

La nullité partielle d'une clause de non-concurrence : de l'affaire *Cameron* à l'affaire *Shafron*

Charlaine BOUCHARD

Volume 112, numéro 1, mars 2010

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2009

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1044860ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1044860ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BOUCHARD, C. (2010). La nullité partielle d'une clause de non-concurrence : de l'affaire *Cameron* à l'affaire *Shafron*. *Revue du notariat*, 112(1), 109–128.
<https://doi.org/10.7202/1044860ar>

ENTREPRISE

La nullité partielle d'une clause de non-concurrence : de l'affaire *Cameron* à l'affaire *Shafron*

Charlaine BOUCHARD*

Introduction	111
1. La théorie de la divisibilité en common law : l'affaire <i>Shafron</i> de la Cour suprême	113
A. Le contour de la théorie : de la divisibilité pure et simple à la divisibilité fictive	113
B. L'erreur de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : la divisibilité ne peut dissiper l'ambiguïté d'une clause restrictive	118
2. La théorie de la divisibilité en droit civil québécois : de <i>Cameron</i> à l'article 1438 C.c.Q.	120
A. La séparabilité et la divisibilité : comment s'y retrouver ?	120
B. La réduction d'une obligation de non-concurrence : l'article 1437 C.c.Q.	123
Conclusion	126

* Notaire et professeure.

INTRODUCTION

Toute restriction contractuelle à la concurrence par une clause ou une convention doit être justifiée et clairement délimitée, puisqu'une telle restriction porte atteinte à des droits fondamentaux au cœur de l'organisation de la société. C'est ce qui explique pourquoi les tribunaux ont rapidement tracé les tenants et aboutissants à l'intérieur desquels peuvent s'insérer les clauses restrictives ou de non-concurrence. En effet, il est de jurisprudence constante que pour être valide, la clause de non-concurrence doit être raisonnable¹.

L'étude de la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence révèle que le droit civil et la common law appliquent des critères identiques pour juger ce qui est raisonnable ou non. C'est ainsi que la Cour suprême a pu écrire sous la plume du juge Laskin :

Ce principe, que ce soit en vertu des dispositions du Code civil relatives à l'ordre public (art. 13 et 990 par ex.) ou de la common law, se fonde sur le bon sens qui demande que l'on concilie les intérêts de l'employeur avec ceux d'un ex-employé relativement au besoin qu'éprouve celui-là de se protéger sur le plan commercial et celui-ci d'être mobile sur le marché du travail, eu égard à une conception qui tend à s'opposer à toutes restrictions de la liberté individuelle, spécifiquement de la liberté de profiter des occasions qui s'offrent sur le plan économique ou sur le marché du travail.²

C'est parce que l'approche aboutit aux mêmes résultats que les tribunaux québécois, lorsqu'ils ont été appelés à apprécier la validité des clauses de non-concurrence, n'ont pas hésité à se référer à

-
1. Tous les arrêts rendus en cette matière énoncent en premier ce principe de raisonnable hérité de la common law et, notamment, du droit anglais. On retiendra ici la décision *Cameron c. Canadian Factors Corp.*, [1971] R.C.S. 148, 163 qui réaffirme : « 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. » Dans une perspective historique, se référer aux décisions *Mitchel c. Reynolds*, 1 P. Wms. 181 ; *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535 (H.L.) ; *Herbert Morris Ltd. c. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688 (H.L.).
 2. *Cameron c. Canadian Factors Corp.*, préc., note 1, p. 163.

la jurisprudence déjà abondante de la common law³. Aujourd'hui, les mêmes principes régissent encore de part et d'autre la validité des clauses de non-concurrence. À titre d'illustration, la décision rendue en 2009 par le plus haut tribunal canadien, l'affaire *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*⁴, permet de constater une fois encore l'unicité du test de la raisonnabilité pour apprécier la validité d'une clause de non-concurrence.

Les deux systèmes juridiques se distinguent toutefois en ce qui concerne le fardeau de la preuve. Alors qu'en common law⁵, toute clause de non-concurrence est présumée invalide, en droit civil, elle est présumée raisonnable⁶, sous réserve du contrat de travail : « le renversement du fardeau de la preuve se justifie, puisque c'est l'employeur qui bénéficie d'une clause qui vient par ailleurs limiter la liberté d'emploi du salarié et, par voie de conséquence, la liberté de sa personne »⁷. Ainsi, dans un contrat de travail, comme ceux conclus par Shafron dans l'affaire précitée, la clause de non-concurrence est présumée déraisonnable dans les deux systèmes juridiques. Cette discrimination en faveur du contrat de travail s'explique par le déséquilibre entre les parties et la nécessité d'imposer un certain ordre public de protection.

La décision *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*⁸ constitue un exemple de clauses de non-concurrence intégrées dans un contrat de travail. Dans cette affaire, la question posée au tribunal est de savoir s'il est possible d'utiliser la théorie de la

3. Comme en atteste la décision *Cameron* dans laquelle l'honorable juge Laskin ne fait aucune distinction entre la common law et le Code civil en ce qui concerne l'appréciation de la validité d'une clause de non-concurrence : *ibid.*

4. *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, [2009] 1 R.C.S. 157.

5. Une clause de non-concurrence est considérée comme illicite en soi parce que portant atteinte à la liberté de commerce et de concurrence, et elle ne peut être validée que si son caractère raisonnable est prouvé : « *Prima facie* all covenants in restraint of trade are illegal and therefore unenforceable. The illegality being a presumption only is rebuttable by evidence of facts and circumstances showing that the covenant is reasonable, in that it goes no further than is necessary to protect the rights which the employer is entitled to protect, while at the same time it does not unduly restrain the employee from making use of his skill and talents. The onus of rebutting the presumption is on the party who seeks the enforcement, generally the covenantee. Reasonableness is the test to be applied in ascertaining whether or not the covenant is a fair compromise between the two opposing interests » : *Maguire c. Northland Drug Co.*, [1935] 3 D.L.R. 521, 523 (C.S.C.).

6. C.c.Q., art. 2803.

7. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, art. 2089, p. 1313.

8. *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, préc., note 4.

divisibilité pour dissiper l'ambiguïté d'une clause restrictive ou, en d'autres termes, faire en sorte qu'une clause déraisonnable devienne raisonnable. La question est fondamentale et remet en question les fondements mêmes du test de la raisonnable.

Par conséquent, afin de bien saisir l'approche de la Cour suprême dans l'interprétation d'une clause de non-concurrence incorporée dans un contrat d'emploi, la première partie de ce texte sera consacrée à l'affaire *Shafron* et aux théories de la divisibilité développées en common law. La deuxième partie portera essentiellement sur la nullité partielle de la clause de non-concurrence en droit québécois selon la décision de la même Cour dans l'affaire *Cameron*.

1. La théorie de la divisibilité en common law : l'affaire *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*⁹

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*¹⁰ offre une nouvelle occasion d'explorer les limites du test de la raisonnable, véritable baromètre dans l'analyse des clauses de non-concurrence.

L'objectif de la divisibilité est de se « débarrasser » des éléments illégaux d'un contrat ou d'une clause, afin que le contrat ou encore la clause soit légale pour le reste. Toutefois, comme la liberté de travail, la liberté de commerce et la libre concurrence constituent des principes fondamentaux dans notre système juridique – ils sont intégrés dans la notion générale d'ordre public – la divisibilité d'une clause ou encore d'un contrat constitue une situation exceptionnelle qui doit respecter des paramètres précis.

Il conviendra donc de présenter, en premier lieu, le cadre d'application de la théorie de la divisibilité en common law (A), avant de réfléchir, dans un second temps, sur la méprise de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique quant au rôle joué par la divisibilité dans l'interprétation d'une clause restrictive (B).

A. Le contour de la théorie : de la divisibilité pure et simple à la divisibilité fictive

Faits – En 1987, Shafron vend son agence d'assurances à KRG Insurance Brokers (Western) Inc. (ci-après « KRG ») pour la somme

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*

de 700 000 \$. En contrepartie, KRG s'engage à employer Shafron pendant une certaine période. Pour faire respecter les conventions, chacun des contrats liant KRG et Shafron contenait une *clause restrictive*, plus connue au Québec sous le nom de clause de non-concurrence. Les stipulations étaient formulées en des termes similaires et prévoyaient que Shafron s'engageait à ne pas travailler pour une entreprise de courtage d'assurances dans l'« agglomération de la ville de Vancouver » et ce, pendant les trois années suivant son départ. Lesdits contrats prescrivaient également l'inapplicabilité de la clause en cas de congédiement injustifié¹¹.

KRG prétend que Shafron a manqué à ses obligations fiduciaires et en *equity* « qui lui interdisaient d'utiliser des renseignements confidentiels et de solliciter les clients de KRG Western » et ce, parce qu'à la suite de son départ volontaire, il a commencé, en janvier 2001, à travailler comme vendeur pour une agence d'assurances de Richmond.

Instances antérieures – En première instance, le juge Parret a conclu que l'expression « agglomération de la ville de Vancouver » n'était ni claire ni précise et déraisonnable. M. Shafron n'avait, selon le tribunal, commis aucun manquement à une obligation de confidentialité et il n'avait aucune obligation fiduciaire envers KRG.

En Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la décision de première instance fut infirmée. La Cour signifia son accord quant à l'inexistence de l'obligation fiduciaire, mais conclut à l'applicabilité de la clause restrictive. En effet, en recourant à la théorie de la divisibilité « fictive », la Cour d'appel interpréta l'expression « agglomération de la ville de Vancouver » comme désignant la ville de Vancouver et les municipalités limitrophes, laquelle interprétation incluait par ailleurs la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby.

Questions en litige – La Cour suprême, dans le cadre du présent appel, fut saisie de deux questions :

- I. Peut-on utiliser les théories de la divisibilité ou de la rectification pour dissiper l'ambiguïté d'une clause restrictive contenue dans un contrat de travail ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable y figurant devienne raisonnable ?

11. Au Québec, ce principe est prévu à l'article 2095 C.c.Q.

II. M. Shafron avait-il des obligations fiduciaires et des obligations en *equity* envers KRG Western et dans l'affirmative a-t-il manqué à ses obligations ?

N'étant pas en présence d'une erreur manifeste et dominante de la part du juge de première instance, ce point n'ayant pas non plus été soulevé par KRG, la Cour suprême a confirmé le jugement de première instance concernant la seconde question et voulant que Shafron n'avait pas d'obligation fiduciaire et qu'aucun renseignement confidentiel n'avait été utilisé de manière inappropriée.

Interprétation de la Cour suprême – La Cour suprême rappelle, tout d'abord, qu'il existe en common law deux variantes de la divisibilité : la *divisibilité pure et simple*, ou « technique du trait de crayon bleu », et la *divisibilité fictive*. Ces deux formes de divisibilité « ont été appliquées dans des circonstances limitées pour retrancher les éléments illégaux d'un contrat de manière à le rendre conforme au droit »¹².

Divisibilité pure et simple – Reprenant les propos du juge Bastarache, alors dissident, dans l'arrêt *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp*, la Cour explique ainsi la *divisibilité pure et simple* : « [d]'après le test du crayon bleu, la divisibilité peut être appliquée uniquement lorsque le juge peut retrancher, en la raturant, la partie du contrat qu'on entend supprimer, tout en conservant les parties non viciées par l'illégalité, et ce sans que ne soit affecté le sens du reste du document »¹³. Ainsi, pour recourir à la divisibilité pure et simple, il faut donc être en présence d'une situation où, même en rayant d'un trait bleu une partie d'une disposition illégale, on peut rendre la partie restante « raisonnable » et par conséquent légale.

Divisibilité fictive – Quant à la divisibilité fictive, elle est définie par la Cour comme une méthode d'interprétation par atténuation permettant de rendre légale une disposition illégale : « Dans *Transport*, le contrat prévoyait un taux d'intérêt supérieur à 60 p. 100, ce qui était contraire à l'art. 347 du *Code criminel*. Rien n'indiquait que les parties aient eu l'intention de contrevenir à cette disposition et il ne s'agissait pas d'une question de prêt usuraire. La juge Arbour a eu recours à la théorie de la divisibilité fictive pour ramener le taux d'intérêt au taux maximum de 60 p. 100 autorisé par la loi. »¹⁴

12. *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, préc., note 4, par. 29.

13. *Ibid.*

14. *Id.*, par. 30.

Qu'il s'agisse de la *divisibilité pure et simple* ou de la *divisibilité fictive*, la Cour suprême reconnaît « que le tribunal modifie [dans les deux situations] les stipulations du contrat original conclu entre les parties lorsqu'il applique la théorie de la divisibilité »¹⁵. Ces modifications apportées au contrat original n'ont toutefois d'autre but que « de donner effet à *l'intention* qu'avaient les parties au moment de la conclusion du contrat »¹⁶. Cela explique pourquoi la marge de manœuvre des tribunaux est strictement limitée dans l'application de la théorie de la divisibilité.

Divisibilité et contrat d'emploi – Lorsque la clause restrictive se trouve dans un contrat d'emploi, la Cour précise que l'application de la théorie de la divisibilité pose une difficulté supplémentaire :

Bien que le souhait des tribunaux soit de donner effet aux droits et obligations stipulés par les parties, l'application de la théorie de la divisibilité à une clause restrictive d'une portée excessive incite en fait les employeurs à rédiger des clauses restrictives d'une portée démesurée en s'attendant à ce que les tribunaux en retranchent les éléments déraisonnables ou en donnent une interprétation atténuée selon ce qu'ils jugent déraisonnable. Citons à ce propos, les célèbres observations faites par Lord Mouton dans *Mason*, à la p. 745 :

[TRADUCTION] À mon avis, il serait absolument déplorable que les tribunaux viennent en aide à l'employeur qui a imposé une clause délibérément formulée dans des termes déraisonnablement larges et mettent à profit leur ingéniosité et leur connaissance du droit pour récupérer de cette clause nulle le maximum de ce que l'employeur aurait pu exiger en toute légitimité. Il ne faut pas oublier que la véritable sanction inscrite en filigrane dans ces clauses réside dans la terreur et les coûts d'une poursuite judiciaire, lors de laquelle l'employé se trouve habituellement désavantagé étant donné la bourse mieux garnie de son employeur.¹⁷

En guise de conclusion sur cette importante question, la Cour suprême rappelle toutefois que Lord Moulton n'a pas complètement exclu le recours à la divisibilité dans les contrats d'emploi : il doit cependant s'agir d'une « solution exceptionnelle », applicable seulement aux « stipulations clairement divisibles » et « à la condition qu'elles soient dénuées d'importance ou qu'elles soient de pure forme¹⁸ :

15. *Id.*, par. 32.

16. *Ibid.*

17. *Id.*, par. 33.

18. *Id.*, par. 34.

La technique du trait de crayon bleu devrait être appliquée avec parcimonie, et uniquement dans les cas où la partie retranchée peut clairement être retranchée du reste de la clause, est dénuée d'importance et ne fait pas partie de l'objet principal de la clause restrictive. Néanmoins, la règle générale doit être la suivante : une clause restrictive ambiguë ou déraisonnable figurant dans un contrat de travail est nulle et inapplicable¹⁹.

La Cour suprême est finalement d'avis que la théorie de la divisibilité fictive ne doit pas être appliquée pour interpréter les clauses restrictives d'un contrat de travail. Même si les développements qui suivent sont longs, il apparaît fondamental de les reproduire afin de bien saisir l'essence des propos de la Cour suprême :

Premièrement, il n'existe pas de critère de démarcation nette pour l'appréciation du caractère raisonnable. Dans le cas d'un contrat qui prévoit un taux d'intérêt illégal, par exemple, la théorie de la divisibilité fictive a été appliquée pour ramener le taux au maximum de 60 p. 100 autorisé par la loi. Dans *Transport*, il ressortait de la preuve que les parties n'avaient pas l'intention de conclure un contrat illégal et il était très facile de déterminer ce qu'il fallait faire pour rendre le contrat conforme à la loi. La Cour a conclu que les parties avaient initialement l'intention commune d'exiger et de payer le taux d'intérêt légal le plus élevé et elle a appliqué la théorie de la divisibilité fictive pour ramener le taux au maximum prévu par la loi.

Dans le cas d'une clause restrictive déraisonnable, bien que les parties n'aient peut-être pas eu l'intention de stipuler une clause déraisonnable, il n'existe pas de règle objective de démarcation nette qui puisse être appliquée dans tous les cas pour obtenir une clause raisonnable. Appliquer la théorie de la divisibilité fictive dans ces circonstances équivaut à réécrire la clause en lui attribuant le contenu que le tribunal estime raisonnable, d'un point de vue subjectif, dans chaque cas particulier. Cette façon de procéder engendre l'incertitude quant à ce qui peut être jugé raisonnable dans un cas donné.

Deuxièmement, l'application de la théorie de la divisibilité fictive pose le problème décrit par Lord Mouton dans *Mason*. Elle incite l'employeur à imposer une clause restrictive déraisonnable à l'employé en risquant, pour unique sanction, que le tribunal, s'il juge la clause déraisonnable, lui donne néanmoins effet dans la mesure de ce qui aurait pu être valablement stipulé par les parties.

Non seulement le recours à la théorie de la divisibilité fictive modifierait la clause stipulée à l'origine par les parties en lui substituant celle dont le tribunal estime que les parties auraient dû convenir, mais

19. *Id.*, par. 36.

encore elle modifierait les risques assumés par les parties. C'est l'employeur qui stipule la clause restrictive et c'est à l'employé qu'incombe l'obligation. Compte tenu de l'inégalité de pouvoir généralement reconnue entre employeur et employé, le recours à la théorie de la divisibilité fictive pour attribuer une interprétation atténuée raisonnable à une clause restrictive déraisonnable n'incite pas l'employeur à stipuler une clause raisonnable et accroît indûment le risque que l'employé soit contraint de consentir à une clause déraisonnable.²⁰

B. L'erreur de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : la divisibilité ne peut dissiper l'ambiguïté d'une clause restrictive

Méprise de la Cour d'appel – Selon la Cour suprême, la Cour d'appel n'a pas appliqué la théorie de la divisibilité fictive ; elle n'a pas donné une interprétation atténuée d'une clause illégale afin de la rendre légale. En l'espèce, la Cour d'appel « essayait en fait de dissiper l'ambiguïté de l'expression »²¹ *l'agglomération de la ville de Vancouver* en donnant une interprétation atténuée de la clause selon ce qu'elle jugeait raisonnable et sa perception de l'intention des parties²². Il ne s'agit pas là de l'objectif poursuivi par la divisibilité fictive ; en effet, « la théorie de la divisibilité fictive ne permet pas à un tribunal de réécrire une clause restrictive d'un contrat de travail en accord avec sa propre perception du consensus auquel ont pu arriver les parties ou avec ce qu'il juge raisonnable dans les circonstances »²³.

Ensuite, à titre subsidiaire, KRG a fait valoir que dans l'hypothèse où la Cour ne serait pas disposée à confirmer la décision de la Cour d'appel interprétant l'expression « agglomération de la ville de Vancouver » comme désignant « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby », elle devrait appliquer la technique du trait de crayon bleu et supprimer les mots « agglomération de »²⁴. La Cour suprême est là encore d'avis que la divisibilité pure et simple ne s'applique pas :

En supprimant les mots « l'agglomération de », il ne resterait que les mots « la ville de Vancouver ». KRG Western écrit dans son mémoire

20. *Id.*, par. 38-41.

21. *Id.*, par. 47.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

24. *Id.*, par. 48.

qu'il [...] « ressort clairement du contexte que, pour les parties, le secteur géographique visé par la restriction devait inclure non seulement la ville de Vancouver, mais également ses banlieues immédiates » [...]. La Cour d'appel a estimé que les parties [...] « avaient clairement en tête une portée géographique qui comprenait la ville de Vancouver et quelque chose de plus » [...]. Cependant, aucun élément de preuve ne démontre que les parties se seraient « incontestablement » entendues pour supprimer les mots « l'agglomération de » « sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché »,²⁵

Reproduisant un passage important de la décision *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King*²⁶ la Cour suprême explique que la divisibilité pure et simple doit être appliquée restrictivement, et seulement dans des circonstances particulières :

[TRADUCTION] les tribunaux n'auront [recours à la technique du trait de crayon bleu pour] diviser la clause et en retrancher un élément que s'il est honnêtement possible de dire que l'obligation qui subsiste est en soi une obligation sensée et raisonnable sur laquelle les parties se seraient incontestablement entendues sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché. [...] C'est dans ce contexte qu'il est question, dans la jurisprudence, de la possibilité de diviser une clause invalide ou d'en supprimer des éléments qui sont dénués d'importance ou qui sont de pure forme, et qui sont étrangers à son objet principal, afin de la rendre valide [...].²⁷

Théorie de la rectification – Enfin, dans son mémoire, KRB affirme qu'« il doit y avoir eu erreur dans le libellé » de la clause et que l'expression « agglomération de la ville de Vancouver » constitue une « description erronée »²⁸. Par conséquent, il invite la Cour à appliquer la théorie de la rectification afin de clarifier la description erronée. Là encore, la Cour est d'avis qu'« il ne s'agit pas d'une affaire où la rectification est possible »²⁹. Pour qu'il y ait rectification, il faut, comme le souligne le juge Binnie dans l'arrêt *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, « (1) établir l'existence et la teneur de l'entente verbale antérieure incompatible ; (2) prouver que la partie qui réclame l'application de l'entente écrite connaissait ou aurait dû connaître la discordance entre l'entente verbale et l'entente écrite, dans des circonstances qui constituent une fraude

25. *Id.*, par. 50.

26. *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King*, (1989) 60 D.L.R. (4th) 293 (B.C.C.A.).

27. *Shafroon c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, préc., note 4, par. 49.

28. *Id.*, par. 51.

29. *Id.*, par. 52.

ou l'équivalent d'une fraude ; et (3) démontrer « de façon précise » comment l'écrit peut être formulé pour exprimer l'intention antérieure ». L'appelante n'ayant aucune entente verbale préalable à faire valoir, elle ne peut se prévaloir du droit à la rectification.

L'ambiguïté persistant, la Cour conclut que la clause restrictive est bel et bien illégale et par conséquent inopérante. Le pourvoi est accueilli.

2. La théorie de la divisibilité en droit civil québécois : de l'affaire *Cameron* à l'article 1438 C.c.Q.

L'affaire *Shafron* aurait pu se présenter au Québec de la même façon qu'en Colombie-Britannique ; les mêmes questions auraient pu être soulevées. La Cour suprême aurait-elle toutefois répondu de la même façon ? *Quid* de la démarche adoptée pour répondre à la question ?

Afin de faire le point sur les différentes avenues entourant la théorie de la divisibilité en sol québécois, il s'avérera intéressant de comparer la démarche civiliste avec celle adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Shafron*. Pour ce faire, il conviendra d'identifier, d'une part, les critères conduisant à la séparabilité d'une obligation de non-concurrence (A) et de les mettre en perspective avec les nouvelles avenues offertes par le législateur en 1994 : soit la possibilité pour le tribunal de réduire certaines obligations stipulées dans un contrat d'adhésion (B).

A. La séparabilité et la divisibilité : comment s'y retrouver ?

Séparabilité – Un contrat peut comporter plusieurs clauses comptant différentes obligations de non-concurrence, comme l'obligation de ne pas travailler pour un concurrent durant la période contractuelle et post-contractuelle, l'obligation de ne pas divulguer des renseignements que l'entreprise considère comme confidentiels durant une certaine période et l'obligation de ne pas constituer, après avoir cessé de travailler pour cette entreprise, une société dont les objets seraient analogues. La question se pose alors de savoir si ces différentes clauses sont séparables, c'est-à-dire si les clauses présentant des restrictions raisonnables s'imposeront au débiteur de l'obligation même si certaines autres clauses sont nulles parce qu'elles prescrivent des obligations jugées déraisonnables.

La question est délicate. Elle ne peut être résolue que par l'interprétation du contrat selon les règles usuelles d'interprétation. Le Code civil prescrit, et la jurisprudence prône, qu'il faut séparer les clauses séparables et donner effet aux clauses valables. Ces conséquences concernant la nullité partielle d'une clause avaient été définies par la Cour suprême dans l'arrêt *Cameron*, et sont reprises aujourd'hui à l'article 1438 C.c.Q. :

La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doit être considéré comme un tout indivisible.

Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite.

Il faut donc rechercher la volonté des parties et la respecter. Le contrat n'est-il pas la loi des parties ? Dans certains cas, l'exercice sera facile, les parties ayant, par exemple, expressément prévu l'indivisibilité du contrat. Dans d'autres cas toutefois, l'exercice s'avérera plus périlleux : « Il reste cependant à préciser dans quels cas une clause est indivisible du reste de l'acte : on distingue généralement l'indivisibilité objective, qui tient à la nature des choses, de l'indivisibilité subjective, qui renvoie à la volonté des parties contractantes »³⁰.

Divisibilité – On peut aussi se demander si une même clause est divisible, autrement dit, si « une clause peut être partiellement valide et partant exécutoire en l'espèce, même si quelques éléments sont nuls »³¹. Quoi qu'en pensent certains, l'arrêt *Cameron* n'a pas répondu à cette question. Le juge Laskin a même expressément souligné qu'il lui était inutile d'y répondre. Une chose est certaine cependant, si une clause du contrat est rédigée de manière à inclure grammaticalement deux obligations séparables, ces deux obligations seront considérées comme telles. C'est ainsi qu'il faut interpréter une partie de la dissidence du juge Pigeon dans l'affaire *Cameron* : « Je cherche en vain le motif pour lequel on devrait ainsi considérer chaque clause comme indivisible. Je ne connais aucun principe d'après lequel la divisibilité d'une obligation ou d'un contrat dépendrait de la disposition de sa rédaction en paragraphes »³².

30. Jean PINEAU, Daniel BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 203.

31. *Ibid.*

32. *Id.*, n° 156.

La dissidence du juge Pigeon est cependant plus fondamentale. En civiliste, il veut donner effet aux clauses de non-concurrence librement consenties et ne pas favoriser les échappatoires. Ainsi, il aurait souhaité que la portée raisonnable d'une clause ne soit pas anéantie par l'existence de certains éléments moins raisonnables. L'extrait suivant illustre bien le sentiment des tribunaux face à cette question :

La forte dissidence de M. le juge Pigeon dans *Cameron* soulève ce qui me paraît être dans notre jurisprudence une nouvelle question : celle de la divisibilité d'une clause restrictive de la liberté de travail qui permettrait de sanctionner la partie de l'obligation contractée par l'ex-employé qui serait valide, même si, dans son ensemble, la clause a une portée excessive.

La majorité de la Cour suprême ne s'est pas arrêtée à cette question, elle a jugé que l'une des clauses sous étude était trop étendue dans le temps et la seconde en raison de sa portée géographique (*sic*), mais M. le juge Laskin disait pourtant [...] :

Je n'admets pas qu'une partie contractante puisse unilatéralement limiter la portée d'une stipulation en sa faveur pour accroître ses chances de succès dans un litige portant sur la validité de celle-ci.

M. le juge Pigeon, appuyé par M. le juge en chef Fauteux, favorisait la divisibilité. Il était d'avis que l'obligation contractée par Cameron d'entrer au service d'un concurrent d'une part ou d'une entreprise similaire d'autre part était divisible et que la première partie de cette obligation était indubitablement valide et, en outre, que Cameron n'était pas recevable à invoquer la durée excessive de son engagement (cinq ans) pour se défendre de l'avoir violé peu de temps après son départ.

Je reconnais l'attrait de ce point de vue qui vise la sanction d'un engagement librement contracté à l'égard d'actes qui constituent sans équivoque une concurrence déloyale. D'autre part, dans cette matière que la jurisprudence a considéré d'ordre public, il me paraît tout aussi important de contenir les exigences démesurées qu'un employeur pourrait être tenté d'imposer à un subalterne comme condition d'emploi et dans l'état actuel de la jurisprudence, je crois encore préférable de refuser de sanctionner une clause excessive, même à l'égard de ce qui ne le serait pas.³³

33. *Salomon c. Industrial Overload (Québec) Inc.*, [1974] R.T.D. 559 (J. Gagnon).

Ainsi, une partie ne peut modifier une clause illégale de façon à la rendre acceptable en abandonnant une partie de sa portée³⁴. Cette opinion a été clairement exprimée par le juge Laskin dans l'arrêt *Cameron* : « Je n'admets pas qu'une partie contractante puisse unilatéralement limiter la portée d'une stipulation en sa faveur pour accroître ses chances de succès dans un litige portant sur la validité de celle-ci »³⁵.

Trente-cinq ans plus tard, le droit québécois est-il encore réfractaire à la réduction d'une obligation de non-concurrence ?

**B. La réduction d'une obligation de non-concurrence :
l'article 1437 C.c.Q.**

Dans le cadre de ses travaux, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada s'est intéressée à la nullité des contrats³⁶. La question posée au rapporteur québécois concernait la nécessité de modifier ou non l'article 1438 C.c.Q. afin de donner aux tribunaux le pouvoir général de réduire les obligations d'une partie, voire de réviser un contrat contraire à l'ordre public. Bien que le rapport soit favorable à ce que les tribunaux disposent du pouvoir général de reformuler un contrat contraire à l'ordre public, il apparaît improbable qu'une telle solution soit considérée par le législateur québécois dans un proche avenir :

L'approche retenue consiste à donner aux tribunaux un pouvoir général de prononcer la nullité partielle d'un contrat dont certaines clauses sont illicites, suivant une approche semblable à la technique du « trait de crayon bleu [en common law] » (art. 1438 C.c.Q.), tout en réservant la possibilité pour les tribunaux de réduire les obligations d'une partie ou de réviser les termes du contrat à certains cas particuliers. Mon propos n'est pas d'entreprendre l'examen exhaustif de ceux-ci, mais voici quelques exemples. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible (art. 1437 C.c.Q.). Le montant de la peine stipulée en vertu d'une clause pénale peut également être réduit, que celle-ci soit insérée ou non dans un contrat de consommation ou d'adhésion (art. 1623 C.c.Q.). En France, les tribunaux ont longtemps exercé le pouvoir de réduire la portée de la clause de non-concurrence, qui est

34. *Vancouver Malt & Sake Brewing Co. c. Vancouver Breweries Ltd.*, [1934] A.C. 181, 191.

35. *Cameron c. Canadian Factors Corp.*, préc., note 1, p. 162.

36. Michelle CUMYN, « La nullité des contrats en droit québécois », *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*, Régina, Saskatchewan, août 2004.

invalide parce que trop générale. Cette solution n'a cependant pas été adoptée au Québec. La nullité partielle est donc le seul recours disponible.³⁷

Application de l'article 1437 C.c.Q. – L'article 1437 C.c.Q. prévoit que la clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle, ou l'obligation qui en découle réductible. Pourrait-on s'appuyer sur cette disposition afin de récupérer une partie valide d'une clause de non-concurrence dont l'autre partie serait déraisonnable ?

En premier lieu, il faut rappeler que l'article 1437 C.c.Q. n'est applicable qu'en présence d'un contrat d'adhésion ou de consommation. Par conséquent, seules les clauses de non-concurrence qui se trouvent dans un contrat d'emploi ou dans certains contrats de distribution pourraient éventuellement bénéficier de ce régime. En outre, si l'on examine les quelques décisions où les tribunaux ont pu exercer, de façon générale, leur pouvoir d'annuler, de réduire ou encore de réviser un contrat, l'intervention variera selon qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public de direction ou de protection³⁸. Dans ce dernier cas, le rôle du tribunal est de corriger un déséquilibre contractuel afin d'empêcher la partie la plus vulnérable de subir une injustice, il n'en va pas de même avec une mesure d'ordre public de direction, où le tribunal sera davantage préoccupé par le respect de la loi et son caractère dissuasif³⁹.

Clause à paliers et clause accordant un pouvoir de modification au tribunal – Face à ces incertitudes concernant la réduction de la portée d'une obligation de non-concurrence, la pratique a développé des stratégies pour tenter d'échapper à la rigueur de la loi. Deux stratagèmes sont apparus dans les contrats : l'un confère au tribunal le pouvoir de réécrire la clause ; l'autre se présente plutôt sous la forme d'une suite d'engagements dont la portée diminuera graduellement de façon à atteindre un seuil raisonnable. Qu'en est-il de la validité de ces stipulations en sol québécois ?

D'emblée, ces clauses contreviennent à un principe fondamental dans notre système juridique : la détermination de la prestation à laquelle le débiteur est tenu⁴⁰. La facture alternative des clauses à

37. *Id.*, nos 35-37.

38. *Id.*, n° 39.

39. *Ibid.*

40. C.c.Q., art. 1373.

paliers ne nous apparaît pas respecter cette condition. D'autre part, dans le cas particulier des clauses de non-concurrence qui se trouvent dans un contrat d'emploi, l'article 2089 C.c.Q. édicte que la clause de non-concurrence doit être écrite et elle doit préciser « en termes exprès » la durée, le territoire, ainsi que le genre de travail visé. De la lecture combinée de cette disposition ainsi que de l'article 1373 C.c.Q., il s'avère possible de conclure que le seuil de détermination de la prestation est plus élevé dans le cadre du contrat d'emploi. En d'autres termes, le salarié doit connaître précisément l'étendue de ses obligations au moment de la signature du contrat, ce qui n'est absolument pas le cas avec les clauses à paliers.

Par le passé, ces clauses ont été jugées, dans certains cas, déraisonnables puisqu'elles ne permettent pas au cocontractant de mesurer la portée précise de son engagement au moment de la signature du contrat, alors que dans d'autres situations, elles ont été validées. Afin de bien comprendre les enjeux liés à cette question, la décision *Drouin c. Simplec*, de la Cour d'appel, résume bien les différents courants.

Doctrine à l'appui, le juge Chamberland jugea dans cette affaire que « les règles du *Code civil du Québec* [...] en matière d'obligations exigent que la prestation à laquelle le débiteur est tenu envers son créancier soit déterminée ou déterminable »⁴¹. Autrement dit, la Cour estima nécessaire que les clauses restrictives, en l'espèce les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation, soient limitées dans le temps et l'espace de façon à ce qu'il n'y ait aucune incertitude possible permettant l'ignorance du contour précis des obligations du débiteur afin de respecter la règle posée par l'article 1373 C.c.Q. Pour le juge Chamberland, « l'état d'incertitude dans lequel la rédaction de la clause laisse l'employé [...] justifie de conclure à l'invalidité de celle-ci »⁴², point de vue partagé par le juge Morissette.

Ainsi, la Cour conclut à l'invalidité des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation faisant l'objet du litige. Toutefois, la Cour démontra « une certaine ouverture quant à la [validité de la] période minimale de 12 mois »⁴³ prévue dans la clause de non-

41. *Drouin c. Surplec inc.*, [2004] R.J.Q. 1125, par. 9 (C.A.).

42. *Id.*, par. 10.

43. Sébastien LORQUET, « Commentaires sur la décision *Drouin c. Surplec inc.* – Invalidité des clauses restrictives par paliers », (2004) *Repères* 252.

sollicitation. Ceci dit, la Cour, vu les faits de l'espèce, ne développa pas sur cette dernière question.

Pour sa part, le juge Delisle conclut également au bien-fondé du pourvoi tout en prenant une voie bien différente de celle empruntée par ses collègues. Après avoir fait une revue de la doctrine et de la jurisprudence portant sur la question, le juge Delisle valida ce type de clause, écartant l'argument qu'une clause par paliers ne satisfait pas les exigences de l'article 1373 C.c.Q. et soutint « qu'il y ait clause ou pas, l'étendue de l'obligation de loyauté découlera des circonstances »⁴⁴. Aussi, étant donné que le contrat en l'espèce était un contrat de travail à durée indéterminée, le juge Delisle considéra comme sage la rédaction d'une clause permise par la loi – en l'occurrence une clause restrictive – dans des termes permettant de l'adapter aux circonstances puisque si une telle clause rédigée rigide est attaquée en justice, la seule option du tribunal sera de l'annuler. Ainsi, le juge estima qu'une « clause par paliers, du genre de celles impliquées ici, prévoit essentiellement divers scénarios applicables suivant les données particulières de l'époque de la cessation du contrat de travail »⁴⁵ et n'est pas contraire à l'ordre public.

CONCLUSION

L'analyse de l'affaire *Shafron* aura permis, plus de trente ans après l'affaire *Cameron*, de s'interroger à nouveau sur les fondements de la nullité partielle d'une clause de non-concurrence. Qu'il s'agisse d'une décision rendue dans la sphère du droit civil ou dans celle de la common law, l'approche est identique ; le test de la raisonnable permet de pondérer les intérêts en présence.

Même si les principes généraux demeurent fondamentalement les mêmes pour toute clause de non-concurrence, les tribunaux ont tendance à accepter plus facilement les clauses de non-concurrence incorporées aux contrats de vente d'entreprises⁴⁶ que celles qui se trouvent dans un contrat de travail, comme nous l'a démontré encore l'affaire *Shafron*.

44. *Drouin c. Surplec inc.*, préc., note 41, par. 54.

45. *Id.*, par. 55.

46. *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1984] A.C. 535, 566 et 571 (H.L.); *Herbert Morris Ltd. c. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688, 701 (H.L.); *Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916, 924; *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 R.C.S. 865, 1508 et 1509.

Les tribunaux ont maintes fois repris le principe affirmé par l'honorable juge Laskin dans la 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 [travail] 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 [travail] 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.⁴⁷

Ce principe, issu de la common law, est appliqué strictement par la jurisprudence québécoise⁴⁸. Les tribunaux sont ainsi plus sévères à l'égard des clauses restrictives incluses dans les rapports de travail et plus respectueux de la volonté des parties pour les clauses contenues dans les contrats commerciaux.

Le fondement de cette différence de traitement se trouve dans le souci, de la part des tribunaux, de maintenir un certain équilibre des rapports de force en présence dans les relations contractuelles. Les tribunaux insufflent ainsi un certain ordre public de protection à la loi des parties.

Cette chronique jurisprudentielle aura ainsi permis de constater que la nullité partielle d'une clause de non-concurrence constitue une situation exceptionnelle et cela est encore plus vrai, lorsque la clause de non-concurrence se trouve dans un contrat de

47. *Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, préc., note 46, p. 923 et 924.

48. 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.) ; *Pacitto c. Bisailon*, J.E. 2002-1694 (C.Q.) ; *Évimbec ltée c. Lagueux*, J.E. 2002-438 (C.Q.) ; *Dubuc c. Bergeron*, J.E. 2001-1947 (C.S.) (appel accueilli, J.E. 2002-352 (C.A.)).

travail. Il s'avère donc extrêmement important pour les rédacteurs de contrats de bien maîtriser l'ABC du test de la raisonnable d'une clause de non-concurrence et de limiter la restriction aux seuls intérêts qui doivent être protégés.