

ENTREPRISE

Charlaine BOUCHARD

Volume 108, Number 1, March 2006

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045630ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045630ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BOUCHARD, C. (2006). ENTREPRISE. *Revue du notariat*, 108(1), 135–167.  
<https://doi.org/10.7202/1045630ar>

## **ENTREPRISE**

**Charlaine BOUCHARD\***

INTRODUCTION . . . . .	137
I. L'ÉVALUATION DE LA RAISONNABILITÉ DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE . . . . .	138
A. Les informations à protéger . . . . .	139
B. La nature du contrat . . . . .	145
C. La substance de la clause. . . . .	151
1. La portée territoriale et la validité temporelle . . . . .	152
2. L'activité exercée . . . . .	155
II. LA PORTÉE DE L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ EN L'ABSENCE D'UNE CLAUSE DE NON-CONCURRENCE . . . . .	158
A. La variation de l'obligation selon la nature du lien d'emploi . . . . .	160
B. L'étendue de l'obligation postcontractuelle . . . . .	164
CONCLUSION . . . . .	166

---

\* LL.D., notaire et professeure agrégée, Faculté de droit, Université Laval.



## INTRODUCTION

En droit canadien et québécois, la liberté de commerce et son corollaire, la liberté de concurrence, constituent des principes fondamentaux. Comme elles supposent un libre accès à la clientèle<sup>1</sup>, toute entreprise constitue un prédateur possible pour son concurrent. La jurisprudence et la doctrine ont réitéré à maintes reprises ce droit des citoyens à la libre entreprise et à la libre concurrence<sup>2</sup>. La liberté d'expression, qui comprend la liberté de commerce, est protégée constitutionnellement ; elle garantit à tout entrepreneur le droit de mettre sur pied une entreprise et de concurrencer les autres entreprises : « [L]a nature même d'un système économique concurrentiel rend mobile [la clientèle]. Dans notre système économique, la clientèle demeure libre de ses choix. Elle décidera où elle se portera. Toute entreprise assume les risques de ses mouvements »<sup>3</sup>. Le seul garde-fou contre ce libre arbitre demeure la loyauté.

Les techniques développées pour conquérir la clientèle doivent être loyales et conformes aux usages des affaires : « L'obligation de loyauté constitue un standard de comportement qui implique l'obligation d'agir sans intention malveillante et d'exécuter les prestations auxquelles l'on s'est engagé comme une personne normalement respectueuse des règles du jeu »<sup>4</sup>. C'est donc l'obligation de loyauté qui fonde l'obligation de non-concurrence en l'absence d'une clause de non-concurrence et, de manière incidente, la présence d'une clause de non-concurrence au contrat « témoigne en soi de l'existence d'une obligation de loyauté »<sup>5</sup>.

- 
1. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).
  2. 9020-4983 *Québec inc. (Institut d'échafaudage du Québec (IEQ)) c. Tremblay*, [2005] R.J.Q. 479, par. 36. (C.S.) (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 2005-02-25, n° 200-005092-058).
  3. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, précité, note 1.
  4. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 117, p. 164-166 ; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 315, p. 572 et 573.
  5. J.-L. BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *ibid.*, n° 117.

Au cours de la dernière année, un vent important de nouvelles décisions a soufflé sur le devoir de loyauté. Voilà pourquoi nous avons décidé d'y consacrer notre revue jurisprudentielle pour l'année 2005. Plus d'une quinzaine de décisions mettent en scène des entreprises ou des travailleurs en désaccord quant à la nature « déloyale » ou non d'un comportement. Sans bousculer les principes existants, ces décisions, qui s'inscrivent dans le continuum jurisprudentiel, permettent d'effectuer un tour d'horizon intéressant de la teneur de l'obligation de loyauté sous le *Code civil du Québec*<sup>6</sup>. Pour les rédacteurs de conventions, ces informations s'avèrent particulièrement précieuses.

Il conviendra donc de s'intéresser, dans une première partie, aux conditions de la raisonnable de la clause de non-concurrence (I) et, dans une seconde partie, à la portée de l'obligation de loyauté qu'impose l'absence d'une clause de non-concurrence (II).

## **I. L'ÉVALUATION DE LA RAISONNABILITÉ DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE**

La liberté de commerce peut être réfrénée par une autre liberté, fondamentale dans les rapports individuels, la liberté contractuelle. Les parties au contrat sont donc libres d'établir leurs propres règles du jeu, sous réserve du respect de la loi et de l'ordre public. Ces règles du jeu contractuel peuvent heurter de plein fouet la liberté de commerce, puisque certaines de ces dispositions viendront expressément interdire à l'une des parties de faire concurrence à l'autre. Qu'il s'agisse d'empêcher la sollicitation de la clientèle, l'exploitation d'une nouvelle entreprise ou encore l'exercice d'une fonction concurrente, toute restriction contractuelle doit être clairement délimitée et justifiée, puisqu'elle porte atteinte à une liberté fondamentale. Le test « prétorien » de la raisonnable constitue ici le code de conduite à respecter.

Pour être valide, la clause de non-concurrence doit donc être raisonnable, tant en ce qui concerne la nature des informations à protéger (A), qu'en ce qui a trait à la substance même de la clause (C). Ces conditions seront appréciées différemment en présence d'un contrat d'emploi ou d'un contrat commercial (B).

---

6. Pour une étude approfondie de cette question voir Nabil ANTAKI et Charline BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, « Fonds d'entreprise, concurrence et distribution », t. 2, coll. « CÉDÉ », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 155 et s.

### A. Les informations à protéger

Une clause de non-concurrence qui a pour seul objet de limiter la concurrence n'est pas valide<sup>7</sup>. L'objectif visé par un tel engagement n'est pas d'éliminer la concurrence, mais bien de contrer la concurrence injuste<sup>8</sup>. Dans ce cadre, ne doit être protégé que ce qui est nécessaire et raisonnable<sup>9</sup>. Par exemple, il est légitime pour l'employeur de protéger des informations réputées confidentielles, car « lorsque la concurrence devient forte, la protection de l'information commerciale confidentielle peut être une question de survie »<sup>10</sup>.

- *Société Laurentide inc. c. Naud*<sup>11</sup>
- *Institut de zoothérapie du Québec inc. c. Rioux*<sup>12</sup>

Dans la première décision, *Société Laurentide inc. c. Naud*, il s'agissait d'un salarié qui avait travaillé pendant deux ans comme technicien en laboratoire pour une société. Seulement une semaine après avoir quitté la société, l'ex-employé a commencé à travailler pour une entreprise concurrente, d'où le recours introduit par l'ancien employeur pour la délivrance d'une injonction interlocutoire provisoire aux motifs que le salarié violerait ses engagements de non-concurrence et de non-divulgence de renseignements confidentiels. L'ex-employeur craignait, en effet, que les connaissances et l'expérience acquises à titre de technicien en laboratoire amènent le salarié à dévoiler des secrets industriels que son entreprise a longuement travaillé à mettre au point. Ces appréhensions n'ont pas conduit le tribunal à la même conclusion. Au regard de la preuve

7. *Vancouver Malt and Sake Brewing Co. c. Vancouver Breweries Ltd.*, [1934] A.C. 181, 190 : « No person has an abstract right to be protected against competition per se in his trade or business. »

8. *Laiterie St-Georges ltée c. Toulouse*, [1978] C.S. 853.

9. La validité des clauses de non-concurrence dépend de leur caractère raisonnable, eu égard à la protection des intérêts légitimes de l'employeur et de l'intérêt général à sauvegarder la liberté de travail et le droit de gagner sa vie, consacrés par le paragraphe 6(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir la jurisprudence récente : notamment, *Copyfax inc. c. Lambert*, J.E. 2000-981, D.T.E. 2000T-436 (C.S.) ; *Jean-Jacques Verreault et Associés inc. c. Larrivée*, J.E. 98-1979, D.T.E. 98T-1010 (C.S.).

10. Judith ROBINSON et Sébastien JETTÉ, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en propriété intellectuelle (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1.

11. D.T.E. 2005T-373 (C.S.).

12. D.T.E. 2005T-397 (C.S.).

présentée, la Cour a en effet jugé que le technicien n'était pas la personne-clé du laboratoire :

Il exécutait des travaux à partir de formules élaborées par la chimiste [...].

Laurentide a reconnu qu'il n'était pas dans sa prétention qu'Yves Naud soit parti en ayant en sa possession des données ou du matériel sous quelque forme que ce soit. Peut-il retenir de mémoire des formules si confidentielles et si secrètes qu'on le prétend ? Le Tribunal en doute. De plus, il a témoigné à l'effet contraire. Tout au plus, dit-il, il peut se souvenir des constituants de certains produits mais ne connaît pas les quantités.

Laurentide craint aussi que soient dévoilés les noms de certains clients, plus particulièrement un client qui est « travaillé » depuis quatre ans. La preuve révèle que d'autres employés ont quitté Laurentide au profit de Chemcraft. Le nom de ce client particulier peut ou pourrait être dévoilé par d'autres personnes qu'Yves Naud. Pourquoi ce dernier devrait-il être victime d'un ensemble de ce qui apparaît être une vive concurrence entre deux importants fournisseurs qui sont en compétition ?

Pour l'instant, aucun préjudice formel n'est allégué, sauf qu'Yves Naud était à l'emploi d'un concurrent.<sup>13</sup>

Dans une autre affaire, *Institut de zoothérapie du Québec inc. c. Rioux*, il s'agissait aussi de salariées, deux infirmières auxiliaires diplômées, qui, après avoir travaillé moins d'un an pour l'Institut de zoothérapie, ont décidé de quitter leur emploi et de fonder leur propre entreprise, sans se concerter, l'une sur la Rive Sud de Québec et l'autre à Sainte-Foy. L'employeur demanda à la Cour d'ordonner à ses ex-employées de cesser de solliciter ses clients et d'utiliser à des fins personnelles les documents et les renseignements confidentiels lui appartenant. Dans ce cas, et à la différence du dossier précédent, les employées n'avaient signé aucun contrat d'emploi ni clause de non-concurrence. Par conséquent, leur seule obligation reposait sur le devoir de loyauté prévu à l'article 2088 C.c.Q. :

**2088.** Le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou

---

13. *Société Laurentide inc. c. Naud*, précité, note 11, par. 39-42.

à l'occasion de son travail. Ces obligations survivent pendant un délai raisonnable après cessation du contrat, et survivent en tout temps lorsque l'information réfère à la réputation et à la vie privée d'autrui.

D'emblée, le tribunal souligne que « [d]epuis fort longtemps, il est reconnu que l'expertise, les connaissances et les habiletés acquises auprès d'un employeur peuvent être utilisées chez un autre employeur, à l'exception des secrets d'entreprise »<sup>14</sup>. Ainsi, le simple fait pour les infirmières d'avoir constitué des entreprises qui viennent directement concurrencer celle de leur ex-employeur ne constitue pas une violation de leur obligation de loyauté. En effet, bien que l'employeur les ait qualifiées d'« employées-clés », l'examen des tâches qui leur étaient dévolues démontre, sans l'ombre d'un doute, qu'il s'agissait d'un travail d'exécutantes sans aucun pouvoir décisionnel. Et le juge de poursuivre :

En l'espèce, les défenderesses n'ont eu accès à aucun renseignement de nature confidentielle, ni à aucun secret d'entreprise.

La preuve ne démontre pas l'existence d'une liste de clients chez la demanderesse.

Dans leurs déclarations assermentées, les défenderesses exposent la façon dont elles ont effectué leur publicité pour annoncer l'ouverture de leurs entreprises et inciter les clients pouvant être intéressés par leurs services à les retenir.

Puisque leur domaine d'intervention se situe principalement dans les écoles, les hôpitaux et dans les centres hospitaliers de longue durée, les informations pertinentes sont très faciles à obtenir par voie d'Internet ou par les annuaires offerts par les ministères.

Rappelons que l'utilisation d'annuaires pour la recherche de clients n'est pas considérée comme une violation de l'obligation de loyauté même si ce faisant, d'anciens clients sont amenés à contracter avec la nouvelle entreprise. Le tribunal réfère à cet égard à l'arrêt *Gestion Marie-Lou inc. c. Lapière* [...].

Parmi toute la clientèle de la demanderesse, seulement quelques clients ont quitté au profit des défenderesses. Il s'agit là de l'effet normal de l'ouverture d'entreprises concurrentes.<sup>15</sup>

---

14. *Institut de zoothérapie du Québec inc. c. Rioux*, précité, note 12, par. 29.

15. *Ibid.*, n<sup>os</sup> 35-39.

- **Commentaire**

Dans ces deux décisions, les tribunaux nous démontrent qu'il y a des frontières à respecter lorsque le droit au travail de l'employé est restreint :

La requérante ne peut empêcher l'intimé d'utiliser, même au profit [du nouvel employeur], ses aptitudes subjectives, c'est-à-dire son adresse, sa compétence et sa capacité intellectuelle. Elle ne peut pas non plus interdire à l'intimé d'utiliser la formation, l'entraînement et les connaissances qu'il a pu acquérir aux services de la requérante. Ces acquis font maintenant partie de son être intellectuel et on ne peut pas l'empêcher de les mettre à profit.<sup>16</sup>

C'est donc le droit fondamental de chaque individu de gagner sa vie qui est à la base du principe selon lequel les connaissances subjectives ne peuvent faire l'objet de clauses restrictives. Ainsi, comme l'a si bien rappelé la Cour d'appel en 1992 dans la décision *Excelsior*, « aucune clause de non-concurrence et, en règle générale, aucun devoir implicite découlant d'un contrat d'embauche ne sauraient empêcher un individu de gagner sa vie en utilisant ses connaissances et ses aptitudes professionnelles chez un concurrent »<sup>17</sup>. La jurisprudence n'offre aucun compromis à cet égard et demeure constante sur ce principe. Ainsi, l'employé n'enfreint aucune obligation implicite en utilisant, au service d'un autre employeur, les connaissances générales qu'il a acquises relativement à *l'organisation et aux méthodes de commerce de son ancien employeur*<sup>18</sup>. Dans le même sens, il n'y a rien d'illégal à ce qu'une personne prenne moins de temps qu'elle n'en aurait pris autrement pour concevoir un produit semblable mais différent de celui qu'il faisait chez son ancien employeur, à cause de *l'expérience acquise* chez ce dernier<sup>19</sup>. Alors que l'employeur peut protéger toute information « objectivement » confidentielle, il ne peut tenter de soustraire à son employé les habiletés « subjectives » acquises à l'occasion de son travail.

---

16. *Honco inc. c. Dampousse*, J.E. 97-1470, D.T.E. 97T-813 (C.S.).

17. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, précité, note 1.

18. *Corp. scientifique Claisse inc. c. Instruments Katanax inc.*, J.E. 2004-1219, D.T.E. 2004T-590 (C.S.) ; *Positron Inc. c. Desroches*, [1988] R.J.Q. 1636 (C.S.).

19. *Ibid.*

Ainsi, suivant les principes énoncés par les tribunaux dans les décisions *Matrox*<sup>20</sup> et *Imprimerie d'Arthabaska*<sup>21</sup>, et en se référant à la définition donnée par la *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada* dans sa proposition de *Loi uniforme sur les secrets commerciaux*<sup>22</sup>, il est possible de définir la notion d'« information confidentielle » de la façon suivante<sup>23</sup> : il s'agit d'une information secrète, inconnue du public, utilisée exclusivement pour les activités de l'entreprise et à cette fin, laquelle revêt une certaine valeur économique qui justifie qu'elle fasse l'objet de mesures particulières contre sa divulgation. Seul ce type d'information peut être protégé par une clause de non-concurrence. En effet, la protection des informations confidentielles repose sur la théorie du tremplin, selon laquelle « une personne ne doit pas tirer avantage de renseignements confidentiels qu'elle a obtenus pour devancer ses concurrents en s'épargnant tout le travail de recherche relié à l'information confidentielle acquise »<sup>24</sup>. Les tribunaux québécois se sont vite approprié cette théorie et en ont fait usage lorsque les dispositions contractuelles ne prévoyaient pas une obligation de confidentialité<sup>25</sup>.

20. *Matrox Electronic Systems Ltd. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (C.S.).

21. *Imprimerie d'Arthabaska inc. c. Roux*, J.E. 96-1666, D.T.E. 96T-988 (C.S.).

22. L'article 1 de la *Loi uniforme sur les secrets commerciaux* d'avril 1989 définit ainsi le secret commercial : « [T]oute information qui possède les caractéristiques suivantes : a) elle est ou peut être utilisée dans un commerce ou une entreprise ; b) elle n'est pas généralement connue dans ce commerce ou cette entreprise ; c) elle a une valeur économique du fait qu'elle n'est pas généralement connue ; d) elle fait l'objet de mesures qui, dans les circonstances, sont raisonnables pour éviter qu'elle ne soit généralement connue. » En ligne : <<http://www.chlc.ca/fr>> le 15 juin 2005.

23. Le professeur Karim considère comme un secret commercial « un ensemble d'informations confidentielles développées et élaborées par une entreprise dans le cadre de ses activités économiques, consistant dans la production ou la réalisation de biens ou dans la prestation de services » : Vincent KARIM, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 459.

24. Jean CARRIÈRE, « Le secret est dans la sauce ; les secrets de commerce et les obligations qui en découlent », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 60.

25. *Lange Canada Inc. c. Platt* (1973), 9 C.P.R. 231, 232 (J. Malouf) : « A servant cannot use confidential information obtained while in the employ of his master. Even though another person at another time and place may arrive at a similar result by using his own intelligence and going through the same processes, what makes the information confidential is the fact that the producer of the product used his own brain and thus produced a result which can be produced by someone who goes through the same process. In the present case, the respondents by making use of confidential information obtained a long start over member of the public. » *Santé naturelle ltée c. Produits de nutrition Vitaform inc.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 548 ; *Montour Ltée c. Jolicoeur*, [1988] R.J.Q. 1323, 1331 (C.S.).

Le problème fondamental que pose la théorie du tremplin demeure toutefois de savoir si l'information secrète doit être protégée de façon permanente. À cette question, les décisions évoquées ci-dessus ont répondu clairement : l'employé est tenu à une obligation de confidentialité si, et seulement si, l'information n'a pas encore été dévoilée par des concurrents, l'essentiel demeurant que l'employé n'aide pas le concurrent de son ex-employeur à écourter la période d'investigation en divulguant les secrets. Dans de telles situations, les décisions *Santé naturelle*, *Matrox* et *Montour* concluent toutes que l'employeur a droit à des dommages-intérêts, mais uniquement pour la durée de la confidentialité de l'information.

Or, cette limite temporelle, associée à l'obligation de confidentialité, rapproche celle-ci d'une clause de non-concurrence stipulant l'interdiction de concurrence. Dès lors, se pose la question de savoir si l'obligation de confidentialité obéit au régime juridique de l'article 2089 C.c.Q. portant sur la clause de non-concurrence. La jurisprudence donne une réponse mitigée à cette question.

Alors que certaines décisions assimilent l'obligation de confidentialité à une clause de non-concurrence en se basant sur des critères, notamment temporels, pour conclure à sa validité<sup>26</sup>, d'autres en distinguent fondamentalement les régimes juridiques. Il en va ainsi dans la décision *Laboratoires Constant inc.*, où il est clairement énoncé que :

Il est vrai que les tribunaux ont, à maintes reprises, déclaré invalides certaines obligations contenues à des contrats de travail puisque celles-ci n'étaient pas limitées géographiquement ou dans le temps. Il s'agissait de clauses de non-concurrence et non d'engagements de confidentialité. Là est toute la différence. En effet, la clause de non-concurrence empêche un ex-employé d'exercer le seul métier qu'il connaisse. On peut alors fort bien comprendre la sévérité de nos tribunaux à l'égard de telle clause. *L'engagement de confidentialité, quant à lui, n'empêche pas un ex-employé de gagner sa vie ou de travailler pour un concurrent.* Sa seule obligation est celle de ne pas divulguer à son nouvel employeur les secrets de commerce de son ancien employeur. Une telle obligation n'a pas à être limitée géographiquement ou dans le temps pour être valable. Ce moyen de défense doit donc être rejeté.<sup>27</sup>

26. *Toptech Groupe conseil inc. c. Perron*, J.E. 2003-727, D.T.E. 2003T-358 (C.S.) ; *Accutel Conferencing Systems Inc. c. Bellavance*, J.E. 2001-1835, D.T.E. 2001T-959 (C.S.) ; *Logistiques Trans-west Inc. c. Haince*, J.E. 98-1571, D.T.E. 98T-762 (C.S.) ; *Honco inc. c. Dampousse*, précité, note 16.

27. *Laboratoires Constant inc. c. Beauchamp*, J.E. 99-1161, D.T.E. 99T-578, p. 20 du texte intégral (nos italiques).

La décision *Improthèque* abonde en ce sens lorsqu'elle indique que l'article 2088 C.c.Q. impose au salarié une obligation de loyauté et de confidentialité : « Cette obligation est différente de celle qui résulte d'une stipulation de non-concurrence conforme à l'article 2089 C.c.Q. »<sup>28</sup>. On peut rappeler ici, tout en les nuanciant, les propos de la professeure Marie-France Bich, aujourd'hui juge à la Cour d'appel :

L'exigence de confidentialité [...] n'a d'autre but que de protéger un avantage concurrentiel de l'employeur, qu'il s'agisse d'un secret de commerce, d'une stratégie commerciale particulière ou d'une liste de clients. L'engagement à ne pas divulguer de telles informations [...] est un acte qui restreint la concurrence, ou plus exactement un moyen de concurrence, et peut donc être assimilé à une clause de non-concurrence.<sup>29</sup>

S'il est vrai que l'obligation de confidentialité protège un avantage concurrentiel, en l'occurrence le secret de commerce qui confère un avantage économique à son détenteur, son objet demeure bien plus restreint et fort différent de celui de l'engagement de non-concurrence qui contraint son débiteur à ne pas concurrencer. En effet, l'obligation de confidentialité n'a pas un tel objet, elle oblige plutôt à ne pas divulguer des secrets. Dès lors, l'assimilation de l'obligation de confidentialité à l'engagement de non-concurrence peut apparaître un peu abusive. D'ailleurs, dans le cadre des relations de travail, le législateur a tenu à les distinguer en leur consacrant deux articles différents. Au surplus, l'obligation de confidentialité peut être perpétuelle à condition que l'information protégée demeure secrète, ce qui n'est pas le cas de l'engagement de non-concurrence qui, par son objet, doit être restreint sous peine d'être déclaré invalide par les tribunaux. C'est là que se trouve toute la différence, comme l'a si bien fait ressortir la décision *Laboratoires Constant*.

## **B. La nature du contrat**

Même si les principes généraux demeurent fondamentalement les mêmes pour toute clause de non-concurrence, les tribunaux ont

---

28. *Improthèque inc. c. St-Gelais*, [1995] R.J.Q. 2469 (C.S.).

29. Marie-France BICH, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 259.

tendance à accepter plus facilement les clauses incorporées aux contrats de vente d'entreprises<sup>30</sup> que celles qui se trouvent dans un contrat de travail.

- *Bernatchez c. Médias Transcontinental inc.*<sup>31</sup>

Dans cette décision, la Cour d'appel met l'accent sur le fait que le contrat n'a pas été négocié par des « profanes » avant de conclure au respect de la clause. Il s'agissait d'un contrat de vente d'actions par lequel l'intimée, Médias Transcontinental inc., avait acquis toutes les actions d'une entreprise d'édition et de distribution de magazines. Le contrat de vente d'actions comportait une clause de non-concurrence d'une durée de cinq ans visant tout le territoire du Québec. L'intimée prétendait que l'un des vendeurs appelants, Bernatchez, n'aurait pas respecté son engagement en créant une nouvelle entreprise qui fournirait des services d'imprimerie à une entreprise concurrente, en participant à la reliure de fascicules que l'intimée publie et en agissant à titre de consultant pour celle-ci.

Dans une brève mais convaincante décision, les juges Delisle, Forget et Côté de la Cour d'appel infirment la décision de la Cour supérieure en concluant que « l'activité d'impression n'est aucunement visée par la clause de non-concurrence »<sup>32</sup>. Nous reproduisons ici les passages pertinents de l'engagement de non-concurrence :

[À] ne pas [...] directement ou indirectement [...] participer (ou) rendre des services [...] dans l'exploitation de toute entreprise, activité ou entité commerciale [...] oeuvrant dans le secteur de l'édition, de la publication ou de la distribution de contenus [...] relatifs [...] à l'horticulture, au jardinage, à la décoration, à l'aménagement intérieur ou extérieur [...], à la cuisine, à l'ornithologie [...].<sup>33</sup>

Ainsi, dans ce cas particulier, la Cour rappelle que le contrat est intervenu entre personnes aguerries :

Il ne faut pas perdre de vue que la convention d'achat n'a pas été négociée par des profanes, mais bien, de part et d'autre, par des per-

30. *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535, 566 et 567 (j. Macnaghten) (H.L.), 566 et 571 ; *Herbert Morris Ltd. c. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688, 701 (H.L.) ; *J.G. Collins Insurance Agencies Ltd c. Elsley, succession*, [1978] 2 R.C.S. 916, 924 (j. Dickson) ; *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 R.C.S. 865, 1508 et 1509.

31. 2005 QCCA 856.

32. *Ibid.*, par. 18.

33. *Ibid.*, par. 5.

sonnes impliquées depuis longtemps dans le domaine. Or, ces gens ont limité la clause en question aux secteurs de **l'édition, de la publication ou de la distribution** de contenus relatifs à certains sujets.

L'imprimerie est une toute autre sphère d'activité, de même que les services accessoires de reliure et d'entreposage.

Une clause de non-concurrence doit recevoir une interprétation plus large dans un contrat de vente que dans celui de services, mais elle ne peut quant même aller au-delà des mots employés, surtout devant la preuve qu'aucun des vendeurs n'était impliqué, de quelque façon que ce soit, avant l'incorporation de K2.<sup>34</sup>

• **Commentaire**

Cette plus grande tolérance des tribunaux face aux contrats commerciaux s'explique par la différence fondamentale entre la nature juridique des contrats de vente d'entreprise et la dépendance économique du salarié par rapport à l'employeur dans le cadre d'un contrat d'emploi. Les tribunaux ont repris maintes fois le principe affirmé par l'honorable juge Laskin dans la célèbre décision *Elsley* :

La distinction faite en jurisprudence entre une clause restrictive contenue dans un contrat de vente d'une entreprise et celle contenue dans un contrat de louage de services est bien conçue et répond à des considérations pratiques. *Celui qui cherche à vendre son entreprise peut se retrouver avec une chose invendable si on lui conteste le droit d'assurer l'acheteur que lui, le vendeur, ne lui fera pas concurrence plus tard.* La difficulté réside dans la définition de la période au cours de laquelle la clause de non-concurrence doit jouer et la région visée ; mais si ces deux éléments sont raisonnables, les tribunaux donneront normalement effet à la clause.

[...]

Une situation différente, du moins en théorie, surgit dans la négociation d'un contrat de louage de services où un déséquilibre dans le pouvoir de négociation peut conduire à de l'oppression et à nier à l'employé son droit, à la suite de la cessation de son emploi, d'exploiter dans l'intérêt public et dans son propre intérêt, les connaissances et la compétence qu'il a acquises au cours de son emploi. De nouveau, on fait une distinction. Bien que les tribunaux jugent le plus souvent que les restrictions générales à la liberté de la concurrence ne sont pas

---

34. *Ibid.*, par. 19-21.

exécutoires, ils reconnaissent et accordent une protection raisonnable aux secrets commerciaux, aux renseignements confidentiels et à la clientèle de l'employeur.<sup>35</sup>

Ce principe, issu de la common law, est appliqué strictement par la jurisprudence québécoise<sup>36</sup>. Cette situation d'égalité présumée dans les contrats de vente d'entreprise contraste avec le déséquilibre qui caractérise le contrat de travail. Il s'agit, pour la plupart, de contrats d'adhésion<sup>37</sup>, rédigés par l'employeur et acceptés par l'employé. Le pouvoir de négociation de l'employé est généralement très faible, sauf s'il s'agit d'un dirigeant. La question de qualifier ou non le contrat d'adhésion s'avère très importante puisqu'elle permet de sanctionner les clauses abusives<sup>38</sup>. L'adoption des nouvelles dispositions du Code civil contribue à rétablir un certain équilibre entre l'intérêt légitime de l'employeur de protéger ses biens et celui de l'employé de conserver une liberté d'action à la fin de son contrat de travail<sup>39</sup>.

Enfin, toujours dans ce même esprit de rééquilibrage, l'article 2095 C.c.Q. dispose que « l'employeur ne peut se prévaloir d'une stipulation de non-concurrence, s'il a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation ». Deux décisions illustrent les circonstances d'application de cette défense d'usage de la clause :

- 9009-6256 *Québec inc. c. 9133-4722 Québec inc.*<sup>40</sup>
- *Promutuelle Lévisienne-Orléans c. Pelletier*<sup>41</sup>

35. *J.G. Collins Insurance Agencies Ltd. c. Elsley*, précité, note 30, 923 et 924 (nos italiques).

36. La quasi-totalité des décisions sur la clause de non-concurrence affirme ce principe : voir notamment : *Placements Marejeau inc. c. Caron*, J.E. 2002-1550 (C.S.) ; 9061-7481 *Québec inc. c. Restaurant Chez Doc inc.*, J.E. 2002-1812 (C.S.) (inf. par J.E. 2006-202 (C.A.)) ; *Pacitto c. Bisailon*, J.E. 2002-1694 (C.Q.) ; *Évimbec ltée c. Lagueux*, J.E. 2002-438, D.T.E. 2002T-215 (C.Q.) ; *Dubuc c. Bergeron*, J.E. 2001-1947 (C.S.) (inf. par J.E. 2002-352 (C.A.)).

37. C.c.Q., art. 1379.

38. *Ibid.*, art. 1435-1438.

39. À cet effet, il est intéressant de prendre connaissance des articles 81 et 82 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1991, c. 64, qui disposent que les principes énoncés aux articles 1432, 1436 et 1437 C.c.Q. s'appliquent à tout contrat en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

40. 9009-6256 *Québec inc. (Multigranite inc.) c. 9133-4722 Québec inc. (JMB inc.)*, J.E. 2005-602, D.T.E. 2005T-321 (C.S.).

41. *Promutuelle Lévisienne-Orléans c. Pelletier*, C.S. Québec, n° 200-17-004544-045, 31 janvier 2005, j. R. Legris, 6 p.

Dans la première affaire, 9009-6256 *Québec inc. c. 9133-4722 Québec inc.*, il s'agissait d'une clause de non-concurrence incorporée au contrat d'un agent manufacturier. L'agent s'était engagé à ne pas vendre de produits similaires à ceux commercialisés par la demanderesse, à ne pas solliciter sa clientèle et à ne pas divulguer certaines informations obtenues dans l'exercice de ses activités de représentation. À la suite de certains désaccords entre les parties, l'agent s'est plaint de la situation devant ses collègues. La demanderesse lui a alors demandé de démissionner, ce qu'il a refusé de faire. Le lendemain, elle l'a alors informé que son contrat était résilié. L'agent agit depuis pour une société concurrente, d'où la demande d'injonction interlocutoire introduite par la demanderesse afin que le défendeur respecte son engagement de non-concurrence. En défense, l'agent allègue que la demanderesse ne peut se prévaloir de la clause de non-concurrence puisqu'elle a mis fin au contrat sans motif sérieux.

Ainsi, « même si la clause de non-concurrence peut paraître valide, de prime abord, [...] son usage doit aussi paraître légal »<sup>42</sup>, c'est essentiellement ce qu'exprime le législateur à l'article 2095 C.c.Q. Citant M<sup>e</sup> Marie-France Bich, aujourd'hui juge à la Cour d'appel, le tribunal estime qu'un employeur doit prouver un manquement grave ou répété du salarié à ses obligations contractuelles pour justifier un motif sérieux, ce qui est loin d'être évident selon la preuve qui lui est présentée :

D'abord, il n'existe aucune preuve des propos diffamatoires tenus par monsieur Brassard, à l'encontre de la compagnie ou de ses représentants, comme l'allèguent la mise en demeure de résiliation P-3 et la procédure. Si un manquement à la production du rapport hebdomadaire y est aussi dénoncé, il faut noter que l'entente des parties ne fait nullement référence à une telle obligation.

En fait, ce que le Tribunal retient de la preuve, c'est que le représentant de la demanderesse, monsieur Hébert, était exaspéré des plaintes et récriminations formulées par monsieur Brassard à l'égard des problèmes d'inventaire et de rémunération. On peut présumer qu'il y a eu répétition d'événements qui ont pu provoquer le geste unilatéral posé par la demanderesse. Cependant, il faut se demander si, objectivement, les propos, jérémiades ou menaces formulés par le défendeur Brassard, constituaient un manquement grave aux obligations légales et contractuelles de l'« AGENT ». Pourtant, en aucun moment,

---

42. Paul-Arthur GENDREAU *et al.*, *L'injonction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 116.

avant le courriel du 16 octobre 2004, monsieur Brassard n'a fait l'objet de réprimandes écrites ou d'avertissements formels quant à sa conduite.

Dans ce contexte, le Tribunal estime, à première vue, que la décision unilatérale de la demanderesse, à l'effet de mettre fin au contrat P-1, sans avis préalable, comporte un caractère intempestif, incompatible avec le sérieux requis pour justifier le recours à la stipulation de non-concurrence au sens de l'article 2095 C.c.Q.

En outre, la convention des parties prévoit un délai de résiliation de 90 jours, sous réserve du droit de la demanderesse d'y mettre fin pour l'une des causes prévues à [...] l'entente.

Or, le demandeur n'allègue aucune de ces causes de résiliation au soutien de ses procédures.<sup>43</sup>

À l'opposé, dans l'autre affaire, *Promutuelle Lévisienne-Orléans c. Pelletier*, chaque partie pouvait mettre un terme au contrat intervenu entre elles sur simple avis. L'agent pouvait ainsi difficilement prétendre que la résiliation de son contrat était abusive et donner ouverture à l'article 2095 C.c.Q.

#### • Commentaire

L'article 2095 C.c.Q., introduit en 1994, au moment de la réforme du Code civil, est un corollaire de la clause de non-concurrence : l'usage d'une telle stipulation ne peut être invoqué lorsqu'il n'y a aucun motif juste et suffisant de congédiement. Et pour justifier d'un motif sérieux, l'employeur doit prouver un manquement grave ou répété du salarié à ses obligations contractuelles. Le législateur a codifié un principe reconnu depuis longtemps par les tribunaux. En 1988, dans la décision *Aliments Humpty Dumpty Ltée c. Gagnon*<sup>44</sup>, le tribunal s'exprimait ainsi : « la juxtaposition d'une clause de non-concurrence et d'une clause permettant à l'employeur de remercier l'employé de ses services sans avoir à donner de raison valable [...] rend la clause de non-concurrence contraire à l'ordre public ». Dans une autre affaire, *Massé c. Laboratoires Choisy Ltée*<sup>45</sup>, la Cour a déjà reconnu qu'un employeur ne peut exiger le respect d'une clause de non-concurrence lorsque le congédiement

43. 9009-6256 *Québec inc. (Multigranite inc.) c. 9133-4722 Québec inc. (JMB inc.)*, précité, note 40, par. 35-39.

44. *Aliments Humpty Dumpty Ltée c. Gagnon*, [1988] R.J.Q. 1840 (C.S.).

45. *Massé c. Laboratoires Choisy Ltée*, J.E. 99-1998, D.T.E. 99T-940 (C.S.).

est survenu à la suite d'une fusion d'entreprises qui a entraîné une réorganisation administrative, et lorsqu'il n'existe pas de cause juste et suffisante qui aurait permis de mettre fin au contrat. L'employé avait vu ses tâches modifiées, ce qui l'avait placé dans une situation le forçant à démissionner ; cela fut assimilé à un congédiement déguisé. L'article 2095 C.c.Q. constitue donc une règle d'équité permettant de rééquilibrer les rapports de l'employeur et du salarié.

### C. La substance de la clause

Le test de la raisonnable s'applique à la substance même de la clause de non-concurrence. La décision *Cameron*, sous la plume de l'honorable juge Laskin, en a ainsi posé les balises :

En vertu tant du Code civil que de la common law, les stipulations restrictives de la liberté du [...] travail peuvent être déclarées nulles en raison de leur durée déraisonnable ou de leur portée territoriale déraisonnable, eu égard en chaque cas au domaine des affaires ou des activités visées par les stipulations restrictives.<sup>46</sup>

Il s'agit donc pour les tribunaux d'apprécier si les stipulations contenues dans la clause sont conformes à l'intérêt public. Il ne faut pas perdre de vue que la liberté de travail, de commerce, et la libre concurrence sont des principes intégrés dans la notion générale d'ordre public qui soumet la validité de la clause de non-concurrence au test de la raisonnable. Par conséquent, une clause de non-concurrence est conforme à l'ordre public si elle est raisonnable dans son contenu<sup>47</sup>. Dès lors, la conformité à l'ordre public ne constitue pas, en soi, un critère d'appréciation autonome ou indépendante du test de la raisonnable ; elle y est intégrée par l'exigence que la clause, dans sa substance, soit raisonnable quant à ses dimensions territoriale, temporelle et matérielle.

Deux précisions supplémentaires doivent être apportées. D'une part, nous l'avons déjà souligné, la nature du contrat influence le juge dans l'appréciation de la raisonnable des termes

46. *Canadian Factors Corp. c. Cameron*, [1971] R.C.S. 148, 163 et 164 (j. Laskin).

47. *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, précité, note 30, 872 (j. McIntyre) : « Les clauses qui limitent la concurrence d'un employé avec son ancien employeur et celles qui empêchent le vendeur d'une entreprise d'entrer en concurrence avec l'acheteur sont deux exceptions à la règle générale lorsque la restriction imposée est raisonnable compte tenu des intérêts des parties [...] »

de la clause de non-concurrence. D'autre part, l'évaluation de la validité des clauses de non-concurrence obéit au principe de l'interprétation *in concreto*, et relève ainsi de l'appréciation au cas par cas, chaque situation étant différente d'une autre. Ce qui est valable pour une clause peut ne pas l'être pour une autre, et vice-versa.

Pour apprécier la raisonnable de la clause de non-concurrence, les tribunaux prennent en considération les différentes composantes de la clause elle-même, soit son objet, le territoire couvert et la durée de l'interdiction. Si la restriction est très limitée dans le temps, l'étendue territoriale peut être plus importante, et vice-versa. Par ailleurs, la raisonnable de la clause s'apprécie au moment de sa signature en prenant en considération les éléments prévisibles<sup>48</sup>.

L'article 2089 C.c.Q. reprend les critères jurisprudentiels reconnus par les tribunaux :

**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.

Ainsi, en plus d'exiger que la clause soit écrite, sous peine de nullité, la loi impose à l'employeur la justification de la légitimité de son intérêt pour toute la période d'effectivité de la stipulation.

Que nous apprennent, sur ce point, les plus récents arrêts rendus en la matière ?

### **1. La portée territoriale et la validité temporelle**

- 9046-1559 *Québec inc. c. Jouve*<sup>49</sup>

Dans une première décision, 9046-1559 *Québec inc. c. Jouve*, le tribunal réaffirme le principe selon lequel « l'ampleur et la durée

48. *Stephens c. Gulf Oil*, (1975) 65 D.L.R. (3d) 193 (Ont. C.A.) ; *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, *ibid.*, 878 (j. McIntyre).

49. J.E. 2005-962, D.T.E. 2005T-476 (C.Q.).

[des] obligations de non-concurrence et de confidentialité contenues dans un contrat de travail [doivent] être proportionnelles à l'importance et à la singularité de l'emploi occupé chez l'employeur »<sup>50</sup>. Il s'agissait, en l'espèce, d'un employeur qui exploitait une entreprise d'entretien ménager auprès de compagnies et de particuliers. La clause de non-concurrence, d'une durée de 24 mois, empêchait la salariée de travailler, quel que soit le motif, pour aucun des anciens clients chez qui elle avait déjà travaillé pour le compte de l'employeur ni pour tout nouveau client de ce dernier. La Cour en arrive à la conclusion que cette clause est abusive tant en ce qui concerne sa durée qu'en raison de l'ampleur de l'interdiction qu'elle édicte :

Ces clauses doivent également tenir compte du fait que le droit pour un employé de pouvoir gagner sa vie à l'aide de ses compétences et de son expérience ne pouvait être brimé sans motifs sérieux.

Si la clause de confidentialité d'une durée de deux ans contenue à l'article 5.1 du contrat intervenu entre LPDO et madame Jouve peut être appropriée dans le cas d'une employée d'entretien ménager qui travaille chez des clients dont elle connaît les détails de leur vie quotidienne ainsi que l'aménagement de leur résidence, il en va tout autrement de la clause de non-concurrence d'une durée de deux ans contenue à l'article 5.2 du contrat.

Cette clause est abusive parce que sa durée est trop longue. En effet, un employé qui travaille dans un domaine comme celui de l'entretien ménager qui ne requiert pas une grande spécialisation doit pouvoir y gagner sa vie sans avoir à subir pour une longue période une contrainte injustifiée sur le plan de la non-concurrence.

Cette clause de non-concurrence est également exagérée en raison de l'ampleur de l'interdiction qu'elle édicte, soit non seulement de ne pouvoir solliciter pendant deux ans les anciens clients et nouveaux clients de LPDO après avoir quitté l'entreprise, mais aussi de ne pouvoir travailler, peu importe le motif, chez aucun des anciens clients chez qui elle a travaillé pour le compte de LPDO ainsi que pour tout nouveau client de LPDO.<sup>51</sup>

#### • **Commentaire**

Ce qui apparaît fondamental aux yeux de la jurisprudence est que l'étendue territoriale de la clause n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts de l'entreprise. Ainsi, en

50. *Ibid.*, par. 25.

51. *Ibid.*, par. 26-29.

matière de relations de travail, l'interdiction de concurrence ne doit couvrir que le périmètre dans lequel l'entreprise exerce ses activités principales, c'est-à-dire le lieu où l'employé exerce ses fonctions<sup>52</sup>. De même, en matière de vente d'entreprise, le territoire d'interdiction ne peut excéder le rayon géographique dans lequel s'étend l'activité du fonds cédé<sup>53</sup>. La clause doit être limitée au territoire où l'agent a effectivement exercé ses activités<sup>54</sup>. Un déplacement occasionnel loin du lieu de travail habituel ne suffit pas à étendre l'interdiction à cet endroit<sup>55</sup>. Ce même test de raisonabilité s'applique à l'étendue dans le temps de la clause.

Le temps revêtant une valeur pécuniaire d'une extrême importance dans le monde des affaires et de l'emploi, la jurisprudence lui accorde une interprétation plus restrictive, car « un citoyen ne peut s'engager indéfiniment et pour toute sa vie à faire certains actes envers un autre citoyen ou à s'abstenir, au bénéfice de ce dernier, de faire certains actes permis à tout le monde »<sup>56</sup>. C'est pourquoi la durée doit obligatoirement être expressément déterminée dans la clause de non-concurrence, son absence<sup>57</sup> ou son imprécision<sup>58</sup> conduisant au caractère déraisonnable de l'obligation.

En matière de contrat de travail, la durée est généralement plus courte qu'en matière de contrats commerciaux :

[L]es clauses de 12 mois sont jugées acceptables (si les activités prohibées et la portée territoriale sont raisonnables) ; il n'est pas rare non plus que les clauses de 12 à 24 mois soient jugées valides, mais elles sont néanmoins plus suspectes que celles de 12 mois et moins et exigent par conséquent un examen plus poussé. Au-delà de 24 mois, la

52. Voir aussi : *Faucher Industries inc. c. Poliziani*, B.E. 2005BE-4 (C.S.) ; 2865-8169 *Québec inc. c. 2757-5331 Québec inc.*, J.E. 99-1859, D.T.E. 99T-1079 (C.S.) ; *Accessoires d'incendie Sécurex 2000 inc. c. Dallaire*, D.T.E. 2002T-545 (C.S.) ; *Cathild inc. c. Rondeau*, J.E. 93-1037, D.T.E. 93T-622 (C.S.), conf. par J.E. 94-875, D.T.E. 94T-562 (C.A.). A contrario : *Central Dynamics Ltd. c. Tremblay*, J.E. 90-1337, D.T.E. 90T-1092 (C.S.).

53. *Chiasson c. Lalonde*, J.E. 2000-1911 (C.S.) ; *H. & R. Block Canada inc. c. Truchon*, J.E. 2000-1608 (C.A.) ; *Gestion R. & R. Gauthier ltée c. Vidéoflex inc.*, [1993] R.D.J. 480 (C.A.) ; *Résidences P.F. inc. c. Filteault*, J.E. 98-988, D.T.E. 98T-481 (C.S.).

54. *Nordenfelt c. Maxime Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, précité, note 30 ; *Provincial Mobile Inc. c. Lebel*, [1975] C.S. 134.

55. *Cameron c. Canadian Factors Corp.*, précité, note 46, 163 (j. Laskin).

56. *Toulouse c. Laiterie St-Georges Ltée*, [1978] C.A. 210.

57. *Setym International Inc. c. Belout*, J.E. 2001-1828, D.T.E. 2001T-980 (C.S.), [2001] R.R.A. 1051 (rés.).

58. *Graphiques Matrox inc. c. Nvidia Corp.*, J.E. 2001-1591, D.T.E. 2001T-819 (C.S.).

tendance se renverse quoique l'on trouve dans la jurisprudence des exemples de clauses jugées valides en dépit d'un très long terme (cinq ans, par exemple).<sup>59</sup>

Par contre, dans le cas des contrats commerciaux, la vente d'entreprise notamment, un terme plus long (5 à 10 ans) pourrait passer le test de la raisonabilité<sup>60</sup>, les tribunaux prenant en compte la rémunération reçue par le vendeur. Enfin, remarquons que le calcul de la période de non-concurrence prévue dans un contrat de travail commence à courir dès la fin de l'emploi et non à partir de la date du jugement accordant une injonction interlocutoire<sup>61</sup>.

## 2. L'activité exercée

- *Resto L'Alternative, s.e.n.c. c. Filion*<sup>62</sup>
- *Lemieux c. Marsh Canada Ltée*<sup>63</sup>

Dans l'affaire *Resto L'Alternative, s.e.n.c. c. Filion*, il était question d'une clause de non-concurrence incluse dans un contrat de vente de fonds d'entreprise, et dont l'intérêt était de protéger l'acheteur d'un petit restaurant de quartier contre la perte de sa clientèle. Le tribunal estima « qu'un rayon de 10 kilomètres à vol d'oiseau ne paraît pas abusif, non plus que la limite de deux ans et la sphère d'activité qui est celle d'un restaurant ou une activité connexe à la restauration du même style que celui du Resto L'Alternative »<sup>64</sup>. La question principale, à la source du litige, concernait plutôt la concurrence indirecte. Alors que l'acheteur du restaurant prétendait que le vendeur avait agi à titre de prête-nom dans la mise sur pied d'un nouveau restaurant, le vendeur arguait que la clause de non-concurrence n'allait pas jusqu'à le priver de travailler pour un restaurant concurrent dans la zone interdite.

59. M.-F. BICH, *loc. cit.*, note 29, p. 286.

60. Une durée de 10 ans validée : *Lavallée c. 134525 Canada inc.*, [1993] R.D.J. 598 (C.A.) ; *Trans-Canada Thermographing (Ontario) Ltd. c. Trans-Canada Thermographing Ltd.*, J.E. 92-1745 (C.S.). Une durée de cinq ans validée : *Groupe Graphiscan ltée c. Gravel*, [1993] R.D.J. 181 (C.A.) ; *Artistuc inc. c. Audet et Boulet inc.*, J.E. 94-1123 (C.S.) ; *Chiasson c. Lalonde*, précité, note 53 ; *D. Paquette et Fils Rembourrage ltée c. Jolicoeur*, J.E. 96-694 (C.A.) ; *2865-9944 Québec inc. c. Papadopoulos*, J.E. 2002-1968 (C.S.) ; *9061-7481 Québec inc. c. Restaurant Chez Doc inc.*, précité, note 36.

61. *Accutel Conferencing Systems Inc. c. Bellavance*, précité, note 26.

62. J.E. 2005-1662 (C.S.).

63. J.E. 2005-2145, D.T.E. 2005T-1056 (C.A.).

64. *Resto L'Alternative, s.e.n.c. c. Filion*, précité, note 62, par. 17.

Selon la Cour, l'examen de la preuve suscite un doute sérieux quant au véritable rôle joué par le vendeur dans le nouveau restaurant : en plus de participer étroitement à son démarrage, il était responsable de l'embauche du personnel. En outre, les propriétaires du nouveau restaurant n'avaient aucune expérience dans la gestion d'un tel établissement et il s'avérait difficile de déterminer la provenance des sommes constituant la mise initiale. L'ensemble de ces éléments a permis au tribunal de conclure à l'existence d'une présomption de simulation selon laquelle le vendeur, débiteur de l'obligation de non-concurrence, serait le véritable propriétaire du nouveau restaurant. Enfin, concernant la prétention du vendeur selon laquelle la clause de non-concurrence ne l'empêchait pas d'agir à titre d'employé d'un restaurant concurrent, le tribunal en dispose ainsi :

Les premiers mots de la clause répondent à cette question. On stipule que « *les vendeurs s'engagent à n'opérer aucun restaurant et n'avoir aucune activité connexe à la restauration du même style que celui du Resto l'Alternative...* »

À première vue, et sans engager le juge du fond, les mots « *activité connexe* » paraissent assez généraux pour englober la notion de salarié. Les parties paraissent avoir voulu interdire toute participation de la part des vendeurs dans un restaurant du même type situé dans la zone interdite.<sup>65</sup>

La Cour d'appel propose une interprétation semblable dans la décision *Lemieux c. Marsh Canada Ltée*. Dans cette affaire, l'appelant soutenait que le genre de travail prohibé dans la clause était décrit de façon trop générale – c'est-à-dire que la stipulation ne se limiterait pas à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'ex-employeur : par exemple, l'interdiction de devenir un simple « employé » d'une entreprise similaire à celle exploitée par l'ex-employeur ou d'accorder « toute autre aide quelconque à toute personne [...] (même à titre d'employé) afin de développer, agrandir, continuer ou maintenir une entreprise » similaire à celle de l'ex-employeur –, cette lacune entraînant la nullité de la clause dans son ensemble. Le tribunal n'est pas de cet avis :

Le mot « employé » du paragraphe (a) de la clause de non-concurrence vise un lien d'emploi avec une « entreprise similaire » « qui pourrait être considérée comme faisant concurrence à l'entreprise exploitée par la

---

65. *Ibid.*, par. 42-43.

compagnie » [...]. Il coule de source que ce n'est pas en occupant un poste de chauffeur [...] pour un concurrent que Lemieux pouvait nuire à son ancien employeur et absolument rien ne permet de croire que les intimés aient voulu [...] viser une telle situation.

Au contraire, la clause 5 DÉPART VOLONTAIRE réfère à 10 ans « de services continus à titre d'employé ». Manifestement, l'employé visé ici ne peut être que le courtier. Or, l'on doit interpréter les clauses d'un contrat les unes par les autres et procéder à un examen global [...]. Et l'on aurait tort de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés plutôt que de rechercher la commune intention des parties [...]. Ce faisant, le texte étudié ne prête pas à confusion.

De la même façon, les mots « toute autre aide quelconque » visent une aide apportée par l'employé nécessairement à titre de courtier « afin de développer, agrandir, continuer ou maintenir une entreprise » similaire.

Au surplus, la validité de la clause de non-concurrence et son caractère raisonnable doivent être évalués globalement, en considérant les limites de tous ordres qu'elle comporte et les circonstances dans lesquelles elle a été stipulée [...]. D'ailleurs, si les appelants ont reconnu le caractère raisonnable des limites de temps et de territoire convenues, c'est vraisemblablement à la suite d'un examen prenant en compte plusieurs facteurs tels l'expérience de Lemieux, le créneau ciblé par son travail, son salaire et son rôle dans l'entreprise, la taille de son employeur, les discussions échangées, les usages en matière d'assurance, etc.

En l'espèce, nous sommes en présence de gens de grande expérience dans le domaine de l'assurance. Le nouveau contrat d'emploi de Lemieux a été discuté pendant plusieurs semaines entre Marsh et Jacques Grégoire [Grégoire] qui agissait comme porte-parole des membres du groupe. Par ailleurs, le libellé de la clause de non-concurrence était bien connu de Lemieux puisqu'elle était intégrée à son contrat d'emploi avec Lamarre depuis mai 1986. Or, Lemieux n'a jamais demandé qu'elle soit renégociée ou retirée, bien que Grégoire ait été chargé de négocier la teneur de la clause de « Congédiement sans cause juste et suffisante ».

Le premier juge conclut, à bon droit, que Lemieux a librement signé son contrat d'engagement et qu'il avait eu le temps d'y réfléchir.<sup>66</sup>

---

66. *Lemieux c. Marsh Canada Ltée*, précité, note 63, par. 13-18 (J. Baudouin, Otis et Rochette).

• **Commentaire**

Les clauses interdisent généralement à l'employé ou au vendeur de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Par exemple, il est raisonnable d'interdire au débiteur de l'obligation de constituer une compagnie dont le seul objet direct serait de faire le commerce interdit<sup>67</sup>. Il en va de même pour le vendeur qui continue à faire des affaires sous le couvert d'une compagnie dont toutes les actions sont détenues par une amie qui agit à titre de prête-nom<sup>68</sup>.

Ainsi, dans la première affaire, comme il s'agit d'un contrat de vente d'entreprise, l'interprétation retenue par la Cour est plus sévère. Le tribunal veut sauvegarder la rentabilité de l'investissement de l'acheteur. Il en va de même dans la seconde décision, alors qu'il s'agit par contre d'un contrat d'emploi, mais entre *personnes aguerries*. On peut toutefois parier sur le caractère raisonnable de telles expressions dans un contrat d'adhésion. En outre, si la clause de non-concurrence prévoit que l'employé ne peut « occuper quelque emploi [*sic*] en compétition avec la compagnie », il a été jugé que cette restriction ne s'applique pas lorsque l'ex-employé se lance seul en affaires. En effet, lorsque l'on occupe un emploi, dans le sens courant du terme, on travaille pour quelqu'un d'autre et non pour soi<sup>69</sup>. Il en va de même si le contrat de travail contient une clause prescrivant que « l'employé s'engage, tant que le présent contrat est en vigueur et pour une durée de un an après sa résiliation, à ne pas concurrencer directement ou indirectement [l'entreprise] ». Cette obligation est raisonnable car elle n'empêche pas l'employé de travailler pour un concurrent pour une période d'un an suivant la résiliation du contrat<sup>70</sup>.

Enfin, si la clause de non-concurrence est déclarée invalide ou inapplicable, il demeure toujours possible d'invoquer l'obligation de loyauté pour protéger le créancier.

## **II. LA PORTÉE DE L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ EN L'ABSENCE D'UNE CLAUSE DE NON-CONCURRENCE**

L'obligation de loyauté est une norme de comportement inhérente à certaines relations contractuelles. Elle implique des notions

67. *Cie de gestion Maskoutaine c. Hecke*, [1972] R.C.S. 22.

68. *Northland Village Shopping Centre Ltd. c. Perrotte*, [1976] C.S. 731.

69. *2951-2902 Québec inc. c. Vanier*, D.T.E. 97T-62 (C.S.).

70. *Progimed inc. c. Gagnon*, REJB 1997-00697 (C.S.).

de confiance, de pouvoir, d'autorité et d'accès à des informations confidentielles .

L'obligation de loyauté est explicitement imputée, dans le nouveau Code civil, à l'employé<sup>71</sup>, à l'administrateur de la compagnie<sup>72</sup>, à l'entrepreneur<sup>73</sup> et au prestataire de services<sup>74</sup> – qui sont tenus d'agir au mieux des intérêts de leur client –, ainsi qu'au mandataire<sup>75</sup> et à l'associé<sup>76</sup>.

Toutefois, l'obligation de loyauté constitue aussi une obligation implicite de tout contrat. En effet, l'obligation de loyauté prend sa source dans la bonne foi, laquelle, selon les articles 6 et 1375 C.c.Q., doit animer en tout temps les actes et les relations juridiques, quels qu'ils soient.

Ainsi, l'obligation de loyauté fait désormais partie de la nouvelle moralité contractuelle<sup>77</sup>. Par conséquent, le non-respect de cette obligation ouvre la voie à un recours devant les tribunaux de la même façon que le non-respect des obligations qui sont mentionnées explicitement au contrat. L'obligation de loyauté doit toutefois s'appliquer avec discernement<sup>78</sup>, en considérant le genre d'entreprise exploitée et le contenu réel de la fonction. Car est-il possible, au royaume de la libre concurrence, de mettre sur pied une entreprise qui viendra directement concurrencer celle de l'ancien employeur, avec d'ex-employés qui y ont acquis leur expertise, leurs connaissances et leurs habiletés ? Voilà le genre de questions auxquelles la revue des décisions apporte des réponses.

Nous examinerons tour à tour les jugements qui se sont intéressés à la variation de l'obligation de loyauté en fonction de la nature des fonctions exercées (A) et à sa durée postcontractuelle (B).

---

71. C.c.Q., art. 2088.

72. C.c.Q., art. 322.

73. C.c.Q., art. 2100.

74. *Ibid.*

75. C.c.Q., art. 2138.

76. C.c.Q., art. 2204.

77. Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat en droit québécois*, Thèse, Université de Paris II, 1987.

78. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, précité, note 1.

### A. La variation de l'obligation selon la nature du lien d'emploi

En 1995, dans la décision *Improthèque*, la Cour supérieure a tenté de cerner la teneur de l'obligation de loyauté dans les rapports de l'employeur avec le salarié :

Il n'est pas facile de définir, dans l'abstrait, ce que doit être la *loyauté* lorsqu'il est question de rapports entre un salarié et son employeur ou son ex-employeur. Sans doute peut-on parler de *probité, droiture, honnêteté, bonne foi et fidélité à tenir ses engagements*, mais encore faut-il placer ces notions dans le cadre concret où se déroule l'action, particulièrement lorsque le lien d'emploi est terminé.

Il nous semble que, dans ce cas, le manquement au devoir de loyauté doit être étudié, notamment, sous l'angle de la mauvaise foi du salarié et de la concurrence dite déloyale.

Les dispositions suivantes du *Code civil du Québec*, [les articles 6 et 7], appuient cette conclusion.<sup>79</sup>

- *9020-4983 Québec inc. (Institut d'échafaudage du Québec (IEQ)) c. Tremblay*<sup>80</sup>
- *Institut de zoothérapie du Québec inc. c. Rioux*<sup>81</sup>
- *Lessard c. Givisco Division inc., Les produits de ciment Windsor*<sup>82</sup>
- *Salton Fabrication Ltd. c. Gilbert*<sup>83</sup>

Plusieurs décisions illustrent cette problématique. Les deux premières, *Institut de zoothérapie* et *Institut d'échafaudage*, rendues à quelques mois d'intervalle par le juge Denis Jacques de la Cour supérieure, font un examen poussé de la portée de l'article 2088 C.c.Q. et tentent d'en dégager les principes applicables. Les faits mettent en scène des demandeurs qui veulent empêcher les défendeurs de les concurrencer puisqu'il s'agit d'anciens employés qui ont acquis leur expérience au sein de leur entreprise. Comme la

79. *Improthèque inc. c. St-Gelais*, précité, note 28 (nos italiques).

80. Précité, note 2, par. 36.

81. Précité, note 12.

82. D.T.E. 2005T-243 (C.A.).

83. J.E. 2005-1580, D.T.E. 2005T-757 (C.S.).

décision *Institut de zoothérapie* a été examinée dans la section consacrée à l'information confidentielle, il a déjà été expliqué pourquoi le seul fait de mettre sur pied une entreprise qui vient directement concurrencer celle de l'ancien employeur ne constitue pas en soi une violation de l'obligation de loyauté.

La décision *Lessard c. Givisco* comporte des exemples d'une concurrence déloyale de la part de salariés qui n'avaient pas signé de clause de non-concurrence avec leur ex-employeur. Selon la Cour d'appel, « les gestes posés, notamment les démissions en bloc, sans préavis, la recherche d'un terrain pour l'installation d'un concurrent auquel ils se sont associés, la sollicitation de la clientèle de l'intimée etc. étaient de nature à avoir un impact considérable sur les activités de l'intimée sans que cette dernière n'ait aucun moyen ni délai pour faire face à cette concurrence déloyale »<sup>84</sup>.

Par conséquent, s'il est clair que le fait de concurrencer, de bonne foi, son ancien employeur ne constitue pas une violation de l'obligation de loyauté de l'employé, en va-t-il de même s'il s'agit d'un employé cadre ou encore d'un simple employé ?

L'obligation de loyauté pourra en effet varier en fonction du type d'emploi exercé. Les tribunaux ont d'ailleurs, depuis longtemps, reconnu que cette obligation croît en fonction des tâches assumées dans l'entreprise. L'obligation de loyauté d'un dirigeant, lié par un contrat d'emploi, n'a aucune commune mesure avec celle d'un simple salarié. Comme l'illustrent les quatre décisions citées précédemment, l'ex-employeur tente de démontrer que l'employé occupait un poste-clé au sein de l'entreprise : « [L]es demanderesse soutiennent que les défendeurs étaient des cadres supérieurs, des « tops management » au sein de leur entreprise et qu'ils sont tenus par des devoirs de fiduciaires, devoirs qu'ils ont par ailleurs violés en s'associant au sein d'une entreprise concurrente »<sup>85</sup>. Dans la décision *Salton*, le juge écrit à ce sujet :

Avec sa formation à l'École polytechnique de Montréal, son expérience de dix ans avec les demanderesse, le défendeur a évidemment acquis une très bonne connaissance du fonctionnement et des méthodes

84. *Lessard c. Givisco Division inc., Les produits de ciment Windsor*, précité, note 82, par. 1.

85. *9020-4983 Québec inc. (Institut d'échafaudage du Québec (IEQ)) c. Tremblay*, [2005] précité, note 2, par. 36 (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 2005-02-25, n° 200-005092-058, par. 42).

d'installation des séchoirs à bois mais par ailleurs, il n'a pas détenu un rôle important au niveau de la conception et de la fabrication des séchoirs à bois de SALTON FABRICATION.

[...]

Si d'une part le devoir de loyauté s'applique à tout salarié en vertu de l'article 2088 C.c.Q., d'autre part cette obligation doit s'appliquer avec discernement selon le genre d'entreprise et le contenu réel de la fonction.

[...]

Le défendeur a certes quitté son emploi avec célérité et il est rapidement devenu un compétiteur mais c'est par ses compétences professionnelles et son expérience générale qu'il a été en mesure d'entrer rapidement en compétition avec son ancien employeur et d'autres manufacturiers dans ce marché très compétitif de la fabrication de séchoirs à bois.<sup>86</sup>

Ainsi, comme le souligne le juge Jacques dans l'affaire *Institut d'échafaudage* : « Ce sont les fonctions effectivement exercées qui sont déterminantes ; le titre attribué à l'individu sur papier importe peu »<sup>87</sup>.

#### • Commentaire

Pour reprendre les propos du juge Laskin de la Cour suprême dans *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, l'obligation des dirigeants est semblable à celle des administrateurs : « leurs postes de fonctionnaires supérieurs [...] comportaient des initiatives et des responsabilités très éloignées du rôle d'obéissance des préposés »<sup>88</sup>.

Les tribunaux examineront donc les critères suivants afin de déterminer l'étendue du devoir de loyauté d'un ex-employé : le degré de responsabilité réelle ; le pouvoir de lier la compagnie ; la connaissance d'informations confidentielles, qu'elles soient de nature com-

86. *Salton Fabrication Ltd. c. Gilbert*, précité, note 83, par. 30, 34 et 38.

87. 9020-4983 *Québec inc. (Institut d'échafaudage du Québec (IEQ)) c. Tremblay*, [2005] R.J.Q. 479 (C.S.), n° 36 (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 2005-02-25, n° 200-005092-058, par. 48).

88. *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, 606 (J. Laskin). Pour une excellente analyse des droits et des obligations des dirigeants, voir STIKEMAN ELLIOT, *Les dirigeants : leurs droits et leurs obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.

merciale, technique ou scientifique ; le pouvoir décisionnel à l'égard des politiques et de la gestion de la compagnie ; le pouvoir d'initiative<sup>89</sup>.

Cela ne signifie toutefois pas que des personnes impliquées dans une relation contractuelle moins intense peuvent agir sans considération aucune, voire avec malice, envers leur ex-employeur ou ex-mandant. Ainsi, dans une affaire impliquant des agents d'assurances, la Cour d'appel du Québec a sanctionné l'utilisation par ceux-ci de méthodes enfreignant la réglementation relative à la substitution des polices d'assurance ainsi que des méthodes de concurrence déloyale. La preuve a révélé que les liens qui unissaient les agents d'assurances à la compagnie d'assurances étaient extrêmement précaires (ils pouvaient être rompus de part et d'autre sur simple préavis de 10 jours) et que les agents étaient de simples exécutants sans responsabilité étendue au sein de la compagnie. La Cour d'appel a déterminé que la nature du lien contractuel en l'espèce ne justifiait pas l'imposition d'une obligation de loyauté étendue. Toutefois, elle a tenu les agents responsables des dommages causés à la compagnie d'assurances puisqu'ils avaient mené, après leur départ, une opération de substitution systématique des polices d'assurance sans égard à l'intérêt des assurés, ce qui allait à l'encontre de la réglementation. En outre, les agents avaient utilisé des méthodes déloyales pour parvenir à leurs fins, telles que l'obtention en bloc des rapports dans les dossiers de leurs clients peu avant leur départ, la substitution de polices d'assurance avant même l'expiration du préavis de 10 jours, et des tentatives d'intimidation envers les agents qui demeuraient au service de la compagnie d'assurances<sup>90</sup>.

De l'étude de la jurisprudence, il s'avère possible de conclure que les tribunaux se poseront les questions suivantes afin d'évaluer si un ex-employé a failli à son devoir de loyauté :

L'employé avait-il accès à des informations confidentielles ?

L'employé a-t-il utilisé des documents appartenant à son ex-employeur ?

---

89. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, précité, note 1.

90. *Ibid.*

L'employé a-t-il préparé sa sortie pendant qu'il était encore au service de l'employeur ?

L'employeur jouissait-il d'une exclusivité de sa clientèle<sup>91</sup> ?

La réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions conduira le tribunal à sanctionner le comportement de l'ex-employé. Toutefois, il faut rappeler que chaque situation constitue un cas d'espèce et il s'avère, par conséquent, extrêmement difficile de tracer avec précision la ligne entre ce qui constitue, pour une personne raisonnable, un comportement loyal ou non.

## **B. L'étendue de l'obligation postcontractuelle**

L'obligation de loyauté, et la discrétion qu'elle implique, continue de produire certains effets après la rupture du lien contractuel. L'article 2088 C.c.Q. énonce d'ailleurs expressément ce fait pour ce qui est du lien d'emploi : « Ces obligations survivent à la cessation du contrat, car l'information obtenue peut concerner les méthodes et secrets de fabrication qui sont la propriété de l'employeur ou encore la vie privée de tiers. Dans l'un et l'autre cas, un manquement à l'obligation de loyauté ou de discrétion, même si le lien d'emploi a pris fin, porterait atteinte aux droits ou intérêts légitimes d'autrui »<sup>92</sup>. Ainsi, l'obligation de loyauté subsiste après le bris du lien contractuel, soit en l'absence d'une clause de non-concurrence valide, soit parallèlement à une clause de non-concurrence lorsque celle-ci n'est pas suffisamment explicite ou encore déraisonnable<sup>93</sup>. Il s'agit d'une obligation que le droit commun impose aussi à l'ex-mandataire et à l'ex-agent.

- *Ortho concept Québec inc. c. Autonomie-santé inc.*<sup>94</sup>

L'obligation de loyauté ne peut produire d'effets plus importants que ceux engendrés par une clause de non-concurrence valide. C'est ce qu'a rappelé la Cour supérieure, sous la plume de la juge Ginette Piché, dans la décision précitée :

91. 2531-4105 *Québec inc. (f.a.s. Étiquette nationale) c. André Sarrazin*, [2002] J.Q. (Quicklaw) n° 391, par. 34-36 (j. Dussault) (C.A.).

92. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1313.

93. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, précité, note 1, par. 50 et s. (j. LeBel).

94. [2005] R.J.Q. 256 (C.S.) (appel rejeté sur requête, C.A., 2005-06-13, n° 500-09-015180-045).

Le tribunal estime que même si l'obligation de loyauté et de discrétion selon 2088 C.c.Q., persiste après la rupture du contrat, elle ne va jusqu'à empêcher Comeau d'informer des tiers de ce qui lui arrivait. Ces tiers, ici, les médecins, pouvant décider de continuer de faire affaire avec qui ils le voulaient. [...] Il ne faut pas oublier que le contrat de Comeau parle de l'obligation de ne pas solliciter de clients de la compagnie. Or, un médecin n'est pas un client, il est un médecin prescripteur, il est celui qui réfère les patients à Autonomie-Santé ou à Ortho-concept selon son bon vouloir. C'est le patient qui devient un client pour la compagnie d'orthèse, pas le médecin.<sup>95</sup>

En effet, l'obligation de loyauté doit être interprétée restrictivement : « Mis en oeuvre sans prudence, [le concept d'obligation de loyauté] gênerait ou paralyserait la liberté de travail et de concurrence plus sûrement encore, par son indétermination même, que les clauses contractuelles de non-concurrence à l'égard desquelles la jurisprudence s'est montrée sévère [...] »<sup>96</sup>.

Dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, la Cour suprême s'est intéressée aux critères déterminant l'étendue de l'obligation de loyauté après la cessation du contrat. Dans cette affaire, le litige impliquait d'ex-administrateurs et ex-cadres supérieurs d'une compagnie. La Cour a soutenu que la survie de l'obligation de loyauté n'avait rien d'une règle immuable. Sa subsistance dépendait des facteurs propres à chaque situation de fait :

Les critères généraux de loyauté, bonne foi et d'évitement de conflit d'intérêts et d'obligations, auxquels la conduite d'un administrateur ou d'un fonctionnaire supérieur doit être conforme, doivent, dans chaque cas, être examinés en regard de nombreux facteurs qu'il serait présomptueux de tenter d'énumérer de façon exhaustive. Parmi ces facteurs, nous retrouvons celui du poste ou des fonctions exercées, la nature de l'occasion d'affaires de la compagnie, sa maturité, son caractère spécifique et la relation entre elle et l'administrateur ou le fonctionnaire de gestion, l'importance quantitative de la connaissance possédée, les circonstances dans lesquelles cette connaissance a été obtenue et si elle était d'une nature spéciale ou, en fait, privée même, le facteur temps quant au maintien de l'obligation de fiduciaire lorsque la violation alléguée se produit après qu'est rompu le lien qui unissait la personne avec la compagnie, et les circonstances en vertu desquelles eut lieu la rupture du lien, à savoir, s'il s'est agi de retraite, de démission ou de licenciement.<sup>97</sup>

95. *Ibid.*, par. 36.

96. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, précité, note 1, par. 55 (j. LeBel).

97. *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, note 88, par. 47 (j. Laskin).

## CONCLUSION

Cette revue des principales décisions rendues en 2005 sur la loyauté de la concurrence a permis de paver le premier chemin pouvant être emprunté afin de réprimer les procédés déloyaux utilisés dans la pratique des affaires. En effet, la voie contractuelle, avec les clauses de non-concurrence et l'obligation de loyauté, permet de sanctionner les manquements au contrat. L'étendue de cette double obligation a été bien résumée dans les décisions *Positron*<sup>98</sup> et *Improthèque*<sup>99</sup> :

- 1<sup>o</sup> L'article 2088 C.c.Q. impose au salarié une obligation de loyauté et de confiance aussi bien pendant son emploi qu'après la cessation du contrat. L'ampleur de cette obligation ne saurait être la même dans les deux cas. Elle est certainement moindre après le départ.
- 2<sup>o</sup> L'article 2088 C.c.Q. ne faisant aucune distinction, tout salarié, peu importe son statut dans l'entreprise, est assujéti aux exigences qui y sont formulées. Le degré, l'intensité et l'importance de ce devoir peuvent cependant varier selon la nature de la fonction occupée, l'importance et la particularité de l'information possédée ainsi que les circonstances et motifs du départ et du nouvel emploi [*Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592 ; *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. c. Investors Syndicate Ltd.*, (1986) 9 C.P.R. 497 (Que. C.A.)].
- 3<sup>o</sup> Cette obligation est différente de celle qui résulte d'une stipulation de non-concurrence conforme à l'article 2089 C.c.Q. La liberté du salarié qui n'a pas signé une telle clause ne saurait être plus restreinte que s'il l'avait fait et elle l'est généralement moins [...]. Il est impensable qu'en l'absence d'un engagement contractuel de non-concurrence un employeur possède autant de droits en faisant appel aux seules dispositions générales de la loi.
- 4<sup>o</sup> Le salarié qui a quitté un employeur peut continuer d'exercer son métier librement et travailler pour un autre employeur, allant même jusqu'à concurrencer son ancien employeur. Il y va de l'intérêt de la société et du travailleur. La liberté de travail, de commerce et de libre concurrence doit prévaloir sous réserve des limites résultant de la bonne foi et du devoir de loyauté. [...]
- 5<sup>o</sup> Les aptitudes d'un salarié, ses connaissances, sa compétence et son expérience lui appartiennent, même s'il les a acquises au ser-

---

98. Précitée, note 18.

99. Précitée, note 28.

vice d'un employeur, et il n'enfreint aucune obligation en les utilisant chez un autre employeur s'il respecte son devoir de loyauté et de discrétion. [...]

- 6° Lors de son départ et après son départ, l'employé ne doit pas s'approprier les biens de son employeur et lui livrer une concurrence déloyale. En tout temps, il doit agir en toute bonne foi, respecter la propriété de son ex-employeur et ne pas divulguer ni « faire usage de l'information à caractère confidentiel » qu'il connaît. « [C]e principe s'applique aussi bien à un bien matériel, qu'à un bien intellectuel » [...].
- 7° Celui qui demande le respect et l'application de l'obligation de loyauté et de discrétion prévue à l'article 2088 C.c.Q. a le fardeau de la preuve [*Continental Casualty Co. c. Combined Insurance Co. of America*, [1967] B.R. 814].<sup>100</sup>

Cette première voie constitue un chemin relativement simple à emprunter : après avoir effectué la preuve de l'exercice d'une activité concurrentielle en violation du contrat, le fardeau est alors transféré sur les épaules du débiteur. La position extracontractuelle est beaucoup moins confortable pour le demandeur. Il doit faire la preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité. L'action en concurrence déloyale constitue une source d'incertitude et de développement du contentieux, car il n'y a plus aujourd'hui de question qui ne se plaide en cette matière ; d'où l'importance de bien rédiger les conventions afin d'enlever tout espoir aux plaideurs !

---

100. *Ibid.*, 2474-2476.