

ENTREPRISE

Charlaine BOUCHARD

Volume 111, Number 1, March 2009

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044906ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044906ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BOUCHARD, C. (2009). ENTREPRISE. *Revue du notariat*, 111(1), 107–137.
<https://doi.org/10.7202/1044906ar>

ENTREPRISE

Charlaine BOUCHARD*

INTRODUCTION	109
1. L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ POST-CONTRACTUELLE : VARIATIONS SUR UN MÊME THÈME	111
A. <i>Éditions CEC inc. c. Hough</i> et la doctrine de la divulgation inévitable de l'information	111
B. <i>Gravino c. Enerchem Transport inc.</i> et l'occasion d'affaires en voie de réalisation	114
2. LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE LES DIFFÉRENTS INTÉRÊTS : UN CASSE-TÊTE EN TROIS MORCEAUX.	120
A. Les fondements de la liberté concurrence	120
B. La liberté professionnelle et de travail : le droit d'utiliser ses connaissances personnelles	123
C. La protection des intérêts de l'entreprise.	126
a. L'interdiction d'usage de l'information confidentielle	126
b. Les comportements déloyaux.	132
CONCLUSION	136

* Notaire et professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

INTRODUCTION

Deux décisions ont retenu particulièrement notre attention parmi toutes les affaires publiées en 2008¹. Il s'agit, en premier lieu, de l'affaire *Éditions CEC inc. c. Hough*², où la Cour supérieure s'interroge sur la possibilité d'introduire en droit québécois la doctrine américaine « de la divulgation *inévitabile* de l'information (*inevitable disclosure doctrine*). Selon cette théorie, et « malgré les meilleures intentions d'un ex-employé, la Cour devrait émettre une injonction lorsqu'il appert qu'il serait difficile, sinon impossible, pour l'ex-employé, de ne pas user de l'information confidentielle obtenue dans le cadre d'un emploi antérieur³. Dans l'autre affaire, *Gravino c. Enerchem Transport inc.*⁴, les demandeurs avaient retrouvé leur faculté de faire concurrence dans un marché restreint en raison de la levée de leur obligation de non-concurrence. Et bien, malgré la libération de cet interdit, les demandeurs, qui avaient exercé des fonctions de haute responsabilité dans l'entreprise, devaient se comporter loyalement. La Cour d'appel devait donc vérifier si le juge de première instance avait eu raison d'engager la responsabilité des demandeurs pour le détournement d'une « occasion d'affaire en voie de réalisation » ; concept qui a des racines communes avec la « corporate opportunity doctrine » américaine, comme l'explique la Cour d'appel dans cette affaire⁵.

-
1. *Désy et 9126-6072 Québec inc. (Complexe La fine Pointe)*, D.T.E. 2008T-155 ; *Nstein Technologies inc. c. Chauwet*, 2008 QCCS 3552 ; *2413-8760 Québec inc. (Maison des Encans de Montréal) c. Forand*, 2008 QCCS 1420 ; *Friego-Remorques inc. c. Rémillard*, 2008 QCCS 1671 ; *ING Canada inc. c. Robitaille*, 2008 QCCS 32 ; *Ménard c. Parts-Expert inc.*, 2008 QCCA 1827 ; *MBI Acquisition Corp. c. Bournival*, 2008 QCCS 2232 ; *Morrison c. Orthoconcept Québec inc.*, D.T.E. 2008T-154 ; *Côté et Mecfor inc.*, D.T.E. 2008T-285 ; *Contrôle PC inc. c. DP Sys inc.*, 2008 QCCS 3712 (requête en rejet d'appel, 2008-09-17, (C.A.), 200-09-006442-008 ; *RBC Dominion Valeurs mobilières inc. c. Merrill Lynch Canada inc.*, 2008 CSC 54 ; *Gestess Plus (9088-0964 Québec inc.) c. Harvey*, 2008 QCCA 314 ; *9071-5780 Québec inc.*, Lambert, 2008 QCCS 4810, requête pour permission d'appeler, 2008-10-14 (C.A.), 200-09-006481 ; *Gennium Pharmaceutical Products inc. c. Genpharm*, 2008 QCCA 1384.
 2. *Éditions CEC inc. c. Hough*, 2008 QCCS 4526.
 3. *Ibid.*, par. 20.
 4. *Gravino c. Enerchem Transport inc.*, 2008 QCCA 1820.
 5. *Ibid.*, par. 42.

Qu'ont en commun ces deux arrêts pour se mériter les deux premiers rôles de la chronique ?

Dans ces deux causes, c'est l'obligation de loyauté qui fonde l'obligation de non-concurrence en l'absence d'une volonté expresse des parties dans l'affaire *CEC*, alors que dans *Gravino* l'obligation de non-concurrence devient inapplicable en raison de la démission des dirigeants. Incidemment, même la présence d'une clause de non-concurrence au contrat « témoigne en soi de l'existence d'une obligation de loyauté »⁶.

Qu'elles fassent ou non l'objet de restrictions particulières, les stratégies développées pour conquérir la clientèle doivent être loyales. Il s'agit du seul baromètre permettant de tempérer la loi de la jungle. En effet, comme toute liberté, la libre concurrence n'est pas absolue. Si l'entrepreneur a toute liberté de faire des affaires, il ne doit pas commettre d'actes non conformes aux usages et à la loyauté du commerce, ainsi que le rappellent les tribunaux : « 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 »⁷. Il s'agit d'un rempart contre l'arbitraire :

[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.⁸

De façon générale, la loyauté emporte la fidélité à tenir ses engagements ; elle marque la confiance dans la relation contractuelle.

Afin d'encadrer avec le plus de justesse possible l'obligation de loyauté en l'absence d'une clause de non-concurrence, nous procéderons, en premier lieu, à la présentation de deux décisions, laquelle permettra d'exposer les conflits entre les différents acteurs et de cerner les enjeux en présence (1.). L'exercice contribuera à saisir les interactions entre les notions et à envisager concrètement la diffi-

6. Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n^o 117.

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

8. Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN ET Nathalie VÉZINA, *op. cit.*, note 6, n^o 117 ; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n^o 315.

culté du problème : *tracer la frontière entre les différents intérêts*. La deuxième partie sera donc consacrée à définir les contours de l'obligation de loyauté aux confins des différents intérêts (2.).

1. L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ POST-CONTRACTUELLE : VARIATIONS SUR UN MÊME THÈME

Comme à chaque année, les décisions impliquant l'obligation de loyauté et de non-concurrence foisonnent en droit québécois avec le même questionnement incessant : *jusqu'où peut aller l'acte de concurrence loyal et quand se transforme-t-il en acte déloyal ?* Les deux affaires retenues permettent de représenter des actes de concurrence serrés mais loyaux. Ces deux décisions amènent ainsi les tribunaux à tester les limites de l'obligation de loyauté et à déterminer une ligne de conduite à ne pas franchir. Il conviendra de présenter, tout d'abord, la décision *Éditions CEC inc. c. Hough* de la Cour supérieure (A.), et par la suite, l'affaire *Gravino c. Enerchem Transport inc.* de la Cour d'appel (B.).

A. *Éditions CEC inc. c. Hough* et la doctrine de la divulgation inévitable de l'information

Les faits – La compagnie demanderesse est une maison d'édition fondée depuis 1956 qui publie, diffuse et distribue du matériel pédagogique. Pour sa part, la défenderesse a travaillé pour la demanderesse à titre de directrice à l'édition *anglais langue seconde* pendant sept ans. Or, en avril 2008, la défenderesse a démissionné des Éditions CEC inc. (ci-après CEC) afin de se joindre à l'équipe des Éditions du renouveau pédagogique (ci-après ERPI) – une filiale Person PLC, éditeur mondial de matériel pédagogique –, et ce, à titre de vice-présidente *anglais langue seconde*. La demanderesse requiert donc une ordonnance d'injonction permanente afin d'empêcher la défenderesse salariée de participer à la mise au point du nouveau matériel pédagogique d'anglais langue seconde, cinquième année du secondaire, pour le compte de l'autre maison d'édition, celle-ci étant l'une de ses principales concurrentes.

Les prétentions des parties – Puisque la défenderesse n'a pas signé de clause de non-concurrence, CEC fonde sa demande sur le devoir de loyauté qui est prévu au *Code civil du Québec*, sur l'engagement de confidentialité que la défenderesse a signé et plaide qu'il y a lieu, en l'espèce, d'appliquer la doctrine de la divulgation inévitable de l'information (*inevitable disclosure doctrine*). En effet,

CEC soutient que le projet sur lequel la défenderesse devra travailler dans ses nouvelles fonctions entraînera inévitablement l'utilisation ou la divulgation d'informations confidentielles obtenues dans le cadre de son ancien emploi. De fait, il y aurait violation de son engagement de confidentialité et de ses obligations de loyauté. Si CEC reconnaît que les tâches de la défenderesse dans son nouveau poste sont beaucoup plus vastes que celles qu'elle accomplissait pour la demanderesse, celle-ci prétend tout de même que les informations que la défenderesse détient auront pour effet de procurer un avantage indu à sa principale concurrente car elle doit superviser une personne qui occupe un emploi similaire à celui qu'elle détenait chez CEC.

Les questions en litige – La Cour, sous la plume du juge Luc Lefebvre, répond aux questions en litige suivantes, à savoir : 1) en quoi consiste la doctrine de la divulgation inévitable de l'information dont la demanderesse demande l'application ? 2) Quelles sont les conditions d'application de cette doctrine en droit américain ? 3) Est-ce que cette doctrine s'applique en droit québécois ? 4) Jusqu'à date, la défenderesse a-t-elle manqué à son devoir de loyauté et de confidentialité ? 5) Y a-t-il, en l'espèce, une preuve suffisante que la défenderesse manquera à son devoir de confidentialité ?

La doctrine de la divulgation inévitable de l'information – La doctrine de la divulgation inévitable de l'information ou *inevitable disclosure doctrine* provient du droit américain et prévoit, selon CEC que, même en présence d'un salarié de bonne foi et avec une excellente volonté, « la Cour devra émettre une injonction lorsqu'il appert qu'il serait difficile, sinon impossible, pour l'ex-employé, de ne pas user de l'information confidentielle obtenue dans le cadre d'un emploi antérieur »⁹. ERPI, le nouvel employeur de la défenderesse, soulève, pour sa part, que cette doctrine n'est pas unanime dans le droit américain et qu'elle s'applique aux conditions suivantes : a) il doit y avoir une preuve de mauvaise foi ou de conduite répréhensible de la part de l'ex-employé ; b) l'employeur a des secrets commerciaux à protéger ; c) l'employé occupe chez son nouvel employeur une position similaire à celle qu'il avait chez son ancien employeur ; et d) les employeurs en cause sont en concurrence. Après avoir fait un survol de la jurisprudence américaine, la Cour évalue chacune des conditions et constate qu'il s'agit d'une doctrine qui est loin d'être unanimement acceptée. Par exemple, la Cour d'appel de la Californie a

9. *Éditions CEC inc. c. Hough*, 2008 QCCS 4526, par. 20.

rejeté cette doctrine pour le motif qu'elle crée, après coup, une obligation de non-concurrence non négociée entre l'employeur et l'employé¹⁰. Par ailleurs, il appert que les conditions ne sont pas appliquées aux cas d'espèces de façon uniforme. Ainsi, même si dans certains cas la preuve de mauvaise foi de l'employé ou d'une conduite répréhensible de sa part constitue une condition essentielle, il s'agit pour d'autres d'un facteur très important mais non obligatoire.

Au Québec, peu de décisions ont appliqué cette doctrine. Dans les quatre cas répertoriés, celle-ci était soulevée dans le cadre de demandes d'injonction provisoire uniquement. En outre, le Tribunal rappelle qu'il faut être très prudent avant d'importer, en droit québécois, des principes provenant d'un système juridique étranger¹¹. De plus, le juge Lefebvre est d'avis que le fait d'« accepter la théorie de la divulgation inévitable de l'information sans preuve de mauvaise foi et en l'absence d'une clause de non-concurrence violerait plusieurs principes fondamentaux du droit civil québécois »¹². Comme la Cour d'appel le réitère dans l'arrêt *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La)*, « sans une clause de non-concurrence dans un contrat d'emploi, il n'existe aucune obligation implicite découlant du contrat qui empêche un employé de travailler chez un compétiteur direct de son ancien employeur »¹³. En outre, rappelons qu'en règle générale, l'obligation légale de loyauté découlant d'un contrat d'emploi ne peut empêcher un individu de travailler en utilisant ses connaissances et ses aptitudes et de concurrencer son ancien employeur¹⁴ en autant qu'il le fasse de manière loyale.

L'obligation de loyauté de la défenderesse – De l'avis du Tribunal, la défenderesse a toujours fait preuve de bonne foi et de loyauté à l'endroit de la demanderesse. Aucune preuve n'a révélé une quelconque violation de son engagement de confidentialité ; le peu d'information qu'elle a divulgué à son nouvel employeur l'a été en réponse à la mise en demeure de la demanderesse, qui laissait entendre que, lors de la démission de la défenderesse, le manuel scolaire sur lequel elle travaillait était presque rendu à l'étape de la mise en marché, alors qu'il était au stade embryonnaire. Aussi, on ne peut guère prétendre à une violation de l'engagement de confidentialité.

10. *Ibid.*, par. 47.

11. *Ibid.*, par. 48.

12. *Ibid.*, par. 49.

13. *Ibid.*, par. 50.

14. *Ibid.*

Enfin, il n'a pas été démontré que des informations confidentielles au sens de l'article 2088 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.) soient détenues par la défenderesse. En effet, la Cour rappelle que les renseignements confidentiels dont il est question aux termes de l'article 2088 C.c.Q. sont habituellement les secrets de commerce ou de fabrication, les plans et maquettes liés au développement d'une technique ou d'un produit, les listes de clients secrètes ou contenant des renseignements privilégiés ou toute autre information qui n'est pas généralement connue ou ne peut pas être obtenue ou reconstituée facilement¹⁵. Or, rien ne laisse supposer que les informations détenues par la défenderesse pourraient procurer un avantage indu à son nouvel employeur, la demanderesse ne s'étant pas acquittée de son fardeau de preuve quant à cette question. De plus, on ne peut mettre en doute la bonne foi et la sincérité de la salariée ni douter de son engagement à respecter son devoir de confidentialité¹⁶. Enfin, les tâches de la défenderesse sont plus élaborées dans le cadre de son nouvel emploi car elle n'aura plus à préparer et à développer elle-même le matériel pédagogique qui doit être une suite logique des manuels d'anglais des autres niveaux scolaires, lesquels ont déjà été préparés. La requête est donc rejetée.

B. *Gravino c. Enerchem Transport inc. et l'occasion d'affaires en voie de réalisation*

Les faits – Les appelants, Gravino, Carson et Zarembo, sont deux anciens dirigeants et un ancien employé de Enerchem Transport Inc. (ci-après ETI), laquelle est spécialisée dans le transport maritime de produits pétroliers. De 1990 à juin 1996, Gravino et Carson ont été administrateurs, actionnaires, président en chef et chef de cette compagnie. L'appelant Zarembo, pour sa part, a été le vice-président au marketing de l'entreprise jusqu'au mois de septembre 1996.

Dans le cadre de leurs fonctions, les trois appelants ont participé, en 1994, à des négociations avec la compagnie Ultramar afin de sous-louer les navires que ETI louait de la compagnie Rigel. Toutefois, Gravino et Carson ont vendu, en février 1996, leurs actions à l'actionnaire majoritaire, conformément aux dispositions de la convention d'actionnaires qui les liait, avant de mettre fin à leur contrat de travail en juin 1996. Peu après, soit en juillet, les appelants

15. *Ibid.*, par. 63.

16. *Ibid.*, par. 68.

Gravino et Carson formaient, avec un concurrent de ETI, la société appelante Petro-Nav inc., aux fins de l'exploitation d'une entreprise de transport maritime de produits pétroliers. Enfin, l'appelant Zarembo a quitté son emploi en septembre 1996 chez ETI puisqu'il venait d'être engagé chez Petro-Nav inc. À l'automne 1996, ETI et Rigel ont conclu une alliance commerciale (coentreprise) afin de contrôler les navires de cette dernière et d'obtenir un contrat de transport avec la compagnie Shell. Toutefois, c'est finalement Petro-Nav Inc. qui a obtenu ce contrat, et, à ces fins, a commencé à utiliser les navires de Rigel en avril 1997. Le 23 avril 1997, Ultramar, pour sa part, céda son contrat de location des navires Rigel à Navi-Mont, une filiale de Petro-Nav.

Le jugement de première instance – En première instance, ETI prétendait que les appelants avaient manqué à leur obligation de loyauté et d'honnêteté. En effet, elle leur reprochait de s'être approprié à son détriment une occasion d'affaires qu'ils avaient négociée pour elle, alors qu'ils étaient ses administrateurs et employés. Plus précisément, la demanderesse soutenait que les appelants avaient obtenu illégalement des contrats de transport de produits pétroliers alors qu'ils savaient qu'elle convoitait les mêmes contrats. La demanderesse leur réclamait donc des dommages et intérêts pour ses pertes de profits, lesquels lui ont été accordés par le juge de première instance, qui a condamné les appelants à payer des dommages-intérêts de 3 185 148 \$. Pour leur part, les appelants prétendaient avoir agi en conformité des principes de la libre concurrence et alléguaient que l'obligation légale de loyauté ne pouvait s'appliquer puisqu'elle avait été modifiée par la convention entre actionnaires. En outre, les appelants prétendaient que les conditions du marché, dans le transport maritime de produits pétroliers, avaient tellement progressé depuis leur départ de la demanderesse que l'occasion d'affaires, survenue en 1997, n'était plus la même. Toutefois, la Cour, en première instance, donna raison à la demanderesse et conclut que les appelants avaient manqué à leur obligation de loyauté et de bonne foi envers leur ancien employeur en s'appropriant une occasion d'affaires qu'ils avaient commencée à développer alors qu'ils étaient à son emploi.

L'obligation de loyauté – La clause 7.4 de la convention unanime des actionnaires d'ETI prévoyait expressément que si les appelants Gravino et Carson se prévalaient de l'option de vendre leurs actions aux autres actionnaires, la clause de non-concurrence à laquelle ils étaient soumis cesserait de leur être applicable à comp-

ter de leur démission. Or, en l'espèce, il a été démontré que ceux-ci ont exercé cette option en février 1996 et qu'ils n'ont démissionné que quelques mois plus tard. La clause de non-concurrence énoncée à la convention entre actionnaires cessait donc de leur être applicable, et ce, à compter de leur démission. Cela ne signifie toutefois pas pour autant que les appelants aient été dispensés de leur obligation de loyauté et de bonne foi. C'est ce qu'a jugé la Cour d'appel, sous la plume du juge Morissette, lorsqu'elle mentionne que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit à ce sujet. En effet, la Cour partage l'avis du juge de première instance à l'effet que malgré la cessation de l'application de la clause de non-concurrence, Garvino et Carson étaient tenus d'agir avec bonne foi, loyauté et honnêteté envers ETI. De fait, l'extinction de la clause de non-concurrence n'a pas eu pour effet de les libérer des obligations imposées par le droit commun. Certaines limites ne pouvaient donc être dépassées, c'est-à-dire que s'ils souhaitaient faire concurrence à leur ancien employeur dans ce marché restreint, ils devaient le faire loyalement, et à plus forte raison puisqu'ils avaient exercé des fonctions de haute responsabilité chez ETI.

La notion de l'occasion d'affaires – La Cour d'appel mentionne que le juge de première instance a eu raison de conclure « que l'article 323 C.c.Q. fournit l'assise légale de la responsabilité de l'administrateur pour détournement d'une occasion d'affaires en voie de réalisation »¹⁷. Bien qu'elle ne figure à aucun article du *Code civil du Québec*, cette notion a tout de même une portée normative et elle peut être visée par ce qui constitue de « l'information que l'administrateur obtient en raison de ses fonctions »¹⁸, sans nécessairement être une information confidentielle. Aussi, pour évaluer s'il s'agit d'« une occasion d'affaires en voie de réalisation », il faut tenir compte de certains critères, « dont l'intensité du conflit entre les intérêts de l'administrateur et ceux de la compagnie, le degré de spécificité ou de liquidité qu'a déjà acquis l'occasion d'affaires au moment pertinent et la proximité dans le temps entre le moment où elle émerge comme telle et celui où on la met à profit »¹⁹. L'examen de la jurisprudence fait donc ressortir deux éléments principaux, soit

17. *Gravino c. Enerchem Transport inc.*, 2008 QCCA 1820, par. 47. Article 323 C.c.Q. : L'administrateur ne peut confondre les biens de la personne morale avec les siens ; il ne peut utiliser, à son profit ou au profit d'un tiers, les biens de la personne morale ou l'information qu'il obtient en raison de ses fonctions, à moins qu'il ne soit autorisé à le faire par les membres de la personne morale.

18. C.c.Q., art. 323.

19. *Gravino c. Enerchem Transport inc.*, 2008 QCCA 1820, par. 51.

l'existence d'un conflit d'intérêts en cours et la simultanée d'une obligation de loyauté avec une décision d'affaires préjudiciable au créancier de cette obligation.

Toutefois, la Cour d'appel est d'avis que « le juge de première instance a confondu les faits avec la norme »²⁰. Il a donc commis une erreur manifeste et déterminante lorsqu'il est arrivé à la conclusion que les appelants avaient détourné sans droit une occasion d'affaires en voie de réalisation. En effet, rien n'indique qu'ils aient utilisé, au sens de l'article 323 C.c.Q., quelque information obtenue en raison des fonctions qu'ils exerçaient chez ETI, pas plus que la preuve ne démontre qu'ils puissent avoir emporté avec eux des « documents, confidentiels ou non, qui recèleraient des renseignements stratégiques sur l'entreprise ou qui leur donneraient la clé d'un contrat avec Ultramar »²¹. Il appert plutôt que cette occasion d'affaires était connue depuis fort longtemps dans ce marché où les intervenants et les contrats sont peu nombreux. De plus, le fait que les appelants aient, suivant leur départ, entrepris des négociations dans le but de réaliser une occasion d'affaires connue ne constitue pas en soi un conflit d'intérêts illicite ou un manquement à leur devoir de loyauté. En effet, dès juin 1996, les appelants n'étaient plus en conflit d'intérêts, ayant cessé d'agir en qualité de mandataires de ETI. Ils ont donc plutôt, après avoir démissionné, fait concurrence à ETI de manière loyale, en se comportant comme des concurrents qui faisaient valoir leurs intérêts au détriment de ceux d'autres concurrents.

Enfin, le délai entre la démission des appelants et la conclusion du contrat en litige empêche de conclure que l'occasion d'affaires qu'ils ont réalisée était la même que celle qu'ils convoitaient en 1996, alors qu'ils étaient à l'emploi de ETI. En outre, « l'occasion d'affaires qu'ils envisageaient de mettre à profit avant et pendant leur mandat d'administrateurs d'ETI était encore trop vague pour être qualifiée d'occasion en voie de réalisation. Les appelants n'étaient pas en situation de conflit d'intérêts lorsqu'ils ont quitté ETI et qu'ils ont entrepris leurs activités au sein de Petro-Nav »²². Aussi, « [p]uisque l'occasion d'affaires ici en cause n'était pas encore parvenue à un stade suffisant de maturation, il aurait plutôt fallu qu'ETI négocie une telle restriction sous la forme d'une clause de

20. *Ibid.*, par. 66.

21. *Ibid.*, par. 71.

22. *Ibid.*, par. 84.

non-concurrence. Ne l'ayant pas fait, ETI devait subir la concurrence loyale mais serrée de ses anciens mandataires, ce qui fut le cas en l'instance »²³. L'appel est donc accueilli et l'action en dommages-intérêts intentée par Enerchem en première instance est rejetée.

Conclusion préliminaire

En 1995, dans la décision *Improthèque*, la Cour supérieure a tenté de définir 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.²⁴

L'obligation de loyauté permet donc à l'employeur ou encore à l'entrepreneur de mettre un frein à la concurrence déloyale ou encore à la divulgation d'informations confidentielles pendant une durée raisonnable suite à la fin de la relation. Cette obligation « peut faire la différence entre les turbulences normales vécues par une entreprise à la suite du départ précipité d'un salarié-clé et un véritable désastre économique »²⁵. En l'absence d'une clause de non-concurrence, l'obligation de loyauté constitue donc le baromètre de la liberté de concurrence ; le seul rempart permettant à l'entrepreneur de protéger son entreprise contre la mobilité de la main-d'œuvre.

Il ne faut pas se leurrer cependant, l'obligation de loyauté ne peut produire d'effets plus importants que ceux engendrés par une

23. *Ibid.*, par. 85

24. *Improthèque inc. c. St-Gelais*, [1995] R.J.Q. 2469 (C.S.) p. 2473. Nos italiques.

25. Robert BONHOMME, « Obligation de loyauté post-emploi : plusieurs visages, gare à l'imposteur », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence*, vol. 289, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 137, 139.

clause de non-concurrence valide. En effet, l'obligation de loyauté doit être interprétée restrictivement :

Mis en œuvre 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 [...].²⁶

Par conséquent, l'employeur qui fait le choix de ne pas protéger son entreprise par une clause de non-concurrence, ne peut s'attendre à ce que l'obligation de loyauté pallie tous les maux !

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.²⁷

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 déraisonnable²⁸. Il s'agit d'une obligation que le droit commun impose aussi à l'employé²⁹, à l'administrateur de la compagnie³⁰, à l'entrepreneur³¹ et au prestataire de services³², ainsi qu'au mandataire³³ et à l'associé³⁴.

26. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.), p. 55.

27. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Les Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, art. 2088, p. 1313.

28. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.), p. 50 et s.

29. C.c.Q., art. 2088.

30. *Ibid.*, art. 322.

31. *Ibid.*, art. 2100.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*, art. 2138.

34. *Ibid.*, art. 2204.

2. LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE CES DIFFÉRENTS INTÉRÊTS : UN CASSE-TÊTE EN TROIS MORCEAUX

Une entreprise est propriétaire d'actifs, corporels et incorporels, qui ont une valeur importante pour l'entreprise. Les propriétaires de ces biens ont un intérêt évident à les protéger contre le vol, le détournement, l'usurpation et la concurrence déloyale. Ils ont avantage à compléter la protection que leur accorde la loi par des clauses de non-concurrence imposées à leurs cadres et à leurs employés, mais aussi aux entrepreneurs dont ils achètent l'entreprise. Cet intérêt est légitime.

À l'inverse, il est aussi légitime, pour l'employé, l'associé et l'entrepreneur qui vend son entreprise, de garder une liberté d'action suffisante pour lui permettre de continuer à vivre normalement de son travail après la fin de ses relations avec son employeur ou l'acheteur de son entreprise.

La jurisprudence s'est efforcée de trouver un équilibre entre ces intérêts, aussi légitimes que divergents.

Afin de bien dessiner les confins de l'obligation de loyauté, nous présenterons, en premier lieu, les fondements de la liberté de concurrence (A.) et son équilibre nécessaire avec la liberté de la personne de pouvoir gagner sa vie (B.) La dernière section permettra enfin de s'intéresser aux intérêts tout aussi importants de l'entrepreneur en le protégeant contre l'utilisation de ses renseignements confidentiels ou encore de tout acte déloyal (C.).

A. Les fondements de la liberté de concurrence

La liberté des agents économiques fondée sur le principe de la liberté du commerce et de son corollaire, la liberté de concurrence, se veut au cœur du système politico-économique canadien fondé sur une économie de marché. Cette dernière repose quant à elle sur l'idée que le jeu des forces du marché doit déterminer à lui seul la loi de l'offre et de la demande. Pendant du libéralisme économique, il postule la liberté des agents économiques. Ainsi, l'État se satisferait à assurer une régulation économique et juridique à distance en posant des règles de base d'encadrement.

Les activités de l'entreprise ne dérogent pas à ce principe fondamental de régulation exercé par l'État libéral sur la sphère économique. Elles sont soumises à une certaine contrainte de comportement visant justement à assurer une liberté essentielle dans le marché libéral : la liberté de concurrence.

La liberté de concurrence confère ainsi à chaque agent économique la prérogative de fonder une entreprise œuvrant dans un certain secteur d'activité, d'entrer librement sur le marché libéral, de s'y établir, d'y prendre de l'expansion, et d'en sortir quand on le souhaite. Dès lors, cette liberté fonde en elle-même le marché libéral parce qu'elle lui permet de se développer, d'innover, de se transformer, d'être compétitif et ainsi d'assurer un meilleur bien-être socio-économique. La liberté de concurrence constitue le substratum de l'économie de marché.

À elle seule cependant, la libre compétition entre les agents économiques ne conduit pas à une optimisation souhaitée des ressources. Si les rouages du marché doivent être laissés libres, le processus de destruction créatrice qui lui est inhérent doit être encadré. Comme le constate fort justement un auteur³⁵ :

Le marché ne peut exister en dehors d'un cadre institutionnel exogène, produit d'un consensus sociopolitique, qui en assure les conditions d'existence et de fonctionnement, [car] l'économie de marché n'est l'antithèse de la guerre que lorsqu'elle se développe dans un cadre institutionnel extérieur qui définit les préceptes moraux, les normes sociales et les règles juridiques, garantissant ainsi aux agents que tous les coups ne sont pas permis.³⁶

C'est là le rôle assigné au droit de la concurrence, droit économique visant à sauvegarder la liberté de concurrence en posant un certain nombre de règles fixant les frontières de la liberté de concurrence. Ces règles d'ordre public de direction visent à insuffler une certaine orientation à l'économie de marché.

Ainsi, au sens large, le droit de la concurrence peut être considéré comme l'ensemble des règles juridiques visant à encadrer les rapports de rivalités entre des entreprises partageant le même marché. Ces règles jouent une double fonction. La première, normative,

35. Didier DANET, *Valeurs incorporelles et compétition économique*, De Boeck, Paris/Bruxelles, 1998.

36. *Ibid.*, p. 6.

en dictant des ordres aux concurrents afin d'assurer la loyauté de la concurrence. Cet ensemble de règles vise à assurer les mœurs du marché dans les rapports concurrentiels. Il s'agit de la réglementation des procédés déloyaux qui ont pour objectif de sauvegarder les intérêts des concurrents et des consommateurs. C'est le droit subjectif de la concurrence, tel qu'il est illustré dans les deux affaires commentées ici.

Dans une économie de marché, *la clientèle n'appartient à personne* : toute entreprise constitue ainsi un loup potentiel pour son concurrent³⁷. Par conséquent, *attirer la clientèle du compétiteur, la solliciter*, est parfaitement légal et n'engage pas, en principe, la responsabilité de son auteur. Il s'agit là de la conséquence directe de la liberté de commerce et de son corollaire, la liberté de concurrence, qui se trouvent au cœur de l'organisation industrielle et commerciale du Canada.

Ce principe est réaffirmé, à l'instar de la décision *Matrox* de la Cour d'appel, par une jurisprudence constante :

Il est indiscutable que dans notre société où la liberté d'expression, y compris commerciale, est protégée constitutionnellement et la liberté du commerce vue comme garante du progrès économique et social, que tout employeur à la recherche de main-d'œuvre a le droit de parler des postes à combler, y compris dans les journaux, les médias radio-diffusés ou télédiffusés, ou sur le net.³⁸

Il en va de même de son corollaire la liberté de concurrence, qui constitue, selon la célèbre décision *Excelsior*, toujours de la Cour d'appel, « le principe fondamental d'organisation des activités économiques »³⁹. Cette liberté de commerce et de concurrence garantit à tout entrepreneur le droit de constituer son entreprise, et ainsi d'entrer dans le marché pour faire concurrence aux autres entreprises déjà établies⁴⁰.

37. Yves PICOD, « Concurrence déloyale et concurrence anticontractuelle », dans *La concurrence déloyale*, Y. SERRA (dir.), Paris, Dalloz, 2001, p. 13.

38. *Graphiques Matrox inc. c. Nvidia Corp.*, C.S. Montréal, n° 500-05-056150-004, 12 juillet 2001, j. P.J. Dalphond, 35 p., J.E. 2001-1591, D.T.E. 2001T-819.

39. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

40. *Ibid.* : « La nature même d'un système économique concurrentiel rend mobile [la clientèle]. Dans notre système économique, la clientèle demeure libre de ses choix. Elle décide où elle se portera. Toute entreprise assume les risques de ses mouvements. »

Face à un tel « libre » système, l'obligation de loyauté tente de se frayer un chemin ; mais il ne faut pas se méprendre, l'obligation de loyauté n'aura jamais le mordant d'une clause de non-concurrence bien rédigée. L'handicap est difficilement surmontable ! Conséquemment, les entrepreneurs qui désirent protéger leur « position concurrentielle » doivent le faire en ayant recours à des clauses de non-concurrence. Cette obligation peut couvrir autant la non-sollicitation de clientèle que le non-établissement d'une entreprise ou encore la défense d'exercice d'une fonction dans une entreprise concurrente, portant ainsi atteinte de plein fouet à la liberté de commerce.

B. La liberté professionnelle : le droit d'utiliser ses connaissances subjectives

Les compétences acquises par l'employé pendant son travail en termes d'expérience, de dextérité manuelle ou d'efficacité relèvent des connaissances subjectives et ne sauraient être assimilées à de l'information confidentielle sujette à protection. Ainsi, l'information et l'entraînement qu'un employeur donne à un employé appartiennent à ce dernier et ne peuvent faire l'objet d'une clause restrictive d'emploi⁴¹. Cette règle, héritée de la common law britannique, est aussi valable au Québec.

Le principe selon lequel les connaissances subjectives ne peuvent faire l'objet de clause restrictive se fonde essentiellement sur le droit de chaque individu de gagner sa vie en utilisant ses aptitudes personnelles qui demeurent sa propriété et façonnent sa personnalité. Ce postulat fondamental a été affirmé, d'abord, dans *Lange Canada*⁴². La décision *Excelsior* a renforcé ce principe en énonçant de manière péremptoire, sous la plume de l'honorable Louis LeBel (alors qu'il était à la Cour d'appel), « qu'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 »⁴³. Au Canada, même la *Loi uniforme*

41. *Herbert Morris Ltd. c. Saxelby*, [1916] A.C. 688 (H.L.) ; *Faccenda Chicken Ltd. c. Fowler*, [1985] 1 All E.R. 724.

42. *Lange Canada Inc. c. Platt*, (1973) 9 C.P.R. 231, 238-239.

43. *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

sur les secrets commerciaux prévoit en son article 5 la défense fondée sur les connaissances subjective en ces termes :

5. Rien dans la présente loi n'entraîne de responsabilité pour quiconque acquiert, divulgue ou utilise des informations acquises dans l'exercice de ses fonctions si ces informations sont d'une nature telle que leur acquisition ne représente rien de plus que l'enrichissement de ses connaissances personnelles, de ses compétences ou de son savoir-faire.

La mise en œuvre de ce principe n'est toutefois pas facile, car elle pose le délicat problème de la distinction entre l'information confidentielle et la connaissance subjective, étant entendu que l'employeur peut considérer certaines données comme ayant la nature d'un secret commercial, alors qu'un employé quittant son poste voit dans ces mêmes données des « connaissances subjectives »⁴⁴. Comme le résumait fort bien les auteurs Horan et Werker :

[Traduction] Il y a deux considérations de principe concurrentes que les tribunaux doivent s'efforcer de concilier. D'une part, les employés devraient avoir le droit d'utiliser leurs compétences et connaissances générales librement à leur propre avantage ou à celui de l'employeur de leur choix [...]. D'autre part, les employeurs devraient pouvoir protéger leurs actifs d'entreprise, corporels ou incorporels, contre une utilisation sans autorisation et au désavantage de l'employeur.⁴⁵

Comment alors distinguer ce qui constitue une connaissance générale de l'employé d'une information confidentielle appartenant à l'employeur⁴⁶ ?

La réponse n'est pas facile. Les tribunaux ont posé quelques balises pour guider notre interprétation. L'employeur ne peut protéger que ses secrets commerciaux sans jamais restreindre la liberté professionnelle de son employé. La décision *Honco* est explicite à cet égard :

Le droit de la requérante de restreindre l'intimé à cet égard comporte cependant des limites. La requérante ne peut empêcher l'intimé d'utiliser [...] ses aptitudes subjectives, c'est-à-dire son adresse, sa compétence et sa capacité intellectuelle. Elle ne peut pas non plus

44. Tony HOFFMANN, « Examen de la Loi uniforme sur les secrets commerciaux », Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, St-John's, Terre-Neuve, août 2005, p. 19.

45. M.G. HORAN et I.D. WERKER, « Trade Secrets, Confidential Information and the Employment Relationship », dans *Trade Secrets*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 1990, p. 76, cité par T. HOFFMAN, *op. cit.*, note 44, p. 19.

46. *Ibid.*, p. 78.

interdire à l'intimé d'utiliser la formation, l'entraînement et les connaissances qu'il a pu acquérir au service de la requérante. Ces acquis font maintenant partie de son être intellectuel et on ne peut pas l'empêcher de les mettre à son profit.⁴⁷

C'est donc le potentiel intellectuel du travailleur ainsi que son expérience qui s'avèrent protégés. La jurisprudence n'offre aucun compromis à cet égard ; elle 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*⁴⁸. 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 dernier⁴⁹. Alors que l'employeur peut protéger toute information « objectivement » confidentielle, il ne peut tenter de soustraire à son employé les habiletés « subjectives » obtenues à l'occasion de son travail.

Pour reprendre les mots du juge Lefebvre dans l'affaire *Éditions CEC* : « Un employé qui n'est lié par aucune clause de non-concurrence peut quitter son emploi et travailler pour un concurrent et faire concurrence à son ancien employeur en autant qu'il le fasse d'une manière loyale. [...] En l'absence d'une clause de non-concurrence et de toute autre clause limitant la liberté de travail, c'est l'article 2088 C.c.Q. qui s'applique »⁵⁰, et non pas les théories pêchées dans d'autres systèmes juridiques. La réception de la thèse de la divulgation *inévitabile* de l'information dans notre système juridique ne saurait se faire sans la preuve de la mauvaise foi de l'employé et en l'absence d'une clause de non-concurrence, à défaut de quoi une telle conception violerait plusieurs principes fondamentaux en droit québécois :

- b) la présomption de bonne foi du *Code civil du Québec* (art. 2805 C.c.Q.) ;

47. *Honco Inc. c. Damphousse*, C.S. Québec, n° 200-05-006167-964, 4 juin 1997, j. J. Lemelin, 26 p., J.E. 97-1470, D.T.E. 97T-813, p. 22.

48. *Corp. scientifique Claisse inc. c. Instruments Katanax inc.*, C.S. Québec, n° 200-17-003138-039, 5 mai 2004, j. J.-R. Landry, 29 p., J.E. 2004-1219, D.T.E. 2004T-590 ; *Positron Inc. c. Desroches*, [1988] R.J.Q. 1636 (C.S.).

49. *Corp. scientifique Claisse inc. c. Instruments Katanax inc.*, C.S. Québec, n° 200-17-003138-039, 5 mai 2004, j. J.-R. Landry, 29 p., J.E. 2004-1219, D.T.E. 2004T-590 ; *Positron Inc. c. Desroches*, [1988] R.J.Q. 1636 (C.S.).

50. *Éditions CEC inc. c. Hough*, 2008 QCCS 4526, par. 52-54.

- c) le contenu obligationnel du contrat tel que négocié par les parties ;
- d) la non-existence d'une clause de non-concurrence implicite sans qu'elle soit explicitement prévue dans le contrat ;
- e) le principe de la liberté de travail ;
- f) et le principe de la liberté de concurrence.⁵¹

En résumé, dans l'hypothèse où « un contrat ne comporte aucune obligation restrictive, il n'existe aucune obligation implicite découlant du contrat qui empêche un employé de travailler chez un compétiteur direct de son ancien employeur »⁵². Il en va de même pour les demandeurs dans *Gravino* :

l'obligation de loyauté de l'administrateur n'étant pas un substitut légal à une clause contractuelle de non-concurrence, on voit facilement pourquoi, en l'absence de tout conflit d'intérêts en cours (ou très récent), l'emprunt d'une pure et simple idée demeurera sans conséquence. En effet, toute information n'est pas confidentielle ou matière à propriété intellectuelle et, là où la concurrence est permise, il est généralement de bonne guerre de s'inspirer des bonnes idées de la concurrence pour essayer de faire mieux qu'elle. C'est aussi cela être en concurrence.⁵³

Ce qui nous amène à considérer maintenant la protection des intérêts de l'entreprise.

C. La protection des intérêts de l'entreprise

L'obligation de loyauté protège l'entreprise contre l'usage d'information confidentielle (a.) et la concurrence déloyale (b.)

a. L'interdiction d'usage de l'information confidentielle

En droit américain, « la doctrine de la divulgation inévitable » nécessite la preuve d'un véritable secret de commerce⁵⁴ pour donner ouverture au recours. Dans l'affaire *CEC*, le Tribunal est d'avis

51. *Ibid.*, par. 49.

52. *Ibid.*, par. 50 ; *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

53. *Ibid.*, par. 52.

54. *Marietta Corp. c. Thomas Fairhurst*, Cour suprême de New York, Division d'appel, 2 janvier 2003, p. 6-7.

qu'il n'existe pas d'informations confidentielles, pour les raisons suivantes :

- Lors de la démission de Hough, le projet d'anglais secondaire V était de façon générale au stade embryonnaire ; en effet, le degré d'avancement du manuel de l'élève était d'environ 30 %, alors que la préparation des deux autres éléments du matériel pédagogique (le manuel de l'enseignant et le cahier d'exercices) n'avait pas encore débuté.
- Bien que certains thèmes avaient été retenus, il est admis que ceux-ci étaient sujets à être modifiés au fur et à mesure des discussions et des réflexions entre les membres de l'équipe.
- Même si le nombre de chapitres avait été discuté, celui-ci devait être modifié, car il y avait plus de titres que de chapitres prévus.
- Il n'y avait qu'un seul projet d'écrit sur un des chapitres envisagés et comme CEC n'était pas satisfaite de ce projet, il devait lui aussi être modifié.
- Plusieurs informations apparaissant au projet embryonnaire anglais V étaient basées soit sur des informations provenant du programme pédagogique du ministère de l'Éducation, soit d'informations connues des entreprises œuvrant dans le milieu ou même d'informations de connaissance judiciaire⁵⁵.

Qu'entend-t-on au juste par la notion d'information confidentielle ?

Même si elles sont parfois distinguées⁵⁶, les notions d'information confidentielle et de secret de commerce se recoupent de façon générale, puisqu'elles désignent l'information transmise dans un lien de confiance aux fins exclusives des rapports de travail entre

55. *Éditions CEC inc. c. Hough*, 2008 QCCS 4526, par. 65.

56. Ainsi oppose-t-on le secret commercial, qui est utilisé de façon continue dans le cours normal des activités de l'entreprise, à l'information confidentielle, qui est ponctuelle et ciblée à une activité particulière de l'entreprise. Sur les limites de cette distinction, voir Judith ROBINSON et Sébastien JETTÉ, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 4.

employeur et employé et ainsi inaccessible aux tiers⁵⁷. Nous insistons sur ce dernier point, il doit s'agir d'un secret *inconnu* et *inaccessible* aux tiers. La jurisprudence a en effet réaffirmé, à maintes reprises, que « [l]es informations que tout le monde peut connaître facilement et qui tirent leur origine des clients sans engagement de confidentialité ne sont pas des informations confidentielles. La confidentialité à respecter est celle qui est propre à l'entreprise et qui concerne son produit exclusif, ses licences, ses brevets et peut-être même ses techniques d'approches du marché qui sont originales et connues seulement de quelques employés pour l'exécution de leurs tâches »⁵⁸.

La protection assurée à l'information confidentielle ne prend donc pas essentiellement sa source dans le contrat, par une clause de non-concurrence, mais aussi dans la loi. L'article 2088 C.c.Q., par exemple, en posant les normes de loyauté devant prévaloir entre l'employeur et l'employé, y a aussi inclus l'obligation de confidentialité⁵⁹. L'article 2088 C.c.Q. assujettit le salarié à « ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail ». Cette obligation survit « pendant un délai raisonnable après la cessation du contrat ».

L'article 1472 C.c.Q. prévoit la possibilité de dégager une personne de sa responsabilité pour le préjudice causé à autrui à la suite de la divulgation d'un secret commercial, si la personne peut démontrer que l'intérêt général l'emporte sur le maintien du secret⁶⁰. Dans l'une des rares décisions portant sur cette question, un arbitre a annulé la suspension d'un employé cadre au motif que « la divulgation de l'état des camions-citernes pouvait être justifiée

57. *Matrox Electronic Systems Ltd. c. Gaudreau*, [1993] R.J.Q. 2449 (C.S.) : « Le test pour déterminer s'il y a eu bris de cette obligation consiste à se demander si l'information transmise par l'employeur à l'employé est confidentielle, si l'employeur l'a communiquée dans le cadre d'un lien de confiance et si l'employé à qui cette information a été transmise en a fait un usage autre que celui qui était prévu. En l'espèce, il est clair que les ex-employés ont utilisé des informations confidentielles de l'employeur pour concevoir leur logiciel. Bien que la compagnie constituée par les ex-employés n'ait pas commis de faute contractuelle à l'égard de l'employeur, elle a commis une faute en utilisant des informations qu'elle savait avoir été divulguées illégalement. »

58. *Imprimerie d'Arthabaska inc. c. Roux*, C.S. Arthabaska, n° 415-05-00243-963, 10 mai 1996, j. J. Allard, 8 p., J.E. 96-1666, D.T.E. 96T-988.

59. *Services Investors ltée c. Hudson*, C.S. Montréal, n° 500-05-034646-974, 24 avril 1998, j. P. Journet, 27 p., J.E. 98-1329, D.T.E. 98T-655.

60. C.c.Q., art. 1472.

par des motifs liés à la santé et à la sécurité du public »⁶¹. En raison du poste qu'il occupait, l'employé avait accès à de l'information privilégiée ; il connaissait la mécanique et l'efficacité des camions-citernes.

L'article 1612 C.c.Q.⁶² indique par ailleurs les paramètres à respecter dans l'évaluation de la perte subie par le propriétaire d'un secret :

1612. En matière de secret commercial, la perte que subit le propriétaire du secret comprend le coût des investissements faits pour son acquisition, sa mise au point et son exploitation ; le gain dont il est privé peut être indemnisé sous forme de redevances.

Ainsi, bien que la disposition ne transforme pas la règle générale à l'effet que le préjudice résulte de la perte subie et du gain manqué, il précise deux éléments nouveaux : 1) la perte comprend le coût des investissements faits pour son acquisition, sa mise au point et son exploitation et 2) l'indemnisation pour le gain manqué peut être payée sous la forme de redevances tirées de l'exploitation commerciale du secret⁶³ plutôt qu'en un seul et même montant. Cette disposition « vient faciliter la tâche de la victime, en ce que la preuve du préjudice peut porter sur des faits facilement identifiables ». Cela permet de pallier la preuve, parfois « mince »⁶⁴ présentée par le propriétaire du secret.

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 »⁶⁵. Cette thèse, déve-

61. *St-Romuald (Ville de) et Syndicat des pompiers du Québec, section locale St-Romuald*, (T.A.) n° 96-01575, 18 mars 1996, J.-P. Deschênes (arbitre), 14 p., D.T.E. 96T-568.

62. *Fabricants de jeux et jouets Wrebbit inc. c. Benoît*, C.S. Montréal, n° 500-05-014910-945, 22 janvier 1996, j. P.J.Dalmond, 10 p., J.E. 96-522.

63. Maurice TANCELIN, *Des Obligations*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, n° 1025, p. 533-534.

64. *Contrôle PC inc. c. DP Sys inc.*, 2008 QCCS 3712, par. 72.

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

loppée en Angleterre, a été appliquée dans les affaires *Saltman*⁶⁶ et *Terrapin*⁶⁷.

Les tribunaux québécois se sont vite appropriés cette théorie et en ont fait usage lorsque les dispositions contractuelles ne prévoyaient pas une obligation de confidentialité.

À ce propos, il est intéressant de rappeler trois affaires dans lesquelles les tribunaux ont mis en œuvre la théorie du tremplin.

Déjà en 1973, dans l'affaire *Lange Canada*⁶⁸, le juge évoquait cette théorie sans en faire une application au cas d'espèce. C'est véritablement sous la plume du juge Lévesque dans l'affaire *Santé naturelle*⁶⁹ que la théorie du tremplin connut sa première réception dans les annales québécoises. Le tribunal s'est appuyé sur la théorie du tremplin pour octroyer des dommages-intérêts – malgré le rejet de la demande d'injonction – couvrant la durée du préjudice subi par l'employeur pour l'emploi du secret de commerce par l'ex-employé, lui ayant ainsi permis de mettre sur le marché rapidement une recette concurrente :

Les tribunaux et la doctrine ont développé la théorie du tremplin (*springboard theory*) pour désigner l'avantage que procurent le savoir-faire et les secrets d'un autre. Elle est applicable lorsqu'il existe une obligation de loyauté, [...]. La théorie du tremplin a été examinée non seulement comme une théorie qui avait une dimension fondamentale mais aussi une dimension temporelle et une dimension de réparation surtout à l'égard des dommages à l'exclusion d'injonction dans certains cas et d'une injonction permanente en particulier.

[...]

Il n'y a pas de doute que la recette comporte au moins pour partie un secret de fabrication et un certain savoir-faire qui est indépendant de l'habileté et de l'expérience [...]. D'un autre côté, il est évident qu'un

66. *Saltman engineering Co. c. Campbell Engineering Co.*, [1948] 65 R.P.C. 203.

67. *Terrapin Ltd. c. Builders Supplies Co. (Hayes) Ltd.*, [1967] R.P.C. 375, 392.

68. *Lange Canada Inc. c. Platt (1973)*, 9 C.P.R. 231 : « 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. »

69. *Santé naturelle ltée c. Produits de nutrition Vitaforme inc.*, (1985) 5 C.P.R. (3d) 548.

substitut de repas sous forme de lait fouetté comporte un secret bien difficile à conserver longtemps. La partie secrète a peut-être procuré un avantage de trois mois à la défenderesse tout au plus. [...]. Dans semblable conjoncture, il ne saurait être question d'accorder une injonction permanente. [...].⁷⁰

Un raisonnement similaire est démontré dans l'affaire *Montour*, où la demande d'injonction interlocutoire sera encore rejetée mais l'action admise au titre de la théorie du tremplin :

La preuve démontre que Jolicœur a utilisé les recettes de la demanderesse au profit de son nouvel employeur et qu'il a commencé la vente aux clients de celle-ci moins de deux semaines après l'avoir quittée ; il est impossible qu'il ait élaboré 75 recettes similaires durant ces quelques jours sans utiliser l'information qu'il détenait. La défenderesse M.G.D. a donc joui d'un avantage injuste qui lui a servi de tremplin. Cependant, analyser et ensuite copier de tels mélanges sont des activités qui peuvent se faire dans les limites d'un délai d'un an. Par ailleurs, la preuve de la demanderesse quant à la ressemblance des mélanges est très incomplète. La Cour n'accordera donc pas d'injonction permanente. Des dommages peuvent cependant être accordés.⁷¹

Le problème fondamental que pose la théorie du tremplin demeure toutefois de savoir si l'information secrète doit être protégée indéfiniment, c'est-à-dire de manière permanente sans limite temporelle. À cette question, les décisions évoquées ci-dessus ont répondu clairement : l'employé n'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* s'entendent pour que l'employeur ait 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, la rapproche d'une clause de non-concurrence stipulant l'interdiction de concurrence. Ce qui 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.

70. *Ibid.*, p. 553, 558 et 560.

71. *Montour Ltée c. Jolicœur*, [1988] R.J.Q. 1323 (C.S.), p. 1331.

Alors que certaines décisions assimilent l'obligation de confidentialité à une clause de non-concurrence en se basant sur les critères notamment temporels pour conclure à sa validité⁷², d'autres en distinguent fondamentalement les régimes juridiques. Il en va ainsi de 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.⁷³

L'article 2088 C.c.Q impose au salarié une obligation de loyauté et de confidentialité : « Cette [dernière] obligation est différente de celle qui résulte d'une stipulation de non-concurrence conforme à l'article 2089 C.c.Q. »⁷⁴.

b. Les comportements déloyaux

Les tribunaux québécois et canadiens reconnaissent les trois formes de comportements déloyaux suivants : la confusion, le dénigrement et la désorganisation. Quant à l'agissement parasitaire, il n'apparaît pas clairement à la lecture des décisions. Considérons respectivement chacun de ces comportements.

72. *Toptech Groupe Conseil inc. c. Perron*, C.S. Québec, n° 200-17-002991-032, 11 mars 2003, j. J.R. Banford, 14 p., J.E. 2003-727, D.T.E. 2003T-358 ; *Accutel Conferencing Systems Inc. c. Bellavance*, C.S. Montréal, n° 500-05-064927-013, 31 août 2001, j. J.-G. Dubois, 32 p., J.E. 2001-1835, D.T.E. 2001T-959 ; *Logistiques Trans-west Inc. c. Haince*, C.S. Montréal, n° 500-05-039129-984, 3 juin 1998, j. N. Bénard, 17 p., J.E. 98-1571, D.T.E. 98T-762 ; *Honco Inc. c. Dampousse*, C.S. Québec, n° 200-05-006167-964, 4 juin 1997, j. J. Lemelin, 26 p., J.E. 97-1470, D.T.E. 97T-813.

73. *Laboratoires Constant inc. c. Beauchamp*, C.S. Montréal, n° 500-05-025742-964 et 500-05-031229-972, 30 avril 1999, j. W.C. Décarie, 48 p., J.E. 99-1161, D.T.E. 99T-578, p. 20.

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

En créant de la confusion, une entreprise tente d'usurper la place d'une entreprise concurrente aux yeux de la clientèle. En agissant ainsi, elle pourra profiter de la réputation et de l'achalandage que s'est créé une entreprise au prix de plusieurs d'années d'efforts. La confusion peut porter sur la marque de commerce, enregistrée ou non, le nom, l'habillage d'un produit et tout signe distinctif original d'un produit (forme, couleur, emballage, etc.)⁷⁵, bref, de tout signe, symbole ou présentation que le public associe à un certain produit ou service. La confusion peut aussi être plus générale. C'est l'exemple de l'ancien employé qui laisse croire qu'il est toujours au service de son ex-patron.

Ce type de comportement est prohibé à la fois pour le bénéficiaire individuel du propriétaire du produit ou de l'entreprise victime de confusion et pour la protection du public en général puisque souvent, les produits substitués sont de qualité moindre que les produits reliés au signe original⁷⁶.

L'appréciation de la faute par confusion est laissée à la discrétion du tribunal. Au fil du temps, les tribunaux ont adopté le critère de la confusion dans « l'esprit du public »⁷⁷ et destiné à la même clientèle.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve requis, la jurisprudence est à l'effet que la victime n'a pas à démontrer que le public a réellement été trompé, mais simplement qu'il puisse l'être⁷⁸.

Une autre forme de comportement sanctionné par le tribunal est le « dénigrement ». Dénigrer consiste à déprécier ou encore à discréditer, de manière injustifiée, un concurrent ou les produits d'un concurrent. La publicité trompeuse constitue la forme par excellence de dénigrement⁷⁹. Pour que les tribunaux puissent sanction-

75. Alexandra STEELE, « Tromperie commerciale et passing-off : développements récents », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 113.

76. Paul ROUBIER, « Théorie générale de l'action en concurrence déloyale », (1948) 1 *Rev. Trim. Dr. Com.* 564.

77. *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120, par. 51.

78. *Ibid.* ; voir aussi Pierre-André DUBOIS et Benoit CLERMONT, « Sur une prospective du droit canadien de la concurrence déloyale : contradictions et tolérance ? », (1997) 10 *C.P.I.* 295, 303.

79. *Dominion Messenger and Signal Co. Ltd. c. Vaudrin*, (1924) 30 R.L. 336 ; *Ferland c. Larose*, [1982] C.S. 616.

ner le dénigrement, il est nécessaire que la victime puisse être identifiée au terme des propos qui jettent le discrédit⁸⁰. De simples allusions ne sont pas considérées suffisantes.

Il faut bien distinguer le dénigrement de la publicité comparative. Il n'est pas interdit d'informer les clients potentiels des faiblesses d'un produit appartenant à un concurrent et de faire valoir les forces de son propre produit. Par exemple, une campagne de publicité comparative peut être assez agressive, mais, dans la mesure où les affirmations qui sont faites ne sont pas fausses ou trompeuses, il ne s'agira pas de concurrence déloyale⁸¹ : « La loi défend de diffamer mais elle n'interdit pas aux gens de penser, de parler, d'émettre des commentaires et même d'émettre des critiques lorsqu'elles sont faites de bonne foi »⁸². Il a déjà été jugé que la remise par une compagnie d'assurances aux assurés de documents tendant à démontrer l'insolvabilité d'un concurrent constituait un acte de concurrence déloyale. Il importait peu, en l'espèce, que les documents soient vrais ou non⁸³.

En résumé, la publicité comparative, dont l'objectif est la protection des consommateurs, doit être restreinte à une comparaison d'éléments objectifs, c'est-à-dire qu'elle ne peut porter que sur des caractéristiques significatives, pertinentes et vérifiables de biens ou de services de même nature et disponibles sur le marché⁸⁴. Essentiellement, la comparaison doit être loyale, véridique et ne pas être de nature à induire le consommateur en erreur.

Dénigrer consiste à attaquer en niant les qualités du concurrent. La doctrine fait une distinction entre la désorganisation interne d'une entreprise et la désorganisation du marché en général. La désorganisation interne consiste à s'approprier ou à divulguer des secrets de fabrication ou de fonctionnement ou à procéder à de

80. *Arthur Sarazin c. Charles F. Duquette*, [1935] 4 R.D. 365.

81. *Dynabec Informatique municipale inc. c. Mensys Business Solution Centre Ltd.*, C.A. Québec, n° 200-09-002936-000, 6 juin 2000, j. R. Dussault, J. Chamberland et L. Rochette, 2 p.

82. *167782 Canada inc. c. Tenneco Canada inc.*, C.S. Longueuil, n° 505-05-000728-896, 19 octobre 1994, J.-J. Chabot, 110 p.

83. *9071-8131 Québec inc. c. Michel Rhéaume & Associés ltée*, C.A. Montréal, n° 500-09-013560-032, 11 janvier 2005, j. L. Mailhot, A. Forget et F. Thibault, 5 p.

84. R. BOUT (dir.), *Droit économique : concurrence, distribution, consommation*, Paris, Lamy, 2002, n° 1790.

l'espionnage industriel⁸⁵. Il ne s'agit pas d'expérience acquise par l'employé ou encore de connaissances personnelles, mais bien de connaissances appartenant à l'employeur et qui, dévoilées à un concurrent, – on pense ici à des dessins, des formules, des listes de clients – pourront causer un tort irrémédiable à l'entreprise « désorganisée » et constituer un tremplin pour le concurrent⁸⁶. Les contrats d'agence et de représentation (on pense notamment au domaine de la vente d'assurance) donnent fréquemment lieu à des litiges sur ce sujet.

Le débauchage de personnel constitue aussi un problème particulièrement important à ce chapitre pour une entreprise : « Par le biais de la désorganisation, le concurrent cherche à pénétrer, de façon maléfique, la compagnie rivale soit en mettant la main sur des informations privilégiées (secret de fabrication, liste de clients, correspondance d'affaires, etc.), soit en sabotant ses opérations courantes. Ce faisant, il affectera la santé commerciale de l'entreprise et, par conséquent, met en péril son existence »⁸⁷.

La désorganisation du marché englobe quant à elle les actes de publicité mensongère faits par une entreprise relativement à la qualité de ses propres produits, à des titres qu'elle prétend détenir ou au type de vente qu'elle se propose de faire (ex. : vente de liquidation)⁸⁸. Le problème avec cette forme de comportement réside dans la difficulté pour le demandeur de prouver, devant le tribunal, le préjudice réel et personnel⁸⁹.

Une forme de désorganisation aussi courante que difficile à contrôler est celle qui méconnaît une organisation commerciale qui repose sur des relations contractuelles auxquelles on ne participe pas. C'est le cas, notamment, des importations directes parallèles aux circuits de représentation exclusive⁹⁰.

Un parasite est un organisme qui vit aux dépens d'un autre, en lui portant préjudice. Comme son nom l'indique, l'agissement para-

85. *Chouinard c. Entreprises B.R. Desroches inc.*, [1991] R.J.Q. 392 ; *Montour ltée c. Jolicœur*, [1988] R.J.Q. 1323 (C.S.). Mistrale GOUDREAU, « Concurrence déloyale en droit privé – commentaire d'arrêts », (1984) 15 R.G.D. 133, 137.

86. *Montour ltée c. Jolicœur*, [1988] R.J.Q. 1323 (C.S.).

87. Eidda TAKIOULLAM, *Conditions de recevabilité de l'action en concurrence déloyale en vertu des principes traditionnels de la responsabilité civile*, Mémoire de maîtrise, Faculté de droit, Université Laval, avril 1994, p. 68.

88. Paul ROUBIER, *loc. cit.*, note 76, p. 566.

89. *Giguère Automobile ltée c. Universal Auto Ltd.*, (1941) 70 B.R. 166.

90. *Consumers Distributing Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] R.C.S. 22.

sitaire consiste pour une entreprise à vivre en parasite, dans l'ombre, en profitant de la renommée d'une autre entreprise, qu'il s'agisse de son nom ou de ses produits. Le meilleur exemple de cette conduite consiste pour une entreprise à utiliser une marque notoire⁹¹ appartenant à une autre entreprise. Dans un tel cas, l'entreprise concurrente se situe généralement dans un secteur d'activité différent de l'entreprise victime. L'état de concurrence ne constitue donc plus ici une condition *sine qua non* de la recevabilité de l'action. La notion d'agissement parasitaire permet de sanctionner des comportements jusqu'ici demeurés impunis avec l'application des critères traditionnels.

CONCLUSION

La revue de la jurisprudence en non-concurrence pour l'année 2008 a permis d'identifier certaines difficultés qui se posent lorsque vient le temps de distinguer ce qui constitue une violation de l'obligation de loyauté d'un acte de concurrence loyal. Au terme de l'analyse de ces décisions, il est possible de conclure que la sollicitation active de la clientèle n'est pas contraire à l'obligation de loyauté. Dans *Concentrés scientifique Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.*⁹², une décision rendue en 2007 par la Cour d'appel, le plus haut tribunal québécois concluait que la sollicitation de la clientèle ne constituait pas un manquement à l'obligation de loyauté, puisque la sollicitation est inhérente à la concurrence. En d'autres termes, la concurrence se définit par la quête de la clientèle. Cette position de la Cour d'appel est bien ancrée en droit québécois⁹³ et en l'absence de tout acte déloyal et d'usage d'information confidentielle, un salarié ne viole pas son obligation de loyauté s'il sollicite de façon ciblée la clientèle de son ancien employeur. Un salarié peut donc maintenir en toute légalité ses relations d'affaire avec son ancienne clientèle. Un auteur avance même que dans le cadre de relations d'affaires *intuitu personæ*, des obligations déontologiques ou professionnelles justifient ou encore forcent certains salariés à maintenir le contact avec la clientèle. Ce qui l'amène à induire que c'est bien le recours à cette information confidentielle ou à tout autre procédé déloyal qui constitue l'élément essentiel de la violation de l'obligation de loyauté

91. Eidda TAKIOULLAM, *op. cit.*, note 87.

92. *Concentrés scientifique Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.*, 2007 QCCA 676.

93. *Gestion Marie-Lou (St-Marc) inc. c. Lapierre*, (C.A.) Québec, n° 200-09-004516-032, 26 août 2003, j. L. Rochette, F. Pelletier et B. Morin, 13 p., [2003] J.Q. n° 10629 (C.A.).

au sens de 2088 C.c.Q. Seule une telle sollicitation empêche l'employeur de retenir sa clientèle⁹⁴.

Par ailleurs, l'analyse de ces décisions a aussi permis de démontrer que le devoir de loyauté n'a pas la force d'une clause de non-concurrence. Figure d'exception, l'obligation de loyauté ne peut imposer des restrictions plus importantes que celles d'une clause de non-concurrence. Par conséquent, l'entrepreneur qui décide de ne pas s'en prévaloir et de ne pas mettre un frein « conventionnel » à la liberté de concurrence devra se battre à mains nues et avec comme seul arme « la loyauté ».

En terminant, nous ne saurions trop insister sur l'importance pour les notaires d'introduire dans leur contrat des clauses de non-concurrence bien ficelées et de maîtriser les balises du test de la raisonnable⁹⁵. Toute restriction contractuelle à la concurrence par une clause ou une convention doit être justifiée et clairement délimitée, puisqu'elle porte atteinte à un droit fondamental au cœur de l'organisation de la société.

94. Robert BONHOMME, *loc. cit.*, note 25, p. 156.

95. Charline BOUCHARD, « Revue sélective de jurisprudence 2005 : entreprise », (2006) 108 R. du N. 135.