



LES ENTENTES RESTRICTIVES D'EMPLOI EN DROIT QUÉBÉCOIS

SYNTHÈSE PARTIELLE DE LA JURISPRUDENCE SUR LES ENTENTES DE NON-CONCURRENCE, DE NON-DIVULGATION ET DE NON-SOLLICITATION

Marie-Josée Legault, professeure titulaire de relations industrielles, TÉLUQ

RÉSUMÉ	3
QU'EST-CE QU'UNE ENTENTE RESTRICTIVE D'EMPLOI?	3
LE PROBLÈME VISÉ	4
L'embauche d'un ex-employé chez un concurrent.....	4
Qu'est-ce qu'un secret d'affaires? Qu'est-ce que l'information confidentielle?	5
LE CONTEXTE JURIDIQUE	7
Le droit canadien, l'économie de marché et la concurrence	7
Le droit québécois et l'intérêt légitime de l'employeur.....	11
Le droit québécois et la liberté de travail de l'employé.....	13
UNE PREMIÈRE RESTRICTION UNIVERSELLE À LA CONCURRENCE DE L'EMPLOYÉ : LE DEVOIR DE LOYAUTÉ	16
Quelle est l'obligation de l'employé?.....	16
Quel est le recours de l'employeur?.....	18
Une autre protection : invoquer la divulgation inévitable <i>a posteriori</i> pour demander une injonction...	19
Que peut légitimement faire l'ex-employé en vertu du devoir de loyauté (art. 2088 CcQ)?	22
<i>Solliciter des clients</i>	23
<i>L'exception des ordres professionnels</i>	25
<i>Préparer sa sortie</i>	27
<i>Solliciter des employés</i>	28
<i>Solliciter des fournisseurs</i>	28
Qu'est-ce que le devoir de loyauté (art. 2088 CcQ) interdit à l'ex-employé?	28
<i>Solliciter des clients</i>	29
<i>Solliciter des employés</i>	33
<i>Solliciter des fournisseurs</i>	33
<i>La preuve par présomption</i>	34
À qui s'applique le devoir?	36
Que peut faire l'employeur qui s'estime lésé?	37
Pendant combien de temps?	38

NE PAS CONFONDRE LA PORTÉE LIMITÉE DU DEVOIR DE LOYAUTÉ AVEC CELLE DE L'ENTENTE RESTRICTIVE	41
LES MOYENS CONTRACTUELS DE PROTECTION POUR L'EMPLOYEUR	41
L'ENTENTE DE NON-CONCURRENCE SIGNÉE À L'EMBAUCHE OU AU DÉPART.....	43
Les conditions de validité de l'entente de non-concurrence en contexte d'emploi.....	43
<i>Tout doit être écrit.....</i>	44
<i>Tout doit être précis et sans ambiguïté</i>	44
<i>L'entente doit se limiter à protéger les intérêts légitimes de l'employeur</i>	46
<i>L'entente doit aussi tenir compte de la liberté de travail de l'employé</i>	47
<i>Imposer une durée raisonnable.....</i>	48
<i>Imposer un territoire raisonnable.....</i>	49
<i>Restreindre les seules activités qui nuisent aux intérêts légitimes de l'ex-employeur</i>	51
<i>Un exemple de condition déraisonnable : l'entente de non-concurrence par paliers, escalier ou entonnoir.....</i>	53
<i>L'employé sortant doit avoir librement consenti à l'entente.....</i>	54
Des conditions déraisonnables peuvent invalider l'entente.....	55
L'employé sortant doit-il divulguer l'entente à son nouvel employeur?	56
L'entente ne tient plus si l'employeur met fin à l'emploi sans motif sérieux	57
<i>Qu'ont reconnu les tribunaux à titre de motif non sérieux?</i>	58
<i>Qu'ont reconnu les tribunaux à titre de motif sérieux?</i>	58
Ne pas confondre ces ententes avec les ententes contractuelles conclues entre entrepreneurs.....	60
L'ENTENTE DE NON-SOLLICITATION	62
Peut-on assimiler l'entente de non-sollicitation à l'entente de non-concurrence?.....	62
<i>L'entente de non-sollicitation est assimilable à l'entente de non-concurrence.....</i>	62
<i>L'entente de non-sollicitation n'est pas assimilable à l'entente de non-concurrence</i>	63
<i>Quelles sont les conséquences de chacun de ces courants?.....</i>	63
Les conditions de validité de l'entente de non-sollicitation.....	64
Qu'est-ce qu'un client?	65
L'employeur peut-il demander la conclusion d'une entente restrictive en cours d'emploi?.....	66
L'ENTENTE D'EXCLUSIVITÉ ET DE CONFLITS D'INTÉRÊTS	66
L'ENTENTE DE NON-DIVULGATION OU DE CONFIDENTIALITÉ.....	67
L'ENTENTE DE VERSEMENT DE REDEVANCES À L'EX-EMPLOYEUR.....	68
L'ENTENTE DE RENONCIATION AU PROGRAMME D'INTÉRESSEMENT	68
LES RECOURS DE L'EMPLOYEUR LÉSÉ.....	69
L'ordonnance d'injonction	69
Le recours en dommages-intérêts	71
Que fait l'employeur lié par une entente de non-concurrence en cas d'échec dans ces deux recours?	72
Que fait l'employeur à qui le tribunal donne raison dans son recours?.....	72
CONCLUSION	72
RÉFÉRENCES	73

RÉSUMÉ

Pour obtenir un résumé du contenu de cette synthèse, lisez tout simplement la table des matières, elle est conçue de façon à en résumer le contenu.

Quand vous aurez lu cette synthèse en entier, faites un test : relisez la table des matières, prenez quelques notes énonçant ce que vous retenir au sujet de chaque intertitre, puis vérifiez ce que vous avez écrit en relisant la synthèse. En effet, aux fins d'étude, une seule lecture ne suffit pas... Vous verrez alors ce qui vous a échappé. Tentez une deuxième fois de résumer le contenu de chaque intertitre.

QU'EST-CE QU'UNE ENTENTE RESTRICTIVE D'EMPLOI?

Les ententes restrictives sont des ententes contractuelles (dont deux parties conviennent par contrat) par lesquelles les deux parties conviennent de restreindre la concurrence qu'elles peuvent se livrer. Il existe des ententes qui constituent des contrats à proprement parler, d'autres qui sont des clauses de non-concurrence incluses dans des contrats d'emploi, de ventes d'entreprise ou d'actions.

Dans ce texte, nous ne traiterons que des ententes en contexte d'emploi. On peut les définir ainsi :

Une clause de non concurrence dans un contrat d'emploi est une disposition par laquelle un employé s'engage, pendant la durée de son emploi et pour une certaine période suivant la fin de son emploi, à ne pas travailler pour une entreprise concurrente de son employeur et/ou à ne pas s'engager dans l'exploitation d'une entreprise concurrente, personnellement ou par personne interposée et ce, dans un territoire déterminé. (Boiteau et Gauthier, 2010, non paginé)

Elles sont fréquentes dans le contexte de l'économie du savoir, où certains savoir-faire jouent un rôle de premier plan dans la position concurrentielle d'une firme, sont l'un des actifs les plus précieux qui permettent à une entreprise de distinguer ses produits ou ses services de ceux de ses concurrents. Or, à l'occasion du départ d'un employé clé se pose l'enjeu de sa connaissance des secrets de l'entreprise et de ce qu'il fera de cette connaissance s'il travaille chez un concurrent (Bonhomme, 2008, p. 139).

Dans le vocabulaire spécialisé, on les désigne aussi comme des ententes de *viduité post-emploi*. Le *délai de viduité* est un terme juridique qui désigne le délai (en principe de 300 jours) imposé à la femme veuve ou divorcée avant qu'elle puisse se remarier.

Par extension, on l'emploie aussi pour désigner le délai imposé à un employé quittant son emploi avant qu'il puisse :

- exercer un emploi similaire chez un autre employeur (la plus grande restriction);

- faire certaines choses dans un emploi similaire chez un autre employeur (moindre restriction).

LE PROBLÈME VISÉ

L'embauche d'un ex-employé chez un concurrent

Les ententes restrictives d'emploi visent à protéger l'employeur de la concurrence que peuvent lui livrer ses ex-employés par la **divulcation d'informations confidentielles** auxquelles ils ont eu accès pendant leur emploi à un concurrent ou par le **divertissement de la clientèle** au profit d'un concurrent (Béliveau et Lebel, 2011, p. 115).

Le problème visé par l'entente de non-concurrence est celui qui se pose lorsqu'un employé quitte un employeur :

- pour travailler chez un concurrent,
- ou pour démarrer sa propre entreprise dans le même secteur d'activité que son ex-employeur.

Dans les deux cas, l'employé sortant a partagé chez son précédent employeur certains **secrets d'affaires** d'importance stratégique ou de **l'information confidentielle** utile à un autre employeur du même secteur d'activité.

L'employé s'apprête ainsi, selon son précédent employeur, à mettre son savoir, ses connaissances et son information au service d'une autre entreprise et, ce faisant, pourrait miner sa position concurrentielle (Bich, 2003, p. 245).

L'employeur est soucieux de protéger des secrets et des informations confidentielles de l'entreprise, ainsi que de conserver sa clientèle. Il redoute alors la concurrence dont il peut faire l'objet de la part de ses employés ou ex-employés. Il cherche, dans le meilleur cas, à protéger l'avantage concurrentiel acquis au prix d'efforts ou d'investissements considérables et qui ne seraient pas rentables en l'absence du secret (Béliveau, 2008, p. 3; lire aussi Béliveau et Knoechel, 2008, à ce sujet). Ce que l'employeur protège ainsi est désigné comme son **patrimoine d'entreprise**, c'est-à-dire l'ensemble des atouts (ressources humaines, procédés, recettes, savoir-faire, secrets industriels, etc.) qui lui donnent un avantage concurrentiel sur un marché donné (Benaroch, 2008, p. 185).

Cela est encore plus critique dans le cadre de l'économie du savoir (voir à ce sujet le premier module du cours ADM 6510 *Gestion des ressources humaines en contexte de projet*), où l'actif intangible qu'est le savoir distingue une entreprise créative d'une autre; dans un tel contexte, le savoir est un facteur d'avantage concurrentiel dont la protection est

cruciale pour la survie et la prospérité d'une entreprise (Bich, 2003, p. 245).

Qu'est-ce qu'un secret d'affaires? Qu'est-ce que l'information confidentielle?

On a vu plus haut que l'employeur motive son inquiétude et son recours par l'accès qu'a eu l'employé sortant à certains **secrets** d'affaires d'importance stratégique ou à de **l'information confidentielle** utile à un autre employeur du même secteur d'activité. Il faut donc bien comprendre les notions préalables de **secret d'affaires (industriel ou commercial)** et **d'information confidentielle**, car elles fondent le recours d'exception que nous étudions ici.

Pour justifier le recours d'un ex-employeur, ces secrets doivent procurer des avantages à l'entreprise qui les détient, avoir une valeur stratégique déterminante.

Le **secret d'affaires (industriel ou commercial)** se définit comme toute information, y compris une formule, un modèle, une compilation, un logiciel, un instrument, une méthode, une technique ou un procédé qui :

- retire sa valeur économique, réelle ou potentielle, du fait de ne pas être connue ni accessible à d'autres personnes qui, si elles y avaient accès, en retireraient aussi, et
- fait l'objet d'efforts raisonnables pour entretenir le secret qui l'entoure (Béliveau et Knoechel, 2008, p. 390-391).

Le **secret d'affaires** comprend tout ce qui procure un avantage concurrentiel : information de nature commerciale, financière, industrielle, technique ou scientifique, notamment : formule chimique; recette; liste de fournisseurs, de distributeurs, **de clients**; procédé de fabrication; mécanisme; méthode de vente ou de distribution; profil des consommateurs; états financiers d'une compagnie à capitalisation privée; stratégie publicitaire. La notion de secret est **synonyme dans ce texte d'information confidentielle** (Robinson et Jetté, 2003, p. 4).

Souvent, le **secret d'affaires** désigne simplement, dans la conversation, un ensemble organisé et systématique d'informations confidentielles élaborées par une entreprise dans le cadre de ses activités économiques, soit la production ou la réalisation de biens ou la prestation de services (Robinson et Jetté, 2003, p. 15).

L'information confidentielle visée ici est celle qui est la propriété d'une entreprise; elle se distingue du savoir détenu par une personne, qui lui appartient et qu'elle peut utiliser pour gagner sa vie (Béliveau et Knoechel, 2008, p. 410-411).

L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (CHLC, 1989) énoncent

quatre conditions qui définissent une **information confidentielle** au sens de la protection de la saine concurrence :

- L'information confidentielle **est ou peut être utilisée** dans un commerce ou une entreprise.
- Le renseignement **est secret**, c'est-à-dire qu'il n'est pas généralement connu de personnes appartenant au secteur d'activité et ne leur est pas facilement accessible. Le **secret peut être relatif**, soit résulter de l'assemblage d'éléments qui, individuellement, ne sont pas secrets; toutefois, l'information n'est pas librement accessible à tous ceux qui la convoitent (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 131).
- le renseignement a une **valeur commerciale réelle ou potentielle** en raison de son caractère secret. Celle-ci est techniquement utile. Elle est réservée et recherchée par des tiers potentiellement disposés à payer un prix pour l'acquérir. Elle est **critique ou stratégique**;
- l'information fait l'objet d'un effort, de mesures qui, dans les circonstances, sont raisonnables pour éviter qu'elle ne soit généralement connue; la personne qui a licitement le contrôle du renseignement a, par exemple, pris des **dispositions raisonnables pour le garder secret** (Robinson et Jetté, 2003, p. 6-7 et 12-13; O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 131).

Il ne suffit pas pour l'employeur de déclarer qu'une information est confidentielle. Il lui faut démontrer le caractère confidentiel et stratégique de l'information avant d'en imposer la protection, démontrer son caractère secret. Avant de protéger un employeur en vertu de la rupture du secret d'affaires, le tribunal vérifie notamment les efforts qu'a investis l'ex-employeur pour conserver le secret entourant l'information dite secrète. En l'absence de preuve de tels efforts, le scepticisme s'impose.

L'information aura de préférence un caractère confidentiel et sera matérialisée sous la forme d'un objet (plans, maquettes liés à la mise au point d'un produit ou d'une technique, liste de clients secrète ou contenant des renseignements accumulés au fil des ans); elle n'est pas généralement connue ou ne peut être obtenue ou reconstituée facilement (Bich, 2003, p. 307).

Nous verrons plus loin que toute liste n'est pas confidentielle, même lorsque l'ex-employeur déclare qu'elle l'est (section « *Solliciter des clients* »).

Le secret s'oppose au **brevet qui est publié et public**. Le brevet confère un droit exclusif de fabriquer, de construire, de vendre ou d'exploiter l'innovation et de prévenir la contrefaçon en échange du dévoilement, de la diffusion de l'invention (Bich, 1999, p. 357-358). Il n'est protégé que pendant 20 ans. Tous peuvent en prendre connaissance et modifier légèrement la recette, le procédé breveté pour en tirer parti légalement en obtenant une licence, alors

que le secret tire sa valeur du fait de ne pas être dévoilé (Robinson et Jetté, 2003, p. 8-9).

La durée du secret n'est pas limitée; tant qu'il n'est pas dévoilé, il demeure un secret. La protection du secret est de compétence provinciale et les recours, par conséquent, s'exercent devant les tribunaux provinciaux (Robinson et Jetté, 2003, p. 10-11).



Il importe avant tout de bien comprendre qu'il y a deux régimes juridiques applicables au Québec, selon la compétence à laquelle est assujéti l'employeur :

- Les organisations de compétence canadienne selon la Constitution canadienne sont celles qui ont leurs activités dans les secteurs économiques suivants :
 - le secteur bancaire;
 - les transports interprovinciaux;
 - les chemins de fer, canaux ou liaisons télégraphiques qui relient une province à une ou à plusieurs autres;
 - les communications par air ou par mer (transport routier interprovincial, navires, chemins de fer, canaux, avions, aéroports, traversiers, tunnels et ponts interprovinciaux);
 - les télécommunications (stations de radio et de télédiffusion, réseaux téléphoniques et télégraphiques, câblodistribution, postes);
 - les entreprises déclarées d'intérêt général pour le Canada et celles qui ne sont pas du ressort législatif des provinces (énergie nucléaire, extraction et traitement de l'uranium, pipelines, silos, élévateurs à grains autorisés par la Commission canadienne des grains, minoteries, usines de nettoyage des semences, exploration et mise en valeur des gisements de pétrole). Les salariés de l'État fédéral (fonctionnaires fédéraux) sont aussi régis par le régime juridique canadien plutôt que par celui des provinces où ils travaillent.

- Toutes les autres organisations sont de compétence québécoise. C'est le régime applicable à ces organisations que je présente dans ce chapitre.

LE CONTEXTE JURIDIQUE

Le droit canadien, l'économie de marché et la concurrence

Si l'on peut comprendre le souhait de l'employeur d'éviter ce genre de situation, il ne faut pas perdre de vue pour autant le cadre économique général dans lequel ces ententes sont conclues; le **droit libéral qui nous régit met en place un système économique fondé sur la concurrence et le libre marché** :

Le droit de la concurrence a pour but de contrôler la création, le maintien et l'augmentation du pouvoir de marché des entreprises. Par pouvoir de marché, on entend la capacité des entreprises d'exercer à leur avantage une influence sur les prix, la qualité, la variété, le service, la publicité, l'innovation et les autres dimensions de la

concurrence pendant une certaine période (Renaud et Thérien, 2011, p. 81).

L'économie capitaliste est une économie fondée sur le principe du libre marché, dans laquelle on suppose que la concurrence sert à maintenir l'équilibre entre l'offre et la demande et, par conséquent, à réguler les prix.

La préservation de la concurrence entre les entreprises fait l'objet d'une loi canadienne : la Loi sur la concurrence (LRC (1985) ch. C-34) définit ainsi son objet :

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.



Dans le texte qui suit, nous désignons la Loi sur la concurrence par le sigle LC.

La liberté de commerce et d'entreprise est une condition inhérente à ce système économique et en représente l'état normal, à condition qu'elle soit « loyale ». En d'autres termes, le **régime général est celui de la libre concurrence**, et ce qui la restreint constitue en principe une exception. Dans certains cas, les pratiques qui restreignent la concurrence constituent même d'importants délits. Cela indique d'emblée que le droit imposera des restrictions au contenu de ces ententes.

Cependant, lorsqu'une entreprise a fait sa niche dans un tel système, elle peut tenter de protéger sa position malgré l'application de ce principe. Les ententes de non-concurrence constituent l'une de ces exceptions, qui vise à empêcher l'ex-employé de faire concurrence à son ex-employeur si cette concurrence est **déloyale en vertu de l'article 2088 CcQ**, par exemple s'il utilise de l'information privilégiée à laquelle seul son emploi peut donner accès.

La LC telle que révisée en 2009 interdit, entre autres :

- les **cartels** (art. 45 LC), soit les ententes entre entreprises en vue de restreindre la concurrence indûment, par exemple limiter la production d'un bien pour en élever déraisonnablement le prix, fixer les prix par entente en punissant ceux qui offrent des prix inférieurs, ou s'entendre pour refuser des escomptes, partager les marchés ou les clients en attribuant des territoires à divers entrepreneurs, etc. Ces infractions sont **criminelles**, et la partie qui poursuit en justice n'est pas tenue de prouver l'**effet anticoncurrentiel** de l'entente entre fournisseurs ou entreprises (au sens de l'élimination

d'un concurrent, par exemple). Elle doit démontrer **l'existence de la concertation et la réduction induite de la concurrence** (au sens de l'accès libre au marché) :

Complot, accord ou arrangement entre concurrents

45. (1) Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l'égard d'un produit, conclut un accord ou un arrangement :

- a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit;
- b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit;
- c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit.

Peine

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de quatorze ans et une amende maximale de 25 000 000 \$, ou l'une de ces peines.

Preuve du complot, de l'accord ou de l'arrangement

(3) Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une **preuve circonstancielle**, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot, à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que le complot, l'accord ou l'arrangement doit être prouvé **hors de tout doute raisonnable**.

- **toute forme d'entente** entre concurrents qui a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence (art. 90.1 LC). Ces infractions sont **civiles** :

ACCORDS OU ARRANGEMENTS EMPECHANT OU DIMINUANT SENSIBLEMENT LA CONCURRENCE

Ordonnance

90.1 (1) Dans le cas où, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut qu'un accord ou un arrangement — conclu ou proposé — entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut rendre une ordonnance :

- a) interdisant à toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement — d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou de l'arrangement;
- b) enjoignant à toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement — de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent.

Facteurs à considérer

(2) Pour décider s'il arrive à la conclusion visée au paragraphe (1), le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :

- a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties à l'accord ou à l'arrangement;
- b) la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties à l'accord ou à

l'arrangement;

c) les entraves à l'accès à ce marché, notamment :

(i) les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international,

(ii) les barrières interprovinciales au commerce,

(iii) la réglementation de cet accès;

d) les effets de l'accord ou de l'arrangement sur les entraves visées à l'alinéa c);

e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans ce marché;

f) le fait que l'accord ou l'arrangement a entraîné la disparition d'un concurrent dynamique et efficace ou qu'il entraînera ou pourrait entraîner une telle disparition;

g) la nature et la portée des changements et des innovations dans tout marché pertinent;

h) tout autre facteur pertinent à l'égard de la concurrence dans le marché qui est ou serait touché par l'accord ou l'arrangement.

Cette loi s'applique aux ententes conclues entre entreprises, aux contrats d'achat d'entreprise qui comportent des interdictions au vendeur de l'entreprise de faire concurrence à l'acheteur, c'est-à-dire à son ex-entreprise vendue, en menant certaines activités précisées, pendant une certaine période et sur un certain territoire.

Ces ententes sont licites et valides, **à condition que les obligations imposées au vendeur en matière d'activités interdites, de durée et de territoire, soient raisonnables** (Béliveau et Lebel, 2011, p. 116).

En revanche cette loi canadienne s'applique **peu aux ententes conclues dans les contrats d'emploi**. Non pas que ce soit interdit ou impossible en principe, mais dans un document d'interprétation (*Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*¹), le Bureau de la concurrence indique qu'il n'examinera pas, de manière générale, les clauses de non-concurrence dans un contrat d'emploi en vertu des dispositions criminelles de l'article 45 LC (Renaud et Thérien, 2013, p. 109). Les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation dans un contrat d'emploi pourraient aussi, en principe, être examinées à la lumière des dispositions civiles prévues à l'article 90.1 LC, mais il est simplement difficile en pratique de :

... concevoir dans quelles circonstances de telles restrictions pourraient réduire sensiblement la concurrence. En effet, il y a fort à parier que si un employé est en mesure de démarrer une entreprise qui fasse concurrence à son ancien employeur, cela signifie que les barrières à l'entrée dans ce marché sont peu élevées, et que le marché compte déjà sans doute de nombreux concurrents. Dans cette optique, la clause de non-concurrence ne pourrait permettre à l'ancien employeur d'exercer un pouvoir de marché et n'entraînerait donc pas une réduction sensible de concurrence (Renaud et Thérien, 2013, p. 110).

1. Disponibles à l'adresse Internet suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03177.html>.

Elles sont fournies ici pour mettre en évidence le contexte juridique canadien (et nord-américain) dans lequel s'inscrivent les ententes restrictives de la concurrence, contexte qui en fait des **exceptions**.

Certaines **ententes de non-sollicitation des employés entre employeurs concurrents** pourraient cependant être contestées en vertu de l'article 90.1 LC, comme elles l'ont été en vertu de dispositions semblables aux États-Unis. Les employeurs y sont considérés comme des acheteurs de main-d'œuvre, et c'est à ce titre que la Loi peut s'appliquer à eux. Si une telle entente a pour effet de réduire sensiblement la concurrence pour le recrutement de candidats hautement qualifiés, par exemple, dans un marché de l'emploi distinct et restreint, un employeur réduit la concurrence. Dans un tel contexte, si un employeur offre une part importante des emplois du secteur, une entente de non-sollicitation des employés conclue avec ses concurrents lui permet d'exercer une influence importante sur les salaires (Renaud et Thérien, 2013, p. 110). La mobilité de la main-d'œuvre dans le secteur serait également un facteur important pour établir le marché géographique à l'intérieur duquel on interdit la sollicitation entre employeurs (Renaud et Thérien, 2013, p. 112).

Le fait, par exemple, de conclure une entente selon laquelle deux employeurs n'embaucheront pas leurs employés mutuels, peu importe les circonstances et même lorsqu'un employé pose volontairement sa candidature chez l'autre employeur sans aucune sollicitation de la part de celui-ci, est illégal aux États-Unis. Au Canada, une telle entente peut également soulever des questions en vertu de l'article 90.1 LC (Renaud et Thérien, 2013, p. 111).

Ce sont là les infractions pour lesquelles un employeur a un recours en vertu du **droit canadien**. Il a cependant d'importants recours en vertu du droit québécois.

Le droit québécois et l'intérêt légitime de l'employeur

Au Canada, le commerce et l'emploi sont de compétence provinciale, ce qui inclut les relations de travail.

Le droit québécois impose à tout salarié un devoir de loyauté qui suppose le **respect des informations confidentielles** et s'attaque au risque de **divulgaration** pendant l'emploi et **après**. C'est pourquoi on désigne aussi ce devoir comme le **devoir de discrétion post-contractuelle** (Bich, 2003, p. 261) :

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

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

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

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

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



Dans le texte qui suit, nous utilisons le sigle CcQ pour désigner le Code civil du Québec.



Vous pouvez consulter les lois canadiennes et québécoises gratuitement dans Internet. Chaque fois qu'une loi est citée, cherchez-la avec votre fureteur de recherche informatique; conservez un signet, enregistrez-en une copie dans votre ordinateur ou copiez le lien dans un document conçu à cette fin. C'est la meilleure façon d'avoir une version à jour, car les lois sont régulièrement modifiées. Assurez-vous d'obtenir la version intégrale et officielle. Il s'agit toujours d'une liste d'articles numérotés et non d'un texte ou d'articles de loi assortis de commentaires. Par exemple, les lois du Québec portent la mention « © Éditeur officiel du Québec », ainsi que les suivantes : « Ce document a valeur officielle » et « À jour au... ». Les lois du Canada portent la mention « Dernière modification le... » et « Publié par le ministre... ».

Le **devoir de discrétion post-contractuelle** est limité dans le temps et, sauf exception, ne dépassera pas « quelques mois » (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 106).

Les tribunaux sont les instances qui interprètent le droit et l'appliquent dans chaque contexte particulier. Plusieurs facteurs propres à chaque contexte particulier font varier la décision, qui demande d'interpréter l'article 2089 CcQ. Les tribunaux prennent en considération les dommages subis par l'employeur, mais cherchent à circonscrire ce qui relève des **intérêts légitimes de l'employeur** et qui peut justifier l'**atteinte à la liberté d'un employé de travailler pour gagner sa vie**.

Ces intérêts légitimes sont ainsi définis par les tribunaux :

- assurer le maintien de la clientèle ou de l'achalandage,
- protéger des secrets industriels ou de commerce ou des renseignements confidentiels, qui sont objectifs, particuliers, identifiables; il ne s'agit pas des connaissances générales, de l'expérience ou des habiletés qu'a pu acquérir une personne dans le cours de son emploi.

Il faut demeurer conscient de l'importance du contexte quand on observe un ensemble de décisions dont l'interprétation diverge en apparence. Les tribunaux tiennent compte de

facteurs qui peuvent aggraver ou atténuer le manquement au devoir de loyauté : la nature de l'emploi et de l'entreprise, de la durée de service, de la position hiérarchique du salarié et de ses responsabilités (fonctions d'encadrement), de ses liens privilégiés ou non avec la clientèle, de son accès à des renseignements confidentiels, etc.

Les tribunaux peuvent aussi tenir compte du comportement du supérieur immédiat pour atténuer le manquement au devoir de loyauté, par exemple lorsque l'employeur ou son représentant manque à son obligation de traiter avec dignité ses employés. Si un supérieur montre peu de considération pour ses employées, malgré le fait que les manœuvres décrites auraient pu être considérées comme déloyales dans d'autres circonstances, le tribunal peut conclure qu'une ex-employée n'a pas manqué à son devoir de loyauté (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 11, citant la décision *9109-0068 Québec inc. c. Lambert* [2012] (CS)).

Cependant, les tribunaux sanctionnent certains manquements graves, comme la tromperie manifeste, la fausse représentation ou l'appropriation illégale de biens, **chez tous les salariés sans distinction**, en raison de leur gravité (Bich, 2003, p. 304-305; Bonhomme, 2008, p. 141).

Le droit québécois et la liberté de travail de l'employé

Nous l'avons vu plus haut, la restriction de la concurrence à un ex-employeur réduit la **liberté d'un employé de travailler** pour gagner sa vie. Ces ententes sont une entrave à la **liberté de travail et de commerce** (Béliveau, 2008, p. 8-9; Béliveau et Lebel, 2011, p. 115-116).

Pour équilibrer les droits des uns et des autres, les tribunaux doivent s'assurer que l'entente ne porte pas atteinte à la **mobilité de l'employé** plus qu'il est **nécessaire** pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur. Ils doivent partager les intérêts et les droits de parties qui s'affrontent. Comme la liberté de travail d'un employé est très importante, la restriction doit demeurer **raisonnable** et **proportionnelle à ces intérêts légitimes**, ni plus ni moins (Béliveau, 2008, p. 27-28; Béliveau et Lebel, 2011, p. 130 et 162-163).

Un employeur ne peut pas, par exemple, simplement **viser à punir** ou à pénaliser l'employé quittant son emploi, s'il ne peut pas démontrer un intérêt légitime à protéger (Bich, 2003, p. 283). L'employeur ne peut pas non plus **réduire la liberté d'un ex-employé sous prétexte qu'il est son « meilleur employé »** dans une catégorie donnée, parce que ces compétences n'appartiennent pas à l'employeur; elles demeurent la propriété de l'employé sortant.

Pour interpréter la notion d'intérêts légitimes, il importe en résumé de comprendre que les tribunaux ont affirmé que l'employé « n'est pas un actif de l'employeur » (voir à ce sujet

A. Roberge inc. c. Cormier [2010] (CS), et *GS/C Communication inc. c. Maurice* [2007] (CS), décisions citées par Béliveau et Lebel, 2011, p. 163, Béliveau, 2008, p. 29 et par Bich, 2003, p. 280).

Le droit de gagner sa vie est, en effet, un droit essentiel; la perte d'emploi est une peine considérable et la privation d'emplois potentiels est une menace aussi considérable. La **liberté de travail, d'emploi, de commerce et de mouvement** est un droit fondamental en régime de droit libéral moderne.

En revanche, les salariés du premier employeur ont aussi droit à leur emploi et, de ce fait, le tribunal doit protéger la survie de l'ex-employeur (Béliveau et Knoechel, 2008; Bich, 2003, p. 264).

Il ne peut donc être question d'empêcher tout simplement un employé d'utiliser sa compétence chez un autre employeur. L'expérience acquise auprès d'un employeur passé appartient en propre à l'employé sortant, qui peut l'utiliser auprès d'un nouvel employeur. Il peut même faire concurrence à son ex-employeur légalement en vertu de l'article 2088-2089 CcQ, s'il ne dévoile ni secrets ni information confidentielle et **qu'il n'est pas lié par une entente contractuelle de non-concurrence** (Béliveau et Knoechel, 2008, p. 410).

Les tribunaux reconnaissent que, dans la plupart des cas, le contrat d'emploi est ce qu'on désigne comme un **contrat d'adhésion** (art. 1379 CcQ) :

1379. Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.

Dans le cadre de l'embauche, il y a rarement une véritable négociation de gré à gré des conditions du contrat d'emploi, car il y a déséquilibre entre les parties en faveur de l'employeur. Les salariés n'ont souvent qu'un mince pouvoir de négociation et n'ont pas souvent accès à une information aussi étendue que leur employeur en matière juridique. Il en résulte plutôt un rapport d'autorité, d'une part, et de subordination, d'autre part (Bich, 2003, p. 249-250 et 264).

Comme le rapport de force favorise l'employeur, pour respecter l'article 2089(2) CcQ, les tribunaux interprètent ces ententes de façon **stricte** (Bich, 2003, p. 263-266; Béliveau, 2008, p. 24-25; Béliveau et Lebel, 2011, p. 155-156), c'est-à-dire de façon à favoriser l'employé et à restreindre les droits de l'employeur en cas d'ambiguïté, comme l'impose le Code civil du Québec :

1432. Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur.

1437. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.



Rappel : Vous pouvez consulter les lois canadiennes et québécoises gratuitement dans Internet; vous trouverez facilement la version la plus récente au moyen de votre fournisseur (voir les conseils plus haut). Il est important de lire attentivement les articles des lois cités dans cette synthèse. Lorsqu'un article est cité dans une décision de tribunal, lisez-le aussi. Cela est essentiel à votre bonne compréhension du raisonnement juridique.

L'interprétation du tribunal est stricte, car l'article 2088(2) CcQ est unilatéral : il impose à l'ex-employé des obligations après l'emploi, sans en imposer à l'ex-employeur, qui est pour sa part libre de toute obligation envers l'ex-employé. Le devoir est asymétrique. Les tribunaux s'efforcent, par le **principe d'interprétation stricte**, de rétablir l'équilibre entre employeurs et employés.

Devant un ex-employeur qui invoque un manquement au devoir de loyauté, pour se défendre, l'employé tentera de démontrer que :

- l'employeur ne détient pas de secrets d'affaires au sens de la loi;
- l'information est du domaine public;
- l'employeur n'a pas déployé de réels efforts pour tenir l'information secrète;
- le nouvel employeur de l'employé sortant n'est pas un concurrent direct ou les fonctions occupées chez lui ne sont pas similaires à celles occupées chez l'ex-employeur (Bich, 2003, p. 246-247; Béliveau et Knoechel, 2008, p. 414).

Il ne faut pas oublier que cette liberté de travail même est aussi à l'avantage des employeurs en général, qui se trouvent aussi un jour ou l'autre à accueillir de nouvelles ressources provenant des compétiteurs et à en tirer un parti considérable...

Même lorsque l'employeur et l'employé ont signé une entente contractuelle de non-concurrence, les tribunaux, au moment de l'interpréter, tiennent compte du rapport de force en faveur de l'employeur au moment de l'embauche et tentent de rééquilibrer les forces. Ils hésitent à limiter le gagne-pain d'un individu dans une société où le travail est essentiel. Ils sont réticents à prolonger après la cessation du contrat de travail une obligation de non-concurrence qui n'avantage que l'employeur. Les restrictions apportées à la liberté de travail sont contraires à l'ordre public, à moins de remplir les critères de l'entente *raisonnable*. Dans ce domaine, on ne peut se satisfaire du fait que les parties ont volontairement signé un

contrat. Les tribunaux vont juger cette entente et peuvent l'annuler.



Lisez à ce sujet la décision *Groupe Sotek inc. c. Mihalache* [2013] (CS), fournie dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Ententes restrictives ».

UNE PREMIÈRE RESTRICTION UNIVERSELLE À LA CONCURRENCE DE L'EMPLOYÉ : LE DEVOIR DE LOYAUTÉ

Avant de traiter les ententes restrictives contractuelles, que certains employeurs demandent aux employés de signer, il faut connaître les obligations qui s'imposent d'office à tous les employés en vertu du droit québécois. Ces obligations s'appliquent à tous, en l'absence de toute entente contractuelle.

Quelle est l'obligation de l'employé?

Le **devoir de loyauté** est énoncé aux articles 2088-2089 CcQ et impose à tout salarié, peu importe son poste ou son niveau hiérarchique, d'agir avec loyauté et bonne foi envers son employeur; en pratique, cela signifie que comme un salarié ne travaille pas pour son propre compte mais qu'il met sa force de travail à la disposition d'un employeur qui dispose des fruits de son travail, il doit :

- dans le cadre du travail, promouvoir et faire primer les intérêts de l'employeur sur les siens;
- se conduire avec honnêteté envers l'employeur : éviter de mentir, de voler, de frauder, de s'approprier les biens de son employeur ou d'en détourner l'usage à des fins personnelles;
- éviter de saboter ou d'entraver l'entreprise qui l'embauche;
- éviter de se placer en conflit d'intérêts et de privilégier ses propres intérêts ou ceux de tiers au détriment de ceux de son employeur;
- respecter et préserver la confidentialité de certains renseignements dont il prend connaissance à l'occasion de son travail; le **devoir de discrétion** est **illimité** à l'endroit des **renseignements personnels** sur l'employeur, les collègues, les clients, les tiers, la réputation et la vie privée d'autrui (art. 2088(2) CcQ);
- par déduction, **l'employé ne peut faire concurrence à son employeur** pendant la durée de son emploi (Bich, 2003, p. 253-254).

Pour qu'il y ait **conflit d'intérêts**, il n'est pas nécessaire que le salarié accomplisse une action malhonnête ou favorise dans les faits ses intérêts (ou ceux d'un tiers) au détriment de ceux de son employeur. Il suffit qu'il se trouve dans la situation où il pourrait le faire (bien entendu, l'employeur devra faire preuve de mesure et de prudence dans l'appréciation d'une telle situation). De la même façon, un salarié ne saurait concurrencer son employeur en

exploitant son propre commerce ou sa propre entreprise hors des heures de travail. Une telle pratique a toujours été jugée comme une infraction grave à l'obligation de loyauté du salarié, brisant généralement le lien de confiance entre l'employeur et le salarié de façon définitive et justifiant le congédiement. On a même jugé que les démarches d'un salarié cadre visant à acquérir une entreprise concurrente à celle de son employeur suffisaient à constituer une infraction grave à l'obligation de loyauté du salarié.

En revanche, on l'a vu, dans notre système économique, le droit de libre entreprise est fondamental, et on reconnaît le droit de l'employé de démarrer sa propre entreprise, à condition de ne pas mettre directement en péril les intérêts légitimes de son employeur en exploitant une entreprise concurrente (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 127).

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil du Québec en 1994, les employés sont tenus *d'agir de bonne foi* même au-delà de la fin de leur contrat, quoique le devoir diminue avec la rupture du lien d'emploi (art. 2088-2095 CcQ; Bich, 2003, p. 255). Le devoir de loyauté s'attaque au risque de **divulgarion** pendant l'emploi **et après**. C'est pourquoi on le désigne aussi comme le **devoir de discrétion post-contractuelle** (Bich, 2003, p. 261).

Pour interpréter la notion de **loyauté**, les tribunaux renvoient souvent au **principe de bonne foi** qu'exige ce devoir défini aux articles 6-7 CcQ :

6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.
7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Le devoir signifie que l'employé doit agir honnêtement, avec bonne foi, ne pas causer de préjudice ou porter atteinte à la réputation ou aux intérêts de l'employeur et ne pas se placer en situation de conflit d'intérêts par rapport à l'employeur. Il est **différent selon que l'employé est en cours d'emploi ou qu'il a quitté son emploi**.

Le devoir de loyauté comprend trois éléments :

- l'employé **en cours d'emploi** ne doit pas se placer en conflit d'intérêts avec son employeur;
- l'employé **en cours d'emploi** ne doit pas concurrencer son employeur;
- l'employé **sortant** ne doit pas faire à son ex-employeur une concurrence déloyale (Benaroché, 2008, p. 194).

L'obligation de loyauté inclut celle de **confidentialité** en vertu de l'exigence plus générale de se conduire avec bonne foi envers son employeur. Elle interdit à l'employé de divulguer ou d'utiliser des **secrets d'affaires ou des renseignements confidentiels** au profit d'un concurrent de son ex-employeur. Lorsque tel est le cas, même en l'absence d'entente,

l'employé risque de se rendre coupable de **concurrence déloyale**.

Quel est le recours de l'employeur?

L'employeur peut s'estimer lésé parce qu'un ex-employé contrevient à une obligation de ne pas faire concurrence :

- en vertu de son devoir de loyauté en vertu de l'article 2088 CcQ; cette obligation est universelle et ne demande aucune démarche contractuelle préalable; **l'ex-employeur utilise ce recours lorsqu'il n'a pas conclu avec l'ex-employé d'entente restrictive par contrat**;
- en vertu d'une entente contractuelle restrictive, s'il avait conclu une telle entente au préalable.

Que l'ex-employeur ait conclu ou pas avec l'ex-employé une entente restrictive par contrat, lorsqu'il constate que l'employé sortant est embauché chez un concurrent de l'employeur, ou qu'il démarre sa propre entreprise et fait concurrence à son employeur, il peut exercer deux recours :

- demander une **injonction** – **permanente** ou **temporaire (interlocutoire)** – permet un résultat rapide lorsque le besoin est urgent, car si le tribunal l'ordonne, elle prend effet immédiatement. L'injonction sanctionne un comportement à venir, lorsqu'on a de bonnes raisons de croire qu'il se produira.
- et/ou demander des **dommages et intérêts**, soit la réparation des dommages subis par une compensation matérielle de la personne fautive (Launay et Dufresne, 2008, p. 241). Les dommages sanctionnent souvent un comportement passé, par exemple lorsqu'il est trop tard et que le tort est fait (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 199), mais la jurisprudence fait état de la compensation obtenue pour un préjudice futur, si une partie lésée parvient à démontrer qu'il est hautement probable, plus qu'hypothétique et qu'il a un caractère de *certitude raisonnable* (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 214-218).

Nous verrons plus bas en quoi consistent ces deux recours.

Dans le cadre du recours exercé en vertu de l'article 2088 CcQ, les **tribunaux ne peuvent que condamner *a posteriori* la concurrence déloyale ou abusive**, et non toute forme de concurrence exercée par l'ex-employé, même lorsqu'elle a des effets déplaisants pour l'ex-employeur (Bonhomme, 2008, p. 154). La concurrence est normale et au cœur de notre système économique libéral. Cela restreint l'intervention des tribunaux en cette matière.

Que l'ex-employeur ait conclu ou pas avec l'ex-employé une entente restrictive par contrat, les deux situations où il cherche à exercer un recours contre l'employé sortant sont les mêmes :

- l'employé sortant est embauché chez un concurrent de l'employeur;
- l'employé sortant démarre sa propre entreprise et fait concurrence à son employeur (Launay et Dufresne, 2008, p. 241).

Le tribunal à qui on soumet un recours pour une telle contravention cherche à vérifier :

- la validité de l'obligation invoquée (le caractère raisonnable),
- la confirmation de la contravention,
- la preuve du préjudice subi,
- la réparation recherchée : ordonnance d'injonction ou dommages (quantifiés).

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil en 1994, le législateur a inversé le fardeau de la preuve dans le cas des recours pour manquement au devoir de loyauté. L'employeur a le fardeau de démontrer la validité de l'entente (art. 2089(3) CcQ) et le fait qu'il y a eu manquement, et de même dans les cas de contravention à des ententes restrictives conclues en contexte d'emploi, que nous verrons plus loin (art. 2089(3) CcQ; Bich, 2003, p. 256).

Le législateur tient compte de la dissymétrie des rapports de pouvoir entre employeurs et employés (Béliveau et Lebel, 2011, p. 126). L'employeur a le fardeau de la preuve, puisqu'il bénéficie au premier chef de l'entente et qu'elle limite la liberté de l'ex-employé (Benaroché, 2008, p. 203).

Une autre protection : invoquer la divulgation inévitable *a posteriori* pour demander une injonction

Nous avons vu les comportements permis et interdits à l'ex-employé en vertu de son devoir de loyauté. On peut maintenant se demander si l'ex-employeur peut exercer un recours en vertu de ce devoir **avant même que l'ex-employé n'ait divulgué d'information confidentielle et sans avoir à l'établir**. Peut-il, en d'autres termes, utiliser un **recours de façon préventive**, au moment du départ de son employé, pour l'empêcher d'aller travailler chez tout concurrent du secteur d'activité?

Même quand l'employeur n'a pas jugé bon de faire signer une entente de non-concurrence, il peut faire valoir, après le départ d'un ex-employé et son embauche chez un concurrent, la notion de **divulgation inévitable** des secrets ou informations confidentielles dans l'exercice de fonctions semblables dans une entreprise concurrente. Selon cette notion, dans certains contextes, même en l'absence de toute intention de dévoiler des secrets ou informations confidentielles, l'employé qui occupe un emploi similaire chez un concurrent les dévoilera, les utilisera ou les mettra à profit inévitablement (Bonhomme, 2008, p. 162).

En d'autres termes, l'employeur n'a pas la preuve que l'ex-employé a enfreint son devoir de loyauté en vertu de l'article 2088 CcQ, mais il a des raisons de croire que la chose est inévitable, même en toute bonne foi, et préjudiciable à ses affaires. Rappelons qu'en vertu de ce devoir, l'ex-employé ne peut dévoiler ni utiliser dans le cadre d'un autre emploi, même en l'absence d'entente restrictive conclue, toute information confidentielle (Bonhomme, 2008, p. 167).

Le tribunal peut, par exemple, considérer qu'un ancien haut dirigeant d'une entreprise qui change d'emploi pour aller chez un employeur du même secteur avantage son nouvel employeur de façon déloyale lorsque ce dernier convoite un important client de l'ex-employeur, qui a investi un effort dans l'élaboration d'une stratégie pour servir et conserver de ce client (Bonhomme, 2008, p. 162, citant la décision *Lawrence Home Fashion inc. c. Sewell* [2003] (CS)). **L'information critique** se compose ici de stratégies de commercialisation, de prix spéciaux consentis, de sous-contrats, de fournisseurs, de préférences des clients, etc.

Dans l'usage québécois, un tel recours est rare; il se voit davantage chez les cadres supérieurs qui quittent un emploi pour aller travailler chez un concurrent du même secteur d'activité (lire à ce sujet l'étude de Bonhomme, 2008, p. 160 et suivantes).

L'employeur peut alors demander une **injonction** ou une **ordonnance de sauvegarde** pour interdire à l'ex-employé d'occuper des fonctions similaires auprès d'un concurrent, temporairement ou en partie, ou alors définitivement. Les tribunaux québécois n'ont pas encore ordonné à un ex-employé de cesser de travailler chez un concurrent, comme le font les tribunaux américains. Ils ont notamment interdit à l'ex-employé de travailler pendant une période chez son nouvel employeur (pendant la période d'un appel d'offres, quelques semaines, par exemple) ou alors de travailler à certains projets précis pour lesquels la concurrence entre les deux entreprises est directe. Ils ont protégé l'information confidentielle tout en protégeant le droit à la liberté de travail.

Le tribunal peut aussi enjoindre le nouvel employeur de prendre des mesures appropriées afin de prévenir la divulgation d'information confidentielle aux autres employés affectés aux projets.

Devant le tribunal, l'employeur doit **démontrer trois éléments** :

- l'existence de tels secrets;
- le caractère confidentiel et stratégique de l'information, sa valeur; les tribunaux québécois exigent de démontrer sérieusement le caractère confidentiel. Le simple fait qu'elle soit contenue dans des documents corporatifs ne saurait suffire à la qualifier de telle, car la preuve va justifier, rappelons-le, une entrave à la liberté de travail d'un salarié

- qui n'a pas signé d'entente restrictive (Bonhomme, 2008, p. 166);
- les efforts déployés pour tenir cette information secrète (Béliveau et Knoechel, 2008, p. 413).

L'employé ne peut pas invoquer qu'il n'a **pas l'intention** de divulguer, car l'intention n'est pas en cause. L'employeur invoque, en fait, qu'il est inévitable pour l'employé de divulguer, s'appropriier ou utiliser des secrets ou des informations confidentielles.

Une telle mesure, même temporaire ou partielle, comporte d'importants inconvénients :

- Elle risque de priver l'ex-employé de son emploi chez le nouvel employeur, à moins que le nouvel employeur ne soit disposé à faire les aménagements nécessaires. Le nouvel employeur peut, en effet, redouter un conflit qui se prolonge avec l'ex-employeur et congédier le nouvel employé.
- Un tel recours revient à imposer les effets juridiques d'une entente restrictive à des parties qui n'en ont pas convenu par contrat. Elle met en place ces effets après la fin de l'emploi, sans avoir jamais proposé l'entente à l'employé et sans qu'il n'y ait jamais consenti (Bonhomme, 2008, p. 167, citant deux décisions américaines : *Marietta Corp. c. Fairhurst* [2003] New York Slip Op. 10048 et *Schlage Lock co. C. Whyte* [2002] Cal. App. Lexis 4634). Le recours modifie *a posteriori* le cadre contractuel établi par les parties. En fait, les tribunaux remédient au fait qu'un employeur a négligé de négocier une entente restrictive. Les restrictions qui en résultent entravent la mobilité du travail sans qu'on soit tenu de respecter les conditions de validité de ces ententes en vertu de l'article 2089 CcQ, notamment de les écrire, d'en convenir, de les limiter dans le temps, les activités et le territoire (Bonhomme, 2008, p. 167-168).

Pour ces raisons, le tribunal devra prendre soin d'établir (par présomption) :

- que la divulgation est **inévitabile** dans les conditions normales de l'emploi et **imminente**, ce qui va entraîner une appropriation illicite par l'employeur concurrent. Il est ici question d'intervenir avant que le dommage n'ait lieu et soit irréparable et il est donc impossible de demander la preuve que le dommage est fait, que l'employé a divulgué (Bonhomme, 2008, p. 163, citant la décision *Alstom Hydro Canada inc. c. Néron* [2007] (CS));
- que l'employé était **au courant de ces secrets**;
- qu'il en résulte pour l'employeur une **concurrence déloyale**;
- que l'employeur en subira un **préjudice sérieux ou irréparable**;
- que les inconvénients subis par l'employeur et par l'employé sont proportionnels et que **les droits respectifs des deux parties** (liberté de travail, protection contre la concurrence déloyale) sont **équilibrés** (Bonhomme, 2008, p. 163).

Au Québec, les tribunaux **reconnaissent la validité de cette théorie** dans une série de

décisions (Bonhomme, 2008, p. 161), mais établissent que la concurrence est inhérente à l'économie et qu'elle doit provoquer des dommages pour permettre à l'employeur d'exercer un tel recours.

Lorsque l'ex-employeur et l'ex-employé avaient conclu une entente restrictive de confidentialité, les tribunaux sont plus disposés à intervenir parce que les parties ont exprimé dans une entente convenue par contrat l'importance de respecter l'information confidentielle (Bonhomme, 2008, p. 163, citant la décision *Alstom Hydro Canada inc. c. Néron* [2007] (CS)). Un employeur peut ainsi demander une ordonnance d'injonction interlocutoire provisoire pour forcer trois employés sur cinq à cesser de travailler pour le compte de leur nouvel employeur, un studio concurrent (Béliveau et Knoechel, 2008, p. 418-419, citant la décision *Ubisoft Divertissements inc. c. François Champagne Pelland, Steve Dupont, Hugo Dallaire, Marc Bouchard, Antoine Dodens et Electronic Arts (Canada) inc.* [2003] (CS)).



Si vous le souhaitez et pour satisfaire votre curiosité seulement, lisez à ce sujet les décisions *Ubisoft Divertissements inc. c. François Champagne Pelland, Steve Dupont, Hugo Dallaire, Marc Bouchard, Antoine Dodens et Electronic Arts (Canada) inc.* [2003] (CS) et *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay* [2006] (CS)). Elles sont fournies dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Ententes restrictives ».

Le recours de l'employeur en vertu du **devoir universel de loyauté** (art. 2088-2089 CcQ) **ne saurait remplacer la conclusion d'une entente de non-concurrence**, qui permet à l'employeur de demander plus (Bich, 2003, p. 303).

Que peut légitimement faire l'ex-employé en vertu du devoir de loyauté (art. 2088 CcQ)?

Dans le cadre de l'article 2088(2) CcQ et en l'absence d'entente de non-sollicitation, l'employé a le droit de **faire concurrence** à son ex-employeur, à condition de le faire par des moyens licites; il peut notamment se mettre au service d'un concurrent, fonder sa propre entreprise, devenir actionnaire d'une entreprise concurrente, solliciter les clients de l'ex-employeur, à condition de le faire **avec loyauté et bonne foi**. Cette personne ne peut se livrer à une concurrence déloyale, par tromperie ou par fraude (Bich, 2003, p. 300-1).

Les tribunaux sont les instances qui interprètent le droit et ils ont défini par leurs décisions ce que cela signifie en pratique. L'employé qui quitte un employeur et **qui n'a pas conclu d'entente restrictive par contrat** peut mettre ses compétences, ses aptitudes, sa capacité

intellectuelle, la formation et l'entraînement qu'il a pu recevoir pendant son emploi, son adresse, ses connaissances et son expérience au profit d'une entreprise concurrente. Ces acquis font maintenant partie de son être intellectuel, et on ne peut pas l'empêcher de les mettre à profit; **ils font partie de son patrimoine personnel**, et il peut en disposer comme il le veut, à condition de se comporter avec bonne foi (art. 2088(2) CcQ).

Solliciter des clients

Qu'est-ce que la sollicitation? Dans le contexte juridique de l'article 2089 CcQ et du droit de l'employeur de se protéger de la concurrence de ses employés sortants, il s'agit d'un geste objectif, repérable, souvent caractérisé par la persistance, l'insistance ou la pression, visant à influencer sur une personne pour qu'elle agisse de façon préétablie (dans ce cas, pour qu'elle devienne cliente d'un nouveau fournisseur, l'employé sortant).

Pour qu'il y ait sollicitation, il doit y avoir plus qu'une simple invitation générale et impersonnelle, adressée à la ronde et sans cible précise. Cela peut être notamment la sollicitation adressée personnellement par un employé à ses clients chez son ex-employeur et à ce titre précis. Selon cette acception, *rencontrer* ou *approcher* des clients ne correspond pas forcément à les solliciter (Benaroché, 2008, p. 186-187 et 211-212).

L'employé établit chez son employeur des rapports avec des clients qui sont devenus ses relations professionnelles. Peut-il écrire à ces personnes, alors qu'il travaille encore chez cet employeur, afin de les aviser de son départ? Rompant avec une tradition jurisprudentielle antérieure, le **tendance jurisprudentielle contemporaine** établit qu'il peut le faire et qu'il peut même indiquer le nom de son futur employeur pour permettre à ses relations de retenir ses services, malgré la perte qui en résulte pour l'ex-employeur (Bonhomme, 2008, p. 146-154, citant les décisions *Gestion Marie-Lou (St-Marc) inc. c. Luc Lapierre* [2003] (CA), *Martin Assurances et gestion de risques inc. c. Trudel* [2002] (CS) et *Financière Banque Nationale c. Jean* [2005] (CS)). Il ne **s'agit pas de concurrence déloyale**.

Le **devoir de loyauté** n'interdit plus de **solliciter les clients de l'ex-employeur**, car la clientèle est au cœur de la concurrence normale et n'appartient pas en propre à l'employeur. L'ex-employé peut tenter de se l'approprier ou de la diriger vers son nouvel employeur, car la recherche de clients est l'essence de la concurrence économique (Bonhomme, 2008, p. 145, citant les décisions *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.* [2007] (CA) et *Gestion Marie-Lou (St-Marc) inc. c. Luc Lapierre* [2003] (CA)).

Dans le cadre du **devoir universel de loyauté** et **en l'absence d'entente de non-sollicitation**, lorsque la clientèle n'est pas exclusive, l'ex-employé peut la cibler à des fins de sollicitation (Bonhomme, 2008, p. 147), en vertu des règles de la concurrence normale, c'est-à-dire sans fausse représentation, usage de secrets ou subtilisation d'une liste de

clients (Benaroché, 2008, p. 198, citant la décision *Extermination P. E. Tremblay et Lemieux inc. c. Extermination Agrolac inc.* [1995] (CS)).

Par exemple, l'employé sortant peut le faire :

- par le truchement des médias; il peut faire de la **publicité par les moyens normaux, généraux et publics** (Benaroché, 2008, p. 213, citant la décision *9020-4983 Québec inc. (Institut d'échafaudage du Québec (IEQ) c. Tremblay* [2005] (CS)) et servir des clients de l'ex-employeur qui viennent à lui, personnes à qui il a déjà rendu service au cours de son emploi (Bonhomme, 2008, p. 145);
- ou alors écrire aux clients qu'il sert pour les informer de son départ et leur indiquer le nom de son prochain employeur, par courtoisie, sans proposer ses services, sans les inviter à le suivre (Benaroché, 2008, p. 213, citant la décision *Martin Assurances et gestion de risques inc. c. Trudel* [2002] (CS)).

L'employé sortant peut-il solliciter directement un ancien client de son ex-employeur, par opposition à la sollicitation générale qu'on peut lancer par des annonces dans les médias? Il s'agit de ce qu'on désigne comme la **sollicitation ciblée** (Bonhomme, 2008, p. 143). La tendance jurisprudentielle contemporaine est plus permissive pour l'employé et limite les recours de l'employeur en cette matière (Bonhomme, 2008, p. 159). Les tribunaux obligent l'employeur qui exerce un recours en vertu de l'article 2088 CcQ à démontrer le **caractère confidentiel** de sa liste de clients, les efforts investis pour la constituer; bref, ce qui la distingue d'une liste qu'on peut dresser à l'aide d'Internet, d'un annuaire de fournisseurs d'un domaine donné.

L'ex-employé qui a quitté un emploi chez son ex-employeur peut **prendre l'initiative de communiquer avec d'anciens clients** de l'ex-employeur, même si c'est dans l'intention de faire concurrence à cet ex-employeur. Il en est ainsi parce qu'en **l'absence d'une entente restrictive contractuelle**, toute personne a le droit de profiter d'un marché, de faire concurrence aux entrepreneurs déjà établis dans ce marché; bref, de prendre part à la **concurrence ordinaire** (Bonhomme, 2008, p. 155, citant la décision *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.* [2007] (CA)).

L'employé qui n'a pas signé d'entente restrictive peut profiter de l'état normal du système de libéralisme économique en vigueur dans son environnement. Par exemple, dans le secteur bancaire, des conseillers en valeurs mobilières qui quittent une entreprise pour aller travailler dans une autre du même secteur et qui ne sont **pas liés par une entente restrictive contractuelle** peuvent établir des relations commerciales avec les clients de l'ex-employeur. En l'absence d'une telle entente, l'état normal des affaires est la concurrence, qui les autorise à écrire aux clients dans les limites précisées plus haut. Le tribunal considère que l'employeur qui souhaite se prémunir contre cela peut demander une

entente restrictive contractuelle et, s'il ne l'a pas fait, ne peut attendre la même protection que s'il l'avait fait.

Les tribunaux tiennent compte du fait que les clients ont aussi des droits; le tribunal a jugé que la relation entre le conseiller et son client revêt un caractère personnel et qu'on ne peut pas, par injonction, priver le client de l'accès à son conseiller, lui causer un préjudice sans que ce client prenne part au débat (Bonhomme, 2008, p. 155 et Benaroché, 2008, p. 199, citant la décision *Financière Banque Nationale c. Jean* [2005] (CS)).

La concurrence est l'état normal du marché, et l'employeur qui veut se soustraire à cette normalité ou y déroger en restreignant l'activité de l'employé après la fin de son emploi (activité post-contractuelle) doit avoir, pour ce faire, une raison particulière, un intérêt supérieur à protéger, qui est réellement compromis par les activités postérieures de l'ex-employé (Bich, 2003, p. 283). Les tribunaux ont aussi reconnu que la clientèle est libre d'aller où elle veut et qu'on ne peut pas s'opposer par tous les moyens à la libre concurrence (Bonhomme, 2008, p. 143, citant la décision *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie* [1992] (CA)).

Même lorsque plusieurs conseillers quittent l'entreprise de façon concertée, ils ont le même droit. En l'absence d'une entente restrictive contractuelle, en effet, l'ex-employeur n'est protégé que de la concurrence **déloyale et abusive**.

L'exception des ordres professionnels

Les tribunaux reconnaissent même que, dans le cadre de relations d'affaires qui s'accompagnent de la création d'une relation de confiance de nature personnelle, par exemple dans le domaine de la santé, les membres de certains **ordres professionnels** (profession énumérée à l'annexe 1 du Code des professions (RLRQ, c. C-26) et régie par un code de déontologie) doivent, pour respecter les règles déontologiques de leur profession, cultiver une relation avec les clients qu'ils ont servis et leur permettre de les rejoindre (Bonhomme, 2008, p. 156). En l'occurrence, le patient est un tiers qui n'a pas consenti à l'entente et qui **doit pouvoir choisir son praticien**. Les ordres professionnels doivent protéger le public à ce titre. En outre, le professionnel de la santé a un devoir de conduite responsable, qui inclut de pouvoir continuer un traitement auprès d'un patient qui en a besoin (Béliveau, 2008, p. 12-13; Béliveau et Lebel, 2011, p. 132-133). Un cabinet ne peut interdire à un professionnel de la santé de continuer de traiter les patients, car l'ordre public doit primer la protection d'intérêts privés.

De même, une firme de génie-conseil qui interdit par entente à un ex-ingénieur la concurrence à moins de 80 kilomètres de la firme et qui a pour conséquence d'interdire à l'employé sortant d'exercer sa profession d'ingénieur à Montréal revient à l'empêcher de

respecter ses obligations déontologiques envers ses clients. En effet, l'article 3.03.04 du Code de déontologie des ingénieurs édicte que le praticien ne peut « sauf pour un motif juste et raisonnable » cesser d'agir pour le compte d'un client. Dans ces circonstances, une entente de non-concurrence peut tout au plus avoir pour conséquence d'interdire à un ingénieur de solliciter de nouveaux mandats auprès des clients qu'il avait chez son ex-employeur, mais ne peut avoir pour effet de lui interdire d'informer les clients de son ex-employeur avec lesquels il est lié par des mandats (Iannuzzi, 2013, p. 171, citant la décision *Patenaude Consultants inc. c. Chiovitti* [2000] (CS)).

Une entente contractuelle peut-elle interdire à un individu d'exercer une activité professionnelle, et respecter l'ordre public? Notons d'abord que les contrats de société entre professionnels comportent **plus souvent des ententes en cas de vente d'entreprise** qu'en contexte d'emploi (Iannuzzi, 2013, p. 165). Il ne faut pas confondre les ententes conclues en contexte d'emploi, qui sont des contrats d'adhésion, et les ententes contractuelles de sociétés entre professionnels, négociées entre des professionnels avertis et à armes égales dans le but de protéger les intérêts de l'associé individuel autant que des associés regroupés en société. Lorsqu'elles sont conclues en contexte d'emploi, pour respecter l'ordre public et être valides, elles ne doivent pas limiter le droit du public de choisir son professionnel. Elles doivent limiter raisonnablement la concurrence dans le temps et l'espace. Comme dans le cas des ententes en contexte d'emploi, les tribunaux étudient chaque recours en contexte. Le caractère raisonnable des conditions dépend de critères propres à chaque marché professionnel et géographique : le professionnel peut-il encore gagner sa vie, l'ex-employeur subit-il un préjudice grave et irréparable, etc.

Les tribunaux préfèrent toutefois ne pas accorder d'ordonnance d'injonction étant donné que les clauses ont été négociées et signées par des professionnels avisés et expérimentés. Les tribunaux ont préféré appliquer les clauses pénales souvent présentes dans les contrats de société de professionnels et condamner l'ex-associé au paiement d'une somme d'argent à titre de dommages (Iannuzzi, 2013, p. 181).

Certaines de ces ententes concernant les comptables agréés prévoient, par exemple, que tout client de l'employé sortant peut continuer de le consulter chez son nouvel employeur, sauf que le professionnel doit alors compenser la perte subie par l'ex-employeur, selon une formule convenue (Iannuzzi, 2013, p. 176, citant la décision *Maheu Noiseux (Québec) c. Gamache* [1987] (CS), confirmée en appel : *Gamache c. Maheu Noiseux (Québec)* [1989] (CA)). En effet, la loi et les règlements qui régissent la profession de comptable agréé n'interdisent pas la vente de clientèle; au contraire, l'article 3.02.20 du Code de déontologie des comptables agréés permet la vente et l'achat de la clientèle d'un cabinet d'experts-comptables.

Préparer sa sortie

Les tribunaux semblent dorénavant considérer que le fait de fonder une compagnie rivale, de rédiger un plan d'affaires, d'incorporer la compagnie pendant qu'il est toujours en emploi, de négocier et de signer un bail durant le délai de préavis en cas de démission et de mentir sur la véritable raison de sa démission, ne constitue pas une violation du devoir de loyauté d'un employé tant que le projet demeure au stade de la planification (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 110, citant la décision *Frigo-Remorques inc. c. Rémillard* [2008] (CS)). Le tribunal a considéré que les employés n'ont pas manqué à leur devoir, car ils n'ont pas cherché « à nuire ou entraver » les intérêts de leur employeur, ni à solliciter la clientèle de leur employeur pour les orienter vers leur nouvelle entreprise, n'ont pas usé d'informations confidentielles, ni trompé ou dénigré leur ex-employeur.

Bien qu'en principe, le devoir de loyauté implique une obligation d'honnêteté (voir plus haut, section « Quelle est l'obligation de l'employé? »), selon la décision *Frigo-Remorques*, on pourrait conclure qu'un employé peut fonder une entreprise concurrente alors qu'il n'a pas encore quitté son emploi, sans en informer son employeur, même si cela implique de mentir à l'employeur sur les motifs de son départ (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 119).

Dans une autre affaire, le tribunal a considéré que le fait que l'ex-employé ait effacé le contenu d'un disque dur avant son départ constituait un geste déloyal, mais que ce seul geste ne suffisait pas à justifier une ordonnance de non-concurrence (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 124, citant la décision *Rake & Thériault inc. c. Pageau* [2010] (CS)).

Cependant, il faut noter que les tribunaux tiennent compte de tels comportements pour conclure au manquement à l'obligation d'honnêteté dans d'autres affaires, en vertu de facteurs liés à l'ensemble de la situation; plus l'ex-employé cumule de manquements ou plus ils sont graves, plus grand est le risque de voir le tribunal conclure à la contravention au devoir de loyauté. Avant d'attribuer un poids donné à ces comportements, les tribunaux prennent aussi en compte que si l'employé fait part de sa décision de fonder une compagnie rivale, l'employeur conclura au conflit d'intérêts, ce qui risque de miner irrémédiablement le lien de confiance et de causer un congédiement immédiat. Des employés qui avaient avoué à leur employeur qu'ils démissionnaient pour fonder une compagnie rivale ont déjà proposé de rester à son service pendant encore deux semaines. Sans grande surprise, l'employeur leur a demandé de partir immédiatement (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 125, citant la décision *9129-3845 Québec inc. c. Dion* [2012] (CA)).

Mieux, si les employés préparent leur départ et planifient la fondation d'une compagnie rivale hors des heures de travail, fournissent une bonne prestation de travail jusqu'au moment de leur départ et ne sollicitent pas la clientèle, le tribunal peut considérer de même qu'ils respectent leur devoir (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 111, citant la décision

Novilco inc. c. Bourchard (Usinage numérique Plus) [2010] (CS).

Mieux, des employés peuvent annoncer à des clients le démarrage de leur entreprise concurrente offrant des services comparables à ceux de l'employeur pendant qu'ils sont toujours chez cet employeur qu'ils vont quitter. Le tribunal peut considérer que, comme leur entreprise n'est devenue opérante qu'après la fin de l'emploi, bien qu'elle ait été constituée plus de six mois avant leur départ, ils n'ont pas manqué à leur devoir si l'employeur ne peut pas démontrer qu'ils auraient utilisé cette compagnie pour offrir leurs services à ses clients, aurait effectué du travail pendant la durée de leur emploi ou facturé des travaux (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 111-112, citant la décision *Air Industriel inc. c. Dion* [2008] (CS)).

Solliciter des employés

Tout comme l'employé sortant peut tenter de faire concurrence à son ex-employeur en maraudant ses clients, il peut tenter de convaincre des collègues de quitter aussi leur employeur pour se joindre à sa nouvelle entreprise ou pour aller travailler chez le même nouvel employeur. Il peut, autrement dit, se livrer au maraudage d'employés.

Solliciter des fournisseurs

Bien sûr, les ex-employés connaissent les termes négociés par leur ex-employeur avec les fournisseurs : les prix, les marges de profit sur les produits achetés, etc. Cela peut contrarier l'employeur lorsqu'un employé clé quitte l'entreprise.

Cependant, d'ex-employés peuvent très bien traiter avec les fournisseurs de l'ex-employeur après avoir quitté leur emploi, aux prix et aux termes établis par les fournisseurs, dans le cadre de leur nouvel emploi ou du démarrage de leur entreprise. Dans le cadre de la liberté de concurrence, l'exclusivité de services n'est pas la norme.

Il y a cependant des limites à ce que peut faire un employé sortant à l'occasion de ces trois formes de sollicitation, comme nous allons le voir à la section suivante.

Qu'est-ce que le devoir de loyauté (art. 2088 CcQ) interdit à l'ex-employé?

Nous avons vu que dans le cadre de l'article 2088(2) CcQ et en l'absence d'entente de **non-sollicitation**, l'employé a le droit de **faire concurrence** à son ex-employeur, à condition de le faire avec loyauté et bonne foi.

Les tribunaux définissent par leurs décisions ce qui appartient à cette catégorie et ce qui constitue une **concurrence déloyale**, à l'opposé.

L'employé sortant doit s'abstenir d'utiliser des moyens malhonnêtes, frauduleux ou abusifs

comme le dénigrement, la fausse représentation, les tromperies, les actes de désorganisation ou de parasitisme, d'utiliser des biens matériels ou intellectuels appropriés pendant son emploi chez l'ex-employeur, de détourner à son profit des occasions d'affaires dont il a pris connaissance chez son ex-employeur (Bich, 2003, p. 305-306; Bonhomme, 2008, p. 139-143; Bonhomme, 2008, p. 160, citant la décision *Excelsior (L), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie* [1992] (CA)).

S'approprier des biens sans droit peut consister, par exemple, dans le fait d'envoyer à des clients, avant son départ, une lettre de sollicitation ciblée portant l'en-tête de l'employeur quitté, faisant usage de la liste confidentielle des clients et maintenant un flou qui laissait croire que l'employeur quitté déménageait, plutôt que l'employé seul (Bonhomme, 2008, p. 149, citant la décision *Clinique de greffe de cheveux Bédard inc. c. Sabourin* [1995] (CS)). En effet, cela ne respecte pas les principes de l'honnêteté et de l'intégrité intellectuelle. Même l'usage d'heures de travail rémunérées par l'ex-employeur pour communiquer avec des clients qu'il informe de ses intentions représente une telle appropriation (Bonhomme, 2008, p. 159).

L'employé ne peut non plus **divulguer** de l'information confidentielle obtenue dans son emploi antérieur, profiter ou faire profiter autrui d'une telle information (Bonhomme, 2008, p. 142-143).

Si l'ex-employé a pris connaissance d'une occasion d'affaires dans le cadre de son emploi, il ne peut, pendant une durée raisonnable, la **détourner** à son profit ou au profit d'un tiers, car cela constitue un usage d'information stratégique et confidentielle, et viole son devoir de loyauté en faisant une concurrence déloyale à son ex-employeur (Bonhomme, 2008, p. 161).

Solliciter des clients

Est-ce que le devoir universel de loyauté inclut l'interdiction de solliciter les clients de l'ex-employeur? La tendance jurisprudentielle reconnaît les deux principes suivants à titre de **concurrence déloyale ou abusive** :

- si la **liste de clients de l'ex-employeur est confidentielle**, l'ex-employé ne peut l'utiliser; elle doit l'être vraiment, ne pas pouvoir être reconstituée en consultant l'annuaire de téléphone, un catalogue produit par une association de marchands, le web, etc. Elle est confidentielle notamment lorsqu'elle comprend de l'information sur les préférences et les attentes des clients, car cette information repose sur l'investissement d'efforts et n'est pas offerte au public;
- si le **salaire avait des rapports privilégiés avec les clients**, les tribunaux tendent à lui interdire de les solliciter pendant un temps, au moyen d'approches individuelles et personnalisées (Bich, 2003, p. 306-307; Bonhomme, 2008, p. 147 et 153).

Qu'est-ce qu'une liste confidentielle de clients? Toute information ou connaissance acquise chez l'ex-employeur n'est pas de ce seul fait confidentielle ou privilégiée selon l'article 2088 CcQ. En effet, elle doit répondre à tous les critères de la notion de secret commercial et d'information confidentielle telle que vue plus haut (voir la section « Qu'est-ce qu'un secret d'affaires... ») :

- Elle n'est pas généralement connue ni accessible à d'autres personnes parce qu'elle contient des renseignements privilégiés et, de ce fait, **ne peut être obtenue ou reconstituée facilement** (Bonhomme, 2008, p. 156, citant la décision *MF composites inc. c. Morin* [2007] (CS)); même des informations telles que le chiffre d'affaires de chaque client ou le prix des articles commandés par lui ne sont pas considérées comme difficiles à acquérir;
- Elle a **requis un investissement considérable**, car l'information contenue ne s'acquiert qu'au prix d'efforts soutenus;
- Elle **fait l'objet de mesures considérables** prises par l'ex-employeur pour protéger son caractère secret;
- Elle a une **grande valeur économique** pour l'ex-employeur (Bonhomme, 2008, p. 157, citant la décision *Gestion Marie-Lou (St-Marc) inc. c. Luc Lapierre* [2003] (CA)).

La concurrence déloyale et celle qui est considérée comme normale ne se distinguent pas toujours facilement l'une de l'autre. Par exemple, l'ex-employé qui a travaillé longtemps pour son ex-employeur peut avoir établi des relations personnelles avec les clients de l'ex-employeur, dans le cadre normal de ses fonctions. A-t-il volé la liste avant de partir ou fouille-t-il sa mémoire pour trouver ces relations?

Même si l'ex-employé peut avoir mémorisé la liste de clients qui satisfait à toutes ces conditions, celle-ci **demeure confidentielle** pour la raison suivante : le devoir de loyauté n'interdit pas simplement de voler la liste, il interdit en fait d'en **tirer avantage** en l'utilisant sans autorisation (Bonhomme, 2008, p. 158, citant la décision *Gestion Marie-Lou (St-Marc) inc. c. Luc Lapierre* [2003] (CA)). L'ex-employé qui fait un tel usage **rompt la relation de confiance** avec son ex-employeur, qui le lie pour une période raisonnable après qu'il a quitté son emploi.

En somme, pendant une durée raisonnable, l'ex-employé qui aurait l'occasion de réaliser des gains en bénéficiant d'avantages concurrentiels tirés de son ancien emploi **doit se comporter comme tout autre compétiteur de son ex-employeur et, par conséquent, ne pas utiliser des informations qui ne sont accessibles qu'en travaillant chez son ex-employeur et qui lui procurent un avantage de ce fait** (voir à ce sujet *157079 Canada inc. c. Ste-Croix* [1988] (CS), citée dans Bonhomme, 2008, p. 158). L'ex-employé qui aurait l'occasion de réaliser des gains en profitant d'avantages concurrentiels tirés de son ancien

emploi doit continuer de placer l'intérêt de son ex-employeur avant le sien (Bonhomme, 2008, p. 143).

L'ex-employé doit être prudent lorsqu'il communique avec les clients de son ex-employeur; il peut les informer de son départ, dévoiler le nom de son futur employeur, mais toute **tentative de les détourner de son ex-employeur, comme une proposition de services chiffrée**, peut donner droit à un recours de l'ex-employeur. L'ex-employé ne doit pas non plus dénigrer son ex-employeur, le diffamer (Bonhomme, 2008, p. 148).

Les tribunaux ont notamment reconnu à titre de **concurrence déloyale**, en vertu de l'article 2088 CcQ, des conduites qui ont en commun de dépasser la simple sollicitation pour détourner la clientèle au moyen de propositions concrètes et qui font concurrence à celles de l'employeur :

- Avant même de quitter son emploi, une employée qui détourne les clients d'une compagnie d'assurance et les assure chez son futur nouvel employeur (Benaroché, 2008, p. 194, citant la décision *Groupe financier Assbec ltée c. Dion* [1995] (CA)).
- Un employé qui prépare sa future concurrence pendant une année avant de quitter son emploi, volant des biens ou de l'information comme des listes de clients, détournant la clientèle, sabotant la propriété de l'employeur, mentant sur ses intentions au moment du départ, etc. : il s'agit de mauvaise foi, d'actes déloyaux (Bonhomme, 2008, p. 148, citant la décision *Datex BarCode Systems inc. c. Armanious* [2001] (CA); lire aussi Bich, 2003, p. 308).
- Après avoir quitté son emploi, un employé qui écrit des lettres de sollicitation aux clients de l'agence de voyages où il travaillait et qui tente d'annuler les réservations faites pour eux chez son ex-employeur pour les détourner vers son nouvel employeur (Benaroché, 2008, p. 194, citant la décision *Voyages Routair inc. c. Hanna* [1994] (CS)).
- Un employé qui, pendant qu'il est encore administrateur et employé clé, fils et frère des deux autres actionnaires de la compagnie, détourne les commandes et la clientèle au bénéfice de son entreprise lancée et tenue secrète, utilise le nom et la marque de commerce de son employeur, fait des envois postaux aux clients de son employeur à partir de ses listes et s'approprie son marché (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 113, citant la décision *Toges Grand Maître inc. c. Côté* [2009] (CS)).
- Déposer une soumission à l'encontre des intérêts de son employeur, au nom d'une entreprise lancée et tenue secrète, pour obtenir un contrat de traiteur alors qu'il travaille toujours chez son employeur. L'employé était au courant des prix et des dépenses, mais n'a cependant pas fait usage d'informations confidentielles; il a consulté les prix affichés pour préparer sa soumission. Le tribunal a considéré que le fait de déposer une soumission à l'encontre des intérêts de son employeur suffit pour constater une violation du devoir de loyauté (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 114, citant la décision

Cavalier Cantine JR inc. c. Dulong [2011] (CS)).

- Mettre sur pied une entreprise similaire à celle de son employeur en se servant de sa conjointe comme prête-nom, alors même que l'employé demeure toujours au service de son employeur, commencer à travailler pour cette nouvelle entreprise, user d'informations confidentielles appartenant à l'employeur, notamment les listes de clients. La Cour supérieure a ordonné la non-concurrence et la non-sollicitation pendant six mois (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 115, citant la décision *Parts-Expert inc. c. Ménard* [2008] (CS)).
- Le fait pour un technicien en électronique responsable de la création de logiciels de démarrer sa propre entreprise alors qu'il travaillait toujours chez son employeur, s'approprier du matériel informatique appartenant à son employeur, encourager un collègue à voler des pièces d'équipement, voler du temps en préparant son entreprise pendant les heures de travail. Le tribunal a déclaré qu'un employé rompt ainsi le lien de confiance inhérent à l'obligation de loyauté (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 115, citant la décision *Champagne c. Carvalho* [2008] (CS)). Dans ce contexte, le tribunal a tenu compte des mensonges et du manque de transparence comme d'un manquement à l'obligation d'honnêteté qui fait partie du devoir de loyauté, à la différence de l'affaire *Frigo-Remorques* (voir plus haut, section « *Préparer sa sortie* »).
- Aviser avant son départ ses clientes de son nouvel emploi à titre d'esthéticienne, leur communiquer directement par écrit ses nouvelles coordonnées, leur téléphoner et les rencontrer dans des lieux publics. Le tribunal a considéré qu'elle aurait dû attendre deux mois avant de les solliciter; un tel délai permet à l'employeur de communiquer avec ses clientes, d'embaucher et de former une nouvelle employée. L'employée sortante aurait dû se limiter à faire connaître ses services par le truchement des médias pour remplir son devoir de loyauté (Benaroché, 2008, p. 213, citant la décision *Rose c. Denis* [2002] (CQ)).

Remarquons que lorsqu'un employé a un comportement répréhensible en cours d'emploi, au moment où l'obligation de loyauté est plus importante, ce manquement permet à la Cour d'intervenir après la relation d'emploi au moyen d'une ordonnance pour une durée raisonnable, et ce, malgré l'absence de preuve quant à un comportement répréhensible après l'emploi (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 117).

En résumé, le seul fait de fonder une compagnie rivale pour concurrencer directement son employeur, alors même que l'employé est toujours à l'emploi, ne constitue pas nécessairement un manquement à l'obligation de loyauté, même si l'employé doit éviter un conflit d'intérêts et ne doit pas privilégier ses propres intérêts au détriment de ceux de son employeur ni se placer en position de choisir entre l'intérêt de son employeur et le sien (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 118).

Solliciter des employés

Est-ce que le devoir universel de loyauté inclut l'interdiction de solliciter les **employés de l'ex-employeur**? Les tribunaux incluent parfois dans la **concurrence déloyale** le fait de **solliciter avec insistance ses anciens collègues**, de se livrer à une entreprise générale de débauchage (Bich, 2003, p. 310-311).

Le tribunal tente en effet de prendre en considération les dommages subis par l'employeur à la suite de la sollicitation, et ces dommages peuvent varier beaucoup selon la taille de l'entreprise et la position qu'elle occupe dans son environnement.

Les tribunaux ont notamment reconnu à titre de **concurrence déloyale**, en vertu de l'article 2088 CcQ, les conduites suivantes :

- le fait, pour une ex-employée, de solliciter ses collègues afin de les attirer vers son service, même si elle a quitté son emploi de son plein gré, libre de choisir (Benaroché, 2008, p. 198, citant la décision *Léonard c. Girard* [1999] (CS)). Les tribunaux ont ici tenu compte des dommages subis par l'employeur dans un contexte particulier;
- le fait, pour des employés, pendant leur emploi encore en cours, de fonder une entreprise concurrente de distribution d'attaches pour automobiles, d'en préparer l'exploitation, de négliger délibérément certains clients et de solliciter leurs collègues pour venir travailler dans leur entreprise (Benaroché, 2008, p. 198-199, citant la décision *Métrivis ltée c. Capano* [2000] (CS)). Ce comportement est à ce point déloyal que l'ex-employeur a obtenu le versement de dommages-intérêts;
- le fait, pour un employé, de convaincre 4 des 12 employés de son ex-employeur qui sont affectés aux commandes et aux clients et qui figurent parmi les meilleurs (Benaroché, 2008, p. 215, citant la décision *Marque d'or inc. c. Clayman* [1988] (CS));
- lorsque huit employés démissionnent en même temps que l'employé sortant (Benaroché, 2008, p. 216, citant la décision *Financière Banque Nationale c. Jean* [2005] (CS)).

Il est exigeant de prouver la sollicitation des employés. Lorsque les employés sortants nient avoir été convaincus de quitter leur emploi par l'employé sortant, et avoir pris la décision de leur propre chef, motivés par leur insatisfaction, le comportement de l'ex-employeur et le désir de réorienter leur carrière, que peut faire le tribunal? (Benaroché, 2008, p. 215-216, citant les décisions *Martineau, Provencher et associés ltée c. Guay* [1996] (CS) et *Martin Assurances et gestion de risques inc. c. Trudel* [2002] (CS)).

Solliciter des fournisseurs

Dans certains secteurs d'activité, les fournisseurs ont une plus grande importance stratégique que les clients. Par exemple, dans le secteur du recyclage, les fournisseurs de matériaux sont la clé de la survie de l'entreprise, dans un marché où les acheteurs de

matériaux se font concurrence.

Est-ce que le devoir universel de loyauté inclut l'interdiction de solliciter les fournisseurs de l'ex-employeur? La concurrence devient **déloyale** seulement lorsque l'ex-employé se concerta avec les fournisseurs ou les sous-traitants pour les inciter à :

- réduire ou à cesser de faire affaire avec l'ex-employeur;
- l'affecter de quelque manière;
- entraîner une situation financière précaire ou même la fin de ses activités commerciales (Benaroché, 2008, p. 221).

Les tribunaux ont notamment reconnu à titre de concurrence déloyale, en vertu de l'article 2088 CcQ, les conduites suivantes. L'employeur est un vendeur de produits de ciment qui fait 40 % de ses revenus annuels avec la vente d'une brique qu'il achète chez le fournisseur X. Trois employés quittent cet employeur pour aller travailler chez le fournisseur X qui ouvre une nouvelle succursale. Le fournisseur cesse du coup de fournir l'employeur, qui demande une injonction interlocutoire en vertu du devoir de loyauté. Le tribunal l'accorde parce que les ventes de l'employeur ont diminué de 100 000 \$ durant les premiers mois du départ des 3 employés; en effet, le fournisseur, informé de la politique de prix de l'employeur qui serait son principal concurrent, vend maintenant ses produits au prix demandé auparavant par l'employeur (Benaroché, 2008, p. 219, citant la décision *Givesco inc. (division Les produits de ciment Windsor) c. Lessard* [2005] (CS)).

L'ex-employeur doit ensuite démontrer que **l'ex-employé a utilisé de façon illicite des renseignements privilégiés auxquels il a eu accès au moment de son emploi**, notamment la liste de fournisseurs ou de sous-traitants, les prix, les conditions de paiement, le crédit : ce sont des renseignements qui peuvent conférer un avantage concurrentiel (Benaroché, 2008, p. 222).

La preuve par présomption

La jurisprudence est peu abondante en matière de sollicitation des clients de l'ex-employeur et ne permet pas de répondre à toutes les questions qui persistent. L'employeur doit démontrer non seulement la nature confidentielle de l'information, mais également son **usage par l'employé**. La **simple possession** de l'information confidentielle ne constitue pas un manquement au devoir de loyauté (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 135). **L'ex-employeur a le fardeau de la preuve**, et il est **difficile de démontrer que l'ex-employé qui sollicite ses clients après son départ fait usage d'une liste confidentielle** et d'information stratégique plutôt que de tout simplement solliciter des clients dont on peut dresser la liste avec des moyens accessibles.

Le tribunal n'a pas jugé suffisant pour établir la sollicitation illicite de l'ex-employé le simple fait que :

- plusieurs clients ne font plus affaire avec l'ex-employeur, mais dorénavant avec le nouvel employeur de l'employé sortant (Benaroché, 2008, p. 212, citant la décision *Martineau, Provencher et associés Ltée c. Guay* [1996] (CS));
- les salariés ont des comportements, des allées et venues et des appels inhabituels (Benaroché, 2008, p. 212, citant la décision *State Chemical Ltd c. Dubois* [2001] (CS)).

En revanche, le tribunal a jugé suffisant pour établir la sollicitation illicite de l'ex-employé le simple fait que :

- l'employé possédait les listes de prix, les copies des soumissions détaillées faites à des clients, des numéros de série d'équipement; il existait suffisamment d'éléments probants et de coïncidences entre les démarches faites auprès des clients de l'ex-employeur et l'information confidentielle en la possession de l'ex-employé pour conclure à une concurrence déloyale (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 138, citant la décision *Cansel Survey Equipment inc. c. Pillay* [2012] (CS)).

Les tribunaux tendront davantage à accrédiiter la thèse de l'usage déloyal d'une liste confidentielle s'ils constatent d'autres actes déloyaux : fraude, parasitisme, détournement d'affaires, abus de confiance, appropriation des biens de l'employeur. Dans ce contexte, la simple détention de l'information stratégique peut créer une présomption de fait quant à son usage illégal au détriment de l'employeur (Bonhomme, 2008, p. 159).

Le tribunal peut fonder sa décision sur une **présomption de fait**. Une preuve par présomption est constituée d'un ensemble d'éléments qui, lorsqu'on les assemble, permettent de démontrer un fait mais qui, isolément, ne le permettent pas. Seule leur interrelation démontre quelque chose. Les présomptions doivent être précises et concordantes et, pour ce faire, le contexte doit permettre de conclure que les faits déduits sont très probables. Par exemple, on peut présumer le niveau de revenu annuel de Jean si 1) on a la preuve qu'il était un employé de cet employeur occupant tel poste et 2) que le revenu annuel d'un tel poste est de 30 000 \$. Le niveau de revenu annuel de Jean est présumé par preuve circonstancielle.

La preuve de tels comportements par **présomption de fait** permet de déduire que l'employé a fait un usage illégal de la liste de clients au détriment de l'employeur (Bonhomme, 2008, p. 159). On l'utilise quand on ne peut prouver directement un fait; l'idéal est, en effet, de présenter un écrit à la cour, par exemple, ou d'inviter un témoin à répéter ce qu'il a dit, à raconter ce qu'il a vu. Mais les clients préfèrent se tenir à l'écart des litiges qui ne les concernent pas et hésitent à témoigner.

Il est souvent **difficile d'établir la preuve par présomption**, car les clients ont le droit de faire affaire avec l'entreprise de leur choix. Tant que le client a décidé de son propre chef de changer de fournisseur de services, l'employé sortant n'est pas coupable de concurrence déloyale.

À qui s'applique le devoir?

Qu'il ait été congédié pour un motif sérieux ou pas, l'employé sortant est toujours lié par le devoir de loyauté à son ex-employeur, car cette obligation **s'applique universellement** (soit à tous les citoyens) et sans égard au motif de son congédiement.

À la différence de l'entente restrictive contractuelle, il est **universel**, c'est-à-dire qu'il constitue une obligation qui s'impose à tout citoyen salarié assujéti au Code civil du Québec.

Il fut un temps où le devoir ne touchait que les cadres supérieurs, mais, depuis la réforme du Code civil en 1994, l'article 2088 CcQ s'applique à tous, quoique l'intensité des obligations augmente avec divers facteurs qui augmentent ou diminuent la menace de concurrence que représente, pour un ex-employeur, le départ d'un employé : la position hiérarchique et les responsabilités (fonctions d'encadrement), la nature de l'emploi et de l'entreprise, les liens privilégiés ou non avec la clientèle, l'accès à des renseignements confidentiels, la durée de service (Bich, 2003, p. 304-305; Bonhomme, 2008, p. 141). Ces facteurs influent souvent sur les engagements mutuels souscrits par les parties, l'autonomie dans l'emploi, l'accès à l'information stratégique et la nature des relations avec les clients (Béliveau et Knoechel, 2008, p. 409).

On emploie parfois le terme **obligation de loyauté postemploi** pour mettre en évidence le fait que le devoir continue de s'imposer à l'employé sortant et pour distinguer ce devoir de celui qui s'impose à l'employé **en cours d'emploi**. Il s'agit cependant de la même obligation. La **durée** de l'obligation invoquée par l'employeur doit être **raisonnable**; les critères des tribunaux varient à ce sujet selon le contexte.

Le devoir s'applique-t-il à **l'employé qui n'a pas signé de contrat d'emploi**? Cette situation est fréquente dans certains secteurs où l'employé reçoit simplement une lettre décrivant ses conditions, ou alors ne reçoit rien du tout; elle crée ce qu'on nomme un contrat d'adhésion (art. 1379 CcQ) :

1379. Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est de gré à gré.

Comme elle est d'ordre public, elle **fait partie d'emblée de tout contrat de travail, même implicite ou d'adhésion** (Benaroché, 2008, p. 193; Bich, 2003, p. 251).

La notion d'**ordre public** définit l'ensemble des règles obligatoires qui touchent à l'organisation de la société, à l'économie, à la morale, à la santé, à la sécurité, à la paix publique, aux droits et aux libertés essentielles de chaque individu. C'est une notion à la fois juridique, sociologique, politique et morale. En général, l'appareil législatif et judiciaire est responsable de son application, qui consiste à maintenir l'état social idéal caractérisé par « le bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique ». Une loi ou une obligation d'ordre public concerne les intérêts fondamentaux de l'État et de la collectivité. Selon cette notion, la protection du public prime la protection d'intérêts privés, même convenus par contrat (Béliveau et Lebel, 2011, p. 133). Les tribunaux chercheront donc, dans les cas où la protection de l'intérêt public et celle de l'intérêt privé s'affrontent, à faire primer l'intérêt public.

Un ex-employeur peut aussi exercer un recours, en vertu de ce devoir, **envers le nouvel employeur de son employé sortant** qui incite ou contribue en toute connaissance de cause à la violation par un ex-employé de son devoir (Bonhomme, 2008, p. 144, citant les décisions *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie* [1992] (CA) et *Voyages Routair inc. c. Hanna* [1994] (CS)). Il doit bien sûr en faire la preuve.

Que peut faire l'employeur qui s'estime lésé?

Pendant une durée raisonnable suivant la rupture du lien d'emploi, le devoir de loyauté prévu à l'article 2088 CcQ permet à l'employeur d'intenter un recours pour faire échec à une **concurrence que le tribunal considérera comme déloyale**. La persistance de cette obligation après le départ de l'employé est parfois considérée comme une « laisse juridique » que l'employeur souhaite conserver sur ses ex-employés; les tribunaux tendent à l'interpréter de façon **stricte** pour cette raison, car la persistance d'une obligation contractuelle au-delà de la rupture du contrat est un phénomène atypique en droit québécois, ce qui invite à limiter son application (Bonhomme, 2008, p. 139-141).

Les tribunaux l'interprètent de façon stricte aussi lorsque l'employé est encore lié par contrat à son employeur, pour **rétablir un équilibre** entre les droits de l'employé et ceux de l'employeur, en contexte de subordination des employés (voir la section « Le droit québécois et la liberté de travail de l'employé » plus haut; Bich, 2003, p. 312; Béliveau et Lebel, 2011, p. 155-156).

Le devoir de loyauté postemploi doit **respecter la liberté de travail** et, de ce fait, l'employeur ne doit pas imposer des restrictions excessives ni déraisonnables. Il peut en

imposer plus à des **salariés clés** de l'entreprise, qui ont un devoir qu'on disait auparavant *de fiduciaire* (notion importée du *common law*; Bich, 2003, p. 246-247). Le devoir varie, en effet, selon divers facteurs (vus plus haut) dont l'employeur doit tenir compte dans les restrictions imposées à un employé au moment de son départ ou dans l'évaluation des torts causés par un ex-employé.

Pendant combien de temps?

L'article 2088 CcQ prévoit que le devoir de loyauté survit *pendant un délai raisonnable* après la fin du contrat d'emploi. La durée n'est pas précisée, puisqu'il faut interpréter son caractère raisonnable en fonction du contexte propre à chaque litige.

La durée raisonnable mentionnée à l'article 2088(2) CcQ varie, entre autres, en fonction du poste occupé par l'employé sortant, un **employé clé étant astreint à des obligations plus grandes** parce qu'il peut causer un plus grand tort à une firme, par ses connaissances des rouages de l'entreprise ou de ses clients importants.

Dans tous les cas, l'obligation de loyauté de l'employé suivant la fin de son emploi survit **rarement plus de quelques mois** (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 147, citant la décision *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.* [2007] (CA)). Ce court délai s'explique notamment par le fait que les tribunaux considèrent qu'un employeur ne peut se prévaloir du devoir de loyauté pour obtenir le même résultat que si l'employé avait signé une clause de non-concurrence.

Dans un recours en injonction exercé par un employeur, la Cour supérieure a ordonné à des employés sortants, qui avaient démarré leur entreprise avant leur démission, de s'abstenir de solliciter directement et de servir les clients de leur ex-employeur pendant un délai de trois mois à compter de leur démission. Cette période correspond au temps qui aurait été nécessaire pour constituer leur entreprise si les défendeurs s'y étaient mis après leur démission. Avec ce cadre d'analyse, l'employé se trouve dans la même situation que s'il avait respecté la loi, ce que critiquent certains juristes (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 148, citant la décision *9129-3845 Québec inc. c. Dion* [2012] (CA)). Même dans les situations où l'employé a contrevenu à son devoir de loyauté, dans certaines décisions récentes, les juges ont tout de même octroyé de courtes durées de quelques mois et n'ont pas imposé des durées plus longues parce que la libre concurrence est la norme.

En principe, selon les tribunaux et la doctrine, la durée d'application du devoir universel de loyauté devrait être **plus courte que celle de l'entente restrictive conclue par contrat**. Or, la tendance jurisprudentielle dominante en matière d'ententes restrictives contractuelles est de limiter leur portée à deux ans (Bonhomme, 2008, p. 169). Cependant, les tribunaux n'ont pas toujours respecté ce principe général :

- pour des raisons administratives, car les demandes d'injonction (interlocutoire ou permanente) sont souvent entendues bien longtemps après avoir été déposées, car les ressources sont insuffisantes. Les tribunaux tentent ainsi de remédier rétroactivement aux inconvénients subis par l'employeur en attente d'un jugement (Bonhomme, 2008, p. 170);
- lorsque le comportement de l'ex-employé est très malhonnête, au détriment et à l'insu de l'employeur, avant même son départ et après (Bonhomme, 2008, p. 169, citant la décision *Datex BarCode Systems inc. c. Armanious* [2001] (CA)).

Si la **concurrence est déloyale**, l'ex-employeur a-t-il une **limite temporelle** pour se plaindre? L'article 2088(2) CcQ comporte une telle limite, mais, selon certains avis, la concurrence déloyale est interdite en tout temps, en vertu de l'article 1457 CcQ :

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Cependant, il faut se garder de supposer que le législateur énonce inutilement deux dispositions redondantes. Plus vraisemblablement, l'article 2088 CcQ vise autre chose que ce que vise l'article 1457 CcQ, c'est-à-dire des comportements admissibles en vertu de cette dernière disposition mais qu'on interdit à l'ex-salarié, pour un temps seulement. Par exemple, les tribunaux interdisent parfois à l'ex-salarié de solliciter avec insistance ses anciens collègues de travail ou de se livrer à une entreprise générale de « débauchage » ou de solliciter la clientèle de l'employeur immédiatement après son départ (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 145).

La jurisprudence est cependant plus exigeante envers un administrateur de société, dont le devoir de loyauté dure pendant une plus longue période, allant de plusieurs mois à un an, selon son rôle dans la firme. L'administrateur sera toujours astreint à un devoir de confidentialité même après l'expiration d'un délai raisonnable parce que les informations confidentielles présentées à un conseil d'administration deviennent rarement désuètes. Sinon, l'entreprise est très vulnérable devant ses administrateurs bénéficiant des informations les plus stratégiques et névralgiques (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 149).

Maintenant, à partir de quand ce délai se calcule-t-il? En principe, le point de départ est la date de la fin de l'emploi de l'employé sortant (art. 2088 CcQ; Bonhomme, 2008, p. 171).

La question peut sembler superflue, mais elle ne l'est pas. En effet, le devoir de loyauté suppose un **droit correspondant pour l'employeur de jouir de l'absence de toute concurrence déloyale et abusive**. Les tribunaux ont défini cet état de concurrence loyale comme la « justice concurrentielle ». Lorsque l'ex-employeur exerce un recours et peut démontrer des conduites qui contreviennent au devoir de loyauté, il en a donc été privé pendant une durée donnée.

En effet, le recours à l'injonction est le seul remède judiciaire efficace pour l'employeur. S'il doit l'attendre, l'employeur subit entretemps des dommages : perte de visibilité et de rayonnement sur le marché, atteinte à la réputation, perte d'occasions d'affaires, etc. Pour réparer le dommage subi, la période où l'ex-employé respecte son devoir de loyauté doit permettre à l'ex-employeur de « reprendre sa place au soleil ». Peu importe la date de fin d'emploi et l'intervalle écoulé avant que le remède ne survienne, l'ex-employeur a droit à la « justice concurrentielle » pendant la même période et n'a pas à subir les conséquences des délais d'accès à la justice (Bonhomme, 2008, p. 171).

La seule compensation que peut lui offrir le tribunal est alors de forcer l'ex-employé à remplir son devoir pendant la période reconnue comme raisonnable, même si sa fin dépasse la période de deux ans après la fin d'emploi, par exemple. En d'autres termes, les tribunaux peuvent « créditer » à l'employeur la durée pendant laquelle l'ex-employé a été délinquant par rapport à son devoir de loyauté et prolonger la période de protection d'autant.

Les tribunaux considèrent que le devoir s'impose alors à l'employé fautif pour une période à venir qui correspond à la durée raisonnable pendant laquelle l'employeur a le droit de jouir de l'absence de toute concurrence déloyale et abusive. Pour respecter cette règle, les tribunaux ont établi un principe selon lequel le point de départ n'est pas la date de fin d'emploi, mais bien le moment où les ex-employés respectent leurs obligations de loyauté (Bonhomme, 2008, p. 170).

Les tribunaux raisonnent de la même manière **lorsque le recours est intenté en vertu d'une entente restrictive** (Bonhomme, 2008, p. 172, citant la décision *Astral Radio c. Roy* [2002] (CS)). C'est une position critiquable parce que, ce faisant, le tribunal intervient dans une disposition convenue par contrat entre des parties présumées libres de convenir ce qu'elles veulent et l'interprète pour lui donner un sens différent de l'écrit.

Néanmoins, on peut justifier une telle intervention par l'intention des parties de donner à l'ex-employeur une période donnée de non-concurrence, définie dans l'entente. Si l'ex-employé a été délinquant pendant une partie ou toute cette période, l'ex-employeur ne perd pas son droit de jouir de non-concurrence pendant la période prévue dans l'entente (Bonhomme, 2008, p. 172).

NE PAS CONFONDRE LA PORTÉE LIMITÉE DU DEVOIR DE LOYAUTÉ AVEC CELLE DE L'ENTENTE RESTRICTIVE

Pour plus de protection, l'employeur doit conclure une **entente de non-sollicitation**. D'aucune manière, le seul recours en vertu de l'article 2088 CcQ ne peut remplacer une entente restrictive conclue par contrat : entente de non-concurrence, de non-divulgateion, de confidentialité, etc. (Bonhomme, 2008, p. 139).

Cela s'explique :

- par le principe de l'intention du législateur; comme l'article 2089 CcQ prévoit explicitement la conclusion de telles ententes, il devient donc manifeste que les parties peuvent le faire si elles le souhaitent et que l'absence de telle entente signifie qu'elles n'ont pas jugé bon de le faire (Bonhomme, 2008, p. 141);
- par le fait que l'entente restrictive est contractuelle, soit conclue par contrat entre des personnes libres de le faire (Bonhomme, 2008, p. 145). Les personnes liées se sont donc personnellement engagées à certaines choses.

On ne saurait les considérer comme équivalentes.

LES MOYENS CONTRACTUELS DE PROTECTION POUR L'EMPLOYEUR

Jusqu'ici, nous avons vu en quoi consiste le **devoir universel de loyauté** (art. 2088-2089 CcQ) auquel sont tenus tous les employés et le recours de l'employeur en vertu de ce devoir. Nous avons vu qu'il **ne saurait remplacer la conclusion d'une entente de non-concurrence**, qui permet à l'employeur de demander plus (Bich, 2003, p. 303).

L'entente restrictive est un contrat, ou une disposition d'un contrat, qui vise à restreindre l'emploi d'un ex-employé chez un concurrent de son employeur ou dans un domaine connexe à celui dans lequel ce dernier évolue. Elle a pour but de limiter le droit d'un employé de faire concurrence à son ancien employeur, à la suite d'une rupture du contrat d'emploi. Il s'agit de ce que le droit désigne comme une obligation « de ne pas faire » (une interdiction de faire quelque chose), **unilatéralement en faveur de l'employeur** (Launay et Dufresne, 2008, p. 226; Béliveau et Lebel, 2011, p. 151).

Nous avons vu plus haut l'**importance de la liberté de travail** et de commerce dans notre système juridique. Néanmoins, notre droit reconnaît aussi que les citoyens ont la **liberté de contracter** et, si telle est leur volonté individuelle autonome, un employeur et un employé peuvent convenir de ne pas se livrer concurrence pendant la durée de l'emploi ou après la rupture du lien d'emploi (Béliveau et Lebel, 2011, p. 116). L'employeur peut légitimement

faire signer une **entente de non-concurrence** pour se protéger au moment où l'employé quitte son emploi pour occuper un poste similaire chez un employeur concurrent; l'entente peut être conclue à l'embauche ou au départ de l'employé (art. 2089 CcQ).

On observe couramment trois types d'ententes ou de clauses : les ententes de non-concurrence sont les plus inclusives, alors que les ententes de non-sollicitation et de non-divulgateion (ou de confidentialité) ont une portée plus précise et plus restreinte. Elles peuvent être incluses dans une entente de non-concurrence ou être conclues de façon autonome.

Parce que les parties sont présumées avoir conclu l'entente librement par contrat, l'entente peut donc demander plus que ce qu'exige le devoir universel de loyauté.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code civil en 1994, l'employeur a le fardeau de démontrer la validité de l'entente conclue en contexte d'emploi (art. 2089(3) CcQ; Bich, 2003, p. 256), puisqu'il bénéficie au premier chef de l'entente et qu'elle limite la liberté de l'ex-employé. Il en va différemment des ententes conclues par des entrepreneurs, où la partie qui invoque l'illégalité ou l'invalidité d'une entente doit le démontrer.

L'ex-employé lié par une telle entente **a plus d'obligations que s'il n'est lié que par le devoir de loyauté** (Béliveau et Knoechel, 2008, p. 409). En effet, une telle entente aura pour effet de limiter et même d'annuler la liberté d'un employé sortant de faire concurrence à son ex-employeur de façon loyale et pourra donner lieu à une ordonnance pour la faire respecter. Ces ententes continuent cependant de demeurer l'exception, plusieurs employeurs omettant tout simplement d'ajouter des clauses restrictives d'emploi dans les contrats d'emploi des employés clés (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 99).

De telles ententes existent aussi **dans les contrats de vente d'entreprise ou d'actions**, de licence ou de franchise. Dans ce cadre, en général, il y a deux différences qui les distinguent de celles qui sont convenues en contexte d'emploi :

- la personne qui s'engage à ne pas faire concurrence reçoit une **contrepartie substantielle** qui compense les restrictions demandées (Bich, 2003, p. 267). Il faut noter que les ententes de non-concurrence dans le cadre d'une relation d'emploi ne sont, en général, pas assorties d'une **contrepartie matérielle**; l'examen du droit de plusieurs pays d'Europe recommande d'y réfléchir : la France, la Belgique, le Danemark, l'Autriche et l'Allemagne le prévoient (Launay et Dufresne, 2008, p. 229, note 12 et Bich, 2003, p. 294-295, note 106). En effet, cela confère à l'employé une position de négociation plus intéressante, car la somme versée en indemnité fait partie des conditions de validité de l'entente, et les tribunaux peuvent invalider une entente qui ne prévoit pas d'indemnité suffisante (Launay et Dufresne, 2008, p. 229).

- les tribunaux **interprètent l'entente de façon moins stricte**, car les parties ont un rapport de force jugé plus symétrique.

Bien que cela constitue une **exception au principe de la libre concurrence**, comme les parties sont réputées avoir la liberté de convenir par contrat du cadre qu'ils entendent donner à leurs rapports, la loi permet ces ententes mais impose certaines **limites** :

- le contrat doit préciser des **conditions raisonnables**,
- et ne pas constituer un **abus de droit** (Launay et Dufresne, 2008, p. 226; Béliveau et Lebel, 2011, p. 127).

Nous allons maintenant examiner ces conditions raisonnables et ce que les tribunaux considèrent comme abusif dans les termes d'une entente.

L'ENTENTE DE NON-CONCURRENCE SIGNÉE À L'EMBAUCHE OU AU DÉPART

L'entente de non-concurrence est la plus inclusive; elle peut avoir une portée très générale et inclure l'interdiction de la sollicitation et de la divulgation (ou le devoir de confidentialité).

L'entente vise, en général, à restreindre **l'emploi d'un ex-employé chez un concurrent** ou dans un domaine connexe, et le droit de **démarrer sa propre entreprise** dans le secteur de son employeur après la fin de son emploi (Béliveau, 2008, p. 3). L'employé ne peut plus librement poursuivre une activité professionnelle chez un concurrent de son ex-employeur. Il **s'engage par contrat** à limiter son droit de faire concurrence à son employeur, **non seulement à ne pas lui livrer une concurrence déloyale**, mais aussi à respecter les règles de la concurrence loyale (Bich, 2003, p. 263).

Les conditions de validité de l'entente de non-concurrence en contexte d'emploi

Les conditions de validité diffèrent selon qu'on est en contexte de vente d'entreprise ou d'emploi. Nous ne traiterons ici que des conditions de validité de l'entente de non-concurrence conclue **en contexte d'emploi**. Ces conditions sont déduites de l'interprétation par les tribunaux de l'article 2089 CcQ.

Vous savez maintenant que **la conclusion d'une entente de non-concurrence** permet à l'employeur de demander plus que ce qu'exige le devoir universel de loyauté, qui représente **l'obligation minimale** (Bich, 2003, p. 303). Comme les parties sont présumées avoir conclu l'entente librement par contrat, celle-ci peut donc demander plus que ce qu'exige le devoir universel de loyauté. Par conséquent, **tout ce qu'interdit le devoir universel de loyauté est aussi interdit dans le cas des ententes contractuelles**, et plus encore selon les

termes de l'entente, qui en exigera probablement plus.

Tout doit être écrit

L'entente doit être consignée **par écrit**. Une entente orale est déclarée invalide, alors qu'en contexte de vente d'entreprise, une telle option peut être acceptable (Bich, 2003, p. 269; Béliveau et Lebel, 2011, p. 125-126). Si, par exemple, l'employeur montre sur une carte géographique le territoire visé au cours d'une conversation concernant l'entente, mais que cette précision n'est pas consignée, il ne pourra l'invoquer. Si l'entente renvoie à une annexe pour ces précisions, l'annexe doit être jointe à l'entente, sinon cette dernière n'est pas applicable (Béliveau, 2008, p. 22).

Tout doit être précis et sans ambiguïté

L'entente doit être énoncée en **termes exprès**, c'est-à-dire très précis, mesurables, interprétables et propres à fournir des directives claires quant aux droits et aux obligations de chacun (Bich, 2003, p. 269-271). La Cour suprême a énoncé que devant une clause rédigée de façon imprécise ou ambiguë, lorsque ni le contexte ni les éléments de preuve ne permettent d'établir ce sur quoi les parties se sont entendues, le tribunal ne peut réécrire la clause et se doit de la déclarer invalide parce qu'il ne peut la comprendre et ne peut, par conséquent, évaluer son caractère raisonnable (Béliveau et Lebel, 2011, p. 152, citant l'arrêt *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western)* [2009] (CSC)).

L'arrêt *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) inc.* [2009] (CSC)

Un arrêt de la Cour suprême, l'arrêt *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) inc.* [2009] (CSC) confirme et illustre cette obligation de rédiger des dispositions claires.

En 1987, la société d'assurances KRG embauche M. Shafron à titre d'agent d'assurance. De 1987 à 2001, M. Shafron travaille pour KRG en vertu d'une série de contrats de travail comportant tous une clause de non-concurrence dont la dernière énonce :

Pendant une période de trois (3) ans suivant son départ de la Société [KRG Western] pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé par la Société ou KRG Management, M. Shafron s'engage à ne pas, même indirectement, exploiter une entreprise de courtage d'assurances, travailler pour une telle entreprise, y avoir des intérêts ni permettre l'utilisation de son nom en rapport avec une telle entreprise dans l'agglomération de la ville de Vancouver. (Mes italiques)

En décembre 2000, M. Shafron quitte son emploi chez KRG et, au mois de janvier 2001, commence à travailler dans une autre société d'assurances située à Richmond, en banlieue de Vancouver. La société KRG décide alors de poursuivre M. Shafron pour concurrence déloyale et violation de la clause de non-concurrence prévue à son contrat de travail. Elle allègue que M. Shafron travaille dans une entreprise de courtage d'assurance située dans l'agglomération de la ville de Vancouver.

L'affaire a été entendue par deux tribunaux provinciaux de première et seconde instance

avant d'être entendue par la Cour suprême; dans les deux cas, les tribunaux ont jugé la clause ambiguë.

Le juge rappelle d'abord trois grands principes en cette matière :

- La clause de non-concurrence prévue dans un contrat de travail doit être interprétée de façon plus restrictive que celle contenue dans un contrat de vente d'entreprise, compte tenu notamment de l'inégalité de pouvoir entre l'employé et l'employeur lors de la négociation du contrat de travail;
- La clause de non-concurrence doit être raisonnable en ce qui a trait à sa portée géographique, à sa durée d'application et aux activités interdites;
- Une clause de non-concurrence ambiguë sera nécessairement déraisonnable vu qu'il est impossible d'en démontrer la portée (Caza, 2009²).

Appliquant ces principes, la Cour suprême conclut que la clause de non-concurrence interdisant à l'employé de travailler dans *l'agglomération de la ville de Vancouver* était ambiguë. Elle note qu'il n'existe aucune définition de cette expression et qu'aucun élément ne permet de déterminer l'intention des parties concernant la portée géographique de la clause de non-concurrence. Dans l'impossibilité de cerner la portée des obligations de l'employé, le tribunal devait donc constater la nullité de la clause et rejeter l'action (Caza, 2009).

L'arrêt *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) inc.* rappelle que la prudence et la modération s'imposent lors de la rédaction d'une clause de non-concurrence. Si l'employeur formule une clause ambiguë ou déraisonnable, la clause de non-concurrence risque de perdre son caractère exécutoire lorsqu'elle est contestée devant le tribunal.

Cependant, dès que le dossier contient les éléments requis pour permettre la recherche de l'intention commune des parties au moment de la conclusion du contrat, le tribunal doit rechercher cette intention des parties (Laurier et Tremblay, 2013, p. 36-37).

Tant la **durée**, le **territoire** et le **genre d'activités ou de travail** qu'interdit l'entente après la fin de l'emploi doivent être bien précisés au contrat et en faire partie, ainsi que ne pas simplement avoir été évoqués oralement au moment de conclure l'entente (Béliveau, 2008, p. 10; Béliveau et Knoechel, 2008).

2.. Charles Caza (2009) « Cour suprême du Canada : la clause de non concurrence ambiguë ou déraisonnable figurant dans un contrat de travail est nulle et inapplicable », *VigieRT*, n° 35, disponible en ligne pour les membres de l'ORHRI : <http://www.orhri.org/vigiert/fiche.aspx?p=350091>

Afin d'éviter toute ambiguïté, il faudrait se demander, au moment de la rédaction de la clause, si l'employé est en mesure de cerner clairement ses obligations. Quelles sont les activités interdites? Quelle est la durée d'application? Quel est le territoire visé? Un moyen utile d'éviter toute ambiguïté consisterait à définir dans le contrat les activités interdites ainsi que le territoire visé, préférablement en utilisant les termes officiels tels que « les municipalités de XYZ ». De même, il serait préférable d'éviter toute expression générale ou trop large, telle que *la région de Montréal* ou encore *la ville de Montréal et ses environs*.

L'entente doit se limiter à protéger les intérêts légitimes de l'employeur

Depuis que la Cour suprême du Canada a rendu deux arrêts importants, deux principes consacrés guident l'interprétation des tribunaux quant aux **conditions que doivent remplir les ententes de non-concurrence pour être considérées comme raisonnables** :

- elles doivent être **limitées quant au temps, au lieu et au type de travail** au sein desquels la concurrence est interdite (*Cameron c. Canadian Factors Corporation Ltd.* [1971] (CSC));
- elles doivent refléter un équilibre entre, d'une part, **l'intérêt légitime de l'employeur** porté à la protection conférée par la restriction et, d'autre part, **le droit de l'individu de gagner sa vie** dans la sphère d'activité de son choix (*J.G. Collins Insurance Agencies Ltd. c. Elsley Estate* [1978] (CSC)).

L'entente doit limiter les restrictions à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur (art. 2089(2) CcQ) : les tribunaux évaluent les trois conditions (la **durée, le territoire et le genre d'activités ou de travail** qu'interdit l'entente après la fin de l'emploi) **les unes en fonction des autres, de façon que la sévérité de l'une soit compensée par la clémence des autres**, pour réduire les inconvénients pour l'employé (Béliveau, 2008, p. 25). Par exemple, plus les activités permises sont réduites, plus la durée doit être courte. En revanche, seule la confidentialité d'un procédé qui se prolonge peut être illimitée (Bich, 2003, p. 285; Béliveau et Lebel, 2011, p. 159). Par exemple, le tribunal a jugé raisonnable une entente empêchant d'ouvrir un commerce spécialisé en esthétique dans un périmètre de 10 kilomètres pendant 3 ans suivant le départ ou la fin d'emploi, car le territoire interdit est restreint (Laurier et Tremblay, 2013, p. 12, citant la décision *Lapointe (Lapointe de l'ongle) c. Allard* [2011] (CQ)). Le tribunal a pondéré les trois critères d'application de la clause de non-concurrence pour évaluer le caractère raisonnable de l'entente.

Les restrictions de durée, de territoire et de genre d'activités imposées doivent être **proportionnelles à l'importance et à la singularité du poste occupé**, son niveau, la taille de l'entreprise (parce qu'une très grande entreprise a un pouvoir de marché nettement supérieur à celui d'un individu, alors qu'une toute petite entreprise a souvent un pouvoir de marché presque équivalent), le marché dans lequel elle évolue. Par exemple, les tribunaux

ont jugé abusif de limiter la liberté de travail d'une préposée à l'entretien ménager pendant deux ans (Béliveau, 2008, p. 26; Béliveau et Lebel, 2011, p. 160). Le tribunal tient compte du niveau de rémunération, qui peut compenser les inconvénients de certaines restrictions (Béliveau et Lebel, 2011, p. 161).



Lisez à ce sujet la décision *Groupe Pages jaunes Cie c. Élie* [2011] (CS), fournie dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Fouille des appareils électroniques ». Non seulement elle illustre ce que vous venez de lire, mais elle a inspiré l'étude de cas Sarah que vous pouvez consulter avant de vous attaquer à celle qui fait l'objet de votre travail noté.

L'entente doit aussi tenir compte de la liberté de travail de l'employé

Pour évaluer le caractère proportionnel des restrictions, l'employeur doit démontrer que ses **intérêts légitimes** sont lésés. Le tribunal mesure à son tour les dommages causés et les apprécie en fonction du **droit fondamental de l'employé de travailler** (Béliveau, 2008, p. 28). Autrement dit, la restriction de la liberté de l'employé doit être proportionnelle aux dommages subis par l'employeur (Bich, 2003, p. 269) et ne pas simplement viser à empêcher la concurrence par les ex-employés (Bich, 2003, p. 278). Cette condition d'interprétation vaut pour les trois conditions suivantes. Si l'une de ces conditions manque, l'entente ne peut être invoquée (art. 2089(2) CcQ).

Les **intérêts légitimes** de l'ex-employeur doivent être jugés proportionnels à l'atteinte à la **liberté de travail** de l'ex-employé; par exemple, il est exagéré d'interdire :

- de travailler chez un concurrent pendant un an dans un rayon de 80 kilomètres si l'ex-employé n'est pas spécialisé (Béliveau et Lebel, 2011, p. 163-164, citant la décision *GS/C Communication inc. c. Maurice* [2007] (CS));
- à un technicien d'usine âgé de 24 ans de travailler chez un concurrent pendant un an sur tout le territoire francophone du Québec, alors que le sujet est francophone et que l'employeur a un chiffre d'affaires de 25 millions de dollars par année (Béliveau et Lebel, 2011, p. 165, citant la décision *Automatisation JRT inc. c. Roy* [2006] (CS)).

Comme la clause doit être limitée dans sa portée (art. 2089 CcQ), les tribunaux sont appelés à en interpréter le caractère raisonnable en cas de conflit. Pour évaluer si les conditions de durée, de territoire et de genre d'activités incluses dans une entente sont raisonnables, le tribunal qui devra se prononcer quant au caractère raisonnable d'une clause restrictive l'interprète en fonction du contexte qui prévalait à l'époque à laquelle l'entente a été

conclue, à laquelle l'employé y a souscrit, **et non en fonction du contexte qui prévaut à la fin de l'emploi**, car elle représente l'état de leur connaissance au moment de soumettre l'entente (Béliveau, 2008, p. 23-25).

Cette règle se justifie par le fait qu'un employeur ne doit pas imposer à l'employé des contraintes plus onéreuses que ne le justifie le contexte en fonction d'une situation hypothétique : en prévision d'une éventuelle augmentation de la clientèle, d'une promotion du salarié non encore accordée, d'une diversification ou d'une expansion des activités non encore avérée (Béliveau, 2008, p. 24).

Compte tenu de cet objectif, on peut donc, dans certains cas, évaluer le caractère raisonnable en fonction du contexte qui prévaut à la fin de l'emploi, **lorsqu'il n'est pas question d'empêcher l'employeur d'invoquer une situation hypothétique, mais bien de protéger l'employé**. Par exemple, l'employeur gère un spa, embauche une directrice générale et lui impose une clause de non-concurrence de deux ans empêchant cette dernière de faire concurrence sur un territoire donné. Plus tard, l'employeur la rétrograde au poste de directrice du marketing. Le tribunal a tenu compte du fait que l'ex-employée, qui a obtenu un poste de directrice générale chez un concurrent, n'était plus directrice générale chez son ex-employeur. Elle avait été rétrogradée à un poste moins prestigieux, comprenant moins de responsabilités, et son salaire avait été réduit de 40 %; néanmoins, la clause est restée la même. Si la durée de la clause de non-concurrence avait été réduite proportionnellement, elle prendrait fin plus tôt (Laurier et Tremblay, 2013, p. 13-14, citant la décision *Spa Bromont inc. c. Cloutier* [2012] (CS)).

Imposer une durée raisonnable

Pour établir si la concurrence est indue, le tribunal examinera la durée pendant laquelle la sollicitation est interdite aux concurrents. La **durée** ne peut être indéfinie; la durée raisonnable est évaluée en fonction du contexte, par exemple le cycle de vente ou de développement des produits de l'ex-employeur, le temps requis pour remplacer l'ex-employé et fidéliser de nouveau sa clientèle (Béliveau et Lebel, 2011, p. 167), le temps requis pour éviter que l'employé se serve des informations confidentielles obtenues dans le cadre de son emploi comme d'un **tremplin** (Béliveau, 2008, p. 31). Ce dernier délit survient quand un employé se sert d'un procédé secret dévoilé et l'utilise ou le reproduit à des fins personnelles, même s'il y apporte un changement, pendant l'emploi ou après (Béliveau et Knoechel, 2008, p. 414-415).

En général, on juge **qu'un an est une durée acceptable, et la limite supérieure semble deux ans** (Béliveau, 2008, p. 32; Bich, 2003, p. 286). Si la durée n'est pas précisée, cela **invalidera** probablement l'entente (Bich, 2003, p. 285; Béliveau et Lebel, 2011, p. 167).

Imposer un territoire raisonnable

Pour établir si la concurrence est indue, le tribunal examinera le territoire à l'intérieur duquel la sollicitation est interdite aux concurrents. Le **territoire** doit être précisément défini, souvent par un rayon de l'entreprise de l'employeur. Dans un tel cas, il faut bien définir le centre du cercle qui servira à calculer le rayon; un rayon de 100 kilomètres autour de Montréal, par exemple, a été jugé invalide par le tribunal, car le point à partir duquel on calcule fait considérablement varier le résultat (Béliveau et Lebel, 2011, p. 169, citant la décision *Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.* [2009] (CS)).

Le caractère raisonnable est évalué en fonction de l'étendue des activités économiques de l'employeur; ce dernier ne peut pas interdire l'activité de l'ex-employé dans un territoire plus vaste que celui qu'il couvre lui-même... Souvent, on juge que l'étendue raisonnable du territoire interdit est celle dans laquelle **l'employé et non l'entreprise en entier** exerçait (Béliveau et Lebel, 2011, p. 170, citant la décision *Accessoire d'incendie Securex 2000 inc. c. Dallaire* [2002] (CS)).

En revanche, un **vaste territoire est justifié** lorsque les **activités sont spécialisées mais que la clientèle est dispersée**, comme dans le secteur des technologies de pointe, par exemple le jeu vidéo, où l'on peut restreindre l'activité de l'employé sortant à toute l'Amérique du Nord pendant un an (Bich, 2003, p. 286, citant les décisions *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay* [2006] (CS) et *Ubisoft Divertissements inc. c. Champagne-Pelland* [2003] (CA); consulter aussi à ce sujet Béliveau, p. 33-34; Béliveau et Lebel, 2011, p. 171).



Rappel : les décisions *Ubisoft Divertissements inc. c. François Champagne Pelland, Steve Dupont, Hugo Dallaire, Marc Bouchard, Antoine Dodens et Electronic Arts (Canada) inc.* [2003] (CS) et *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay* [2006] (CS) sont fournies dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Ententes restrictives ». Nous vous recommandons cette lecture pour satisfaire votre curiosité personnelle.

Ces industries ont en commun d'être spécialisées et d'évoluer rapidement dans un contexte concurrentiel à l'échelle mondiale. On peut prévoir que les acteurs de ces marchés compétitifs demanderont aux tribunaux de revoir, voire d'assouplir, les critères jurisprudentiels établis en matière de territoire couvert (Laurier et Tremblay, 2013, p. 4). Par exemple, dans cette entreprise de création de jeux vidéo interactifs, la Cour supérieure a tenu pour raisonnable une clause de non-concurrence de 12 mois couvrant le territoire du

Canada, des États-Unis et du Mexique (Laurier et Tremblay, 2013, p. 24, citant la décision *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay* [2006] (CS)).



Rappel : Cette décision vous est fournie dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Ententes restrictives ». Nous vous recommandons cette lecture pour satisfaire votre curiosité personnelle.

De même, dans une affaire concernant une entreprise de matériel informatique et de logiciels de télécommunication pour les services d'urgence et de sécurité publique (911) qui sert les villes, les aéroports et d'autres organismes publics, l'employeur avait imposé une entente de non-concurrence couvrant les provinces de l'Ontario et du Québec pendant un an. L'ex-employé quitte son emploi pour un concurrent du même secteur servant le même type de clients dans l'ensemble de l'Amérique du Nord. Le tribunal a reconnu que la clientèle est ciblée et restreinte en Amérique du Nord, car il n'existe que huit sociétés, y compris les deux concurrents en cause, dans ce domaine; le risque pour l'ex-employé de divulguer des informations privilégiées justifie l'ordonnance de sauvegarde demandée par l'employeur (Laurier et Tremblay, 2013, p. 29-30, citant la décision *Cassidian Communications Corp. c. Aubin* [2012] (CS)).

Cependant, dans une affaire concernant une entreprise du secteur de la fourniture d'information, de service et de technologie dans l'industrie de la santé, l'employeur avait imposé, en 2007, au directeur des relations avec les fournisseurs occupant ce poste depuis 1996, une clause de non-concurrence de 12 mois interdisant de faire concurrence à l'employeur, et ce, « *anywhere in the world where employee has provided services on behalf of IMS Health Canada Limited* ». Le directeur a démissionné en 2012 et a trouvé un emploi chez un concurrent qui démarrait son entreprise, n'exerçant encore aucune activité. Le tribunal a jugé que l'ex-employé se voyait dans l'impossibilité de gagner sa vie et qu'aucune urgence ne semblait justifier une mesure extraordinaire dans les circonstances, que l'ex-employeur n'avait perdu aucun client et que rien ne laissait présager un préjudice irréparable (Laurier et Tremblay, 2013, p. 25, citant la décision *IMS Health Canada Inc. c. Think Business Insights Ltd* [2013] (CS)).

De même, dans une affaire concernant une entreprise du secteur de la fibre optique et de la conception, la fabrication et la vente d'instruments de tests et de mesures, l'employeur imposait une entente de non-concurrence portant sur un territoire mondial et donc illimité. Dans le cas d'un employé, les clauses de non-concurrence ne doivent pas avoir la même portée que lorsqu'il s'agit de personnes vendant leur entreprise. Un territoire couvrant « le

monde » demeure déraisonnable parce que l'employé sortant ne peut gagner sa vie (Laurier et Tremblay, 2013, p. 27-28, citant les décisions *Exfo inc. c. Réseaux Accedian inc.* [2011] (CS) et *Jean c. Omegachem inc.* [2012] (CA)).

En revanche, un **vaste territoire est justifié** lorsque l'employé détient un poste clé au sein de l'entreprise, tel un vice-président ou un directeur national des ventes. Dans ces situations, les tribunaux reconnaissent que l'intérêt légitime de l'employeur justifie l'application de la clause au territoire où l'entreprise fait affaire (Laurier et Tremblay, 2013, p. 21).

Par exemple, dans une affaire concernant une entreprise du secteur de la fabrication et de la distribution des adhésifs, enduits et produits chimiques industriels qui fait beaucoup de recherche et de développement, le poste clé de chimiste dans le laboratoire de recherche est le plus haut poste après celui de président. La clause de non-concurrence indiquée au contrat de ce chimiste prévoit l'interdiction de faire concurrence pendant deux ans sur le territoire des provinces de l'Ontario, du Québec et de toutes les provinces maritimes. Malgré un territoire très vaste, l'entente est considérée comme raisonnable en vertu de l'importance des secrets industriels appartenant à l'ex-employeur, qui a beaucoup investi pour les mettre au point, et du fait que l'ex-employé travaille maintenant pour un concurrent qui fabrique des produits de la même gamme. Étant donné l'urgence, l'injonction était nécessaire pour donner quelque utilité à l'entente de non-concurrence conclue (Laurier et Tremblay, 2013, p. 31-32, citant la décision *Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki* [2012] (CS)).

Par contre, moins la main-d'œuvre est mobile, plus le territoire interdit devra être limité, pour respecter la liberté de travail (Renaud et Thérien, 2011, p. 106-109). Si le territoire n'est pas précisé, cela **invalidera** probablement l'entente (Bich, 2003, p. 285; Béliveau et Lebel, 2011, p. 169).

Remarquons enfin que la notion même de territoire, dans certains secteurs d'activité, devient bien relative lorsque les ressources informatiques ne limitent plus la clientèle d'un point de vue géographique; les employeurs sont de plus en plus vulnérables devant la concurrence de leurs employés avec l'expansion des technologies de communication (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 161). Cela peut amener les tribunaux à accepter des territoires interdits plus vastes, mais l'employeur doit préciser le territoire interdit.

Restreindre les seules activités qui nuisent aux intérêts légitimes de l'ex-employeur

Pour établir si la concurrence est indue, le tribunal examinera enfin le genre d'activités qu'on interdit à l'employé sortant d'exercer, afin de laisser à ce dernier la latitude nécessaire pour gagner sa vie. L'entente peut interdire seulement la pratique du **genre de travail** qu'accomplissait l'ex-employé chez l'employeur, sauf dans des contextes exceptionnels

(Béliveau, 2008, p. 34-35). Elle doit interdire les seules activités qui nuisent à l'intérêt légitime de l'employeur. Lorsque le tribunal conclut que l'ex-employeur est motivé par le simple désir de réduire ou d'empêcher la concurrence dans son domaine, il ne peut conclure qu'il s'agit là d'un intérêt légitime.

Par exemple, une entente qui interdit plus d'activités que l'ex-employé n'en avait chez son ex-employeur, ou qui touche la vente ou l'installation de produits que n'offre pas l'ex-employeur, peut difficilement être jugée raisonnable (Béliveau et Lebel, 2011, p. 135).

L'employeur ne peut invoquer l'entente pour interdire des activités à l'employé s'il ne pratique plus lui-même ces activités, car à ce moment il n'a plus d'intérêt légitime à protéger (Bich, 2003, p. 279-280).

La restriction doit permettre à l'employé sortant de gagner sa vie. Par exemple, un resto-pub propose à une employée une entente de non-concurrence dans le but de la retenir, au moment où celle-ci se faisait solliciter par un concurrent (Laurier et Tremblay, 2013, p. 18, citant la décision *9120-0204 Québec inc. (Orange Bleue) c. Émond* [2011] (CQ)). En échange d'avantages salariaux et d'un retour sur les ventes du service de traiteur, on lui demande de souscrire à l'entente suivante :

Tant et aussi longtemps que L'EMPLOYÉ sera à l'emploi de L'EMPLOYEUR et pendant une période de DEUX (2) années à compter de la date où il cessera d'être à l'emploi de L'EMPLOYEUR, L'EMPLOYÉ s'engage, à ne pas s'engager, directement ou indirectement, et ce, à titre d'actionnaire, d'investisseur, de consultant, de commanditaire, d'associé, d'employé, de prêteur, ou à quelque autre titre que ce soit, dans une entreprise dont les activités sont liées aux « RECETTES DE MEME NATURE que celles de "L'ORANGE BLEUE ET/OU SERVICE DE TRAITEUR" » notamment, mais sans limiter la généralité de ce qui précède, la préparation, la vente, la distribution ou le service, et ce, à l'intérieur du territoire de la Ville de Baie-Comeau. [parag. 53-54 de la décision, nos majuscules]

Le tribunal a jugé que l'interdiction avait une portée trop large; les termes utilisés « dont les activités sont liées aux recettes de même nature que celles de L'Orange bleue et/ou service de traiteur » sont très difficiles à appliquer et, en quelque sorte, pourraient être appliqués à tout restaurant dans la municipalité de Baie-Comeau. La lecture des menus de L'Orange bleue et du service de traiteur démontre en effet qu'ils offrent une grande variété de mets. Les termes utilisés empêchaient donc l'employée de travailler dans tous les restaurants de la ville, peu importe ses fonctions. Le juge a conclu que la clause de non-concurrence était abusive; elle allait bien au-delà de ce qui était nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur.

La **sollicitation des clients, des employés et des fournisseurs de l'ex-employeur** peut constituer l'une des **activités interdites**, par exemple, et à ce titre l'entente de non-sollicitation peut faire partie de l'entente de non-concurrence (Bich, 2003, p. 257-258).

L'entente (de non-concurrence ou de non-sollicitation) doit prévoir de façon expresse quelles sont les personnes que l'ex-employé n'a pas le droit de solliciter.

Lorsque l'entente prévoit seulement que l'employé sortant ne peut **embaucher** des employés de son employeur et qu'il **forme une nouvelle société** avec un collègue, le tribunal ne peut pas, de sa propre initiative, élargir l'entente et lui faire interdire le démarrage d'entreprise avec un collègue, qu'elle n'avait pas prévu (Benaroché, 2008, p. 214, citant la décision *Entreprises Jacques Despars inc. c. Boily* [1997] (CS)).

Comme pour les clients, l'entente concernant la sollicitation de collègues (ou d'ex-collègues) doit être raisonnable et se limiter à protéger les intérêts légitimes de l'employeur. L'employeur ne peut prévoir dans une entente qu'il soit interdit à l'employé sortant de solliciter toute personne ayant déjà travaillé pour l'entreprise, quel que soit le moment. Par exemple, dans le cas d'une **agence de location de main-d'œuvre**, la notion même d'employé prête à confusion. Puisque divers employeurs et employés sont des clients de l'agence et que les personnes fournies à un employeur client à titre d'employés temporaires deviennent en fait les employés de ces entreprises clientes, qui sont les employés de l'agence à proprement parler? (Benaroché, 2008, p. 214, citant la décision *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce* [2004] (CS)). L'entente doit le prévoir.

Un exemple de condition déraisonnable : l'entente de non-concurrence par paliers, escalier ou entonnoir

Nous avons vu que les tribunaux interprètent le droit et l'appliquent dans chaque contexte particulier. Plusieurs facteurs propres à chaque contexte particulier font varier la décision, qui demande d'interpréter l'article 2089 CcQ. Devant l'incertitude ayant trait à l'interprétation des tribunaux, certains employeurs ont prévu divers scénarios applicables selon ce qu'un tribunal jugerait inapproprié s'il avait à en établir la validité (Béliveau, 2008, p. 17-21). Par exemple, un employeur propose une entente prévoyant l'interdiction de concurrence pendant deux ans, mais l'entente stipule que cette durée peut être réduite à un an selon ce que le tribunal jugera valide. Pour désigner ce type d'entente de non-concurrence, on utilise les termes **par paliers, escalier ou entonnoir**.

Les tribunaux ont déjà reconnu la légitimité de telles ententes avant l'entrée en vigueur du nouvel article 2089 CcQ. Toutefois, selon les dispositions en vigueur depuis 1994, la mention « en termes exprès » exige, en fait, une plus grande précision (Bich, 2003, p. 271-277). Il est déjà clair en vertu de l'article 1373 CcQ que l'employé doit connaître, au moment où il signe l'entente, les obligations qu'il s'engage à respecter, sans incertitude.

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

La prestation doit être possible et **déterminée ou déterminable**; elle ne doit être ni

prohibée par la loi ni contraire à l'ordre public.

Si tel n'est pas le cas, une telle entente laisse planer sur l'employé qui l'a signée une épée de Damoclès que seul un juge peut éliminer; comment alors savoir, sans recourir au tribunal, si l'entente signée est valide? (Béliveau et Lebel, 2011, p. 144, citant la décision *Graphiques Matrox inc. c. Nvidia Corp* [2001] (CS)).

De telles ententes devraient être considérées comme nulles (Béliveau et Lebel, 2011, p. 147, citant les décisions *Drouin c. Surplec inc.* [2004] (CA), *P. Brunet Assurance inc. c. Lamanque* [1993] (CS), *Beau-T Stop Distribution inc. c. Mailhot* [2001] (CS), *Graphiques Matrox inc. c. Nvidia Corp* [2001] (CS)).

À la limite, une certaine jurisprudence accepte d'exiger le respect de la stipulation la moins onéreuse (Béliveau et Lebel, 2011, p. 147, citant la décision *Drouin c. Surplec inc.* [2004] (CA)).

Mais il est grandement recommandé de ne plus rédiger de telles ententes, car les tribunaux tendent en majorité à les invalider.

L'employé sortant doit avoir librement consenti à l'entente

Le tribunal tient compte du contexte de la conclusion de l'entente. Cette dernière doit être **librement consentie** (Béliveau, 2008, p. 11 et 21-27; Bich, 2003, p. 269), conformément à la théorie générale des contrats selon laquelle les parties doivent librement consentir au contrat. En effet, il peut y avoir vice de **consentement** lorsque l'employé ne pouvait pas négocier au moment où il a signé l'entente, ne pouvait pas comprendre le sens de l'engagement demandé ou alors agissait sous la menace d'une sanction ou d'un congédiement (Béliveau et Lebel, 2011, p. 160).

Les tribunaux reconnaissent le déséquilibre entre les parties dans le contrat d'emploi. On a vu plus haut qu'on parle d'un **contrat d'adhésion** dans le cas de ces ententes. L'employeur est souvent en mesure d'imposer à l'employé recruté ou récemment embauché les termes d'un contrat d'embauche, car ce dernier n'a pas souvent de véritable pouvoir de négociation dans ce contexte.

Les décisions récentes mettent en évidence le fait que les tribunaux tendent à interpréter de façon stricte (en d'autres termes, comme s'ils interprétaient un recours en vertu des articles 2088-2089 CcQ) les ententes restrictives contractuelles lorsque la preuve laisse croire qu'elles n'ont **pas été négociées sur un pied d'égalité** (Laurier et Tremblay, 2013, p. 36-37).

L'entente doit respecter l'**ordre public**, soit les lois existantes. Une entente qui prévoit, par exemple, le pouvoir de l'employeur de congédier unilatéralement un employé en cas de

contravention, serait contraire à l'ordre public et annulerait la validité de l'entente de non-concurrence (Launay et Dufresne, 2008, p. 233).

En principe, l'imposition d'une telle entente restrictive doit être soumise à l'employé et signée avant la date du début de son emploi; cependant, il arrive qu'elle soit **proposée en cours d'emploi** pour différentes raisons. L'employé doit librement y consentir. Un employeur n'est pas en droit de congédier un employé refusant de signer une clause de non-concurrence en cours d'emploi (moyennant une contrepartie ou pas) (Laurier et Tremblay, 2013, p. 5, citant la décision *Jean c. Omegachem inc.* [2012] (CA)). L'employé peut alors déposer une plainte à la Commission des normes du travail pour congédiement sans cause juste et suffisante.

Des conditions déraisonnables peuvent invalider l'entente

L'employeur doit préciser les trois conditions de durée pendant laquelle la concurrence est interdite, le territoire et les activités interdits dans l'entente.

Si l'entente est jugée abusive en vertu de l'article 2089 CcQ, les tribunaux la **déclarent nulle** ou alors **la divisent** (certaines clauses étant déclarées nulles et d'autres, conservées) **lorsque la rédaction le permet** (division des différentes obligations de non-concurrence, de non-sollicitation et de non-divulgateion) en vertu de l'article 1438 CcQ (Béliveau, 2008, p. 6-7 et 13-16; Bich, 2003, p. 287-291). On peut, par exemple, diviser une entente de non-concurrence **lorsqu'elle inclut une entente de confidentialité ou de non-sollicitation, ou les deux** (Béliveau et Lebel, 2011, p. 135 et 157).

1438. 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.

En fait, la liberté de travail de l'employé est si importante qu'on peut dire que les clauses de non-concurrence sont invalides à *moins* qu'il ne soit prouvé qu'elles respectent les conditions exprimées dans l'article 2089 CcQ, c'est-à-dire que l'employeur peut démontrer qu'elles sont raisonnables. L'employeur qui, même pour protéger un intérêt légitime, négocie ou impose une clause trop vaste ou trop restrictive, risque l'annulation de cette clause.



Lisez à ce sujet la décision *Groupe Sotek inc. c. Mihalache* [2013] (CS), fournie dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Ententes restrictives ». Non seulement elle illustre ce que vous venez de lire, mais elle a inspiré l'étude de cas Sarah que vous pouvez consulter avant de vous attaquer à celle qui fait l'objet de votre travail noté.

En revanche, chacune de ces ententes ou de ces clauses (non-concurrence, non-

sollicitation et non-divulgation) est indivisible selon la jurisprudence. Lorsqu'une entente ou une clause de non-concurrence contient une disposition déraisonnable (un territoire interdit trop grand, une trop longue durée, de trop nombreuses activités interdites), les tribunaux **ne réécrivent pas l'extrait déraisonnable** d'une entente. À la suite d'un arrêt de la Cour suprême (*Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western)* [2009] (CSC)), on déclare maintenant ces ententes invalides en entier. Selon le même arrêt, une clause conférant au tribunal le pouvoir de modifier l'entente afin de la rendre valide n'est pas valide non plus (Béliveau et Lebel, 2011, p. 141, citant la décision *TQS c. Pelletier* [2009] (CS)). **L'employeur doit donc s'assurer de conclure une entente valide s'il veut l'utiliser par la suite.**

L'ajout d'une clause par laquelle l'employé déclare considérer l'entente comme raisonnable est inutile, car elle ne lie pas le tribunal (Béliveau et Lebel, 2011, p. 142).

Si la cause est portée devant le tribunal, l'ex-employeur a le **fardeau de prouver** que l'exercice des activités interdites lui **porte préjudice**. Il ne suffit pas, par exemple, d'interdire à l'employé d'exercer des activités « susceptibles de causer un préjudice à notre société par leur caractère commercial », car l'ex-employé n'est pas en mesure de connaître précisément son obligation (Béliveau et Lebel, 2011, p. 172, citant la décision *Échafaudage Falardeau inc. c. Cyr* [2009] (CS)).

L'employeur ne peut pas non plus interdire l'exercice de certaines activités ou fonctions précises accomplies chez lui et **ajouter « toutes tâches connexes que l'employé aurait pu effectuer »**, pour les mêmes raisons (Béliveau et Lebel, 2011, p. 173, citant la décision *Automatisation JRT inc. c. Roy* [2006] (CS)). L'entente doit préciser les fonctions ou les activités interdites, sinon le tribunal pourra la déclarer **invalide** (Béliveau et Lebel, 2011, p. 174).

En revanche, le tribunal a considéré qu'un administrateur et gestionnaire d'entreprise de haut niveau, très informé des secrets d'un studio de jeux vidéo (secteur d'activité hautement spécialisé fondé sur l'innovation et où le secret importe jusqu'à la sortie du produit), peut trouver un emploi dans un secteur d'activité différent de celui de son ex-employeur. En acceptant un emploi chez un concurrent direct, dans le cadre d'un conflit opposant déjà les deux studios avant son départ et dont il était l'acteur clé, l'ex-directeur général a lésé les intérêts légitimes de son ex-employeur (Béliveau et Lebel, 2011, p. 166).

L'employé sortant doit-il divulguer l'entente à son nouvel employeur?

Lorsqu'un employé lié par une entente restrictive à son ex-employeur le quitte pour un nouvel employeur, est-il tenu de divulguer cette entente à son nouvel employeur? La loi

québécoise exige la bonne foi au cours des négociations d'un contrat et pendant sa durée (art. 1375 CcQ) :

1375. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

Ces dispositions ne suffisent pas à obliger la divulgation. Tout doit être interprété en contexte; si l'employé sait que l'entente pourrait générer des problèmes pour son nouvel employeur, il est de bonne foi de l'aviser. Si l'employé choisit délibérément de cacher l'entente restrictive à son nouvel employeur, les tribunaux pourraient conclure à sa mauvaise foi, car l'ex-employeur peut exercer un recours à la fois contre l'employé et son nouvel employeur, qui devra assumer des frais pour la défense ou le temps de travail perdu pour permettre à l'employé de se défendre.

L'entente ne tient plus si l'employeur met fin à l'emploi sans motif sérieux

L'entente contractuelle ne tient plus si l'employeur met fin à l'emploi **sans motif sérieux** en vertu de l'article 2094-2095 CcQ ou s'il donne à l'employé un motif sérieux de résilier son contrat (Bich, 2003, p. 256 et 292-293). Un employeur qui résilie un contrat sans motif ne satisfait pas à la condition de validité de l'entente de non-concurrence conclue, et le tribunal pourra l'annuler (Launay et Dufresne, 2008, p. 231).

2095. L'employeur ne peut se prévaloir d'une stipulation de non concurrence, s'il a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation.

Cependant, l'ex-employé **demeure tenu de remplir son devoir universel de loyauté**, quel que soit le contexte de son congédiement (art. 2088(2) CcQ; Bich, 2003, p. 294; Bonhomme, 2008, p. 141).

En droit du travail, on compare volontiers le congédiement à la « peine capitale » du droit criminel parce qu'il constitue le châtement le plus grave pour une faute commise en contexte d'emploi et prive le salarié du moyen de gagner sa vie; de ce fait, les tribunaux examinent sérieusement les motifs de l'employeur en cas de plainte pour congédiement et **interprètent l'entente de façon stricte**.

Comme **l'employeur a le fardeau de la preuve**, c'est lui qui doit démontrer le sérieux du motif du congédiement.

Au moment d'évaluer la validité d'une entente de non-concurrence, les tribunaux doivent examiner avec soin le cas d'un ex-employé congédié, pour éviter de cautionner une situation abusive dans laquelle l'employé sortant est privé de tout droit devant un employeur qui détient tous les pouvoirs. Ils doivent interpréter chaque cas en son contexte. Le droit du travail est, en effet, constamment préoccupé de rétablir l'équilibre souvent compromis entre

des parties inégales (voir plus haut la section « Le contexte juridique »).

En bref, un congédiement peut être justifié et fondé sur un **motif sérieux** lorsque l'employé a dérogé à une ou plusieurs conditions essentielles de son contrat d'emploi ou qu'il a eu une conduite répréhensible dans l'accomplissement de son travail, telle que l'insubordination, l'indiscipline grave, la négligence, la paresse au travail, l'incompétence, la malhonnêteté, le conflit d'intérêts, la toxicomanie, l'absentéisme, l'irrespect (Launay et Dufresne, 2008, p. 233-234). D'autres lois emploient la notion de « cause juste et suffisante » qui doit justifier le congédiement; ces deux notions sont considérées comme des synonymes (Launay et Dufresne, 2008, p. 231).

Pour constituer un motif sérieux, la faute doit être grave et répétée. La responsabilité de la faute doit incomber à l'employé; si l'employeur est en partie responsable de la faute, s'il ne fournit pas les conditions nécessaires à l'exécution du travail ou s'il rend même la tâche impossible à l'employé, le congédiement n'est plus fondé sur un motif sérieux (Launay et Dufresne, 2008, p. 234).

Qu'ont reconnu les tribunaux à titre de motif non sérieux?

- Les motifs d'ordre économique ou administratif, comme une fusion suivie d'une réorganisation, ne constituent pas un motif sérieux (Launay et Dufresne, 2008, p. 235, citant la décision *Léonard c. Girard* [1999] (CS)).
- Un congédiement déguisé, soit le fait pour un employeur de pousser un employé à quitter son emploi, par exemple en détériorant délibérément ses conditions de travail au point de les rendre inacceptables, ne constitue pas un motif sérieux (Launay et Dufresne, 2008, p. 235). Lorsque l'employé démissionne et qu'il prétend que son employeur l'y a poussé délibérément, il a alors le **fardeau de le démontrer** (Launay et Dufresne, 2008, p. 236).
- Un employeur qui a conclu par contrat avec un employé une entente de non-concurrence prévoyant l'échange de bénéfices supplémentaires liés à son emploi, et qui affecte cet employé à un autre emploi exempt de ces bénéfices, ne respecte plus sa partie de l'engagement accepté par contrat. Cela libère l'autre partie de ses propres obligations et invalide l'entente (Launay et Dufresne, 2008, p. 235).

Qu'ont reconnu les tribunaux à titre de motif sérieux?

- Le vol et le vandalisme, lorsque l'employeur a une politique claire à ce sujet et que l'employé occupe une fonction d'autorité; les tribunaux ne tiennent pas toujours compte de la valeur des objets volés, qui peut être insignifiante (Launay et Dufresne, 2008, p. 236).
- La fraude, soit un acte teinté d'une intention malicieuse car prémédité; elle est réfléchie et parfois répétée : falsifier une feuille de temps, déclarer de faux diplômes et mentir

quant à sa scolarité sont des actes frauduleux qui rompent le lien de confiance avec l'employeur (Launay et Dufresne, 2008, p. 236).

- L'insubordination est le refus d'obéir aux ordres légitimes d'un employeur dans le cadre du travail, à des directives ou à un règlement d'entreprise annoncé et connu. Il ne faut pas confondre l'insubordination avec le conflit de personnalité, la mésentente ou la divergence de vues, que doit tolérer l'employeur (Launay et Dufresne, 2008, p. 237).
- La violence verbale et physique n'est pas tolérable en milieu de travail; pour en disposer, les tribunaux considèrent la présence ou pas de certains facteurs aggravants : le haut niveau hiérarchique du poste occupé, la préméditation, la gravité du geste violent, la provocation, le dossier disciplinaire déjà chargé, l'ancienneté, l'absence d'excuses (Launay et Dufresne, 2008, p. 237).
- Le harcèlement sexuel et psychologique est un comportement d'avances ou de gestes non souhaités, qui a un effet vexatoire; pour en disposer, les tribunaux considèrent la présence ou pas de certains facteurs aggravants : le haut niveau hiérarchique du poste occupé et la position hiérarchique de la victime, la gravité d'un seul geste ou la répétition de plusieurs gestes, l'effet sur la victime, le dossier disciplinaire déjà chargé, l'ancienneté, l'absence d'aveu ou de regret (Launay et Dufresne, 2008, p. 237-238).
- Le manque grave de civilité et de courtoisie envers les collègues ou les clients, ou les deux, qui dépasse une simple attitude agressive, un conflit de personnalité, une impolitesse ou un manque de communication; une rivalité entre deux collègues, par exemple, doit être gérée par les représentants de l'employeur; congédier l'un des rivaux n'est pas une solution de premier recours, étant donné l'importance de l'emploi pour l'employé (Launay et Dufresne, 2008, p. 238).
- Le manquement au devoir de loyauté consiste en conduites que vous connaissez maintenant bien : divulguer de l'information confidentielle, dénigrer l'employeur en public, se placer en situation de conflit d'intérêts; pour en disposer, les tribunaux considèrent la présence ou pas de certains facteurs aggravants : le haut niveau hiérarchique du poste occupé, par exemple (Launay et Dufresne, 2008, p. 238).
- La négligence se manifeste par le manque de diligence, une apparence négligée lorsque ce facteur importe, le défaut de veiller à la sécurité des collègues et à la sienne, le fait de dormir au travail, par exemple (Launay et Dufresne, 2008, p. 238-239).
- L'absentéisme excessif et non motivé, lié à l'incapacité de fournir une prestation de travail entière, lorsqu'il n'est pas motivé par un handicap (au sens des art. 10 et 16 de la charte québécoise; Launay et Dufresne, 2008, p. 239).
- L'incompétence d'un employé par rapport aux politiques et aux normes en vigueur dans l'entreprise, lorsqu'elles sont connues et appliquées; l'employé qui ne répond pas aux attentes légitimes de l'employeur, commet des fautes professionnelles, démontre d'importantes lacunes dans la gestion des affaires, de façon importante et répétée. Que

la conduite de l'employé soit ou non volontaire n'a pas d'importance, seule la conséquence est prise en compte (Launay et Dufresne, 2008, p. 239).

Dans tous ces cas, sauf les manquements graves qui justifient un congédiement à la première occurrence, l'employeur doit d'abord exprimer le problème à l'employé fautif et demander explicitement un changement, par exemple en imposant une sanction comme un avis disciplinaire, une lettre de réprimande, une suspension, une mise en demeure, etc. Il respecte ainsi le principe de la gradation des sanctions, qui découle du fait que le congédiement correspond à la « peine capitale » en droit du travail.

Les tribunaux considéreront plus facilement comme sérieux le motif de l'employeur qui a tenté une **approche disciplinaire graduelle** que celui qui entraîne un congédiement à la première occurrence d'un comportement qui ne devient grave qu'avec la répétition (Launay et Dufresne, 2008, p. 239-240).

Ne pas confondre ces ententes avec les ententes contractuelles conclues entre entrepreneurs

Les ententes restrictives conclues en contexte d'emploi sont interprétées de façon plus stricte (c'est-à-dire qu'elles tendent à favoriser l'employé et à restreindre les droits de l'employeur) et exigeante par les tribunaux que les **ententes de même type conclues entre entrepreneurs, dans un contexte de vente d'entreprise**, parce qu'il y a rarement équilibre des parties à la négociation de ces ententes en contexte d'emploi.

En effet, la négociation du contrat d'achat entre deux entrepreneurs est, en général, empreinte d'une plus grande symétrie de pouvoir, sauf dans le cas d'une vente de franchise, où les tribunaux reconnaissent que le franchiseur est en position d'imposer ses conditions au franchisé, qui signe souvent, comme l'employé, un contrat d'adhésion (Béliveau et Lebel, 2011, p. 121, citant la décision *9169-3556 Québec inc. c. Gestion René Simoneau Itée* [2009] (CS)).

En contexte d'emploi, les employeurs qui proposent une entente de non-concurrence ne sont **pas tenus d'indemniser l'employé** pour sa liberté perdue, alors que l'acheteur d'une entreprise paie l'achalandage de l'entreprise qu'il achète (Béliveau et Lebel, 2011, p. 119-120). Cela constitue une première justification de la différence de traitement.

Mais il y a une autre raison plus profonde. Les rapports d'emploi, avant de faire l'objet d'un droit propre (le droit du travail) à compter de la deuxième moitié du 20^e siècle, étaient régis par le droit civil, qui régit les relations contractuelles (le Code civil du Québec, par exemple). Or, le droit des rapports contractuels est fondé sur l'égalité des citoyens entre eux (postulat du droit libéral qui a cours dans les régimes capitalistes) et, partant, sur l'égalité des parties contractantes. C'est ce qu'on appelle le **consensualisme contractuel** (Bich, 2003, p. 264).

Avant l'émergence du droit du travail, le travail salarié est considéré comme une relation de subordination juridique contractuellement consentie (art. 2085 CcQ). En d'autres termes, il s'agit d'un rapport contractuel entre deux parties égales sur le plan juridique, soit ayant toutes deux la liberté de contracter, et qui acceptent par contrat un échange impliquant réduction de la liberté et vente de la force de travail, d'un côté, et compensation matérielle sous forme de rémunération, de l'autre (Bich, 2003, p. 248-249).

Dans un tel contexte, on considère que le salarié met sa *force de travail* à la disposition de son employeur, à l'intérieur d'une période donnée, qui devient un *actif* de l'employeur qui peut s'approprier le produit de ce travail. La force de travail est considérée comme un objet contractuel ordinaire qui peut faire l'objet d'un contrat (Bich, 2003, p. 248-9).

Or, les rapports d'emploi ne sont pas équilibrés ni symétriques, et la Cour suprême a depuis reconnu à maintes reprises l'absence de réalisme d'une telle position juridique. Les contrats individuels d'emploi, en particulier en contexte non syndiqué, ne se négocient pas dans un contexte semblable aux échanges commerciaux. La plupart du temps, il s'agit d'un contrat d'adhésion (Bich, 2003, p. 251), où les parties n'ont pas la même liberté que lorsque deux entrepreneurs négocient la vente d'une entreprise, par exemple.

Le droit du travail est né du constat de l'inégalité inhérente aux rapports entre le capital et le travail et de la volonté de rétablir, par un droit particulier, une certaine symétrie des droits des parties, pour redonner une réalité au consensualisme contractuel. Comme la force de travail n'est pas un objet contractuel comme les autres, elle ne peut pas être régie par le seul droit des obligations contractuelles. Pour cela, le droit du travail est un droit *de protection* (Bich, 2003, p. 251 et 264), car il compense le fait que le contrat individuel de travail n'est pas un contexte de consensualisme contractuel, mais plutôt de contrat d'adhésion.

Par conséquent, les tribunaux judiciaires, même lorsqu'ils tranchent des litiges touchant des contrats individuels de travail régis par le Code civil du Québec, s'inspirent des principes du droit du travail et tendent à protéger les salariés. Cela ne les mène pas à annuler systématiquement les ententes restrictives, mais bien à rechercher l'équilibre entre la liberté de travail des employés, d'une part, et l'intérêt légitime de l'employeur, d'autre part (Bich, 2003, p. 251). Le tribunal cherche, en fait, à **concilier deux principes qui s'opposent** : le droit de toute personne de gagner sa vie et d'améliorer son sort dans un environnement de libre concurrence, d'une part, et le droit de l'employeur de protéger les intérêts commerciaux de son entreprise, d'autre part (Benaroché, 2008, p. 185).



Si vous le souhaitez et pour satisfaire votre curiosité seulement, lisez à ce sujet la décision *Ubisoft Divertissements inc. c. François Champagne Pelland, Steve Dupont, Hugo Dallaire*,

Marc Bouchard, Antoine Dodens et Electronic Arts (Canada) inc. [2003] (CS), fournie dans le site du cours, sous « Trousses », dans la trousse « Ententes restrictives ». Cette lecture n'est pas obligatoire.

L'ENTENTE DE NON-SOLLICITATION

L'entente de non-sollicitation est parfois un sous-ensemble de l'entente de non-concurrence, mais est aussi parfois autonome. **Les conditions énoncées au sujet de l'entente de non-concurrence s'appliquent à cette entente**, mais elle est simplement **moins contraignante**, car elle n'interdit que certains comportements précis en matière de concurrence, soit ceux qui ont trait à la sollicitation **des clients, des employés ou des fournisseurs** de l'ex-employeur (Béliveau, 2008, p. 4; Béliveau et Lebel, 2011, p. 151).

Peut-on assimiler l'entente de non-sollicitation à l'entente de non-concurrence?

L'entente de non-sollicitation est assimilable à l'entente de non-concurrence

Selon un **courant jurisprudentiel**, l'entente de non-sollicitation est peu distincte de l'entente de non-concurrence et peut en faire partie, c'est-à-dire y être assimilée à titre de composante. L'entente de non-sollicitation peut même être considérée comme une entente de non-concurrence et être régie par les mêmes règles, satisfaire aux mêmes conditions de validité. La sollicitation des clients de l'ex-employeur est, en effet, le premier pas vers la concurrence et n'est que l'une des activités compétitives que peut interdire l'entente de non-concurrence (art. 2089(2) CcQ) (Bich, 2003, p. 257-258; Benaroché, 2008, p. 190-191, citant la décision *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.* [2007] (CA)).

Les tribunaux seront plus disposés encore à adhérer à cette thèse lorsque l'entente de non-sollicitation **va jusqu'à interdire**, par exemple à l'employé sortant, non seulement de solliciter, mais encore de « *faire affaires* [sic] ou de *tenter de faire affaires* » avec les anciens clients de son ex-employeur, « à quelque endroit que ce soit, directement ou indirectement et de quelque façon que ce soit, avec l'un ou l'autre des clients faisant affaires [sic] ou ayant fait affaires avec la Compagnie dans les 24 mois précédant... » la fin de l'emploi, (Benaroché, 2008, p. 190, citant la décision *Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc.* [2007] (CA)).

Devant de telles ententes restrictives dites hybrides, lorsque l'interdiction de solliciter la clientèle ou les partenaires d'affaires de l'ancien employeur revient, pour l'employé, à une interdiction de travailler dans le domaine de l'ancien employeur, les tribunaux tendent à les considérer comme des ententes de non-concurrence (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 155).

Certaines clauses interdisent non seulement de solliciter les clients de l'ex-employeur, mais

encore de rendre à ces clients tout service de même nature, même sans aucune sollicitation de la part de l'employé sortant et même lorsque le client demande lui-même le service de sa propre initiative (lire aussi à ce sujet *Gestess Plus (9088-0964 Québec inc.) c. Harvey* [2008] (CA), décision citée dans Benaroché, 2008, p. 191).

Cela **dépasse de beaucoup l'interdiction de sollicitation** pour interdire, en fait, toute concurrence (Benaroché, 2008, p. 191), même la concurrence « normale » dans le cadre d'interprétation du devoir de loyauté, par exemple. Dans ce cadre, l'entente de non-sollicitation **correspond bien en fait à une entente contractuelle de non-concurrence**.

L'entente de non-sollicitation n'est pas assimilable à l'entente de non-concurrence

Selon un **autre courant jurisprudentiel**, les tribunaux doivent interpréter de façon moins stricte l'entente de non-sollicitation, surtout lorsqu'il s'agit d'une **clause de sollicitation dite pure**, c'est-à-dire celle qui n'interdit que la sollicitation au sens donné plus haut, pour une **durée et un territoire circonscrit**.

Elle a une portée plus étroite que l'entente de non-concurrence, car elle ne touche qu'une partie des faits et gestes interdits par l'entente de non-concurrence et restreint moins la liberté de travail de l'ex-employé que cette dernière (Benaroché, 2008, p. 192). L'ex-employeur peut donc exiger davantage, selon ce courant, et les tribunaux toléreront, par exemple, une entente interdisant la sollicitation pendant trois ans sur un territoire illimité (Benaroché, 2008, p. 201-202, citant la décision *LEL Marketing Itée c. Otis* [1989] (CS)).

Dans une entente de non-concurrence, de telles limites auraient été considérées comme excessives et les tribunaux auraient été tenus d'interpréter de façon stricte les conditions de validité de l'entente, devraient la déclarer nulle.

Les tribunaux considèrent ici que, comme l'ex-employé peut toujours travailler chez un concurrent (à condition de ne pas solliciter les clients, les employés et les fournisseurs de son ex-employeur), servir des clients de son ex-employeur si tel est leur choix et mener une concurrence loyale à ce dernier, les conditions ne sont pas excessives. L'entente limite grandement la sollicitation mais peut être valide, car elle n'interdit que cela et conserve à l'employé la liberté de travailler (Benaroché, 2008, p. 202).

Quelles sont les conséquences de chacun de ces courants?

Lorsque l'entente de non-sollicitation est assimilée à une entente de non-concurrence :

- Les tribunaux, qui sont à la recherche de l'équilibre des intérêts des parties, seront préoccupés de protéger la liberté de travail de l'ex-employé et interpréteront l'entente de façon **stricte** (c'est-à-dire qu'elle tend à favoriser l'employé et à restreindre les droits de l'employeur).

- L'ex-employeur qui met fin à l'emploi **sans motif sérieux** en vertu de l'article 2095 CcQ ou qui donne à l'employé un motif sérieux de résilier son contrat ne peut plus exercer son recours, car les tribunaux interprètent l'entente comme une entente de non-concurrence (Benaroché, 2008, p. 193).

Mais lorsque l'entente de non-sollicitation n'a pas cette portée, les tribunaux l'interprètent-ils comme une entente de non-concurrence?

- Les tribunaux sont à la recherche de l'équilibre des intérêts des parties; comme l'entente limite moins la liberté de travail de l'ex-employé, ils seront moins protecteurs à l'endroit de l'ex-employé et interpréteront l'entente de façon **moins stricte**, c'est-à-dire qu'elle tend à favoriser l'employé et à restreindre les droits de l'employeur (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 154).
- L'ex-employeur qui met fin à l'emploi **sans motif sérieux** ou qui donne à l'employé un motif sérieux de résilier son contrat pourrait toujours, en principe, exercer son recours, si l'entente n'est pas définie comme une entente de non-concurrence, car elle ne relève alors pas de l'article 2095. Une telle interprétation n'a toutefois pas encore été testée devant le tribunal.

Quel que soit le courant jurisprudentiel retenu par le tribunal qui décide d'un recours précis, il demeure que **l'entente de non-sollicitation contractuelle protège mieux l'employeur que le simple devoir de loyauté en vertu de l'article 2088 CcQ**, car les parties sont réputées en avoir convenu librement. Une telle entente peut avoir une plus grande portée que l'article 2088 CcQ en matière de durée et de territoire.

Les conditions de validité de l'entente de non-sollicitation

Les conditions de validité sont, en général, les **mêmes que celles de l'entente de non-concurrence** en vertu de l'article 2089 CcQ. La jurisprudence est cependant divisée quant au fait que le **territoire** doit être défini.

Les tenants du courant jurisprudentiel selon lequel l'entente de non-sollicitation est **assimilable à l'entente de non-concurrence** considèrent que l'employeur doit bien justifier la limite imposée par contrat pour que le tribunal la tienne pour valide. Par exemple, l'entente pourra préciser une surface circulaire définie par un rayon à partir de l'entreprise de l'employeur. L'interdiction de solliciter dans un rayon de 150 kilomètres de tous les différents établissements de l'ex-employeur, par exemple, a été jugée trop sévère et donc déraisonnable parce qu'elle empêchait l'employé sortant de gagner sa vie (Benaroché, 2008, p. 202-205, citant la décision *Compagnie de gestion MDJ inc. c. Cadieux et al.* [2005] (CS)).

Selon les tenants du courant jurisprudentiel selon lequel l'entente de non-sollicitation n'est

pas assimilable à l'entente de non-concurrence, une telle précision n'est pas nécessaire, notamment lorsque la liste des clients de l'employeur est bien circonscrite et tient lieu de limite. Dans l'état actuel de la jurisprudence, **on ne peut encore trancher**, en l'absence de décisions de la Cour d'appel (Benaroché, 2008, p. 205-208).

L'entente **ne peut interdire de travailler pour un concurrent**; elle n'interdit que la sollicitation. Elle ne peut non plus interdire à l'ex-employé de servir les clients de son ex-employeur ou de joindre ses fournisseurs, si l'employé sortant ne les a pas sollicités. L'entente doit laisser à l'employé la latitude nécessaire pour gagner sa vie (Benaroché, 2008, p. 202).

L'entente **peut prévoir une indemnité financière** en contrepartie de l'obligation imposée; le tribunal tiendra compte de la proportion entre cette indemnité et l'obligation pour en évaluer le caractère raisonnable et, par conséquent, la validité. En effet, la validité d'une telle entente correspond à son caractère raisonnable (Béliveau et Lebel, 2011, p. 154).

Qu'est-ce qu'un client?

La notion de client est bien circonscrite par la jurisprudence :

- Un client est servi dans la période contemporaine du départ de l'employé sortant; ce n'est pas un client hypothétique ou convoité. Pour poursuivre en vertu de l'article 2088(2) CcQ, l'employeur doit démontrer plus que de simples craintes ou des appréhensions, plus que la possibilité de divulgation ou d'utilisation de renseignements, de sollicitation, par exemple (Bich, 2003, p. 309).
- Un client est une personne servie directement par l'ex-employeur et non celle qui recommande à des personnes de devenir des clients, ou qui envoie des clients. Par exemple, des médecins ou des employeurs qui dirigent des personnes souffrantes vers des cliniques privées ne sont pas eux-mêmes les clients, puisqu'ils adressent des personnes souffrantes – qui sont les clients – à l'employeur signataire de l'entente. Si l'entente ne définit pas la notion de client, l'employé sortant peut donc les solliciter (Benaroché, 2008, p. 209-210).
- Un client doit être relativement attaché à un employeur donné, donc exclusif, pour qu'il soit interdit de le solliciter; s'il n'est pas clair que des clients donnés sont attachés à l'ex-employeur, et que n'importe quel entrepreneur du même secteur solliciterait ces mêmes clients à l'aide d'une liste constituée à l'aide d'un annuaire ou d'un site Internet spécialisé, les tribunaux hésitent à appliquer l'entente de non-sollicitation (Benaroché, 2008, p. 210-211).

L'employeur peut-il demander la conclusion d'une entente restrictive en cours d'emploi?

L'employeur peut demander la conclusion d'une entente restrictive en cours d'emploi. Cependant, selon les tribunaux, dans ces cas, l'employeur devrait assortir la demande d'une indemnité en contrepartie de l'obligation imposée (Béliveau et Lebel, 2011, p. 154, citant la décision *TQS c. Pelletier* [2009] (CS)).

L'ENTENTE D'EXCLUSIVITÉ ET DE CONFLITS D'INTÉRÊTS

Outre les clauses restrictives, l'employeur peut se doter de règles contractuelles précises liées à la gestion des ressources humaines, de façon à encadrer strictement le devoir de loyauté et l'usage d'informations confidentielles. L'employeur peut notamment les inclure dans un code de conduite, un manuel de l'employé ou une politique de l'entreprise. L'employeur doit s'assurer de faire signer à l'employé un accusé de réception indiquant qu'il a pris connaissance des règles du code ou du manuel et qu'il s'engage à en respecter le contenu. Il peut aussi insérer une clause à cette fin dans le contrat d'emploi de l'employé, qui confirme avoir reçu une copie du code ou de la politique et l'avoir lue avant de signer le contrat.

Les clauses relatives aux conflits d'intérêts permettent à l'employeur de circonscrire le devoir de loyauté de l'employé, d'énumérer diverses situations menant à une situation de conflit d'intérêts et de les interdire expressément en toutes circonstances.

Les ententes peuvent exiger de l'employé qu'il dénonce immédiatement et par écrit à l'employeur toute situation susceptible d'engendrer un conflit réel ou apparent entre ses propres intérêts et ceux de l'entreprise. Le fait de procéder ainsi fournit à l'employeur une certaine protection, afin d'empêcher qu'un employé fonde une entreprise concurrente ou amorce des démarches en ce sens alors qu'il est toujours à l'emploi, sans que l'employeur soit mis au courant.

Ce type de clause va souvent de pair avec une disposition relative à l'éthique et à l'intégrité professionnelle, visant à circonscrire les attentes de l'entreprise et à déterminer les activités interdites : sollicitation des clients ou des fournisseurs, acceptation de pourboires, de cadeaux ou de faveurs, etc.

Une clause d'exclusivité de service permet à l'employeur de s'assurer que l'entièreté du temps de travail de l'employé soit consacrée à son bénéfice. Sans une telle clause, on a vu que l'employé peut exercer durant son emploi des activités faisant concurrence à celles de l'employeur (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 155-156).

En l'absence de toute entente de ce type, un employé est libre de son temps en dehors des heures de travail; l'entente vise à empêcher l'entière jouissance de cette liberté et à interdire les activités faisant concurrence à celle de l'employeur. Elle peut prévoir, par exemple :

- l'exclusivité complète au profit de l'employeur;
- que les employés soient disponibles pour fournir leur prestation de travail, y compris pour d'autres quarts de travail et des heures supplémentaires;
- que l'employeur ne tolérera aucun emploi ou aucune activité à l'extérieur qui nuirait au rendement au travail de l'employé, qui entrerait en concurrence directe ou indirecte avec l'employeur ou qui serait susceptible d'engendrer un conflit d'intérêts réel ou apparent;
- que l'employé l'avise de tout autre emploi ou activité susceptibles de respecter ces critères, de façon à s'assurer d'une divulgation entière de la part de l'employé sur ses activités susceptibles de le concurrencer (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 156-157).

L'ENTENTE DE NON-DIVULGATION OU DE CONFIDENTIALITÉ

L'employeur peut aussi clarifier la situation au moyen d'une **politique visant la protection des informations confidentielles**, qui définit la notion d'informations confidentielles dans le contexte particulier de l'entreprise et qui interdit toute utilisation ou divulgation des informations confidentielles sur l'entreprise, ses clients, ses fournisseurs, ses partenaires d'affaires et ses employés, obtenues dans le cadre des fonctions ou au cours de l'emploi. Certains employeurs donnent à une telle politique une durée illimitée et la rédigent en termes larges, prévoyant que les employés doivent considérer toute information sur l'entreprise comme privée et confidentielle, sauf si elle a été rendue publique. D'autres vont jusqu'à prévoir qu'en cas d'incertitude quant au caractère confidentiel des informations, l'employé doit s'adresser à son supérieur (O'Reilly et St-Pierre-Plamondon, 2014, p. 157).

Comme la précédente, l'entente de non-divulgation est parfois un sous-ensemble de l'entente de non-concurrence, mais aussi parfois autonome. **Les conditions énoncées au sujet de l'entente de non-concurrence s'appliquent à elle**, mais elle est simplement **moins contraignante**, car elle n'interdit que certains comportements précis en matière de concurrence, soit ceux qui ont trait à la divulgation, à l'appropriation et à l'utilisation de secrets, d'informations confidentielles obtenues en cours d'emploi (Béliveau, 2008, p. 4; Béliveau et Lebel, 2011, p. 151).

Elle ressemble à l'entente de non-concurrence, à deux détails près qui sont importants :

- Peut-on limiter la durée et la portée territoriale de la confidentialité (tel que requis par l'article 2089(2) CcQ) au même titre que la non-concurrence ou que la non-sollicitation? La durée et la portée d'un secret commercial varient en contexte; **certains secrets**

peuvent requérir une longue durée et une grande portée. L'interdit de divulgation peut se prolonger en vertu du devoir de loyauté (art. 2088(2) CcQ) et prolonger indéfiniment la durée ou la portée d'une obligation de confidentialité, lorsqu'il est bien justifié en contexte, et ne s'oppose pas à l'esprit de l'article 2089(2) CcQ (Bich, 2003, p. 259-260).

- Si l'employeur congédie l'employé sans motif suffisant, les obligations de l'employé sont-elles caduques (art. 2095 CcQ)? Un secret doit parfois rester un secret pour protéger l'intérêt légitime de l'employeur, quel que soit le contexte. Comme on l'a vu plus haut, en vertu du devoir universel de loyauté, le **devoir de discrétion** est **illimité** à l'endroit des **renseignements personnels** sur l'employeur, les collègues, les clients, les tiers, la réputation et la vie privée d'autrui (art. 2088(2) CcQ). Le devoir de loyauté s'attaque au risque de **divulgation** pendant l'emploi et **après**. C'est pourquoi on le nomme aussi **devoir de discrétion postcontractuelle**. Même en l'absence d'entente, l'employé risque de se rendre coupable de **concurrence déloyale** en divulguant des secrets de son ex-employeur, à condition que l'employeur puisse **démontrer qu'ils sont des secrets protégés**.

L'ENTENTE DE VERSEMENT DE REDEVANCES À L'EX-EMPLOYEUR

Pour se protéger de la concurrence d'ex-employés, les employeurs peuvent conclure avec leurs employés sortants des ententes selon lesquelles ces derniers doivent verser à leur ex-employeur, à même les gains réalisés chez un concurrent, un pourcentage des ventes conclues à titre de courtier (Bich, 2003, p. 261, citant la décision *Marius Lessard inc. c. Assurances J. G. Cauchon & associés inc.* [1998] (CA)).

L'ENTENTE DE RENONCIATION AU PROGRAMME D'INTÉRESSEMENT

Les employeurs peuvent aussi conclure avec leurs employés sortants des ententes selon lesquelles ces derniers renoncent au programme d'intéressement s'ils trouvent un emploi chez un concurrent dans une période de sept ans après leur départ (Bich, 2003, p. 263, citant la décision *Deghengi c. Ayers, McKenna & Harrison Ltd.* [1998] (CA)).

Une telle entente sera évaluée selon les mêmes conditions de proportionnalité que toute autre entente restrictive; elle peut être déclarée nulle si la période de restriction est trop longue ou le territoire, trop grand, comme dans ce cas.

LES RECOURS DE L'EMPLOYEUR LÉSÉ

L'ordonnance d'injonction

L'employeur lésé peut demander l'exécution forcée de l'obligation elle-même sous l'autorité de la justice; en d'autres termes, il demande au tribunal de forcer l'employé sortant à respecter son obligation :

- soit en faisant quelque chose, en général respecter, exécuter ses obligations,
- soit en cessant de faire quelque chose, en général un comportement interdit en matière de concurrence (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 199).

Les choses que l'employeur demande de faire ou de cesser de faire doivent être formulées clairement, précisément, sans ambiguïté, et la personne à qui on ordonne de faire ou de cesser de faire ne doit pas interpréter ou faire interpréter par un expert ses obligations, qui doivent être exécutoires sans requérir d'avis juridique. L'ordonnance doit être raisonnable et se limiter à maintenir la situation préexistante ou à faire respecter une entente conclue, par exemple, et non à améliorer la situation préexistante ou à fournir plus que le prévoit l'entente conclue.

À défaut d'être claire et raisonnable, l'ordonnance peut rester lettre morte, et l'employeur lésé doit alors déposer un autre recours en outrage au tribunal. Ce dernier recours peut lui-même échouer parce que l'ordonnance telle que rédigée est trop floue.

Par exemple, le tribunal a jugé trop indéterminée l'obligation imposée par ordonnance à d'ex-employés « de cesser et de s'abstenir de faire concurrence déloyale ». Il faut préciser les actes commis qui doivent cesser ou encore les moyens à prendre pour cesser de faire quelque chose, les catégories de contrats qu'il est interdit d'accepter (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 202, citant *Picard c. Johson & Higgins Willis Faber Itée* [1988] (CA)). La Cour d'appel a jugé l'ordonnance trop floue et l'a réduite à une ordonnance de ne pas solliciter les clients de l'ex-employeur.

L'**injonction** est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses dirigeants, représentants ou employés de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous la menace des peines que prévoit le droit (art. 751 Cpc).

Outre l'**injonction** qu'elle peut demander par requête introductive d'instance, avec ou sans autres conclusions, une partie peut, au début ou au cours d'une instance, obtenir une **injonction interlocutoire**.

L'**injonction interlocutoire** peut être accordée en cas d'urgence, lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit

causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace (art. 752 Cpc).—La demande d'injonction interlocutoire est faite au tribunal par requête écrite appuyée d'un *affidavit* attestant la vérité des faits allégués et signifiés à la partie adverse, avec un avis du jour où elle sera présentée.

Dans les cas d'extrême urgence, un juge peut toutefois y faire droit provisoirement, même avant qu'elle n'ait été signifiée. L'audience est plus rapide, mais une injonction **interlocutoire provisoire** ne peut, en aucun cas, sauf du consentement des parties, excéder 10 jours (art. 753 Cpc).

Les principes régissant l'émission d'une ordonnance d'injonction interlocutoire sont exprimés au mieux par le juge Owen, de la Cour d'appel, dans le désormais célèbre arrêt *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat* [1975] (CA). Bien qu'il remonte à plus de 30 ans, cet arrêt résume bien tous les principes de droit applicables encore aujourd'hui à l'injonction interlocutoire, comme en fait foi l'examen de la jurisprudence la plus récente en cette matière³ :

L'art. 752 Cpc, écrit-il, impose au requérant en injonction interlocutoire de réussir deux tests ou de surmonter deux obstacles successifs. D'abord, il lui faut convaincre le tribunal qu'il **paraît avoir droit à l'injonction**, c'est-à-dire que le droit sur lequel il s'appuie a des chances raisonnables d'être reconnu par le jugement final. Dans une deuxième étape, s'il franchit avec succès ce premier test, le requérant devra démontrer **l'existence de circonstances exceptionnelles** faisant en sorte que l'injonction interlocutoire s'avère nécessaire pour lui éviter soit un **préjudice sérieux ou irréparable**, soit une situation de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace.

Au stade de l'injonction interlocutoire, le tribunal agit très vite dans une situation d'urgence où l'on doit limiter les dommages; le tribunal doit donc juger les faits très rapidement et prendre une décision en l'absence d'un examen en profondeur. Il doit évaluer si quatre conditions importantes sont remplies :

- Le fardeau de preuve qu'on lui demande est allégé : le tribunal s'assure que **l'entente conclue est raisonnable** et que le congédiement a été imposé pour un **motif sérieux** (Launay et Dufresne, 2008, p. 241).
- Il se limite ensuite à constater **l'apparence de droit**, c'est-à-dire que le moyen invoqué n'a qu'à être suffisamment sérieux pour offrir une perspective raisonnable de succès quand l'affaire sera plaidée au fond. À l'inverse, si la clause de non-concurrence est manifestement déraisonnable, il y a **absence d'apparence de droit**, et l'analyse s'arrête

3. *UBI Soft Divertissements inc c. Champagne-Pelland*, JE 2003-1981 (C.A.); *Brassard c. Société zoologique de Québec inc.* (1995) RDJ 575 (CA); *Varnet Software Corp. c. Varnet UK Ltd* (1994) RJQ 2755 (CA); *Gravel c. Gravel Assurances inc.* (1991) RDJ 147 (CA).

là (cas illustré, par exemple, dans la décision *GS/C Communication inc. c. Maurice* [2007] (CS), parag. 22. Au stade de l'injonction interlocutoire, en effet, le droit invoqué par l'employeur pourra, selon les circonstances, paraître soit évident, soit douteux, soit inexistant.

- L'employeur est menacé d'un **préjudice sérieux ou irréparable** si la situation continue.
- Il y a **urgence d'agir**.
- Lorsqu'on compare les **inconvenients** subis par les deux parties, **l'employeur en subit davantage** (*balance of convenience and inconvenience*) (Launay et Dufresne, 2008, p. 241; Laurier et Tremblay, 2013, p. 37).

Dans les cas où il semble clair que les requérants détiennent bien les droits qu'ils invoquent, **l'injonction** sera émise si le tribunal la considère comme nécessaire par rapport aux principes posés à l'article 752(2) Cpc. En revanche, si l'existence des droits invoqués à ce stade paraît douteuse, le tribunal devra apprécier le poids relatif des inconvenients pour décider si l'injonction devrait ou non être accordée. Enfin, s'il apparaît, toujours à ce stade, que les droits invoqués sont inexistantes, alors l'injonction interlocutoire devra être refusée.

L'injonction est un recours extraordinaire qui ne peut être accordé au Québec que par la Cour supérieure.

Même lorsque l'entente comporte une **clause pénale**, en d'autres termes lorsqu'elle prévoit une peine en cas de contravention, l'employeur peut demander une injonction. Mais il ne peut demander les deux, car les deux recours ne sont **pas cumulatifs** (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 197-198).

Le recours en dommages-intérêts

L'employeur lésé peut demander la compensation du préjudice subi à la suite d'une contravention à une obligation par le versement d'une somme d'argent qu'on appelle des *dommages*.

Le préjudice peut consister en :

- une perte subie, même si elle consiste en la privation d'une possibilité, ou
- un gain dont on est ou sera privé;
- le gain réalisé par le contrevenant du fait de son obligation non respectée; en effet, le tribunal considère qu'il serait inacceptable que la partie en faute tire avantage de son geste fautif sans devoir indemniser l'entreprise dont elle envahit le marché et envers laquelle elle a une obligation (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 212-216, citant la décision *Uni-Sélect inc. c. Acktion corp.* [2002] (CA)).

Ce recours est plus exigeant. L'employeur doit prouver :

- l'ampleur de la perte subie, du gain manqué; par exemple, le prix d'un contrat perdu, le prix du marché pour des biens invendus, la marge habituelle de profit perdue à cause d'une concurrence déloyale (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 214);
- la violation par l'employé des obligations contenues dans l'entente (Launay et Dufresne, 2008, p. 242);
- le lien causal entre l'inexécution par l'ex-employé de l'obligation et le préjudice subi (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 214).

Dans les deux cas, la preuve de la valeur des dommages subis peut être difficile à faire, notamment la perte de clientèle, que les tribunaux affirment souvent difficile à estimer (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 200).

Par exemple, l'employeur doit démontrer que n'eût été du comportement délinquant de son ex-employé en matière de non-concurrence, il aurait probablement profité de l'occasion d'affaires X dont il a été privé, ou alors il aurait obtenu l'avantage qu'a indûment obtenu l'ex-employé (Lemoine et Courchesne Tardif, 2011, p. 213).

En outre, le tribunal **peut engager la responsabilité du nouvel employeur**, si l'ex-employeur peut démontrer qu'il savait que l'ex-employé était lié par une entente de non-concurrence (art. 1457 CcQ). Cette preuve est aussi très exigeante. Si l'employeur parvient à démontrer sa connaissance de l'entente, le nouvel employeur peut être contraint à payer des dommages et intérêts (Launay et Dufresne, 2008, p. 242).

Que fait l'employeur lié par une entente de non-concurrence en cas d'échec dans ces deux recours?

En cas d'échec dans ces deux recours, l'employeur lié par une entente de non-concurrence peut exercer un dernier **recours en vertu de l'article 2088 CcQ**, d'application universelle (Launay et Dufresne, 2008, p. 243).

Que fait l'employeur à qui le tribunal donne raison dans son recours?

L'employeur à qui le tribunal donne raison dans son recours devient un **créancier**. Il a réussi à faire reconnaître la contravention, mais n'a parcouru qu'une partie du chemin. Il doit maintenant exiger son exécution. L'ordonnance peut rester lettre morte, et l'employeur lésé doit alors déposer un autre recours en outrage au tribunal.

CONCLUSION

L'employeur soucieux de bien gérer ses ressources humaines et d'éviter les conflits aura intérêt à faire rédiger des ententes restrictives respectueuses du cadre législatif en vigueur

au Québec (lire, par exemple, à ce sujet Saint-Pierre-Plamondon [2011]).

Nous avons vu que les ententes restrictives sont fréquentes dans le contexte de l'économie du savoir. Or, la part de l'économie du savoir dans l'économie générale ne fait que grandir. Avec l'essor fulgurant que connaissent actuellement les industries de la haute technologie, de l'informatique, des sciences et de la santé, qui en font partie, on remarque que les décisions clés rendues entre 2011 et 2013 illustrent que les employeurs demandent de plus en plus de flexibilité aux tribunaux dans l'application des critères justifiant le caractère raisonnable de la clause (Laurier et Tremblay, 2013, p. 4 et 37).

Le contexte dans lequel les entreprises de ce secteur évoluent pose des défis aux employeurs tenus de respecter les limites élaborées par la jurisprudence en fait de durée, de territoire et d'activité couverte par la clause de non-concurrence. Certaines décisions récentes rendues pour de telles entreprises ont reconnu que l'intérêt légitime de l'employeur peut commander que l'entente couvre un territoire très étendu, tout en demeurant restreinte en fait d'activités prohibées et de durée.

RÉFÉRENCES

- Béliveau, Nathalie-Anne (2008) « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence dans les contrats d'emploi : synthèse », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence*, vol. 289, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 3-36
- Béliveau, Nathalie-Anne et Derek Knoechel (2008) « Réflexions sur la doctrine de la divulgation inévitable », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 293, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 387-436
- Béliveau, Nathalie-Anne et Sébastien Lebel (2011) « Les clauses de non concurrence en matière d'emploi et en matière de vente d'entreprise : du pareil au même? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, vol. 338, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 113-192
- Benaroch, Patrick L. (2008) « La non-sollicitation : paramètres juridiques applicables en matière d'emploi », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence*, vol. 289, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 183-222
- Bich, Marie-France (2003) « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, vol. 197, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 243-327

Boiteau, Lucie et Alepin Gauthier (2010) « Le contrat d'emploi : Les clauses de non-concurrence, est-ce légal? », site de documentation juridique de Réseau juridique du Québec :

<http://www.avocat.qc.ca/affaires/inconcurrence.htm>

Bonhomme, Robert (2008) « 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, éd. Yvon Blais, p. 137-181

Iannuzzi, Pietro (2013) « Les professionnels et les clauses de non-concurrence : l'ordre public à l'ère de l'entreprise », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, vol. 377, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 161-182

Launay, Dominique et Aurélie Dufresne (2008) « L'obligation de non-concurrence lorsque le contrat d'emploi est résilié sans motif sérieux (art. 2095 CcQ) », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence*, vol. 289, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 223-251

Laurier, Justine B. et Tommy Tremblay (2013) « Jurisprudence récente sur les clauses de non-concurrence en matière de contrats de travail et de conventions commerciales », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, vol. 377, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 3-37

Lemoine, Jean et Émilie Courchesne Tardif (2011) « Le préjudice du créancier de l'obligation de non-concurrence : remèdes et quantification », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, vol. 338, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 193-221

O'Reilly, Alex et Marianne St-Pierre-Plamondon (2014) « L'obligation de loyauté s'effrite : quelles protections reste-t-il à l'employeur? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, vol. 383, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 99-161

Renaud, Madeleine et Dominic Thérien (2011) « La nouvelle Loi sur la concurrence : y avez-vous pensé? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non concurrence*, vol. 338, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 77-111

Renaud, Madeleine et Dominic Thérien (2013) « La Loi sur la concurrence », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, vol. 377, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 81-115

Robinson, Judith et Sébastien Jetté (2003) « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*,

vol. 197, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 1-41

Saint-Pierre-Plamondon, Marianne (2011) « La rédaction des clauses restrictives d'emploi et de commerce : quelles sont les meilleures pratiques à adopter et quels sont les pièges à éviter? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, vol. 338, Cowansville, éd. Yvon Blais, p. 35-76