

Dommages-intérêts conventionnels ayant pour objet les frais extrajudiciaires

Bernard Grenier

Volume 13, numéro 4, 1972

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1005052ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1005052ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Grenier, B. (1972). Dommages-intérêts conventionnels ayant pour objet les frais extrajudiciaires. *Les Cahiers de droit*, 13(4), 477-528.

<https://doi.org/10.7202/1005052ar>

Dommages-intérêts conventionnels ayant pour objet les frais extrajudiciaires *

Bernard GRENIER **

TABLE DES MATIÈRES

	Page
Introduction	478
Les obligations en général	480
La détermination de l'objet	481
La stipulation pour autrui	483
L'ordre public et les bonnes mœurs	485
La <i>Loi du Barreau</i>	489
La légalité de la considération et de l'objet	493
Les obligations pour le paiement d'une somme d'argent	494
La <i>Loi sur l'intérêt</i>	494
L'article 1077 du <i>Code civil</i>	495
<i>Rapprochement entre les articles 1077, 1076 et 1131 et ss. du Code civil</i> .	495
<i>La clause pénale et l'obligation conditionnelle</i>	499
<i>L'article 1077 du Code civil et l'ordre public</i>	511
<i>Les dommages visés par l'article 1077 du Code civil</i>	520
Conclusion	521
Annexe: Quelques clauses jugées par nos tribunaux	525
Table des Arrêts	528

* Les conclusions de la présente étude, en tant qu'elles se rapportent à la seule question de la validité des conventions ayant pour objet le recouvrement des frais extrajudiciaires, sont soumises à l'exception établie par la *Loi de la protection du consommateur* (L.Q. 1971, c. 74, a. 72) en ce qui concerne les contrats visés par cette loi. *Vid. infra*, p. 524.

** Licencié en droit, Université Laval.

Note: L'auteur remercie bien chaleureusement M^r Jeffrey A. TALPIS, LL. D., qui l'a assisté de ses conseils au cours de l'élaboration de cette étude.

Introduction

Les clauses établissant à l'avance et à forfait des dommages-intérêts conventionnels se rencontrent fréquemment dans la pratique des contrats. Le créancier veut par là se prémunir efficacement contre les pertes engendrées par le défaut éventuel du débiteur qui, d'autre part, voit sa responsabilité limitée au quantum arrêté par le contrat. En pratique, des noms différents désignent ces conventions qu'on appelle, suivant l'inspiration du moment, semble-t-il : dommages-intérêts conventionnels, forfaitaires ou liquidés, dédits, stipulations d'indemnité, pénalités, peines, obligations pénales et, le plus souvent, clauses pénales. Le *Code civil* traite particulièrement de ces questions aux articles 1131 et ss. et 1076-7. Il y est fait emploi des expressions « clause pénale » et « peine », dans le cas des premiers, et « dommages-intérêts », pour ce qui est des seconds.

À l'égard des dommages-intérêts conventionnels en général, sauf en ce qui concerne les obligations pour le paiement d'une somme d'argent (art. 1077 du *Code civil*), il semble exister peu de problèmes théoriques d'interprétation. Les textes sont clairs et univoques (articles 1076 et 1131 et ss. du *Code civil*). Sous la réserve ordinaire du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs (art. 13 du *Code civil*), la volonté est reine en ce domaine. La jurisprudence est établie en ce sens depuis fort longtemps¹ et les auteurs que nous avons consultés sont unanimes à ce propos².

Il en est pourtant autrement en ce qui concerne une espèce particulière de dommages-intérêts réglés par convention préalable : ceux qui ont pour objet le recouvrement des frais extrajudiciaires encourus par le créancier dans la poursuite de ses droits, et notamment les honoraires d'avocat. Ce genre de conventions, qu'on rencontre le plus souvent dans les obligations pour le paiement d'une somme d'argent, a donné lieu au chaos jurisprudentiel et doctrinal le plus

1. *Vid. Kneen v. Mills*, (1891) 19 L.N. 332; *McDonald v. Hutchins*, (1903) 12 B.R. 499; *Guertin v. Papineau*, (1913) 40 C.S. 97, (1913) 22 B.R. 529; *Damphousse v. Valiquette*, (1914) 22 B.R. 529; *The Canadian General Electric Co. Ltd. v. The Canadian Rubber Co. Ltd.*, (1916) 52 R.C.S. 349; INRE: *Eastern Rubber Co. Ltd.*, (1929) 11 C.B.R. 210; *Bois v. Bouchard*, (1930) 36 R.J. 222; *Pelletier v. Duchaine*, (1933) 71 C.S. 216; *Bergeron v. Ringuet*, [1958] B.R. 222, [1960] R.C.S. 672; *Marché Demételin v. Stubinà*, [1964] B.R. 590; *Boretsky v. Amherst Bowling Recreation Inc.*, [1965] C.S. 521.

2. Notamment P.-B. MIGNAULT, *Le Droit civil canadien*, t. 5, Montréal, C. Théoret, 1901, pp. 423 et 424, p. 521; F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, t. 3, 1907, p. 528; *op. cit.*, t. 4, 1908, pp. 66 et 67; L. FARIBAUT, dans *Traité de droit civil du Québec*, t. 7bis, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957, p. 421, n. 471; *op. cit.*, t. 8bis, 1959, p. 294, n. 405; J.-L. BAUDOUIN, dans *Traité élémentaire de droit civil, Les Obligations*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 299, n. 567a.

complet, puisque juges et auteurs se contredisent les uns les autres, adoptant quelquefois des positions diamétralement opposées.

Il résulte de ces querelles une regrettable incertitude du droit sur le sujet. Outre que cet état de choses soit déjà déplorable en principe, les inconvénients pratiques sont manifestes : un rapide examen des décisions de nos tribunaux révèle qu'une poursuite en cette matière est aussi hasardeuse qu'un coup de dé et les conséquences de cette situation sont d'autant plus senties que les débiteurs en défaut restent nombreux.

En gros, deux écoles coexistent : l'une tenante de la nullité de ces conventions, au nom soi-disant de l'équité, les jugeant illégales comme non conformes avec certaines dispositions législatives, l'autre tenante de leur validité, textes de loi à l'appui, également, et invoquant le principe de l'autonomie de la volonté. Reste toutefois qu'il est difficile de généraliser, car si bien sûr on trouve des dispositifs concordants en regard de chacune des deux écoles, on est pratiquement dans le domaine du singulier quant aux motifs.

Pour notre part, nous nous rangeons du côté de ceux qui croient en la validité de pareilles conventions. Dans les lignes qui suivent, nous proposons une revue assez complète de la jurisprudence et de la doctrine portant sur ce sujet, chez nous. De plus, au besoin, nous avons fait appel à la doctrine française. Notre travail est divisé en sections qui correspondent aux diverses approches qui ont été adoptées par la jurisprudence et par la doctrine pour aborder le sujet. La dernière, où il est question de l'article 1077 du *Code civil*, a fait l'objet d'un intérêt plus particulier de notre part : c'est autour de cet article que le débat est né³ et il est permis de croire, d'après son évolution présente, qu'il est susceptible de s'y éteindre⁴, par une sorte de retour des choses.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous voulons offrir ici un modèle de clause portant sur le recouvrement des frais extrajudiciaires par le créancier d'une quelconque obligation :

Si le créancier a recours aux services d'un avocat pour faire valoir un droit quelconque en vertu du présent contrat, le débiteur devra lui payer une somme additionnelle égale à quinze pour cent (15%) de tout montant dû, à quelque titre que ce soit.

Cette clause représente un type seulement et, par conséquent, il est possible d'en imaginer un grand nombre d'autres comportant diverses variantes. Ici, notre but est d'indiquer qu'on peut y discerner trois éléments principaux. D'abord, une condition suspensive : c'est

3. *Vid. Leduc v. Gourdine*, (1887) 10 L.N. 161.

4. Nous faisons allusion ici à la position adoptée récemment par la Cour d'appel dans *Construction Si-Hilaire Limitée v. Les Immeubles Fournier Inc.*, [1972] C.A. 35.

l'événement qui va donner lieu à l'application de la clause. Ensuite, une peine ou indemnité : c'est la sanction de l'événement. Puis, un dernier élément, facultatif celui-là : l'expression de la considération de la convention⁵.

Dans le cas d'une obligation contractée pour le paiement d'une somme d'argent, un prêt par exemple, une clause de cette nature pourra être rédigée ainsi :

Au cas où le créancier devrait tenter des procédures judiciaires dans l'exercice des droits découlant du présent contrat, le débiteur s'oblige de lui verser un montant additionnel égal à quinze pour cent (15%) de tout solde alors dû, à titre de frais d'administration.

LES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL

La question de la validité des clauses portant sur le recouvrement des frais extrajudiciaires a été considérée depuis différents angles par la jurisprudence et par la doctrine. Une classification s'impose ici et consiste à distinguer, d'une part, les obligations en général, et, d'autre part, les obligations pour le paiement d'une somme d'argent. Il est important de poser clairement cette dichotomie.

Il faut toutefois garder à l'esprit que les obligations pour le paiement d'une somme d'argent restent soumises aux règles affectant les obligations en général. En conséquence, les considérations qui suivent à propos du recouvrement des frais extrajudiciaires relative-ment aux obligations en général, s'appliquent également aux obligations pour le paiement d'une somme d'argent. Toutefois, les règles particulières qui gouvernent ces dernières, au-delà des règles générales, ne s'étendent pas au domaine des obligations en général. De la sorte, nos développements ultérieurs sur la *Loi sur l'intérêt* et sur l'article 1077 du *Code civil* ont pour seul objet les obligations pour le paiement d'une somme d'argent.

Pour ce qui est des obligations en général, les approches suivantes ont été adoptées par la jurisprudence et par la doctrine. Ce sont : la détermination de l'objet, la stipulation pour autrui, l'ordre public et les bonnes mœurs, la *Loi du Barreau*, la légalité de la considération et de l'objet.

5. Afin d'éviter toute méprise, il est peut-être utile de souligner que, si dans tout contrat l'existence d'une considération est essentielle (art. 984 du *Code civil*), il n'est pas nécessaire qu'elle soit énoncée expressément.

La détermination de l'objet

Au lieu d'établir un pourcentage forfaitaire à être calculé sur le montant dû, par exemple 15% comme dans les modèles que nous avons soumis plus haut ⁶, certaines clauses stipulent que le débiteur est tenu de rembourser au créancier tous les frais que ce dernier doit encourir en regard de la perception de cette somme. Ainsi, dans *Posluns v. Berke* ⁷, la clause suivante fut soumise à l'appréciation du tribunal :

In case suit shall be brought... for the recovery of rent or any other amount due under the provisions of this lease... lessee shall pay to the Centre all expenses incurred therefor, including attorney's fees.

Le tribunal a jugé cette clause illégale au motif qu'elle a pour objet une obligation indéterminée, quant à son maximum du moins, le montant devant en être fixé par l'avocat et le créancier, à leur discrétion, sans l'intervention du débiteur. De l'avis du juge, une semblable clause est non seulement contraire aux bonnes mœurs de ce chef (art. 13 et 990 du *Code civil*), mais également invalide en vertu de l'article 1060 ⁸ :

Il faut que l'obligation ait pour objet une chose déterminée au moins quant à son espèce.

La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée.

Une espèce semblable fut jugée dans *Cities Service Oil Company Limited v. Huot* ⁹ où le tribunal, sanctionnant implicitement par ailleurs la validité des conventions de ce genre, estima que l'étendue de l'obligation du débiteur n'était pas suffisamment déterminée pour qu'il soit donné effet à la clause :

... le tribunal ne peut se substituer arbitrairement à son défaut (parlant du créancier) d'indiquer clairement à son débiteur tout ce à quoi il s'engageait ¹⁰.

La cause de *La Caisse populaire de l'Université Laval v. Morais* ¹¹ présente une forte analogie avec les décisions rapportées ci-devant. Ici, la clause revêt encore l'apparence d'une obligation

6. Vid. *supra*, p. 479.

7. [1968] C.S. 255.

8. *Id.*, 260.

9. [1965] C.S. 113.

10. *Id.*, 115.

11. [1970] R.P. 408.

indéterminée, quoiqu'on y remarque un point de rattachement bien identifié :

Si la caisse est appelée à payer des frais de perception en rapport avec ma dette, je m'engage à les lui rembourser au taux recommandé par le Conseil Général du Barreau par ses règlements.

On constate que les frais de recouvrement ne sont plus laissés à l'entière discrétion de l'avocat et du créancier, mais que plutôt ils sont établis en fonction des règles d'une corporation neutre et parfaitement étrangère au contrat. Toutefois, le tribunal n'a pas agréé cette clause au motif notamment que les règlements du Barreau ne font qu'établir un tarif minimum et qu'ainsi le débiteur « ...pourrait... être appelé à payer des frais extrajudiciaires élevés, selon la générosité du demandeur envers son avocat... »¹² :

Il en résulte qu'au moment où le client signe un pareil pacte d'indemniser son créancier, la quotité de son obligation pourrait difficilement être déterminée, contrairement aux dispositions de l'article 1060 du *Code civil*¹³.

À l'inverse, dans *La Caisse populaire de Sainte-Bernadette v. Vigeant*¹⁴, la cour a jugé légale une clause similaire, se contentant seulement d'affirmer qu'elle n'est contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs :

Si la Caisse est appelée à payer des frais de perception en rapport avec ma dette, je m'engage à les lui rembourser au taux recommandé par le conseil général du Barreau à sa réunion du 6 décembre 1947.

Enfin, nous avons trouvé deux autres jugements où l'on a statué sur des clauses portant sur le recouvrement des frais extrajudiciaires et dont l'objet pouvait être considéré comme non suffisamment déterminé : *Le Meuble Moderne Enrg. v. Collin*¹⁵, où le créancier pouvait percevoir du débiteur des frais d'avocat jusqu'à concurrence de quinze pour cent et *City Buick (Mtl) Ltd. v. Andriano*¹⁶ où, curieusement, il était stipulé que le créancier aurait droit à de tels frais étant établis à quinze pour cent du solde de la dette due et payable, ou à « ... telle somme moindre qui pourra être permise par la loi... » (sic). Dans le premier cas, le tribunal a accueilli la demande ; dans le second, il l'a rejetée ; dans les deux cas, toutefois, le tribunal a envisagé la question d'un autre point de vue que celui de la détermination de l'objet de

12. *Id.*, 411.

13. *Ibid.*

14. [1962] R.L. 145.

15. [1959] C.S. 102.

16. [1961] C.S. 546.

l'obligation. Il est vrai qu'en pratique l'intérêt était négligeable, vu qu'un maximum était prévu par la convention.

Nous estimons, pour notre part, que le tribunal, dans les espèces *Posluns v. Berke*, *Cities Service Oil Company Limited v. Huot* et *La Caisse populaire de l'Université Laval v. Morais*, a démontré une sévérité excessive à l'endroit du créancier et a interprété trop restrictivement l'article 1060 du *Code civil*. Bien que nous reconnaissons que l'attitude contraire puisse elle aussi donner ouverture à des abus, on doit admettre qu'elle est davantage conforme à la règle de droit. En effet, aux termes de l'article 1060 du *Code civil*, l'objet de l'obligation doit être déterminé quant à son espèce: c'est là une nécessité absolue. Par contre, « la quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée ». Il nous semble que ces conditions soient remplies dans le cas des clauses qui nous intéressent. L'espèce est incontestablement déterminée: ce sont les frais de perception de la dette. Le quantum, de son côté, est parfaitement déterminable, suivant les moyens ordinaires: le créancier a le fardeau de prouver l'existence et le montant des frais de perception, de même que doit le faire la victime de toute autre faute contractuelle ou délictuelle, et le tribunal, qui les apprécie d'après la preuve offerte, les accorde dans la mesure où ils sont jugés vrais, raisonnables et justes. On voit mal ainsi comment un avocat pourrait faire tomber sur le débiteur le fardeau d'honoraires exorbitants par le biais du créancier qui, ne l'oublions pas, est lui-même, par rapport à l'avocat, le débiteur desdits honoraires.

Il n'est sans doute pas inopportun de rapprocher notre conclusion de la règle posée par certains juges suivant laquelle la demande est recevable lorsque le créancier prouve que les frais ont bien été versés par ce dernier à son avocat¹⁷. Nous sommes toutefois d'opinion qu'il n'y a pas lieu de faire cette preuve lorsque la clause établit un quantum fixe, car l'établissement préalable de dommages forfaitaires a précisément pour but de supprimer la preuve des dommages réels¹⁸.

La stipulation pour autrui

Nous n'avons pas rencontré de décisions où le juge a déclaré invalide, au seul motif qu'il s'agirait d'une stipulation pour autrui illégale, la clause prévoyant le remboursement des frais d'avocat.

17. *Vid. Modern Refrigeration Co. v. Bastien*, [1953] C.S. 347 et *Garage central d'Amos Limitée v. Bouchard*, [1962] C.S. 371; *contra, Payeur v. Tourigny*, [1957] C.S. 185.

18. *Vid. notamment P.-B. MIGNAULT, op. cit.*, note 2, 423; L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 2, t. 7bis, p. 420, n. 469. *V. aussi la jurisprudence citée, note 1.*

Toutefois, cette prétention a été soutenue dans *Modern Refrigeration Co. v. Bastien*¹⁹:

Considering that this special obligation constitutes a stipulation for the benefit of a third person undertermined.

Également, dans *Industrial Acceptance Corporation v. J. Germain*²⁰, on peut lire:

Considérant... qu'une clause ainsi libellée dans un contrat constitue une stipulation pour autrui ne pouvant d'aucune façon permettre à la demanderesse de réclamer légalement à son nom et profit le bénéfice d'une telle clause.

D'une façon beaucoup moins directe, le tribunal, dans *Cities Service Oil Company Limited v. Huot*²¹, exprime l'opinion suivante en rapport avec la stipulation pour autrui:

Si le demandeur a voulu inclure en faveur d'autrui une stipulation pénale conditionnelle contre le défendeur, il devait préalablement la détailler dans son contrat.

En cette espèce, le juge a retenu surtout qu'il s'agissait d'une clause où l'objet était indéterminé, soi-disant²². Toutefois, il nous semble l'avoir considérée un peu suspecte du fait qu'il ait vu en elle une stipulation pour autrui.

On peut se demander, dans le cas de ces jugements, si on n'a pas confondu la stipulation pour autrui et la promesse pour autrui²³. Dans la mesure où on a dit « stipulation » en pensant « promesse », et cette erreur est commune, il est bien normal qu'on ait cherché à établir quelques réserves.

Par contre, la thèse contraire a été manifestée avec force et clarté dans les jugements suivants:

*Délisle Auto Rouyn Ltée v. McNicoll*²⁴:

... dans l'opinion du tribunal, cette clause n'est pas... une stipulation pour autrui...²⁵.

*Atlas Thrift Plan Corp. Ltd. v. Di Stefano*²⁶:

The court can find no indication of any intention to stipulate for a third party as was found in the language considered in some... cases.

19. [1953] C.S. 347.

20. [1958] R.P. 40.

21. [1965] C.S. 113.

22. *Vid. supra*, p. 481.

23. Art. 1028 et ss. du *Code civil*.

24. [1962] C.S. 75.

25. *Id.*, 76.

26. [1964] C.S. 472.

Nous partageons sans réserves ce dernier avis, car de telles conventions n'ont ni pour objet, ni pour effet d'établir un droit en faveur de l'avocat du créancier contre son débiteur. C'est en effet pour son propre avantage que le créancier stipule, et non pas pour le bénéfice de son avocat. Cette convention vise simplement à indemniser le créancier de l'obligation (honoraires, déboursés, etc...) qu'il devra personnellement contracter envers son avocat pour la perception de ce qui lui est dû. En conséquence, on ne doit pas chercher quelque lien de droit entre le débiteur et l'avocat, lesquels n'ont pas contracté ensemble, mais bien seulement entre le créancier et le débiteur, la convention ne faisant que référer à la personne de l'avocat pour désigner de façon commode la nature et le montant de l'obligation.

Cette interprétation, qui est la nôtre, ne coïncide certes pas avec l'opinion du tribunal, dans *Modern Refrigeration Co. v. Bastien*²⁷ :

Considering that there is no « lien de droit », on that account between the plaintiff (le créancier) and the defendants (les débiteurs).

Il est rassurant, toutefois, de constater que cette erreur n'a pas été suivie²⁸. Ainsi, dans *Garage central d'Amos Limitée v. Bouchard*²⁹, on trouve :

La demanderesse a un intérêt personnel à le réclamer (le montant des frais de perception) puisqu'elle sera obligée de le payer à son avocat³⁰.

L'ordre public et les bonnes mœurs

Souvent, les conventions portant que les frais de perception sont à la charge du débiteur ont été jugées illégales au motif qu'elles constituent pour le créancier un moyen d'extorquer au débiteur des dépens supplémentaires, en addition aux frais judiciaires, ce qui serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Dans une cause ancienne, *Leduc v. Gourdine*³¹, le tribunal a jugé illégale la clause suivante, contenue dans un acte notarié :

Faute aussi par le dit débiteur de rembourser la somme ci-dessus mentionnée à son échéance il paiera en sus de l'intérêt dix par cent pour frais de collection.

27. [1953] C.S. 347.

28. *Vid.* par contre le raisonnement de M^e Jean-Louis BAUDOÛIN, dans *Traité élémentaire de droit civil*, déjà cité, note 2, p. 301 : cette clause « constitue une stipulation pour autrui en faveur de l'avocat, d'honoraires que le stipulant réclame lui-même et dont il acquiert le bénéfice... » ; n'y a-t-il pas là une contradiction très évidente ? Comment peut-on en effet stipuler au profit d'autrui et acquérir en même temps le bénéfice de cette stipulation ?

29. [1962] C.S. 371.

30. *Id.*, 374.

31. (1887) 10 L.N. 161.

Le juge, précisant que la loi allouait déjà au créancier les frais de collection en lui accordant les dépens de l'action, fut d'opinion que le créancier voulait obtenir tarif double (« he wants a double toll »).

Dans *Payeur v. Roy*³², le juge Miquelon a statué que, dans notre système de droit, il ne peut être octroyé à la partie victorieuse davantage que les frais prévus au tarif :

... le défendeur qui ne paye pas sa dette ou parce qu'il ne le veut pas ou parce qu'il ne le peut pas, est déjà assez puni lorsqu'il a à payer les frais prévus par le tarif.

Par ailleurs, avec beaucoup d'à-propos, le juge explique que les clauses ayant pour objet le recouvrement des frais extrajudiciaires nous viennent des autres provinces canadiennes où, à la différence de chez nous, la partie qui succombe ne paie qu'à peu près l'équivalent de nos déboursés de cour. Aussi, conclut-il, si le créancier, en pays de *Common Law*, est en droit de rechercher une telle protection, il en va différemment chez nous.

Ce n'est pas différemment qu'a décidé le même juge dans deux causes subséquentes. Ainsi, dans *Rompré Frère Drive Yourself Ltée v. Roy*³³, il maintient l'avis que «... les frais payables par un débiteur à l'avocat de son créancier sont fixés par le tarif...» et que le créancier ne peut espérer obtenir du débiteur des sommes additionnelles. Puis, peu après, dans *Traders Finance Corporation Ltd. v. Dame Marthe Leclerc*³⁴, le juge laisse entendre clairement que des frais ne peuvent être accordés, outre ceux qui sont prévus par le tarif.

Dans *Postluns v. Berke*³⁵, le tribunal, s'exprimant à propos d'une clause de cette sorte, a posé :

... si elle (la clause) doit être interprétée comme incluant aussi les frais extrajudiciaires, elle est, dans l'opinion du tribunal, illégale, quant à cette partie, parce que contraire aux bonnes mœurs³⁶.

Enfin, dans *La Caisse populaire de l'Université Laval v. Morais*³⁷, la cour, soulignant le fait que les frais judiciaires sont assez onéreux dans notre province et s'appuyant sur l'autorité de juristes chevronnés, affirme que la règle posée par l'article 480 du *Code de procédure civile* est impérative : chez nous, les frais sont à la charge de la partie qui succombe et l'autorité législative a jugé bon d'en déterminer la limite dans le souci de protéger le plaideur malheureux.

32. [1959] R.L. 508.

33. [1961] C.S. 29.

34. [1961] R.P. 205.

35. [1968] C.S. 255.

36. *Id.*, 259.

37. [1970] R.P. 408.

Le point de vue exprimé dans les deux derniers jugements a le mérite de poser le problème avec assez de netteté. En somme, il s'agit de déterminer si le tarif impose au créancier une limite obligatoire ou non. Il semble qu'on puisse trouver la réponse en cherchant à découvrir si la règle existe dans un souci d'ordre public : si tel est le cas, on ne peut y déroger par la convention particulière (art. 13 du *Code civil*) ; sinon, la liberté contractuelle, très chère à notre droit civil, doit rendre la chose possible et le créancier pourra rechercher une protection plus complète que celle que lui accorde le tarif.

Les causes que nous venons de citer reflètent toutes, en somme, la première opinion. Il peut être intéressant, à ce stade, de voir les diverses positions prises par la doctrine récente³⁸.

Il convient de mentionner en premier lieu l'intéressante étude du juge Antonio Langlais publiée, il y a quelques années, dans la *Revue du Barreau*³⁹. Dans cet article, le seul alors portant sur ce sujet dans toute notre littérature juridique, l'auteur, après avoir défini longuement et savamment la notion d'ordre public dans notre droit, conclut, malgré quelques décisions judiciaires au contraire, que les dispositions de notre loi concernant les dépens de cour sont impératives :

On peut affirmer que cette législation est ainsi faite à l'avantage de la communauté, à tout le moins pour le bien d'une classe de personnes, et suivant l'expression de Demolombe, « par des motifs d'humanité, ... de tutelle en faveur des individus, qui, en raison de circonstances particulières comme par exemple la gêne ou la détresse où ils se trouvent, ne sont pas présumés avoir toute la liberté de consentement désirable »⁴⁰.

Et, plus loin, le savant auteur de conclure qu'est nulle « toute convention par laquelle une personne s'engage à solder ... les frais extrajudiciaires »⁴¹.

Quelques années plus tard, la *Revue du Barreau* publiait un nouvel article sur le même sujet, écrit cette fois de la plume de M^e Thomas-Louis Bergeron⁴². A l'instar du juge Langlais, l'auteur soutient que de pareilles stipulations sont invalides. Il est important de

38. La doctrine traditionnelle présente assez peu d'intérêt puisque la question y est traitée de façon superficielle. *Vid.* P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 2, 427 ; L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 2, t. 7bis, p. 431, n. 484. En outre des trois études récentes auxquelles nous référons dans le texte, il convient de signaler les commentaires suivants : M. BRIÈRE, « Des frais de justice », (1958) 18 *R. du B.* 336 ; A. MAYRAND, « Clause pénale relative aux frais de recouvrement du prix. Chose jugée », (1962) 22 *R. du B.* 296. *V.* également J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 2, p. 300, n. 568.

39. A. LANGLAIS, « Tout pacte de payer les frais non taxables oblige-t-il le défendeur ? », (1958) 18 *R. du B.* 245.

40. *Loc. cit.*, 262.

41. *Id.*, 264.

42. T.-L. BERGERON, « Des ventes dites conditionnelles », (1962) 22 *R. du B.* 150.

remarquer, toutefois, que les motifs de M^e Bergeron sont différents et que ce dernier condamne même l'argumentation du juge Langlais : en effet, pour ce dernier, l'invalidité de ces clauses tient à ce que les frais taxables sont une matière d'ordre public et, de façon surabondante, en ce qui concerne les obligations pour le paiement d'une somme d'argent, à la prohibition contenue en l'article 1077 du *Code civil*. M^e Bergeron partage les vues du juge Langlais en ce qui concerne son interprétation de l'article 1077 du *Code civil*, mais il rejette pourtant catégoriquement son principal argument⁴³ :

Cette optique est bien étroite. A supposer que les tarifs soient une protection, ils sont aussi favorables à ceux qui intentent des poursuites vexatoires ou frivoles qu'aux « malheureux qui sont poursuivis ». Ce qui profite également au malhonnête et à l'honnête n'est pas dans la ligne de l'ordre public. Les tarifs sont faits pour faciliter la détermination de ce que doit payer le plaideur qui succombe, qu'il poursuive ou soit poursuivi, qu'il soit prudent ou téméraire, de bonne ou de mauvaise foi.

Enfin, assez récemment, le notaire Yves Caron prenait position en ce sens, dans la *Revue du Notariat*⁴⁴. Se bornant pour sa part à considérer le seul cas des obligations pour le paiement d'une somme d'argent, il affirme⁴⁵ :

La discussion sur le fait que de telles stipulations sont ou non contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs est en fait stérile, puisque la clause est nettement illégale comme contraire à l'article 1077 C.c.

En ce qui concerne les frais extrajudiciaires et l'ordre public, donc, le bilan est comme suit : M. le juge Langlais affirme que les frais de recouvrement contre la partie adverse sont limités par le tarif de façon impérative, M^e Bergeron proclame le contraire et M^e Caron déclare ne pas se soucier de cette question.

Tous trois, par ailleurs, estiment que la clause établissant que les frais extrajudiciaires sont à la charge du débiteur est prohibée par l'article 1077 du *Code civil* qui, de leur commun avis, serait impératif. La discussion de ce dernier argument, lequel ne peut valoir qu'en regard des obligations pour le paiement d'une somme d'argent, fait l'objet plus loin d'une section entière de la présente étude⁴⁶. Aussi, considérons-nous maintenant la jurisprudence se faisant l'écho de la seconde opinion, savoir que l'ordre public n'est pas troublé du fait qu'un débiteur en défaut indemnise pleinement son créancier des conséquences de cette situation :

43. *Loc. cit.*, 162.

44. Y. CARON, « Dommages-intérêts et clauses pénales », (1972) 74 *R. du N.* 328.

45. *Loc. cit.*, 343.

46. *Vid. infra*, pp. 495 et ss.

*Payeur v. Tourigny*⁴⁷ :

...elle (la clause) n'est contraire ni aux bonnes mœurs, ni à l'ordre public... et... si elle paraît rigoureuse, il ne faut pas oublier que c'est le défendeur qui en a provoqué l'application en ne remplissant pas ses engagements, obligeant ainsi le demandeur à des ennuis, des retards et des déboursés.

*Le Meuble Moderne Enr. v. Collin*⁴⁸ :

Considérant que... cette convention... n'est pas contraire à l'ordre public ou à la morale...

*Garage central d'Amos Limitée v. Bouchard*⁴⁹ :

...il n'y a rien d'illégal ni rien d'immoral dans le fait qu'un débiteur s'engage à l'indemniser (le créancier) de cette dépense qu'il occasionnera par son défaut de payer.

La cour s'est aussi prononcée en ce sens dans les causes suivantes : *Canadian Acceptance Corporation Ltd. v. Pollock*⁵⁰, *Traders Finance Corporation Limited v. Falardeau*⁵¹, *Délisle Auto Rouyn Ltée v. McNicoll*⁵² et *La Caisse populaire de Sainte-Bernadette v. Vigeant*⁵³.

Partageant leurs motifs, nous nous rangeons du côté de ceux qui croient que les frais extrajudiciaires peuvent faire l'objet de conventions licites entre les parties⁵⁴. Afin d'éviter les redites, nous nous bornerons à souligner que le tarif paraît établi à l'avantage commun des parties et qu'il n'y a, selon nous, rien d'immoral ou d'inéquitable en soi dans le fait qu'un débiteur s'engage à réparer le préjudice que sa conduite est de nature à causer à son créancier : pourquoi ce dernier n'aurait-il pas droit à une réparation pleine et entière? N'est-ce pas là une solution conforme à l'esprit de notre droit (art. 1073 du *Code civil*)?

La Lol du Barreau

On a soutenu encore, dans diverses décisions, que les clauses ayant pour objet le recouvrement des frais extrajudiciaires par le créancier de l'obligation sont invalides, lorsque ces frais représentent

47. [1957] C.S. 185.

48. [1959] C.S. 102.

49. [1962] C.S. 371, 374.

50. (1940) 78 C.S. 258.

51. [1958] C.S. 393.

52. [1962] C.S. 75.

53. [1962] R.L. 145.

54. Il est peut-être intéressant de soumettre ici la cause de *Commercial Acceptance Corporation Ltd. v. Partridge*, [1955] C.S. 80, où le demandeur réclamait des frais extrajudiciaires sans qu'il n'y ait eu de convention préalable à ce sujet. Bien sûr, le tribunal a décliné cette demande.

des honoraires d'avocat, au motif que seul un avocat peut percevoir ces honoraires, aux termes de la *Loi du Barreau*⁵⁵.

*Industrial Acceptance Corporation v. J. Germain*⁵⁶ :

Considérant que... seuls les avocats pratiquants peuvent réclamer des honoraires.

*Traders Finance Corporation Limited v. Falardeau*⁵⁷ :

Si le texte de la clause litigieuse était rédigé de façon à devoir s'interpréter comme signifiant que, dans le cas où il aurait recours aux services d'un avocat relativement à l'exécution du contrat, le vendeur paierait à l'avocat ainsi employé ce surplus de 15%, tout ou partie de ce surplus de 15%, dans un tel cas la clause pourrait sans doute être considérée comme une clause contraire à la disposition de la *Loi du Barreau* décrétant que seul un avocat en exercice peut réclamer des honoraires judiciaires ou extrajudiciaires.

Plus loin, dans le même jugement, le tribunal exprime encore l'avis que :

... de telles clauses déterminant d'avance ce qu'il adviendra de ce surplus pourraient être considérées comme illégales et contraires à la *Loi du Barreau*.

*Rompré Frère Drive Yourself Ltée v. Roy*⁵⁸ :

... si ce montant de 15% représente des frais, seul l'avocat peut le réclamer.

*Lachance v. Thivierge*⁵⁹ :

La *Loi sur le Barreau*... ainsi que les règlements défendent de faire payer le 15% pour les frais d'avocats qui sont payables comme frais extrajudiciaires, qui doivent être chargés au client de l'avocat.

Dans *General Motors Acceptance Corporation of Canada Limited et Sauvageau & Fils Ltée v. Archambault*⁶⁰, il est intéressant de noter les considérants du juge Lacroix qui reprend en substance les distinctions posées dans *Traders Finance Corporation Limited v. Falardeau* :

Considérant... que la Cour ne peut faire droit à la réclamation... (faite) à titre de frais extrajudiciaires... ;

Considérant, en effet, que cette somme n'est pas réclamée pour des fins d'administration mais spécifiquement comme frais d'avocat ;

Considérant... qu'une telle réclamation nous semble contraire aux règlements du *Barreau*.

55. S.Q. 1966-67, c. 77.

56. [1958] R.P. 40.

57. [1958] C.S. 393.

58. [1961] C.S. 29.

59. [1967] R.L. 37.

60. [1963] R.L. 380.

En conformité de ces principes, le même juge, dans *Traders Finance Corporation Ltd. v. Perron*⁶¹, déclara cette fois la convention valide :

... cette somme serait due à titre de frais d'administration.

Et plus loin :

Le tribunal croit que le fait de retenir les services d'un avocat pour faire la perception de ce qui lui est dû (au créancier) peut s'intégrer dans le domaine de l'administration...

Ainsi, dans la première cause, le juge a refusé la demande et, dans la seconde, il l'a accueillie. Le seul fondement qui était à la base de cette contrariété de jugements était la considération exprimée, savoir : dans le premier cas, le recouvrement des frais extrajudiciaires, dans le second, celui des frais d'administration. Nul doute, pourtant, que dans chaque espèce, l'esprit et l'objet véritable de la convention étaient au fond les mêmes.

Par contre, dans *Garage central d'Amos Limitée v. Bouchard*⁶², le tribunal exprime une opinion opposée à celles exprimées ci-haut :

La Loi du Barreau ne défend pas à un avocat de charger des honoraires extrajudiciaires à son client et il n'y a rien d'illégal... dans le fait qu'un débiteur s'engage à l'indemniser de cette dépense qu'il occasionnera par son défaut de payer.

Les contours du problème furent, selon nous, très bien définis dans la cause de *Payeur v. Tourigny*⁶³. Le tribunal émet l'avis qu'«... il n'y a rien d'illicite dans la stipulation de la clause...» faisant l'objet du litige et «... que le demandeur a droit...» à sa réclamation «... pour compenser l'augmentation de son coût d'administration...»

Toutefois :

... cette demande faite à titre de remboursement de 15% de commission due aux avocats, crée une équivoque malheureuse qui laisse croire que les avocats deviennent en quelque sorte partie à l'action pour augmenter indûment le fardeau du débiteur, et que cette partie de la réclamation ainsi libellée répugne même si l'allégation dit qu'il s'agit d'un remboursement au demandeur.

C'est avec raison que la cour parle d'équivoque. On aurait bien tort de prétendre que l'avocat devient partie à l'action : il n'existe pas de lien de droit entre ce dernier et le débiteur⁶⁴. Il est fait seulement

61. [1967] C.S. 418.

62. [1962] C.S. 371, 374.

63. [1957] C.S. 185.

64. *Vid. supra*, p. 485, à propos de la stipulation pour autrui.

référence à l'avocat dans la mesure où cela identifie la créance additionnelle du demandeur contre le défendeur : les frais de perception. En vertu de clauses semblables, le créancier ne perçoit jamais en vérité qu'un remboursement des sommes qu'il a dû verser pour recouvrer sa créance et, pour ce motif, assurément, on ne peut le taxer de percevoir des honoraires extrajudiciaires.

C'est pourquoi, nous souscrivons sans réserves aux conclusions du juge Larouche, dans *Délisle Auto Rouyn Ltée v. McNicoll*⁶⁵ :

Il paraît au tribunal qu'une des façons susceptibles d'aider à résoudre cette question est de recourir aux règles d'interprétation des contrats.

Puis, s'appuyant sur les articles 1013, 1015 et 1016 du *Code civil*, le savant juge poursuit :

Quelle que soit la formule employée⁶⁶, il paraît évident que ce que les parties ont en vue, ce sur quoi il y a accord des volontés, c'est de dédommager le créancier des déboursés pécuniaires qu'il aura éventuellement à faire, advenant le cas où il lui faudra recourir aux services d'un avocat.

Et plus loin :

Il ne paraît pas davantage possible d'interpréter cette clause comme une intention de la part du créancier de s'arroger le droit de réclamer personnellement des honoraires d'avocat. Ce que le créancier prévoit, c'est qu'il lui faudra déboursier pour percevoir son dû, au cas où le débiteur négligerait de remplir ses obligations.

Au surplus, bien que cette dernière argumentation nous semble à elle seule convaincante, nous sommes tentés d'ajouter que la *Loi du Barreau* a pour objet une situation toute autre que celle qui est sous étude lorsqu'elle édicte à l'article 125 :

Seuls les avocats ont droit à des frais judiciaires et extrajudiciaires⁶⁷.

Le but recherché par le législateur n'est certes pas de priver le créancier de quelque recours en indemnité qui lui appartient. Très différemment, il veut permettre aux seuls avocats de rendre des services juridiques contre rémunération.

65. [1962] C.S. 75.

66. C'est-à-dire qu'on parle de frais d'administration, de perception ou de recouvrement, ou bien d'honoraires extrajudiciaires.

67. L'art. 125 de la loi actuelle remplace l'art. 9 de l'ancienne loi (S.R.Q. 1964, c. 247) qui se lisait ainsi : « Les avocats en exercice ont seuls droit à des honoraires judiciaires et extrajudiciaires ».

La légalité de la considération et de l'objet

Il est clair que dès lors que l'on juge une convention illégale suivant l'un ou l'autre des chefs mentionnés ci-devant, parce qu'on considère soit qu'elle constitue une obligation dont l'objet est indéterminé (art. 1060 du *Code civil*) ou une stipulation pour autrui illicite (art. 1028 et ss. du *Code civil*), soit qu'elle contrevienne à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ou aux dispositions de la *Loi du Barreau*, soit enfin dans le cas des obligations pour le paiement d'une somme d'argent et comme on le verra dans le second développement de la présente étude, qu'elle soit incompatible avec la *Loi sur l'intérêt* (art. 4) ou avec l'article 1077 du *Code civil*, on peut au surplus la rejeter comme étant contraire aux articles 989, 990 et 1062 du *Code civil*. En effet, ces derniers déclarent invalides les conventions dont la considération ou l'objet sont illégaux.

Il est manifeste qu'il s'agit ici d'un argument subsidiaire^{67a}. L'illégalité de la considération ou de l'objet ne sont pas causes autonomes de la nullité de la convention. Plutôt, cette illégalité a pour fondement véritable une cause externe dont dépend son existence. Ainsi, par exemple, dans le cas où l'obligation est nulle comme fondée sur une considération contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, c'est ce par quoi la considération est ainsi illégale qui est cause suffisante et véritable de la nullité de l'obligation, et on n'ajoute rien, vraiment, en affirmant de plus que cette obligation est nulle au motif que sa considération est illégale. En d'autres mots, l'illégalité de la considération, illégalité qui rend l'obligation elle-même illégale, découle de causes externes et non pas intrinsèques, et c'est à ces dernières que tient en définitive la nullité de l'obligation. Les mêmes remarques s'appliquent au cas de l'illégalité de l'obligation par suite de l'illégalité de l'objet.

En dépit que ces considérations s'avèrent au fond superflues, nous avons cependant jugé bon d'en faire état, vu que la jurisprudence a utilisé cette approche quelquefois. Ainsi, *City Buick (Mtl) Ltd. v. Andriano*⁶⁸, *Posluns v. Berke*⁶⁹ et *La Caisse populaire de l'Université Laval v. Morais*⁷⁰.

67a. Les tenants de cette dialectique pourraient en ce sens soulever l'application de l'art. 1080 du *Code civil*. *Vid. infra*, pp. 499 et ss., nos considérations à propos de l'obligation conditionnelle.

68. [1961] C.S. 546.

69. [1968] C.S. 255.

70. [1970] R.P. 408.

LES OBLIGATIONS POUR LE PAIEMENT D'UNE SOMME D'ARGENT

A l'égard des obligations en général, la jurisprudence et la doctrine ont considéré la validité des clauses portant sur le recouvrement des frais extrajudiciaires depuis les différents angles que nous venons d'étudier. Reste le cas particulier des obligations pour le paiement d'une somme d'argent. Ces dernières sont soumises aux règles concernant les obligations en général et, conséquemment, les considérations qui précèdent leur sont applicables. Toutefois, des règles particulières les affectent en sus des règles générales, de sorte que si on doit les considérer en tous points comme les autres obligations, on doit de plus, en ce qui les concerne, tenir compte de la *Loi sur l'intérêt*⁷¹ et de l'article 1077 du *Code civil*.

La Loi sur l'Intérêt

Dans la décision *Douville v. Guyon*⁷², le tribunal a refusé de donner effet à une clause ainsi libellée et paraissant sur un billet :

Au cas où le prêteur aura recours aux services d'un avocat pour faire valoir un droit quelconque en vertu de ce contrat ou de ladite note promissoire ou dudit billet, le montant dû sera augmenté de 15% pour compenser l'augmentation du coût d'administration.

Il a été jugé que cette stipulation, bien qu'elle contienne la mention de l'augmentation du coût d'administration, représente en fait et « dans les circonstances » une augmentation de l'intérêt du prêt, et cela, sans qu'il n'ait été tenu compte des dispositions impératives de l'article 4 de la *Loi sur l'intérêt* qui édicte que le taux de l'intérêt d'un prêt doit être expressément énoncé sous la forme d'un « pourcentage par an ».

Il semble que cette décision soit isolée quant au motif soulevé : elle est la seule que nous connaissions où la question de la validité d'une semblable clause a été considérée sous cet angle⁷³. Aussi ne nous y attarderons nous pas. Nous exprimerons simplement l'avis qu'elle repose sur une notion erronée de l'intérêt.

S'agit-il bien en l'espèce d'une clause ayant pour objet une forme d'intérêt? La question est primordiale, car si le quinze pour cent

71. S.R.C. 1970, c. I-18.

72. [1967] C.S. 378.

73. *Vid.* cependant T.-L. BERGERON, *loc. cit.*, note 42; Y. CARON, *loc. cit.*, note 44; J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 2, 301.

stipulé dans la clause sous étude n'est pas de l'intérêt, l'article 4 de la *Loi sur l'intérêt* est sans application, et dès lors, le dispositif du jugement s'écroule. L'intérêt, dans un prêt d'argent, c'est le fruit du capital, le revenu qu'en tire le créancier en vertu de la convention principale : le prêt lui-même. Les frais d'administration de quinze pour cent, qui représentent plutôt un dédommagement ou une indemnité à forfait, résultent d'une convention accessoire par laquelle le créancier entend se protéger contre les frais de perception, advenant le refus du débiteur de le rembourser : ils ne peuvent certainement pas être considérés comme un revenu additionnel et assimilés à l'intérêt du prêt.

L'article 1077 du Code civil

Reste à considérer maintenant la question de la compatibilité des clauses pour le recouvrement des frais extrajudiciaires avec les prescriptions de l'article 1077 du *Code civil*. Ce problème particulier mérite une attention toute spéciale, parce qu'il a donné lieu aux difficultés les plus nombreuses et les plus ardues. La question est de savoir si la règle contenue en cet article est impérative ou simplement supplétive. Une controverse existe depuis très longtemps, en France et ici, sur le caractère de cette disposition qu'on retrouve dans le Code français à l'article 1153. Mais, avant d'en venir au cœur même du problème, il convient de souligner d'abord l'étroite affinité qui existe entre notre article 1077 et les articles 1076 et 1131 et ss. du *Code civil*, puis d'établir ensuite une nette distinction entre la clause pénale et l'obligation conditionnelle.

Rapprochement entre les articles 1077, 1076 et 1131 et ss. du Code civil

L'article 1077 du Code civil se lit comme suit :

Dans les obligations pour le paiement d'une somme d'argent, les dommages-intérêts résultant du retard ne consistent que dans l'intérêt au taux légalement convenu entre les parties, ou en l'absence de telle convention, au taux fixé par la loi.

Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de prouver aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans les cas où la loi les fait courir plus tôt, à raison de la nature même de l'obligation.

Le présent article n'affecte point les règles spéciales applicables aux lettres de change et aux cautionnements.

Ainsi, voit-on que cet article établit des dommages-intérêts légaux en faveur du créancier d'une obligation qui a pour objet le paiement d'une somme d'argent. De plus, il pose la règle que des dommages-intérêts conventionnels peuvent être arrêtés par les parties sous la forme d'un taux d'intérêt. Notons que, dans les deux cas, ces dommages-intérêts visent un préjudice particulier : celui qui résulte du retard.

De son côté, l'article 1076 du *Code civil*, s'appuyant sur le principe de l'autonomie de la volonté si cher au Droit civil, permet expressément aux parties, pour ce qui est des obligations en général, de convenir de dommages-intérêts forfaitaires. Sur cette matière, il ne fait pas de doute que la liberté des conventions est entière⁷⁴. La fin du deuxième alinéa de l'article met bien en évidence cette conclusion : «...à moins que le contraire ne soit stipulé».

Sans nous attarder davantage à ce dernier article, passons immédiatement à cette section du Code qui traite des obligations avec clause pénale (art. 1131 et ss. du *Code civil*). En effet, avec une unanimité surprenante, la doctrine s'entend à considérer que les « dommages-intérêts conventionnels et (la) clause pénale sont une seule et même chose sous des noms différents »⁷⁵. Laurent, pour sa part, enseigne que « la clause pénale est au fond identique avec celle que prévoit l'article 1152 »⁷⁶ C.N.⁷⁷, et, « afin d'éviter des redites », Demolombe, lorsqu'il traite des dommages-intérêts conventionnels, renvoie à la partie de son ouvrage portant sur les clauses pénales proprement dites⁷⁸. Chez nous, Mignault, s'exprimant de l'article 1076 du *Code civil* et du « règlement anticipé des dommages et intérêts » qu'il autorise, affirme que ce dernier « s'appelle, en droit, clause pénale »⁷⁹. Langelier ne parle pas autrement⁸⁰ et Faribault enlève tout

74. Sous les réserves habituelles, évidemment : l'ordre public et les bonnes mœurs, et, bien sûr, dans une situation particulière, un texte législatif au contraire.

75. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 12, 2^e éd., Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1902, p. 431, n. 1343.

76. F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. 2, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, 1881, p. 514, n. 774.

77. L'équivalent de notre article 1076 du *Code civil*.

78. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 24, 3^e éd., Paris, Imprimerie générale, 1875, p. 603, n. 606.

79. P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 2, 423.

80. F. LANGELIER, *op. cit.*, note 2, t. 3, p. 528.

doute en posant ⁸¹ : « C'est cette clause pénale qui est définie par l'article 1131, dont il sera question plus loin » ⁸².

Ainsi, puisque parler des articles 1131 et ss. revient à parler de l'article 1076, on peut se borner à considérer les premiers. L'article 1131 définit la clause pénale comme suit :

La clause pénale est une obligation secondaire par laquelle une personne, pour assurer l'exécution de l'obligation principale, se soumet à une peine en cas d'inexécution.

Et l'article 1133 de poursuivre :

Le créancier peut, s'il le veut, poursuivre l'exécution de l'obligation principale au lieu de demander la peine stipulée.

Mais il ne peut demander en même temps les deux, à moins que la peine n'ait été stipulée pour le simple retard dans l'exécution de l'obligation principale.

Il est intéressant de voir la nature des rapprochements qu'ont opérés nos tribunaux et notre doctrine récente entre ces différents articles de notre Code :

Le Meuble Moderne Enrg. v. Collin ⁸³ :

On a cité déjà, pour soutenir une thèse contraire à celle exprimée par le tribunal ⁸⁴, l'article 1077 du C.C. qui dit que dans les obligations pour le paiement d'une somme d'argent, les dommages-intérêts résultant du retard ne consistent que dans l'intérêt au taux légalement convenu entre les parties et fixé par la loi. Cet article n'exclut pas la clause pénale.

Délisle Auto Rouyn Ltée v. McNicoll ⁸⁵ :

Le tribunal ne voit rien dans cet article (1077 du *Code civil*) qui empêche les parties de convenir d'une clause pénale spéciale. C'est d'ailleurs l'opinion exprimée par Mignault ainsi que par Faribault.

Lachance v. Thivierge ⁸⁶ :

81. L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 2, t. 7bis, p. 421, n. 470.

82. *Vid.* dans le même sens C.-B.-M. TOULLIER, *Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. 6, 5^e éd., Paris, Jules Renouard & Cie, 1839, n. 275, p. 288 ; M. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, t. 6, 4^e éd., Bruxelles, Société belge de librairie, 1841, p. 171, n. 484 ; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 7^e éd., Paris, Delamotte & Fils, 1873, p. 446, n. 527 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 2, nouv. éd., Paris, A. Durand et Pedoue-Lauriel, 1885, p. 49, n. 3 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, p. 198, n. 866 et ss.

83. [1959] C.S. 102.

84. Le juge Lizotte déclarait « absolument légale » une clause ainsi libellée : « Il est stipulé au contrat que le défendeur doit payer les frais de perception, si la réclamation est confiée à des avocats, jusqu'à concurrence de 15% et ce montant de 15% est celui que le demandeur doit payer à ses avocats et qui est le taux normal au Barreau de Rimouski ».

85. [1962] C.S. 75.

86. [1967] R.L. 37.

L'art. 1077 n'exclut pas la clause pénale de l'art. 1131.

*Traders Finance Corporation Ltd. v. Perron*⁸⁷ :

On a soumis certaines opinions qui sont maintenant insérées dans différents jugements, voulant qu'une clause comme celle qui est invoquée dans la présente déclaration devrait être considérée comme illégale parce qu'elle viendrait en contradiction avec les dispositions de l'article 1077 C.c.

*The Great West Life Assurance Company v. Codere*⁸⁸ :

Il s'agit d'interpréter l'article 1077 C.C. en regardant des articles 1131 et 1133 C.C.

...

Je crois que l'article 1077 n'exclut pas les articles 1131 et suivants...

*Construction St-Hilaire Limitée v. Les Immeubles Fournier Inc.*⁸⁹ :

Je crois que l'article 1077 C.C. n'est pas d'ordre public et que la liberté de contracter permet de stipuler une clause pénale...

Pour ce qui est de la doctrine récente, M^e Thomas-Louis Bergeron n'hésite pas à affirmer⁹⁰ :

C'est à cet article (1077 du *Code civil*) que ramène fatalement la clause pénale.

Et dernièrement, dans son intéressant article⁹¹, le notaire Yves Caron situait carrément sur ce terrain⁹² tout le débat de la validité des clauses de dommages-intérêts conventionnels dans les obligations pour le paiement d'une somme d'argent :

La question que l'on peut se poser... se rapporte à la relation, compatible ou incompatible, des articles 1076 et 1077 C.c. et des articles 1131, 1133 et 1135 C.c.⁹³

Plus loin, l'auteur reprend cette idée :

La difficulté à résoudre est celle de l'interprétation conjuguée des articles 1077 et 1133 C.c.⁹⁴.

En somme, il existe un lien étroit entre l'article 1077 et les articles 1076 et 1131 et ss. du *Code civil*. D'une part, le premier, l'article 1077, en tant qu'il affecte les dommages-intérêts conventionnels, établit une modalité particulière, par rapport à la règle générale posée par

87. [1967] C.S. 418.

88. [1971] C.S. 541.

89. [1972] C.A. 35.

90. *Loc. cit.*, note 42, 160.

91. *Loc. cit.*, note 44.

92. Cet article a eu pour point de départ l'arrêt *The Great West Life Assurance Company v. Codere*, [1971] C.S. 541, où le juge Fortin a adopté cette approche, comme on vient de le voir.

93. *Loc. cit.*, 330.

94. *Id.*, 339.

l'article 1076, à l'égard des obligations pour le paiement d'une somme d'argent : les dommages-intérêts visant le retard sont exprimables sous la forme d'un taux d'intérêt. D'autre part, l'article 1076 consacre le principe de la liberté contractuelle en matière de dommages-intérêts conventionnels pour ce qui est des obligations en général ; de plus, il existe une identité de nature entre les dispositions de cet article et celles des articles 1131 et ss. portant sur les obligations avec clause pénale.

On constate que, de façon générale, les tribunaux ont perçu la relation qui existe entre ces articles : toutefois, rarement le lien a été défini de façon très nette et on trouve à ce sujet beaucoup de contradictions entre les décisions. Quant à la doctrine récente, si elle a fait de louables efforts dont il est résulté plusieurs conclusions heureuses, elle nous laisse cependant inquiets sur plusieurs points. L'un d'eux, le principal sans doute, était précisément la question de la nature exacte du lien qui unit les articles 1076 et 1131 et ss. du *Code civil*. Il nous semble, pour notre part, absolument nécessaire et primordial de répondre à cette question, car elle touche aux fondements mêmes de la clause pénale et aussi longtemps qu'un doute subsiste à ce propos, on ne peut pousser plus avant la discussion avec fermeté. Nous appuyant sur l'autorité des auteurs cités précédemment, lesquels professent un enseignement unanime et non équivoque, nous concluons sans ambiguïté à l'identité de nature des articles 1076 et 1131 et ss. du *Code civil*. Ces derniers établissent les bases d'une seule et même institution de droit civil : la clause pénale⁹⁵.

La clause pénale et l'obligation conditionnelle

Si les articles 1076 et 1131 et ss. du *Code civil*, identiques par leur nature, constituent ainsi le support législatif de ce que nous appellerons la clause pénale authentique, on doit se bien garder, à notre avis, de confondre cette dernière avec d'autres espèces d'obligations, et notamment l'obligation conditionnelle.

Il faut reconnaître que la jurisprudence n'a pas été alertée par

95. Nous avons trouvé une seule opinion discordante, c'est celle exprimée par le juge Fortin, dans *The Great West Life Assurance Company v. Codere*, [1971] C.S. 541. Le savant juge soutient que la clause pénale des articles 1076 et 1077 du *Code civil* et celle des articles 1131 et ss. du *Code civil* ne sont pas identiques en ce que ces derniers donnent en plus ouverture à une peine stipulée pour des dommages autres que ceux résultant de l'inexécution ou du simple retard. Avec respect, et bien que nous souscrivions au dispositif du jugement, nous affirmons sans réserves que cette opinion est dépourvue de fondements juridiques. Les autorités que nous citons à ce propos (*cf. supra*, p. 496) sont unanimes et s'expriment de façon non équivoque.

cette nécessité puisque c'est indifféremment, en général, que l'on y parle de clauses pénales, d'indemnités, de dommages conventionnels, forfaitaires ou liquidés, de peines ou de pénalités. C'est à croire, en lisant la plupart des arrêts, que ces termes sont parfaitement interchangeable. Nous avons la ferme conviction que cette attitude de la part des tribunaux a contribué dans une large mesure à entretenir le chaos qui caractérise ce secteur de notre droit.

Nous n'entendons pas traiter au long de cette question de vocabulaire, car ce serait hors de notre propos. Pourtant, nous soutenons qu'il est rigoureusement nécessaire de réserver à la seule stipulation qui est envisagée par le *Code civil* aux articles 1131 et suivants, à l'exclusion de toutes autres espèces de conventions, l'appellation de « clause pénale ». Elle consiste en une obligation secondaire ayant pour but d'assurer l'exécution d'une obligation principale. Le Code la définit ainsi. De plus, trait essentiel, l'obligation secondaire ou peine (les deux appellations sont utilisées par le législateur) est stipulée soit pour l'inexécution de l'obligation principale, soit pour le simple retard à l'accomplir. Dans le premier cas, le créancier peut à son choix poursuivre l'exécution de l'une ou l'autre de l'obligation principale ou de la clause pénale. Dans le second, il y a cumul, c'est-à-dire que l'obligation principale et la peine sont à la fois exigibles.

La clause pénale se trouvant ainsi définie, il importe de la distinguer spécialement de l'obligation conditionnelle. Nombreux d'ailleurs sont les auteurs qui ont jugé bon de souligner les différences existant entre ces deux espèces d'obligations⁹⁶. Voici des exemples qui vont nous permettre d'illustrer ces différences :

1. Je m'engage à vous livrer cette marchandise ; si je n'exécute pas mon engagement, je vous devrai \$1,000.00.
2. Je vous livrerai cette marchandise le premier septembre ; vous pourrez me réclamer \$25.00 pour chaque jour de retard.
3. Si je ne vous livre pas cette marchandise, je vous devrai \$1,000.00.

Les deux premiers exemples sont des obligations avec clause pénale, l'une étant stipulée en vue de l'inexécution de l'obligation principale, l'autre pour le simple retard. On peut remarquer au passage que dans le cas de l'inexécution, comme il a été dit plus haut, le créancier devra exercer un choix entre l'une et l'autre de l'obligation

96. P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 2, 424 ; F. LANGELIER, *op. cit.*, note 2, t. 4, p. 62 ; L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 2, t. 7bis, p. 423, n. 474 ; même auteur, *op. cit.*, même note, t. 8bis, p. 288, n. 397 ; en France, *vid.* entre autres C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 78, t. 26, p. 570 et ss., n. 644 et ss. ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, note 75, p. 446, n. 1362.

principale et de la peine, advenant le défaut du débiteur, et que dans le cas du retard, il a droit cumulativement aux deux.

Le troisième exemple illustre une obligation conditionnelle. A l'égard de l'obligation avec clause pénale, qu'elle soit stipulée pour l'inexécution ou en vue du simple retard, les différences les plus importantes sont les suivantes : le créancier de l'obligation conditionnelle ne détient qu'un droit éventuel et incertain, l'obligation ne prenant vie qu'avec la réalisation de la condition ; nous sommes ici en présence d'une obligation unique ; lorsqu'il s'agit d'une condition simplement facultative, c'est de la volonté du débiteur que dépend la naissance de l'obligation pure et simple. Plutôt, en ce qui concerne l'obligation avec clause pénale, l'obligation principale existe déjà pure et simple ; nous sommes en face de deux obligations distinctes, l'une principale, l'autre secondaire, c'est-à-dire la peine ; enfin, lorsque la clause pénale est stipulée en vue de l'inexécution, c'est au créancier qu'il revient de choisir l'obligation dont il poursuivra l'exécution, soit l'obligation principale, soit la peine, et lorsqu'elle a pour objet le retard, le débiteur ne peut se soustraire à l'obligation principale qui, encore une fois, est pure et simple.

On est bien forcé d'admettre qu'en pratique il peut être souvent difficile de distinguer l'une et l'autre, la clause pénale et l'obligation conditionnelle. Pourtant, la difficulté est plus apparente que réelle et elle sera surmontée grâce aux règles courantes d'interprétation des contrats, et notamment celle par laquelle on doit s'en remettre à l'intention manifestée par les parties.

Nous en resterons à ces considérations sommaires, nous bornant à ajouter qu'il faille prendre garde également d'assimiler la clause pénale, l'obligation alternative et l'obligation facultative⁹⁷. Elles sont suffisantes, en effet, pour les fins de notre étude, nous permettant d'exercer un œil critique sur les clauses suivantes tirées de la jurisprudence :

Clause A : ... advenant le cas où la défenderesse résilierait son contrat, les demandeurs... (ont)... le droit de recouvrer, à titre de dommages liquidés, une somme équivalant à \$50.00 pour chaque semaine jusqu'au terme fixé pour l'expiration du contrat⁹⁸.

97. Sur cette question, nous référons aux auteurs précédemment cités. De plus, le sujet a été discuté dans l'arrêt suivant : *Teinturerie Québec Inc. v. Lauzon*, [1967] B.R. 41.

98. *Boretsky v. Amherst Bowling Recreation Inc.*, [1965] C.S. 521. Le jugement ne contient pas l'énoncé même de la clause pénale faisant l'objet du litige ; elle y est toutefois résumée en ces termes.

Clause B: Si la caisse est appelée à payer des frais de perception en rapport avec ma dette, je m'engage à les lui rembourser au taux recommandé par le Conseil Général du Barreau par ses règlements⁹⁹.

Clause C: Article sixième: Indemnité. Si, pendant la durée de ce prêt (c'est-à-dire jusqu'à ce que le prêteur ait reçu paiement de toutes sommes à lui payables en vertu des présentes), l'emprunteur ou tout autre propriétaire subséquent de la propriété ou de toute partie d'icelle est déclaré en faillite ou fait une cession volontaire ou forcée, ou une cession autorisée ou offre un concordat à ses créanciers, ou si la propriété ou toute partie d'icelle est vendue par le shérif ou par vente ayant le même effet, ou par liquidation forcée, ou est expropriée, ou devient l'objet d'un jugement en ratification de titres, ou si le prêteur institue des procédures en justice en vertu du présent contrat, ou si, par suite du défaut de l'emprunteur, le prêteur est payé autrement que ci-dessus prévu (par exemple, si la perception en est confiée à un avocat par suite du retard de l'emprunteur), l'emprunteur devra payer au prêteur une indemnité égale à quinze pour cent (15%) du montant total alors dû en vertu du présent contrat¹⁰⁰.

CLAUSE A

La première convention citée, la clause A, est une clause pénale authentique (art. 1131 et ss. du *Code civil*) stipulée pour l'inexécution de l'obligation principale. Il s'agissait en l'espèce d'un contrat établi pour une durée de cinq ans et ayant pour objet l'exploitation de machines de jeux. Les demandeurs s'engageaient à fournir et à placer lesdites machines dans l'établissement de la défenderesse qui, en contrepartie, devait leur remettre une part des revenus résultant de leur opération. Un peu plus d'une année après la conclusion de l'entente, la défenderesse, trouvant des conditions plus avantageuses ailleurs, décida de ne plus faire affaires avec les demandeurs. D'où l'action. La défenderesse était en défaut d'exécuter son obligation principale et, dès lors, la clause pénale trouvait son application: se substituant à l'obligation principale à l'option des demandeurs, elle devait indemniser ces derniers de la défaillance de la défenderesse¹⁰¹.

Il nous paraît opportun de donner au passage un exemple de clause pénale stipulée pour le simple retard. C'est de la jurisprudence que nous le tirons également: *The Canadian General Electric*

99. *La Caisse populaire de l'Université Laval v. Morais*, [1971] R.P. 408.

100 *Construction St-Hilaire Limitée v. Les Immeubles Fournier Inc.*, [1972] C.A. 35.

101. *Vid.* particulièrement deux arrêts présentant des causes de la même espèce: *Jodoin v. Lavigne*, [1960] B.R. 174, et *Marché Demérelin v. Stubina*, [1964] B.R. 590. *V.* de façon plus générale la jurisprudence citée, *supra*, note 1.

*Company v. The Canadian Rubber Company of Montreal*¹⁰², une cause assez ancienne. Ici, la demanderesse s'était engagée à livrer un certain nombre de moteurs électriques et autres appareils du même genre dans un délai déterminé; il était de plus convenu qu'une somme de \$25.00 par jour de retard serait versée à l'intimée pour chaque pièce livrée hors délai, cela à titre de peine. La Cour suprême, confirmant les jugements de la Cour supérieure, en première instance et en révision, prononça la validité de cette clause pénale, la peine représentant une réparation forfaitaire pour les dommages *propter moram* subis par l'intimée. Il est important de noter que lorsque la peine est stipulée pour le retard, le créancier peut exiger cumulativement l'obligation principale et la peine, les deux s'additionnant (art. 1133 du *Code civil*).

CLAUSE B

La seconde convention citée, la clause B, appartient à l'espèce de celles qui ont posé le plus grand nombre de difficultés aux tribunaux. La plupart du temps, ces derniers ont vu là une clause pénale établie sous le régime des articles 1131 et ss. du *Code civil*. Les *dicta* qui suivent sont très explicites :

*Le Meuble Moderne Enrg. v. Collin*¹⁰³ :

C'est une clause pénale (C.C. art. 1076, 1133), qui se trouve plus fréquemment dans les contrats ou ventes à tempérament.

*City Buick (Mtl) Ltd. v. Andriano*¹⁰⁴ :

La clause pénale des art. 1131 et suivants est-elle un moyen d'éviter la prohibition de l'art. 1077 C.C. ?

*Lachance v. Thivierge*¹⁰⁵ :

Après avoir examiné la jurisprudence, la clause pénale de 1131...

*Associates Finance Company Limited v. Krawanski*¹⁰⁶ :

Cette clause semble inspirée des art. 1131 et 1133 du *Code civil*.

*La Caisse populaire de l'Université Laval v. Morais*¹⁰⁷ :

Il paraît bien clair que, dans le cas sous étude, il ne s'agit pas de retard mais d'inexécution totale... L'article 1133 du *Code civil* interdit donc...

102. (1915) 52 R.C.S. 349. La clause se lisait ainsi : «...the sum of \$25 per day for each motor, each generator and a complete switchboard shall be deducted from the contract price as liquidated damages and not as a forfeit for every day's delay in the delivery of the apparatus as specified in the delivery clause ». Nous aimons de plus citer l'exemple suivant, également extrait de la jurisprudence : « Si les travaux ne sont pas finis pour le 20 octobre, le jobbeur perdra cent piastres », *Bois v. Bouchard*, (1930) 36 R.J. 222.

103. [1959] C.S. 102.

104. [1961] C.S. 546, 550.

105. [1967] R.L. 37.

106. [1967] R.P. 154.

107. [1970] R.P. 408, 410.

Il est vrai que la doctrine traditionnelle n'a pas adopté un point de vue différent. Ainsi, Mignault, commentant la cause de *Leduc v. Gourdine*¹⁰⁸ où il est question d'une semblable clause, qualifie sans ambages cette dernière de « clause pénale »¹⁰⁹. De son côté, Faribault, résumant la même cause ne contredit en rien son prédécesseur¹¹⁰.

Par contre, la doctrine récente a perçu clairement la méprise et pose de façon non équivoque :

M^e Thomas-Louis Bergeron¹¹¹ :

On a ici l'apparence d'une clause pénale, mais il est difficile d'en découvrir la substance.

M^e Jean-Louis Baudouin¹¹² :

D'autres... contestent qu'il s'agisse véritablement d'une clause pénale...

... il lui manque l'une des caractéristiques fondamentales de la clause pénale : la somme stipulée n'est pas due en effet en raison de l'inexécution elle-même mais en raison du recours à la justice pour la perception de la créance.

M^e Yves Caron¹¹³ :

Dans de tels cas... il ne s'agit pas... de véritable clause pénale ou obligation secondaire.

Il est rassurant de constater que cette opinion n'est pas tout à fait absente de la jurisprudence. Nous connaissons deux jugements qui l'entérinent, mais sans trop de vigueur, il faut le reconnaître.

*Payeur v. Roy*¹¹⁴ :

Notre système prévoit bien une clause pénale, mais le Tribunal estime que la clause qui lui est soumise n'est pas une clause pénale.

Malheureusement, les propos qui suivent n'apportent guère les précisions qu'on souhaiterait et il est regrettable que le juge ne se soit expliqué mieux et davantage. Toutefois, ce jugement contient une note intéressante sur l'origine de semblables clauses¹¹⁵. Elles nous viendraient des provinces de *Common Law* où les frais judiciaires accordés au demandeur ayant obtenu gain de cause se limitent pratiquement à l'équivalent de nos déboursés de cour. En conséquence, les créanciers cherchent à se prémunir contre les frais d'un éventuel procès.

108. (1887) 10 L.N. 161.

109. P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 2, 427.

110. L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 2, t. 7bis, p. 431, n. 484.

111. *Loc. cit.*, note 42, 161.

112. *Op. cit.*, note 2, pp. 300 et 301, n. 568.

113. *Loc. cit.*, note 44, 335.

114. [1959] R.L. 508.

115. *Vid. supra*, p. 486.

*Cities Service Oil Company Limited v. Huot*¹¹⁶ :
Il s'agit d'une clause de nature pénale...

...
... le demandeur a voulu... (établir)... une stipulation pénale conditionnelle contre le défendeur...

Ici encore, on peut regretter que le juge n'ait élaboré davantage sa pensée. On a même la tentation de douter que ces affirmations aient été posées de propos délibéré. Malgré tout, il semble qu'elles aient vraiment eu pour origine la constatation à laquelle serait venu le tribunal que la clause litigieuse n'était pas une clause pénale véritable. En effet, il affirme avec précaution : « Il s'agit d'une clause de nature pénale », et non pas : « C'est une clause pénale ». Cette affirmation posée, il demeurerait que la clause litigieuse se devait d'être quelque chose et, par conséquent, autre chose. C'est peut-être pourquoi plus loin, en fin de jugement, mais sans insistance aucune, le tribunal estime juste d'affirmer que nous sommes en présence d'une stipulation pénale conditionnelle.

Cela, pour notre part, nous le croyons fermement, car si cette clause recèle bien les caractères d'une obligation conditionnelle, elle ne répond aucunement à la définition d'une clause pénale telle que posée par le *Code civil* aux articles 1131 et suivants.

On est d'abord forcé de constater que cette obligation résiste à pénétrer dans le cadre rigide de ces articles. Deux catégories très nettes y sont établies : d'une part, la peine stipulée pour assurer l'exécution d'une obligation principale, d'autre part, celle qui a pour objet le simple retard.

La peine stipulée en vue de l'inexécution de l'obligation principale est destinée à remplacer cette dernière, à l'option du créancier, advenant le défaut du débiteur. Il existe donc une certaine équivalence, sinon de nature, au moins de valeur, entre l'obligation principale et l'objet de la clause pénale. Outre que l'on doit nécessairement conclure en ce sens par simple référence à l'esprit de cette institution, on peut apporter au surplus un argument de texte précis. Le deuxième alinéa de l'article 1135, dans le souci de protéger le débiteur, dispose :

Mais si l'obligation principale a été exécutée en partie à l'avantage du créancier, et que le temps fixé pour l'exécution complète soit de peu d'importance, la peine peut être réduite, à moins qu'il n'y ait une convention spéciale au contraire.

Dans les cas prévus par l'article, la peine peut donc être réduite par le tribunal dans la mesure où le créancier aura profité de l'exécution partielle. Il y a donc, en principe, une étroite équivalence

116. [1965] C.S. 113.

entre l'obligation principale et la clause pénale, la seconde ayant raison de substitut.

Dans notre clause B, qu'en est-il donc du remboursement des frais de perception de la dette, que ce remboursement soit stipulé selon un taux fixe, par exemple quinze pour cent, ou en des termes plus généraux: «... au taux recommandé par le Conseil Général du Barreau par ses règlements», par exemple? De toute évidence, l'objet de cette stipulation n'est pas destiné à remplacer celui de l'obligation principale, car il n'en est pas la contrepartie. Il serait bien étonnant que, dans l'esprit des parties, le quinze pour cent, par exemple, ait été stipulé en vue de se substituer à la dette. Tout différemment, ces dommages-intérêts conventionnels sont établis en considération des pertes et frais de toutes sortes que peut souffrir le créancier dans la poursuite de la créance principale, advenant le défaut du débiteur.

La clause B n'est donc pas une peine stipulée en vue de l'inexécution de l'obligation principale. Est-elle donc établie pour le simple retard? Pas davantage, à notre avis. Il est vrai que M^e Yves Caron n'hésite pas à affirmer¹¹⁷:

Dans de tels cas, la solution nous apparaît relativement simple... C'est une stipulation de paiement de dommages subis par suite du retard, qu'on l'appelle retard, défaut ou inexécution...

Avec respect, nous voulons soutenir avec force l'opinion contraire. Il nous semble que la simplicité de cette solution repose sur une assimilation erronée et forcée du sens des mots et, ce qui est plus grave, des réalités juridiques sous-jacentes. Depuis quand «retard» veut-il dire «inexécution»¹¹⁸?

M^e Thomas-Louis Bergeron a vu plus juste lorsqu'il a posé¹¹⁹:

Cette obligation supplémentaire ne naît pas du retard à exécuter l'obligation principale, mais d'un acte positif du créancier auquel le retard pourra donner lieu. C'est la détermination que font les parties de l'indemnité destinée à couvrir les démarches et les dépenses que le vendeur devra encourir dans l'éventualité prévue.

117. *Loc. cit.*, note 44, 335.

118. Il est toujours délicat de juger des intentions d'autrui et l'on risque, ce faisant, de commettre des injustices. Pourtant, nous ne pouvons nous empêcher de constater que le fait d'assimiler le retard et l'inexécution arrange bien les choses. En effet, M^e Caron est de ceux qui croient au caractère absolu de l'article 1077 du *Code civil*. Or, ce dernier ne visant que les dommages moratoires, c'est-à-dire ceux résultant du retard, il serait sans application si les dommages prévus par la clause B étaient des dommages compensatoires! Ce qu'ils sont effectivement! M^e Thomas-Louis Bergeron, à qui nous faisons référence ensuite dans le texte, n'a pas aperçu cette difficulté: après avoir posé qu'il s'agissait de dommages compensatoires, il conclut assez étonnamment à la nullité de la clause par le jeu de l'article 1077 du *Code civil*.

119. *Loc. cit.*, note 42, 161.

Il est vrai qu'en l'espèce les dommages encourus par le créancier peuvent être liés quelquefois au retard du débiteur, mais lorsque c'est le cas, ils le sont indirectement. Toujours, ces dommages résultent de la nécessité où se trouve le créancier d'intenter des démarches contentieuses et d'en souffrir les frais. Ces derniers appellent une réparation compensatoire et non pas moratoire.

On est donc forcé de conclure que la clause B n'est pas une clause pénale au sens précis des articles 1131 et ss. du *Code civil*. Elle présente bien, d'un autre côté, les caractères d'une obligation conditionnelle : cette constatation s'impose sans ambiguïté.

D'abord, il est sûr que sauf la réalisation de l'événement prévu, soit le fait pour le créancier de devoir souffrir des frais de perception, ce dernier n'est détenteur que d'un droit éventuel et incertain dans la prestation. En second lieu, nous sommes en présence d'une obligation qui est une, distincte et autonome par rapport à l'obligation principale. Ne visant pas à remplacer cette dernière en cas d'inexécution, ni à indemniser le créancier du retard proprement dit, elle poursuit une destination particulière et jouit d'une existence propre. Aussi, on aurait tort de l'assimiler à la peine de l'obligation avec clause pénale, bien que celle-ci soit elle-même de nature conditionnelle ; la clause pénale est un accessoire de l'obligation principale, laquelle est pure et simple, « et l'on ne conçoit même pas que la modalité qui l'affecte (la clause pénale) puisse s'étendre à l'obligation principale »¹²⁰. Enfin, il s'agit ici d'une condition simplement facultative, c'est-à-dire que sa réalisation dépend de l'attitude du débiteur, en l'occurrence son défaut.

Est-il utile d'ajouter, en ce qui concerne la condition elle-même, qu'il n'affecte en rien la nature de l'obligation qu'elle soit exprimée de différentes façons : la nécessité pour le créancier de recourir aux services d'un avocat, celle d'intenter une poursuite judiciaire ou simplement le fait d'encourir des frais de perception. Simplement, l'ouverture du droit est soumise à des éventualités différentes, quoique voisines, dont le créancier doit prouver la réalisation.

CLAUSE C

Après avoir discuté de la nature respective de la clause A et de la clause B portées en exemples plus haut et ayant conclu que, si la première est une clause pénale authentique, la seconde est en vérité une obligation conditionnelle, nous tournerons maintenant notre attention sur la troisième convention citée : la clause C.

120. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, note 75, p. 446, n. 1362.

Cette clause provient de la décision *Construction St-Hilaire Limitée v. Les Immeubles Fournier Inc.*¹²¹. Il s'agit d'une convention que l'on rencontre fréquemment dans les actes d'obligation hypothécaire et, à notre avis, non plus que la clause B, elle ne consiste en une clause pénale authentique. Comme elle, plutôt, elle est de la nature d'une obligation conditionnelle. Soulignons ainsi que cette clause établit en faveur du créancier un droit seulement éventuel et incertain, et qu'elle existe de façon autonome par rapport à l'obligation principale dont elle n'est pas destinée à pallier l'inexécution ou à réparer le retard comme tel.

Toute la différence qui existe entre la clause C et la clause B est la suivante : alors que la condition consistait tantôt en un acte que peut devoir poser le créancier (e.g. le fait d'intenter une action), elle est ici un acte positif ou négatif du débiteur : la cession autorisée ou l'offre de compromis, la liquidation volontaire, le défaut du débiteur relativement à l'une ou à l'autre des stipulations du contrat (intérêts en retard, capital échu non payé, etc. . .), le délaissement de l'immeuble dans le cas particulier d'une obligation hypothécaire ; parfois encore, elle se ramène à une simple situation, à un état de fait, et à titre d'exemples, mentionnons la faillite du débiteur, la liquidation forcée, la vente en justice.

Ajoutons qu'il est tout à fait indifférent que la condition consiste en un acte ou bien positif ou bien négatif, émanant soit de la personne du créancier soit du débiteur lui-même. Du reste, il n'importe davantage qu'il s'agisse d'une simple situation de fait plutôt que d'un agissement. C'est à l'esprit de la convention qu'il faut se référer. On ne voit pas pourquoi le créancier qui veut être remboursé des frais qu'il est susceptible d'encourir dans la poursuite de sa créance ne pourrait pas déterminer avec son cocontractant le point de rattachement qui convient le mieux à la nature du contrat.

Nous voulons faire remarquer, au terme de cette courte discussion de la clause C, que, pendant que nous voyons en celle-ci une obligation conditionnelle, le notaire Yves Caron, dans son article plus haut mentionné, la qualifie de « clause pénale proprement dite »¹²², c'est-à-dire authentique, suivant les articles 1131 et ss. du *Code civil*. L'auteur parvient à cette constatation par des chemins que nous n'avons pas pu identifier et son jugement nous étonne d'autant plus qu'il prend soin de distinguer préalablement la clause B de la clause pénale, décrivant celle-là comme « une stipulation de paiement de

121. [1972] C.A. 35.

122. *Loc. cit.*, note 44, 339.

dommages par suite du retard... »¹²³. Il est vrai que sur ce dernier point également nous entretenons une opinion différente de celle de M^e Caron et nous avons fait valoir nos arguments à ce propos, là où il se devait¹²⁴. Cela mis à part, il nous semble toutefois que l'auteur aurait dû conclure au même sens dans l'un et l'autre cas.

* * *

Il était nécessaire, au cours des lignes qui précèdent, de définir précisément, puis de distinguer la clause pénale et l'obligation conditionnelle, puisque la confusion qu'on en a faite très souvent a constitué une difficulté de plus dans l'appréciation de la validité des clauses pour le recouvrement des frais extrajudiciaires.

Cette difficulté particulière provient de la règle (art. 1133 du *Code civil*) que nous avons amplement soulignée plus haut et suivant laquelle, lorsque la clause pénale est stipulée en vue de l'inexécution de l'obligation principale, le créancier a droit de demander à son choix cette dernière ou bien la peine, mais l'une ou l'autre seulement ; si la clause pénale est établie pour le simple retard, le créancier peut poursuivre les deux. De plus, cette difficulté se présente principalement dans le cas des obligations pour le paiement d'une somme d'argent, puisque c'est en regard de ces dernières, surtout, qu'il est malaisé de distinguer l'inexécution et le retard¹²⁵. Si subtile que soit souvent cette distinction, elle bien réelle toutefois et revêt une grande importance.

123. *Id.*, 335.

124. *Vid. supra*, p. 506.

125. La jurisprudence et la doctrine sont depuis longtemps partagées sur la question de savoir si, dans le cas des obligations pour le paiement d'une somme d'argent, il existe distinctement, comme pour les obligations en général, des dommages compensatoires (ceux qui résultent de l'inexécution) et des dommages moratoires (ceux provenant du retard). Nous sortirions du cadre de notre sujet en traitant au long de cette question. Aussi, nous bornerons-nous aux quelques considérations qui suivent, lesquelles sont suffisantes ici.

Il est vrai que, pour ce qui est des obligations en général, l'obligation, sur poursuite devant le tribunal, peut habituellement être transformée par le juge en une obligation pécuniaire, alors que celles qui ont ce caractère originaires ne peuvent évidemment pas connaître ce sort. C'est ce qui a fait croire à beaucoup de juristes, parmi lesquels il s'en trouve d'éminents, qu'en ce qui concerne les obligations pour le paiement d'une somme d'argent, le retard et l'inexécution se confondent, de sorte que les dommages ne sont jamais que moratoires.

Bien modestement, je soutiens le point de vue contraire. Le retard est toujours le temps exagéré que met le débiteur à s'exécuter, tandis que l'inexécution, c'est le refus, l'abstention pure et simple. Le retard et l'inexécution sont donc deux attitudes bien différentes de la part du débiteur et on a grand tort de les assimiler vu que leurs effets sont distincts. *Vid. contra*: T.-L. BERGERON, *loc. cit.*, note 42, 160.

Ainsi, en ce qui concerne la clause pénale, on a pour habitude d'envisager des situations où une obligation principale se définissant la plupart du temps comme une obligation de

L'arrêt de *La Caisse populaire de l'Université Laval v. Morais*¹²⁶, illustre bien la nature de cette difficulté. Il s'agissait d'une cause par défaut où la demanderesse réclamait, en outre du capital, l'indemnité pour frais de perception stipulée dans une reconnaissance de dette. Cette stipulation nous est maintenant familière puisqu'il s'agit de la convention que nous avons utilisée en exemple précédemment et que nous avons appelée : clause B. Il n'est pas inutile de la citer à nouveau :

Si la caisse est appelée à payer des frais de perception en rapport avec ma dette, je m'engage à les lui rembourser au taux recommandé par le Conseil Général du Barreau par ses règlements.

Le tribunal posa d'abord l'affirmation suivante, laquelle nous paraît fort juste¹²⁷ :

Il paraît bien clair que, dans le cas sous étude, il ne s'agit pas de retard mais d'inexécution totale, puisque le défendeur n'a rien payé et qu'ainsi, il a entièrement répudié son obligation.

Puis, suivant une logique impeccable, le tribunal ajouta et conclut¹²⁸ :

Si une clause pénale a été stipulée en cas d'inexécution de l'obligation principale, le créancier ne peut demander en même temps l'exécution de l'obligation principale et la peine stipulée, suivant l'article 1133 du *Code civil*.

...
Il en résulte donc que l'indemnité pour frais de perception réclamée par la demanderesse ne peut être accordée.

donner, de faire ou de ne pas faire, est destinée, advenant l'inexécution, à être remplacée par une obligation secondaire ou pénale consistant en une somme d'argent. *Néanmoins, le contraire pourrait fort bien se présenter*: en effet, il est possible de stipuler, dans le cas où une dette d'argent constitue l'obligation principale, qu'au cas d'inexécution, telle dette sera remplacée par une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

On voit dès lors la nécessité de distinguer, même dans les obligations pour le paiement d'une somme d'argent, entre l'inexécution et le simple retard, car dans le premier cas, le créancier doit choisir entre l'une et l'autre de l'obligation principale et de l'obligation secondaire, tandis qu'en ce qui concerne le retard, il a droit aux deux cumulativement.

A ce sujet, *vid.* en France: C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 78, p. 608, n. 612; V. MARCADE, *op. cit.*, note 82, p. 447, n. 528; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 16, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, 1878, p. 364 et ss., n. 305 et ss., n. 309 spécialement; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, note 75, t. 11, p. 469, n. 494; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 82, p. 208, n. 876, et p. 210, n. 879. On pourra constater que nos auteurs, à la différence des juristes français, se sont peu préoccupés de cette question pourtant primordiale.

126. [1970] R.P. 408.

127. *Id.*, 410.

128. *Id.*, 412.

On doit bien voir, cependant, qu'en dépit de sa stricte rigueur, ce raisonnement entraîne une conclusion erronée. En effet, il a pour fondement la proposition inexacte que la convention sous étude est une clause pénale, alors qu'il s'agit en vérité d'une obligation conditionnelle autonome par rapport à l'obligation principale. Nous croyons l'avoir démontré suffisamment au cours du développement précédent. En conséquence, l'une des prémisses cédant, le dispositif tombe.

Assez récemment, dans *Construction St-Hilaire Limitée v. Les Immeubles Fournier Inc.*¹²⁹, la Cour d'appel a contourné cette même difficulté de la façon qui suit : ayant à juger de la validité de la clause C, citée elle aussi en exemple précédemment, et estimant par ailleurs qu'il s'agissait là d'une clause pénale authentique selon les articles 1131 et ss. du *Code civil*, elle choisit de considérer cette dernière comme une peine stipulée pour le simple retard, cas où le créancier peut exiger cumulativement l'objet de l'obligation principale et celui de la clause pénale. Bien que nous partagions les vues de la Cour en ce qui concerne le caractère de l'article 1077 du *Code civil*¹³⁰ et le dispositif même du jugement, nous ne pouvons dissimuler notre regret que la question des conventions relatives aux frais extrajudiciaires n'ait été étudiée de façon plus approfondie : il eut été beaucoup plus juste, pour conclure à la validité de la clause litigieuse, de constater qu'il s'agissait là d'une simple obligation conditionnelle. Cette stipulation n'était certes pas une clause pénale authentique établie en vue du retard, même s'il est dit dans le contrat, *in fine* : « (par exemple, si la perception en est confiée à un avocat par suite du retard de l'emprunteur) ». On ne devait pas afin de l'interpréter s'attacher au sens littéral des termes, mais bien au sens qui convienne à la matière (art. 1013 et ss. du *Code civil*), pour ainsi nécessairement conclure que cette obligation conditionnelle avait pour objet l'inexécution. Il est certain que le refus catégorique du débiteur équivaut à inexécution et non pas à retard simplement.

L'article 1077 du Code civil et l'ordre public

Il nous a paru nécessaire, d'abord, d'établir un rapprochement entre les articles 1077, 1076 et 1131 et ss. du *Code civil*. Nous devons ensuite distinguer les traits particuliers qui caractérisent respectivement la clause pénale et l'obligation conditionnelle qu'on confond

129. [1972] C.A. 35.

130. *Vid. infra*, sous-section suivante.

quelquefois entre elles. Ces considérations préliminaires étant posées, il y a lieu à présent de nous interroger sur le caractère de l'article 1077 du *Code civil*.

Est-il utile de souligner au passage que cet article vise indistinctement toutes « les obligations pour le paiement d'une somme d'argent », qu'elles consistent en une clause pénale authentique ou en une obligation conditionnelle à caractère pénal : en conséquence, la portée de l'article 1077 englobe tout le domaine des conventions pour le recouvrement des frais extrajudiciaires qui sont établis en regard d'obligations pécuniaires.

Il est difficile de trouver un domaine du droit qui soit plus controversé que la question de savoir si la règle posée par l'article 1077 du *Code civil* est impérative ou simplement supplétive.

Dans *Leduc v. Gourdine*¹³¹, une cause assez ancienne déjà citée, on affirmait :

The article (1077 du *Code civil*) is imperative, and prohibits anything being stipulated in addition to the interest.

Et, plus loin, le tribunal de poursuivre :

The article is prohibitive, and any agreement in contravention thereto is consequently null. (Article 14, C.C.).

Plus près de nous, dans *City Buick (Mtl) Ltd. v. Andriano*¹³², le juge Trudel, se référant notamment à la cause précédente, soutient un point de vue identique. Pour lui, l'article 1077 est nécessairement d'ordre public si on l'interprète à la lumière de ce qu'il estime être l'économie générale du *Code civil* :

Cette prohibition n'est-elle pas édictée dans un souci d'ordre public dans le champ même du Code civil¹³³?

Et le savant juge de continuer :

Ainsi, inséparable du dépistage de l'usure, l'art. 1077 C.C. prend un caractère qui dépasse les simples intérêts particuliers d'un contractant. Son rôle s'insère dans un ensemble législatif destiné à empêcher l'abus de l'homme par l'homme en certaines circonstances économiques et juridiques¹³⁴.

De son côté, dans *La Caisse populaire de l'Université Laval v.*

131. (1887) 10 L.N. 161.

132. [1961] C.S. 546.

133. *Id.*, 551.

134. *Ibid.*

*Morais*¹³⁵, le tribunal, s'en rapportant expressément au jugement précédent, conclut de la même manière :

... l'article 1077 comporte une disposition prohibitive rendant nulle une convention qui ajouterait toute autre indemnité aux intérêts légalement dus.

D'autre part, l'opinion contraire est soutenue non moins catégoriquement par d'autres juges¹³⁶ :

*Lachance v. Thivierge*¹³⁷ :

L'art. 1077 prévoit les cas de dommages-intérêts résultant du retard dans le paiement. Ces dommages, d'après 1077, ne consistent que dans l'intérêt au taux légalement convenu entre les parties ou en l'absence de telle convention, au taux fixé par la loi.

La dernière partie est une clause supplétive lorsqu'il y a absence de convention.

*Traders Finance Corporation Ltd. v. Perron*¹³⁸ :

... le tribunal croit que cet article (1077 du *Code civil*), n'étant pas d'ordre public...

*Construction St-Hilaire Limitée v. Les Immeubles Fournier Inc.*¹³⁹ :

Je crois que l'article 1077 C.C. n'est pas d'ordre public et que la liberté de contracter permet de stipuler une clause pénale ou de fixer par convention une indemnité à être payée par le débiteur en défaut.

En ce qui concerne la doctrine, le désaccord est aussi flagrant. Tandis que Mignault¹⁴⁰ et Faribault¹⁴¹ donnaient préséance à l'autonomie de la volonté, plus récemment on trouve le juge Antonio Langlais¹⁴², M^e Thomas-Louis Bergeron¹⁴³ et M^e Yves Caron¹⁴⁴ qui, inversement, soutiennent que la disposition est impérative.

D'autre part, il faut savoir que la controverse n'est pas exclusivement québécoise. Elle existe depuis longtemps en France où l'article 1153 C.N., duquel fut tiré notre article 1077 du *Code civil*, présente les mêmes difficultés d'interprétation. A l'époque de la codification québécoise, l'article 1153 C.N. se lisait comme suit :

135. [1970] R.P. 408, 411.

136. Vid. également les causes qui suivent : *Le Meuble Moderne Enrg. v. Collin*, [1959] C.S. 102 ; *Délisle Auto Rouyn Ltée v. McNicoll*, [1962] C.S. 75 ; *The Great West Life Assurance Company v. Codere*, [1971] C.S. 541.

137. [1967] R.L. 37.

138. [1967] C.S. 418.

139. [1972] C.A. 35, 41.

140. *Op. cit.*, note 2, 427.

141. *Op. cit.*, note 2, t. 7bis, p. 433, n. 490.

142. *Loc. cit.*, note 39.

143. *Loc. cit.*, note 42.

144. *Loc. cit.*, note 44.

Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit¹⁴⁵.

Or, une certaine jurisprudence et une partie de la doctrine ont considéré que cet article était impératif. Il faut reconnaître que des motifs excellents ont été invoqués par cette école et Demolombe, qui s'y rattache, les résume ainsi¹⁴⁶ : la tradition ancienne servirait de support à cette interprétation et la règle posée par l'article n'aurait sa raison d'être que si elle était absolue ; au demeurant l'interprétation littérale du texte favorise ce point de vue : « les dommages et intérêts ne consistent jamais... ».

Cette position est fortement inspirée de l'enseignement de Pothier

145. Il est certes opportun de rapporter ici certaines des remarques qui ont été prononcées par quelques-uns des juristes présents lors des conférences ayant entouré l'élaboration de l'article 1153 C.N. *Vid.* P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, réimpr. de l'édition de 1827, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, p. 58 :

M. Jollivet dit que... les tribunaux... se croiraient liés par la disposition de l'article (1153 C.N.), qui s'explique d'une manière très impérative, lorsqu'il dit que « les intérêts ne consistent jamais que », etc.

M. Miot dit que l'article 31 (1134 C.N.) : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » préviendrait cette méprise.

M. Treilhard observe... (qu')... on ne peut douter que l'article 31 (1134 C.N.) ne valide toutes les stipulations faites de bonne foi.

Le Consul Cambacérés pense que ces mots : « Les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais », etc., feront naître beaucoup de difficultés, parce qu'ils présentent un sens équivoque. Tout est réglé par l'article 49 (1152 C.N., auquel correspond notre article 1076 du *Code civil*) : il n'a rien de contraire à l'ordre actuel des choses, et suffit pour empêcher la fraude d'un débiteur qui retient les fonds, dans la vue de les placer à un taux plus élevé que celui de l'intérêt auquel il est condamné...

M. Jollivet dit que ces sortes de stipulations sont d'autant plus licites qu'il est au pouvoir du débiteur d'en faire cesser l'effet quand il veut, en remplissant ses engagements.

146. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 78, p. 635, n. 643. *Vid.* également en ce sens G. BAUDRY-LACANTINIERE, *op. cit.*, note 75, t. 11, p. 476, n. 508. En outre, d'autres auteurs pour qui la règle est impérative voient toutefois l'existence de certains tempéraments. Ainsi, le cas où il y a responsabilité délictuelle de la part du débiteur par suite de fraude, mauvaise foi, procédés vexatoires etc., car « l'article 1153 (notre art. 1077 du *Code civil*) ne s'applique qu'aux dommages et intérêts conventionnels » enseigne Laurent (*Op. cit.*, note 125, p. 368, n. 309 et ss.). Tel est aussi le cas « où le créancier signalant la nécessité du paiement, la nature et l'échéance de ses besoins, le débiteur a pris à sa charge et sous sa responsabilité les suites de son inexactitude », selon Larombière (*Op. cit.*, note 82, p. 66, n. 18).

qui, prenant lui-même exemple de Dumoulin, jugeait nulles, de nullité relative, les conventions établissant à l'avance des dommages-intérêts forfaitaires en faveur du créancier au cas de défaut de la part du débiteur. Pothier estimait que, si cette conclusion n'était pas rigoureusement conforme aux principes du droit, elle avait le mérite de servir l'équité et pour ce motif devait être retenue¹⁴⁷.

Si l'on adhère à cette doctrine de la nullité du forfait, à plus forte raison peut-on considérer que les dommages-intérêts légaux établis par l'article 1153 C.N. (notre art. 1077 du *Code civil*) ne peuvent être valablement augmentés en vue d'une plus grande protection pour le créancier.

Cette interprétation, d'autre part, est contredite par des auteurs dont la réputation est considérable¹⁴⁸. Ceux-ci invoquent le plus souvent le principe de la liberté contractuelle, lequel constitue l'un des principaux piliers de notre droit civil. L'article 1134 C.N., dont le premier alinéa se lit comme suit, le consacre explicitement :

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Nos codificateurs n'ont pas jugé bon de reproduire ce texte, estimant sans doute qu'il était au nombre des articles inutiles, cette question appartenant « à une classe de sujets qui, d'après leur nature et la raison, doivent être laissés au savoir des juges plutôt que restreints dans les termes inflexibles d'une législation positive »¹⁴⁹. Reste que, ici comme en France, et encore aujourd'hui, la règle a valeur de principe

147. M. BUGNET, *Oeuvres de Pothier*, t. 2, Paris, 1848, p. 179, n. 345. Il est peut-être intéressant de préciser qu'en droit romain les dommages-intérêts conventionnels étaient susceptibles d'être majorés par le tribunal, advenant la preuve par le créancier d'un préjudice réel plus étendu; cependant, ils n'étaient pas réductibles à la demande du débiteur, au cas contraire. Le droit français a trouvé plus équitable d'adopter la solution inverse: les dommages-intérêts conventionnels étaient réductibles, mais le créancier ne pouvait demander plus. Pothier justifie comme suit cette règle qu'il reconnaît être contraire à la rigueur des principes: « Lorsqu'un débiteur se soumet à une peine excessive, en cas d'inexécution de l'obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de présumer que c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive; qu'il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant; et qu'il est dans la disposition de ne s'y pas soumettre, s'il croyait que le cas de cette peine put arriver; qu'ainsi le consentement qu'il donne à l'obligation d'une peine aussi excessive, étant un consentement fondé sur une erreur et sur une illusion qu'il se fait, n'est pas un consentement valable: c'est pourquoi ces peines excessives doivent être réduites à la valeur vraisemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages et intérêts du créancier résultant de l'inexécution de l'obligation primitive ». *Vid.* Les commentaires de Laurent, *op. cit.*, note 125, p. 361, n. 303.

148. C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 82, p. 287, n. 275; M. DURANTON, *op. cit.*, note 82, p. 171, n. 483; V. MARCADE, *op. cit.*, note 82, p. 446, n. 526; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 82, p. 201, n. 869.

149. *Code civil du Bas-Canada*, (Premier, second et troisième rapports), Québec, 1865, p. 11.

fondamental¹⁵⁰ et il doit en être tenu compte, contrairement à ce qu'on a trop souvent tendance à faire, sous prétexte de servir l'équité¹⁵¹.

D'autres arguments, en France, ont été avancés au soutien de cette thèse. Ainsi, lorsque les parties ont arrêté par anticipation de quelconques dommages-intérêts forfaitaires, on est forcé de reconnaître que c'est le débiteur qui provoque l'application de la convention par le fait de son défaut et qu'il lui est possible d'en faire cesser les effets, lorsqu'elle est stipulée pour le retard. Toullier enseigne que si les parties ont convenu de tels dommages-intérêts fixés à l'avance advenant un préjudice particulier pour le créancier¹⁵²:

Une pareille stipulation n'a rien de contraire aux lois ; elle est conforme à leur esprit, ainsi qu'à l'équité. Le débiteur a connu l'événement dont il a garanti les suites ; il est en faute de les avoir occasionnées, en ne payant pas au terme convenu.

Du reste, on aurait tort de croire que les clauses de dommages-intérêts forfaitaires profitent nécessairement au créancier : elles favorisent aussi bien le débiteur en défaut, lorsque le préjudice réel est plus grand que les dommages-intérêts convenus, à tel point qu'on peut les considérer comme des conventions limitant la responsabilité du débiteur¹⁵³.

Cette considération nous conduit à formuler notre propre point de vue sur le caractère de notre article 1077 du *Code civil*. Elle met en évidence l'utilité du forfait, qu'il soit conventionnel ou légal : c'est, en effet, en nous arrêtant à son utilité ou à sa destination que nous découvrons le caractère de cet article.

C'est une opinion fort répandue, mais une grave erreur, que de croire que l'article 1077 du *Code civil* a pour seul effet de bénéficier au

150. Avec modestie, je sou mets, contrairement au juge Trudel, dans *City Buick (Mtl) Ltd. v. Andriano*, [1961] C.S. 546, que la liberté de contracter est un principe et non une conséquence de nos textes. *Vid.* en ce sens Marcel GUY, *De la justice dans les contrats*, (1969) 71 *R. du N.* 463.

151. Il est devenu presque de mode aujourd'hui de surprotéger les débiteurs et cette attitude excessive ne peut avoir d'autres conséquences que des injustices. On ne doit pas perdre de vue qu'en principe, et dans les contrats synallagmatiques à tout le moins, le créancier est un ex-débiteur qui s'est exécuté. Par ailleurs, on sait que très souvent le créancier représente la partie économiquement forte et que le débiteur fait figure d'exploité. On peut se demander toutefois si ce n'est pas l'inverse qui se produit en maintes circonstances : qu'on s'en rapporte aux difficultés souvent insurmontables que rencontrent les gens en affaires pour obtenir leur dû. Que de mauvaises créances ! Considérer aussi la nouvelle *Loi de la protection du consommateur* qui, en modifiant profondément les règles du droit commun, a déplacé sensiblement le centre de gravité des échanges commerciaux et a peut-être établi un nouveau déséquilibre. *Vid.* la conclusion de la présente étude, *infra*, pp. 521 et ss.

152. *Op. cit.*, note 82, p. 279, n. 267.

153. M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 82, p. 199, n. 867.

débiteur. Rien n'est plus faux, puisque le créancier y trouve son avantage. En effet, les dommages résultant du retard dans les obligations qui ont pour objet une somme d'argent sont d'une détermination particulièrement difficile et incertaine. Ce trait est remarquable et on en comprend aisément la raison. Pour les autres espèces d'obligations, le dommage, en général, est susceptible d'être évalué avec une relative aisance et le manquement lui-même suggère souvent la réparation qui doit y correspondre. Dans le cas de sommes d'argent, au contraire, qu'il s'agisse de prouver la perte proprement dite (*damnum emergens*)¹⁵⁴ ou le gain dont le créancier a été privé (*lucrum cessans*), d'ordinaire nous sommes en présence de faits nombreux, la plupart du temps négatifs.

Quant au débiteur, l'article 1077 du *Code civil* le protège en ce qu'il le met à l'abri d'un péril inhérent aux obligations pécuniaires. En effet, lorsque la preuve du dommage découlant du retard est recevable, il est particulièrement difficile pour le juge d'établir les limites de sa responsabilité; le débiteur est ainsi exposé à un risque énorme, pouvant être tenu de réparer des dommages qui sont hors de proportion avec le *quantum* de son obligation originaire.

Au sujet de l'une et l'autre des parties, créancier et débiteur, Pothier s'exprime avec une admirable clarté¹⁵⁵:

Comme les différents dommages et intérêts qui peuvent résulter du retard de l'accomplissement de cette espèce d'obligation, varient à l'infini, et qu'il est aussi difficile de les prévoir que de les justifier, il a été nécessaire de les régler comme par une espèce de forfait, à quelque chose de fixe.

De cette constatation qui est reconnue par tous les juristes, il nous est, croyons-nous, permis de conclure que notre article 1077 du *Code civil*, tranchant la difficulté à l'avantage respectif de chacune des parties, établit une présomption suivant laquelle le créancier, s'il recouvrerait sa créance en temps, placerait cet argent à nouveau et en retirerait un intérêt égal à celui convenu avec le débiteur en défaut, ou en l'absence d'une telle convention, à celui fixé par la loi. Chez nous, Langelier exprime une opinion analogue¹⁵⁶.

De cette présomption qui a pour conséquence que le créancier ne puisse se retrouver sans indemnité, faute d'avoir pu établir une preuve

154. Nous tenons à préciser que nous parlons ici du *damnum emergens* pouvant résulter du retard du débiteur et non pas de celui, très facile à prouver, découlant de l'inexécution de l'obligation, c'est-à-dire du non-paiement de la dette d'argent.

155. M. BUGNET, *op. cit.*, note 147, p. 82, n. 170. *Vid.* aussi C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 82, p. 273, n. 264; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 78, p. 612, n. 619; F. LAURENT, *op. cit.*, note 125, p. 365, n. 306; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, note 75, t. 11, p. 474, n. 504.

156. *Op. cit.*, note 2, t. 3, 530.

difficile, et que le débiteur ne soit outre mesure taxé de son incurie ou de sa malchance, on attendrait en vain un résultat parfait et idéal. Les présomptions ne sont jamais qu'un moindre mal, car si elles ont pour fondement la règle générale et, partant, offrent une solution satisfaisante dans la majorité des cas, elles donnent lieu souvent à des iniquités dans le domaine du singulier. En conséquence, comment la présomption de l'article 1077, qui n'a pour but de favoriser personne, ni le créancier, ni le débiteur, ne céderait-elle pas devant la convention des parties libre et volontaire¹⁵⁷? Dans une espèce particulière, les parties ne sont-elles par les mieux placées pour connaître les circonstances, évaluer le risque et apprécier à l'avance les dommages possibles? Nous le croyons et, pour ce motif, nous sommes d'opinion que l'article 1077 du *Code civil* joue un rôle supplétif.

Au surplus, notre interprétation nous paraît s'intégrer assez harmonieusement dans le contexte législatif de l'article.

Observons d'abord que cette disposition peut être considérée comme une application particulière de l'article 1073 du *Code civil*. Ce dernier édicte que :

Les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, le montant de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé...

Ainsi se trouve posée la règle que, sauf exceptions, le créancier a droit à une réparation pleine et entière. A l'égard des obligations pour le paiement d'une somme d'argent, l'article 1077 du *Code civil* concourt à ce résultat en établissant, au moyen d'une présomption, des dommages-intérêts supplétifs et arbitraires en ce qui concerne les dommages résultant du retard, afin de protéger le créancier imprudent.

Par ailleurs, on peut rapprocher cette disposition des articles 1074 et 1075 du *Code civil* dont elle nous semble également une application :

Art. 1074 : Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au temps où l'obligation a été contractée, lorsque ce n'est point par son dol qu'elle n'est point exécutée.

Art. 1075 : Dans le cas même où l'inexécution de l'obligation résulte du dol du débiteur, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de cette inexécution¹⁵⁸.

157. La convention ne répondant pas à ces critères peut être attaquée sur la base de l'erreur ou du dol (art. 991 et ss. du *Code civil*).

158. Il est clair qu'on doit donner ici un sens extensif au mot « inexécution » : de toute évidence, les dommages-intérêts visés par ces articles comprennent non seulement ceux qui résultent de l'inexécution proprement dite, mais aussi ceux qui ont été engendrés par le retard.

L'article 1077 du *Code civil*, qui a pour effet d'avantager le créancier imprévoyant, offre de plus une protection au débiteur en posant une limite, comme nous l'affirmons plus haut, à sa responsabilité. Nous estimons que cette disposition, par la présomption qu'elle édicte, vient déterminer, de façon supplétive et arbitraire encore ici, le *quantum* des dommages-intérêts prévisibles et celui de ceux qui sont une suite immédiate et directe du retard dans les obligations pour le paiement d'une somme d'argent : c'est l'intérêt au taux légal ou au taux convenu. Or, cette détermination est nécessairement supplétive, à notre avis du moins : dès lors que l'on convient de dommages-intérêts forfaitaires en rapport avec un événement particulier, il est clair que ces dommages ont été prévus (puisqu'on les stipule) et on ne voit pas du reste comment ils ne pourraient pas en être une suite immédiate et directe (pour la même raison). La convention pose donc elle-même ses propres limites à la prévisibilité et à la connexité que la loi, à son défaut, avait pour mission de déterminer arbitrairement.

L'opportunité du rapprochement que nous établissons entre les articles 1077 et 1074 du *Code civil* est encore manifestée par le fait que la jurisprudence, en France, avant même que l'article 1153 C.N. (notre art. 1077 du *Code civil*) ne soit amendé¹⁵⁹, n'a pas retenu la règle posée par cet article, même en l'absence totale de toutes dérogations conventionnelles, lorsque le préjudice résultait du dol du débiteur. Ce principe a d'ailleurs été affirmé dans au moins une décision, chez nous : *Cantin v. St-Amant*¹⁶⁰. N'est-ce pas là l'exception posée en l'article 1074 du *Code civil* : le débiteur est tenu même au-delà des dommages-intérêts prévus ou prévisibles, si c'est par son dol que l'obligation n'est pas exécutée.

En revanche, nous admettrons volontiers qu'à cet égard la même connexité ne semble pas exister entre les articles 1077 et 1075 du *Code civil*, ce dernier édictant qu'au cas même où l'inexécution résulte du dol, les dommages-intérêts sont limités à ce qui en est une suite immédiate et directe. Nous laissons au lecteur le soin de juger.

159. *Vid. infra*, p. 520.

160. [1943] C.S. 255. Il y a lieu à ce propos de citer la cause de *Simard v. Lesage*, (1926) 64 C.S. 495, où le juge expose que la jurisprudence en France était au contraire : cela est inexact, si on en croit les auteurs. *Vid.* G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, note 75, t. 11, p. 475, n. 507 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 82, p. 210, n. 879. Il est vrai qu'un quatrième alinéa a été ajouté à l'article 1153 C.N. (*V. infra*, p. 520) et que notre article 1077 du *Code civil* n'a pas connu le même sort. Toutefois, cette adjonction, qui n'était pas créatrice de droit nouveau, ne faisait que consacrer législativement la position déjà adoptée par les tribunaux.

Les dommages visés par l'article 1077 du Code civil

Ainsi, pour des motifs dont plusieurs ne semblent pas être sans fondements, des juges et des auteurs éminents soutiennent que la règle de l'article 1077 du *Code civil* est impérative. Nous avons, bien modestement, soumis le contraire. Sans vouloir pourtant paraître douter de notre propre opinion, qui est celle du reste d'un aussi grand nombre de juristes également réputés, nous voulons poser à présent que, même s'il était d'ordre public, l'article 1077 du *Code civil* ne pourrait faire obstacle à la validité des clauses qui ont pour objet le recouvrement des frais extrajudiciaires.

En effet, il est inapplicable en cette espèce, visant exclusivement les dommages « résultant du retard », selon ses termes mêmes, c'est-à-dire les dommages moratoires (ceux qui sont dus *propter moram*). Or, les clauses portant sur les frais extrajudiciaires ne visent aucunement ces dommages qui sont ceux qu'encourt le créancier à raison du fait qu'il est provisoirement privé de son argent.

Elles ont plutôt pour objet des dommages compensatoires, les frais et les pertes de toutes sortes dont le créancier doit supporter la dépense en vue de l'exercice de ses droits.

Cette distinction, on la découvre dans la jurisprudence et dans la doctrine prépondérante, en France, et c'est elle qui a conduit le législateur français à ajouter un quatrième alinéa (7 avril 1900) à l'article 1153 C.N. (notre art. 1077 du *Code civil*):

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance.

Il est nécessaire d'appuyer fortement sur le fait que cette nouvelle disposition de la loi *n'était pas créatrice de droit nouveau*: elle venait uniquement consacrer le droit préalablement élaboré par les tribunaux, en le restreignant même par l'adjonction d'un critère additionnel: la mauvaise foi¹⁶¹.

Cette règle n'existe évidemment pas de façon formelle dans notre droit. L'intérêt est double pour nous, cependant: d'abord, dès lors qu'elle existe, on ne peut plus prétendre, comme on l'a fait si souvent, que dans les obligations pour le paiement d'une somme d'argent, les seuls dommages soufferts par le créancier sont ceux qui résultent du retard, confondant ainsi le retard et l'inexécution¹⁶²; ensuite, ce

161. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, note 75, t. 11, p. 475, n. 507; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, note 82, p. 210, n. 879.

162. *Vid. supra*, note 125. De plus, Laurent est particulièrement explicite à ce propos (*V. op. cit.*, même note, p. 368, n. 309).

quatrième alinéa de l'article français, *en tant qu'il consacre l'interprétation à laquelle étaient arrivés spontanément la majorité des juges et des auteurs*, est forcément l'expression de notre propre droit, puisque l'esprit, sinon la lettre, de notre article 1077 est celui de l'article 1153 C.N.

Conclusion

Notre jurisprudence, on l'a constaté, est profondément divisée en ce qui concerne la validité des clauses pour le recouvrement des frais extrajudiciaires. La présente étude se proposait d'isoler et de discuter successivement les différents points de droit qui ont été soulevés à l'occasion de ce débat. A l'encontre de la légalité de pareilles conventions, on a pu soutenir que leur objet, quelquefois, est insuffisamment déterminé, qu'il s'agit de stipulations pour autrui illicites, qu'elles sont contraires à l'ordre public et violent les bonnes mœurs, qu'elles contreviennent à la *Loi du Barreau*, ou reposent sur une considération ou un objet prohibés par la loi; dans le cas particulier des obligations pour le paiement d'une somme d'argent, d'autres prétentions ont pu encore être ajoutées à cette liste: la *Loi sur l'intérêt*, les règles particulières de la clause pénale et l'article 1077 du *Code civil* prohiberaient ces clauses. Voilà pour le for extérieur. Puisque chacune de ces approches a été étudiée, puis discutée, précédemment, nous n'y reviendrons pas. Il convient plutôt de déplacer le débat sur le terrain du for intérieur.

On sait que, fréquemment, on oppose le droit positif et le droit naturel, c'est-à-dire, d'une part, les règles qui nous régissent actuellement, et, d'autre part, ce droit idéal qu'on aime se représenter comme étant l'expression de la justice elle-même. Il n'est pas rare qu'on dise: «juger en droit» et «juger en équité», à tel point qu'on entretient le sentiment qu'il existe un inévitable hiatus entre le droit positif et la justice. Cette attitude n'est pas nouvelle et a fait l'objet de la critique suivante par M. Bugnet, dans sa notice sur la réédition des *Oeuvres de Pothier*¹⁶³:

Nous sommes profondément convaincu qu'il est plus dangereux qu'utile de mettre ainsi constamment la conscience aux prises avec les lois. La conscience! l'équité! grands mots, très respectables sans doute; mais combien cette même conscience est flexible et devient complaisante pour celui qui cherche à échapper à l'autorité des lois?

Sans ramener tout le débat de la validité des clauses portant sur les frais extrajudiciaires au plan unique du for intérieur, nous croyons

163. M. BUGNET, *op. cit.*, note 147, p. LXXI.

pouvoir affirmer qu'un grand nombre de décisions judiciaires en la matière, particulièrement là où ces clauses ont été rejetées, ont eu pour cause déterminante, sinon décisive, l'opinion subjective des juges. D'ailleurs, quelquefois, ces derniers eux-mêmes reconnaissent entretenir cette attitude dont ils ne se sentent nullement gênés.

Il faut peut-être placer les choses dans leur contexte et constater, par exemple, que les conventions de ce genre existaient le plus souvent en faveur de ces sociétés qu'on appelle chez nous « compagnies de finance ». Ces dernières en obtenaient généralement le bénéfice à la suite d'un prêt direct au débiteur ou d'une cession de créance par un quelconque vendeur de biens de consommation. Or, on connaît le « dynamisme » des compagnies de finance, qualité qui ne s'est pas toujours exercée sans pratiques exagérément ambitieuses.

C'est dans cet esprit, assurément, que le juge Trudel s'exprimait comme suit, dans *City Buick (Mtl) Ltd. v. Andriano*¹⁶⁴ :

Personne aujourd'hui ne peut admettre, et ne saurait certainement pas le faire croire au plus grand nombre, qu'un contrat puisse normalement servir à l'exploitation de l'homme par l'homme.

Ainsi, impuissants par ailleurs à réduire le taux de l'intérêt du prêt¹⁶⁵, lequel représentait l'aspect véritablement abusif du contrat le plus souvent¹⁶⁶, certains juges ont résolu de s'en prendre à la clause établie pour le recouvrement des frais extrajudiciaires. Ce qui revenait à compenser une injustice, et bien imparfaitement encore, par une autre. Il en est résulté d'ailleurs plus d'inconvénients que d'avantages.

Voyons un peu le mérite de cette clause, sur le plan de l'équité. Il y a lieu de redire, d'abord, que c'est le débiteur lui-même qui, par son défaut, en déclenche l'application : sous ce rapport, donc, on ne peut rien reprocher au créancier. Ensuite, on ne voit pas pourquoi, en toute justice, ce dernier ne pourrait espérer recouvrer son dû, dans son intégralité. Cette proposition semble conforme au droit naturel et on

164. [1961] C.S. 546, 552.

165. L'article 1040c du *Code civil* est relativement récent puisqu'il a été édicté par 12-13 Eliz. II, bill 48, a. 1 ; aussi, le juge se trouvait placé face à la prohibition découlant de l'article 1149. A noter : l'article 1040c, par ailleurs, ne s'applique qu'au prêt d'argent ; *vid.* à ce sujet *Construction St-Hilaire Limitée v. Les Immeubles Fournier Inc.*, [1972] C.A. 35, 40.

166. De plus, qu'on considère que les règles de la vente à tempérament (art. 1561a et ss. du *Code civil*, abrogés) étaient très sévères pour le débiteur : *e.g.* le deuxième alinéa de l'article 1561f qui édictait : « À défaut par l'acheteur de payer le prix de vente conformément aux conditions du contrat, le vendeur ou ses ayants droit peuvent, à leur option, soit exiger le paiement des versements échus, soit reprendre possession de la chose vendue. Dans ce dernier cas, l'acheteur est libéré, à l'égard du vendeur et de ses ayants droit, du solde du prix de vente et du paiement des billets qui y correspondent ; et, d'autre part, le vendeur ou ses ayants droit ne sont pas tenus à la remise des sommes reçues.

voit mal où se situe l'abus dans pareille attitude. L'abus serait plutôt le fait du débiteur infidèle qui, répudiant son obligation après avoir profité de l'entière prestation de son créancier, amène celui-ci à souffrir des pertes de toutes sortes (temps, argent, démarches, etc...). Enfin, que les frais judiciaires auxquels est condamné le défaillant apportent quelque indemnité au créancier, le principe demeure, et il n'est qu'équitable que l'écart existant entre cette indemnité et la perte véritable puisse être comblé par une juste compensation¹⁶⁷.

Le fait que l'on ait ainsi cherché à abaisser le taux de l'intérêt du prêt en s'attaquant à la clause des frais extrajudiciaires a eu pour conséquence, outre de brouiller considérablement les eaux d'un secteur juridique important, de desservir quelquefois l'équité même au nom de laquelle ce subterfuge a été employé. En effet, des créanciers honnêtes n'ont pu obtenir du tribunal l'indemnité convenue parce que ce recours avait été refusé précédemment à des usuriers; d'un autre côté, l'incertitude du droit créée par les juges hostiles à ces conventions, au moyen de toutes sortes d'artifices juridiques, a rendu une poursuite en ce domaine très hasardeuse, de sorte que l'alternative qui se présente au créancier lésé est en pratique la suivante: soit renoncer à son droit, soit courir le risque de supporter des dépens inutiles.

Avec respect pour ceux qui professent le contraire, nous soumettons que, considérées en elles-mêmes, les clauses portant sur le recouvrement des frais extrajudiciaires n'ont donc rien d'inéquitable. Elles ne sont pas davantage dérogoires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou à quelque disposition de la loi. Bien au contraire, elles sont rigoureusement conformes à l'esprit de notre droit et s'intègrent parfaitement bien parmi l'ensemble de nos institutions juridiques.

On se rappellera ainsi qu'il est de l'esprit du droit civil que la victime d'un délit ou quasi-délit reçoive réparation pleine et entière, et que le créancier d'une obligation contractuelle recouvre l'intégralité de ce qui lui est dû. C'est en conformité de ces principes que l'article 1149 du *Code civil* édicte même que « le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible », et que l'article 1153 dispose que « les frais de paiement sont à la charge du débiteur ». Le droit civil, qui n'a d'ailleurs pas pour objet de punir le débiteur peu scrupuleux, se propose toutefois de garantir une protection aussi complète que possible au créancier lésé.

167. De plus, lorsque le créancier est un commerçant, il est bien évident que le coût de ses services ou de sa marchandise réflète dans une bonne mesure son propre coût d'administration. En conséquence, il appert que lorsque l'entreprise doit rencontrer des honoraires d'avocats élevés, c'est l'ensemble de la clientèle qui en supporte le fardeau, et non pas les seuls débiteurs en défaut.

De plus, chez nous, sous réserve de la loi elle-même et des bonnes mœurs, la convention fait la loi des parties ; ce principe, quoique non formellement exprimé dans notre Code¹⁶⁸, en constitue néanmoins l'une des lignes de force les plus déterminantes. Au surplus, le Code lui-même sanctionne le principe de la validité des conventions établissant à l'avance des dommages-intérêts forfaitaires (aa. 1076 et 1077 ; 1131 et ss.). On se trouve donc forcé de conclure que les conventions portant sur le recouvrement des frais extrajudiciaires, véritables obligations conditionnelles (art. 1079 et ss.) à caractère compensatoire, lesquelles ne blessent pas l'équité mais au contraire la favorisent, bénéficient de tout le support juridique nécessaire à leur validité.

En terminant, il est indispensable de souligner toutefois une réserve très importante en pratique : les contrats visés par la *Loi de la protection du consommateur*¹⁶⁹ sont exceptés de l'application du droit commun quant aux frais extrajudiciaires. En effet, l'article 72 se lit comme suit :

Est réputée non écrite toute stipulation imposant au consommateur, dans le cas d'inexécution de son obligation, le paiement de frais autres que judiciaires, sauf dans la mesure permise aux règlements.

L'importance de l'adoption de la *Loi de la protection du consommateur* peut être mesurée sous deux rapports particulièrement. D'abord, cette loi a pour effet de soustraire du droit commun une part numériquement importante de situations de droit que ce dernier comprenait. En effet, un certain type de rapports juridiques se trouve maintenant soustrait de sa portée : les contrats assortis d'un crédit entre un consommateur et un commerçant, principalement. Ensuite, un droit très particulier représentant un profond bouleversement par rapport au droit commun gouverne maintenant ce type de rapports juridiques. Tout a été remis en question : la formation du contrat, la garantie, l'exécution, la preuve, pour ne souligner que quelques points.

Aussi, en ce qui concerne les contrats soumis à l'application de la *Loi de la protection du consommateur*, faudra-t-il tenir compte des dispositions impératives de l'article 72 pour ce qui est des frais extrajudiciaires. Pour le reste, quant aux conventions de droit commun, on appliquera les règles générales. Ces situations demeurent les plus fréquentes.

168. *Vid. supra*, p. 515.

169. L.Q. 1971, c. 74, en vigueur intégralement depuis le premier août 1972.

Annexe :**QUELQUES CLAUSES JUGÉES PAR NOS TRIBUNAUX**

Il nous a semblé utile de réunir dans la présente annexe la plupart des clauses concernant le recouvrement des frais extrajudiciaires que l'on peut trouver dans la jurisprudence publiée. Le tableau qui suit met en évidence l'incertitude du droit à ce sujet et la nécessité pressante de parvenir à un consensus. Chaque clause citée est précédée de la désignation de la décision dont elle est extraite et suivie de l'indication du jugement du tribunal : « accueillie » ou « rejetée ».

1. *Leduc v. Gourdine*, (1887) 10 L.N. 161 :
« Faute aussi par ledit débiteur de rembourser la somme ci-dessus mentionnée à son échéance il payera en sus de l'intérêt dix par cent pour frais de collection ».
(rejetée)
2. *Canadian Acceptance Corporation Ltd. v. Pollock*, (1940) 78 C.S. 258 :
« ... if the amount of the note was placed for collection in the hands of solicitors, the defendants agreed to pay fifteen per cent, on the amount of the said collection as and for solicitors' charges ». (La clause est ainsi citée par le tribunal).
(accueillie)
3. *Modern Refrigeration Co. v. Bastien*, [1953] C.S. 347 :
« Il est aussi entendu qu'en cas de perception d'aucune somme due en vertu du présent contrat par un avocat, l'acheteur payera, en plus des frais d'avocat, 10% de la somme ainsi perçue ou réclamée en vertu des mesures légales prises ou lettre de réclamation envoyée ».
(rejetée)
4. *Payeur v. Tourigny*, [1957] C.S. 185 :
« (Si le demandeur) ... a recouru aux services d'un avocat pour faire valoir un droit quelconque en vertu de ce contrat ou du billet, le montant des versements échus sera augmenté de 15% pour compenser l'augmentation du coût d'administration ».
(accueillie)
5. *Létourneau v. Laliberté*, [1957] C.S. 428 :
« (Le débiteur) ... convient de payer 15% du montant réclamé à titre d'honoraires d'avocat, si la perception ... est confiée à un avocat ». (La clause est ainsi citée par le tribunal).
(accueillie)
6. *Traders Finance Corporation Limited v. Falardeau*, [1958] C.S. 393 :
« Si le vendeur ou Traders a recours aux services d'un avocat, pour faire valoir un droit quelconque en vertu de ce contrat ou dudit billet, le montant des versements échus sera augmenté de 15% pour compenser l'augmentation du coût d'administration ».
(accueillie)
7. *Industrial Acceptance Corporation v. J. Germain*, [1958] R.P. 40 :
« ... une somme additionnelle de 15% pourra être réclamée de l'acheteur, pour frais de collection, dans le cas où le vendeur serait obligé de recourir aux services d'un avocat pour la perception de ce que pouvant lui être dû en vertu de son contrat de vente. ».
(rejetée)

8. *Le Meuble Moderne Enrg. v. Collin*, [1959] C.S. 102 :
« Il est stipulé au contrat que le défendeur doit payer les frais de perception, si la réclamation est confiée à des avocats, jusqu'à concurrence de 15% et ce montant de 15% est celui que le demandeur doit payer à ses avocats et qui est le taux normal au Barreau de Rimouski ».
(accueillie)
9. *City Buick (Mtl) Ltd. v. Andriano*, [1961] C.S. 546 :
« L'acheteur convient, au cas où le présent contrat serait confié à un avocat pour perception, de payer 15% du montant dû et payable, ou telle somme moindre qui pourra être permise par la loi, à titre d'honoraires d'avocat ».
(rejetée)
10. *Traders Finance Corporation Ltd. v. Dame Marthe Leclerc*, [1961] R.P. 205 :
« Si le vendeur a recours aux services d'un avocat pour faire valoir un droit quelconque en vertu de ce contrat ou dudit billet, le montant des versements échus sera augmenté de 15% pour compenser l'augmentation du coût d'administration ».
(cause mise hors du délibéré)
11. *Délisle Auto Rouyn Ltée v. McNicoll*, [1962] C.S. 75 :
« Si l'exercice des recours découlant du présent contrat est confié à un avocat, l'acheteur consent à payer en surplus 15% du solde alors dû, comme honoraires extrajudiciaires ».
(accueillie)
12. *Garage central d'Amos Limitée v. Bouchard*, [1962] C.S. 371 :
« ... si le présent contrat était remis entre les mains d'un avocat pour perception, le défendeur payerait 15% du solde dû pour couvrir les honoraires de cet avocat ».
(La clause est ainsi citée par le tribunal).
(accueillie)
13. *La Caisse populaire de Sainte-Bernadette v. Vigeant*, [1962] R.L. 145 :
« Si la Caisse est appelée à payer des frais de perception en rapport avec ma dette, je m'engage à les lui rembourser au taux recommandé par le conseil général du Barreau à sa réunion du 6 décembre 1947 ».
(accueillie)
14. *Atlas Thrift Plan Corp. Ltd. v. Di Stefano*, [1964] C.S. 472 :
« The undersigned agrees that he will pay to the Atlas Thrift Plan Corp. Ltd. an additional 10% collection fee upon any default calculated on the balance of capital and interest then due ».
(accueillie)
15. *Cities Service Oil Company Limited v. Huot*, [1965] C.S. 113 :
« In the event purchaser falls in default on any instalment hereunder... the vendor shall be entitled to add to the balance due and to collect from the purchaser any charges incurred to collect the amount due ».
(rejetée)
16. *Lachance v. Thivierge*, [1967] R.L. 37 :
« 5. Si ce contrat est confié à un avocat, par le vendeur pour faire valoir un droit quelconque, l'acheteur s'engage à payer au vendeur 15% du solde impayé pour compenser l'augmentation du coût d'administration ».
(accueillie)
17. *Douville v. Guyon*, [1967] C.S. 378 :
« Au cas où le prêteur aura recours aux services d'un avocat pour faire valoir un

droit quelconque en vertu de ce contrat ou de ladite note promissoire ou dudit billet, le montant dû sera augmenté de 15% pour compenser l'augmentation du coût d'administration ».
(rejetée)

18. *Posluns v. Berke*, [1968] C.S. 255 :

« In case suit shall be brought for recovery of possession of the leased premises, for the recovery of rent or any other amount due under the provisions of this lease, or because of the breach of any other covenant herein contained on the part of the lessee to be kept or performed, and a breach shall be established, lessee shall pay to the Centre all expenses incurred therefor, including attorney's fees ».
(rejetée)

19. *La Caisse populaire de l'Université Laval v. Morais*, [1970] R.P. 408 :

« Si la caisse est appelée à payer des frais de perception en rapport avec ma dette, je m'engage à les lui rembourser au taux recommandé par le Conseil Général du Barreau par ses règlements ».
(rejetée)

20. *The Great West Life Assurance Company v. Codere*, [1971] C.S. 541 :

« 5. Si, pendant la durée de ce prêt, le prêteur institue une action en justice pour le recouvrement de quelque somme due en vertu des présentes ou si la propriété ou quelque partie d'icelle est vendue en justice ou suivant des procédures de faillite, de liquidation ou autres ou s'il en est transigé de quelque manière à amener le prêteur à recevoir son dû autrement qu'au temps et de la manière présentement stipulés, ou si l'emprunteur ou quelque propriétaire subséquent de la propriété en effectue le délaissement, ou s'il est fait une cession autorisée ou une offre de compromis, ou s'il est déclaré en faillite, ou s'il tombe en liquidation volontaire ou forcée, dans chacun de ces cas le prêteur aura droit de percevoir et l'emprunteur s'oblige à lui payer une indemnité égale à cinq pour cent du montant complet, en sus de ce montant, alors dû au prêteur en vertu des présentes en capital, intérêt et accessoires ».
(accueillie)

21. *Construction St-Hilaire Limitée v. Les Immeubles Fournier Inc.*, [1972] C.A. 35 :

« Article sixième : Indemnité. Si, pendant la durée de ce prêt (c'est-à-dire jusqu'à ce que le prêteur ait reçu paiement de toutes sommes à lui payables en vertu des présentes), l'emprunteur ou tout autre propriétaire subséquent de la propriété ou de toute partie d'icelle est déclaré en faillite ou fait une cession volontaire ou forcée, ou une cession autorisée ou offre un concordat à ses créanciers, ou si la propriété ou toute partie d'icelle est vendue par le shérif ou par vente ayant le même effet, ou par liquidation forcée, ou est expropriée, ou devient l'objet d'un jugement en ratification de titres, ou si le prêteur institue des procédures en justice en vertu du présent contrat, ou si, par suite du défaut de l'emprunteur, le prêteur est payé autrement que ci-dessus prévu (par exemple, si la perception en est confiée à un avocat par suite du retard de l'emprunteur), l'emprunteur devra payer au prêteur une indemnité égale à quinze pour cent (15%) du montant total alors dû en vertu du présent contrat ».
(rejetée en Cour supérieure, accueillie en appel)

TABLE DES ARRÊTS

- Associates Finance Company Limited v. Krawanski*, 503.
Atlas Thrift Plan Corp. Ltd. v. Di Stefano, 484, 526.
Bergeron v. Ringuet, 478.
Bois v. Bouchard, 478, 503.
Boretsky v. Amherst Bowling Recreation Inc., 478, 501.
Caisse populaire de l'Université Laval (La) v. Morais, 481, 483, 486, 493, 502, 503, 510, 512, 527.
Caisse populaire de Sainte-Bernadette (La) v. Vigeant, 482, 489, 526.
Canadian Acceptance Corporation Ltd. v. Pollock, 489, 525.
Canadian General Electric Co. Ltd. (The) v. Canadian Rubber Co. Ltd. (The), 478, 502.
Cantin v. St-Amant, 519.
Cities Service Oil Company Limited v. Huot, 481, 483, 484, 505, 526.
City Buick (Mil) Ltd. v. Andriano, 482, 493, 503, 512, 516, 522, 526.
Commercial Acceptance Corporation Ltd. v. Partridge, 489.
Construction St-Hilaire Limitée v. Immeubles Fournier Inc. (Les), 479, 498, 502, 508, 511, 513, 522, 527.
Dampousse v. Valiquette, 478.
Délisle Auto Rouyn Ltée v. McNicoll, 484, 489, 492, 497, 513, 526.
Douville v. Guyon, 494, 526.
Eastern Rubber Co. Ltd. (In re:), 478.
Garage central d'Amos Limitée v. Bouchard, 483, 485, 489, 491, 526.
General Motors Acceptance Corporation of Canada Limited et Sauvageau & Fils Ltée v. Archambault, 490.
Great West Life Assurance Company (The) v. Codere, 498, 499, 513, 527.
Guertin v. Papineau, 478.
Industrial Acceptance Corporation v. J. Germain, 484, 490, 525.
Jodoin v. Lavigne, 502.
Kneen v. Mills, 478.
Lachance v. Thivierge, 490, 497, 503, 513, 526.
Leduc v. Gourdine, 479, 485, 504, 512, 525.
Létourneau v. Laliberté, 525.
Marché Demételin v. Stubina, 478, 502.
McDonald v. Hutchings, 478.
Meuble Moderne Enrg. (Le) v. Collin, 482, 489, 497, 503, 513, 526.
Modern Refrigeration Co. v. Bastien, 483, 484, 485, 525.
Payeur v. Roy, 486, 504.
Payeur v. Tourigny, 483, 489, 491, 525.
Pelletier v. Duchaine, 478.
Posluns v. Berke, 481, 483, 486, 493, 527.
Rompré Frère Drive Yourself Ltée v. Roy, 486, 490.
Simard v. Lesage, 519.
Teinturerie Québec Inc. v. Lauzon, 501.
Traders Finance Corporation Ltd. v. Dame Marthe Leclerc, 486, 526.
Traders Finance Corporation Limited v. Falardeau, 489, 490, 525.
Traders Finance Corporation Ltd. v. Perron, 491, 498, 513.