

## EYB2021REP3331

Repères, Août 2021

Harry H. DIKRANIAN\*

**Chronique – L'intervention des tribunaux dans la rédaction d'ententes bilatérales et la prestation déterminée ou déterminable**

### Indexation

**Obligations** ; contrat ; formation ; objet ; nullité ; effets entre les parties ; clause nulle, sans effet ou réputée non écrite ; clause abusive ; contrat d'adhésion ; annulation ; modification ; exécution par équivalent ; dommages-intérêts ; évaluation anticipée ; clause pénale ; intérêt légal et indemnité additionnelle ; exécution ; réduction de l'obligation ; **Travail** ; contrat de travail ; stipulations restrictives ; non-concurrence

---

### TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I– LES CLAUSES D'HONORAIRES EXTRAJUDICIAIRES

II– LES CLAUSES PÉNALES

III– LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

CONCLUSION

#### Résumé

*L'auteur traite de la force exécutoire et de l'application par la magistrature québécoise des clauses d'honoraires extrajudiciaires, des clauses pénales et des clauses de non-concurrence. Premièrement, la détermination de sa validité est considérée plus ou moins strictement selon la clause. Ensuite vient une analyse de sa raisonnable. Selon le type de clause, celles-ci seront soit exécutées, annulées, interprétées restrictivement ou simplement réécrites.*

#### INTRODUCTION

Les règles du droit civil québécois en matière d'obligation contractuelle exigent que la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers son créancier soit déterminée ou déterminable. L'article 1373 C.c.Q. énonce ce principe :

**1373.** L'objet de l'obligation est la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers le créancier et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose.

La prestation doit être possible et déterminée ou déterminable ; elle ne doit être ni prohibée par la

loi ni contraire à l'ordre public.

À travers les années, cette condition a créé de la controverse et des débats quant au degré de précision requis pour qu'une clause soit valide. Les tribunaux appelés à juger de la validité des clauses se permettent parfois d'intervenir dans la rédaction, alors que d'autres fois, ils se contentent de les annuler. Il y a donc des circonstances où les tribunaux interviennent parce que le législateur les invite à le faire, et d'autres où ils se tiennent à l'écart en raison de la liberté contractuelle.

Dans quelles situations les tribunaux québécois interviennent-ils pour interpréter les stipulations contractuelles, et dans quelles situations les déclarent-elles invalides, ne s'immisçant pas dans les contrats librement négociés ? L'analyse qui suit se penche sur trois contextes spécifiques afin d'établir les distinctions pertinentes : (1) les clauses d'honoraires extrajudiciaires, (2) les clauses pénales et (3) les clauses de non-concurrence.

Pour les avocats plaideurs, il faut être prévenu avant d'être armé. Pour les avocats commerciaux, il n'y a pratiquement pas de substitut à un langage clair et à une rédaction soignée.

## I– LES CLAUSES D'HONORAIRES EXTRAJUDICIAIRES

En 1994, le législateur a mis fin à un débat qui avait cours sous l'ancien régime en introduisant, par le troisième alinéa de l'article 1617 C.c.Q., une nouvelle possibilité pour le créancier d'exiger, conformément aux principes généraux de la réparation intégrale, une indemnité additionnelle et distincte des intérêts<sup>1</sup> :

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

Le créancier y a droit à compter de la demeure sans être tenu de prouver qu'il a subi un préjudice.

Le créancier peut, cependant, stipuler qu'il aura droit à des dommages-intérêts additionnels, à condition de les justifier.

Selon cette règle, l'indemnité additionnelle peut être versée à condition qu'elle ait été stipulée dans le contrat entre les parties et que le créancier soit en mesure de la justifier<sup>2</sup>. Cette indemnité doit servir à réparer le préjudice « autre que celui résultant du seul retard de son débiteur à exécuter l'obligation pécuniaire »<sup>3</sup>.

Une pratique répandue dans les conventions pour réclamer une indemnité additionnelle est la clause d'honoraires extrajudiciaires, prévoyant le droit du créancier au remboursement des frais extrajudiciaires engagés pour le recouvrement de sa créance à la suite du défaut de l'autre partie de respecter ses obligations contractuelles<sup>4</sup>. De l'avis du juge Sénécal de la Cour supérieure, cette clause permet d'empêcher qu'une partie n'exécute pas son obligation du fait qu'il en coûtera cher à l'autre partie pour tenter des procédures contre elle<sup>5</sup>.

Malgré la possibilité validée par l'article 1617 C.c.Q., une controverse a tout de même subsisté quant au caractère déterminé ou déterminable de cette clause. Certaines clauses ont ainsi été invalidées puisqu'elles ne précisaient pas le montant ou la méthode de calcul des honoraires<sup>6</sup>. Ce n'est qu'en 2010 que la Cour d'appel, dans *Groupe Van Houtte*<sup>7</sup>, est venue clarifier les critères de validité de ce genre de clauses. D'abord, l'objet de la prestation de la clause d'honoraires extrajudiciaires doit être déterminé ou déterminables<sup>8</sup>. La clause ne peut pas être imprécise ou équivoque, telle une clause qui prévoirait de

dédommager une partie « de tous les autres frais rattachés au présent contrat »<sup>9</sup>. L'honorable Marie-France Bich s'exprime ainsi :

[...] la clause pourvoyant en des termes suffisamment clairs au paiement des honoraires et débours extrajudiciaires encourus par une partie dans l'exercice des droits contractuels a un objet déterminé et comporte une prestation déterminable au sens des articles 1373 et 1374 C.c.Q. Ce n'est pas, par ailleurs, une obligation purement potestative, qui met le débiteur à la seule merci de son créancier, l'avocat de celui-ci ayant du reste des obligations déontologiques en matière de facturation.<sup>10</sup>

La clause d'honoraires extrajudiciaires doit donc être claire et avoir un degré de précision et de prévisibilité suffisant pour être valide, comme la clause prévoyant le remboursement de « tous les coûts, dépenses et frais juridiques engagés pour l'exécution ou pour faire respecter l'exécution des dispositions, conditions et obligations du présent bail »<sup>11</sup>. De cette façon, l'objectif de l'article 1617 C.c.Q. est respecté et le créancier n'a pas la liberté de déterminer à sa guise l'étendue de l'obligation du débiteur. Le juge Rothman, pour la majorité de la Cour d'appel, s'était déjà exprimé sur le sujet dans *Compagnie Montréal Trust*<sup>12</sup> :

While it is true that the amount of these extra-judicial costs is not known or determinable at the time of the signing of the deed of loan, that surely should not be the criterion for determinability or validity under Art. 1060 C.C.L.C. or Art. 1374 C.C.Q. All costs and expenses to be incurred for the recovery of the debt or the conservation of the property are, of course, inherently undetermined and indeterminable on the date of the deed of loan because they have not yet been incurred and their amounts are unknown.

[...]

I see no reason to conclude that an undertaking to pay costs for the recovery of the loan, including extra-judicial legal costs, should be considered indeterminable. They are readily determinable once they are incurred, and their legitimacy as well as their reasonableness can be examined once they have been incurred.

La précision du montant exact des honoraires extrajudiciaires ne devrait donc pas être un obstacle à la validité de la clause puisque même si le montant exact des honoraires n'est pas connu au moment de la signature du contrat, la clause validement rédigée comporte tous les éléments nécessaires pour déterminer le montant exigible lorsque le débiteur devra s'exécuter<sup>13</sup>. Il faut comprendre que l'obligation de payer les honoraires extrajudiciaires est assortie d'une condition suspensive puisque la naissance de l'obligation dépend de la survenance du défaut du débiteur de s'exécuter<sup>14</sup>. Lorsque le défaut survient, l'obligation devient exigible, et la clause devient alors déterminable.

Contrairement aux clauses de non-concurrence, comme nous le verrons, les tribunaux exercent un deuxième contrôle sur la validité des clauses d'honoraires extrajudiciaires lorsque le créancier est appelé à justifier la raisonnable de l'indemnité réclamée comme prévu par la loi<sup>15</sup>. Ce contrôle doit être exercé de façon rigoureuse pour éviter la « surenchère ou exagération qui pourraient résulter de la perspective que les honoraires d'avocat d'une partie soit payée [*sic*] par l'autre »<sup>16</sup>. Le créancier doit apporter la preuve de la raisonnable de l'indemnité additionnelle demandée, et le fait de s'en remettre à l'évaluation de la cour n'est pas encouragé par les tribunaux<sup>17</sup>, bien que des clauses rédigées dans ces termes aient été acceptées à travers les années<sup>18</sup>.

Le fait que les tribunaux aient expressément un pouvoir de contrôle prévu sur les clauses d'honoraires extrajudiciaires ajoute à leur validité, même si elles ne comportent pas de montant précis de frais, et

permet de contrer le grief fondé sur l'article 1373 C.c.Q.<sup>19</sup>. La Cour d'appel a même établi que les clauses d'honoraires extrajudiciaires ne constituent pas une entrave à l'accès à la justice<sup>20</sup>. Le législateur ayant donné le pouvoir à la cour d'intervenir, elle pourra réduire la réclamation à un montant qui paraît raisonnable après avoir évalué si les honoraires extrajudiciaires respectent le principe de proportionnalité et ont été raisonnablement payés<sup>21</sup>. Il ne sera généralement pas suffisant de produire les notes d'honoraires de l'avocat pour qu'une partie puisse adéquatement se décharger de ce fardeau<sup>22</sup>.

Des contractants ont, à travers les années, inclus des clauses d'honoraires extrajudiciaires à pourcentage fixe afin d'assurer la déterminabilité de l'objet de la clause. Les tribunaux ont parfois encouragé cette pratique<sup>23</sup> et d'autres fois proposé que cette technique contreviendrait peut-être à la loi dans la mesure où l'indemnité doit être justifiée, et qu'il est impossible de savoir à l'avance le montant des dommages réellement subis<sup>24</sup>. Dans *Groupe Van Houtte*, cette difficulté a été utilisée pour démontrer le degré d'imprécision toléré et qu'il « n'est donc nullement exclus [*sic*] que le montant des honoraires extrajudiciaires visés par la clause soit inconnu au moment où celle-ci est stipulée et qu'il le demeure jusqu'au jugement final [...], n'étant déterminable et déterminé qu'à ce moment-là »<sup>25</sup>.

Jusqu'à récemment, la Cour d'appel n'avait reconnu la validité des clauses d'honoraires extrajudiciaires que dans le cadre de contrats de gré à gré<sup>26</sup>. En 2021, dans l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovitch*<sup>27</sup>, le tribunal a déclaré qu'une clause d'honoraires extrajudiciaires n'est pas nécessairement invalide même si elle est contenue dans un contrat d'adhésion<sup>28</sup> :

I believe that, in 2021, it is appropriate to declare, in principle, that fee reimbursement clauses, even in contracts of adhesion, are not necessarily abusive (and thus invalid), but their enforcement is subject to control by the courts so that the right to claim fees is exercised reasonably and in good faith. Where a fee reimbursement clause in a contract of adhesion is not invalid and specifies an amount payable, art. 1437 C.C.Q. provides that the obligation may be reduced. When no such quantification appears in the contract, the courts nevertheless have jurisdiction to control the amount since the damages (the fees) must be proved (art. 1617, para. 3 C.C.Q.) and the enforcement of the claim is subject to the creditor's overriding obligations to exercise its rights reasonably and in good faith (arts. 6, 7 and 1375 C.C.Q.). This was the reasoning the Court applied in *Van Houtte* to the enforcement of a fee reimbursement clause in a contract by mutual agreement, and the same legal logic applies here.

En effet, dans le cadre d'un contrat d'adhésion, il existe une exigence supplémentaire à la validité de la clause puisque le caractère abusif de la clause devra aussi être examiné au regard de l'article 1437 C.c.Q.<sup>29</sup>. Par cet exercice, le tribunal sera en mesure d'analyser et de déclarer valide ou non la clause d'honoraires extrajudiciaires contenue au contrat d'adhésion.

## II– LES CLAUSES PÉNALES

La clause pénale permet aux parties d'évaluer à l'avance les dommages-intérêts dus au créancier si le débiteur n'exécute pas son obligation. Elle donne le choix au créancier d'obtenir la compensation prévue au contrat au lieu de poursuivre l'exécution en nature de l'obligation, à moins que la clause ne prévoie une pénalité pour le retard d'exécution, auquel cas le créancier aurait droit aux dommages-intérêts et à l'exécution<sup>30</sup>. La clause pénale est avantageuse et pratique pour le créancier en ce sens qu'il a droit à ce qui est prévu dès le défaut du débiteur sans avoir à prouver le préjudice :

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

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

Les règles de détermination et de déterminabilité de l'objet d'une clause trouvent application pour la clause pénale<sup>31</sup>. La pénalité prévue doit être rédigée de sorte qu'elle spécifie clairement dans le contrat l'étendue de l'obligation du débiteur. Ainsi, sera généralement jugée invalide la clause pénale qui ne prévoit « aucun moyen de calcul, celle dont aucun montant n'est fixé et celle qui dépend entièrement de la discrétion d'un tiers »<sup>32</sup>.

Or, comme pour les clauses d'honoraires extrajudiciaires, les tribunaux ont reconnu qu'une clause dont le montant de la pénalité n'est pas précisé n'est pas nécessairement invalide, bien que le calcul soit basé sur des événements futurs, si elle offre une certaine précision et une façon de déterminer le montant, comme en indiquant un pourcentage du prix global du contrat<sup>33</sup>. Cette technique rend la clause facilement déterminable. Nous vous référons aux commentaires sur l'aspect dissuasif de ces clauses et l'importance de leur donner effet à la section I.

Même si, dans le cas de la clause pénale, le créancier n'a pas à prouver son préjudice, les tribunaux sont appelés à intervenir dans son application lorsque celle-ci est jugée abusive, tel que le mentionne expressément l'article 1623 C.c.Q. Le caractère abusif ne pouvant être soulevé d'office par les juges, il appartient alors au débiteur de soulever ce point devant le tribunal et d'en faire la preuve<sup>34</sup>. À ce moment, une cour pourra se baser sur les critères de l'article 1437 C.c.Q. pour déterminer si la clause désavantage le débiteur d'une manière excessive ou si elle dénature le contrat<sup>35</sup>. De même, « le fait que le créancier n'a pas subi de dommages est un motif suffisant pour déclarer la clause pénale abusive »<sup>36</sup>.

Comme pour la clause d'honoraires extrajudiciaires, le législateur a donné le pouvoir aux tribunaux de réduire la réclamation à un montant qui paraît raisonnable au lieu de simplement la déclarer invalide<sup>37</sup>. Encore ici, une certaine controverse réside dans les remèdes possibles à une clause abusive. Certains juges et auteurs laissent entendre qu'il serait possible d'annuler la clause abusive en s'appuyant sur l'article 1437 C.c.Q. qui confère ce pouvoir d'annulation<sup>38</sup>. Toutefois, le courant majoritaire en jurisprudence se base sur les propos des auteurs Baudouin et Jobin, qui écrivent qu'un tribunal ne saurait annuler une clause pénale, la stabilité contractuelle étant moins perturbée par une réduction que par une annulation de la clause<sup>39</sup>.

Depuis des décennies, les tribunaux et les auteurs assimilent la clause d'honoraires extrajudiciaires à la clause pénale puisqu'elles prévoient toutes les deux un paiement en raison d'un défaut<sup>40</sup>. Toutefois, Vincent Karim suggère depuis plus de 10 ans que ces deux clauses ne doivent pas être confondues et que la « distinction réside aussi dans la contradiction apparente entre l'article 1617 al. 3 C.c.Q., qui exige du créancier de justifier l'indemnité additionnelle, et l'article 1623 al. 1 C.c.Q., qui prévoit que le créancier qui se prévaut de la clause pénale n'a pas à prouver le préjudice subi »<sup>41</sup>.

Le même point a été soulevé par les auteurs Tancelin et Gardner, qui mentionnent que malgré les éléments qui rapprochent ces clauses, la nécessité pour le créancier de prouver, et surtout de justifier l'indemnité additionnelle, demeure une différence fondamentale avec la clause pénale, qui évite au créancier d'avoir à prouver son préjudice<sup>42</sup>. Selon eux, l'énorme jurisprudence qui s'appuie sur *Groupe Van Houtte* pour qualifier les clauses d'honoraires extrajudiciaires de clauses pénales dans des contrats d'adhésion est critiquable à double titre<sup>43</sup>. Il en ressort qu'après tant d'années, cette difficulté de qualification subsiste au sein de la communauté juridique.

### III– LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

La liberté du commerce et du travail étant des valeurs fondamentales de notre société, le législateur a consacré à l'article 2089 C.c.Q. la règle majoritairement élaborée par les tribunaux sur la non-concurrence<sup>44</sup>. La clause de non-concurrence est, depuis longtemps, évaluée strictement par les tribunaux en faveur de l'adhérent, le salarié, et dans le respect de l'ordre public<sup>45</sup>.

Lorsque, dans un contrat de travail, les parties définissent la portée de l'obligation de non-concurrence, elles doivent le faire de façon que le débiteur connaisse les limites de son obligation<sup>46</sup>. Selon le droit commun, l'engagement du salarié devrait donc être déterminé ou, à tout le moins, déterminable<sup>47</sup>.

Toutefois, le législateur a ajouté une exigence plus stricte dans la rédaction des clauses de non-concurrence. Un degré supplémentaire de précision est requis par la mention de « termes exprès », mention qui ne devrait pas être interprétée comme un simple renvoi à l'article 1373 C.c.Q.<sup>48</sup> :

**2089.** Les parties peuvent, par écrit et en termes exprès, stipuler que, même après la fin du contrat, le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur ni participer à quelque titre que ce soit à une entreprise qui lui ferait concurrence.

Toutefois, cette stipulation doit être limitée, quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur.

Il incombe à l'employeur de prouver que cette stipulation est valide.

Selon la juge Bich, cette exigence supplémentaire exclut « la possibilité que la clause de non-concurrence porte sur un objet simplement déterminable : cet objet, c'est-à-dire la prestation du débiteur, doit être déterminé »<sup>49</sup>.

Il est difficile d'imaginer comment les parties à un contrat de travail à durée indéterminée pourraient tracer avec exactitude le contour précis de l'obligation de non-concurrence à l'avance. Il serait donc logique que ces clauses soient rédigées de manière à pouvoir être adaptées aux circonstances, « par exemple, en modulant la période de survie de l'obligation de loyauté en fonction de la durée de l'emploi »<sup>50</sup>. La clause de non-concurrence doit cependant permettre aux parties de connaître la pleine teneur de leurs engagements sans qu'il soit nécessaire qu'ils soient définis par un juge. Les clauses « par paliers », « escaliers » ou « entonnoirs » sont de ce fait invalides puisque cette méthode, laissant au tribunal le choix du « palier » raisonnable, rend inévitablement les clauses indéterminées<sup>51</sup>.

Comme les autres types de clauses analysés, la raisonnable des exigences de la clause de non-concurrence devra aussi être évaluée par le tribunal. Les obligations imposées quant à sa durée, à son territoire d'application et aux activités qu'elle interdit doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de la partie en faveur de laquelle l'engagement a été souscrit, ce qui s'analyse *in concreto*<sup>52</sup>. En droit québécois, c'est à l'employeur de prouver que la clause est valide, puisqu'il en bénéficie<sup>53</sup>.

Dans *Cathild inc. c. Rondeau*<sup>54</sup>, la Cour d'appel a jugé que l'obligation de non-concurrence, qui devait s'appliquer à travers toute la planète dans un domaine particulier, était nulle et qu'il ne revenait pas au tribunal d'en restreindre la portée territoriale. En effet, la clause de non-concurrence est valide ou elle ne l'est pas<sup>55</sup>. Les tribunaux refusent de réécrire les clauses de non-concurrence imprécises ou jugées déraisonnables, ne s'estimant pas autorisés à les modifier<sup>56</sup>. La Cour d'appel a mentionné ce principe en 1986, qui a été largement repris après l'arrivée du *Code civil du Québec* :

Covenants of this kind are either legal or they are not. If not, even though they may reflect the will of the parties at the time the contract was signed, they will be struck down. If legal, they will stand.

But there is no in-between, and the court cannot remake the contract.<sup>57</sup>

Cette abstention d'intervenir dans les clauses de non-concurrence, devenue un principe après tant d'années, est conforme au fait qu'aucun article du *Code civil du Québec* sur le contrat de travail ne contient de disposition permettant au tribunal de réduire les obligations prévues<sup>58</sup>. En effet, la possibilité de remédier aux lacunes d'une clause par la recherche de l'intention des parties ou d'en réduire les effets n'a pas été ajoutée au texte de loi, contrairement au texte des articles sur la clause d'honoraires extrajudiciaires ou la clause pénale<sup>59</sup>, comme discuté. Cette possibilité de réduction de la clause, initialement prévue par l'Office de révision du Code civil, n'a finalement pas été reproduite à l'article 2089 C.c.Q., ce qui démontre encore l'intention du législateur<sup>60</sup>. L'état d'incertitude dans lequel la rédaction imprécise de ces clauses laisse les salariés justifie de conclure à leur invalidité automatique<sup>61</sup>. La nullité de cette clause lorsque contraire à l'ordre public, sans possibilité de révision par le tribunal, incite alors les parties à être raisonnables lors des négociations<sup>62</sup>.

Il semble alors que les tribunaux ne souhaitent pas encourager les employeurs à « rédiger des clauses restrictives d'une portée démesurée en s'attendant à ce que les tribunaux en retranchent les éléments déraisonnables ou en donnent une interprétation atténuée selon ce qu'ils jugent raisonnable »<sup>63</sup>.

Il est à noter que les critères de validité d'une clause de non-concurrence dans un contrat d'entreprise ou de vente d'actions, ayant été établis par la jurisprudence, sont quelque peu différents de ceux dans un contrat de travail<sup>64</sup>. Ce type de clause de non-concurrence ne reçoit pas une interprétation aussi stricte des tribunaux<sup>65</sup>. Cette distinction viendrait de l'absence de déséquilibre dans le pouvoir de négociation d'un contrat d'entreprise, déséquilibre beaucoup plus présent dans un contrat de travail<sup>66</sup>. Par exemple, dans *PRL Électrique inc. c. Gagnon*<sup>67</sup>, la clause de non-concurrence a été jugée déraisonnable et indéterminée en partie parce qu'il était impossible de prévoir la date à laquelle le salarié pourrait se départir de ses actions, date de départ de la clause de non-concurrence.

## CONCLUSION

Il est vrai qu'à première vue, les tribunaux semblent exercer leur contrôle et intervenir dans l'interprétation de stipulations contractuelles de manière plus ou moins aléatoire en fonction du type de clause. Toutefois, les cours de justice se basent généralement sur les limites de leur pouvoir établies par les articles du *Code civil du Québec* pertinents selon la clause en question. En effet, depuis 1994, plusieurs doutes dans la rédaction et l'application des clauses d'honoraires extrajudiciaires, des clauses pénales et des clauses de non-concurrence ont pu être dissipés par les textes de loi.

On retire de cette analyse que les tribunaux procèdent habituellement à l'évaluation des clauses en deux étapes. Ils s'assurent d'abord de la validité de la clause au regard de l'article 1373 C.c.Q., c'est-à-dire en s'assurant que la prestation est déterminée ou déterminable. Cet aspect sera jugé plus ou moins strictement selon le type de clause à l'étude, considérant l'objectif de la clause, l'intention du législateur et son caractère restrictif.

Ils s'assurent ensuite de la raisonnable de la clause en fonction de différents critères. C'est à cette étape qu'on remarque les plus grandes différences dans l'intervention des tribunaux, puisque ceux-ci sont beaucoup plus réticents à intervenir dans le cas d'une clause de non-concurrence que dans le cas d'une clause d'honoraires extrajudiciaires ou d'une clause pénale. On comprend, après analyse, que les cours s'en tiennent strictement à ce que le législateur leur permet de faire – annuler la clause ou la réécrire.

Il demeure tout de même certaines controverses sur la qualification des clauses d'honoraires extrajudiciaires et sur les pouvoirs des tribunaux lorsqu'une clause pénale est jugée déraisonnable. Avec l'utilisation grandissante de clauses comme celles analysées, tous les intervenants du système judiciaire tireraient profit d'une réflexion sur la validité de ces clauses dans le cadre d'ententes bilatérales.

---

\* M<sup>c</sup> Harry H. Dikranian, associé chez Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, S.E.N.C.R.L., concentre sa pratique en litige civil et commercial. Il tient à remercier Madame Julia Côté Vienneau, stagiaire en droit au sein du même cabinet, pour sa précieuse collaboration.

1. Voir l'exception de l'article 2762 C.c.Q. en matière de créance hypothécaire.
2. *P.G. Productions inc. c. Intégral Vidéos inc.*, [1996] R.J.Q. 675, EYB 1996-88237, par. 55 (C.S.).
3. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec, Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1002. Voir aussi : *Nadeau c. Mallette*, 2003 CanLII 26938, REJB 2003-42949, par. 14-20 (QC CQ) ; Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 798, p. 975, EYB2013OBL117.
4. Vincent KARIM, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, par. 128 (CAIJ) ; Nathalie VÉZINA et Louise LANGEVIN, « L'exécution de l'obligation », dans *Collection de droit 2020-2021, École du Barreau du Québec*, vol. 6, *Obligations et contrats*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 71-106, EYB2020CDD130.
5. *P.G. Productions inc. c. Intégral Vidéos inc.*, précité, note 2, par. 59.
6. N. VÉZINA et L. LANGEVIN, précité, note 4, p. 106.
7. *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, 2010 QCCA 1970, EYB 2010-181422 (« *Groupe Van Houtte* »).
8. Art. 1373 et 1374 C.c.Q. ; *ibid.*, par. 118.
9. *2160-1182 Québec inc. c. 9257-2627 Québec inc.*, 2015 QCCS 5018, EYB 2015-258109, par. 133.
10. *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, précité, note 7, par. 122.
11. *Ibid.*, par. 100.
12. *164618 Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, 1998 CanLII 13110, REJB 1998-08206, p. 12-13 (QC CA).
13. *Garderie éducative La Souris verte inc. c. Dandurand Chrétien*, 2010 QCCS 4843, EYB 2010-180586, par. 49 ; Vincent KARIM, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020, par. 131.
14. V. KARIM, précité, note 13, par. 134.
15. *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, précité, note 7, par. 124 ; *164618 Canada inc. c. Compagnie Montréal Trust*, précité, note 12, p. 13 ; *2754-7769 Québec inc. c. 9202-2078 Québec inc.*, 2013 QCCS 4426, EYB 2013-226780, par. 103 ; *Matériaux à bas prix ltée c. Select Retail Store Ltd*., 2007 QCCS 2688, EYB 2007-120543, par. 57 ; *A & S Tuckpointing inc. c. D & S Décors Inc.*, [2003] R.L. 131, EYB 2003-127730, par. 7 (C.Q.) ; *Nadeau c. Mallette*, précité, note 3, par. 28.
16. *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, précité,

note 7, par. 125.

[17.](#) *Distribution Stéréo Plus inc. c. 140 Gréber Holding inc.*, 2012 QCCS 33, EYB 2012-200536, par. 104-105.

[18.](#) *P.G. Productions inc. c. Intégral Vidéos inc.*, précité, note 2, par. 60.

[19.](#) *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, précité, note 7, par. 122, 127 ; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2018, par. 1049.24-1049.25, p. 557-558, EYB2018THM137 ; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 800-801.

[20.](#) *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovit*, 2021 QCCA 551, EYB 2021-383490, par. 24.

[21.](#) *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, précité, note 7, par. 124 ; *Marchés Mondiaux CIBC inc. c. Côté*, 2013 QCCS 3731, EYB 2013-225300, par. 94 ; *A & S Tuckpointing inc. c. D & S Décors Inc.*, précité, note 15, par. 7 ; V. KARIM, précité, note 13, par. 2473.

[22.](#) *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovit*, précité, note 20, par. 42.

[23.](#) *Laferrière c. Entretiens Servi-Pro inc.*, 2005 QCCA 1218, EYB 2005-98717, par. 12-13 ; *Vitrierie A. & E. Fortin inc. c. Armtec inc.*, 1998 CanLII 12539, REJB 1998-09385, p. 12 (QC CA).

[24.](#) *P.G. Productions inc. c. Intégral Vidéos inc.*, précité, note 2, par. 64.

[25.](#) *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, précité, note 7, par. 121 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, précité, note 3, par. 798, p. 976-977.

[26.](#) *Banque de Nouvelle-Écosse c. Davidovit*, précité, note 20, par. 31.

[27.](#) *Ibid.*, par. 36.

[28.](#) *Ibid.*, par. 19-22, 34.

[29.](#) *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, précité, note 7, par. 104 ; V. KARIM, précité, note 4, par. 148.

[30.](#) Art. 1622 C.c.Q.

[31.](#) *Supermarché Jean-Guy Fontaine inc. (Syndic de)*, 2008 QCCS 1340, EYB 2008-132103, par. 20 ; D. LLUELLES et B. MOORE, précité, note 19, par. 3001.2, p. 1916.

[32.](#) V. KARIM, précité, note 4, par. 120. Voir aussi : *Amélyna inc. c. 9026-8863 Québec inc.*, 2008 QCCQ 6116, EYB 2008-143224, par. 45 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, précité, note 3, par. 791, p. 961.

[33.](#) *Caisse populaire Ste-Ursule (Ste-Foy) c. Centre d'achats Neilson inc.*, [1986] R.D.I. 78, EYB 1985-143616, par. 8 (C.A.) ; V. KARIM, précité, note 4, par. 120.

[34.](#) *6169970 Canada inc. c. Sévigny*, 2019 QCCA 1068, EYB 2019-312879, par. 17-20.

[35.](#) MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, précité, note 3, p. 1007 ; *Gottsegen c. Berges Massawippi inc.*, 2008 QCCA 236, EYB 2008-129309, par. 15 ; *Placements Marejeau inc. c. Caron*, 2002 CanLII 18326, REJB 2002-33732, par. 69 (QC CS).

[36.](#) *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.*, 2007 QCCA 1052, EYB 2007-122665, par. 46-48 ; *Superior Energy Management Gas, l.p. c. 4328230 Canada inc.*, 2013 QCCQ 1706, EYB 2013-219265, par. 60-65.

- [37.](#) *Restaurant Chez Doc inc. c. 9061-7481 Québec inc.*, 2006 QCCA 55, EYB 2006-100119, par. 30.
- [38.](#) *123719 Canada inc. (Groupe Sutton Excellence) c. De Lima*, 2017 QCCQ 941, EYB 2017-276583, par. 36 ; V. KARIM, précité, note 4, par. 555.
- [39.](#) J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, précité, note 3, par. 152, p. 248-249. Voir aussi : *Dubé & Loïselle inc. c. Pâtisserie française Duc de Lorraine 1952 inc.*, 2014 QCCS 4, EYB 2014-231209, par. 10 ; *AlSCO Uniform & Linen Service Ltd. c. 9097-7786 Québec Inc.*, 2002 CanLII 24292, REJB 2002-35065, par. 35-36 (QC CS) ; *Superior Energy Management Gas, l.p. c. 4328230 Canada inc.*, précité, note 36, par. 76 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, précité, note 19, par. 469, p. 798-799.
- [40.](#) *Groupe Van Houtte inc. (A.L. Van Houtte ltée) c. Développements industriels et commerciaux de Montréal inc.*, précité, note 7, par. 112-113 ; *Laferrière c. Entretien Servi-pro inc.*, précité, note 23, par. 12 ; *2754-7769 Québec inc. c. 9202-2078 Québec inc.*, précité, note 15, par. 102 ; *P.G. Productions inc. c. Intégral Vidéos inc.*, précité, note 2, par. 59 ; *Nadeau c. Mallette*, précité, note 3, par. 12-17.
- [41.](#) V. KARIM, précité, note 13, par. 2476. Toutefois, il assimile lui-même la clause d'honoraires extrajudiciaires à la clause pénale au volume 1, par. 129 et 144.
- [42.](#) Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER avec la collaboration de Frédéric LEVESQUE, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2017, p. 1035-1036.
- [43.](#) *Ibid.*, deuxième note en bas de page, p. 1036.
- [44.](#) MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, précité, note 3, p. 1313.
- [45.](#) Nathalie-Anne BÉLIVEAU, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence dans les contrats d'emploi : synthèse », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 289, *Développements récents sur la non-concurrence*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 3, p. 6-9, EYB2008DEV1450.
- [46.](#) *Groupe Sotek inc. c. Mihalache*, 2013 QCCS 2993, EYB 2013-223961, par. 60.
- [47.](#) Art. 1373 C.c.Q.
- [48.](#) Marie-France BICH, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 243, p. 271, EYB2003DEV358 ; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 1996, p. 63.
- [49.](#) M.-F. BICH, précité, note 48, p. 271, 277.
- [50.](#) *Drouin c. Surplec Inc.*, 2004 CanLII 20120, REJB 2004-60769, par. 14 (QC CA).
- [51.](#) *Graphiques Matrox inc. c. Nvidia Corporation*, 2001 CanLII 24831, REJB 2001-25736, par. 168 (QC CS) ; Pietro IANNUZZI, *L'obligation de non-concurrence dans les sociétés de professionnels : vers une théorie de liberté de choix contractuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, par. 118.
- [52.](#) *Pitl c. Grégoire*, 2018 QCCA 1879, EYB 2018-303926, par. 54-60.
- [53.](#) MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, précité, note 3, p. 1313.
- [54.](#) [1995] R.L. 140, EYB 1994-64480, par. 13-16 (C.A.).
- [55.](#) *Restaurant Chez Doc inc. c. 9061-7481 Québec inc.*, précité, note 37, par. 29 ; *2865-8169 Québec inc. c. 2757-5331 Québec inc.*, 1999 CanLII 11325, REJB 1999-14430, par. 42 (QC CS).

- [56.](#) *Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916, EYB 1978-147064, par. 925-926 ; *Cathild inc. c. Rondeau*, précité, note 54, par. 15-16 ; *Équipements K.N. inc. c. Métallifer ltée*, 2004 CanLII 21371, REJB 2004-70146, par. 24 (QC CQ).
- [57.](#) *Pauzé c. Descôteaux*, [1986] R.D.J. 610, EYB 1986-62382, par. 10.
- [58.](#) 2865-8169 *Québec inc. c. 2757-5331 Québec inc.*, précité, note 55, par. 43.
- [59.](#) *Id.*, par. 45 ; M.-F. BICH, précité, note 48, p. 289.
- [60.](#) OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel, 1978, p. 446.
- [61.](#) *Drouin c. Surplec Inc.*, précité, note 50, par. 10.
- [62.](#) J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, précité, note 19, par. 135, p. 283.
- [63.](#) *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, EYB 2009-153214, par. 33.
- [64.](#) Nathalie-Anne BÉLIVEAU et Sébastien LEBEL, « Les clauses de non-concurrence en matière d'emploi et en matière de vente d'entreprise : du pareil au même ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 338, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 115, p. 175, EYB2011DEV1787.
- [65.](#) *Pitl c. Grégoire*, précité, note 52, par. 55.
- [66.](#) *Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, précité, note 56, par. 924 ; Claudette BELLEMARE, « Les clauses de non-concurrence dans les conventions des actionnaires », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 313, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 147, p. 153-155, EYB2009DEV1619.
- [67.](#) 2007 QCCS 4365, EYB 2007-124189, par. 25-31.