnue des clauses de frais additionnels, soit la clause de remboursement des frais et honoraires extrajudiciaires. La Cour d'appel qualifie le pourcentage stipulé (25 %) en frais et honoraires judiciaires comme étant de « nature comminatoire »<sup>65</sup>. Or, ce raisonnement ne considère pas la nature et les particularités d'une clause de frais additionnels, en la catégorisant à tort comme une clause pénale pouvant avoir un effet comminatoire. De plus, il donne *a priori* effet à une stipulation en partie sans effet juridique. Expliquons-nous.

La source du problème de cette interprétation est le fait qu'un dommage additionnel stipulé en vertu de 1617, al 3 n'octroie pas automatiquement au créancier un droit à un montant précis. Contrairement à la clause d'intérêts moratoires et la clause pénale, le préjudice additionnel doit être « justifié », c'est-à-dire prouvé au procès<sup>66</sup>. Ainsi, la portion de la clause préfixant le dommage supplémentaire liquidé à 850 \$ ou 25 % de la facture totale n'a *aucune* valeur juridique et n'a donc pas à être réduite. Or, si cette clause n'a pas d'effet estimatoire (elle ne fixe pas par avance le quantum du dommage), elle ne peut non plus avoir d'effet comminatoire (*a fortiori*, elle ne fixe pas le quantum du dommage à un niveau supérieur au réel préjudice).

Dès lors, il serait erroné de qualifier une clause de frais juridiques comme une « clause pénale » ou comme étant une partie de celle-ci. Les clauses de frais de perception d'un paiement monétaire comme celles en l'espèce ne sont pas des clauses pénales au sens de 1622, al 1 CcQ et 1623, al 1, car elles n'ont pas pour effet d'anticiper par stipulation les dommages-intérêts moratoires supplémentaires, puisque l'article 1617, al 3 CcQ force le créancier à faire une preuve de ceux-ci. Les considérer comme une clause pénale créerait une confrontation directe et paradoxale entre 1617, al 3 (« à condition de les justifier ») et 1623, al 1 CcQ (« sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi »)<sup>67</sup>. De plus, elles ne permettent pas au créancier de recevoir une somme supérieure à celle du préjudice réellement subi, ce qui est toléré pour les clauses pénales en vertu de leur objectif comminatoire. En vertu de l'article 1617, al 3 CcQ, la clause ne sera efficace que « dans la seule mesure du préjudice réellement subi par le créancier »<sup>68</sup>. En d'autres termes, l'article 1617, al 3 CcQ crée une

---

<sup>65</sup> Groupe Ortam, *supra* note 56 au para 17.

<sup>66</sup> Art 1617, al 3 CcQ.

<sup>67</sup> Levesque, « La sanction » *supra* note 25 à la p 505.

<sup>68</sup> Pineau, Burman, Gaudet et Valcke, *supra* note 5, n° 1699.

exception législative à la stipulation d'une clause pénale en neutralisant ses effets principaux.

Ainsi, une clause de frais additionnels de l'article 1617, al 3 CcQ ne peut, par effet de la loi, avoir de fonction estimatoire (car il faudra prouver au procès le préjudice) ni de fonction comminatoire (car la somme allouée ne pourra excéder le réel préjudice). Dès lors, appliquer l'article 1623, al 2 CcQ, prévu pour le contrôle des clauses pénales, afin de contrôler le « caractère abusif » de ces clauses qui ne sont *par définition* pas des clauses pénales, est une erreur de droit. L'erreur a aussi une conséquence directe, car c'est justement les caractères estimatoire et comminatoire propres à la clause pénale qui justifient et légitiment le pouvoir particulier d'intervention du juge de l'article 1623 CcQ. Le réel contrôle de ces clauses se fait par le biais de la « justification » au sens de l'article 1617, al 3 CcQ, c'est-à-dire par la preuve du préjudice réel.

Pour revenir à la clause en cause dans l'arrêt *Groupe Ortam*, l'approche préconisée par la Cour a pour effet d'accorder à la clause de frais judiciaires un effet juridique qu'elle n'a pas (celui de prévoir le préjudice à l'avance) afin d'appliquer un pouvoir que la Cour n'a pas (celui d'en contrôler la raisonnable à titre de clause pénale). L'analyse conforme aux articles 1617, 1622 et 1623 CcQ aurait été la suivante : considérer le premier alinéa de la clause comme une clause distincte d'intérêt moratoire stipulé sujette à la *Loi sur l'intérêt*, puis considérer le second alinéa comme une clause de 1617, al 3 CcQ qui n'a pas d'effet en soi et qui donne uniquement ouverture à un dédommagement supplémentaire seulement si le préjudice est prouvé.

Si nous sommes en désaccord avec la méthode de l'arrêt *Groupe Ortam*, où la clause en question est qualifiée de clause pénale à double peine et contrôlée en vertu du pouvoir de l'article 1623 CcQ, le lecteur est en droit de s'interroger : le tribunal peut-il contrôler ce type de clause d'une autre façon? Plus précisément, que faire si les frais judiciaires sont prouvés—ce qui répond à l'exigence de *justification* de l'article 1617, al 3 CcQ—, mais sont déraisonnables, car exagérés ou sans réel lien avec la cause? La Cour est-elle dépourvue de toute possibilité de maintenir une équité contractuelle? La réponse est négative et se retrouve dans un autre arrêt de la Cour d'appel, antérieur aux arrêts *Groupe Ortam* et *Diamantopoulos* : l'arrêt *Van Houtte*<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> *Groupe Van Houtte inc (AL Van Houtte ltée) c Développements industriels et commerciaux de Montréal inc*, 2010 QCCA 1970 [*Van Houtte*].

## 2.2 L'arrêt *Van Houtte* : un contrôle particulier des clauses de frais additionnels

Ce litige oppose le Groupe Van Houtte, un locataire commercial au terme d'un bail, à son propriétaire, l'intimé DICM. La Cour d'appel condamne le locataire à verser les loyers impayés ainsi que des dommages pour la remise en état des lieux<sup>70</sup>. La dernière question à trancher pour la Cour est celle des dommages-intérêts moratoires et de la validité de la clause suivante :

### 9.07 Frais juridiques

Le LOCATAIRE paiera sur demande au LOCATEUR tous les coûts, dépenses et frais juridiques que ce dernier encourra (*sic*) ou paiera pour l'exécution ou pour faire respecter l'exécution des dispositions, conditions et obligations du présent bail.<sup>71</sup>

Selon le locataire, cette clause était invalide, « car son objet serait une prestation indéterminée et indéterminable au sens des articles 1373 et 1374 CcQ »<sup>72</sup>. À juste titre selon nous, la Cour se réfère à l'article 1617, al 3 CcQ pour qualifier et reconnaître la validité de la clause 9.07 et ne mentionne pas les articles 1622 et 1623 CcQ afférents à la clause pénale<sup>73</sup>.

Cependant, sans invoquer le pouvoir du second alinéa de l'article 1623 CcQ, la Cour d'appel applique un contrôle judiciaire rigoureux sur la raisonnable de la clause par le biais des articles portant sur la bonne foi (arts 6, 7 et 1375 CcQ) ainsi que sur l'obligation qu'une prestation soit suffisamment déterminable (arts 1373 et 1374 CcQ). En effet, la Cour, se référant principalement à l'arrêt *Compagnie Montréal Trust*<sup>74</sup>, énonce que « l'application des clauses contractuelles de ce genre doit se faire de manière raisonnable, sous le contrôle du tribunal, dans une perspective contextuelle. En fait, on doit lire dans toutes ces clauses, en filigrane, que seuls peuvent être réclamés les honoraires et débours raisonnablement encourus et non excessifs ou abusifs, dans le respect des métarègles issues des articles 6, 7 et 1375 CcQ ».

Insistions ici sur le fait que ce contrôle de raisonnable de l'une clause négociée dans un contrat de gré à gré trouve sa légitimité dans l'objectif de protection de la règle de la détermination de la prestation des articles

<sup>70</sup> *Ibid* aux para 1–4.

<sup>71</sup> *Ibid* au para 100.

<sup>72</sup> *Ibid* au para 101.

<sup>73</sup> *Ibid* au para 113.

<sup>74</sup> *164618 Canada inc c Compagnie Montréal Trust*, [1998] RJQ 2697 (CA).

1373 et 1374 CcQ<sup>75</sup>. En effet, il est d'une logique d'équité élémentaire de présumer que le cocontractant s'engageant à rembourser des frais judiciaires encourus contre lui ne s'engage que dans la mesure où ces frais sont raisonnables et non exagérés par mauvaise foi ou négligence du créancier<sup>76</sup>.

Cette méthode d'intervention du tribunal définie dans *Van Houtte* et basée sur le contrôle de prévisibilité de la clause est préférable à celle des arrêts *Groupe Ortam* et *Diamantopoulos*, où la Cour doit tordre la définition de la clause pénale afin d'y inclure les clauses de frais supplémentaires pour leur appliquer le contrôle de l'article 1623, al 2 CcQ.

Notons aussi que ce contrôle de « raisonabilité » provenant des articles 1373 et 1374 CcQ s'ajoute à l'exigence de « justification » de l'article 1617, al 3 CcQ, c'est-à-dire de preuve en bonne et due forme du préjudice supplémentaire subi (ici, les honoraires extrajudiciaires prouvés par la production des factures du cabinet). Bref, l'exigence de « justification » de dommages-intérêts supplémentaires de l'article 1617 CcQ demande au créancier (1) la preuve de ce préjudice et (2) la démonstration de la raisonabilité de ce préjudice supplémentaire. On remarquera que ce chemin est harmonieux avec le droit de la responsabilité civile, et principalement avec l'exigence de non-aggravation des dommages de la part de la victime (art 1479 CcQ).

Tel que mentionné plus haut, cette interprétation a comme effet de rendre sans effet juridique la portion de la clause de frais supplémentaires qui tente de préciser un quantum, par exemple en pourcentage de la créance. À titre de rappel, voici la clause étudiée dans l'arrêt *Groupe Ortam* :

En cas de litige ou de recours aux tribunaux pour recouvrer des montants impayés, des frais de cour et extrajudiciaires **correspondants à un minimum de 850.00\$ et/ou de 25% de la facture totale** seront ajoutés au montant de la facture.<sup>77</sup>

(emphase ajoutée)

En 1996, le juge Jean-Pierre Sénécal de la Cour supérieure, dans un passage depuis cité avec approbation par la Cour d'appel<sup>78</sup>, arrivait en *obiter* à cette conclusion en discutant d'une clause comme celle en l'espèce :

<sup>75</sup> *Van Houtte*, *supra* note 69 au para 127.

<sup>76</sup> Pineau, Burman, Gaudet et Valcke, *supra* note 5 aux pp 1014–15, n° 1693–95.

<sup>77</sup> *Groupe Ortam*, *supra* note 56 au para 11.

<sup>78</sup> *Van Houtte*, *supra* note 69 au para 120, où la Cour qualifie cette remarque de « judiciaire ».

**En fait, on peut même se demander si ce n'est pas la clause avec pénalité à pourcentage fixe qui est maintenant interdite?** On voit des clauses où, par exemple, les gens prévoient un montant fixe de dommages s'il faut aller en cour, comme par exemple 15 % de la réclamation à titre de dommages liquidés pour les frais extrajudiciaires. On peut se demander, à la lecture de l'article 1617, 3e al., si ce n'est pas cette technique du pourcentage fixe qui contreviendrait à la loi, plutôt qu'un montant à déterminer, dans la mesure où le Code dispose que l'indemnité ne doit être payable que si elle est justifiée. Comment dire à l'avance que des dommages représentant 15 % de la somme due (et on peut parler de millions dans certains cas) devront être payés à titre de dommages découlant de la non-exécution de l'obligation? Rien ne permet de savoir à l'avance que ce montant sera justifié eu égard aux dommages réellement subis. À l'inverse, si l'on dit dans une clause que l'on réclamera les dommages réellement subis, cela paraît plus conforme à ce que prévoit l'article 1617 puisqu'il faut justifier. **Le pourcentage qu'on retrouve dans bien des contrats pourrait n'être correct que si l'on prouve qu'il correspond à des dommages réels ou si on a prévu qu'il s'agira d'un maximum.** Sinon, je crois qu'avec le texte de l'article 1617, un tribunal pourrait avoir le droit de réduire le pourcentage prévu, devant la preuve qu'il n'a pas de justification.<sup>79</sup>

(emphase ajoutée)

La présente analyse supporte entièrement les propos du juge Sénécal. Pour aller plus loin, on peut même conclure que la mention d'un montant ou d'un pourcentage, si elle a un effet, en serait un qui serait désavantageux au créancier, soit d'établir un plafond aux honoraires réclamables.

En conclusion, l'approche de l'arrêt *Van Houtte* nous apparaît bien préférable à celle de l'arrêt *Groupe Ortam*. Dans le premier arrêt, la Cour traite à juste titre la clause de frais additionnels, ici sous la forme d'une clause de frais judiciaires, comme une créature en soi. Tout en n'appliquant pas le contrôle de l'article 1623 CcQ à ce qui n'est pas une clause pénale, elle s'assure de ne pas se priver de tout pouvoir d'intervention et ainsi ouvrir la porte à l'abus en sollicitant un article distinct afin de se conférer un pouvoir de contrôle sur des bases cette fois appropriées.

### **2.3 Le contrôle de la clause d'intérêts moratoires par le biais de 1623 CcQ**

Les distinctions étudiées précédemment pourraient apparaître au lecteur comme relativement théoriques, mais elles sont essentielles pour arriver à une seconde conclusion lourde de conséquences pratiques : la possibilité de contrôler le taux d'intérêt moratoire dans tout contrat.

<sup>79</sup> *PG Productions inc c Intégral Vidéos inc*, 1996 CanLII 4609 (QC CS) au para 64.

Retournons au premier alinéa de la clause « Pénalité » de l'arrêt *Groupe Ortam*, soit celui précisant un taux d'intérêt moratoire de 24 % par an. Dans *Groupe Ortam* comme dans d'autres arrêts depuis, la Cour d'appel se permet de réduire ce pourcentage d'intérêt, car il est jumelé à ce qu'elle qualifie d'une clause pénale, soit la clause de frais judiciaires. Or, si le second alinéa de la clause « Pénalité » n'est pas une clause pénale et est plutôt contrôlable par la Cour par des mécanismes qui lui sont propres—l'exigence de justification en vertu de l'art 1617, al 3 CcQ et de raisonnable en vertu des arts 1373 et 1374 CcQ—, peut-on contrôler en vertu du droit commun québécois le taux d'intérêt moratoire stipulé?

L'analyse entreprise ci-haut nous amène à conclure qu'il existe en droit civil québécois un pouvoir judiciaire de réduction de tout taux d'intérêt moratoire lorsque jugé abusif.

Nous avons établi que les clauses de frais supplémentaires de l'article 1617, al 3 (dont les clauses de frais judiciaires) ne sont par définition pas des clauses pénales au sens des articles 1622 et 1623. Alors, nous pouvons nous interroger : Quelle clause contient une évaluation par anticipation des dommages-intérêts moratoires<sup>80</sup>? Quelle clause donne droit au créancier au montant stipulé « sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi »? Il nous apparaît qu'il s'agit de la clause fixant un taux d'intérêt en cas de retard dans l'exécution de l'obligation telle que définie par l'art 1617, al 1 et 2 CcQ, soit la clause d'intérêts moratoires que l'on retrouve dans presque tout contrat où est prévu un paiement pécuniaire.

En fait, une lecture conjointe de l'article 1622, al 1 avec l'article 1617, al 1, puis de l'article 1623, al 1 avec l'article 1617, al 2, nous amène inévitablement à cette conclusion : puisqu'elle évalue par anticipation des dommages-intérêts moratoires et permet au créancier de les obtenir sans faire la preuve de son préjudice, une clause d'intérêts moratoires, par définition, est une clause pénale. Or, si une clause pénale peut être contrôlée par le biais du pouvoir prévu par l'article 1623, al 2 CcQ, tout taux d'intérêt moratoire peut être contrôlé par le même mécanisme pour en juger de son caractère abusif ou non. La figure suivante résume la relation entre clause pénale et la clause d'intérêts moratoires.

---

<sup>80</sup> Art 1622, al 1 CcQ.

**Figure 1. Comparaison entre clause pénale et clause d'intérêts moratoires**

Clause pénale (1622–1623 CcQ)	Clause d'intérêts moratoires (1617, al 1-2 CcQ)
<b>1622, al 1</b> : La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation.	<b>1617, al 1</b> : Les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux convenu ou, à défaut de toute convention, au taux légal.
<b>1623, al 1</b> : Le créancier qui se prévaut de la clause pénale a droit au montant de la peine stipulée sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi.	<b>1617, al 2</b> : Le créancier y a droit à compter de la demeure sans être tenu de prouver qu'il a subi un préjudice.

### 3. Conclusion : résumé de la proposition d'interprétation et implications

De cette analyse critique de la jurisprudence et de la doctrine, proposons maintenant une nouvelle méthode de contrôle des clauses d'intérêts et de frais additionnels, à la lumière d'une interprétation cohérente des articles 1617, 1622 et 1623 CcQ.

Concernant les clauses bicéphales, où il est stipulé que le créancier a droit à un taux d'intérêt moratoire en plus de certains frais additionnels—tel que dans les arrêts *Groupe Ortam* et *Diamantopoulos*—, la solution ne sera pas de les grouper en une clause et de réduire le tout. Ces clauses ne créent pas de double indemnisation, car l'intérêt couvre le préjudice causé par l'absence d'entrée d'argent, tandis que la clause de frais additionnels couvre le préjudice causé par la démarche de recouvrement<sup>81</sup>. Le fait pour le créancier de réclamer le remboursement de ses honoraires raisonnablement encourus ne justifie pas en soi de réduire le taux d'intérêt. Tout au plus, le juge pourra éventuellement considérer l'application d'une clause de frais additionnels dans le caractère intrinsèquement abusif de la clause d'intérêts moratoires afin de s'assurer qu'il n'y ait pas disproportion entre la pénalité et l'importance de l'obligation qu'elle sanctionne. Le contrôle de ces clauses bicéphales devra se faire en deux étapes.

Premièrement, pour la stipulation d'un intérêt moratoire, à laquelle la loi confère le « pouvoir » d'une clause pénale—soit de donner droit à des dommages-intérêts sans avoir besoin de faire la preuve d'un préjudice (art 1617, al 2 CcQ)—, le juge sera habilité à réduire le taux stipulé s'il

<sup>81</sup> Lluelles et Moore, *supra* note 9, n° 2995.

est abusif, que ce soit intrinsèquement ou contextuellement, en vertu de l'article 1623, al 2 CcQ.

Deuxièmement, pour la stipulation d'un droit à une compensation additionnelle, celle-ci doit couvrir un préjudice supplémentaire précis, distinct de celui causé par le simple écoulement du temps, que lui aurait causé le retard dans l'exécution du débiteur. Ce préjudice supplémentaire sera typiquement les frais de recouvrement, dont les honoraires extrajudiciaires et frais d'avocats. Ce droit aux dommages additionnels n'a explicitement pas le « pouvoir » de la clause pénale et ne fait pas preuve du préjudice en soi. La clause sert plutôt de condition nécessaire, mais insuffisante, à se voir octroyer un dommage supplémentaire<sup>82</sup>. Le juge devra vérifier que deux conditions sont remplies pour que le créancier ait droit à ces dommages supplémentaires. D'abord, le créancier devra prouver selon la balance des probabilités l'existence et le quantum de son préjudice supplémentaire, de la même manière qu'il le ferait en droit commun de la responsabilité civile<sup>83</sup>. Puis, il faudra que ce quantum soit, en considérant les faits particuliers et le contexte du litige, raisonnablement prévisible au sens de l'arrêt *Van Houtte*.

Si cette proposition de méthode de contrôle des clauses de frais supplémentaires est plus formaliste que substantive (car, dans les deux cas, la Cour applique un contrôle de raisonabilité), notre proposition de contrôle des taux d'intérêts moratoires est, elle, réellement nouvelle et potentiellement lourde d'implications. De nombreuses questions peuvent immédiatement être soulevées : Qu'est-ce qu'un taux d'intérêt moratoire *abusif*? Comment se distingue-t-il d'un taux d'intérêt *criminel* ou *lésionnaire*?

Voici quelques pistes de réflexion. Comme nous l'avons vu, une « peine » pourra être réduite si elle est abusive<sup>84</sup> intrinsèquement, lorsqu'il y a disproportion entre la pénalité et l'importance de l'obligation qu'elle sanctionne, ou circonstancielle, lorsque les circonstances particulières de l'espèce rendent une peine autrement raisonnable abusive<sup>85</sup>.

Concernant l'abus intrinsèque d'une clause d'intérêt, il nous apparaît ici pertinent de nous référer au droit criminel et à l'article 347 du *Code criminel*. Notons d'abord que la criminalisation du taux d'intérêt criminel

<sup>82</sup> Rappelons que l'article 1617, al 3 CcQ n'a pas pour but de permettre aux contractants d'énoncer une clause pénale en sus du taux d'intérêt, mais au contraire, par l'exigence de « justification », l'interdit.

<sup>83</sup> *Ibid*, art 2803.

<sup>84</sup> *Ibid*, art 1623, al 2.

<sup>85</sup> *Ville de Pointe-Claire c Asphalte Béton Carrières Rive-Nord inc*, 2023 QCCA 1565 au para 65 [*Pointe-Claire*].

inclut non seulement l'intérêt dans un contrat de prêt, mais aussi l'intérêt moratoire. En effet, la Cour suprême, dans l'arrêt *Garland*<sup>86</sup>, a considéré que l'article 347 C cr s'appliquait à une « pénalité pour paiement en retard (PPR) » correspondant à cinq pour cent de la facture de gaz si celle-ci n'était pas payée dans les seize jours de son expédition<sup>87</sup>. Cet arrêt épouse d'ailleurs l'équivalence proposée ci-haut entre clause pénale et intérêts moratoires : les preuves actuarielles considérées par la Cour transforment le paiement ponctuel de la PPR—censée être une clause pénale typique—en un taux d'intérêt qui serait supérieur à 60% pour les clients qui paient dans les 37 jours suivant la date d'échéance<sup>88</sup>.

Ainsi, le plafond de 60%—et à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2025, de 35%—peut servir d'assise pour la détermination d'un taux d'intérêt moratoire abusif au sens de l'art 1623 CcQ *car* criminel au sens de l'art 347 C cr. Notons cependant une exception prévue au nouveau *Règlement sur le taux d'intérêt criminel* qui devrait, selon la même logique, être considérée par le juge. Lorsque l'emprunteur (en contexte moratoire, le débiteur) n'est pas une personne physique et que le prêt vise des fins commerciales ou d'affaires et est d'une valeur supérieure à 500 000 \$, l'article 347 C cr ne trouve pas application<sup>89</sup>. Le *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation* explique que ces opérations « représentent un niveau de sophistication qui ne nécessite pas de protection par les dispositions pénales sur les taux d'intérêt » et qu'elles « ne touchent pas les Canadiens à faible revenu et économiquement vulnérables »<sup>90</sup>.

Cette logique de protection du cocontractant économiquement vulnérable—le cas échéant—est aussi applicable dans le contrôle du taux d'intérêt abusif contextuellement au sens de 1623 CcQ, car « il est de notoriété publique que les prêteurs et les créanciers ont souvent exagéré et prévu des taux d'intérêt très ou trop élevés »<sup>91</sup>. Rappelons que l'intérêt moratoire vise d'abord et avant tout à dédommager un préjudice et ne devrait pas être une source d'enrichissement. Cependant, notons qu'il est admis qu'une clause pénale puisse avoir un objectif comminatoire et que, par conséquent, une clause d'intérêt moratoire peut aussi (sans en être obligée, car le caractère comminatoire est un effet possible de la clause pénale, mais non une composante obligatoire) être supérieure au préjudice réellement subi pour avoir un certain effet dissuasif.

<sup>86</sup> *Garland c Consumers' Gas Co*, [1998] 3 RCS 112 [*Garland*].

<sup>87</sup> *Ibid* au para 7.

<sup>88</sup> *Ibid* au para 10.

<sup>89</sup> *Règlement sur le taux d'intérêt criminel*, *supra* note 40, art 1.

<sup>90</sup> Canada, Ministère de la Justice, [Résumé de l'étude d'impact de la réglementation](#), en ligne : <<https://tinyurl.com/mrxdfj68>> [perma.cc/L5SX-4UWG].

<sup>91</sup> Levesque, « La sanction », *supra* note 25 à la p 478.

Un autre élément que devrait prendre en considération le juge est que le législateur a prévu un taux d'intérêt moratoire légal de cinq pour cent par le biais de l'art 1617 CcQ et de la *Loi sur l'intérêt*. Certes, le taux d'intérêt stipulé pourra valablement dépasser le taux légal, notamment pour créer un effet comminatoire auprès du débiteur. Cependant, il deviendra difficile de justifier comme raisonnable un taux d'intérêt établi au quadruple ou au quintuple du taux d'intérêt légal en l'absence de circonstances particulières. Rappelons aussi que l'intérêt moratoire ne doit couvrir que la perte (ou le manque à gagner) occasionnée par l'absence d'argent, et non la perte occasionnée en frais de recouvrement, qui sera, elle, remboursable par le biais d'une clause de frais additionnels.

Ainsi, peut-être sera-t-il justifié pour une petite entreprise ayant un flux de trésorerie limité de sanctionner sévèrement tout retard de paiement de ses clients en imposant un intérêt élevé, vu le grand préjudice que pourrait lui causer un retard d'entrée de liquidités. D'un autre côté, peut-être sera-t-il déraisonnable pour une très grande entreprise œuvrant dans la location commerciale d'imposer des taux d'intérêts excessivement punitifs sur le retard dans le paiement du loyer, alors que celui-ci aurait un impact minime sur sa santé financière. Dans l'analyse contextuelle de l'abus, une myriade d'autres facteurs pourront être pris en compte par le juge qui dispose au final d'une grande discrétion en la matière<sup>92</sup>.

Dans tous les cas, la doctrine et les jugements traitant du pouvoir de l'article 1623, al 2 CcQ pourront servir d'assise afin de former une nouvelle jurisprudence en matière de contrôle des taux d'intérêts moratoires. Cette voie, jusque-là non empruntée par les juges québécois, nous apparaît prometteuse afin d'encadrer, comme le soulignait à juste titre le professeur Levesque, « un sujet aussi susceptible de créer des abus de vulnérabilité »<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> *Pointe-Claire*, *supra* note 85 au para 67; *EMCO*, *supra* note 20 au para 6; *Gottsegen c Berges Massawippi inc*, 2008 QCCA 2361 au para 14.

<sup>93</sup> Levesque, « La sanction », *supra* note 25 à la p 478.