



L'impact de l'application des clauses de non-concurrence par voie d'injonction provisoire et interlocutoire sur le droit au travail

Mémoire

Maude Bégin-Robitaille

Maîtrise en droit
Maître en droit, (LL.M.)

Québec, Canada

© Maude Bégin-Robitaille, 2013

Résumé

Les clauses de non-concurrence sont des outils puissants prévus afin de protéger les intérêts légitimes de l'employeur en restreignant le droit au travail du salarié, à la fin de son emploi. Au cœur d'une société moderne où la concurrence est féroce, elles sont mises en application par des voies rapides et expéditives : les injonctions interlocutoires et provisoires. Dans ce mémoire, l'auteure souhaite analyser l'impact des clauses de non-concurrence sur le droit au travail lorsqu'elles sont mises en application par le véhicule procédural de l'injonction. L'application des clauses de non-concurrence ayant le potentiel d'entraîner des effets graves sur la capacité d'un travailleur de se retrouver un emploi, l'auteur tentera de répondre, dans une recherche d'efficacité du droit, à la question suivante : le véhicule procédural de l'injonction provisoire ou interlocutoire permet-il de respecter le droit substantiel en matière de clauses de non-concurrence, édicté pour sauvegarder le droit au travail?

Merci à Me Stéphan Charles-Grenon pour mon premier dossier de clause de non-concurrence; à mes examinateurs, les professeurs Dominic Roux et Denis Ferland, pour leurs commentaires judicieux; à mes parents pour les corrections minutieuses et l'expertise d'ex-chercheurs hors pair; à une grande juriste, professeure, mentor et directrice, Anne-Marie Laflamme, pour tout le reste.

Table des matières

Résumé.....	iii
Table des matières	vii
Introduction.....	1
1. Le droit au travail : un principe sous-jacent de validité et d'interprétation des clauses de non-concurrence.....	11
1.1 La règle de l'article 2089 C.c.Q.....	13
1.1.1 Les critères de forme.....	13
1.1.1.1 La nécessité d'un écrit.....	14
1.1.1.2 La nécessité de «termes exprès».....	17
1.1.1.2.1 La rédaction de la clause.....	17
1.1.1.2.2 La modification des clauses de non-concurrence par le tribunal	20
1.1.2 Les critères prévus à l'article 2089 alinéa 2 C.c.Q.	25
1.1.2.1 L'ordre public.....	25
1.1.2.2 L'article 2089 alinéa 2 C.c.Q.	28
1.1.2.2.1 Les intérêts légitimes de l'employeur.....	35
1.1.2.2.2 Les limitations de durée, de territoire et d'activités.....	41
1.2.2.2.2.1 La durée	41
1.2.2.2.2.2 Le territoire	46
1.2.2.2.2.3 Les activités	53
1.1.2.2.3 L'évaluation globale de la clause : l'impact sur le droit au travail.....	57
1.2 Les critères externes.....	62
1.2.1 Le droit commun des contrats.....	62
1.2.2 Le contrat d'adhésion.....	67
1.2.3 La présence d'autres clauses restrictives : clause de non-sollicitation et clause de non-divulgaration ou de confidentialité.....	71
1.3 La règle de l'article 2095 C.c.Q.....	74
1.4 Conclusion : partie I.....	76
2. La mise en application des clauses de non-concurrence : le droit au travail en péril ?	83
2.1 Les véhicules procéduraux.....	84
2.1.1 L'action en dommages-intérêts et en injonction permanente	84
2.1.2 L'injonction interlocutoire.....	85
2.1.3 L'injonction provisoire et l'ordonnance de sauvegarde	94
2.2 La mise en application par voie d'injonction et les critères de validité des clauses de non-concurrence.....	97
2.2.1 La clause de non-concurrence dans le cadre des injonctions interlocutoires.....	98
2.2.1.1 Le critère l'apparence de droit.....	98
2.2.1.1.1 L'étendue de l'étude prima facie des critères de validité de la clause de non-concurrence selon l'article 2089 C.c.Q. au stade interlocutoire.....	101
2.2.1.1.2 La clause «manifestement déraisonnable»	105
2.2.1.1.3 L'étude prima facie de l'article 2095 C.c.Q. au stade de l'injonction interlocutoire.....	110
2.2.1.2 Le critère du préjudice sérieux ou irréparable	114
2.2.1.3 Le critère de la balance des inconvénients.....	117

2.2.2 Les clauses de non-concurrence dans le cadre des injonctions provisoires et des ordonnances de sauvegarde.....	118
2.3 Les clauses de non-concurrence et l'injonction : un mariage permettant de respecter le droit au travail?	125
2.3.1 Les obstacles au droit au travail	125
2.3.2 Les pistes de solutions.....	136
Conclusion.....	143
Bibliographie.....	1

Introduction

Les dernières décennies ont été, pour le monde du travail et des affaires, synonymes de changements profonds; la mondialisation du commerce ainsi que la mobilité accrue de la main-d'œuvre dans un contexte d'internationalisation et de libéralisation des échanges ont « favorisé le développement de marchés très concurrentiels, et pour lesquels les frontières nationales ont perdu beaucoup de leur importance traditionnelle »¹. De plus, à la suite de la crise de 2008 ayant entraîné un contexte d'instabilité économique, il est devenu vital pour les employeurs de protéger leur achalandage ainsi que leur compétitivité² surtout dans le contexte du départ d'un ancien employé pour une entreprise à même de lui faire une compétition féroce sur le marché. « Dans une économie qui table largement sur les savoirs et les connaissances et dans laquelle le contrôle d'une certaine information est crucial à la survie ou à la prospérité des entreprises, ces dernières, nul ne s'en surprendra, ont plus que jamais intérêt à protéger leurs avantages concurrentiels, tangibles et intangibles. »³ L'ex-employé et ses compétences sont devenus, en quelque sorte, les pires ennemis de son ex-employeur.

Les clauses restrictives d'emploi sont les outils privilégiés des entreprises d'aujourd'hui afin de protéger leur achalandage, leur fonds de commerce et, ultimement, leur viabilité économique du «dangereux» ex-employé concurrent⁴. Les clauses de non-concurrence, de non-sollicitation, de confidentialité ou de non-divulgaration, en plus d'une pléthore de clauses dites hybrides, abondent

¹ Christian BRUNELLE, « Présentation », dans Sylvio NORMAND et TREMBLAY G. G. (dir.), *La constitutionnalisation du droit du travail*, (2007) 48 C et D 1, 7.

² Maude GRENIER et Marianne ST-PIERRE PLAMONDON, « Les décisions récentes portant sur la non-concurrence en droit de l'emploi : quelles sont les leçons à tirer ? », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009DEV1617, p. 2 : «En période de crise économique, la protection des avantages concurrentiels durement acquis par une entreprise prend tout son sens. C'est ainsi que dans les derniers mois, nous avons assisté à une recrudescence des demandes de clients voulant être conseillés ou représentés afin de protéger cesdits avantages. Concrètement, cela a mené à l'intégration plus fréquente de clauses restrictives d'emploi dans les contrats d'emploi (...).»

³ Marie-France BICH, «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* (2003), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 243, à la page 245.

⁴ Nathalie-Anne BÉLIVEAU, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence dans les contrats d'emploi : synthèse », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008DEV1450, p. 1 : «Aux prises avec le spectre d'une main-d'œuvre à la fois volatile et raréfiable et désireux d'assurer la protection des informations confidentielles de l'entreprise et la rétention de leur clientèle, un nombre croissant d'employeurs envisagent de restreindre ou d'éradiquer la concurrence dont ils sont susceptibles de faire l'objet de la part de leurs employés ou de ceux qui ne sont plus à leur service par la signature de clauses restrictives d'emploi.» ; Alexandre BUSWELL et Alexandre PAUL-HUS, «Les clauses de non-sollicitation de clientèle et les articles 2088 et 2089 du Code civil : entre la théorie et la réalité commerciale», dans *Revue du Barreau*, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009RDB93, p. 1.

dans les contrats d'emploi autant de simples coiffeurs⁵ que d'employés clefs surspécialisés dans des grandes firmes de jeux vidéo⁶. La clause restrictive par excellence, celle qui est le plus à même de protéger les avantages concurrentiels d'un employeur en empêchant littéralement l'employé de le concurrencer en travaillant chez un compétiteur, est la clause de non-concurrence.

Qu'est concrètement la clause de non-concurrence? Par définition, elle est la «clause d'un contrat par laquelle une des parties s'interdit, pour un temps et un lieu déterminés, d'exercer une activité professionnelle ou commerciale susceptible de faire concurrence à celle de l'autre»⁷. Ainsi, cette clause introduite dans le contrat d'emploi du salarié prolonge ses obligations envers l'employeur après la terminaison de leur relation d'emploi. L'objectif premier d'une clause de non-concurrence est d'empêcher le salarié de travailler pour un employeur concurrent ou encore à son propre compte dans le même domaine⁸. La clause de non-concurrence est donc un engagement qui «porte atteinte à la liberté du travail puisque pour une certaine période de temps, à l'intérieur d'un territoire précis et pour des activités professionnelles déterminées, le travailleur s'engage à ne pas concurrencer son ancien employeur»⁹. Selon certains auteurs, elle peut même être comparée à une véritable «prise d'otages»¹⁰. Elle a aussi pour but de restreindre, sinon d'éradiquer, la concurrence que l'employé est susceptible de faire à son ex-employeur. L'objectif même de la clause de non-concurrence, au nom de la liberté contractuelle, vient donc restreindre deux principes : celui du droit au travail et celui de la liberté de commerce ou de concurrence¹¹.

Pourtant, ces deux principes sont considérés comme des composantes fondamentales de notre société moderne¹², un fait rappelé par les tribunaux à de nombreuses reprises¹³. Concernant le premier principe, on parle indépendamment en jurisprudence et en doctrine de «liberté d'emploi»¹⁴,

⁵ 9144-7532 *Québec inc. c. Pouliot*, 2009 QCCS 3791.

⁶ *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, REJB 2003-48437 (C.A.).

⁷ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 101.

⁸ Frédéric CHARETTE, «Les clauses restrictives de la liberté du travail», (1990) 50 *R. du B.* 531, 533.

⁹ Dominic ROUX, *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 223.

¹⁰ Yannick CRACK et Danick POTVIN, «Les clauses restrictives du genre "clauses par paliers" en matière de contrat de travail, qu'en est-il de leur validité?», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 211, à la page 218.

¹¹ F. CHARETTE, préc., note 8, 534.

¹² M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 246 : «La liberté de travail et de non-concurrence sont, après tout, deux des principes de base de notre organisation socio-économique et l'ordre public ne peut s'accommoder de restrictions excessives à cette double liberté.»

¹³ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, REJB 2001-25240 (C.S.), par. 27; *Service de pneus Desharnais inc. c. Bergeron*, 2010 QCCS 746, par. 79 : «Il importe de rappeler que le droit au travail et à la libre concurrence ne peuvent être immodérément restreints sans contrevenir à l'ordre public.»

¹⁴ Voir par exemple : *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 27, 28 et 32.

de «liberté de/du travail»¹⁵, de droit de «gagner sa vie»¹⁶ ou encore de «droit au travail»¹⁷. En réalité, la liberté du travail, tel que l'indique le professeur Dominic Roux, est une «composante première et essentielle du droit au travail; en vertu de cette liberté, toute personne est en mesure d'accéder à l'emploi librement choisi, c'est-à-dire de conclure un contrat de travail avec l'employeur de son choix»¹⁸ (nos soulignés). Le droit au travail, bien qu'il ne soit pas explicitement reconnu dans les chartes des droits et libertés, autant au Canada qu'au Québec¹⁹, est aujourd'hui reconnu comme un «principe général du droit/principe constitutionnel [...] [faisant] partie intégrante du Droit du travail [...]»²⁰. Ainsi, la liberté du travail est comprise au sein de la terminologie «droit au travail», mais les tribunaux et la doctrine utilisent un vocable ou l'autre sans faire de différence. Nous utiliserons de même ces différents termes, tout en gardant à l'esprit que les diverses «libertés» mentionnées par la jurisprudence et la doctrine ne sont en fait que des parties intégrantes du «droit au travail», concept plus large.

Quant à la liberté de concurrence, elle se base sur le concept voulant que la clientèle, dans notre économie capitaliste, soit libre de ses mouvements, que «[l]a nature même d'un système économique concurrentiel la rend[e] mobile. Elle peut se déplacer ou être sollicitée.»²¹ Ainsi, la clientèle n'appartenant à personne, toute entreprise est libre de concurrencer son prochain, tant et aussi longtemps que cette concurrence ne s'effectue pas par des moyens illicites ou déloyaux. De plus, non seulement l'individu, mais aussi la société tout entière, a avantage à ce que les salariés puissent être libres d'amener leurs expertises où ils le désirent. Ceci permet de créer une concurrence saine sur les marchés et contribue à l'avancement des sciences, technologies, méthodologies du travail, etc.

La restriction de ces deux valeurs fondamentales par les clauses de non-concurrence a de nombreux impacts graves autant dans la sphère collective qu'individuelle. Par exemple, la clause réduit considérablement la mobilité de l'employé, alors que «[l]a réalité économique contemporaine

¹⁵ Voir par exemple : *Échafaudage Falardeau inc. c. Cyr*, 2009 QCCS 2726, par. 15.

¹⁶ Voir par exemple : *A. Roberge inc. c. Cormier*, 2010 QCCS 749, par. 58.

¹⁷ Voir par exemple : *Guay inc. c. Payette*, 2011 QCCA 2282, par. 102-105. Notez bien que la juge Thibault, dissidente dans cette affaire, soutenait que les règles du contrat de travail étaient applicables à la clause de non-concurrence, tandis que les juges majoritaires ont plutôt considéré qu'elle devait être analysée selon les règles relatives aux contrats d'entreprise. Les propos tenus par la juge concernant la validité d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail sont par contre extrêmement pertinents ; *Pacitto c. Bisailon*, 2002 CanLII 20336 (QC C.Q.), par. 14 ; *Service de pneus Desharnais inc. c. Bergeron*, préc., note 13, par. 79.

¹⁸ D. ROUX, préc., note 9, p. 10.

¹⁹ *Id.*, p. 8.

²⁰ *Id.*, p. 478.

²¹ *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.), p. 29.

fait que le travailleur est appelé à changer régulièrement d'emploi au cours de sa vie professionnelle. Dans ce contexte, les obligations de loyauté et de non-concurrence entrent en conflit direct avec la liberté du travail.»²² Dans notre société moderne, la mobilité de la main-d'œuvre est un critère primordial : le plan de carrière d'un employé est souvent à même de l'amener à gravir les échelons de son domaine en changeant d'employeurs, pour plus de défis ou encore d'avantages rémunératoires²³. Mais ce qui rend les clauses de non-concurrence particulièrement litigieuses est le fait qu'elles sont presque toujours adoptées, et plus tard mises en application, alors que le salarié est dans une position de grande vulnérabilité²⁴. Les auteurs et les tribunaux ont depuis longtemps reconnu que le «postulat juridique de liberté et d'égalité contractuelles (...), masque en réalité dans la majorité des cas, un déséquilibre de fait dont la Cour suprême du Canada, elle-même, s'est avisée, affirmant de façon très claire le caractère d'inégalité qui entache foncièrement le rapport employeur-salarié»²⁵.

Pour moduler ces nombreux impacts aux droits fondamentaux, la voie législative a été privilégiée : « l'atteinte à la liberté du travail qui résulte de l'application de ces clauses a incité les tribunaux, dans un premier temps, et le législateur, dans un deuxième temps, à élaborer des conditions strictes à leur validité »²⁶. Les effets négatifs d'une restriction au droit au travail et à la libre concurrence sont tels que le législateur a édicté des règles strictes pour encadrer la liberté contractuelle des parties²⁷. Ces conditions, en l'absence desquelles aucune clause de non-concurrence ne saurait valablement restreindre la liberté de travail et de concurrence, se retrouvent à l'article 2089 du *Code civil du Québec* (ci-après C.c.Q.). Cet article servira de fondement à ce mémoire.

Il fut introduit dans notre droit civil lors de la réforme du C.c.Q. en 1994 et est ainsi libellé :

²² D. ROUX, préc., note 9, p. 226.

²³ Jean-Denis BOUCHER, «La cessation d'emploi dès l'embauche ?», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Un abécédaire des cessations d'emploi et des indemnités de départ (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1, à la page 7 : «Premièrement, nous sommes d'avis que les gestionnaires de moyen et de haut niveaux dans les organisations devraient voir cette politique [de fin d'emploi] intégrée à leur contrat d'emploi. En effet, ces catégories d'employés, de par leur formation, seront sujets à vouloir changer d'emploi dans une perspective d'avancement de carrière. Aussi, la réalité du marché de l'emploi est que certaines entreprises voudront diminuer ou modifier leur structure hiérarchique en mettant fin à l'emploi de certains cadres de niveau intermédiaire et même supérieur.»

²⁴ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 3: « Il existe un déséquilibre entre les parties au contrat d'emploi. L'employeur est en effet dans la plupart des cas davantage en mesure d'imposer à l'employé les termes du contrat que celui-ci n'a d'autre choix que d'accepter, ne disposant pas d'un véritable pouvoir de négociation. Ce rapport de force qui favorise l'employeur constitue l'un des fondements de l'attitude restrictive dont font preuve les tribunaux à l'égard des clauses de non-concurrence.» ; D. ROUX, préc., note 9, p. 223.

²⁵ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243.

²⁶ D. ROUX, préc., note 9, p. 218.

²⁷ A. BUSWELL et A. PAUL-HUS, préc., note 4, p. 2.

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.²⁸

L'article 2089 C.c.Q. indique que les parties peuvent, en respectant certaines limitations et restrictions légales, prévoir contractuellement les obligations post-emploi du salarié en matière de concurrence. C'est donc cet article que les rédacteurs d'une clause de non-concurrence devront respecter à la lettre, quitte à voir leur clause invalidée par un tribunal.

Cet article codifie la jurisprudence antérieure²⁹. Depuis de nombreuses années, la jurisprudence se basait sur l'ordre public pour imposer des limitations strictes à la clause de non-concurrence³⁰ qui n'était pas réglementée par la loi. Lors de son introduction dans le nouveau C.c.Q. de 1994, le ministre commenta ainsi cet article :

«Cet article, qui limite le principe de la liberté contractuelle, consacre une règle globalement élaborée par les tribunaux en matière de non-concurrence.

La validité de cette clause est subordonnée à des exigences imposées par le principe tout aussi nécessaire de la liberté d'emploi: l'employeur est obligé de justifier la légitimité de son intérêt pour toute la période d'effectivité de la stipulation.

Enfin, le renversement du fardeau de la preuve se justifie, puisque c'est l'employeur qui bénéficie d'une clause qui vient par ailleurs limiter la liberté d'emploi du salarié, et, par voie de conséquence, la liberté de sa personne.»³¹

Ces commentaires nous apprennent de manière limpide l'intention du législateur concernant l'ajout de cet article dans le nouveau C.c.Q. : l'article 2089 C.c.Q. vient restreindre la liberté contractuelle³² pour permettre la protection corollaire du droit au travail. Cet article s'inscrit donc dans l'objectif de protection au coeur de la branche du droit du travail et cherche à rétablir une

²⁸ C.c.Q. art. 2089.

²⁹ Piero IANNUZZI, *L'obligation de non-concurrence dans les sociétés des professionnels. Vers une théorie de liberté de choix contractuelle*, coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, par. 63.

³⁰ *Infra*, section 1.2.1; *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*, [1971] R.C.S. 148.

³¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, sur l'article 2089 C.c.Q.*, dans «Commentaire du ministre de la Justice. Un mouvement de société», Québec, Publications du Québec, 1993, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1993CM2090.

³² H. REID, préc., note 7, p. 370 : «Liberté contractuelle : Principe juridique en vertu duquel chaque individu a le droit de s'engager par contrat quand il le désire et de déterminer librement le contenu, les conditions, la forme et les effets des contrats auxquels il souscrit.»

certaine inégalité qui, selon la jurisprudence, «sous-tend [...] presque toutes les facettes de la relation entre l'employeur et son employé»³³.

Ainsi, pour résumer, deux postulats de base peuvent être dégagés des propos jusqu'ici tenus et guideront notre étude. Premièrement, la clause de non-concurrence, dans ses effets directs qui sont d'empêcher un salarié de se mettre au service de l'employeur de son choix, vient restreindre le droit au travail et sa composante fondamentale qu'est la liberté d'emploi, ainsi que la libre concurrence. Deuxièmement, l'article 2089 C.c.Q., qui prend en compte cette atteinte aux libertés fondamentales, vient restreindre la portée que peut avoir la clause de non-concurrence : elle ne sera une atteinte légale à ces libertés que si elle est strictement limitée à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur³⁴. D'autres critères sont aussi à prendre en compte, concernant l'applicabilité (article 2095 C.c.Q. : «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»), et la validité (règle du droit commun) de la clause, pour que celle-ci soit considérée comme une atteinte véritablement légitime au droit au travail. Nous nous pencherons sur tous ces critères dans la première partie de ce mémoire.

Nous sommes donc en présence d'un droit substantiel dont le but fondamental est l'encadrement de la liberté contractuelle d'une partie en position de force (l'employeur). Cette liberté contractuelle, en l'absence de cet encadrement, serait à même de bafouer un droit fondamental (le droit au travail) d'une partie en position d'infériorité (le salarié). Le droit substantiel vise donc clairement la protection du salarié et se porte à la défense de ses droits.

Une fois ce constat fait, une question fondamentale à la base de notre système juridique se doit d'être posée : celle de l'efficacité de ce droit substantiel³⁵. Si nous savons, de par le volume important de jurisprudence et de doctrine en la matière, que le droit substantiel (très majoritairement l'article 2089 C.c.Q., mais aussi le droit commun et l'article 2095 C.c.Q.) est souvent soulevé par les salariés comme moyen de défense, cela ne veut pas nécessairement dire que l'article est intrinsèquement «efficace». Comme le rappelait l'auteur François Rangeon, «un droit peut être effectivement appliqué sans pour autant être efficace, c'est-à-dire produire l'effet recherché : le

³³ *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 92.

³⁴ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 32 : «Il s'agit d'un test objectif en vertu duquel l'atteinte à la liberté d'emploi du salarié ne peut être légale qu'en autant qu'elle est raisonnable et justifiée eu égard aux circonstances(...)»

³⁵ Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.

respect méticuleux des procédures judiciaires peut par exemple avoir pour objet et pour effet de ralentir le cours de la justice et de rendre les sanctions inefficaces (...)»³⁶.

Ainsi, une fois hors du cadre théorique du *Code civil du Québec*, dans la pratique, l'effet de protection recherché par le droit substantiel est-il produit? Ceci nous amène à nous questionner sur la procédure utilisée pour mettre en application les clauses de non-concurrence, à nous demander : la procédure permet-elle le respect de l'objectif de la loi? La lecture de la jurisprudence nous apprend que la procédure par excellence pour un employeur qui souhaite donner effet à une clause de non-concurrence prévue dans un contrat d'emploi, et ainsi protéger ses droits contractuels, est l'injonction³⁷, aux stades provisoire et interlocutoire, qui est une procédure rapide et expéditive.

Grâce à cette injonction, l'employeur pourra obtenir rapidement une ordonnance interdisant à l'ex-employé de travailler pour un concurrent, si certains critères sont respectés, et ce sans avoir à se prononcer sur le fond du litige ou se pencher sur les contradictions de la preuve³⁸, puisqu'il s'agit d'une requête en cours d'instance. Si un recours traditionnel au fond, en dommages et intérêts, demeure possible, il est moins fréquemment intenté devant les tribunaux, puisque les dommages contre lesquels souhaitent le plus souvent se prémunir les employeurs sont immédiats et leur valeur, difficilement quantifiable. Quant à l'injonction permanente, elle est aussi rare devant les tribunaux, puisque les délais pour l'obtenir sont comparables à ceux du jugement au fond, comme la preuve à y fournir. De plus, étant donné ces longs délais, un règlement à l'amiable intervient très souvent avant cette étape finale.

Les employeurs disposent donc d'une procédure rapide, efficace et définitivement moins coûteuse qu'un recours au fond pour faire valoir leurs droits basés sur une clause de non-concurrence. Mais la procédure d'injonction dispose de ses propres mécanismes généraux qui n'ont pas été conçus dans une optique de protection des droits d'une partie en position de faiblesse; en effet, il est reconnu que l'injonction provisoire et interlocutoire³⁹ sert plutôt à maintenir le *statu quo*

³⁶ François RANGEON, «Réflexion sur l'effectivité du droit», dans *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherche administratives et politiques de Picardie, 1989, p. 126, à la page 131, en ligne : <<http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/23/rangeon.pdf>> (consulté le 23 mars 2013).

³⁷ 4388241 *Canada inc. c. Forget*, 2012 QCCS 3103, par. 58-59.

³⁸ *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, (1987) 1 R.C.S. 110.

³⁹ Ainsi que l'ordonnance de sauvegarde, dont l'octroi demande les mêmes critères que l'injonction provisoire.

en attendant que le juge se prononce sur le fond de l'affaire⁴⁰ et que cette procédure est un véhicule procédural extrême «impos[ant] un régime juridique drastique et inattendu»⁴¹.

Dans le cadre de ce mémoire, nous nous interrogerons donc à savoir quel est l'impact de l'application des clauses de non-concurrence par voie d'injonction provisoire et interlocutoire sur le droit au travail. Nous traiterons aussi très brièvement des autres véhicules procéduraux pouvant être utilisés dans ces cas (injonction permanente et action en dommages). Nous tenterons de déterminer, par une étude jurisprudentielle minutieuse, si le véhicule procédural de l'injonction permet d'assurer la mise en œuvre effective du droit substantiel prévu à l'article 2089 C.c.Q., mais aussi à l'article 2095 C.c.Q. Nous étudierons donc deux droits opposés : celui de l'employé, le droit au travail, protégé par le droit substantiel, et celui de l'employeur de mettre en œuvre ses droits contractuels par le droit procédural. En résumé, la question de recherche au cœur de ce mémoire est la suivante : le véhicule procédural de l'injonction permet-il de respecter le droit substantiel en matière de clauses de non-concurrence, édicté pour sauvegarder le droit au travail?

Pour ce faire, le mémoire sera divisé en deux parties d'égale importance. Dans la première partie de ce mémoire, nous nous pencherons en profondeur sur les règles de validité et d'applicabilité de la clause de non-concurrence. L'article 2089 C.c.Q. retiendra principalement notre attention. Nous étudierons aussi certaines règles du droit commun des contrats susceptibles de s'appliquer aux clauses de non-concurrence, ainsi que l'article 2095 C.c.Q., condition d'applicabilité de la clause de non-concurrence. Cette étude approfondie nous permettra de déterminer l'importance que le droit substantiel accorde aux critères du droit au travail et de la liberté d'emploi dans l'analyse que font les tribunaux de la validité de la clause de non-concurrence. Elle nous permettra de déterminer de quelle manière le législateur est venu «moduler» l'impact sur le droit au travail par la clause de non-concurrence. Nous serons ensuite en mesure de proposer une grille d'analyse complète, prenant en compte tous les critères les plus importants pour déterminer la validité et l'applicabilité d'une clause de non-concurrence.

Cette étude faite, nous pourrions passer à la deuxième partie de ce mémoire dans laquelle nous traiterons d'abord de l'injonction en elle-même, pour tenter de déterminer les principes de bases qui sous-tendent ce véhicule procédural ainsi que ses objectifs premiers. Ensuite, nous déterminerons si l'atteinte de ces objectifs met en danger l'efficacité du droit substantiel décrit dans la partie 1 de ce

⁴⁰ L'injonction et l'ordonnance de sauvegarde sont en effet des procédures d'une nature purement conservatoire. Voir par exemple : *9045-6740 Québec Inc. c. 9049-6902 Québec Inc.*, REJB 2004-52646 (C.A.), par. 13.

⁴¹ *Comité Concerned Citizens of Ayer's Cliff c. 9071-6812 Québec inc.*, J.E. 2000-2115 (C.S.), par. 12.

mémoire en analysant les décisions rendues par les tribunaux mettant en jeu une clause de non-concurrence appliquée par injonction. Cette partie nous permettra donc de répondre à la question de recherche en déterminant si la procédure utilisée pour mettre en jeu les clauses de non-concurrence permet l'efficacité du droit substantiel ou, au contraire, contrecarre l'objectif du législateur.

Aux fins de résoudre la question de recherche, nous posons les hypothèses suivantes. D'une part, les tribunaux ont mis en valeur de manière préminente et fondamentale le droit au travail et à la liberté d'emploi dans les critères analysés pour déterminer la validité d'une clause de non-concurrence. D'autre part, le véhicule procédural de l'injonction n'est pas conçu pour prendre en compte ces critères de validité, et ainsi assurer le respect du droit au travail. Ceci serait principalement dû à la structure intrinsèque de cette procédure interlocutoire, qui commande la recherche d'une simple apparence de droit.

Ce mémoire met donc en jeu trois concepts : clause de non-concurrence, droit au travail et injonction. Ces concepts ont été à de multiples reprises analysés par la jurisprudence et la doctrine dans le cadre de leur branche respective du droit : droit civil, droit du travail et droit procédural. C'est dans l'interaction entre ces trois concepts que ce mémoire trouve son originalité. Sa pertinence, elle, est évidente : une étude du cadre procédural dans lequel est mise en application la clause de non-concurrence est primordiale puisque l'effectivité du droit est «un objet d'indispensable inquiétude pour les juristes soucieux de convaincre qu'ils ne s'enferment pas dans "l'univers abstrait des règles" et sont attentifs à l'inscription de celles-ci dans les pratiques sociales»⁴². Tel que déjà indiqué plus haut, notre société moderne ne saurait mettre de côté les notions de liberté de travail et de concurrence et il semble primordial que l'objectif du droit substantiel resurgisse dans la pratique.

Avant d'entreprendre l'analyse, il est primordial de s'arrêter à circonscrire notre sujet. En effet, cela s'avère nécessaire étant donné l'immense corpus jurisprudentiel existant sur les clauses restrictives d'emploi. Le sujet est principalement circonscrit par la question de recherche elle-même. En effet, ce mémoire s'intéresse d'abord uniquement aux clauses de non-concurrence et non aux clauses de non-sollicitation ou aux clauses de non-divulgation. Ce choix s'explique simplement. En effet, sauf dans les cas plus spécifiques des vendeurs ou des entrepreneurs à leur compte⁴³, une

⁴² Antoine JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit », dans Philippe AUVERGNON (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, France, COMPTRASEC, 2006, p. 34.

⁴³ Dans ces cas spécifiques, une clause de non-sollicitation étendue sera à même d'empêcher la personne de travailler, puisque son travail constitue presque entièrement de la sollicitation de clientèle. Dans certains cas

clause de non-sollicitation ou de non-divulcation n'est pas à même d'empêcher l'employé de gagner sa vie de la même manière qu'une clause de non-concurrence⁴⁴.

Dans un même ordre d'idées, nous n'étudierons pas les clauses de non-concurrence comprises dans les contrats de vente d'entreprises ou dans les conventions d'actionnaires, puisque nous voulons nous restreindre strictement à une étude des impacts en droit du travail, qui «est celui, faut-il le préciser, du travail salarié»⁴⁵. De plus, la mise en application de ces clauses ne commande pas la même étude et la même protection rigoureuse que leurs homologues comprises dans les contrats d'emploi⁴⁶, puisqu'elles sont le résultat de la volonté librement exprimée de deux parties en relation d'affaires le plus souvent égalitaire, contrairement au déséquilibre qui caractérise la relation employeur/employé⁴⁷.

Le corpus jurisprudentiel sera aussi limité. En ce qui a trait aux requêtes en injonction, ne seront étudiées que celles prononcées depuis l'an 2000. Cette restriction est justifiable sous plusieurs aspects. Tout d'abord, les modifications au C.c.Q. ayant introduit l'article 2089 datent de 1994 et il faut plusieurs années avant de voir surgir une première tendance dans l'interprétation d'un nouvel article. Aussi, une période de plus de dix ans semble suffisante pour déceler une tendance. Finalement, en ce qui a trait à l'injonction, nous analyserons uniquement l'impact sur le droit au travail des injonctions provisoires et interlocutoires, ainsi que les ordonnances de sauvegarde, puisque celles-ci commandent la même analyse que les injonctions provisoires, et non les

de ce type, les tribunaux ont tendance à analyser la clause de non-sollicitation comme une clause de non-concurrence, puisqu'elle en a alors les mêmes effets.

⁴⁴ À titre d'exemple, dans le jugement *Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron*, D.T.E. 2003T-358 (C.S.), le juge refusa d'ordonner l'arrêt de travail en vertu de la clause de non-concurrence, car cela aurait été une «atteinte spécifique au droit au travail» de l'ex-employé, mais émit tout de même une ordonnance en vertu de la clause de confidentialité prévue au contrat de travail.

⁴⁵ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 248.

⁴⁶ Nathalie-Anne BÉLIVEAU, « Les critères de validité des clauses de non-concurrence dans les contrats de vente de l'entreprise : où en sommes-nous ? », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009DEV1620, p. 4 ; Suzanne P. BOIVIN, « Les obligations des ancien(ne)s employé(e)s : l'état du droit au Québec », dans Brian D. BRUCE (dir.), *Le travail, le chômage et la justice*, Institut Canadien de l'Administration de la Justice, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 477 : « En principe, les mêmes règles s'appliquent sauf que l'appréciation de la validité de la clause sera encore plus rigoureuse dans le cas d'un contrat d'emploi vraisemblablement en reconnaissance du plus grand pouvoir de négociation des parties à un contrat de vente. »

⁴⁷ À ce sujet, voir un passage souvent cité par les tribunaux dans *Elsely c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916, 924 et suiv. : « La distinction faite en jurisprudence entre une clause restrictive contenue dans un contrat de vente d'une entreprise et celle contenue dans un contrat de louage de services est bien conçue et répond à des considérations pratiques. Celui qui cherche à vendre son entreprise peut se retrouver avec une chose invendable si on lui conteste le droit d'assurer l'acheteur que lui, le vendeur, ne lui fera pas concurrence plus tard [...]. Une situation différente, du moins en théorie, surgit dans la négociation d'un contrat de louage de services où un déséquilibre dans le pouvoir de négociation peut conduire à de l'oppression et à nier à l'employé son droit, à la suite de la cessation de son emploi, d'exploiter dans l'intérêt public et dans son propre intérêt, les connaissances et la compétence qu'il a acquises au cours de son emploi. »

injonctions permanentes⁴⁸. En effet, ces dernières commandent la même étude que les jugements au fond et sont très peu nombreuses.

L'étude proposée apportera un regard nouveau et, surtout, complet sur la situation des clauses de non-concurrence dans le cadre d'un recours en injonction, ce qui n'a pas été encore effectué par la doctrine et la jurisprudence, malgré une multiplication de ce type de recours. D'un point de vue purement méthodologique, ce mémoire permettra autant de faire une analyse exégétique traditionnelle du droit, qui pourra être utilisée par les praticiens (partie 1), que d'effectuer une recherche ancrée dans la théorie du droit permettant «d'évaluer et de contrôler son application dans des cas particuliers»⁴⁹ (partie 2). De plus, dépendamment des résultats de cette recherche et de la validation ou non de l'hypothèse posée, il sera possible de proposer des pistes de réforme du droit dans le but de rehausser l'efficacité du droit substantiel⁵⁰.

Pour terminer, nous croyons qu'il est primordial pour l'avancement du droit d'effectuer en tout temps des études axées sur la réalité pratique du droit : la question de savoir si les principes sous-jacents à une règle de droit sont respectés lors de son application concrète est vitale. C'est, en effet, cette application pratique qui a des répercussions sur le justiciable. De plus, ce sont les jugements des tribunaux, et non pas les intentions du législateur, qui forgent l'image que les justiciables se font de nos institutions juridiques. Cette étude est tout particulièrement importante car elle touche à un domaine aussi crucial que le droit au travail, étant donné que, dans notre société moderne, «c'est principalement par le travail qu'il est possible de *prétendre au droit à un égal respect et à la considération des autres*, d'atteindre un certain niveau de dignité sociale»⁵¹.

1. Le droit au travail : un principe sous-jacent de validité et d'interprétation des clauses de non-concurrence

Tel que mentionné en introduction, le droit au travail est un principe sous-jacent à l'analyse de la validité et à l'interprétation des clauses de non-concurrence. Les commentaires du ministre lors

⁴⁸ *Lawrence Home Fashion inc. c. Sewell*, REJB 2003-43091 (C.S.), par. 15.

⁴⁹ CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCE HUMAINES DU CANADA, *Le droit et le savoir*, Ottawa, Division de l'information, 1983, p. 74.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ D. ROUX, préc., note 9, p. 3.

de l'adoption de l'article 2089 C.c.Q. étaient très clairs à ce sujet⁵². Ce qu'il convient de circonscrire est plutôt l'étendue de cette protection offerte par le droit substantiel. En résumé, quelle est la portée concrète de cette protection?

Principalement, la protection du droit au travail provient de l'article 2089 C.c.Q. et de ses critères de forme et de fond. C'est en grande majorité sur cet article que les tribunaux se basent pour analyser la validité d'une clause de non-concurrence. La majorité de notre étude consistera donc à analyser cet article pour déterminer de quelle manière il protège le salarié et ses droits (section 1.1).

Il existe, par contre, d'autres règles de droit substantiel prises en compte par les tribunaux pour déterminer la validité d'une clause de non-concurrence. Moins souvent soulevés par les tribunaux et les justiciables lors de leur défense, et souvent uniquement de manière subsidiaire au cours de l'analyse de l'article 2089 C.c.Q., ces articles restent très pertinents et mériteraient d'être plus souvent considérés par les tribunaux. Ainsi, nous examinerons dans quelle mesure le droit commun des contrats (section 1.2) ainsi que l'article 2095 C.c.Q. (section 1.3) protègent le salarié et son droit au travail.

Il est important de mentionner que les critères de validité étudiés proviennent autant de jugements au fond sur la clause de non-concurrence que de jugements interlocutoires. En effet, tel qu'il sera plus amplement démontré dans la partie 2 de ce mémoire, certains jugements interlocutoires, bien qu'étant en minorité, comportent tout de même une analyse poussée de la validité de la clause de non-concurrence. Une fois cette étude faite, les conclusions concernant la raisonnable de la clause auront un impact différent sur le sort du litige qui est entre les mains du juge, puisqu'il s'agit d'un jugement interlocutoire et non d'un jugement au fond, mais les principes dégagés par les tribunaux concernant les critères de validité de la clause restent très pertinents. D'ailleurs, nombre de jugements au fond sur les clauses de non-concurrence réfèrent à des jugements interlocutoires concernant la validité d'une clause. Par souci de rigueur intellectuelle, il était donc primordial de prendre en compte tous les types de jugements rendus sur le sujet.

Une fois tous les critères de validité de la clause clairement définis, analysés et catalogués dans un tout cohérent, il sera possible de passer à la deuxième étape de la démonstration : vérifier si ces critères sont respectés lors de la mise en application de la clause par voie d'injonction provisoire ou interlocutoire, assurant l'effectivité du droit substantiel.

⁵² *Supra*, p. 5.

1.1 La règle de l'article 2089 C.c.Q.

L'article 2089 C.c.Q. énonce les critères de validité que doit rencontrer la clause de non-concurrence pour être considérée comme une restriction valide au droit au travail et à la libre concurrence. En résumé, il prévoit que la clause de non-concurrence doit être rédigée par écrit et en termes exprès⁵³ ainsi qu'être limitée quant à sa durée, au territoire et aux activités couvertes à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur⁵⁴. Cet article énonce donc autant des critères de forme (section 1.1.1) que des critères de fond (section 1.1.2).

Avant d'entâmer cette étude, il est important de garder à l'esprit que le corpus jurisprudentiel et doctrinal concernant les clauses de non-concurrence est particulièrement volumineux. De plus, l'examen de la validité de la clause est directement tributaire des différents faits de chaque affaire. Ainsi, l'étude de tous les différents cas d'espèce sera impossible. Seront plutôt mis en lumière les critères jurisprudentiels généraux les plus pertinents ainsi que quelques autres qui, selon nous, mériteraient d'être plus souvent soulevés par les plaideurs et d'attirer davantage l'attention des tribunaux.

1.1.1 Les critères de forme

C'est une inanité de rappeler que, dans le droit québécois traditionnel, le fond a une forte tendance à l'emporter sur la forme. En droit procédural, une demande au fond ne peut être refusée pour vice de forme⁵⁵, alors qu'en droit civil, les règles d'interprétation des contrats entraînent souvent les juges dans la recherche de l'intention véritable des parties, malgré le «sens littéral des termes utilisés»⁵⁶. Ainsi, lors de l'analyse de la validité d'une clause restrictive d'emploi, les tribunaux n'hésiteront généralement pas à assujettir aux conditions de validité de la clause de non-concurrence prévues à l'article 2089 C.c.Q., une clause en possédant tous les attributs, mais étant affublée du titre de «clause de non-sollicitation»⁵⁷ ou de «clause de non-divulgateur».

Pourtant, les deux conditions de forme traditionnelles de la clause de non-concurrence, telles qu'énoncées à l'alinéa 1 de l'article 2089 C.c.Q., sont fondamentales; leur non-respect devrait

⁵³ C.c.Q. art. 2089 al. 1.

⁵⁴ C.c.Q. art. 2089 al. 2.

⁵⁵ *Vachon c. Québec (Procureur général)*, [1979] 1 R.C.S. 555, 563 : « (...) sauf devant une nullité décrétée par un texte législatif formel ne laissant aux tribunaux aucun pouvoir d'y remédier, la Cour suprême du Canada n'hésite pas à intervenir pour infirmer un arrêt qui rejette une demande au fond pour vice de forme ».

⁵⁶ C.c.Q. art. 1425 : « Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés. »

⁵⁷ Voir par exemple : *MBI Acquisition Corp. c. Bournival*, 2008 QCCS 2232, par. 56 : « La clause, même si elle s'intitule "Non-sollicitation", s'apparente beaucoup plus à une clause de non-concurrence. »

entraîner automatiquement l'invalidité de la clause de non-concurrence⁵⁸. Il est donc primordial de commencer notre exploration des règles de validité des clauses de non-concurrence par une description et une analyse complète des critères de forme prévus à la loi : la nécessité d'un écrit (section 1.1.1) et l'obligation de rédiger la clause en des termes exprès (section 1.1.2).

1.1.1.1 La nécessité d'un écrit

Le précepte général du droit civil est la simple nécessité de l'échange des consentements pour faire naître une obligation contractuelle entre les parties. L'article 1385 C.c.Q. précise en effet que « le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle »⁵⁹. L'obligation de non-concurrence est l'une de ces obligations pour lesquelles le législateur exige « le respect d'une forme particulière » : l'écrit.

En effet, selon les termes explicites de l'article 2089 C.c.Q., l'engagement de non-concurrence doit être obligatoirement couché par écrit⁶⁰. Il se retrouve le plus souvent directement dans une clause spécifique du contrat de travail du salarié. Parfois, il sera plutôt dans un document complémentaire paraphé par l'employé plus tard en cours d'emploi, généralement lors d'une promotion ou de l'arrivée sur le marché d'un nouveau compétiteur d'importance. L'exigence d'un écrit est une condition *sine qua non* de validité de la clause : l'article 1414 C.c.Q. est clair en indiquant que « lorsqu'une forme particulière ou solennelle est exigée comme condition nécessaire à la formation du contrat, elle doit être observée (...) »⁶¹. La clause de non-concurrence ne peut donc être verbalement contractée⁶² et, pour résumer, selon la juge Bich, « l'absence d'écrit empêche ici la naissance de l'obligation (...) »⁶³.

À la vue de cette règle codifiée, les employeurs se doivent donc d'être vigilants dans une situation de réembauche de personnel ou lors de l'imposition de nouvelles conditions de travail. L'extinction du contrat de travail du salarié, même pour une courte durée, entraînera la terminaison de l'obligation de non-concurrence. Pour rester effective, celle-ci devra être réintroduite dans le

⁵⁸ BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil. Obligations, contrats nommés*, vol. 2, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, par. 128.

⁵⁹ C.c.Q. art. 1385 al. 1.

⁶⁰ C.c.Q. art. 2089 al. 1.

⁶¹ C.c.Q. art. 1414.

⁶² N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 12.

⁶³ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 270.

contrat de travail lors de la réembauche⁶⁴. De la même manière, lors d'une promotion ou d'une modification substantielle des conditions de travail entraînant dans les faits un nouveau contrat d'emploi, la clause de non-concurrence devra être signée à nouveau⁶⁵. Un exemple de cette interruption pourrait être une situation où un salarié, à la fin de son premier contrat, se voit offrir un nouveau mandat par l'employeur dans un domaine complètement différent du premier⁶⁶.

Il est important de mentionner que, non seulement la clause de non-concurrence doit être écrite, mais elle doit aussi comprendre par écrit les trois limitations de fond énoncées à l'article 2089 C.c.Q. Ainsi, l'employeur «ne pourra [...] prétendre à la validité d'une clause de non-concurrence dont la durée, le territoire ou le genre de travail visé n'est pas spécifié dans le texte même de la clause (...)»⁶⁷. En conséquence, une clause de non-concurrence ne saura non plus être valide si, comme il est parfois vu en pratique, elle prévoit que le territoire couvert ou les activités comprises sont détaillés en annexe, alors que cette annexe n'existe tout simplement pas. De la même manière, l'une des limitations de fond énoncées à l'article 2089 C.c.Q. ne pourra non plus être uniquement détaillée verbalement à l'employé.

Par exemple, dans l'affaire *Menif c. Laboratoire Kabs inc.*⁶⁸, la Cour supérieure indiqua que le simple fait que la clause de non-concurrence en l'espèce ne décrivait pas le genre de travail interdit, se contentant d'interdire «purement et simplement à l'employé de travailler pendant deux ans après la terminaison de son emploi pour un client de KABS»⁶⁹, la rendait entièrement invalide. Au même effet, dans *Échafaudage Falardeau inc. c. Cyr*⁷⁰, du même tribunal, l'aveu du président de la compagnie que la clause de non-concurrence ne possédait aucune limitation quant au genre de travail interdit, puisque le but de la clause était d'empêcher l'ex-employé de lui causer tout préjudice en posant quelque geste concurrentiel que ce soit⁷¹, suffisait à rendre la clause invalide⁷².

Ainsi, le jugement de la Cour supérieure dans *Automatisation J.R.T. inc. c. Roy*⁷³ résume que «la clause de non-concurrence doit être écrite et expresse. L'employeur ne saurait dès lors s'autoriser d'un engagement souscrit dans un contexte donné, en marge d'un contrat d'engagement

⁶⁴ Voir par exemple : *G. & R. de la Fontaine inc. c. Bouthillette*, D.T.E. 95T-928 (C.S.) ; *Automatisation JRT inc. c. Roy*, 2006 CanLII 882 (QC C.S.).

⁶⁵ Voir par exemple : *Jean c. Omegachem inc.*, 2012 QCCA 232, par. 36 et 37.

⁶⁶ Voir par exemple : *Flextherm c. Marengère*, D.T.E. 2004T-75 (C.S.).

⁶⁷ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 12 et 13.

⁶⁸ 2008 QCCS 3713.

⁶⁹ *Id.*, par. 33.

⁷⁰ Préc., note 15.

⁷¹ *Id.*, par. 35 et 36.

⁷² *Id.*, par. 41 et 42.

⁷³ Préc., note 64.

verbal, pour en revendiquer l'application dans le cadre d'un contrat écrit ultérieur, à plus forte raison si ce contrat prévoit un cadre d'emploi entièrement nouveau»⁷⁴. Cette obligation faite aux parties de convenir par écrit de leur engagement s'inscrit en toute logique dans l'esprit de protection du droit au travail et de la liberté de concurrence contre toute restriction induite, qui domine l'article 2089 C.c.Q. En effet, le législateur cherchant à rééquilibrer la relation entre l'employeur et l'employé dans un contexte où la liberté de travail de ce dernier risque d'être remise en cause, il serait contraire à l'esprit de la loi que de permettre à un employeur de conclure une telle entente verbalement et de s'arroger ainsi un tel pouvoir sur l'employé.

Mentionnons en terminant certaines exceptions notables. À une époque, une certaine confusion semblait exister concernant la possibilité qu'une clause de non-concurrence ne comporte aucune limite territoriale par écrit. Certaines décisions ont reconnu la validité de telles clauses en déclarant que l'absence de territoire voulait simplement indiquer que le territoire couvert était le monde entier⁷⁵ ou encore qu'une clause ne comportant aucune limite territoriale était valide puisque l'employé «connaissait» dans les faits le territoire couvert⁷⁶. De plus, concernant l'absence de limitation quant au genre de travail interdit, elle serait illégale «sauf dans les cas exceptionnels où l'employeur est en mesure de démontrer que ses intérêts légitimes seraient menacés quel que soit l'emploi qu'occupe son ex-employé chez un tiers ou même s'il crée sa propre entreprise»⁷⁷.

Aujourd'hui, selon la juge Bich, «le point de vue dominant paraît bien être que la clause doit comporter des balises précises»⁷⁸. En effet, la jurisprudence récente ne semble pas permettre qu'un des critères de fond de l'article 2089 C.c.Q. ne fasse pas l'objet d'un écrit. Par contre, notons bien que le courant ci-haut mentionné n'a pas encore été fermement désavoué par un tribunal d'appel⁷⁹. À notre avis, une clause de non-concurrence ne comprenant pas spécifiquement l'une des limites prescrites par l'article 2089 C.c.Q. devrait être automatiquement déclarée nulle. Toute considération selon laquelle le salarié «aurait pu connaître», dans les faits, la portée de la limite ne devrait pas être acceptable si l'on considère l'esprit de la loi ainsi que l'indication claire à l'article 2089 C.c.Q. La clause de non-concurrence doit être écrite et comporter à l'écrit des informations concernant chacun

⁷⁴ *Id.*, par. 17.

⁷⁵ Voir par exemple : *Central Dynamics Ltd. c. Tremblay*, D.T.E. 90T-1092 (C.S.) ; *Graphique Matrox inc. c. Lepage*, D.T.E. 2001T-819 (C.S.).

⁷⁶ Voir par exemple : *3108163 Canada inc. c. Joannis*, D.T.E. 97T-1042 (C.S.).

⁷⁷ *FLS Transportation Services c. Piccioni*, EYB 2005-92854 (C.S.), par. 153.

⁷⁸ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 285.

⁷⁹ Dans *Jean c. Omegachem inc.*, préc., note 65, par. 40, la Cour d'appel refuse de se prononcer explicitement sur la question de la validité des clauses de non-concurrence ne comprenant aucune limite territoriale, mais indique avoir «spontanément de la difficulté à concilier cette possibilité avec les termes clairs et non équivoques de l'article 2089 C.c.Q.»

des trois critères de fond énumérés à l'article : durée, territoire et activités couvertes. Toute dérogation à cette règle ne pourrait qu'être contraire à l'ordre public et venir éprouver l'intention de protection de cet article.

1.1.1.2 La nécessité de «termes exprès»

Tel qu'il a déjà été mentionné, en plus d'être écrite, la clause de non-concurrence doit, selon les termes de l'article 2089 C.c.Q., l'être dans des termes exprès. La clarté sera donc de mise et le rédacteur d'une clause de non-concurrence se devra d'être prudent dans l'utilisation de termes juridiques alambiqués. La nécessité de rédiger la clause de non-concurrence en termes exprès a des impacts à deux niveaux. Premièrement, sur la rédaction de la clause en elle-même et le fait que les termes employés, ainsi que la structure préconisée, doivent être clairs et précis (section 1.1.1.2.1). Deuxièmement, sur la possibilité pour le tribunal de modifier les clauses de non-concurrence, qui entraîne un questionnement sur la validité de la théorie de la divisibilité fictive, concept à bien distinguer de la technique du crayon bleu, ainsi que sur celle des clauses dites «par paliers» (section 1.1.1.2.2).

1.1.1.2.1 La rédaction de la clause

Si l'on revient toujours aux règles générales des contrats, il est déjà prévu à l'article 1373 C.c.Q. que la prestation à laquelle deux parties s'assujettissent doit leur permettre de bien déterminer l'objet de leur obligation. La prestation doit être «déterminée et déterminable»⁸⁰. Cela étant dit, le salarié, à la lecture d'une clause de non-concurrence, devra déjà selon le droit commun être capable d'en déterminer le contenu avec une certitude raisonnable et de connaître la nature et l'étendue de son obligation envers l'employeur⁸¹.

L'article 2089 C.c.Q. va plus loin que cette obligation de base en indiquant que la clause doit non seulement être «déterminée et déterminable», mais aussi être rédigée en termes exprès. Selon la juge Bich, «le législateur exige ici un degré supplémentaire de définition, et donc de précision, qui nous semble exclure la possibilité que la clause de non-concurrence porte sur un objet simplement déterminable (...)»⁸². La clause de non-concurrence doit être rédigée en termes *clairs et précis* permettant au salarié de circonscrire exactement le contenu de son obligation et de permettre aux tribunaux d'en déterminer le caractère raisonnable⁸³. De plus, la clause doit permettre à l'employé de connaître l'étendue de son obligation *au moment* de la signature de la clause; celle-ci ne peut en

⁸⁰ C.c.Q. art. 1373.

⁸¹ *Jean c. Omegachem inc.*, préc., note 65, par. 37.

⁸² M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 271.

⁸³ *Thomas Marine et sports (1991) inc. c. Thomas*, D.T.E. 93T-1274 (C.S.).

aucun cas être évolutive⁸⁴. Selon un autre exemple tiré d'un jugement⁸⁵, l'expression «territoire que l'entreprise dessert» peut être ambiguë, car ce territoire peut évoluer avec le temps⁸⁶. Étant donné la grande diversité de rédactions possibles d'une clause de non-concurrence, étudier quelques exemples semble ici pertinent pour déterminer ce qui est considéré par la jurisprudence comme étant une rédaction claire et précise ou pas.

La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*⁸⁷, est venue clarifier cette obligation. Elle constitue un jugement phare en matière d'interprétation des clauses de non-concurrence. Bien qu'elle ait été rendue dans un contexte de *common law*, elle a été par la suite, à de nombreuses reprises, appliquée par la jurisprudence québécoise⁸⁸. Le plus haut tribunal du pays indiqua dans cette affaire qu'une clause de non-concurrence se devait d'être *claire et non ambiguë* et «que la question du caractère raisonnable ne pourr[ait] être tranchée que si les termes de la clause restrictive [étaient] exempts d'ambiguïté»⁸⁹. Le territoire de la clause de non-concurrence sous investigation dans cette affaire était délimité par les termes «agglomération de la ville de Vancouver». Ce libellé fut déclaré ambigu et déraisonnable par le tribunal puisqu'il pouvait, dans les faits, couvrir plusieurs territoires. Il ne permettait donc pas à l'employé de connaître de manière certaine les limites territoriales de son obligation et ceci entraîna l'invalidité de la clause de non-concurrence⁹⁰.

Toujours concernant la rédaction de la limitation territoriale, dans un autre exemple, l'expression «territoire dans lequel la défenderesse exerce ses activités»⁹¹ portait à confusion à la lumière des faits en l'espèce. La Cour supérieure réaffirmait ainsi qu'une rédaction qui peut paraître claire dans un cas peut ne pas l'être dans le cadre d'une autre situation factuelle. Le tribunal proposa que «pour éviter toute ambiguïté dans la clause de non-concurrence, il aurait été facile de délimiter

⁸⁴ Marianne ST-PIERRE PLAMONDON, « 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 sur la non-concurrence (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 35, aux pages 56 et 57.

⁸⁵ *Service de pneus Desharnais inc. c. Bergeron*, préc., note 13.

⁸⁶ *Id.*, par. 109.

⁸⁷ 2009 CSC 6 (ci-après : *Shafron*).

⁸⁸ Voir par exemple : *Rake & Thériault inc. c. Pageau*, 2010 QCCS 2674.

⁸⁹ François PERRON, «Commentaire sur la décision *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.* – Clause restrictive dans l'emploi : la Cour suprême se prononce», dans *Repères*, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009REP818, p. 3.

⁹⁰ Suite à la lecture de cette décision phare, il est à notre avis étonnant de lire dans la décision *A. Roberge inc c. Lacroix*, 2009 QCCS 5021, quelque neuf mois plus tard, qu'il est pour le tribunal «difficile de conclure que le territoire est trop vaste ou pas assez défini par les mots : Gatineau, Hull, Ottawa et les environs»⁹⁰. À notre avis, une telle expression est en effet beaucoup moins claire que celle qui fut déclarée ambiguë et déraisonnable dans l'affaire *Shafron*.

⁹¹ *Verreault Navigation inc. c. Marquis*, 2008 QCCS 1912.

en quelques mots le territoire visé et d'annexer même au contrat une liste des entreprises considérées comme compétiteurs, quitte à assurer la mise à jour périodique de cette liste»⁹².

Dans une autre affaire de la Cour supérieure⁹³, cette fois-ci concernant la rédaction de la limitation des activités, l'expression «domaine similaire» pour désigner les activités couvertes par la clause de non-concurrence, fut déterminé comme *prima facie* invalide au stade de l'injonction interlocutoire, puisqu'elle ne permettait pas de définir clairement l'étendue de l'obligation⁹⁴. Malheureusement, cette affaire est un cas rare, puisque des expressions comme «tous domaines similaires», «toutes activités similaires» ou «toutes activités concurrentes à celles effectuées par l'entreprise» sont fréquemment utilisées dans la rédaction des clauses de non-concurrence⁹⁵. Leur clarté est généralement passée sous silence par les tribunaux. Suivant finalement l'affaire *Shafron*, il fut aussi statué dans *Rake* que l'expression «région métropolitaine de Montréal» était ambiguë⁹⁶.

Les rédacteurs de clauses restrictives d'emploi se devront aussi d'être prudents dans la traduction d'une langue à l'autre de formules de non-concurrence générales. En effet, dans l'affaire *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*⁹⁷, l'expression «dans la ville de Montréal et à un radius de 100 kilomètres de cette ville» pour délimiter un territoire fut déclaré incompréhensible et ambiguë par la Cour supérieure, étant donné que le terme «radius», qui en anglais signifie «rayon», est un os du bras dans la langue de Molière⁹⁸. Ce genre de formulation peut être qualifié d'ambigu puisque le territoire couvert change selon le point de départ choisi pour calculer ledit 100 kilomètres de «radius». L'analyse du tribunal dans *Ikon* démontre bien que «la "clarté" s'inscrit donc comme un élément de forme essentiel pour qu'une clause de non-concurrence puisse être considérée comme valide, au même titre que la nécessité d'un écrit. En réalité, la clause doit être stipulée dans un écrit qui soit au surplus clair.»⁹⁹

Il faut par contre faire preuve de bon sens dans la lecture des clauses de non-concurrence; certaines interprétations sont, en effet, l'évidence même. Par exemple, tel que rappelé dans le

⁹² *Id.*, par. 28.

⁹³ *Rake & Thériault inc. c. Pageau*, préc., note 88.

⁹⁴ *Rake & Thériault inc. c. Pageau*, préc., note 88, par. 14, 16 et 18.

⁹⁵ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, à la page 54.

⁹⁶ *Rake & Thériault inc. c. Pageau*, préc., note 88, par. 14 et 16.

⁹⁷ 2009 QCCS 123.

⁹⁸ *Id.*, par. 30.

⁹⁹ Nathalie-Anne BÉLIVEAU et Sébastien LEBEL, « **Les clauses de non-concurrence en matière d'emploi et en matière de vente d'entreprise : du pareil au même ?** », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 113, à la page 153.

jugement 4388241 *Canada inc. c. Forget*¹⁰⁰ par la Cour supérieure, un salarié travaillant pour un nouvel employeur pourra difficilement soulever que le terme «participer» à une entreprise n'est pas assez précis et que l'employeur aurait dû plutôt utiliser le terme «travailler»¹⁰¹! Dans cette affaire, le tribunal, citant la Cour d'appel du Québec¹⁰² indique qu'«on aurait tort de s'arrêter au sens littéraire des termes utilisés plutôt que de rechercher la commune intention des parties»¹⁰³. Par contre, tel qu'il sera étudié ultérieurement¹⁰⁴, l'interprétation d'une clause de non-concurrence devra le plus souvent se faire en faveur du salarié, puisque la clause de non-concurrence fait généralement partie d'un contrat d'adhésion.

Finalement, pour éviter l'ambiguïté et s'assurer de la clarté et de la précision d'une clause de non-concurrence, l'auteure St-Pierre Plamondon résume ainsi en 4 points les grands écueils à contourner :

- a) «Évitez une limitation quant au temps qui débute à partir d'un événement par ailleurs non clairement défini ou identifiable.
- b) Évitez une limitation quant au genre de travail ou quant aux activités qui prévoit non pas spécifiquement le type d'activités visées, mais celles "similaires" ou "en concurrence" avec celles de l'entreprise.
- c) Évitez une limitation quant au lieu qui ne permet pas d'identifier facilement le contour exact du territoire visé.
- d) Évitez de prévoir des limitations qui visent à s'adapter à l'évolution que pourrait connaître l'entreprise durant le contrat.»¹⁰⁵

1.1.1.2.2 La modification des clauses de non-concurrence par le tribunal

La nécessité d'une rédaction en termes exprès de la clause de non-concurrence, prévue à l'article 2089 C.c.Q., a un impact direct sur trois autres sujets : la possibilité pour le tribunal de réécrire une clause de non-concurrence, la théorie de la divisibilité fictive ainsi que la validité des clauses dites «par paliers».

Premièrement, puisque la clause de non-concurrence se doit, pour être valide, d'être rédigée en termes exprès, les tribunaux ont, à une certaine époque, estimé qu'ils avaient compétence pour

¹⁰⁰ Préc., note 37.

¹⁰¹ *Id.*, par. 97-105.

¹⁰² *Lemieux c. Marsh Canada ltée*, 2005 QCCA 1080.

¹⁰³ *4388241 Canada inc. c. Forget*, préc., note 37, par. 104.

¹⁰⁴ *Infra*, section 1.2.2.

¹⁰⁵ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, aux pages 53, 54 et 56.

réécrire les clauses lacunaires afin de les rendre conformes à cette obligation de forme¹⁰⁶ ou encore de les réduire pour les rendre raisonnables. C'est pourquoi on a ensuite vu fleurir dans le libellé des clauses restrictives d'emploi, des stipulations indiquant que les parties permettaient expressément aux tribunaux de réécrire la clause pour la réduire, advenant qu'ils la trouvent déraisonnable. Pourtant, une étude de l'historique de l'article 2089 C.c.Q. nous apprend que cette possibilité de réduire la clause de non-concurrence a été écartée par le législateur lors de la codification finale de 1994¹⁰⁷.

Il est maintenant clairement reconnu par la jurisprudence et les auteurs que la clause de non-concurrence ne peut être réécrite par les tribunaux afin d'en atténuer la déraisonnabilité¹⁰⁸, car «cela risquerait d'inciter les employeurs à succomber à la tentation de stipuler des clauses de non-concurrence exagérément larges»¹⁰⁹. Tel que le rappelle la Cour supérieure dans le jugement *TQS inc. c. Pelletier*¹¹⁰, les clauses dites «de correction» sont illégales en droit québécois et le tribunal ne saurait s'en prévaloir pour réécrire une clause déraisonnable quant aux critères de fond¹¹¹ dans le but d'en atténuer la portée. Le tribunal dans cette affaire reprend la règle élaborée dans l'arrêt *Shafron*¹¹² de la Cour suprême du Canada, arrêt sur lequel il mérite de se pencher à nouveau.

En effet, il est important de lire l'arrêt *Shafron* avec attention pour mettre fin à une certaine confusion avec la fameuse théorie de la divisibilité fictive¹¹³. Cette théorie est en réalité une règle d'interprétation qui permet de réécrire une clause de non-concurrence pour en atténuer la portée et la rendre raisonnable¹¹⁴, pouvoir que s'arrogeaient les tribunaux avant le nouveau Code civil. Elle ne doit pas être confondue avec une autre technique d'interprétation ou de «divisibilité» utilisée par les tribunaux et intitulée divisibilité pure et simple ou «technique du crayon bleu» dans l'arrêt

¹⁰⁶ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 8.

¹⁰⁷ À cet effet, voir 2865-8169 *Québec inc. c. 2757-5131 Québec inc.*, EYB 1999-14430 (C.S.), par. 44 ; Georges AUDET, Robert BONHOMME et Clément GASCON, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, feuilles mobiles, à jour octobre 2011, par. 10.1.67 et 10.1.68 ; M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, aux pages 288 et 289.

¹⁰⁸ Voir par exemple les décisions de principes suivantes : *Cathild inc. c. Rondeau*, D.T.E. 93T-622 (C.S.) ; [1995] R.L. 140 (C.A.) ; *Pauzé c. Descôteaux*, [1987] R.J.Q. 408 (C.S.) ; J.E. 86-1037 (C.A.).

¹⁰⁹ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 271.

¹¹⁰ 2009 QCCS 597.

¹¹¹ *Id.*, par. 25-29.

¹¹² *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) inc.*, préc., note 87.

¹¹³ Heureusement, récemment, l'article suivant est venu expliquer de manière fort pertinente la différence entre les deux types de «divisibilités» : N.-A. BÉLIVEAU et S. LEBEL, préc., note 99, p. 113, aux pages 140 et suiv.

¹¹⁴ *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) inc.*, préc., note 87, par. 74.

*Shafron*¹¹⁵. Cette dernière méthode permet «de conclure au caractère divisible des [diverses] composantes [de la clause], dans la mesure où l'intention des parties ainsi que le libellé et la présentation de la clause le permettent»¹¹⁶. Ainsi, si la réécriture de la clause de non-concurrence, à savoir l'utilisation de la théorie de la divisibilité fictive pour en atténuer la portée, est illégale à cause de l'obligation faite aux parties de rédiger la clause dans des termes exprès leur permettant de connaître exactement la portée de leur obligation, la divisibilité pure et simple, ou «technique du crayon bleu», n'a pas encore été formellement discréditée par la Cour suprême du Canada.

La technique du crayon bleu «peut être appliquée uniquement lorsque le juge peut retrancher en la raturant, la partie du contrat qu'on entend supprimer, tout en conservant les parties non viciées par l'illégalité, et ce, sans que ne soit affecté le sens du reste du document»¹¹⁷. Selon la Cour dans *Shafron*, cette technique doit être appliquée avec réserve et dans des circonstances où la partie «déraisonnable» à retrancher peut être facilement détachée du reste, la règle principale demeurant qu'«une clause restrictive ambiguë ou déraisonnable figurant dans un contrat de travail est nulle et inapplicable»¹¹⁸. Au Québec, cette technique a été utilisée de manière constante¹¹⁹ et «la jurisprudence actuelle semble clairement favoriser la reconnaissance du caractère divisible des diverses composantes d'une clause restrictive»¹²⁰. Il sera donc possible de diviser, par exemple, au sein d'une clause restrictive, la clause de non-sollicitation légale de la clause de non-concurrence illégale. Nous préférons par contre tempérer cette affirmation en indiquant que cette théorie est bien applicable au Québec, mais avec parcimonie. Il s'agit, selon la professeure Bich, d'une application tout à fait légale de l'article 1438 C.c.Q.¹²¹, qui énonce que « la clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible»¹²².

Le principe de la divisibilité pure et simple des clauses restrictives d'emploi avait déjà été accepté en 1971 dans l'arrêt de principe de la Cour suprême *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*¹²³. En effet, selon le tribunal, «dans un contrat de ce genre, je cherche en vain le motif pour lequel on devrait ainsi considérer chaque clause comme indivisible. Je ne connais

¹¹⁵ Robert BONHOMME et Magali COURNOYER-PROULX, « Le contrat de travail et le Code civil du Québec : 15 ans plus tard », dans *Développements récents en droit du travail*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009DEV1596, p. 13.

¹¹⁶ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.1.53.

¹¹⁷ *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) inc.*, préc., note 87, par. 29.

¹¹⁸ *Id.*, par. 26.

¹¹⁹ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 10.

¹²⁰ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.1.54.

¹²¹ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 291.

¹²² C.c.Q. art. 1438.

¹²³ Préc., note 30.

aucun principe d'après lequel la divisibilité d'une obligation ou d'un contrat dépendrait de la disposition de sa rédaction en paragraphe»¹²⁴. Un exemple d'une utilisation pouvant être adéquate de la technique du crayon bleu se retrouve dans l'arrêt de la Cour d'appel *Federated Mutual Insurance Company c. Ravary*¹²⁵. Dans cette affaire, le tribunal sépara la partie de la clause concernant la non-sollicitation, sur laquelle le recours était basé, de celle concernant la non-concurrence. Le même raisonnement se retrouve dans l'affaire *Corporation Moore ltée c. Charrette*¹²⁶, où une clause de non-concurrence invalide se retrouva «divisée» de la clause de non-sollicitation valide par la Cour supérieure.

Par contre, si la technique du crayon bleu peut être utilisée dans certaines circonstances, il a été clairement décidé par les tribunaux et la jurisprudence que les clauses dites «par paliers», aussi appelées clauses «entonnoirs» ou «en escaliers», sont invalides et «à proscrire»¹²⁷. Le principe d'une clause dite «par paliers» est de prévoir «différents degrés de restrictions, selon ce qu'un tribunal pourra éventuellement juger comme étant raisonnable, et donc valide. Ainsi, la clause peut prévoir différentes alternatives quant à l'étendue du territoire visé ou encore quant à la durée d'application de ladite clause.»¹²⁸ Si, avant la codification, «les tribunaux avaient plutôt tendance à valider ce type de clause, compte tenu de l'absence de dispositions législatives spécifiques qui encadraient et précisaient le contenu des clauses restrictives»¹²⁹, il est aujourd'hui évident que, à leurs faces mêmes, elles ne respectent pas l'obligation de rédiger la clause de non-concurrence en termes exprès de l'article 2089 C.c.Q. En effet, leur rédaction «par paliers» empêche le salarié de connaître exactement l'étendue et les contours de son obligation, sa portée pouvant être «choisie» par les tribunaux selon ce qui leur paraît le plus raisonnable. L'employé, dans ces clauses, se retrouve donc face à une incertitude qui ne peut qu'être contraire à l'intention de protection du législateur à l'article 2089 C.c.Q.

Donc, dès 1994, certaines décisions de la Cour supérieure refusèrent de mettre en application des clauses restrictives d'emploi «par palier». Ce fut le cas dans les affaires *Graphique Matrox inc. c. Lepage*¹³⁰ ou encore *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*¹³¹. Ces clauses furent formellement

¹²⁴ *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*, préc., note 30, 156.

¹²⁵ D.T.E. 83T-857 (C.A.).

¹²⁶ [1988] 19 C.C.E.L. 277 (C.S.).

¹²⁷ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, à la page 47.

¹²⁸ R. BONHOMME et M. COURNOYER-PROULX, préc., note 115, p. 12.

¹²⁹ Y. CRACK et D. POTVIN, préc., note 10, p. 211, à la page 223. Voir aussi par exemple : *P.A. Boutin (1986) inc. c. Julien*, J.E. 90-1118 (C.S.) ; *Produits Duvernay ltée c. Duguay*, D.T.E. 90T-372 (C.S.).

¹³⁰ D.T.E. 2001T-374 (C.S.).

¹³¹ Préc., note 13.

déclarées invalides dans l'arrêt de principe de la Cour d'appel *Drouin c. Surplec Inc.*¹³², renversant la jurisprudence pré-codification. Dans cette affaire, le juge Chamberland indiqua que la clause «par paliers» en l'espèce était une véritable «épée de Damoclès»¹³³ sur la tête de l'employé, expression qu'avait déjà utilisée le tribunal dans l'affaire *Graphique Matrox inc. c. Lepage*¹³⁴. En effet, celle-ci ne lui permettait pas de déterminer de manière certaine les contours de son obligation envers l'employeur et était ainsi contraire à l'article 1373 C.c.Q.¹³⁵. Il est intéressant de noter que selon cette affaire, le droit commun seul permet d'invalider de telles clauses; l'exigence de l'article 2089 C.c.Q. allant encore plus loin, il est évident que ces clauses ne respectent pas le niveau de clarté imposé par le législateur.

Par contre, en *obiter* dans *Drouin*, le juge Morissette indiqua que l'obligation la moins contraignante prévue par la clause dite «par paliers» pourrait tout de même lier l'employé. En effet, en signant la clause de non-concurrence, il savait expressément qu'il s'obligeait au minimum à ces obligations¹³⁶. Cet *obiter* fut suivi dans un jugement récent¹³⁷ où le tribunal rappela que le moins contraignant «palier» de la clause se devait tout de même d'être analysé quant aux critères de fond¹³⁸. Il est donc possible de conclure que ce courant jurisprudentiel risque d'être appliqué à l'avenir et que les employés pourraient être tenus de respecter le palier le moins contraignant prévu à la clause. C'est de plus l'opinion des auteurs Crack et Potvin selon qui «en suivant l'opinion de la majorité [(dans *Drouin*)], il est donc possible de soutenir que malgré l'invalidité des clauses par paliers, celles-ci pourraient trouver une certaine application lorsque l'employeur et le salarié se sont entendus au niveau de la durée minimale de la clause»¹³⁹.

En résumé, la nécessité de rédiger la clause de non-concurrence en «termes exprès» empêche les tribunaux de réécrire la clause de non-concurrence afin d'en atténuer la portée, contrairement à une habitude ancrée sous le précédent code. La théorie de la divisibilité fictive, qui permettait aux tribunaux de réécrire la clause, est depuis l'arrêt *Shafron* clairement discréditée, alors que la technique du crayon bleu pourrait au Québec encore servir pour diviser, par exemple, une clause de non-sollicitation et une clause de non-concurrence. Finalement, les clauses dites «par paliers» sont illégales, puisqu'elles ne permettent pas à l'employé de connaître exactement le contour de son

¹³² [2004] R.J.Q. 1125 (C.A.), par. 6 (ci-après : *Drouin*).

¹³³ *Id.*, par. 13.

¹³⁴ Préc., note 75, par. 168.

¹³⁵ *Drouin c. Surplec Inc*, préc., note 132, par. 14 ; Y. CRACK et D. POTVIN, préc., note 10, p. 211, à la page 226.

¹³⁶ *Drouin c. Surplec Inc*, préc., note 132, par. 22.

¹³⁷ *Medisca Pharmaceutique inc. c. De Lisio*, 2011 QCCS 2875.

¹³⁸ *Id.*, par. 22.

¹³⁹ Y. CRACK et D. POTVIN, préc., note 10, p. 211, à la page 228.

obligation envers l'employeur. Par contre, le moins contraignant de ces «paliers» pourrait tout de même avoir un effet sur les obligations du salarié après l'emploi. À notre avis, ces règles basées sur l'obligation de rédiger la clause en «termes exprès» sont en symbiose avec l'intention du législateur à l'article 2089 C.c.Q. et permettent un plus grand équilibre entre les parties, l'employé n'étant plus obligé d'accepter une clause constituant une «épée de Damoclès» qui, à tout moment puisqu'il ne peut en déterminer la véritable portée, risquerait de lui tomber sur la tête.

1.1.2 Les critères prévus à l'article 2089 alinéa 2 C.c.Q.

L'analyse de la validité d'une clause de non-concurrence, suite à la détermination du respect des critères de forme, passe principalement par une étude au fond de celle-ci. Tel que nous le verrons dans cette section, les critères de validité d'une clause de non-concurrence au fond sont nombreux et abordés par la doctrine et la jurisprudence de manières diversifiées, chaque auteur et chaque juge conceptualisant cette étude d'une façon toute personnelle s'adaptant aux faits. Nous tenterons, dans cette section, de donner une vue d'ensemble des critères pouvant être étudiés par les tribunaux pour déterminer la validité ou l'invalidité d'une clause de non-concurrence au fond, tout en gardant à l'esprit qu'il est littéralement impossible de recenser et disséquer tous les cas d'espèce. Notre analyse se basera principalement sur le texte de l'article 2089 alinéa 2 C.c.Q. (section 1.1.2.2.).

Avant d'effectuer cette analyse et de bien définir les différents critères de validité de la clause de non-concurrence, il est important de glisser un mot sur une autre condition de fond qui, après être devenue un argument plus historique après la codification de 1994, a finalement retrouvé son utilité pratique depuis l'arrêt de la Cour d'appel *Mirarchi c. Lussier*¹⁴⁰. Il s'agit de l'obligation de respecter l'ordre public (section 1.1.2.1).

1.1.2.1 L'ordre public

Avant la codification de 1994, c'était sur la notion d'ordre public que les tribunaux se reposaient pour imposer des limitations de fond strictes à la validité des clauses de non-concurrence¹⁴¹. En effet, dans les arrêts de principe en matière de non-concurrence *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*¹⁴² et *Elsey c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*¹⁴³, la

¹⁴⁰ [2007] R.J.Q. 301 (C.A.), 2007 QCCA 284.

¹⁴¹ A. BUSWELL et A. PAUL-HUS, préc., note 4, p. 4 : « (...) avant l'adoption de l'article 2089 C.c.Q, les tribunaux avaient, de leur propre chef, reconnu que les engagements contractuels apportant des limites à la liberté individuelle du salarié suite à la fin d'emploi devaient être raisonnables afin de respecter les exigences de l'ordre public.»

¹⁴² Préc., note 30.

Cour suprême posa les fondements de son analyse sur cette notion. Elle indiqua clairement que l'ordre public commandait de concilier «les intérêts de l'employeur avec ceux d'un ex-employé relativement au besoin qu'éprouve celui-là de se protéger sur le plan commercial et celui-ci d'être mobile sur le marché du travail »¹⁴⁴ et de « décourager les restrictions à la liberté du commerce et de maintenir une concurrence exempte des entraves que constituent les clauses restrictives »¹⁴⁵. Ainsi, l'imposition des trois limitations de fond que sont la durée, le territoire et les activités reposait alors sur l'idée que l'ordre public¹⁴⁶ ne pouvait tolérer une restriction induite à la liberté de commerce et au droit au travail, dont la liberté d'emploi et le droit de gagner sa vie dans le domaine de son choix. Les clauses de non-concurrence pouvaient devenir contraire à l'ordre public si elles heurtaient ces valeurs fondamentales¹⁴⁷.

En 1994, les règles jurisprudentielles élaborées par les tribunaux en se basant sur la notion d'ordre public ont été codifiées dans un article qui ne fait aucune mention de ce principe; ainsi, « la notion d'ordre public a, dans une jurisprudence plus récente, en quelque sorte cédé le pas à celle de la protection des intérêts légitimes de l'employeur »¹⁴⁸. La Cour supérieure avait déjà statué de même dans l'affaire *2865-8169 Québec inc. c. 2757-5131 Québec inc.*¹⁴⁹ en indiquant que «la validité des clauses de non-concurrence dans le domaine employeur employé n'est plus limitée par la notion d'ordre public, mais seulement par leur caractère de raisonnable eu égard aux intérêts légitimes de l'employeur»¹⁵⁰. De plus, l'ordre public doit aussi être respecté à un autre niveau.

En effet, les clauses de non-concurrence ne doivent pas uniquement être limitées selon les critères de l'article 2089 C.c.Q. pour respecter les obligations d'ordre public comprises aux articles 9 C.c.Q.¹⁵¹ et 1373 C.c.Q.¹⁵²; elles doivent aussi respecter les limitations relatives aux droits

¹⁴³ Préc., note 47.

¹⁴⁴ *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*, préc., note 30, 163 et 164.

¹⁴⁵ *Elsey c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, préc., note 47, 923.

¹⁴⁶ *Godbout c. Longueuil (ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, 2570.

¹⁴⁷ N.-A. BÉLIVEAU et S. LEBEL, préc., note 99, p. 113, à la page 127 : «Les clauses de non-concurrence en matière d'emploi ne sont donc pas *a priori* contraires à l'ordre public, encore heurtent-elles les valeurs fondamentales que constituent les libertés de travailler et de gagner sa vie. De telles clauses seront cependant considérées comme étant contraires à l'ordre public si leur caractère raisonnable, compte tenu des intérêts légitimes de l'employeur ou du cocontractant, ne peut être démontré.»

¹⁴⁸ *Id.*, à la page 130.

¹⁴⁹ Préc., note 107.

¹⁵⁰ *2865-8169 Québec inc. c. 2757-5131 Québec inc.*, préc., note 107, p. 17. Voir aussi par exemple : *4388241 Canada inc. c. Forget*, préc., note 37, par. 107.

¹⁵¹ C.c.Q. art. 9 : « Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public.»

¹⁵² C.c.Q. art. 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. »

fondamentaux des personnes. « Les exemples les plus fréquents concernent les clauses de non-concurrence qui visent des professionnels, particulièrement les professionnels oeuvrant dans le domaine de la santé. »¹⁵³ En effet, le public en général bénéficie d'un droit de choisir le professionnel de son choix, droit qui est présent dans la plupart des codes de déontologie des ordres professionnels¹⁵⁴. Dans *Mirarchi*¹⁵⁵, la Cour d'appel devait répondre à la question de savoir si « une clause restrictive de commerce comportant l'obligation, par un professionnel de la santé, de ne pas traiter ou de cesser de traiter ses patients, [était] contraire à l'ordre public »¹⁵⁶. Le tribunal vint à la conclusion qu'il était contraire à l'ordre public d'empêcher un patient de choisir son médecin et que « la relation entre professionnels de la santé et patients est caractérisée par la confiance, la loyauté et le devoir de conseil, et ne saurait être réduite à une simple marchandisation »¹⁵⁷.

Depuis 2007, cette décision a été citée à quelques reprises dans des affaires ne portant malheureusement pas sur des contrats de travail¹⁵⁸, mais, selon les auteurs Saint-Pierre Plamondon et Grenier, elle serait parfaitement applicable dans ce cadre¹⁵⁹. Cela est sans compter la décision *Groupe Serge Landry audioprothésistes Enr. c. Laliberté*¹⁶⁰, souvent passée sous silence par la doctrine, qui appliquait déjà le principe de l'arrêt *Mirarchi* en 2004 dans le contexte d'un contrat de travail. Dans cette affaire, la Cour supérieure indiqua, lors de l'analyse de la balance des inconvénients dans cette demande d'injonction, que les patients d'une clinique d'audioprothésiste « [avaient] droit de faire appel aux professionnels de leur choix. Il s'agit d'une considération d'intérêt public susceptible de faire pencher la balance en faveur des défendeurs »¹⁶¹.

En conclusion, selon la jurisprudence et la doctrine citée dans cette section, il est à notre avis encore tout à fait légitime pour les tribunaux d'indiquer que, quant au fond, la clause de non-concurrence doit respecter l'ordre public. Par contre, ce n'est pas non plus une erreur de droit que de ne pas mentionner le respect de l'ordre public lors de l'étude de la validité du fond de la clause, puisque cette notion est maintenant généralement comprise dans l'étude de la nécessité et de la raisonnable de la clause pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur. Toutefois, cette notion devra être indépendamment étudiée lorsque le cas en l'espèce mettra en cause des sociétés de professionnels.

¹⁵³ M. GRENIER et M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 2, p. 8.

¹⁵⁴ P. IANNUZZI, préc., note 29, par. 54.

¹⁵⁵ *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 140.

¹⁵⁶ *Id.*, par. 23.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 50.

¹⁵⁸ Voir par exemple : *Théberge c. Lévesque*, J.E. 2005-1663 (C.S.) ; 2007 QCCA 898 ; *Riopel c. Talbot*, 2007 QCCS 4664 ; 2009 QCCA 2245 ; *Clinique médico-dentaire de la Gatineau inc. c. Boisvert*, 2010 QCCS 448.

¹⁵⁹ M. GRENIER et M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 2, p. 9.

¹⁶⁰ 2004 CanLII 11413 (QC C.S.).

¹⁶¹ *Id.*, par. 45.

1.1.2.2 L'article 2089 alinéa 2 C.c.Q.

L'article 2089 C.c.Q. indique, à son alinéa 2, que la clause de non-concurrence « 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 »¹⁶². Ces critères de fond sont interprétés de manière restrictive¹⁶³ et sont, dans les faits, une codification des principes jurisprudentiels élaborés par les tribunaux¹⁶⁴ depuis l'arrêt *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*¹⁶⁵ de la Cour suprême en 1971. En effet, tel que déjà mentionné en introduction, dans les commentaires du ministre concernant cet article, on peut lire qu'il « limite le principe de la liberté contractuelle [et] consacre une règle globalement élaborée par les tribunaux en matière de non-concurrence »¹⁶⁶.

Il faut par contre nuancer cette affirmation en mettant fin à une certaine confusion. En effet, avant la codification, les tribunaux n'examinaient pas toujours la validité de la clause de l'exacte même manière que celle prescrite à l'article 2089 C.c.Q. En effet, la Cour suprême indiquait dans l'arrêt *Cameron* que « les stipulations restrictives de la liberté de travail peuvent être déclarées nulles en raison de leur durée déraisonnable ou de leur portée territoriale déraisonnable, eu égard en chaque cas au domaine des affaires ou des activités visé par les stipulations restrictives »¹⁶⁷.

Cet arrêt fut donc parfois interprété par la jurisprudence pré-codification comme commandant une analyse de la raisonnable du double critère de la durée et du territoire¹⁶⁸ *en fonction* ou *en tenant compte* du domaine d'affaires de l'employeur¹⁶⁹. Ainsi, ce n'était pas la durée, le territoire et les activités qui devaient être raisonnables en fonction des intérêts légitimes de l'employeur, mais bien la durée et le territoire qui devaient être raisonnables en prenant en compte le type d'entreprise et les activités exercées. Un exemple de cette approche est l'affaire *La Coupe Montréal Ltd c.*

¹⁶² C.c.Q. art. 2089.

¹⁶³ D. ROUX, préc., note 9, p. 223.

¹⁶⁴ Y. CRACK et D. POTVIN, préc., note 10, p. 211, à la page 216.

¹⁶⁵ Préc., note 30.

¹⁶⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 31.

¹⁶⁷ *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*, préc., note 30, 162 et 163.

¹⁶⁸ P. IANNUZZI, préc., note 29, par. 69 : « La raisonnable des clauses de non-concurrence a traditionnellement été évaluée par les tribunaux selon le double critère de la portée territoriale et de la limitation dans le temps de la clause (...). Dans *Cameron*, la Cour suprême a établi le principe que la raisonnable de la clause de non-concurrence devait être déterminée eu égard à sa portée temporelle et territoriale et en tenant compte de la nature des activités de l'entreprise. »

¹⁶⁹ Paul-Arthur GENDREAU, *L'injonction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 114 : « Les tribunaux ont reconnu la validité de principe [des clauses de non-concurrence]. Toutefois, soucieux de protéger la liberté fondamentale de chacun d'exercer une activité professionnelle propre, ils ont exigé que la portée de ces clauses soit limitée dans le temps et dans l'espace et ne vise que la protection des intérêts légitimes de celui en faveur de qui elles ont été consenties. »

*Bolton*¹⁷⁰, un jugement rendu post-codification en 2001, où la Cour supérieure indiqua que « deux critères [sont] à considérer: territoire et durée, compte tenu des circonstances de l'activité propre »¹⁷¹. De plus, il faut souvent se méfier de la jurisprudence pré-codification, puisque le fardeau de preuve a été modifié par l'article 2089 et repose maintenant sur les épaules de l'employeur¹⁷².

Depuis l'introduction de l'article 2089 dans le C.c.Q., la démarche à suivre semblait plutôt claire. Pourtant, à la lecture préliminaire de la jurisprudence et de la doctrine, force nous est de constater que peu de cohérence existe concernant les critères de fond à démontrer et surtout la manière dont cette démonstration devra être faite. Cette confusion provient, à notre avis, de la multitude de concepts, de critères et de terminologies qui entrent en ligne de compte lors de l'analyse de la validité du fond d'une clause de non-concurrence : temps, durée, territoire, intérêt légitime de l'employeur, ordre public, raisonnable, nécessité, interprétation des contrats, règle régissant le contrat d'adhésion, droit du travail, liberté de concurrence, etc. La taille gargantuesque du corpus doctrinal et jurisprudentiel sur la question entraîne aussi la diffusion de la confusion. En effet, comment mettre de l'ordre dans tous ces critères et ces divergences d'opinions et, surtout appliquer un test unifié pour chaque cas alors que la validité de la clause est autant liée aux faits particuliers de chaque litige et que chaque juge ou auteur utilise sa propre terminologie?

Il semble donc exister en réalité plusieurs manières de lire et comprendre l'alinéa 2 de l'article 2089 C.c.Q. Du côté de la jurisprudence, les tribunaux se contentent souvent d'appliquer certains critères qui concernent tout particulièrement les faits en question. À titre d'exemple, une clause de non-concurrence singulièrement litigieuse sur la question du territoire verra ce critère analysé en long et en large, mais verra les autres critères tomber relativement dans l'oubli. Malheureusement, ce sont parfois les critères de l'intérêt légitime de l'employeur ou du droit au travail qui sont élagués de l'examen¹⁷³, cédant la place à une analyse individuelle de la raisonnable des critères de

¹⁷⁰ D.T.E. 2001T-665 (C.S.).

¹⁷¹ *Id.*, par. 15.

¹⁷² MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 31.

¹⁷³ Dans M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, aux pages 278 et 279, la juge déplorait cet état de fait en 2003 en indiquant que « de façon générale, la lecture des décisions postérieures à 1994 peut donner l'impression qu'à partir du moment où la clause de non-concurrence leur paraît raisonnable en termes de durée, de territoire et d'activités prohibées, les tribunaux ne s'attardent guère à la question des "intérêts légitimes" de l'employeur, qui sont en quelque sorte tenus pour avérés». Par contre, dans N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 18, l'auteure note que la «question des intérêts légitimes que doit résoudre l'employeur en vertu de l'article 2089 C.c.Q. a [...] fait l'objet de discussions plus élaborées, au cours des dernières années. Cette situation tranche quelque peu avec celle qui existait immédiatement après l'adoption de cette disposition, alors que la jurisprudence ne semblait pas aborder ce sujet avec autant d'intérêt». Voir aussi à ce sujet M. GRENIER et M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 2, p. 2.

temps, de durée ou de territoire. L'exact contraire est aussi possible, surtout dans une jurisprudence plus récente de la Cour supérieure¹⁷⁴, et les tribunaux n'étudieront alors que l'intérêt légitime de l'employeur.

Un autre problème peut aussi provenir d'une étude des critères pris séparément, alors que l'analyse de ceux-ci devrait être un « exercice global »¹⁷⁵, les différents critères de validité de fond étant de véritables « vases communicants »¹⁷⁶. Autre exemple, ce ne sont pas tous les tribunaux qui prendront en compte des critères externes à l'article 2089 C.c.Q. comme les règles du contrat d'adhésion ou celles découlant du droit commun des contrats, bien que celles-ci puissent le plus souvent s'appliquer dans le domaine des clauses de non-concurrence.

En résumé, nous n'avons pas trouvé deux décisions appliquant une grille d'analyse ne serait-ce que partiellement semblable pour évaluer des clauses qui sont pourtant souvent rédigées, surtout depuis quelques années, dans des styles juridiques ressemblants reprenant des formulations classiques. Par contre, cette absence d'étude uniforme de la clause ne vient pas toujours remettre en question les droits des parties, les conclusions des tribunaux étant souvent justes malgré l'omission d'étudier tel ou tel critère, mais là où la confusion existe, les erreurs peuvent aussi surgir. De plus, les décisions qui ne prennent aucunement en considération des critères comme l'intérêt légitime de l'employeur ou le droit au travail existent, surtout en contexte d'injonction, comme nous le verrons dans la deuxième partie de ce mémoire, et risquent de mettre en danger les droits des salariés.

Du côté de la doctrine, nous sommes d'avis que les auteurs partagent tous, de près ou de loin, la même vision des différents critères qui devraient guider les tribunaux lors de la recherche de la validité au fond d'une clause de non-concurrence. Toutefois, l'agencement des critères, dans le cadre d'une analyse qui emprunte à plusieurs parties du C.c.Q., ne semble pas faire l'unanimité. N'y a-t-il qu'un seul critère de fond, celui de la nécessité de la clause de non-concurrence pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur, où y en a-t-il plutôt quatre, cette nécessité n'étant alors qu'un autre critère de fond à analyser en plus de la raisonnable individuelle de chacun des trois critères traditionnels de durée, de territoire et d'activité¹⁷⁷? Le temps, la durée et le territoire sont-ils des

¹⁷⁴ Voir par exemple : *A. Roberge inc. c. Cormier*, préc., note 16, où le juge analyse la validité de la clause uniquement en recherchant si celle-ci est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur et si elle ne brime pas la liberté de travail, mais n'analyse pas individuellement la raisonnable des trois critères de durée, de territoire et d'activités.

¹⁷⁵ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 285 ; Hélène OUMET, *Travail Plus : Le travail et vos droits*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 201, p. 74.

¹⁷⁶ M. GRENIER et M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 2, p. 3.

¹⁷⁷ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.1, note 28b : « Certains auteurs estiment que le critère des "intérêts légitimes" s'est en quelque sorte ajouté aux trois limitations essentielles à

critères de forme et l'intérêt légitime un critère de fond ou n'est-ce qu'une manière de dire que les trois premiers doivent être présents à l'écrit pour que la clause soit complète¹⁷⁸?

Pour tenter de résumer, deux grands types d'analyses semblent être effectuées par les tribunaux et sont reprises par la doctrine. Selon un premier type d'étude, il n'existe qu'un seul critère de fond global intégrant tous les autres, celui de la nécessité de la clause pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur sans brimer indûment le droit au travail. Cette analyse centre beaucoup plus le débat sur le droit au travail et la balance entre les intérêts (les droits) des parties, quitte à oublier la raisonnabilité intrinsèque de chacun des trois critères de fond. Un second type d'étude considère que cette nécessité pour protéger les intérêts légitimes n'est qu'un critère à ajouter à l'étude de la raisonnabilité de chaque critère de durée, de territoire et d'activités. Suivant cette approche, une analyse plus complète de chaque composante de la clause est faite, mais le critère de l'intérêt légitime est considéré comme un critère parmi d'autres et non le centre de l'analyse.

La Cour supérieure utilise le premier type d'analyse dans l'affaire *A. Roberge inc. c. Cormier*¹⁷⁹, où il étudie la présence de la durée, du territoire et des activités dans la clause comme condition de forme¹⁸⁰, pour ensuite indiquer que l'étude de la condition de fond commande de se demander si la clause dans sa globalité est «raisonnable pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur sans porter indûment atteinte à la liberté de travail»¹⁸¹. Le deuxième type d'analyse est illustré dans le jugement *9009-6256 Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*¹⁸², où la Cour supérieure indique plutôt que la validité de la clause est conditionnelle à «certaines conditions limitatives de

la validité de la clause restrictive.» Notez bien que nous ne partageons pas l'opinion émise dans ce texte au sujet de la liste des auteurs analysant ainsi les critères de validité de la clause de non-concurrence.

¹⁷⁸ L'auteur de ces lignes dut un jour, dans le cadre d'une conférence, argumenter longuement avec des étudiants en droit absolument convaincus que la doctrine et la jurisprudence indiquaient que les trois critères de l'article 2089 C.c.Q. étaient des critères de forme, et non de fond. Cette assumption leur venait des propos tenus dans *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, aux paragraphes 31 et 32 et repris dans M. GRENIER et M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 2, p. 2. Ce dernier article indique que la clause de non-concurrence doit être limitée quant au territoire, à sa durée et au genre de travail couvert avant de conclure que ces trois conditions de *forme* s'ajoutent à la condition de *fond* qui serait la nécessité de la clause pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur. À notre avis, les auteurs, ainsi que le juge Dalphond dans *Beau-T Stop*, voulaient plutôt indiquer que les trois limitations devaient être présentes à l'écrit dans la clause de non-concurrence, ceci constituant bel et bien une obligation de *forme*, mais que la clause, au fond, devait être strictement nécessaire à ce qui est légitime pour protéger les intérêts de l'employeur. Ces auteurs ainsi que le courant de jurisprudence se basant sur *Beau-T Stop*, semblent être de l'école qui considère qu'il n'existe en réalité qu'un seul critère de fond, celui de l'intérêt légitime de l'employeur, qui aurait remplacé l'étude individuelle de la raisonnabilité de chacun des trois critères de durée, de territoire et d'activité.

¹⁷⁹ Préc., note 16.

¹⁸⁰ *Id.*, par. 40.

¹⁸¹ *Id.*, par. 41.

¹⁸² 2005 CanLII 6432 (QC C.S.).

temps, de lieu et de genre de travail»¹⁸³ avant d'analyser la raisonnable de chacun de ces trois critères individuellement. Dans la jurisprudence plus récente, le premier type d'analyse semble prédominer. Évidemment, il existe, entre ces deux cas, une multitude de jugements comportant des cadres d'analyse particularisés : certains étudient plus en profondeur la clause de non-concurrence (par exemple, en intégrant dans leur analyse le droit général des contrats) et d'autres beaucoup moins (par exemple, en n'analysant pas l'intérêt légitime de l'employeur).

Dans cette section du mémoire concernant les critères de fond de la clause de non-concurrence, nous tenterons de proposer une méthode unifiée d'évaluation de la clause se basant strictement sur le libellé de l'article 2089 C.c.Q. ainsi que sur l'intention du législateur lors de la rédaction de cet article. Nous proposons une analyse qui permet le plus possible de prendre en considération toutes les facettes de la problématique de manière structurée et qui rassemble les deux types d'analyses mentionnées au paragraphe précédent et jusqu'à présent utilisées par la jurisprudence et la doctrine : l'analyse plus globale de la clause dans l'optique de la liberté de travail ainsi qu'une analyse individuelle de la raisonnable de chaque critère de fond. Notre but n'est pas de reprendre tous les critères utilisés par les tribunaux pour étudier telle ou telle situation de faits très particuliers. Nous cherchons plutôt à faire un portrait global des différents critères généraux les plus souvent soulevés par la jurisprudence pour rechercher la validité de la clause, ainsi que certains qui mériteraient, à notre avis, d'être plus souvent relevés par les plaideurs et pris en compte par les tribunaux.

De plus, nous tenons à rappeler que l'étude des clauses de non-concurrence n'étant pas une affaire rigide, le cadre d'analyse proposé ne doit pas être vu comme une grille contraignante faite de cloisons étanches, mais bien comme un guide souple ayant pour but de s'adapter aux diverses situations, tout en prenant en compte le plus grand nombre possible de critères évalués par la jurisprudence. Afin de rendre claire et concise notre analyse, nous avons dû créer une certaine structure, mais nous sommes consciente qu'il serait mal avisé de demander aux tribunaux de s'astreindre à une étude normalisée de la clause de non-concurrence, chaque clause étant différente, chaque cas étant un cas d'espèce.

Ainsi, dans le cadre de notre étude, nous proposons donc la grille d'analyse suivante pour l'étude de l'article 2089 C.c.Q., une fois la question du respect des obligations de forme de la clause de non-concurrence réglée. La première étape de notre raisonnement est de nature qualitative et cherche à déterminer si l'employeur possède dans les faits des intérêts légitimes à protéger par une clause de non-concurrence (section 1.1.2.2.1). En effet, l'article 2089 alinéa 2 C.c.Q. est clair : seuls

¹⁸³ *Id.*, par. 28.

ces intérêts peuvent bénéficier de la protection accrue d'une clause de non-concurrence brimant le droit au travail d'un individu et entravant le principe de la liberté de commerce et de concurrence. Ainsi, il sera inutile d'évaluer la raisonnable de la clause si celle-ci, *prima facie*, ne sert pas à protéger un quelconque intérêt légitime spécifique et important, à savoir un intérêt qui apporte à l'employeur un véritable avantage concurrentiel, mais qu'elle vise uniquement à empêcher la concurrence¹⁸⁴. Cette étape nous permettra donc, dans un premier temps, de qualifier la nature des intérêts légitimes à protéger (clientèle, secrets de commerce, stratégies commerciales, etc.) et, dans un deuxième temps, de vérifier si ces intérêts sont *dans les faits* légitimes, à savoir s'ils apportent à l'employeur un véritable avantage concurrentiel nécessitant la protection d'une clause de non-concurrence.

Deuxièmement, une fois ces intérêts légitimes qualifiés, il faudra déterminer, en suivant strictement le libellé de l'article 2089 alinéa 2 C.c.Q., si les trois limitations de temps, de territoire et de genre de travail, présentes dans la clause, sont *nécessaires* pour protéger les intérêts légitimes précédemment identifiés (section 1.1.2.2.2.). Avant de préciser notre propos, clarifions le terme «nécessaire». À notre avis, ce terme employé à l'article 2089 alinéa 2 C.c.Q. est synonyme de «raisonnable» en ce qui a trait aux trois limitations de fond¹⁸⁵. Ainsi, pour que les trois critères de fond soient considérés comme raisonnables, et donc pour que la clause en entier soit raisonnable, ils devront obligatoirement être «nécessaires pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur». L'absence de nécessité de l'une des trois limites pour protéger les intérêts légitimes qualifiés à la première étape rendra donc la limitation déraisonnable. Ceci ne pourra que rendre la clause de non-concurrence dans son entièreté déraisonnable et entraîner sa nullité, le non-respect d'une condition de fond devant être automatiquement synonyme d'invalidité.

La question se pose donc de savoir comment déterminer si les limitations sont nécessaires à la protection des intérêts légitimes déjà mis en lumière à l'étape précédente. Une multitude de facteurs spécifiquement reliés à chaque limitation ont été soulevés par la jurisprudence et pourront être pris en compte pour déterminer ce caractère nécessaire. Il est important de noter que dans cette section,

¹⁸⁴ Voir par exemple : *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*, préc., note 97, par. 71-73. Le tribunal critique dans ce jugement une clause de non-concurrence semblant chercher uniquement à empêcher les ex-employés de travailler avant d'indiquer que «Ikon ne peut pas les empêcher de travailler où ils veulent, sans un motif nécessaire et légitime. Elle ne peut pas non plus faire signer une clause de non-concurrence dans le seul but d'embêter ses concurrents».

¹⁸⁵ À titre d'exemple, dans l'affaire *2865-8169 Québec inc. c. 2757-5131 Québec inc.*, préc., note 107, p. 17, le tribunal substitue le terme «nécessaire» de l'alinéa 2 de l'article 2089 C.c.Q. par le terme «raisonnable» : «[L]es deux derniers alinéas de l'article 2089 C.c.Q. indiquent que la validité des clauses de non-concurrence dans le domaine employeur employé n'est plus limitée par la notion d'ordre public, mais seulement par leur caractère de raisonnable eu égard aux intérêts légitimes de l'employeur.»

nous ne traiterons que des facteurs les plus souvent pris en compte par les tribunaux pour déterminer *individuellement* la nécessité de chacune des trois limitations afin de protéger les intérêts légitimes de l'employeur.

Par contre, il ne faudra pas perdre de vue que les trois limitations de fond doivent être analysées les unes par rapport aux autres¹⁸⁶. En effet, même si une clause de non-concurrence contient des limitations très restreintes qui, individuellement, pourraient sembler raisonnables, celles-ci, dans leur ensemble, peuvent ne pas être nécessaires pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur¹⁸⁷. Lors de cette troisième étape, nous proposerons une analyse globale de la clause qui devra se faire sous l'angle du droit au travail (section 1.1.2.2.3.). En effet, selon la jurisprudence et la doctrine, lors de l'étude de la clause de non-concurrence dans sa globalité, et donc dans l'interaction et l'accumulation de ses trois limitations, le tribunal doit prendre en compte un certain critère de proportionnalité entre l'atteinte à la capacité de gain de l'employé et les intérêts légitimes que l'employeur cherche à protéger. La clause de non-concurrence, dans son ensemble, ne devra pas porter indûment atteinte au droit au travail.

Dans l'affaire *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*¹⁸⁸, le juge Dalphond de la Cour supérieure exprime ainsi de manière limpide les différents critères de fond de la clause de non-concurrence :

«[L]a stipulation de non-concurrence qui satisfait aux conditions de forme énoncées au paragraphe précédent, ne sera valide qu'en autant qu'elle est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur et ne porte pas atteinte indûment à la capacité de gain de l'employé. Il s'agit d'un test objectif en vertu duquel l'atteinte à la liberté d'emploi du salarié ne peut être légale qu'en autant qu'elle est raisonnable et justifiée eu égard aux circonstances.»¹⁸⁹ (nos soulignés)

Donc, cette dernière étape de notre raisonnement permettra de prendre en compte le principe très important de la liberté de travail tout en analysant la clause dans sa globalité.

En résumé, l'analyse à effectuer se déploiera en trois temps : 1) qualification des intérêts légitimes de l'employeur à protéger, 2) évaluation des limitations de temps, de territoire et d'activité en recherchant ce qui est nécessaire/raisonnable pour protéger les intérêts légitimes qualifiés et 3)

¹⁸⁶ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 21.

¹⁸⁷ L'affaire *9024-1027 Québec inc. c. Drainville*, 2008 QCCS 2984, par. 52, illustre bien ce point. Dans cette décision, le juge indiqua clairement que, bien qu'en l'espèce les limitations de temps, de durée et de territoire semblaient bien circonscrites et raisonnables, l'employeur n'avait «pas satisfait à son fardeau de prouver que cette stipulation était nécessaire pour protéger ses intérêts légitimes».

¹⁸⁸ Préc., note 13.

¹⁸⁹ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 32.

évaluation globale de la nécessité/raisonnabilité de la clause de non-concurrence dans l'optique du droit au travail. Cette analyse en trois étapes permettra de déterminer si la clause de non-concurrence est valide au sens des critères de l'article 2089 C.c.Q. et constitue donc une restriction légale au droit au travail.

1.1.2.2.1 Les intérêts légitimes de l'employeur

La première question à se poser lors de la détermination de la validité d'une clause de non-concurrence au fond découle directement de l'article 2089 alinéa 2 C.c.Q. En effet, comme cet article nous indique que la clause de non-concurrence doit être strictement «limitée, quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur»¹⁹⁰, il faut donc qualifier en tout premier lieu ce que constituent les «intérêts légitimes». Lorsqu'aucun intérêt légitime de l'employeur ne sera mis en jeu, il faudra conclure que la clause de non-concurrence n'est pas utile et qu'elle entrave indument la liberté de travail et la libre concurrence. Les tribunaux ne se gênent d'ailleurs pas pour critiquer ce genre de clauses¹⁹¹. Cette étude doit être effectuée dès le début, car elle nous permettra de qualifier les intérêts en cause, et, ainsi, guider tout le reste de l'analyse de la validité de la clause de non-concurrence par les tribunaux.

Avant de commencer l'étude de ce critère, il est par contre important de mentionner que cette étape pourra parfois être superflue : ce sera le cas, en effet, quand il sera admis par les parties que l'employeur détient des intérêts légitimes à protéger. De plus, ces intérêts seront parfois faciles à déceler et c'est pourquoi la jurisprudence s'arrêtera peu à les qualifier de manière précise. Nous avons d'ailleurs remarqué que cette question n'est généralement soulevée que dans les cas où l'employeur n'a pas véritablement d'intérêts légitimes à protéger. Quand ces intérêts sont au contraire évidents, par exemple quand la clientèle de l'employeur est directement mise en danger, les tribunaux ne se pencheront pas sur la question spécifiquement.

Deux étapes seront donc à faire : une première viendra qualifier *prima facie* quels sont les intérêts légitimes que l'employeur souhaite protéger (quels renseignements confidentiels? quelle clientèle?) et une deuxième étape consistera pour le tribunal à s'assurer que, *dans les faits*, ces intérêts apportent un véritable avantage concurrentiel à l'employeur, seuls intérêts à pouvoir être protégés par une clause de non-concurrence.

¹⁹⁰ C.c.Q. art. 2089.

¹⁹¹ *Supra*, note 182.

Quels sont donc les intérêts légitimes qu'un employeur peut chercher à protéger par le biais d'une clause de non-concurrence? Selon la juge Bich, une réponse peut être trouvée du côté de la jurisprudence canadienne : «En common law, on considère qu'il y a en général un tel intérêt lorsque l'employeur cherche à protéger un secret de commerce, un renseignement confidentiel qui lui procure un réel avantage concurrentiel ou une clientèle. Il nous semble que telle devrait aussi être la règle en droit québécois.»¹⁹² Cette idée canadienne a été reprise par la doctrine récente¹⁹³ et une jurisprudence nettement majoritaire. Ainsi, elle considère que les intérêts que l'employeur pourra légitimement chercher à protéger par une clause restrictive seront ceux lui procurant un avantage concurrentiel réel et direct sur le marché, soit l'achalandage ou la clientèle de son entreprise ainsi que tout type de renseignements confidentiels (secrets de commerce, de fabrication, stratégies marketing, etc.). Seront aussi considérés comme des intérêts légitimes à protéger l'ensemble des avantages concurrentiels plus «intangibles» de l'entreprise, par exemple son numéro de téléphone, ses bureaux, l'adresse de son siège social, son adresse électronique et, surtout, sa liste confidentielle de clients¹⁹⁴. Aussi, bien que cela soit une évidence, la protection d'une activité illégale en soi ne saurait constituer un intérêt légitime¹⁹⁵.

Les intérêts légitimes qu'un employeur peut chercher à protéger par une clause de non-concurrence doivent donc lui procurer *dans les faits* un véritable avantage concurrentiel objectif. Par exemple, dans l'affaire *A. Roberge inc. c. Cormier*¹⁹⁶, l'employeur argumentait que son ancien employé détenait des informations confidentielles sur les prix des portes et fenêtres vendues par son entreprise¹⁹⁷. Selon l'employeur, cela constituait un avantage concurrentiel et un intérêt légitime dignes d'être protégés par la clause de non-concurrence. La Cour supérieure, en évaluant la preuve, indiqua qu'il n'y avait en réalité aucune information confidentielle à protéger, puisque les prix étaient déterminés par un logiciel et que l'employé ne pouvait les établir par lui-même. Dans les faits, l'employé n'avait donc la connaissance d'aucun des prix «confidentiels» de l'employeur¹⁹⁸ et la clause de non-concurrence ne servait donc pas à protéger un intérêt légitime.

¹⁹² M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, aux pages 283 et 284.

¹⁹³ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.10 ; N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 16.

¹⁹⁴ P. IANNUZZI, préc., note 29, par. 79 et 80.

¹⁹⁵ *Positron Public Safety Systems inc. c. Cardoso*, 2005 CanLII 28827 (QC C.S.) (requête pour autorisation d'appeler rejetée, 2005 QCCA 962), par. 56.

¹⁹⁶ Préc., note 16.

¹⁹⁷ *Id.*, par. 49.

¹⁹⁸ *Id.*, par. 51.

À l'inverse, dans le jugement *A. Roberge inc. c. Lacroix*¹⁹⁹ impliquant le même employeur et toujours rendu par la Cour supérieure, «concern[ant] l'intérêt légitime que doit avoir l'employeur, à première vue, le Tribunal a de la difficulté à ne pas reconnaître la légitimité d'une clause qui vise à éviter qu'un employé ne quitte avec les prix de gros des produits, une connaissance des anciens et des nouveaux clients de l'entreprise, ainsi qu'un numéro de téléphone que les clients associent à Roberge, pour aller travailler chez un concurrent direct»²⁰⁰. Ainsi, si l'employé détient de véritables secrets de commerce ou renseignements confidentiels desquels l'employeur tire un avantage concurrentiel, l'employeur aura des intérêts plus que légitimes à protéger.

Il en est de même concernant la clientèle. Un employeur a un intérêt tout à fait légitime à protéger son achalandage et sa clientèle, actif primordial de son entreprise, surtout en situation d'instabilité économique. Encore faut-il que l'ex-employé soit en mesure de s'approprier cette clientèle chez son nouvel employeur. Pour ce faire, il doit détenir certains renseignements sur cette clientèle ou tout du moins avoir déjà travaillé avec elle et avoir tissé des liens de confiance. Ainsi, dans *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*²⁰¹, la Cour supérieure cita l'affaire *Aliments Humpty Dumpty c. Gagnon*²⁰², pour rappeler que « [...] les tribunaux reconnaissent la validité de ces clauses principalement dans les cas où l'employé a une "connaissance spéciale et intime de la clientèle de son employeur éventuel et les moyens de l'influencer"[...]. Le critère retenu est donc l'influence d'un employé sur les clients de son employeur »²⁰³. Il est logique de dire que l'employeur n'aura pas besoin d'une clause de non-concurrence pour protéger une clientèle que l'employé n'est pas en mesure de s'approprier, par exemple car il desservait uniquement les clients d'un autre territoire que celui lui étant attribué chez son nouvel employeur. Dans ces cas, la clause de servira pas à protéger un intérêt légitime constituant un véritable avantage concurrentiel.

De plus, même si l'employeur en tire un avantage concurrentiel pendant que le salarié est à son emploi, il ne pourra considérer comme faisant partie de ses intérêts légitimes à protéger l'expérience, les connaissances et les aptitudes personnelles de l'employé. En effet, ces aptitudes appartiennent en propre au salarié. Ses connaissances ne constituent pas des informations

¹⁹⁹ Préc., note 90.

²⁰⁰ *Id.*, par. 41.

²⁰¹ Préc., note 97.

²⁰² [1988] R.J.Q. 1840 (C.S.).

²⁰³ *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*, préc., note 97, par. 75.

confidentielles²⁰⁴ et l'employeur ne peut se les arroger, l'employé n'étant pas son actif ou sa chose²⁰⁵. La jurisprudence a toujours été très claire concernant le fait que l'employeur :

«ne peut empêcher l'intimé [(l'employé)] d'utiliser, même au profit [d'un concurrent], ses aptitudes subjectives, c'est-à-dire son adresse, sa compétence et sa capacité intellectuelle. Elle ne peut pas non plus interdire à l'intimé [(l'employé)] d'utiliser la formation, l'entraînement et les connaissances qu'il a pu acquérir aux services de la requérante [l'employeur]. Ces acquis font maintenant partie de son être intellectuel et on ne peut pas l'empêcher de les mettre à profit.»²⁰⁶

Ainsi, puisque ces connaissances, aptitudes et expériences appartiennent à l'employé en propre, l'employeur ne pourra s'en prévaloir pour réclamer la protection d'un quelconque intérêt légitime. Pour résumer ce principe, l'auteur Jean H. Gagnon indique que «les seuls renseignements pouvant constituer un intérêt légitime à protéger par le biais d'une clause de non-concurrence sont des renseignements dits objectifs et particuliers et non [des] connaissances générales, l'expérience et/ou les habiletés qu'a pu acquérir la personne liée à l'engagement par suite de ses relations avec l'entreprise»²⁰⁷. En aucun cas la clause de non-concurrence ne pourra «avoir pour effet d'empêcher [le travailleur] d'exercer sa profession à la lumière de l'expérience acquise au fil des années»²⁰⁸.

Par exemple, dans l'affaire récente *4388241 Canada inc. c. Forget*²⁰⁹, la Cour supérieure rappela que les compétences et l'expérience de vendeur du salarié avaient été acquises entièrement avant de travailler chez l'ex-employeur, et que la clause de non-concurrence brimait ces droits puisqu'elle visait à le priver de son expérience²¹⁰. Aussi, dans l'affaire *Laboratoire Constant inc. c. Beauchamp*²¹¹, la Cour supérieure garda à l'esprit lors de son jugement que l'employé avait déjà des contacts avec l'un des clients de l'employeur avant de travailler pour lui et que, après, il avait continué à ses frais et sur son propre temps à créer des relations privilégiées avec ce client²¹². Ainsi, sa connaissance du client n'était pas un intérêt légitime que l'employeur pouvait chercher à protéger, puisque cette connaissance était entièrement le fait de l'employé hors du contexte de l'emploi.

²⁰⁴ Alexandra STEELE, «Les dessous des informations confidentielles et des secrets de commerce», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 95, à la page 132.

²⁰⁵ *GS/C Communication inc. c. Maurice*, 2007 QCCS 4646, par. 31.

²⁰⁶ *Honco inc. c. Damphousse*, REJB 1997-03244 (C.S.), p. 21.

²⁰⁷ Jean H. GAGNON, «La portée territoriale des engagements de non-concurrence», dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 86.

²⁰⁸ D. ROUX, préc., note 9, p. 225.

²⁰⁹ Préc., note 37.

²¹⁰ *Id.*, par. 122.

²¹¹ J.E. 97-987 (C.S.), conf. par J.E. 97-2170 (C.A.).

²¹² *Id.*

De plus, l'employeur doit chercher à protéger des intérêts légitimes, à savoir une clientèle, des renseignements ou un secteur concurrentiel, qui existaient *au moment* de la signature de la clause de non-concurrence. En effet, l'employeur ne saurait avoir d'intérêts, par exemple, à protéger une clientèle non desservie ou un secteur d'activité non existant lors de la signature de la clause de non-concurrence. Ce principe découle du fait que «la jurisprudence a, de longue date, établi que la validité d'une telle clause doit se faire en regard du contexte qui prévalait à la date à laquelle l'engagement a été souscrit»²¹³.

Ainsi, une clause cherchant à protéger une clientèle possible de l'entreprise, mais non encore desservie, ou un territoire où une expansion est possible dans un futur plus ou moins éloigné lors de la signature de la clause, ne s'acquittera pas de l'obligation de protéger des intérêts légitimes existants²¹⁴. Ce fut le cas dans *Ikon*²¹⁵, où la Cour supérieure critiqua vivement la clause de non-concurrence puisqu'elle «vis[ait] même des services non encore offerts par Ikon (!) chez des clients non encore recrutés (!)»²¹⁶. L'auteure Nathalie-Anne Béliveau soulève par contre une réserve dans le cas où une promotion ou une augmentation des tâches de l'employé pouvant l'amener à desservir une plus grande clientèle ou avoir accès à des renseignements confidentiels plus importants est déterminée au moment de la signature du contrat d'emploi²¹⁷.

Concernant le principe jurisprudentiel ci-haut mentionné, la décision *Micro Distribution BLS inc. c. Hainault*²¹⁸, se référant à l'arrêt *Lebeuf c. S.N.C.-Lavalin inc.*²¹⁹ de la Cour d'appel, indique très clairement que «[l]e caractère raisonnable d'une clause de cette nature doit être examiné par rapport à l'époque où elle est consentie»²²⁰. L'arrêt *Lebeuf*, démontre bien la problématique en question : dans cette affaire, une clause de non-concurrence avait été consentie avant une fusion d'importance ayant pour effet d'élargir la portée de la clause. Le tribunal indiqua que la portée de la clause devait être évaluée au moment de sa signature, soit avant la fusion. Même si cette décision

²¹³ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 23. Voir aussi par exemple : *2865-8169 Québec inc. c. 2757-5131 Québec inc.*, préc., note 107 ; *Accessoires d'incendies Sécurex 2000 inc. c. Dallaire*, 2002 CanLII 442 (QC C.S.) ; *Lebeuf c. S.N.C.-Lavalin inc.*, [1995] R.J.Q. 170 (C.S.); [1999] R.J.Q. 385 (C.A.).

²¹⁴ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 24 : «La diversification ou l'expansion projetées mais incertaines ou hypothétiques de ces activités au moment de la signature de la clause de non-concurrence par l'employé ne pourront justifier les modalités plus onéreuses qui y auront été consignées.»

²¹⁵ *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*, préc., note 97.

²¹⁶ *Id.*, par. 71.

²¹⁷ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 24.

²¹⁸ [2004] R.J.D.T. 479 (C.S.), 2004 CanLII 20668 (QC C.S.).

²¹⁹ Préc., note 213.

²²⁰ *Micro Distribution BLS Inc. c. Hainault*, préc., note 218, par. 41. Notez bien qu'on retrouve exactement la même citation, à un mot près, dans l'affaire *2865-8169 Québec inc. c. 2757-5131 Québec inc.*, préc., note 107.

fut rendue dans le contexte d'une vente d'actions, son principe directeur a été repris dans le cadre de contrats de travail²²¹.

Pour conclure sur ce sujet, il est évident que l'employeur n'aura d'intérêts légitimes à protéger que dans les cas où l'employé violera la clause de non-concurrence, dans les cas où il y aura véritablement concurrence. Ce ne sera pas le cas quand l'employé se mettra au service d'un employeur hors du territoire couvert par la clause ou encore quand il occupera des fonctions différentes dans un secteur différent²²². De plus, il est logique d'invoquer que l'achalandage ou les renseignements confidentiels qui constituent des intérêts légitimes de l'employeur ne seront pas mis en danger par un employé qui ira travailler dans le même domaine, mais pour une entreprise non concurrente. L'absence de concurrence véritable sera souvent fatale à l'employeur, comme dans *Exfo inc. c. Réseaux Accedian inc.*²²³, où la Cour supérieure essaya en vain de trouver une situation de concurrence²²⁴. Dans ces cas, le tribunal n'aura pas à déterminer la raisonnableté de la clause de non-concurrence, puisque celle-ci ne s'appliquera tout simplement pas au salarié.

Résumons la première étape de notre raisonnement : le tribunal devra déterminer, pour analyser la validité au fond de la clause de non-concurrence, si l'employeur a véritablement des intérêts légitimes à protéger. Ces intérêts légitimes devront être un avantage concurrentiel réel et objectif, tel l'achalandage ou encore des renseignements confidentiels pertinents. En l'absence de tels intérêts à faire valoir, nul besoin d'analyser la raisonnableté de la clause : celle-ci sera inapplicable²²⁵. En effet, l'employeur ne doit pas uniquement «chercher à empêcher l'activité postcontractuelle d'un ancien salarié [et] doit avoir, au-delà de sa crainte d'affronter la concurrence, une raison ou un intérêt spécifique, important et sérieux, à faire valoir au soutien de la restriction dont il réclame la mise en œuvre»²²⁶. Chercher à simplement réduire ou empêcher toute concurrence n'est pas un intérêt suffisant²²⁷, puisque la libre concurrence est un principe fondamental de notre société moderne. En résumé, l'employeur ne doit pas simplement chercher à empêcher son ex-employé de gagner sa vie par une «laisse juridique» prenant la forme d'une clause de non-concurrence. Par contre, si l'employeur réussit à prouver qu'il a de tels intérêts à faire valoir, ce qui

²²¹ Voir par exemple : *2865-8169 Québec inc. c. 2757-5131 Québec inc.*, préc., note 107 ; *Automatisation JRT inc. c. Roy*, préc., note 64.

²²² *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 37.

²²³ 2011 QCCS 3767.

²²⁴ *Id.*, par. 11, 12 et 15.

²²⁵ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 16 : «En l'absence de tels intérêts légitimes, la clause de non-concurrence sera jugée invalide, cet élément constituant une condition de fond.»

²²⁶ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 284.

²²⁷ *Chaumière Baie-St-Paul inc. c. Giguère*, 2010 QCCS 3229, par. 40.

sera le cas dans la plupart des situations factuelles, il faudra passer à la prochaine étape du raisonnement.

1.1.2.2.2 Les limitations de durée, de territoire et d'activités

Une fois les intérêts légitimes de l'employeur dûment qualifiés, il est impératif de vérifier avec attention si chacune des trois limitations de durée (section 1.2.2.2.1.), de territoire (section 1.2.2.2.2.) et d'activités (section 1.2.2.2.3.) présentes dans la clause de non-concurrence est strictement nécessaire en elle-même pour protéger ces intérêts légitimes. Dans cette section, comme il a été mentionné précédemment, nous tenterons de cerner les principaux éléments d'analyse retenus par les tribunaux pour déterminer la nécessité, et donc la raisonnable, de chaque limite prise individuellement, avant d'analyser la clause dans son ensemble à l'étape suivante.

Il est à notre avis important de procéder à cette étape séparément de l'analyse globale de la clause; en effet, puisque l'article 2089 alinéa 2 C.c.Q. est clair concernant le fait que chacune des limitations doit, en elle-même, être nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'employeur, si une seule de ses limites est déraisonnable, la recherche de la validité de la clause s'arrêtera là. La déraisonnabilité d'un seul critère devrait entraîner l'invalidité de la clause tout entière. De plus, plusieurs jugements étudient séparément les critères de validité de la clause de non-concurrence et il est donc important de faire ressortir les différents faits scrutés par les tribunaux à cet égard. Il ne faut évidemment pas, par contre, oublier qu'une étude globale de la clause sera ensuite obligatoire.

1.2.2.2.1 La durée

Lors de l'analyse de la validité d'une clause de non-concurrence, l'un des critères à évaluer sera la durée de l'obligation. Celle-ci devra être strictement nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur, qualifiés à l'étape précédente. Ainsi, la durée ne pourra excéder le temps requis pour que l'employeur cesse de ressentir une situation de concurrence, à savoir le temps où ses intérêts légitimes soient mis en danger par une telle concurrence. La clause sera inutile après un nombre «x» de mois ou d'années si la situation de concurrence n'existe plus, soit parce que l'employé a été efficacement remplacé, parce que les informations confidentielles connues par l'employé sont périmées, parce que la période de fidélisation de la clientèle est écoulée, etc.

Au sein de la doctrine, ce sont les propos de la juge Bich qui résument le mieux encore aujourd'hui les décisions des tribunaux concernant la raisonnable de la durée d'une clause de non-concurrence :

«Sur la question de la durée, la lecture de la jurisprudence montre qu'habituellement, les clauses d'une durée de 12 mois sont jugées acceptables (si les activités prohibées et

la portée territoriale sont raisonnables); il n'est pas rare non plus que les clauses de 12 à 24 mois soient jugées valides, mais elles sont néanmoins plus suspectes que celles de 12 mois et moins et exigent par conséquent un examen plus poussé. Au-delà de 24 mois, la tendance se renverse quoique l'on trouve dans la jurisprudence des exemples de clauses jugées valides en dépit d'un très long terme (cinq ans par exemple).»²²⁸

La raisonnable de la durée d'une clause de non-concurrence ne saurait évidemment être décidée uniquement en fonction du nombre de mois couverts par celle-ci, bien qu'une clause de non-concurrence de plus de 2 ans devrait, à notre avis, être le plus souvent déclarée déraisonnable, sauf circonstances exceptionnelles, à cause de ses effets dévastateurs sur le droit au travail.

En effet, empêcher un travailleur de gagner sa vie dans son domaine de compétence pour plus de deux ans a des conséquences néfastes à long terme pour lui, surtout dans les domaines de hautes technologies. Toujours selon la juge Bich, une période d'un an, comme déjà vue dans la décision *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*²²⁹ de la Cour d'appel, serait déjà désastreuse étant donné l'avancement rapide des connaissances dans ce domaine²³⁰. Selon F. Charrette, «certains auteurs se sont élevés contre les dangers de l'extension des pratiques restrictives qui, freinant la circulation des informations, scléroserait l'économie nationale. Les compétences de pointe des plus brillants travailleurs pourraient très rapidement devenir périmées, disent-ils, s'ils ne peuvent entretenir leurs habiletés de façon continue.»²³¹ Les faits et éléments suivants pourront être pris en compte lors de la détermination de la raisonnable de la durée de la clause.

Premièrement, le temps requis pour remplacer de manière efficace et complète l'ex-employé est l'un des critères principaux étudiés par la jurisprudence pour déterminer la durée raisonnable d'une clause de non-concurrence. Ce critère fut pris en considération dans l'arrêt *Cameron*²³² de la Cour suprême et au Québec dans l'arrêt *Betz Laboratories Ltd. c. Massicotte*²³³ de la Cour d'appel. Logiquement, il est facile de croire qu'un employeur veut chercher à protéger sa clientèle d'une concurrence que pourrait lui faire un ex-employé pendant le laps de temps requis pour qu'un remplaçant prenne utilement sa place²³⁴. Après cette période, une concurrence saine et normale pourra alors reprendre, l'entreprise de l'employeur et celle employant l'ex-salarié étant alors de

²²⁸ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 286.

²²⁹ Préc., note 6.

²³⁰ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 286 : «Il faut par ailleurs considérer que la clause de non-concurrence énonce un interdit d'une année. Cela ne paraît pas long à première vue, mais pourrait l'être dans le contexte où un hiatus d'une année, dans un domaine où l'évolution se fait à grande vitesse, pourrait signifier la mise hors marché des salariés pour une période *de facto* beaucoup plus longue.»

²³¹ F. CHARETTE, préc., note 8, 573.

²³² *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*, préc., note 30, 164.

²³³ [1980] R.P. 355, 372 (C.A.).

²³⁴ Voir, par exemple, *9144-7532 Québec inc. c. Pouliot*, préc., note 5, par. 6.

nouveau sur un pied d'égalité sur le marché. Un tel critère semble bien respecter les droits mis en ballant à l'article 2089 C.c.Q., en permettant une restriction à la liberté de travail uniquement jusqu'au retour d'une concurrence saine et légitime.

La jurisprudence foisonne d'exemples de l'utilisation de ce critère afin d'analyser la raisonnable de la durée de la clause. Dans un premier exemple²³⁵, la durée du préavis de fin d'emploi requis de l'employé fut déterminée comme étant un bon indicatif de la durée maximale que la clause de non-concurrence pouvait avoir, dans le cas où le préavis était requis dans le but de former un remplaçant²³⁶. À cet effet, dans *GS/C Communication inc. c. Maurice*²³⁷, la Cour supérieure se demande bien «comment justifier une interdiction de travailler de 12 mois quand l'employé peut quitter volontairement l'entreprise sur préavis de trois semaines»²³⁸? Il en va de même dans *Beau-T Stop*²³⁹.

Dans un autre exemple²⁴⁰, la Cour supérieure prit en considération, pour déclarer déraisonnable la durée de la clause, le fait que le temps requis pour remplacer efficacement l'employée était nul. En effet, l'employeur bénéficiait au moment de son départ chez un compétiteur de six employés aptes à effectuer le même travail. Aussi, plus de huit mois après son départ, il n'avait toujours pas cherché à la remplacer²⁴¹. Dans *Échafaudage Falardeau inc. c. Cyr*²⁴², la Cour supérieure indiqua pour justifier la déraisonnabilité de la clause de non-concurrence que «la preuve ne démonstr[ait] pas que le remplacement du défendeur nécessit[ait] une période de temps pouvant se rapprocher de l'interdiction de 12 mois prévue à l'engagement de non-concurrence»²⁴³.

Deuxièmement, un autre critère intéressant à étudier pour les tribunaux est le cycle de vente et de développement des produits, dans les cas où cela peut s'appliquer. En effet, après la fin d'un cycle de recherche et développement sur lequel l'employé travaillait ou encore après le renouvellement des produits de l'entreprise à la suite d'un nouveau cycle de développement,

²³⁵ *Compagnie de gestion MDJ inc. c. Cadieux*, 2005 CanLII 49344 (QC C.S.).

²³⁶ *Id.*, par. 30 et 31.

²³⁷ Préc., note 205.

²³⁸ *Id.*, par. 40.

²³⁹ Dans *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 37, le tribunal se demande bien «[p]ourquoi une période de 24 mois de non-concurrence, alors que "l'Employeur peut mettre fin au contrat d'emploi sans cause en tout temps, en donnant un avis de deux semaines (art. 4.1)"»?

²⁴⁰ *Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron*, préc., note 44.

²⁴¹ *Id.*, par. 38-40 ; un argument semblable fut soulevé dans *Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins*, 2006 QCCS 1965.

²⁴² *Échafaudage Falardeau inc. c. Cyr*, préc., note 15.

²⁴³ *Id.*, par. 44.

l'employé est beaucoup moins à même de nuire aux intérêts légitimes de son ex-employeur. L'auteur Saint-Pierre Plamondon résume bien ce critère :

«Une preuve que les ventes et les produits changent du tout au tout tous les trois mois pourrait remettre en cause la raisonnable d'une clause de non-concurrence d'une durée de 12 mois. Dans un tel cas, l'employé pourrait arguer, à bon droit, que son employeur n'a aucun intérêt légitime à protéger pour une si longue période, car toutes les informations confidentielles qu'il a obtenues alors qu'il était à son service auront eu le temps d'être périmées à quatre reprises.»²⁴⁴

Par exemple, dans *Laboratoire Constant inc. c. Beauchamp*²⁴⁵, la Cour supérieure avait soulevé un doute concernant la validité d'une clause d'une durée d'un an, en indiquant que «si cette durée peut sembler normale lorsqu'il s'agit de protéger des contrats d'assurance qui se renouvellent annuellement, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de la vente de produits de nettoyage dont les inventaires se renouvellent fréquemment»²⁴⁶. Ce critère est rarement évalué par la jurisprudence, probablement parce qu'il n'est pas applicable à toutes les situations factuelles.

Troisièmement, il est important pour les tribunaux de considérer la durée de l'emploi du salarié chez l'employeur. Il semble douteux qu'une clause de non-concurrence prévoyant une durée plus longue que le temps réel d'emploi du travailleur dans l'entreprise puisse répondre aux objectifs de la loi. En effet, il est difficile d'arriver à la conclusion qu'un employé peut mettre en danger des intérêts légitimes d'un employeur envers lequel il n'a été que très brièvement à l'emploi. Selon l'auteur Saint-Pierre Plamondon, «[u]n employeur ne peut empêcher un employé de travailler pour une période plus longue que la durée même du contrat d'emploi»²⁴⁷.

Par exemple, dans l'affaire *Jean-Jacques Verreault et Associés inc. c. Larrivés*²⁴⁸, la Cour supérieure indiqua que «la durée de l'interdiction pendant cinq ans, alors que le défendeur n'a été à l'emploi de la demanderesse que pendant quatre mois, paraît excessive *prima facie*»²⁴⁹. De plus, dans «l'affaire *Vacquier c. Compro Communications inc.*, C.S. Mtl, L.P.J. 94-4288, la Cour a aussi souligné que les activités de quelques semaines d'un employé ne justifiaient pas une clause de non-

²⁴⁴ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, à la page 59.

²⁴⁵ Préc., note 211.

²⁴⁶ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.60. Un argument semblable fut soulevé dans *Positron Public Safety Systems inc. c. Cardoso*, 2005 CanLII 14508 (QC C.S.), par. 13.

²⁴⁷ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, à la page 59. Voir aussi par exemple : *Spa Bromont inc. c. Cloutier*, 2012 QCCS 291, par. 95. ; *4388241 Canada inc. c. Forget*, préc., note 37, par. 114.

²⁴⁸ D.T.E. 98T-1010 (C.S.).

²⁴⁹ *Id.*, p. 11.

concurrence couvrant une période d'un an»²⁵⁰. Il ne faut pas oublier que le raisonnement contraire est aussi tout à fait valable : dans un jugement de la Cour supérieure, *9009-6256 Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*²⁵¹, une clause de non-concurrence d'une durée de 1 an «ne comport[ait] rien d'excessif, dans le contexte d'une entente prévue, à l'origine, de trois ans»²⁵².

Quatrièmement, un autre critère important à prendre en compte pour déterminer la raisonnable de la durée d'une clause de non-concurrence est le temps requis pour fidéliser la clientèle, ou encore le temps requis pour qu'un remplaçant «monte» efficacement une telle clientèle²⁵³. La clause de non-concurrence pourra durer le temps requis pour «permettre [à l'employeur] de convaincre sa clientèle de continuer à faire affaire avec lui. En effet, certaines sphères d'activités nécessitent un rapport personnalisé entre le salarié et les clients de l'entreprises.»²⁵⁴ Par exemple, toujours dans *9009-6256 Québec inc.*, le tribunal indiqua qu'une stipulation de non-concurrence de 1 an était tout à fait raisonnable dans un cas où il pouvait prendre plus de 2 ans à un employé pour créer un bassin de clientèle semblable à celui de l'ex-employé²⁵⁵. Ce principe fut aussi réitéré dans l'affaire *9085-9638 Québec inc. (Comspec) c. Harvey*²⁵⁶ par la Cour supérieure.

Finalement, un cinquième critère important souvent considéré par la jurisprudence pour déterminer la validité de la durée de la clause sera l'importance du poste que détient le salarié au sein de l'entreprise ainsi que l'ampleur des responsabilités lui étant dévolues²⁵⁷. En effet, plus un employé a des responsabilités élevées au sein de l'entreprise et plus il peut prendre du temps avant que les informations concurrentielles détenues pouvant nuire aux intérêts légitimes de l'employeur soient périmées ou moins à même de causer du tort à son achalandage. Aussi, si le poste de l'employé est élevé, il est fréquent que le temps requis pour le remplacer soit long, tel que déjà mentionné plus haut. La jurisprudence indique avec justesse qu'une clause de longue durée ne saurait protéger un quelconque intérêt légitime de l'employeur dans le cas d'un salarié de peu d'importance ayant des responsabilités limitées.

²⁵⁰ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.57.

²⁵¹ Préc., note 182.

²⁵² *Id.*, par. 29.

²⁵³ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 18.

²⁵⁴ H. OUIMET, préc., note 175, p. 75.

²⁵⁵ *9009-6256 Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*, préc., note 182, par. 29.

²⁵⁶ 2006 QCCS 4978, par. 38.

²⁵⁷ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.70.

Par exemple, dans l'affaire *9144-7532 Québec inc. c. Pouliot*²⁵⁸, la Cour supérieure indiqua que «a one-year prohibition from working as a hairdresser is flagrantly excessive given the level of responsibility of the job. The only case law submitted by Plaintiff upheld a period of three months for an employee of significantly higher responsibility (...).»²⁵⁹ Ce critère fut aussi soulevé pour contester la durée de la clause de non-concurrence dans d'autres affaires de la Cour supérieure, *Mission I-Tech*²⁶⁰ et *GS/C Communication*²⁶¹. Dans l'affaire *Produits V-TO inc. c. Bolduc*²⁶², le tribunal énonça de manière colorée la déraisonnabilité d'une clause de non-concurrence d'une durée de 5 ans en ces termes : « Il n'y a rien de commun entre la vente des détergents et les fresques de la chapelle Sixtine. Si Michel-Ange était irremplaçable et si l'œuvre exigeait cinq (5) années, on ne peut imaginer un vendeur de détergents qui soit irremplaçable et dont les services soient requis pendant cinq (5) ans.»²⁶³

En résumé, les tribunaux, pour déterminer la raisonnable/nécessité de la limitation de durée de la clause de non-concurrence, pourront se pencher selon les faits en l'espèce sur (1) le temps requis pour remplacer efficacement l'employé, (2) le cycle de vente ou de développement des produits de l'entreprise, (3) la durée de l'emploi du salarié au sein de l'entreprise, (4) le temps requis pour fidéliser ou «monter» une clientèle solide et (5) l'importance du salarié et son niveau de responsabilité au sein de l'entreprise. Notons évidemment qu'il existe une multitude d'autres critères que les tribunaux prendront en compte selon les diverses situations factuelles qui leurs seront présentées, mais il s'agit ici des critères les plus souvent soulevés par la doctrine et la jurisprudence

1.2.2.2.2 Le territoire

L'analyse de la validité d'une clause de non-concurrence se poursuit avec la recherche de la raisonnable de son territoire, à savoir si la portée territoriale de la clause est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur, déjà déterminés à l'étape précédente. La jurisprudence concernant le territoire maximal qu'une clause de non-concurrence peut couvrir est beaucoup moins claire et uniforme que pour les autres critères. Par contre, ce territoire sera très souvent évalué en fonction de celui où l'employé et l'entreprise font commerce, selon la dispersion de la clientèle dans les secteurs de hautes technologies et, finalement, selon l'impact du territoire couvert sur la capacité du travailleur de gagner sa vie, critère qui recoupe celui que nous étudierons

²⁵⁸ Préc., note 5.

²⁵⁹ *9144-7532 Québec inc. c. Pouliot*, préc., note 5, par. 5.

²⁶⁰ *Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins*, préc., note 241, par. 68.

²⁶¹ *GS/C Communication inc. c. Maurice*, préc., note 205, par. 30.

²⁶² [1976] C.S. 1325.

²⁶³ *Id.*, 1327.

dans la section suivante concernant l'analyse globale de la clause, mais qui sera ici étudié dans une perspective purement *géographique*.

Premièrement, les tribunaux se pencheront principalement sur la compatibilité du territoire prévu à la clause avec celui effectivement desservi par l'employé ou l'entreprise. En effet, «les tribunaux acceptent généralement les clauses dont la portée couvre le territoire d'activité du salarié avant la terminaison du contrat de même que le territoire des activités de l'entreprise de l'employeur (...)»²⁶⁴. Dans presque tous les cas, une clause de non-concurrence ne pourra couvrir un territoire plus étendu que celui qui est desservi par l'entreprise²⁶⁵. Il faudra par contre être prudent lors de la rédaction d'une clause couvrant l'intégralité du territoire où cette dernière fait affaire, surtout si l'employé ne dessert par exemple qu'une quantité limitée de clients dans une région bien circonscrite. Par contre, «[d]ans le cas des cadres supérieurs ou dans le cas d'une entreprise très spécialisée (...), une limitation quant au territoire équivalent au territoire dans lequel l'employeur poursuit ses activités peut être raisonnable, l'employeur pouvant alors démontrer que l'employé est au fait de toute la stratégie d'affaires sur tout le territoire qu'il dessert»²⁶⁶.

Ce critère de raisonabilité était déjà présent en 1971 dans la décision de principe *Cameron*²⁶⁷ de la Cour suprême. Le tribunal s'exprima ainsi concernant la raisonabilité du territoire couvert par la clause : «Je me contenterai de signaler qu'en raison de sa portée à l'échelle du Canada, elle outrepassa toute exigence raisonnable en vue de la protection des intérêts commerciaux de l'intimée, intérêts qui, selon le dossier, sont concentrés dans la province de Québec.»²⁶⁸ Le tribunal est donc clair : les intérêts légitimes qu'un employeur peut protéger ne peuvent exister dans un territoire au-delà de celui qu'il dessert, et ce au moment de la signature de la clause.

L'examen de quelques exemples est de mise. Dans l'affaire *Automatisation JRT inc. c. Gagné*²⁶⁹, la Cour supérieure précisa qu'une clause de non-concurrence couvrant tout le Québec était déraisonnable, même si l'employeur exerçait des activités sur tout ce territoire, puisque l'interrogatoire sur affidavit démontrait que l'employé, dans le cadre de son travail, ne couvrait qu'une région précise bien plus étroite²⁷⁰. Plusieurs autres décisions vont dans le même sens²⁷¹. Le

²⁶⁴ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 286.

²⁶⁵ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.74.

²⁶⁶ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, à la page 61.

²⁶⁷ *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*, préc., note 30.

²⁶⁸ *Id.*, 164 et 165.

²⁶⁹ 2010 QCCS 2296.

²⁷⁰ *Id.*, par. 27-30 ; au même effet, dans l'affaire *MBI Acquisition Corp. c. Bournival*, préc., note 57, le tribunal indiqua que la validité de la clause de non-concurrence était questionnable étant donné que le territoire visé par la clause était le Canada et que l'employé ne desservait que des clients à Montréal.

sort d'une limitation territoriale, surtout dans le cas de vendeurs ne desservant qu'une partie de la zone d'affaire globale de l'employeur, sera plus souvent raisonnable si elle se restreint au territoire couvert par l'employé. L'inverse est aussi vrai : dans *Emballage Coderre Inc. c. Young*²⁷², une clause de non-concurrence s'appliquant à toute la province de Québec, si elle pouvait à première vue sembler déraisonnable, fut déclarée valide par la Cour supérieure puisque l'étude des faits en l'espèce démontrait que c'était bien sur l'ensemble de ce territoire que l'ex-employé effectuait des ventes pour l'employeur²⁷³.

Deuxièmement, «si le territoire visé par la clause est très vaste ou s'il englobe la majeure partie du marché accessible à l'employé dans son environnement immédiat, le caractère raisonnable de la restriction territoriale sera également difficile à justifier»²⁷⁴. Nous avons déjà discuté du fait que la jurisprudence a souvent réitéré qu'une clause de non-concurrence, dans son ensemble, ne pouvait empêcher totalement un salarié de gagner sa vie, les intérêts légitimes de l'employeur ne pouvant pas justifier cette atteinte. Dans le cadre spécifique de l'analyse de la raisonnable de la limite territoriale, un territoire trop vaste atteindra cet objectif illégitime quand, dans les faits, il obligera le salarié à s'exiler dans une autre province, voire un autre continent, pour gagner sa vie, souvent dans une autre langue que la sienne.

Par exemple, dans la décision *Automatisation JRT inc. c. Roy*²⁷⁵, la Cour supérieure indiqua que la clause en l'espèce, dont le territoire couvrait toute la province de Québec, empêchait un simple technicien de travailler dans le «seul bastion francophone en Amérique du Nord»²⁷⁶ alors que chaque employé avait le droit fondamental de «travailler et de gagner sa vie [...] dans sa langue maternelle»²⁷⁷. Le critère de la langue est parfois utilisé pour déclarer déraisonnable une limite territoriale couvrant toute la province de Québec et obligeant donc un salarié à s'exiler dans une autre province où la langue n'est pas la sienne. Par exemple, dans *TQS inc. c. Pelletier*²⁷⁸, la Cour supérieure prit en considération, lors de l'analyse du caractère raisonnable d'une clause de non-concurrence s'appliquant sur tout le territoire québécois, le fait que l'anglais de l'ex-employée était

²⁷¹ Voir par exemple : *Betz Laboratories Ltd. c. Massicotte*, préc., note 233; *Accutel Conferencing Systems inc. c. Bellavance*, D.T.E. 2001T-959 (C.S.) ; *Accessoires d'incendies Sécurex 2000 inc. c. Dallaire*, préc., note 213.

²⁷² 2004 CanLII 14872 (QC C.S.).

²⁷³ *Id.*, par. 14.

²⁷⁴ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.78.

²⁷⁵ Préc., note 64.

²⁷⁶ *Id.*, par. 17.

²⁷⁷ *Id.*, par. 10.

²⁷⁸ Préc., note 110.

limité²⁷⁹ et qu'elle ne pourrait en conséquence, vraisemblablement, pas se retrouver du travail hors de la région. À notre avis, il serait conforme à l'esprit de la loi que les tribunaux prennent plus en considération ce critère à l'avenir : toute clause de non-concurrence conclue pour l'intégralité de la province oblige l'employé à se trouver du travail dans une autre langue que le français, ce qui n'est, il faut le reconnaître, pas possible pour tous²⁸⁰ et pourrait brimer indûment la liberté de travail d'un individu. Bien entendu, au contraire, ce genre d'argument ne sera pas valide pour un cadre supérieur très à l'aise dans la langue de Shakespeare.

Autre exemple de la Cour supérieure, *Compagnie de gestion MDJ inc. c. Cadieux*²⁸¹, la clause de non-concurrence avait été signée pour un territoire couvrant 150 kilomètres à vol d'oiseau des deux places d'affaires de l'entreprise au Québec. Le tribunal indiqua qu'il «considère déraisonnables les territoires visés par la clause restrictive d'emploi. SPL n'a pas démontré qu'un territoire aussi vaste est requis pour protéger ses intérêts. Si Charles Cadieux ne peut travailler sur tout ce territoire, il devra s'installer dans une autre province canadienne ou dans un autre pays pour exercer son métier.»²⁸² Au même effet, dans *Entreprises R.E.R. Inc. c. Gagnon*²⁸³, le même tribunal indiqua que le territoire couvert du Saguenay-Lac-Saint-Jean, où avait travaillé l'employé toute sa vie, était trop vaste puisque ce dernier «devrait quitter la région où il a toujours vécu»²⁸⁴ avec femme et enfants en bas âge si la clause venait à être mise en application.

Malheureusement, malgré ce courant jurisprudentiel qui prend en considération l'objectif de l'article 2089 C.c.Q. lors de l'étude de la raisonnable de la limitation territoriale, de nombreuses décisions sont venues faire exception au principe selon lequel l'étendue du territoire couvert ne devrait pas empêcher le salarié de gagner sa vie sans avoir à s'exiler dans un autre pays ou outre-mer.

En effet, une jurisprudence assez constante est venue considérablement élargir le territoire pouvant être considéré comme raisonnable dans le cas d'entreprises de hautes technologies. Ainsi, la nature de l'entreprise et la spécialisation de ses activités sera un autre critère à considérer lors de

²⁷⁹ *Id.*, par. 43.

²⁸⁰ En 2006, selon l'Atlas du Canada réalisé par le gouvernement du Canada, environ 35,8% des Québécois déclaraient être bilingues. MINISTÈRE DES RESSOURCES NATURELLES DU CANADA, *L'Atlas du Canada. Langue. Bilinguisme 2006*, en ligne : <<http://atlas.nrcan.gc.ca/site/francais/maps/peopleandsociety/lang/languages2006/bilingual2006/1>> (consulté le 19 mars 2012).

²⁸¹ Préc., note 235.

²⁸² *Id.*, par. 29.

²⁸³ 2004 CanLII 24566 (QC C.S.).

²⁸⁴ *Id.*, par. 48.

l'étude de la raisonnable de la limite territoriale. «Un vaste territoire pourra être justifié lorsque les activités de l'employeur sont spécialisées et que la clientèle est disséminée sur un vaste territoire ou que l'employeur y poursuit ses activités. Tel pourra notamment être le cas dans les secteurs de technologies de pointe pour lesquels l'étendue des activités transcende toute frontière.»²⁸⁵

Dans le secteur extrêmement spécialisé des nouvelles technologies, les produits des entreprises sont souvent commercialisés à travers le monde et la compétition est féroce entre un petit nombre d'entreprises, ce qui incite les employeurs à faire signer presque systématiquement des clauses de non-concurrence étendues à leurs employés, couvrant parfois le monde entier ou tout un continent. L'un des domaines les plus à risques est certainement celui «de la création de jeu vidéo, où le contrôle des renseignements confidentiels est d'une importance primordiale»²⁸⁶. Par contre, selon la Cour supérieure dans *TQS inc. c. Pelletier*²⁸⁷, le domaine des communications n'est pas un secteur de haute technologie²⁸⁸. Selon l'auteur Dominic Roux, «en cette ère de mondialisation, d'informatisation, de technologies et de télécommunications, une plus grande souplesse de la part des tribunaux relativement à l'étendue territoriale des clauses de non-concurrence est possible à entrevoir»²⁸⁹. Mais cet objectif de protection du potentiel concurrentiel de l'employeur ne vient-il pas directement brimer le droit de ces salariés surspécialisés de gagner leur vie, allant ainsi à l'encontre de l'objectif de la loi?

L'une des premières décisions à reconnaître la raisonnable d'une limite territoriale couvrant toute l'Amérique du Nord est la décision *Godin c. Gary Abraham's Business Consultants inc.*²⁹⁰, confirmée par la Cour d'appel du Québec. Dans cette affaire, «le caractère extrêmement spécialisé des fonctions exercées par l'employé visé par cette clause restrictive a été l'élément déterminant qui a amené l'honorable juge Hannan à conclure à la validité de cette clause bien que le territoire visé comportât entre autres des endroits où l'employeur n'était pas présent en totalité»²⁹¹. Dans l'affaire *Honco c. Damphousse*²⁹² de la Cour supérieure, la clause de non-concurrence s'appliquait à tout le

²⁸⁵ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 20.

²⁸⁶ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 288.

²⁸⁷ Préc., note 110.

²⁸⁸ *Id.*, par. 35 ; les auteurs nuancent par contre cette affirmation dans G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.84, en analysant la décision *Faucher Industries inc. c. Poliziani*, 2004 CanLII 40307 (QC C.S.).

²⁸⁹ D. ROUX, préc., note 9, p. 225.

²⁹⁰ [1986] R.J.Q. 809 (C.S.); C.A. Montréal, n° 500-09-000114-868, 2 juin 1986, non rapportée.

²⁹¹ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.81 : Il est important de noter qu'au paragraphe suivant (10.2.82), les auteurs indiquent : « Notons que dans cette affaire, la grande étendue du territoire prohibé était quelque peu atténuée par la particularité des activités prohibées et la durée raisonnablement limitée de la prohibition. »

²⁹² Préc., note 206.

Canada²⁹³ ; celle-ci fut déclarée valide par le tribunal notamment parce que l'employeur faisait affaire dans un domaine hautement spécialisé, où seulement trois entreprises dans le monde pouvaient se faire compétition, et que son activité principale était une «spécialité rare»²⁹⁴. Plus récemment, dans *Société Laurentide Inc. c. Naud*²⁹⁵, la Cour supérieure déclara que la clause de non-concurrence «couvrant neuf provinces canadiennes et huit états américains visait à protéger la mise en marché de produits d'une certaine spécificité»²⁹⁶.

L'exemple le plus frappant de l'élargissement de la raisonnable de la portée territoriale dans le cas de secteurs de haute technologie est fourni par les décisions mettant en jeu la compagnie de jeux vidéo *Ubisoft*, soit les décisions *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*²⁹⁷ en 2003 et *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*²⁹⁸, en 2006.

Concernant strictement le territoire couvert par la clause, dans le dossier *Champagne-Pelland*, une première injonction provisoire fut accueillie pour un territoire couvrant toute l'Amérique du Nord considérant notamment «qu'Ubi Soft et Electronic Arts développent et fabriquent des jeux vidéo interactifs innovateurs à la fine pointe de la technologie»²⁹⁹ et «qu'Ubi Soft et Electronic Arts sont d'intenses compétiteurs sur ce marché mondial hautement spécialisé»³⁰⁰. À la suite de ce jugement, la juge Bich souleva, à l'encontre de ce jugement, l'argument selon lequel «la portée territoriale a pour effet pratique d'empêcher les ex-salariés de gagner leur vie, à moins de déménager sur un autre continent, ce qui semble tout de même une entrave substantielle à leur capacité de gain»³⁰¹ et indiqua qu'il serait intéressant de suivre le dossier pour voir l'opinion des tribunaux à ce sujet. Un mois et demi plus tard, la Cour d'appel rendit un jugement accueillant la

²⁹³ *Id.*, p. 5.

²⁹⁴ *Id.*, p. 14.

²⁹⁵ 2005 CanLII 8575 (QC C.S.).

²⁹⁶ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.31.

²⁹⁷ À des fins de clarté, voici l'historique du dossier en question : 29 août 2002, requête en injonction provisoire, accueillie, *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, 2003 CanLII 528 (QC C.S.) ; 9 septembre 2003, requête en ordonnance de sauvegarde, accueillie, jugement non motivé, *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, AZ-50547755 (C.S.) ; 19 septembre 2003, requête pour permission d'en appeler de l'ordonnance de sauvegarde du 9 septembre 2003, accordée, *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, AZ-50448413 (C.A.) ; 10 octobre 2003, appel du jugement concernant l'ordonnance de sauvegarde du 9 septembre 2003, rejeté, *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, préc., note 6.

²⁹⁸ Dans cette affaire, le tribunal dut rendre jugement sur une première requête en injonction provisoire dans *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, 2006 QCCS 2475 et ensuite une requête en ordonnance de sauvegarde dans *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, 2006 QCCS 2677.

²⁹⁹ *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, 2003 CanLII 528 (QC C.S.), par. 3.

³⁰⁰ *Id.*, par. 5.

³⁰¹ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 287.

demande d'ordonnance de sauvegarde dans ce même dossier³⁰², sans faire la moindre mention de l'impact de la clause sur la capacité de gain des ex-employés.

Trois ans plus tard, la clause de non-concurrence dans le dossier *Tremblay*, comprenant la même restriction territoriale, fut aussi considérée valide en se basant sur le jugement rendu dans *Champagne-Pelland*, et ce malgré le fait que l'employé en question n'était pas un concepteur de jeux vidéo détenant une expertise pointue dans un domaine de haute technologie, mais bien un haut cadre de l'entreprise (le Président-directeur de la filiale montréalaise de la compagnie)³⁰³.

Plus graves encore sont les décisions ayant déclarées raisonnables des clauses de non-concurrence ayant une portée mondiale. Dans l'affaire *Central Dynamics Ltd. c. Tremblay*³⁰⁴, une clause restrictive d'emploi fut considérée comme valide malgré le fait qu'elle ne comportait aucune limite territoriale; selon la Cour supérieure, en l'espèce, l'absence de limitation territoriale voulait indiquer que la clause devait s'appliquer mondialement, ce qui était raisonnable puisque l'entreprise spécialisée avait une clientèle dispersée sur trois continents. Le juge concluait en indiquant que «le domaine électronique, de nos jours, surtout celui dans lequel œuvre CDL, connaît peu de frontières»³⁰⁵.

Nous aurions pu croire que cette décision, rendue avant l'introduction du nouveau C.c.Q., n'aurait plus d'application aujourd'hui, une clause de non-concurrence ne comportant aucun territoire étant supposée être nulle. Pourtant, dans le jugement *Graphique Matrox inc. c. Lepage*³⁰⁶, rendue en 2001 sous l'égide du nouveau C.c.Q., on retrouva les propos troublants suivants : «Le territoire n'est pas décrit expressément, mais il faut comprendre que l'interdiction de travailler pour nVIDIA s'applique en quelque endroit que ce soit sur terre où nVIDIA peut opérer (ce que le domaine du graphisme pour ordinateur pourrait justifier)»³⁰⁷. Ainsi, selon la Cour supérieure, il pourrait être justifiable, dans le domaine de l'informatique, d'empêcher complètement un salarié de gagner sa vie dans son domaine d'expertise, et ce n'importe où dans le monde³⁰⁸.

³⁰² *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, préc., note 6.

³⁰³ *Id.*, par. 1.

³⁰⁴ Préc., note 75.

³⁰⁵ *Id.*, p. 18.

³⁰⁶ Préc., note 75.

³⁰⁷ *Graphique Matrox inc. c. Lepage*, préc., note 75, par. 166.

³⁰⁸ Il est important de rappeler que dans la décision récente de la Cour d'appel *Jean c. Omegachem inc.*, préc., note 65, par. 40, le tribunal refusa de commenter ces deux décisions mais indiqua qu'il avait «spontanément de la difficulté» à croire que ce type de clause répondait aux critères de l'article 2089 C.c.Q.

À notre avis, les clauses dont la limite territoriale couvre toute l'Amérique du Nord ainsi que le monde entier devraient être presque systématiquement déclarées invalides, la première parce qu'elle empêche pratiquement un employé de travailler sans s'exiler en Europe ou en Asie, et la deuxième, car elle heurte de plein fouet l'objectif de protection du droit au travail de l'article 2089 C.c.Q. en empêchant l'employé de travailler dans son domaine, point à la ligne. Cette restriction ne pourra être valide à notre avis que si les activités interdites sont très restreintes, et ne visent évidemment pas tout le domaine de spécialisation du salarié

Dans le domaine des entreprises de hautes technologies et dans le cas des employés surspécialisés, l'activité exercée chez l'employeur sera souvent déjà limitée et pointue, constituant leur champ personnel d'expertise. Empêcher le salarié de travailler dans ce domaine précis mettrait fortement en danger sa capacité de gagner sa vie là où il le souhaite, sans mentionner le fait que, souvent, les emplois dans ces domaines de pointe ne sont pas disponibles partout à travers le monde. Ainsi, un employé spécialisé dans un domaine uniquement développé en Amérique du Nord et étant assujéti à une clause de non-concurrence couvrant ce territoire ne pourra strictement pas travailler ailleurs. Mentionnons aussi que la liberté de mouvement et l'importance de la mobilité de la main-d'œuvre dans notre société moderne, pour assurer une saine compétition, militent en faveur de l'invalidité des clauses couvrant l'Amérique du Nord et le monde.

En conclusion, les critères que les tribunaux prennent le plus souvent en considération lors de la détermination de la raisonnable/nécessité du territoire couvert par la clause de non-concurrence pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur sont : 1) l'adéquation entre le territoire couvert par la clause et celui véritablement desservi par l'employé ou, dans certains cas, l'entreprise, 2) le fait que le territoire couvert peut forcer en pratique l'employé à s'exiler ou à travailler dans une langue qu'il ne maîtrise pas, limitant ainsi sa capacité de gain, et 3) la spécialisation de l'entreprise, les domaines de hautes technologies pouvant justifier un territoire plus large.

1.2.2.2.3 Les activités

La dernière étape de l'analyse de la validité d'une clause de non-concurrence est la détermination du caractère raisonnable de la limitation quant au genre de travail visé. Concernant les critères qui sont pris en compte par les tribunaux pour effectuer cette analyse et déterminer la raisonnable du genre de travail prohibé, ils peuvent tous, de près ou de loin, être rassemblés en un seul : l'étude des activités effectuées par l'employé au sein de l'entreprise. Dans le cas de petites entreprises, cette étude pourra s'effectuer en une seule étape. Par contre, dans le cas de grandes entreprises employant des travailleurs dans différents secteurs, le tribunal aura avantage à diviser

cette étude en deux parties : le domaine d'activités couvert par l'employé (vente, recherche et développement, différents secteurs de l'entreprise, etc.) et ses fonctions au sein de l'entreprise (président, cadre supérieur ou encore simple commis ou manœuvre).

Premièrement, pour déterminer quel genre de travail peut être prohibé par la clause de non-concurrence, le tribunal pourra se baser sur les activités effectuées par l'employé en prenant en compte le domaine d'activités qu'il couvre au sein de l'entreprise. « En effet, pour les entreprises qui exercent leurs activités dans plusieurs domaines d'activités à la fois, la clause restrictive devrait tout de même se limiter à ceux dans lesquels l'employé exerce ses fonctions. »³⁰⁹ Afin de respecter l'esprit de la loi, un employeur ne peut avoir d'intérêts légitimes à protéger autres que ceux concernant le domaine d'activités dans lequel évolue réellement l'employé. En effet, ce dernier ne pourra lui faire réellement concurrence dans un autre domaine où il n'a aucune connaissance des clients ou du marché.

Dans *9009-6256 Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*³¹⁰ de la Cour supérieure, une clause de non-concurrence limitant le genre de travail prohibé à la promotion et à la vente de produits en pierre (marbre et granite) et excluant les autres produits en bronze, bois et aluminium³¹¹, fut jugée raisonnable puisque le domaine couvert « correspond[ait] à celui exercé par monsieur Brassard, auprès de la demanderesse seulement, sans égard à toute autre activité qui lui demeure ouverte »³¹². Autre exemple, dans *Accessoires d'incendies Sécurex*³¹³, du même tribunal, une clause de non-concurrence empêchant un représentant de vendre des extincteurs semblait à première vue raisonnable puisqu'elle ne l'empêchait que de vendre ce produit dont il avait la charge dans l'entreprise de son ancien employeur. Ainsi, il pouvait continuer d'être représentant aux ventes, mais dans un autre domaine d'activités³¹⁴.

Deuxièmement, le tribunal devra aussi être tout particulièrement attentif aux fonctions de l'employé chez l'employeur. En effet, une clause de non-concurrence ne saurait, pour que sa limitation quant au genre de travail soit raisonnable et donc nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'employeur, empêcher, par exemple, une ex-employée de travailler comme coiffeuse dans une entreprise concurrente si elle était caissière d'un salon de coiffure chez l'employeur. Ainsi, «à la lumière de certaines décisions qui ont déterminé qu'il était déraisonnable d'interdire à

³⁰⁹ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, aux pages 62 et 63.

³¹⁰ Préc., note 182..

³¹¹ *Id.*, par. 2.

³¹² *Id.*, par. 32.

³¹³ *Accessoires d'incendies Sécurex 2000 inc. c. Dallaire*, préc., note 213.

³¹⁴ *Id.*, par. 10.

l'employé de travailler pour des concurrents dans n'importe quelle fonction, tant, par exemple, à titre de concierge que de président de l'entreprise, il est plus prudent d'inclure le type de fonctions visées»³¹⁵. Donc, une clause de non-concurrence ne pourra pas, généralement, prohiber *tout* type de travail pour un employeur, même concurrent, mais bien uniquement le type de travail, ou les fonctions, de l'employé.

Par exemple, dans *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*³¹⁶, la Cour supérieure se demanda bien «quel intérêt de l'employeur justifierait d'interdire à M. Mailhot d'aller travailler pour un salon de bronzage comme préposé à l'accueil, concierge, conseiller en bronzage ou employé de bureau ? Comment expliquer une interdiction de travailler pour tout distributeur oeuvrant dans le domaine du bronzage, même non-concurrente à Beau-T ?»³¹⁷ Dans le même sens, dans un jugement du même tribunal, *9144-7532 Québec inc. c. Pouliot*³¹⁸, la clause de non-concurrence sous étude empêchait l'ancien employé de travailler «à quelque titre que ce soit»³¹⁹ dans un salon de coiffure. Le tribunal indiqua que la prohibition quant au genre de travail était déraisonnable puisque «Pouliot is a hairdresser, but the contract blocks her from doing any kind of work in a salon». Ainsi, la clause aurait dû préciser que la seule fonction que l'employée était prohibée d'exercer dans un salon de coiffure était la même que celle exercée chez l'employeur; les intérêts légitimes de l'employeur ne requéraient pas d'interdire à l'employée d'aller travailler comme caissière dans un salon de coiffure, par exemple. Dans le même ordre d'idées, dans le jugement récent de la Cour du Québec *9120-0204 Québec inc. (Orange Bleue) c. Émond*³²⁰, une clause de non-concurrence empêchant un employé de travailler dans tout type d'établissement de restauration fut déclarée invalide, puisque l'employé en question ne s'occupait que du service de traiteur de l'employeur³²¹.

De plus, nous avons répertorié un jugement qui indique que non seulement la clause de non-concurrence devrait être limitée aux fonctions effectuées par l'employé, mais devrait aussi se restreindre à ses fonctions *principales*. Ainsi, dans *Automatisation JRT inc. c. Roy*³²², la Cour supérieure indiqua clairement que «l'objet même de la stipulation de non-concurrence, imposée à tous les employés de J.R.T., paraît abusif dans sa généralité et ne rencontre pas les exigences de spécificité requises lorsqu'il prohibe non seulement certaines fonctions nommément prévues, mais

³¹⁵ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, aux pages 61 et 62.

³¹⁶ Préc., note 13.

³¹⁷ *Id.*, par. 37.

³¹⁸ Préc., note 5.

³¹⁹ *9144-7532 Québec inc. c. Pouliot*, préc., note 5, par. 3.

³²⁰ 2011 QCCQ 14961.

³²¹ *Id.*, par. 56-58.

³²² Préc., note 64.

aussi toute autre tâche connexe que l'employé aurait pu être appelé à accomplir dans le cadre de son emploi»³²³. Ces propos ont été repris avec approbation par la Cour supérieure en 2010 dans l'affaire *Automatisation JRT inc. c. Gagné*³²⁴.

Aussi, dans l'affaire *Échafaudage Falardeau inc. c. Cyr*³²⁵, une description des fonctions interdites comme celles étant «susceptibles de causer un préjudice à notre société de par leur caractère commercial»³²⁶ n'était pas suffisante; selon la Cour supérieure, «[i]l ne suffit pas de répéter, en des termes différents, l'interdiction de concurrence énoncée au premier paragraphe de 2089 C.c.Q.»³²⁷. Les fonctions interdites devraient donc être indiquées clairement et être restreintes à celles effectuées par l'employé, ne serait-ce que pour préciser l'obligation de non-concurrence en conformité avec les critères de forme de l'article 2089 C.c.Q.

Il est de plus central de regarder l'importance des fonctions de l'employé au sein de l'entreprise car cela influera sur les activités réellement effectuées celui-ci au sein de l'entreprise. Ceci pourra ensuite jouer sur la limitation d'activités de la clause de non-concurrence. En effet, plus les fonctions de l'employé seront conséquentes, plus il jouera un rôle clef dans les diverses activités de l'entreprise, un cadre supérieur étant souvent impliqué dans de nombreux dossiers touchant tous les domaines d'intérêts de l'employeur. Dans ces cas, une clause de non-concurrence prévoyant une limitation quant au genre de travail plus large que les seules fonctions effectuées par l'employé pourrait être justifiée. Au contraire, «[l]e fait que l'expérience, les connaissances ou les aptitudes de l'employé ne présentent aucun caractère particulier ou essentiel aura également un effet déterminant sur le type d'activités qui pourront être prohibées. Moins les responsabilités afférentes à un emploi sont importantes, plus le champ des activités qui peuvent être prohibées par le biais d'une clause de non-concurrence doit être limité.»³²⁸

Il importe toutefois de nuancer l'affirmation selon laquelle la clause de non-concurrence devrait prévoir les fonctions précises prohibées. En effet, selon l'auteure Saint-Pierre Plamondon³²⁹, l'article 2089 C.c.Q. indique que les parties peuvent, par le biais d'une clause de non-concurrence, déterminer que «le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur ni participer à quelque titre

³²³ Préc., note 64, par. 18.

³²⁴ Préc., note 269.

³²⁵ Préc., note 15.

³²⁶ *Id.*, par. 3.

³²⁷ *Id.*, par. 40.

³²⁸ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.31.

³²⁹ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, à la page 62.

que ce soit à une entreprise qui lui ferait concurrence»³³⁰. Selon cette auteure, « le poids d'un tel argument est discutable »³³¹. Par contre, à notre avis, l'esprit de la loi veut que le genre de travail prohibé par une clause de non-concurrence doive être restreint aux fonctions véritablement exercées par l'employé au sein de l'entreprise et nous avons démontré que la jurisprudence va souvent dans ce sens.

1.1.2.2.3 L'évaluation globale de la clause : l'impact sur le droit au travail

«La jurisprudence considère [...] que la nécessité de protéger les intérêts légitimes de l'employeur doit être appréciée en tenant compte du droit fondamental de l'employé de travailler et de gagner sa vie.»³³² Ainsi, une fois déterminé que les trois limitations de durée, de territoire et de genre de travail sont raisonnables en elles-mêmes pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur, il reste une étape primordiale de l'analyse à effectuer : l'évaluation globale de la raisonnable/nécessité de la clause pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur. Cette analyse globale devrait se faire, et se fait souvent en l'espèce, sous l'angle de l'impact de la protection de ces intérêts légitimes sur le droit au travail, la liberté de travail et la capacité de l'employé de gagner sa vie.

En effet, tel que nous l'avons déjà mentionné à de nombreuses reprises, l'article 2089 C.c.Q. existe en quelque sorte pour rétablir l'équilibre des forces entre l'employeur et l'employé et permettre de protéger adéquatement les intérêts commerciaux du premier tout en respectant le droit au travail du second³³³. Ainsi, la «liberté de travailler et de gagner sa vie sont des valeurs fondamentales véhiculées au sein de notre société. Les clauses de non-concurrence portant atteinte à de telles valeurs, elles ont généralement été envisagées sévèrement par les tribunaux.»³³⁴ Les tribunaux interprètent de manière très restrictive les clauses de non-concurrence³³⁵ et «le rapport de force qui favorise l'employeur constitue l'un des fondements de l'attitude restrictive dont font preuve les tribunaux à l'égard des clauses restrictives»³³⁶. Ce rapport de force mène d'ailleurs souvent à la conclusion que la clause de non-concurrence est comprise dans un contrat d'adhésion, dont les règles d'interprétation seront étudiées dans une section ultérieure³³⁷.

³³⁰ C.c.Q. art. 2089.

³³¹ M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 84, p. 35, à la page 62.

³³² N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 16.

³³³ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 267.

³³⁴ N.-A. BÉLIVEAU et S. LEBEL, préc., note 99, p. 113, à la page 126.

³³⁵ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 28 ; voir aussi à ce sujet M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, aux pages 263 et 264.

³³⁶ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 3.

³³⁷ *Infra*, section 1.3.2.

Ainsi, afin de respecter l'objectif de protection du droit au travail du législateur et la jurisprudence majoritaire, il est très important d'évaluer si, malgré la raisonnable apparente de chacune des limitations de fond, celles-ci dans leur globalité briment indûment la liberté de travail³³⁸. L'auteur Dominic Roux, cité en cela avec approbation par la juge Thibault dans un récent jugement de la Cour d'appel³³⁹, indique que «le processus d'évaluation de la justification de la clause de non-concurrence doit tenir compte des intérêts légitimes de l'entreprise et de l'effet de son application sur la liberté de travail»³⁴⁰. La Cour supérieure dans l'affaire *Beau-T Stop*, argumentait aussi en faveur d'une analyse distincte et prioritaire de l'impact de la clause sur la capacité de gain de l'ex-employé³⁴¹. Il sera donc primordial pour les tribunaux d'étudier «l'impact réel découlant de [l'application de la clause de non-concurrence] sur la liberté du travail»³⁴². Pratiquement, la jurisprudence récente prend de plus en plus en compte ce critère, qui semble devenir un incontournable.

Quelle sera donc l'analyse à effectuer pour déterminer si la clause de non-concurrence sous étude ne «cause pas indûment atteinte à la capacité de gain de l'employé ?». Le juge Dalphond dans *Beau-T Stop* indique :

«Il s'agit d'un test objectif en vertu duquel l'atteinte à la liberté d'emploi du salarié ne peut être légale qu'en autant qu'elle est raisonnable et justifiée eu égard aux circonstances (caractéristiques de l'emploi, nature de l'entreprise, reconnaissance de la présence d'un intérêt pour l'employeur suffisamment important pour justifier une restriction, comme par exemple, sa vulnérabilité face à un ex-employé quant à certaines informations acquises par ce dernier dans le cadre de son emploi et non connues des concurrents, conséquence de la restriction sur la capacité de gain de l'ex-employé, proportionnalité entre la restriction et l'intérêt reconnu...)»³⁴³.

Ceci revient à dire que la restriction à la capacité de gain de l'employé édictée par la clause de non-concurrence et ses trois limitations devra être proportionnelle aux circonstances et aux intérêts légitimes que l'employeur cherche à protéger. C'est ainsi que la Cour supérieure résume ce critère dans *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*³⁴⁴, en indiquant que «le présent cas en est un où les restrictions imposées et leur impact sur la capacité de l'employé de gagner sa vie n'avaient aucune commune mesure avec ses fonctions et surtout son

³³⁸ À titre d'exemple, dans la décision récente *Spa Bromont inc. c. Cloutier*, préc., note 247, par. 109, le tribunal indique que «la combinaison de ces trois facteurs (la durée, le territoire et le travail visé), fait en sorte que la clause est disproportionnée».

³³⁹ *Guay inc. c. Payette*, préc., note 17.

³⁴⁰ D. ROUX, préc., note 9, p. 224.

³⁴¹ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 32.

³⁴² D. ROUX, préc., note 9, p. 224.

³⁴³ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 32.

³⁴⁴ Préc., note 97.

niveau de rémunération. Les clauses de non-concurrence en l'instance ne passent pas le test de la proportionnalité et de l'équilibre.»³⁴⁵ Cet équilibre sera donc primordial, puisqu'un employeur ne peut avoir un intérêt légitime à empêcher purement et simplement un employé de travailler dans son domaine d'expertise³⁴⁶.

Nous sommes donc face à un *test de proportionnalité et de raisonabilité* fermement ancré dans les circonstances de chaque cas d'espèce. Toujours dans *Beau-T Stop*, dans une citation qui peut aujourd'hui être qualifiée de «célèbre», le juge Dalphond conclut en indiquant :

«En somme, l'exercice s'apparente au processus applicable en matière d'atteinte à une liberté fondamentale protégée par la Charte canadienne des droits et libertés ou la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, soit l'obligation pour la partie qui demande le maintien de la restriction de démontrer que celle-ci est raisonnable et justifiée, incluant la preuve d'une proportionnalité entre l'atteinte et l'intérêt légitime que l'on veut protéger»³⁴⁷.

En résumé, après avoir déterminé que la durée, le territoire et le genre d'activités restreintes par la clause de non-concurrence sont en eux-mêmes raisonnables, le tribunal évaluera si, en fonction de divers critères comme les fonctions occupées par l'employé, la taille de l'entreprise ou encore la nature de ses activités, la restriction globale imposée à la liberté de travail de l'employé par l'addition de ses trois limites est proportionnelle et raisonnable par rapport aux intérêts légitimes que l'employeur cherche à protéger³⁴⁸. «Pour être valide, une clause de non-concurrence doit être raisonnable. Pour ce faire, un équilibre entre la protection des intérêts légitimes de l'employeur et l'intérêt général à sauvegarder la liberté de travail est requis.»³⁴⁹ Si cette restriction est proportionnelle et raisonnable, la clause de non-concurrence ne portera donc pas illégitimement atteinte au droit au travail.

Mais quels sont donc les droits que l'ex-employé doit mettre dans la balance pour déterminer si l'atteinte à sa liberté de travail causée par l'addition de trois limites de durée, de territoire et d'activité est proportionnelle aux intérêts légitimes de l'employeur? Que comprend donc le droit de

³⁴⁵ *Id.*, par. 46.

³⁴⁶ *A.R. Medicom inc. c. Bergeron*, D.T.E. 2004T-4 (C.S.), par. 16, conf. par AZ-04019528 (C.A.).

³⁴⁷ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 34.

³⁴⁸ P.-A. GENDREAU, préc., note 169, p. 116 : « Il s'agit pour le tribunal de soupeser les différents aspects pour vérifier s'il existe un équilibre entre la protection des intérêts légitimes de l'employeur et ceux du salarié qui doit gagner sa vie. »

³⁴⁹ A. STEELE, préc., note 204, p. 95, aux pages 134-135.

gagner sa vie? La Cour supérieure, dans l'affaire *Automatisation JRT inc. c. Roy*³⁵⁰, explique de manière limpide les droits opposés en présence :

«Chaque fois, en pareilles circonstances, deux droits fondamentaux et légitimes s'affrontent. D'une part, le droit de l'entreprise de protéger le produit de ses efforts et de ses divertissements dans un marché de plus en plus ouvert, varié et concurrentiel. D'autre part, le droit de toute personne de travailler et de gagner sa vie dans un domaine de sa compétence, dans sa langue maternelle et dans un environnement géographique qui lui convient»³⁵¹.

Souvent, à cette étape, le tribunal reprendra certaines parties de son analyse déjà effectuée concernant la validité de la durée, du territoire et des activités couvertes, mais dans une optique plus globale axée sur le droit au travail. Le tribunal déterminera donc si, dans les circonstances réelles en cause, l'addition des trois limites empêche le salarié de gagner sa vie.

Plusieurs facteurs ont un impact majeur pour déterminer de quel côté penchera la «balance» de l'analyse globale du tribunal. L'un de ceux qui revient souvent en jurisprudence concerne la nature des fonctions occupées par l'employé. En effet, elle reconnaît souvent qu'un employé ne détenant pas de qualifications poussées ou de spécialisations, comme un simple câbleur et installateur de systèmes téléphoniques³⁵², un technicien d'usine³⁵³, un ouvrier effectuant quelques tâches administratives³⁵⁴ ou encore un employé en mécanique³⁵⁵, pourra plus difficilement être empêché de travailler et de gagner sa vie qu'un spécialiste du jeu vidéo détenant une expertise extrêmement pointue ou un cadre supérieur³⁵⁶. Selon M. Grenier et M. St-Pierre-Plamondon, «s'il est pour le moins aisé de comprendre l'intérêt légitime d'un employeur de restreindre la liberté de travail d'un cadre supérieur ou encore d'un vendeur, il en est autrement dans le cas d'un ouvrier.»³⁵⁷ Le salaire de l'employé pourra aussi être pris en compte pour déterminer son importance au sein de l'entreprise, tel que noté dans *Ikon*³⁵⁸.

³⁵⁰ Préc., note 64.

³⁵¹ *Automatisation JRT inc. c. Roy*, préc., note 64, par. 10.

³⁵² *GS/C Communication inc. c. Maurice*, préc., note 205, par. 30 et 41.

³⁵³ *Automatisation JRT inc. c. Roy*, préc., note 64, par. 17.

³⁵⁴ *Fleurexpert inc c. Trudel*, 2008 QCCQ 6327, par. 97.

³⁵⁵ *9024-1027 Québec inc. c. Drainville*, préc., note 187.

³⁵⁶ *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, préc., note 6 ; *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, 2006 QCCS 2475 ; *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, 2006 QCCS 2677.

³⁵⁷ M. GRENIER et M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 2, p. 4.

³⁵⁸ *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*, préc., note 97, par. 45.

Un autre facteur entrant dans la balance sera la taille de l'entreprise ainsi que son niveau de spécialisation. Toujours dans le jugement *Automatisation JRT inc. c. Roy*³⁵⁹, la Cour supérieure note qu'une entreprise de haute technologie ayant un chiffre d'affaires impressionnant ne saurait voir ses intérêts légitimes mis en danger par un simple employé de 24 ans³⁶⁰; il n'y aurait aucune proportionnalité entre la restriction de la liberté de travail de ce simple employé et la protection d'intérêts d'une si grosse entreprise. Aussi, le fait qu'une clause de non-concurrence empêcherait un employé de travailler alors que l'âge de la retraite approche pourra être pris en considération³⁶¹.

Malheureusement, les tribunaux ne font pas preuve d'une cohérence exemplaire concernant la détermination de ce qui constitue une atteinte induite à la capacité de gain de l'employé, ou encore concernant le degré de proportionnalité requis. En effet, si, pour certains tribunaux, une clause de non-concurrence ne saurait empêcher un employé de travailler dans le seul domaine qu'il connaît³⁶², pour d'autres, l'ex-employé empêché de travailler dans son domaine n'a qu'à se relever les manches et se trouver un autre emploi, quel qu'il soit. L'exemple du jugement *Astral Radio Inc. c. Roy*³⁶³ est révélateur. Dans cette affaire, la Cour supérieure indiqua tout simplement à un représentant des ventes dans le domaine de la radiodiffusion que la balance des inconvénients n'était pas en sa faveur puisque la clause de non-concurrence ne l'empêchait de gagner sa vie que pendant trois mois dans son domaine et que, de toute façon, qu'il n'avait qu'à aller travailler en anglais en Outaouais ou, si cela n'était pas possible, redevenir *vendeur de vêtements*³⁶⁴! Autant dire au jeune concepteur de jeux vidéo, empêché de travailler par une clause de non-concurrence en quittant son premier emploi dans son domaine, qu'il n'a qu'à redevenir serveur dans un café, puisque c'était le travail qu'il effectuait alors qu'il était étudiant.

Ainsi, pour conclure, le critère d'analyse globale par excellence de la clause de non-concurrence est le droit au travail. Cette affirmation est soutenue par la jurisprudence récente, qui mentionne ce critère dans la majorité de ces décisions lors de l'analyse de la clause comme un tout. Il est évidemment logique que ce critère soit prééminent dans l'étude de la validité de la clause de non-concurrence, étant donné l'intention du législateur à l'article 2089 C.c.Q. de protéger le droit au

³⁵⁹ Préc., note 64.

³⁶⁰ *Id.*, par. 17.

³⁶¹ *Rake & Thériault inc. c. Pageau*, préc., note 88, par. 21.

³⁶² Par exemple, dans l'affaire *Chaumière Baie-St-Paul inc. c. Giguère*, préc., note 227, par. 59, le tribunal indique clairement que la balance des inconvénients penche en faveur de l'ex-employé, puisque si l'injonction est accordée, celui-ci devra «en conséquence se trouver un emploi dans un autre domaine d'activité» alors qu'«il travaille dans le domaine de la décoration intérieure à Baie-St-Paul depuis au-delà de vingt-deux ans et c'est son unique gagne-pain».

³⁶³ 2002 CanLII 23817 (QC C.S.).

³⁶⁴ *Id.*, par. 39 et 40.

travail et de rétablir l'équilibre entre l'employeur et l'employé. Ainsi, bien que n'étant nullement mentionné à l'article 2089 C.c.Q., le droit au travail sera autant un critère de validité de la clause de non-concurrence qu'un principe de base soutenant l'intégralité de cet article et conditionnant l'interprétation sévère qu'en feront les tribunaux.

1.2 Les critères externes

D'autres critères peuvent, en plus de ceux de forme et de fond prévus à l'article 2089 C.c.Q., s'avérer d'importance lors de l'analyse de la validité d'une clause de non-concurrence. Puisqu'ils ne découlent pas directement de l'article 2089 C.c.Q., ces critères sont utilisés de manière plus marginale par la jurisprudence, mais ils restent particulièrement intéressants et peuvent ouvrir aux plaideurs des avenues peu empruntées. Le droit commun des contrats (section 1.2.1), les règles du contrat d'adhésion (section 1.2.2) et la présence ou non d'autres clauses restrictives d'emploi dans le contrat de travail (section 1.2.3) sont les plus importants de ces critères qui pourraient être qualifier «d'externes».

1.2.1 Le droit commun des contrats

Il va sans dire que le contrat de travail, et donc la clause de non-concurrence qu'il peut contenir, sont assujettis à la théorie générale des contrats du C.c.Q., comme par exemple les règles de formation des contrats³⁶⁵. Il s'agit de règles qui sont très peu utilisées par les tribunaux et elles mériteraient d'être redécouvertes. Ainsi, rares sont les décisions qui font appel aux principes de droit commun, malgré qu'il y aurait souvent possibilité de les utiliser et que « la recherche de [l']équilibre entre les intérêts de l'employeur et ceux de l'employé dans l'établissement du caractère raisonnable d'une clause restrictive passe par l'analyse du respect des conditions fondamentales de la formation de tout contrat en droit civil québécois»³⁶⁶. Cette section regroupe donc quelques décisions des tribunaux ayant utilisé dans leur analyse le droit commun des contrats, autant la théorie des vices du consentement que l'obligation d'une contrepartie à la clause signée.

Tout d'abord, un survol de la théorie des vices du consentement. Le consentement à la clause de non-concurrence doit, selon l'article 1398 C.c.Q., «être donné par une personne qui, au temps où elle le manifeste, de façon expresse ou tacite, est apte à s'obliger»³⁶⁷. De plus, le consentement, selon l'article 1399 C.c.Q., ne peut être vicié par l'erreur sur «la nature du contrat, sur l'objet de la

³⁶⁵ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, aux pages 269 et 270.

³⁶⁶ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.33.

³⁶⁷ C.c.Q. art. 1398.

prestation ou, encore, sur tout élément essentiel qui a déterminé le consentement»³⁶⁸ ou par le dol de l'autre partie³⁶⁹. Il sera fait exception à cette règle dans le cas d'une erreur inexcusable³⁷⁰.

Peut aussi vicier le consentement la crainte d'un préjudice sérieux «lorsque cette crainte est provoquée par la violence ou la menace de l'autre partie ou à sa connaissance»³⁷¹ ou quand elle est «inspirée par l'exercice abusif d'un droit ou d'une autorité ou par la menace d'un tel exercice»³⁷². Finalement, la lésion, qui est «l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties»³⁷³, vicie aussi le consentement, mais uniquement dans les cas expressément prévus par la loi, à savoir à l'égard des mineurs ou des majeurs protégés³⁷⁴. Tout contrat dont le consentement est entaché de l'un de ces vices pourra éventuellement être annulé ou son obligation réduite dans les cas d'erreurs provoquées par le dol³⁷⁵.

Ainsi, une clause de non-concurrence signée en cours d'emploi sous la menace explicite d'un congédiement ne devrait pas être raisonnable selon les auteurs³⁷⁶ et a déjà été mise en doute par la jurisprudence³⁷⁷. Il est facile d'imaginer que ces situations puissent être fréquentes en pratique. En effet, les clauses de non-concurrence sont parfois signées en cours d'emploi, sans contrepartie valable³⁷⁸, et un refus de signature de la part de l'employé n'est pas envisageable s'il souhaite poursuivre sa carrière au sein de l'entreprise. La crainte d'un renvoi présidera plus souvent qu'à son tour à ce genre de transaction. Si l'article 2089 C.c.Q., disposition d'ordre public, vise à protéger le droit au travail du salarié contre le déséquilibre induit par sa position de vulnérabilité face à l'employeur, il serait logique que les tribunaux prennent en compte la crainte de congédiement qui accompagne souvent la signature d'une clause restrictive d'emploi sans contrepartie valable.

L'erreur peut aussi vicier le consentement. Voici un exemple rapporté par les auteurs Audet, Bonhomme et Gascon : « Dans l'affaire *Vacquier c. Compro Communication*, C.S. Mtl, L.P.J. 94-4288, l'honorable juge Tellier a souligné qu'il y avait lieu d'annuler pour vice de consentement une clause de non-concurrence contenue dans une entente signée 10 jours avant son licenciement. Selon

³⁶⁸ C.c.Q. art. 1400.

³⁶⁹ C.c.Q. art. 1401.

³⁷⁰ C.c.Q. art. 1400 al. 2.

³⁷¹ C.c.Q. art. 1402.

³⁷² C.c.Q. art. 1403.

³⁷³ C.c.Q. art. 1406.

³⁷⁴ C.c.Q. art. 1405.

³⁷⁵ C.c.Q. art. 1407.

³⁷⁶ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, aux pages 269 et 270.

³⁷⁷ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.29, analysant la décision *Résidences P.F. inc. c. Filteault*, D.T.E. 98T-481 (C.S.).

³⁷⁸ Voir par exemple : *A. Roberge inc. c. Cormier*, préc., note 16.

le tribunal, au moment de la signature de cette entente, l'employeur avait déjà décidé de mettre fin à l'emploi du demandeur.»³⁷⁹ Le tribunal conclut dans cette affaire à l'erreur sur l'objet de la prestation, puisque l'employé croyait signer un nouveau contrat avec l'employeur lui assurant le maintien de son emploi, alors que l'employeur ne souhaitait que se prémunir d'une clause de non-concurrence valide contre son employé avant de le congédier.

Il est important de mentionner que, dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire ou provisoire demandant l'application d'une clause de non-concurrence, le tribunal refusera souvent de se pencher sur de telles allégations au motif que cette tâche revient plutôt au juge qui sera chargé de trancher le fond de l'affaire. Ce fut le cas dans l'affaire *Graphique Matrox inc. c. Lepage*³⁸⁰, où la Cour supérieure indiqua que «le fait que tant Nvidia que Lepage plaident que ce dernier a signé sous la contrainte et que partant, son engagement est invalide, fera l'objet d'un examen minutieux par le juge du fond»³⁸¹. Nous trouvons ce genre d'argument discutable, pour toutes les raisons qui seront soulevées dans la deuxième section de ce mémoire. Pour le moment, contentons-nous de souligner qu'il apparaît inutile de renvoyer cette étude au juge du fond, puisque dans la très vaste majorité des cas, les requêtes en injonctions interlocutoires ou provisoires ne se rendront *jamais* à cette étape. Par exemple, dans l'affaire ci-haut mentionnée, le jugement au fond n'eut jamais lieu et cet argument de l'employé ne put donc jamais être analysé.

Au contraire de l'affaire *Graphique Matrox*, toujours dans un cas d'injonction en Cour supérieure, le tribunal a déjà jugé qu'un droit ne pouvait être clair et apparent dans un cas où l'employée affirmait « qu'elle n'avait pas signé le contrat de travail en toute connaissance de cause puisqu'elle était à ce moment très perturbée par l'hospitalisation de son conjoint »³⁸². Par contre, il est à notre avis évident que ce genre d'affirmation peut facilement se heurter à un problème de preuve. Il est d'ailleurs fort probable que cela soit généralement le cas lors d'une tentative pour faire invalider une clause de non-concurrence, ou tout autre type de clause d'ailleurs, sur les bases des articles 1398 C.c.Q. et suivants. Il est bien difficile, en pratique, de prouver que des pressions indues ont pesé sur les épaules de l'employé lors de la signature, ou encore que son consentement était vicié lors de celle-ci.

Un autre critère parfois soulevé par la jurisprudence est celui de la contrepartie valable. Ce critère était rarement soulevé en jurisprudence, mais risque de l'être de plus en plus depuis un

³⁷⁹ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.21.

³⁸⁰ Préc, note 130.

³⁸¹ *Id.*, par. 25.

³⁸² G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.30, analysant la décision *Entreprise J'ose liée c. Dalziel*, D.T.E. 97T-1194 (C.S.).

jugement rendu par la Cour d'appel en juillet 2012 (*Jean c. Omegachem inc.*³⁸³). Avant ce jugement, les tribunaux avaient parfois souligné, pour critiquer une clause de non-concurrence et mettre en doute sa validité, le fait que celle-ci avait été consentie sans contrepartie adéquate, lorsqu'on demandait à l'employé de la signer en cours d'emploi. Certains auteurs ont aussi soulevé que, «[l]'imposition d'une clause de non-concurrence en cours d'emploi devrait être accompagnée d'un avantage corrélatif pour l'employé, cet avantage devant au surplus être lié directement à la signature de la clause»³⁸⁴.

Il est intéressant de remarquer qu'en droit québécois, cette question est peu soulevée, alors que chez nos cousins français, «depuis 2002, la clause ne sera licite dans un contrat de travail, que si elle s'accompagne d'une contrepartie financière»³⁸⁵. Il s'agit d'une règle jurisprudentielle qui vient s'ajouter aux prescriptions déjà présentes dans la loi française, semblables à celles prévues à l'article 2089 C.c.Q. (limitations dans le temps, l'espace et quant à la nature des activités ainsi que la nécessité d'un intérêt légitime de l'entreprise³⁸⁶). Selon le droit français, cette contrepartie offerte à l'employé contre sa signature d'une clause de non-concurrence est primordiale et obligatoire, puisque la clause vient restreindre une liberté fondamentale, la liberté de travail, ce qui ne peut se faire sans une importante contrepartie financière. Cette compensation constitue «un effort pour établir un équilibre économique entre les parties»³⁸⁷. Aussi, elle «a pour effet de placer l'employé dans une position de négociation plus intéressante et la durée des clauses restrictives se trouve diminuée afin de limiter le paiement de cette compensation»³⁸⁸. En cela, le droit français diffère énormément du nôtre³⁸⁹ et se révèle plus protecteur des droits de l'employé.

En droit québécois, une contrepartie valable devrait, selon certains auteurs et selon une rare jurisprudence, être offerte à l'employé à qui il est demandé de s'astreindre à des obligations de non-concurrence en cours d'emploi. Ceci permettrait, entre autres, de dissiper la possibilité que cette

³⁸³ Préc., note 65.

³⁸⁴ N.-A. BÉLIVEAU et S. LEBEL, préc., note 99, p. 113, à la page 154.

³⁸⁵ Judith BECKHARD-CARDOSO, « **Les clauses de non-concurrence en droit français – Protection légitime ou insécurité juridique ?** », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1, à la page 11.

³⁸⁶ *Id.*, p. 1, aux pages 11-18.

³⁸⁷ Audrée DUFRESNE et Dominique LAUNAY, « L'obligation de non-concurrence lorsque le contrat d'emploi est résilié sans motif sérieux (art. 2095 C.c.Q.) », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence (2008)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 223, à la page 229.

³⁸⁸ *Id.*, p. 223, à la page 229.

³⁸⁹ Louis BARIBEAU, « La clause de non-concurrence doit être signée à l'embauche », (2012) 7 J. du Bar. 42 : Il faut par contre indiquer qu'en pratique, au Québec, « dans les contrats de cadre de grandes entreprises, on négocie systématiquement des indemnités de fin d'emploi équivalentes à la durée de la clause de non-concurrence ».

clause ait été signée sous la crainte d'un renvoi. Dans l'affaire *Société Pole-Lite ltée c. Cormier*³⁹⁰, un employé signa une clause de non-concurrence après plus de 30 ans de services. La Cour supérieure déclara la clause nulle et inapplicable puisque l'employé «a[vait] été incité à signer le document sous de fausses représentations et qu'il n'a[vait] reçu aucune considération réelle en contrepartie de ses engagements»³⁹¹.

Quelques décisions plus récentes ont soulevé le critère de l'absence de contrepartie adéquate pour justifier, en partie, un jugement rejetant l'application d'une clause de non-concurrence. Ce fut le cas dans l'affaire *9024-1027 Québec inc. c. Drainville*³⁹². Aussi, dans *TQS inc. c. Pelletier*³⁹³, la Cour supérieure rappela fort à propos que «[i]l n'est jamais contre-indiqué, dans ce genre de dossier, d'examiner la contrepartie reçue par l'employé qui accepte une clause de non-concurrence»³⁹⁴. Plus loin, lors de l'analyse de la validité de la clause de non-concurrence, le juge indiqua même que l'augmentation de salaire qui, dans le cas présent, accompagnait la signature de la clause en cours d'emploi ne constituait pas une «contrepartie intéressante»³⁹⁵, puisque la compagnie devait plus de 10 000\$ en arrérages à la défenderesse. Au contraire, dans *Félix Franciscout & Associés inc. c. Champagne*³⁹⁶, la Cour supérieure refusa de reconnaître que la clause de non-concurrence était un contrat d'adhésion puisque l'employé l'avait signée en contrepartie d'une importante hausse salariale et d'une augmentation de ses commissions³⁹⁷.

Très récemment, dans l'arrêt *Jean c. Omegachem inc.*³⁹⁸, la question de la contrepartie adéquate fut abordée, mais dans le cadre d'une plainte en congédiement sans cause juste et suffisante³⁹⁹. Dans cette affaire, le salarié, un haut cadre d'entreprise, refusa de signer une clause de non-concurrence en cours d'emploi sans contrepartie valable et fut congédié. La Cour d'appel donna raison au salarié, «consacr[ant] la nécessité d'une contrepartie dans le cadre de négociation en cours d'emploi à propos d'une telle clause»⁴⁰⁰. En résumé, selon cette affaire, «congédier sans préavis un salarié qui refuse de signer en cours d'emploi une clause de non-concurrence qu'on lui présente

³⁹⁰ [1989] R.J.Q. 1584 (C.S.).

³⁹¹ *Id.*, p. 17.

³⁹² Préc., note 187, par. 57.

³⁹³ Préc., note 110.

³⁹⁴ *Id.*, par 47.

³⁹⁵ *Id.*, par. 51.

³⁹⁶ 2003 CanLII 23338 (QC C.S.).

³⁹⁷ *Id.*, par. 19-22.

³⁹⁸ Préc., note 65.

³⁹⁹ Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1, art. 124.

⁴⁰⁰ L. BARIBEAU, préc., note. 389.

pour la première fois trois ans après son entrée en fonction n'est clairement pas une cause juste et suffisante»⁴⁰¹.

Selon nous, ce critère mériterait d'être plus souvent soulevé et nous espérons que le jugement dans *Omegachem* entraînera des effets hors du cadre de la *Loi sur les normes du travail*. Il nous semble qu'il serait peut-être pertinent de considérer la contrepartie valable lors de l'étude de la validité de la clause de non-concurrence, bien que cela ne soit pas un critère spécifiquement prévu à l'article 2089 C.c.Q. À notre avis, sans cette contrepartie, une clause signée en cours d'emploi fait pencher dangereusement l'équilibre que tente de redresser l'article 2089 C.c.Q. dans le camp de l'employeur, l'employé ne recevant strictement rien, sauf la «sauvegarde» de son emploi, en contrepartie de graves concessions.

Cet argument pourrait aussi être soulevé par les plaideurs dans le but d'amener le tribunal à conclure que la clause de non-concurrence a été signée en cours d'emploi sous la crainte d'un renvoi et non pour une contrepartie valable comme une augmentation de salaire ou de responsabilité conséquente. Au minimum, cet argument pourrait amener le tribunal à conclure plus facilement au caractère d'adhésion de la clause de non-concurrence car, si celle-ci a été signée sans contrepartie valable, il serait peu crédible de soutenir ensuite que l'employé a été consulté dans la rédaction de cette clause ou encore qu'il a pu en négocier les modalités.

Ainsi, pour conclure, nous sommes d'avis que les tribunaux devraient prendre en compte plus souvent les règles du droit commun des contrats lors de l'analyse de la validité d'une clause de non-concurrence. Le droit commun des contrats, à savoir les règles de formation des contrats ainsi que la question de la contrepartie reçue en échange de l'obligation, constitue une avenue incontournable pour s'assurer du respect du droit au travail dans le cadre d'une requête cherchant l'application d'une clause de non-concurrence.

1.2.2 Le contrat d'adhésion

Nous avons déjà mentionné que la jurisprudence a toujours été plus sévère à l'endroit d'une clause de non-concurrence comprise dans un contrat de travail qu'envers celle se retrouvant au sein d'un contrat de vente d'entreprise⁴⁰². La principale raison invoquée par les tribunaux à ce sujet est souvent que le contrat de vente d'entreprise (et il en va de même pour les conventions d'actionnaires) est négocié de longue haleine entre des parties averties et sur un pied d'égalité. Le

⁴⁰¹ *Jean c. Omegachem inc.*, préc., note 65, par. 45.

⁴⁰² Voir par exemple : *Shafroon c. KRG Insurance Brokers (Western) inc.*, préc., note 87.

contrat de travail, pour sa part, est presque toujours conclu dans un contexte où le salarié est en position de grande vulnérabilité et de déséquilibre face à l'employeur⁴⁰³. En recherche d'emploi, parfois sans expérience lors d'une première embauche, «on reconnaît [...] que, dans la majorité des cas, la clause de non-concurrence (ou autre clause assimilable) a été imposée par l'employeur et n'a pu être véritablement négociée par le salarié : on nage donc ici en plein contrat d'adhésion au sens de l'article 1379 C.c.Q.»⁴⁰⁴.

Cet article, à l'alinéa 1, définit le contrat d'adhésion comme celui où «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'elle ne pouvait être librement discutées»⁴⁰⁵. Il en sera ainsi lorsqu'un travailleur sera prêt à accepter toutes dispositions du contrat après une longue période de chômage⁴⁰⁶ ou par exemple dans une situation économique de sous-emploi généralisé⁴⁰⁷. De même, le contrat, pour être qualifié d'adhésion, ne devra pas avoir été négocié par les parties. Ce ne sera souvent pas le cas des hauts cadres supérieurs d'entreprise, qui négocient en majorité leurs contrats de travail. Les tribunaux s'entendent par contre pour dire que «le simple fait de donner à son cocontractant le temps de réfléchir ne saurait suffire»⁴⁰⁸ à refuser la qualification de contrat d'adhésion, surtout quand le contrat est qualifié de «non négociable»⁴⁰⁹. Finalement, la présence dans la clause de non-concurrence d'une stipulation indiquant que le salarié reconnaît la validité des restrictions imposées est nulle et peut au contraire amener le tribunal à y voir les caractéristiques du contrat d'adhésion⁴¹⁰. En effet, un salarié consciencieux n'accepterait généralement pas, en pleine connaissance de cause, une telle stipulation lui retirant tout droit.

Ainsi, si le contrat de travail peut être assimilé à un contrat d'adhésion, certaines règles supplémentaires s'appliquent à la clause de non-concurrence pour en déterminer la validité. Prenons note que, selon nous, les règles concernant le contrat d'adhésion, principalement celles des articles 1432 C.c.Q. et 1436 C.c.Q., seraient déjà comprises dans l'obligation pour la clause de non-concurrence d'être écrite en des termes «exprès», dont nous avons précédemment discuté à la section 1.1.1.2. Il semble par contre pertinent de revenir sur ces articles séparément, puisque de

⁴⁰³ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 3.

⁴⁰⁴ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 264.

⁴⁰⁵ C.c.Q. art. 1379 al. 1.

⁴⁰⁶ 2951-2902 *Québec inc. c. Vanier*, D.T.E. 97T-62 (C.S.).

⁴⁰⁷ *Laboratoire Constant inc. c. Beauchamp*, préc., note 211.

⁴⁰⁸ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.24.

⁴⁰⁹ *Id.*, par. 10.2.24.

⁴¹⁰ 9024-1027 *Québec inc. c. Drainville*, préc., note 187.

nombreux tribunaux traitent encore cette question en ce fondant sur ces articles, tels que le démontrent les cas jurisprudentiels présentés dans cette section.

Premièrement, selon l'article 1436 C.c.Q., la clause «illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent»⁴¹¹. Dans le cas d'une clause de non-concurrence, l'exigence que l'employé souffre un préjudice du fait de la clause sera presque automatiquement rencontrée, étant donné qu'un employé empêché de travailler subit définitivement un préjudice quantifiable à ses droits fondamentaux.

Dans *Ikon*⁴¹², la Cour supérieure utilisa entre autres cette disposition pour déclarer déraisonnable une clause de non-concurrence «largement incompréhensible [...] pour une personne raisonnable (y compris le juge)»⁴¹³. La clause de non-concurrence, dans cette affaire, était particulièrement longue et alambiquée, comprenant de nombreux renvois et exceptions; le juge indiqua que même les procureurs des parties semblaient incapables d'en comprendre le sens et de l'expliquer clairement lors de l'audience⁴¹⁴.

Un exemple de clause illisible pourrait être une annexe comprenant une carte délimitant le territoire devant être couvert par la clause de non-concurrence, mais dont la qualité est si mauvaise qu'il est impossible de la lire correctement. Ce pourrait aussi être le cas si le trait de crayon entourant la zone couverte est si peu précis qu'on ne peut déterminer où commence et où se termine cette zone. Il en va de même de la clause écrite en caractères minuscules. Pour conclure sur cette règle, il est à notre avis douteux que la dernière partie de l'article 1436 C.c.Q. puisse s'appliquer aux clauses de non-concurrence : même si des «explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause» ont été fournies au salarié, l'obligation que la clause soit expressément écrite demeure fermement ancrée et un employeur ne pourrait se dégager de son obligation en arguant, par exemple, avoir indiqué verbalement au salarié les délimitations d'un territoire sur une carte mal imprimée.

Une autre règle très importante découlant de la qualification de contrat d'adhésion est que la clause de non-concurrence abusive est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive

⁴¹¹ C.c.Q. art. 1436.

⁴¹² *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*, préc., note 97.

⁴¹³ *Id.*, par. 29.

⁴¹⁴ *Id.*, par. 30.

une 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»⁴¹⁵. Cette disposition est le plus souvent utilisée pour déterminer si la clause pénale jointe à une clause de non-concurrence est abusive ou non, concernant le montant prévu⁴¹⁶. Dans *Ikon*, la Cour supérieure indiqua tout de même, concernant la clause de non-concurrence sous étude, que ces clauses, à «plusieurs égards, [paraissaient] mêmes grossièrement excessives, déraisonnables et exorbitantes»⁴¹⁷.

Aussi, la clause externe à laquelle la clause de non-concurrence d'adhésion renvoie, laquelle constitue, le plus souvent, une annexe décrivant sous la forme d'une carte le territoire couvert par l'entente, ou encore une liste des clients «concurrents» de l'entreprise, n'est valide que si elle a «été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance»⁴¹⁸. Par exemple, si une annexe décrivant les activités concurrentes à éviter n'est pas montrée directement au salarié, la clause de non-concurrence sera nulle, puisqu'elle n'aura aucune activité définie.

Malgré cette règle claire, il importe de noter la décision contraire *3108163 Canada inc. c. Joannis*⁴¹⁹. De fait, dans cette décision, la clause de non-concurrence «prévoyait que l'employé ne pouvait faire concurrence à son employeur "dans le territoire désigné à l'annexe 2". Or, il était admis qu'aucune annexe n'était attachée au contrat d'emploi au moment de sa signature.»⁴²⁰ La Cour supérieure trancha en faveur de la validité de la clause puisque l'employé en l'espèce connaissait le territoire desservi par son employeur sans avoir besoin de voir cette annexe⁴²¹. Cette décision, rendue en 1997 sous l'égide du nouveau C.c.Q., ne fait aucune mention de la règle prévue à l'article 1435 C.c.Q. Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence, il est à notre avis douteux qu'une telle décision puisse être encore rendue aujourd'hui, ne serait-ce qu'en raison de l'application plus soutenue par les tribunaux de l'obligation de rédiger la clause de non-concurrence par écrit et dans des termes exprès.

Finalement, la dernière règle s'appliquant directement à un contrat d'adhésion concerne l'interprétation de ce dernier. Selon l'article 1432 C.c.Q., «[d]ans le doute, le contrat s'interprète en

⁴¹⁵ C.c.Q. art. 1437.

⁴¹⁶ Voir par exemple : *Agence Maître Boucher inc. c. Robert*, 2009 QCCS 1120, par. 70-74.

⁴¹⁷ *Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc.*, préc., note 97, par. 29.

⁴¹⁸ C.c.Q. art. 1435.

⁴¹⁹ Préc., note 76.

⁴²⁰ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par 10.1.67 et 10.1.68.

⁴²¹ *3108163 Canada inc. c. Joannis*, préc., note 76, p. 8.

faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulé. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur.»⁴²² Ainsi, une clause de non-concurrence ambiguë ou pas suffisamment claire et précise devra s'interpréter en faveur du salarié. Toutefois, comme il a déjà été discuté lors de l'étude de l'arrêt *Shafron* de la Cour suprême, une clause ambiguë ne devrait pas uniquement être interprétée contre l'employeur, elle devrait être nulle⁴²³ puisqu'elle ne permet pas raisonnablement de déterminer les obligations auxquelles sont assujetties les parties.

En un sens, cette disposition ne devrait donc pas être utile aux tribunaux, puisqu'une clause ambiguë créant le doute devrait être nulle et non «interprétable», vu l'obligation d'utiliser des «termes exprès» de l'article 2089 C.c.Q. Le «doute» ne devrait pas entraîner l'interprétation, mais l'invalidité, ce qui ne sera pas souvent le cas en jurisprudence.

1.2.3 La présence d'autres clauses restrictives : clause de non-sollicitation et clause de non-divulgaration ou de confidentialité

En général, un contrat de travail ne comprend pas uniquement une clause de non-concurrence. Dans la majorité des jugements étudiés pour effectuer cette recherche, nous avons pu observer que celle-ci est très souvent accompagnée d'une clause de non-sollicitation et d'une clause de confidentialité. Cette triple protection peut, à première vue, soulever des questionnements puisqu'elle engendre une certaine redondance. En effet, les activités de sollicitations interdites par une clause de non-sollicitation sont généralement couvertes par une clause de non-concurrence. La sollicitation est un acte de concurrence pur et simple et est donc comprise dans les actes interdits par une clause de non-concurrence, surtout dans les cas où le travail de l'ex-employé comprend une dimension importante de gestion de clientèle⁴²⁴. De même, le libellé de la plupart des clauses de confidentialité d'aujourd'hui se limite souvent aux contraintes qui sont déjà couvertes par l'article 2088 C.c.Q. et son obligation de loyauté postcontractuelle⁴²⁵.

Par contre, une étude plus approfondie de la jurisprudence nous permet de déceler l'importance d'inclure dans le contrat d'emploi du salarié une clause de non-sollicitation en plus d'une clause de

⁴²² C.c.Q. art. 1432.

⁴²³ M. GRENIER et M. ST-PIERRE PLAMONDON, préc., note 2, p. 62-66.

⁴²⁴ Voir par exemple : 9009-6256 *Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*, préc., note 182, par. 27 : «Enfin, il faut préciser que l'engagement de non-sollicitation se confond avec l'engagement de non-concurrence, en l'instance. En effet, l'essence même du travail de l'"AGENT" consiste à promouvoir des produits, auprès d'éventuels clients. Dans le contexte de l'affaire, la concurrence ne peut se faire sans une forme de sollicitation. Il suffit donc de traiter de la question de la non-concurrence pour couvrir les deux obligations.»

⁴²⁵ *Groupe Biscuit Leclerc inc. c. Rompré*, [1998] R.J.Q. 855 (C.S.), p. 12.

non-concurrence. En effet, la clause de non-sollicitation et parfois celle de confidentialité⁴²⁶ servent en quelque sorte de «clauses de dernier recours». En effet, si la clause de non-concurrence était déclarée invalide par les tribunaux, la clause de non-sollicitation pourrait perdurer et protéger alors les intérêts légitimes de l'employeur. L'employé, de son côté, pourra continuer à travailler pour le concurrent, mais se verra interdire de solliciter son ancienne clientèle. Ainsi, la clause de non-sollicitation est très importante : dans de nombreuses situations, elle protégera les intérêts légitimes de l'employeur en préservant son achalandage tout en permettant de respecter le droit au travail de l'employé. Beaucoup moins à même de brimer la liberté de travail de l'ex-employé, sauf dans les cas où celui-ci gagne sa vie en effectuant des activités intimement liées à une certaine clientèle, comme un vendeur par exemple, la clause de non-sollicitation sera souvent un compromis satisfaisant pour tous.

Il n'est donc pas surprenant de constater que la présence, dans le contrat de travail, d'autres clauses permettant de protéger adéquatement les intérêts légitimes de l'employeur constitue un critère parfois soupesé par les tribunaux pour déterminer la validité d'une clause de non-concurrence. À cet égard, les auteurs Audet, Bonhomme et Gascon soulignent que «le fait que l'employeur dispose de d'autres formes de protection, tel un engagement de confidentialité, sera également pris en compte dans l'analyse de l'intérêt légitime que l'employeur est justifié de protéger»⁴²⁷. Il s'agit par contre d'un critère d'analyse plus subjectif, qui transparaîtra parfois en filigrane d'une décision, mais qui, à notre avis, devrait définitivement être considéré par les tribunaux comme un moyen efficace de protéger les droits et intérêts de toutes les parties en cause.

Ce critère sembla influencer la Cour supérieure dans la décision *Société Laurentide Inc. c. Naud*⁴²⁸. Ici, une clause de non-concurrence et une clause de confidentialité étaient toutes deux présentes dans le contrat de travail. Dans le cadre de la demande d'injonction interlocutoire, après avoir déclaré que la clause de non-concurrence semblait raisonnable en l'espèce, le juge indiqua, au niveau de la balance des inconvénients «qu'il importe de protéger les intérêts légitimes de Laurentide mais de ne pas porter atteinte de façon injustifiée et indûment à la liberté d'emploi d'Yves Naud»⁴²⁹. Pour réaliser cet équilibre, l'injonction demandée ne fut rendue que pour contraindre l'employé à respecter l'engagement de confidentialité. Il ne fut pas rendue en vertu de

⁴²⁶ À titre d'exemple, dans l'affaire *Automatisation JRT inc. c. Gagné*, préc., note 269, après avoir déclaré la clause de non-concurrence déraisonnable, le juge se rabattit sur l'engagement de confidentialité pour interdire à l'ex-employé de solliciter les clients de l'employeur.

⁴²⁷ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par 10.1.67 et 10.1.68.

⁴²⁸ Préc., note 295.

⁴²⁹ *Id.*, par. 57.

la clause de non-concurrence, permettant ainsi de protéger les secrets commerciaux de l'employeur tout en laissant l'employé continuer de gagner sa vie chez son nouvel employeur.

Il en fut de même dans un autre jugement⁴³⁰, où la balance des inconvénients concernant la clause de non-concurrence pencha en faveur de l'employé puisque l'obligation de confidentialité protégeait déjà adéquatement l'employeur d'un préjudice à ses intérêts légitimes⁴³¹. Dans cette affaire, le juge indiqua aussi, lors de la détermination de la validité de la clause de non-concurrence, que celle-ci ne semblait exister que pour empêcher l'ex-employé de travailler, puisque les secrets de commerce de Toptech étaient amplement protégés par la clause de confidentialité⁴³².

Dans l'affaire *Groupe Biscuit Leclerc inc. c. Rompre*⁴³³, la Cour supérieure examina plutôt cette question dans le cadre de l'analyse du préjudice sérieux et irréparable que pourrait subir l'employeur. Le tribunal indiqua qu'il n'était, à son avis, pas nécessaire d'obliger l'employé à cesser de travailler pour un compétiteur pour protéger adéquatement les intérêts de l'employeur, la confidentialité étant dans cette affaire le nerf de la guerre⁴³⁴. De la même manière, dans la décision *Deghenghi c. Ayerst, McKenna & Harrison Ltd.*⁴³⁵, la Cour d'appel prit en considération le fait que l'entreprise était déjà protégée par un autre engagement de confidentialité pour déclarer que l'obligation de non-concurrence était déraisonnable et contraire à l'ordre public⁴³⁶. Récemment, dans l'affaire *9120-0204 Québec inc. (Orange Bleue) c. Émond*⁴³⁷, la Cour du Québec nota que l'employeur avait un intérêt tout à fait légitime à protéger les recettes secrètes de son restaurant, mais que l'engagement de confidentialité suffisait amplement à faire respecter cet intérêt. La clause de non-concurrence en l'espèce était trop vaste et n'était donc pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'employeur⁴³⁸.

Un autre critère qui a parfois été pris en compte par les tribunaux est le fait que l'employé s'engage solennellement, lors de l'audience, à respecter ses obligations de confidentialité prévues à l'article 2088 C.c.Q. et à ne divulguer aucun secret de commerce, ou encore à ne pas solliciter directement les anciens clients de l'entreprise. Dans la décision *GS/C Communication inc. c.*

⁴³⁰ *Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron*, préc., note 44.

⁴³¹ *Id.*, par. 60.

⁴³² *Id.*, par. 40.

⁴³³ Préc., note 425.

⁴³⁴ *Id.*, p. 15 et 16.

⁴³⁵ D.T.E. 98T-518 (C.A.).

⁴³⁶ *Id.*, p. 16 et 17.

⁴³⁷ Préc., note 320.

⁴³⁸ *Id.*, par. 59.

*Maurice*⁴³⁹, la Cour supérieure mentionna expressément que «l'employé s'[était] engagé à ne pas divulguer quoi que ce soit relativement aux soumissions, aux contrats et conditions de vente consentis à la clientèle de GS/C»⁴⁴⁰ et qu'il «s'[était] engagé à ne pas faire de sollicitation auprès des clients de GS/C (...)»⁴⁴¹ avant de refuser la demande d'injonction de l'entreprise.

1.3 La règle de l'article 2095 C.c.Q.

L'article 2095 C.c.Q. est bien plus qu'un critère de validité des clauses de non-concurrence s'ajoutant à ceux prévus à l'article 2089 C.c.Q.; en effet, cet article le prédomine littéralement, puisqu'il pose en quelque sorte une condition obligatoire d'applicabilité de la clause de non-concurrence.

Cet article codifie un courant jurisprudentiel antérieur à l'année 1994 qui se basait sur la théorie des mains propres⁴⁴² («clean hands») et sur l'exception d'inexécution en droit civil⁴⁴³. Le C.c.Q., à cet article, nous apprend que «[l]'employeur ne peut se prévaloir d'une stipulation de non-concurrence, s'il a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation»⁴⁴⁴. La situation où l'employeur donne au salarié «un tel motif de résiliation» fait appel à la notion de congédiement déguisé, qui survient «lorsque l'employeur n'a pas avisé l'employé de la fin de son emploi mais lorsque les changements unilatéraux apportés par l'employeur sont tels que l'employé est bien fondé de considérer le contrat de travail comme ayant été résilié»⁴⁴⁵. Cet article est donc une *condition préalable d'application* de la clause de non-concurrence qui nécessite une évaluation sérieuse quand elle est soulevée : s'il est au préalable prouvé que l'employé fut congédié sans motif sérieux ou qu'il y a eu congédiement déguisé, il sera inutile d'analyser la validité de la clause de non-concurrence selon l'article 2089 C.c.Q., puisque l'employeur n'aura *aucun droit* sur lequel se reposer.

C'est ainsi dire que, même si un employé travaille activement pour un concurrent direct de l'employeur et que son contrat de travail contient une clause de non-concurrence absolument valide,

⁴³⁹ Préc., note 205.

⁴⁴⁰ *Id.*, par. 49.

⁴⁴¹ *Id.*, par. 45.

⁴⁴² Selon Martine GRAVEL, « L'impact des Chartes sur le recours en injonction », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1994)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 23, à la page 42, la théorie des mains propres « repose sur le principe que celui qui veut recourir à l'injonction doit avoir respecté ses propres obligations ».

⁴⁴³ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.80.

⁴⁴⁴ C.c.Q. art. 2095.

⁴⁴⁵ Jean-Marc FORTIN, « Tendances en matière de congédiement déguisé », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *L'A-B-C des cessations d'emploi et des indemnités de départ*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 71, à la page 74.

aucune action ne pourra être prise contre lui si l'employeur l'a cavalièrement mis à la porte, sans motif sérieux, ou s'il lui a donné un tel motif de quitter son emploi. L'étude de la jurisprudence nous apprend que les employés menacés de l'application d'une clause de non-concurrence plaideront plus souvent la question sous l'angle du congédiement déguisé. Selon la Cour supérieure, «dans l'optique d'assurer un équilibre entre les parties et éviter les abus de la part de l'employeur, la nécessité d'un motif sérieux pour renvoyer le salarié pour se prévaloir d'une clause de non-concurrence assure une cohérence entre les intérêts en jeu»⁴⁴⁶, intérêts qui sont «les intérêts financiers de l'un et le droit à la liberté de travail de l'autre»⁴⁴⁷.

Il est évident que de permettre l'application d'une clause de non-concurrence malgré un renvoi intempestif serait venir directement contrecarrer l'intention du législateur à l'article 2089 C.c.Q. Selon l'auteur Dominic Roux, la règle de l'article 2095 C.c.Q. «fort logique, confirme que le travailleur ne peut subir deux atteintes consécutives à son droit au travail, d'abord contractuellement, et résultant de la faute de l'employeur, par la suite»⁴⁴⁸. Cet article possède donc un but commun avec l'article 2089 C.c.Q. : protéger le droit au travail de l'ex-employé en essayant de rétablir une certaine égalité entre l'employeur et le salarié, ce qui est d'ailleurs confirmé par les commentaires du ministre de la justice concernant cet article⁴⁴⁹.

Les notions de «motif sérieux» justifiant un congédiement et de «congédiement déguisé» sont complexes⁴⁵⁰ et débordent largement l'objet de ce mémoire. Sur ces sujets, nous renvoyons le lecteur à l'arrêt de principe *Farber c. Royal Trust Company*⁴⁵¹ de la Cour suprême, à la récente décision *Global Entertainment Inc. (Global Events) c. Goldfarb*⁴⁵² ainsi qu'aux propos des auteurs Dufresne et Launey dans leur article sur «l'obligation de non-concurrence lorsque le contrat d'emploi est résilié sans motif sérieux (a. 2095 C.c.Q.)»⁴⁵³. Il est par contre important de souligner rapidement quelques incertitudes jurisprudentielles qui rendent l'application de cet article plus ardue.

⁴⁴⁶ A. DUFRESNE et D. LAUNAY, préc., note 387, p. 223, à la page 230.

⁴⁴⁷ *Id.*, p. 223, aux pages 232 et 233.

⁴⁴⁸ D. ROUX, préc., note 9, p. 224.

⁴⁴⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, sur l'article 2095 C.c.Q.*, dans « Commentaire du ministre de la Justice. Un mouvement de société », Québec, Publications du Québec, 1993, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1993CM2096.

⁴⁵⁰ J.-M. FORTIN, préc., note 445, p. 71.

⁴⁵¹ [1997] 1 R.C.S. 846.

⁴⁵² 2011 QCCS 2324.

⁴⁵³ A. DUFRESNE et D. LAUNAY, préc., note 387, p. 223, à la page 223.

L'article 2095 C.c.Q. étant d'ordre public⁴⁵⁴, une clause de non-concurrence ne pourra chercher à l'écartier en indiquant, par exemple, que la clause doit s'appliquer «quelle que soit la cause du renvoi» ou «pour quelque cause que ce soit». Par contre, la question reste litigieuse à savoir si l'article 2095 C.c.Q. peut s'appliquer dans un cas où l'employeur mettrait fin au contrat de travail sans motif sérieux, mais en se basant sur une clause de préavis tout à fait légale ou encore dans le cadre d'un contrat à durée déterminée ou d'une quittance⁴⁵⁵. Concernant le cas du préavis contractuel, «force est de conclure que les cas où l'inclusion d'une clause de préavis contractuel au contrat individuel de travail peut rendre déraisonnable une clause restrictive autrement valide ne sont pas encore clairement définis»⁴⁵⁶. Un argument pourrait évidemment être soulevé en faveur de l'application de l'article 2095 C.c.Q. si le préavis remis ne respecte pas les principes reconnus en cette matière.

En ce qui concerne plus spécifiquement notre sujet, il est donc important de retenir que l'article 2095 C.c.Q. pose une condition fondamentale pour faire naître le droit de l'article 2089 C.c.Q. Si l'employé réussit à prouver au tribunal qu'il a été congédié sans motif sérieux ou qu'il a été victime d'un congédiement déguisé, il n'y aura pas lieu de se pencher sur la validité de la clause de non-concurrence, puisque celle-ci sera inapplicable et le droit de l'employeur d'y avoir recours, inexistant. Il sera très important de garder ceci en tête quand nous reviendrons, dans la partie 2 du mémoire, sur le cas très particulier de l'application de cet article dans les procédures d'injonctions recherchant la mise en application d'une clause de non-concurrence.

1.4 Conclusion : partie I

Dans la première partie de ce mémoire, nous avons tenté de rassembler en un tout cohérent les critères principaux soulevés par la jurisprudence et les auteurs pour déterminer la validité d'une clause de non-concurrence. Le but de cette étude était de faire ressortir l'importance du droit au travail comme principe sous-jacent fondamental de validité et d'interprétation d'une clause de non-concurrence et de déterminer le degré de protection accordé au salarié par le droit substantiel. Ce droit substantiel est prévu principalement à l'article 2089 C.c.Q., mais d'autres règles de droit, comme le droit commun des contrats et l'article 2095 C.c.Q., doivent aussi être prises en considération. Cette étude nous permettra de vérifier, dans la deuxième partie de ce mémoire, si ce droit substantiel, dont la portée est maintenant bien déterminée, est appliqué de manière efficace dans la pratique.

⁴⁵⁴ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 263.

⁴⁵⁵ Voir à ce sujet : R. BONHOMME et M. COURNOYER-PROULX, préc., note 115, p. 14-16.

⁴⁵⁶ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.100 et 10.3.102.

Bien que nous soyons consciente de la grande diversité de structures d'analyses et de critères possibles quand chaque jugement constitue un cas d'espèce, il nous semble important que les tribunaux s'astreignent à une analyse complète et rigoureuse des critères de validité de la clause de non-concurrence. Ces critères existant pour protéger une liberté fondamentale, l'analyse devrait toujours s'effectuer avec la même rigueur que celle qui est requise pour analyser une question mettant en jeu les Chartes, tel que le préconisait le juge Dalphond de la Cour supérieure dans *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*⁴⁵⁷.

Avant d'aller plus loin, nous tenons à souligner que cette analyse ne pourra évidemment être faite qu'en fonction de la preuve qui sera fournie au juge. Cette preuve différera grandement dans son exhaustivité selon le stade où sera rendue la cause (provisoire, interlocutoire, procédure au fond, etc.). Par contre, tel qu'il sera débattu dans la section 2 de ce mémoire, il est de notre avis qu'il est possible qu'une preuve plus complète, permettant l'analyse des critères présentés ici, soit présentée au juge même au stade d'une injonction. La grille d'analyse présentée dans cette section constitue donc un guide, ayant pour vocation d'être utilisée indépendamment du recours intenté par l'employeur, en tenant compte de la preuve disponible au moment de l'audience.

Ainsi, lors de l'analyse de la validité d'une clause de non-concurrence, les tribunaux devront tout d'abord s'arrêter à déterminer s'il a été congédié sans cause juste et suffisante ou s'il y a eu dans les faits congédiement déguisé, dans les cas toutefois où de telles allégations seront soulevées par le salarié. Par souci d'économie de la justice, cette étude devra être faite en premier puisque si le salarié prouve que l'article 2095 C.c.Q. est applicable, l'étude de la validité de la clause de non-concurrence sera superflue étant donné que le droit de l'employeur de soulever la clause n'aura jamais pris naissance.

Ensuite, et cela sera souvent, dans les faits, la première étape du raisonnement, le tribunal devra vérifier si la clause de non-concurrence satisfait les critères de forme de l'article 2089 C.c.Q. La clause devra être comprise obligatoirement dans un écrit qui comporte une description complète de chacun des trois critères de durée, de territoire et d'activités couvertes⁴⁵⁸. Au surplus, cet écrit devra être rédigé dans des «termes exprès», termes clairs et non ambigus permettant à l'employé de connaître avec une grande précision l'étendue et les contours de son obligation⁴⁵⁹. Si la clause se révèle ambiguë, le tribunal ne pourra en déterminer le caractère raisonnable et l'analyse s'arrêtera

⁴⁵⁷ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13.

⁴⁵⁸ N.-A. BÉLIVEAU, préc., note 4, p. 12 et 13.

⁴⁵⁹ Voir à ce sujet : *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) inc.*, préc., note 87.

là. Il ne pourra non plus réécrire la clause de non-concurrence ou la réduire pour la rendre raisonnable⁴⁶⁰.

À cette étape, si la clause de non-concurrence est comprise dans un contrat d'adhésion, ce qui sera presque toujours le cas, le contrat de travail étant rarement négocié, le tribunal pourra aussi évaluer le respect des règles de ce type de contrat particulier. Nous sommes d'avis que toutes les règles concernant le contrat d'adhésion sont déjà comprises dans l'obligation pour la clause de non-concurrence d'être écrite en des termes «exprès». Par contre, s'il subsistait un doute dans l'esprit du tribunal quant au caractère «exprès» ou non de la clause de non-concurrence à ce moment de l'analyse, il serait opportun de se poser les questions suivantes : la clause est-elle illisible ou incompréhensible pour une personne raisonnable? La clause est-elle abusive? La clause externe à laquelle la clause de non-concurrence renvoie a-t-elle été expressément portée à la connaissance de l'employé?

Quant au fond, nous avons proposé une analyse en trois étapes. Premièrement, le tribunal devra s'arrêter à qualifier les intérêts que l'employeur souhaite protéger par l'introduction d'une clause de non-concurrence. Il devra se demander si ceux-ci sont légitimes et lui apportent un véritable avantage concurrentiel, ou si la clause n'existe que pour empêcher une concurrence normale, ce qui n'est aucunement légitime⁴⁶¹. Les intérêts légitimes à protéger pourront comprendre un achalandage, une clientèle précise, des secrets de commerces, etc.⁴⁶² En l'absence de tels intérêts légitimes à protéger, il ne sera pas utile d'analyser la validité de la clause; celle-ci sera invalide.

Deuxièmement, le tribunal devra s'arrêter à déterminer si chacun des trois critères de fond (durée, territoire et activités couvertes) est en lui-même nécessaire ou raisonnable pour protéger les intérêts légitimes qualifiés au préalable. La durée est-elle nécessaire pour protéger tel ou tel secret de commerce compte tenu du cycle de développement des produits, le territoire est-il suffisamment vaste compte tenu du lieu de déploiement de la clientèle desservie par l'employé, etc.? Troisièmement, et probablement le plus important, le tribunal devra faire une étude globale de la clause et déterminer s'il existe une proportionnalité entre les intérêts légitimes que l'employeur cherche à protéger et l'atteinte que porte la clause à la capacité de l'employé de gagner sa vie. C'est à cette étape que les tribunaux devront jeter un regard tout particulier sur le droit au travail et garder en tête l'intention du législateur à la base de l'article 2089 C.c.Q.

⁴⁶⁰ *Id.*

⁴⁶¹ *Chaumière Baie-St-Paul inc. c. Giguère*, préc., note 227, par. 40.

⁴⁶² M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, aux pages 283 et 284.

Finalement, le tribunal devra aussi prendre en compte différents autres critères, dans les cas s'y prêtant. La théorie des vices de consentement devra être étudiée si l'employé soulève l'erreur ou encore la crainte d'un congédiement comme motif de signature de la clause de non-concurrence. Pour des fins d'économie de la justice, nous croyons que cette étude devra être faite au tout début de l'analyse de la validité de la clause, comme celle de l'article 2095 C.c.Q. En effet, s'il y a eu vice de consentement, la clause de non-concurrence ne pourra même pas être soulevée par l'employeur. Aussi, dans le cas où la clause aurait été signée durant l'emploi, le tribunal pourra prendre en compte la contrepartie (ou l'absence de celle-ci) reçue par l'employé. De plus, tout au long de son analyse, le tribunal devra garder en tête l'impact de la présence ou non d'autres clauses restrictives étant plus à même de protéger adéquatement les intérêts légitimes de l'employeur tout en brimant le moins possible la liberté de travail.

Pour conclure cette section, nous résumerons les propos tenus en proposant une grille d'analyse de la clause de non-concurrence. La structure d'analyse proposée dans ce mémoire pourrait à notre avis permettre aux tribunaux de prendre en compte les critères fondamentaux à étudier pour protéger adéquatement la liberté de travail et la libre concurrence, respectant ainsi l'esprit de la loi. Le but premier de cette grille est donc de systématiser l'analyse effectuée par le tribunal en matière de clause de non-concurrence :

Grille d'analyse systématisée de la validité de la clause de non-concurrence

1. Si la question est soulevée, analyse de l'impact de l'article 2095 C.c.Q. sur le droit de l'employeur de revendiquer l'application de la clause de non-concurrence⁴⁶³.
2. Analyse de la conformité de la clause de non-concurrence avec les critères de forme de l'article 2089 C.c.Q.
 - a. Étude du caractère complet de la clause par écrit⁴⁶⁴.
 - b. Étude des termes utilisés pour faire ressortir leur caractère «exprès»⁴⁶⁵.
 - i. S'il subsiste un doute sur le caractère «exprès» de la clause, étude des règles du contrat d'adhésion⁴⁶⁶.
3. Analyse de la validité de la clause de non-concurrence en fonction des critères de fond.
 - a. Étude qualitative des intérêts légitimes à protéger⁴⁶⁷.
 - b. Étude de la stricte nécessité de chacun des trois critères de durée, de territoire et de genre de travail, individuellement⁴⁶⁸.
 - c. Étude globale de la clause par l'évaluation de la proportionnalité entre l'atteinte aux libertés fondamentales et les intérêts légitimes de l'employeur⁴⁶⁹.
4. Prise en compte d'autres critères, dans les cas applicables.

⁴⁶³ *Supra*, section 1.3.

⁴⁶⁴ *Supra*, section 1.1.1.1.

⁴⁶⁵ *Supra*, section 1.1.1.2.

⁴⁶⁶ *Supra*, section 1.2.2.

⁴⁶⁷ *Supra*, section 1.1.2.2.1.

⁴⁶⁸ *Supra*, section 1.1.2.2.2.

⁴⁶⁹ *Supra*, section 1.1.2.2.3.

a.	Y a-t-il eu vice de consentement ⁴⁷⁰ ?
i.	Erreur.
ii.	Crainte.
b.	La clause de non-concurrence a-t-elle été signée en cour d'emploi?
i.	Y a-t-il présence d'une contrepartie suffisante?
c.	Y a-t-il d'autres clauses dans le contrat qui protègent déjà adéquatement l'employeur ⁴⁷¹ ?
i.	Clause de non-sollicitation.
ii.	Clause de confidentialité.

Ainsi, nous connaissons maintenant de manière précise la multitude de critères évalués par les tribunaux pour déterminer la validité d'une clause de non-concurrence. Nous savons aussi que le droit au travail est un principe sous-jacent de la validité et de l'interprétation de ces clauses. Le droit substantiel penche clairement en faveur du salarié en souhaitant protéger par des critères de validité stricte son droit au travail. Maintenant, l'étape suivante de notre recherche consiste à déterminer si en pratique, les droits du salarié sont respectés par la procédure d'injonction, principalement utilisée par les employeurs pour mettre en application la clause de non-concurrence.

⁴⁷⁰ *Supra*, section 1.2.1.

⁴⁷¹ *Supra*, section 1.2.3.

2. La mise en application des clauses de non-concurrence : le droit au travail en péril ?

Dans la première partie de ce mémoire, nous avons disserté sur la clause de non-concurrence et avons cerné son impact sur le droit au travail, puisque son application par jugement du tribunal est à même d'empêcher un ex-employé d'aller travailler pour un compétiteur ou même de le priver de l'emploi qu'il exerce chez un nouvel employeur concurrent. Pour cette raison, le législateur a élaboré des règles strictes de validité de la clause de non-concurrence; ainsi, l'atteinte au droit au travail que porte la clause ne saurait être légitime que si elle satisfait les critères de validité de l'article 2089 C.c.Q.⁴⁷², ainsi que d'autres critères prévus par le droit commun⁴⁷³ et l'article 2095 C.c.Q.⁴⁷⁴

Dans la deuxième partie de ce mémoire, nous vérifierons si la mise en application des clauses de non-concurrence par voie d'injonction provisoire ou interlocutoire permet de respecter le droit au travail. En effet, l'injonction provisoire ou interlocutoire, en raison de l'urgence d'agir, est le véhicule procédural privilégié par les employeurs pour mettre en application la restriction de non-concurrence prévue au contrat d'emploi⁴⁷⁵. Il est donc important de déterminer si cette procédure permet véritablement de faire valoir le droit substantiel, par une analyse du principe du droit au travail lors de la détermination de l'opportunité d'octroyer une injonction.

Pour ce faire, il faudra en premier lieu porter notre attention sur les véhicules procéduraux en eux-mêmes et déterminer quels sont leurs objectifs fondamentaux: nous écarterons rapidement l'action en dommages-intérêts (a. 1607 C.c.Q.), rarement utilisée, pour nous concentrer sur l'injonction, au cœur de ce mémoire (section 2.1). Une fois ces objectifs déterminés, nous regarderons la jurisprudence pour déterminer de quelle manière les clauses de non-concurrence sont mises en application par voie d'injonction par les tribunaux (section 2.2). Finalement, nous déterminerons si le type d'analyse effectuée par les tribunaux pour atteindre les objectifs fondamentaux de l'injonction permet le respect du droit substantiel (section 2.3).

⁴⁷² MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 31 : Les propos du ministre concernant l'article 2089 C.c.Q. rappellent que cet article «limite le principe de la liberté contractuelle et protège la liberté d'emploi: l'employeur doit justifier la légitimité de ses intérêts pour toute la durée prévue de non-concurrence».

⁴⁷³ *Supra*, section 1.2.

⁴⁷⁴ *Supra*, section 1.3.

⁴⁷⁵ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.2.

2.1 Les véhicules procéduraux

Lorsqu'il y a violation d'une clause de non-concurrence par un ancien employé et que l'employeur souhaite obtenir réparation, deux types de recours lui sont traditionnellement offerts : le recours en dommages-intérêts au fond ou encore un recours provisionnel de la nature d'une injonction. L'injonction est, pour sa part, soit provisoire, interlocutoire ou permanente (dans ce dernier cas, elle se rapproche, au niveau de la preuve, d'un recours en dommages-intérêts). Elle peut aussi prendre la forme d'une ordonnance de sauvegarde en attente de l'audition d'une requête en injonction interlocutoire, si le dossier est incomplet à la date de l'avis présentation de cette requête (a. 753, 754.2 C.p.c.). Chaque recours aura ses avantages et inconvénients selon une situation factuelle donnée.

Dans cette section, nous discuterons brièvement de l'action en dommage (section 2.1.1), peu utilisée en pratique, puis présenterons plus longuement les recours les plus souvent utilisés pour mettre en application une clause de non-concurrence : l'injonction interlocutoire (section 2.1.2) ainsi que deux recours, commandant une étude largement similaire, pouvant être demandés avant celle-ci s'il y a urgence, l'injonction provisoire et l'ordonnance de sauvegarde (section 2.1.3). Nous tenterons de déterminer quels sont les objectifs véritables de ces procédures et nous étudierons les critères d'ouverture de ces recours. Dans cette section, nous traiterons de ces véhicules procéduraux en général, et non dans le contexte particulier des clauses de non-concurrence, pour bien dégager leurs objectifs. Il est important de noter que nous ne traiterons pas de l'ordonnance *Anton Piller*, très rare en pratique, puisqu'il s'agit d'une procédure jumelant saisie avant jugement et injonction.

2.1.1 L'action en dommages-intérêts et en injonction permanente

Il y a peu à dire sur l'action en dommage dans le cadre de ce mémoire : en effet, elle est de moins en moins utilisée par les employeurs pour soulever une clause de non-concurrence et il s'agit d'un recours de droit commun que se passe de définition (a. 1607 C.c.Q.). L'employeur choisira cette option «pour compenser la perte que peut causer le non-respect de la clause restrictive»⁴⁷⁶. En général, ce premier recours permettra donc d'obtenir réparation une fois la violation matérialisée et les dommages causés, alors que l'injonction permettra plutôt un remède souvent immédiat à la violation, parfois même avant qu'un préjudice ne fasse son apparition et précisément pour empêcher que ne soit causé au requérant un préjudice sérieux ou irréparable, comme l'indique l'article 752 C.p.c.

⁴⁷⁶ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.1.

Une étude de la jurisprudence démontre très clairement que le recours au fond en dommages-intérêts fondé sur la clause de non-concurrence est de moins en moins privilégié par les employeurs : l'injonction semble être aujourd'hui le recours par excellence⁴⁷⁷. Par exemple, dans les jugements rapportés du 1^{er} janvier 2012 au 1^{er} novembre 2012 portant sur des clauses de non-concurrence contenues dans des contrats d'emploi, presque tous les recours intentés étaient des demandes d'injonctions provisoires ou interlocutoires ou des demandes d'ordonnances de sauvegarde⁴⁷⁸. Nous n'avons relevé qu'un seul jugement au fond⁴⁷⁹ et une injonction permanente⁴⁸⁰.

Cette dernière procédure a aussi moins d'importance pour notre propos. En effet, l'injonction permanente est un recours assimilé au jugement au fond puisque «le tribunal [y] décide du fond du litige en statuant également sur le droit substantiel dont cette demande en injonction recherche la sanction»⁴⁸¹.

Il est facile de comprendre pourquoi l'action en dommages-intérêts, et l'action en injonction permanente qui y est parfois jointe sont moins favorisées par les employeurs : en matière de concurrence, surtout dans notre société moderne où celle-ci est de plus en plus féroce, il faut agir vite pour sauver son fond de commerce quand une situation de concurrence l'affecte. Un recours en dommages-intérêts, sur lequel aucun tribunal ne se penchera, en dedans d'une année, voir plus, est peu avantageux pour l'employeur qui subit un préjudice immédiat. Il sera par contre utile quand un employeur réalisera après coup la concurrence illégale faite par l'ex-employé, et cherchera alors réparation.

2.1.2 L'injonction interlocutoire

L'injonction n'est pas une procédure traditionnelle de notre droit civil ; le premier *Code de procédure civile*, en 1867, ne prévoyait en effet pas de disposition concernant ce type de recours⁴⁸². La codification de la procédure d'injonction dut attendre 1878, à la suite d'une tentative

⁴⁷⁷ *Id.*, par. 10.3.2.

⁴⁷⁸ 7708815 *Canada inc. c. Gélinas*, 2012 QCCS 3138 ; *Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki*, 2012 QCCS 287 ; *Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki*, 2012 QCCS 2722 ; *Cassidian Communications Corp. c. Aubin*, 2012 QCCS 3183 ; *JeFRAGO Technologies inc. c. Vetagro, s.p.a.*, 2012 QCCS 2945 ; *Kelron Montréal inc. c. Comitini*, 2012 QCCS 4710 ; *Préverco inc. c. Paradis*, 2012 QCCS 3816 ; *Spa Bromont inc. c. Cloutier*, préc., note 247 ; *World Assurance Inc. c. Al Imam*, 2012 QCCS 4692.

⁴⁷⁹ *McArthur (Centre de beauté l'Essentiel) c. Bilodeau*, 2012 QCCQ 1297.

⁴⁸⁰ 4388241 *Canada inc. c. Forget*, préc., note 37.

⁴⁸¹ B. EMERY et D. FERLAND, *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 444.

⁴⁸² *Id.*, p. 429.

infructueuse des tribunaux d'intégrer cette procédure dans la jurisprudence. Elle découle d'influences du droit procédural américain et anglais⁴⁸³.

Aujourd'hui, le recours en injonction est prévu au chapitre des procédures spéciales (Livre V) du *Code de procédure civile du Québec* (ci-après C.p.c.) et constitue une mesure provisionnelle (Titre I) bien implantée en droit québécois. L'article 751 C.p.c. nous apprend que «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 les peines que de droit»⁴⁸⁴.

Elle est une procédure applicable dans tous les domaines de droit, ceux découlant du *Code civil du Québec* et ceux de droits fondamentaux, et oblige une personne à faire ou à ne pas faire une action dans le futur ou à cesser une action en cours, préjudiciable aux droits de la partie demanderesse, sous peine d'outrage au tribunal⁴⁸⁵. D'ailleurs, le juge bénéficie d'un grand pouvoir discrétionnaire dans l'octroi d'une injonction. «Les cas dans lesquels on peut le faire ne sont pas spécifiés. Par conséquent il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire qui s'exerce en s'inspirant des principes suivis dans les juridictions de *common law* puisqu'il s'agit d'un recours qu'on y a emprunté.»⁴⁸⁶

Le pouvoir discrétionnaire du juge au stade interlocutoire, qui lui vient de l'*equity* dans les juridictions de *common law*⁴⁸⁷, permet de plus au tribunal de prendre en compte plusieurs autres critères pour déterminer de l'opportunité d'accorder une injonction. «Il pourra notamment considérer la mauvaise foi d'une partie, l'injustice pouvant résulter de sa décision ou encore s'inspirer de la théorie des "mains propres" («clean hands»). Le demandeur devra aussi avoir agi en temps utile, principe découlant de la théorie des "*laches*".»⁴⁸⁸ La théorie des mains propres implique que le requérant à une injonction doit avoir une conduite «irréprochable»⁴⁸⁹ et ne doit pas avoir lui-même fait défaut à ses obligations⁴⁹⁰.

⁴⁸³ Alain PRUJINER, «Origines historiques de l'injonction en droit québécois», (1979) 20 *C. de D.* 249.

⁴⁸⁴ C.p.c. art. 751.

⁴⁸⁵ *A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, par. 13.

⁴⁸⁶ *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236, 246. Voir aussi par exemple : *A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, préc., note 485, par. 13 : «il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire du genre de celui exercé en *equity* dans les juridictions de *common law*».

⁴⁸⁷ Danielle FERRON, Mathieu PICHÉ-MESSIER et Lawrence A. POITRAS, *L'injonction est les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich*, Montréal, LexisNexis, 2008, p. 8.

⁴⁸⁸ *Id.*, p. 8.

⁴⁸⁹ B. EMERY et D. FERLAND, préc., note 481, p. 437 et 438.

⁴⁹⁰ *Samson c. Viandes du Breton inc.*, 2009 QCCS 4853, par. 36-38.

En plus de son caractère discrétionnaire, l'injonction est reconnue comme étant un recours exceptionnel, étant donné son potentiel fortement contraignant. La Cour Suprême du Canada résume bien ce caractère de l'injonction dans *A.I.E.S.T.* :

«Le tribunal ne décernera pas une injonction en vertu de l'art. 751 et suiv. simplement parce que le demandeur y a droit en principe. Celui-ci doit en outre démontrer que les circonstances justifient l'octroi d'une telle réparation potentiellement contraignante et qu'il mérite pareille réparation. [...] Le caractère contraignant de l'injonction tient en partie aux effets qu'elle entraîne pour l'avenir. Plutôt que de la sanctionner pour son conduite antérieure [...] l'injonction interdit à la personne visée d'adopter une conduite future sous peine d'outrage au tribunal. Sans exagérer, on peut dire que la personne visée par une injonction voit sa liberté restreinte par le tribunal»⁴⁹¹.

Ainsi, l'injonction est une procédure exceptionnelle et contraignante puisqu'elle vient directement restreindre la liberté de la partie défenderesse si elle est accordée.

L'injonction peut être de type interlocutoire : celle-ci sera accordée avant l'injonction permanente et le jugement final, dans un but conservatoire. Elle est prévue à l'article 752 alinéa 1 C.p.c.⁴⁹² Selon la jurisprudence, l'émission d'une injonction de type interlocutoire «ne devrait être accordée qu'exceptionnellement et que lorsque toutes les conditions essentielles requises par la loi ont été respectées»⁴⁹³. Deux de ces conditions sont prévues à l'alinéa 2 de l'article 752: «L'injonction interlocutoire peut être accordée 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.»⁴⁹⁴ Il s'agit de l'apparence de droit et du préjudice sérieux ou irréparable. Le 3^e critère fut précisé dans l'arrêt de principe *Kanatewat*⁴⁹⁵ : la balance des inconvénients⁴⁹⁶. Ces critères seront étudiés les uns par rapport aux autres et dans une perspective globale recherchant à faire ressortir le droit substantiel⁴⁹⁷ que l'injonction cherche à mettre en application.

⁴⁹¹ *A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, préc., note 485, par. 13.

⁴⁹² C.p.c. art. 752 al. 1: «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.»

⁴⁹³ *Société minière Louvem Inc. c. Aur Ressources Inc.*, [1990] R.J.Q. 772 (C.S.), p. 4.

⁴⁹⁴ C.p.c. art. 752 al. 2.

⁴⁹⁵ *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, [1975] C.A. 166.

⁴⁹⁶ D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. A. POITRAS, préc., note 487, p. 48.

⁴⁹⁷ *Oerlikon Aérospatiale Inc. c. Normand Ouellette*, [1989] R.J.Q. 2680, 2686 : «L'injonction n'est toutefois que le véhicule de l'exercice d'un droit. C'est pourquoi, me semble-t-il, les critères touchant au préjudice sérieux et irréparable, à la balance des inconvénients, à la menace sérieuse pour l'exercice d'un droit et aux conditions générales d'admissibilité du recours au stade interlocutoire posés par notre jurisprudence ne doivent pas être examinés dans le vide, mais bien par rapport au droit substantiel que cette procédure cherche à faire valoir.»

La demande d'injonction interlocutoire sera faite par requête écrite au tribunal⁴⁹⁸, au début ou en cours d'instance, et sera accompagnée de l'affidavit de la requérante alléguant la véracité des faits⁴⁹⁹ (a. 753, 754.1 C.p.c.). La partie défenderesse, pour sa part, recevra la signification de la requête et pourra produire des affidavits détaillés⁵⁰⁰ (a. 754.1 C.p.c.). Ces affidavits et affidavits détaillés pourront faire l'objet d'interrogatoires (a. 93 C.p.c.), considérés comme des contre-interrogatoires⁵⁰¹, qui pourront être communiqués et produits au dossier, au soutien de la requête ou de la contestation (a. 753, 754.1, 93, 398.2, 331.8, 754 C.p.c.). C'est sur la seule fois de ces affidavits et interrogatoires, quand les parties décideront de les faire, que le tribunal rendra jugement, les témoignages étant très rares, bien qu'une preuve orale soit permise (a. 754.2, al. 2 C.p.c.) au stade de l'injonction interlocutoire.

Généralement, l'audition interlocutoire se tiendra suite aux interrogatoires hors cours et sur affidavits, ce qui pourra mener à l'octroi de mesures de sauvegarde en attendant l'audition sur l'injonction interlocutoire, si le dossier est incomplet (a. 754.2, al. 3 C.p.c.). Les allégations des parties dans les affidavits, au stade de l'injonction interlocutoire, seront considérées comme avérées, puisqu'aucune autre preuve écrite ou par témoignage ne sera généralement présentée. En résumé, le juge devra rendre une décision sur une preuve limitée. C'est pour cette raison que les tribunaux indiquent que cette procédure doit rester exceptionnelle, qu'ils doivent faire preuve de prudence avant d'accorder une injonction interlocutoire et qu'ils ne doivent pas la traiter comme une procédure ordinaire au fond⁵⁰².

Quel est l'objectif principal de l'injonction interlocutoire ? Elle vise principalement à maintenir le *statu quo* jusqu'au jugement final, pour que celui-ci puisse être rendu de manière efficace⁵⁰³. L'injonction est «donc essentiellement une mesure conservatoire, qui assure le maintien d'un état de

⁴⁹⁸ C.p.c. art. 752 al. 1.

⁴⁹⁹ C.p.c. art. 753.

⁵⁰⁰ D. FERRON, M. PICHE-MESSIER et L. A. POITRAS, préc., note 487, p. 107.

⁵⁰¹ *Innu-Science Canada Inc. c. Laboratoire Choisy Ltée*, [2000] R.J.Q. 342 (C.A.); *Kalenso Inc. c. Société Coinamatic Inc.*, [1986] R.J.Q. 2017, 2022 (C.A.); *Pierres St-Hubert inc. c. Longueuil (Ville de)*, B.E. 2006BE-499 (C.A.); A.E./P.C. 2006-4526 (C.A.); *Systèmes International Gemmar inc. c. Multidev Technologies inc.*, 2009 QCCA 368.

⁵⁰² *Aubut c. Marois*, J.E. 2000-1090 (C.A.), par. 1 et 2 : «[1] Même si les justiciables utilisent régulièrement le recours à l'injonction interlocutoire, cette procédure reste exceptionnelle puisqu'elle entraîne une ordonnance de faire ou de ne pas faire, sans le bénéfice d'une preuve complète et sur la seule satisfaction qu'en fonction des éléments de preuve avancés la partie requérante «semble» remplir les exigences pour l'émission d'une telle ordonnance. [2] Les tribunaux doivent donc utiliser ce pouvoir exceptionnel avec beaucoup de prudence et éviter de percevoir le recours à l'injonction, à cause de son utilisation répétée, comme une procédure ordinaire.»

⁵⁰³ *140 Gréber Holding inc. c. Distribution Stéréo Plus inc.*, 2005 QCCA 1030, par. 17; D. FERRON, M. PICHE-MESSIER et L. A. POITRAS, préc., note 487, p. 47.

choses déterminé. Ainsi, on empêche le triomphe de la force sur le droit.»⁵⁰⁴ Le demandeur qui requiert une injonction le fait pour faire cesser de manière urgente un comportement préjudiciable avant que le jugement final soit rendu. Le maintien du *statu quo* est requis afin que le jugement final ne soit pas rendu inefficace par l'action d'une partie lui créant un préjudice irréparable entre l'institution du recours et le jugement final.

L'injonction interlocutoire étant une procédure en cours d'instance, elle n'aura pas pour but de résoudre les contradictions de la preuve ou de trancher le litige de façon complète⁵⁰⁵. En résumé, le tribunal ne pourra pas, à ce stade, décider du bien-fondé du litige. Comme déjà mentionné, la preuve limitée et préliminaire présentée devant le tribunal ne permettrait pas, de toute manière, de clore le litige comme si les parties étaient dans une procédure au fond. Par contre, la Cour suprême nous apprend que le «tribunal saisi de la requête ne devrait aller au-delà d'un examen préliminaire du fond de l'affaire que lorsque le résultat de la requête interlocutoire équivaldrait en fait à un règlement final de l'action»⁵⁰⁶. Ce sera le cas quand «l'octroi ou le refus d'une injonction interlocutoire aura comme répercussion pratique de mettre fin à l'action parce que le préjudice déjà subi par la partie perdante est complet et du type qui ne peut donner lieu à un dédommagement»⁵⁰⁷.

En résumé, l'injonction interlocutoire est donc 1) une procédure exceptionnelle, 2) discrétionnaire et 3) de nature purement conservatoire, dont 4) les critères d'émission doivent être strictement étudiés et qui est 5) accordée dans le but de maintenir le *statu quo* entre les parties jusqu'au jugement au fond. La preuve présentée au juge durant l'instance étant sur affidavits, avec ou sans preuve orale additionnelle, et donc parcellaire, le tribunal au stade interlocutoire ne pourra pas rendre de décision au fond et permettre un débat contradictoire complet. À la lecture de ces critères, l'injonction est donc une procédure qui vise à protéger d'abord et avant tout le droit apparent du requérant, en attendant le jugement au fond, en lui permettant de rester dans une situation, dans un *statu quo*, qui ne lui cause aucun préjudice sérieux ou irréparable, au détriment de la partie défenderesse. Pour ce faire, évidemment, encore faut-il que le requérant démontre les critères d'émission de l'injonction interlocutoire, critères qui seront étudiés de manière stricte étant donné la grande contrainte que subira le défendeur si l'injonction est accordée.

Le nerf de la guerre, dans les recours en injonction interlocutoire, sera donc l'évaluation stricte des conditions d'ouverture de ce recours, soit l'apparence de droit, le préjudice sérieux ou

⁵⁰⁴ Pierre LETARTE, «Encore l'injonction !», (1967-68) 9 *C. de D.* 417, p. 418.

⁵⁰⁵ *Favre c. Hôpital Notre-Dame*, [1984] C.A. 548.

⁵⁰⁶ *R.J.R. Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, p. 6.

⁵⁰⁷ *Id.*, p. 36, citant *N.W.L. Ltd. c. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294, 1307.

irréparable et, finalement, dans les cas requis, si l'apparence de droit est douteuse, la balance des inconvénients⁵⁰⁸. Nous traiterons maintenant très brièvement de ces critères d'ouverture de manière générale. Nous nous pencherons plus en détail sur ceux-ci dans la section 2.2.

Avant toute chose, le demandeur dans une instance interlocutoire doit démontrer, pour se voir accorder l'injonction recherchée, qu'il détient une apparence de droit à l'émission de cette ordonnance. Il doit faire une «démonstration *prima facie* suffisamment convaincante de l'existence des droits sur lesquels sa requête est fondée»⁵⁰⁹. Ce critère a été étudié à de nombreuses reprises par les tribunaux au cours des années et il peut être résumé ainsi : le demandeur doit démontrer *prima facie* qu'il «a une chance raisonnable de voir son droit confirmé par le jugement final»⁵¹⁰.

Cette «chance raisonnable» est en fait la recherche de moyens de droit qui «semblent suffisamment sérieux pour offrir une perspective raisonnable de succès»⁵¹¹ lors du jugement au fond. L'apparence de droit devra donc être sérieuse et non frivole : le tribunal devra être convaincu de l'existence d'une «question sérieuse» à juger. À ce sujet, la Cour suprême indiqua :

«Quels sont les indicateurs d'une «question sérieuse à juger»? Il n'existe pas d'exigences particulières à remplir pour satisfaire à ce critère. Les exigences minimales ne sont pas élevées. Le juge saisi de la requête doit faire un examen préliminaire du fond de l'affaire [...]. Une fois convaincu qu'une réclamation n'est ni futile ni vexatoire, le juge de la requête devrait examiner les deuxième et troisième critères, même s'il est d'avis que le demandeur sera probablement débouté au procès. Il n'est en général ni nécessaire ni souhaitable de faire un examen prolongé du fond de l'affaire.»⁵¹²

Puisque l'étude à effectuer en est une *prima facie*, le tribunal n'aura pas, au stade de la recherche de l'apparence de droit, à évaluer les contradictions de la preuve ou le fond du litige. Par contre, même si on ne déterminera pas de manière certaine le droit du requérant, son apparence de droit sera qualifiée selon différents «degrés» qui joueront sur le reste de l'analyse à effectuer. Ceux-ci ont été expliqués de manière limpide par un jugement aujourd'hui célèbre, cité par la très grande

⁵⁰⁸ *Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron*, préc., note 44, par. 4.

⁵⁰⁹ B. EMERY et D. FERLAND, préc., note 481, p. 475.

⁵¹⁰ C. GERVAIS, «Les trois critères classiques de l'injonction interlocutoire – Rappel théorique», dans *L'injonction*, 2^e éd., coll. Point de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2005PDD44, p. 3.

⁵¹¹ *Brassard c. Société zoologique de Québec Inc.*, [1995] R.D.J. 573 (C.A.), p. 582-585.

⁵¹² *R.J.R. Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 506, p. 35 et 36.

majorité de la jurisprudence en matière d'injonction interlocutoire⁵¹³, *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*⁵¹⁴. Le tribunal y indique :

«At the interlocutory injunction stage these rights are apparently either (a) clear, or (b) doubtful, or (c) non-existent.

If it appears clear, at the interlocutory stage that the Petitioners have the rights which they invoke then the interlocutory injunction should be granted if considered necessary in accordance with the provisions of the second paragraph of Article 752 C.P.

However, if at this stage the existence of the rights invoked by the Petitioners appears doubtful then the Court should considerer the balance of convenience and inconvenience in deciding whether an interlocutory injunction should be granted.

Finally if it appears, at the interlocutory stage, that the rights claimed are non-existent then the interlocutory injunction should be refused.»⁵¹⁵

Ainsi, le droit du demandeur à l'émission d'une injonction sera soit clair, douteux ou inexistant. Une apparence de droit claire entraînera l'émission de l'injonction si le deuxième critère du préjudice sérieux ou irréparable est rencontré, alors qu'une apparence de droit douteuse entraînera l'étude du critère supplémentaire de la balance des inconvénients. Finalement, en l'absence de toute apparence de droit, l'étude de l'opportunité d'accorder une injonction sera terminée et celle-ci sera refusée.

Donc, le requérant devra prouver qu'il détient une apparence sérieuse de droit au remède réclamé dans les conclusions de sa requête. Les tribunaux n'étudieront pas les contradictions de la preuve ou les arguments de la partie défenderesse aussi complètement que s'ils étaient appelés à rendre un jugement au fond. Dans la pratique, l'apparence de droit du requérant devra transparaître de ses affidavits détaillés, dont les allégués seront considérés comme avérés, sans autre preuve, sauf si une preuve orale est offerte.

Le deuxième critère sur lequel les tribunaux doivent se pencher pour déterminer si l'injonction interlocutoire peut être accordée, que le droit soit clair ou douteux, est la nécessité de l'injonction «pour empêcher que ne [...] soit causé [au demandeur] 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»⁵¹⁶. Ce préjudice devra ressortir spécifiquement des procédures et des allégations de la demande de manière

⁵¹³ Pour n'en nommer que quelques-uns : *A. Roberge inc. c. Cormier*, préc., note 16 ; *Bournival c. Dolmen Psychologie industrielle inc.*, 2011 QCCS 340 ; *Groupe Serge Landry audioprothésistes Enr. c. Laliberté*, préc., note 160 ; *Verreault Navigation inc. c. Marquis*, préc., note 91.

⁵¹⁴ Préc., note 495.

⁵¹⁵ *Id.*, 183.

⁵¹⁶ B. EMERY et D. FERLAND, préc., note 481, p. 478.

claire et précise, surtout lorsque le demandeur allègue des dommages éventuels : une preuve de ceux-ci, qui ne sera ni vague, ni générale, sera primordiale⁵¹⁷.

En droit procédural, un préjudice sérieux ou irréparable est un préjudice qui «n'est pas susceptible d'être compensé par des dommages-intérêts ou qui peut difficilement l'être»⁵¹⁸. Ainsi, les tribunaux seront réticents à accorder une injonction interlocutoire si une démonstration est faite qu'un recours en dommages-intérêts permettrait de compenser adéquatement le demandeur⁵¹⁹. Selon la Cour suprême dans *R.J.R. Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*⁵²⁰, «le terme "irréparable" a trait à la nature du préjudice subi plutôt qu'à son étendue. C'est un préjudice qui ne peut être quantifié du point de vue monétaire ou un préjudice auquel il ne peut être remédié, en général parce qu'une partie ne peut être dédommée par l'autre»⁵²¹.

Mais que faire alors en présence d'une clause pénale prévoyant une pénalité belle et bien quantifiée? Cette situation est suffisamment fréquente en cas de violation de la clause de non-concurrence pour que nous nous penchions brièvement sur la question. Une certaine incertitude jurisprudentielle existait, née de deux arrêts de la Cour d'appel du Québec diamétralement opposés. En effet, en 1992, le tribunal dans *Amusement Étoile Inc. c. Entreprises Gilbert Émond Inc.*⁵²², refusait d'émettre une injonction interlocutoire «pour le motif que le contrat comport[ait] une clause pénale et que l'appelante n'allègue pas une incapacité de payer»⁵²³. Selon le tribunal, cela indiquait l'absence de préjudice irréparable. Un an plus tard, en 1993, dans le jugement *Gestion R & R Gauthier ltée c. Vidéo-flex inc.*⁵²⁴, la Cour d'appel souligna au contraire qu'elle ne croyait pas que «la présence d'une clause pénale dans un contrat constitu[ait], en soi, un empêchement à l'obtention d'une ordonnance d'injonction interlocutoire»⁵²⁵.

Aujourd'hui, même si «[n]os tribunaux ont soutenu, dans certains cas, qu'en présence d'une clause pénale (...), l'injonction n'était pas le recours approprié puisque les parties avaient elles-mêmes prévu la possibilité du recours en dommages-intérêts et établi la valeur du préjudice en cas de violation»⁵²⁶, il est maintenant reconnu que «la présence d'une clause pénale n'empêche pas le

⁵¹⁷ C. GERVAIS, préc., note 510, p. 4.

⁵¹⁸ *Id.*, p. 4.

⁵¹⁹ F. CHARETTE, préc., note 8, 571

⁵²⁰ Préc., note 506.

⁵²¹ *Id.*, p. 40.

⁵²² [1992] R.D.J. 550 (C.A.).

⁵²³ P.-A. GENDREAU, préc., note 169, p. 112 et 113.

⁵²⁴ [1993] R.D.J. 480 (C.A.).

⁵²⁵ *Id.*, p. 10.

⁵²⁶ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.63.

demandeur de choisir le recours à l'injonction interlocutoire pour forcer le respect de la clause de non-concurrence»⁵²⁷. En effet, la clause pénale est tout simplement l'un des critères à prendre en considération lors de la détermination des conditions d'émission de l'injonction prévues à l'article 752 C.p.c.⁵²⁸. Selon l'auteur Gervais, la position de la Cour d'appel dans l'arrêt *Vidéoflex*⁵²⁹ constituerait le courant jurisprudentiel majoritaire⁵³⁰; ainsi, selon les circonstances, la clause pénale sera un obstacle à la détermination du caractère irréparable du préjudice⁵³¹, ou pas⁵³², l'important étant de rappeler que sa simple présence n'est pas une fin de non-recevoir à l'injonction.

La dernière partie du test d'application de l'injonction interlocutoire ne sera pas toujours effectuée; la balance des inconvénients ne devra être étudiée que lorsque le droit allégué paraîtra douteux⁵³³. En effet, la présence d'un droit clair et d'un préjudice sérieux et irréparable entraînera la reconnaissance immédiate du droit à l'injonction, alors qu'un droit inexistant entraînera plutôt son rejet immédiat. L'auteur C. Gervais, en citant le jugement de la Cour suprême *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*⁵³⁴, indique que «ce critère vise à déterminer "laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice si l'injonction est accordée ou refusée"»⁵³⁵. Il s'agit donc d'une étude qui sera tout particulièrement liée aux faits en l'espèce.

Généralement, l'intérêt public devra primer sur l'intérêt privé⁵³⁶ lors de l'évaluation de la balance des inconvénients, surtout dans des affaires mettant en jeu des droits protégés par la Charte. Selon l'auteur C. Gervais, «le critère de la balance des inconvénients s'inscrit dans la tendance des tribunaux à prescrire le maintien du *statu quo* entre les parties. Cette volonté sera d'autant plus justifiée, lorsque modifier le *statu quo* engendrera davantage d'inconvénients que de le maintenir. À ce stade, l'étendue ou l'ampleur des inconvénients de chacune des parties est pertinente»⁵³⁷.

⁵²⁷ É. COURCHESNE-TARDIF et J. LEMOINE, « Le préjudice du créancier de l'obligation de non-concurrence : remèdes et quantifications », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 193, à la page 197.

⁵²⁸ *Id.*, p. 193, aux pages 197 et 198.

⁵²⁹ *Gestion R & R Gauthier ltée c. Vidéoflex inc.*, préc., note 525.

⁵³⁰ C. GERVAIS, préc., note 510, p. 5.

⁵³¹ Voir par exemple : *Groupe Serge Landry audioprothésistes Enr. c. Laliberté*, préc., note 160, par. 39-41 ; *Industrie Dobec inc. c. Brassard*, D.T.E. 2002T-1151 (C.S.), par. 15.

⁵³² Voir par exemple : *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 363, par. 46.

⁵³³ P.-A. GENDREAU, préc., note 169, p. 122.

⁵³⁴ Préc., note 38.

⁵³⁵ C. GERVAIS, préc., note 510, p. 9. Voir aussi par exemple : *Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron*, préc., note 44, par. 58.

⁵³⁶ B. EMERY et D. FERLAND, préc., note 481, p. 480.

⁵³⁷ D. FERRON, M. PICHÉ-MESSIER et L. A. POITRAS, préc., note 487, p. 60.

2.1.3 L'injonction provisoire et l'ordonnance de sauvegarde

En pratique, il existe des cas où une injonction interlocutoire, bien que constituant un moyen rapide, ne sera pas encore assez prompte et efficace pour protéger adéquatement les droits légitimes du requérant. Dans les cas plus graves où le requérant est mis face à des pertes immédiates ou un risque de pertes immédiates qui demandent d'agir dans l'urgence, plusieurs avocats proposeront à leurs clients de demander au tribunal une injonction de nature provisoire, aussi parfois appelée injonction interlocutoire provisoire (a. 753 C.p.c.), ou encore une ordonnance de sauvegarde, en attente de l'audition de la requête en injonction interlocutoire lorsque le dossier sera incomplet (a. 754.2, al. 3 C.p.c.), dans le but de mettre rapidement un terme à l'hémorragie.

L'injonction provisoire est prévue à l'article 753 C.p.c., article portant principalement sur la demande en injonction interlocutoire. Il indique que «dans les cas d'urgence, un juge peut toutefois y faire droit [(à l'injonction)] provisoirement, même avant qu'elle n'ait été signifiée»⁵³⁸. L'injonction provisoire est soumise aux mêmes trois conditions que celles requises pour l'obtention d'une injonction interlocutoire (apparence de droit, préjudice sérieux ou irréparable ainsi que balance des inconvénients), «mais appliquées plus strictement et plus rigoureusement»⁵³⁹. Un autre critère s'ajoute aussi aux précédents; celui de l'urgence⁵⁴⁰.

La Cour d'appel décrit ainsi ce recours :

«Les règles qui s'appliquent à l'injonction provisoire doivent s'interpréter avec beaucoup plus de rigueur et on ne devra l'accorder que dans des cas extrêmement urgents ou même le délai pour obtenir une injonction interlocutoire serait susceptible de préjudicier irrémédiablement aux droits des requérantes; s'agissant d'une mesure extrêmement exceptionnelle et urgente, le juge devra être satisfait que les droits des requérantes soient irrémédiablement perdus ou affectés sérieusement, et que le préjudice subi ne soit pas compensable en argent, si on laisse écouler le délai nécessaire pour la présentation et l'audition de la demande d'injonction interlocutoire; c'est une mesure essentiellement temporaire et exceptionnelle pour éviter un mal évident, imminent et irréparable; s'il y a le moindre doute, la demande doit être rejetée.»⁵⁴¹

L'urgence, dont les faits au dossier devront faire preuve, doit être immédiate et apparente. De plus, elle peut se retrouver autant dans des faits connus «qui laissent croire à l'éminence d'un geste, mais également du fait qu'un geste appréhendé puisse être posé de façon imprévisible et qu'une fois

⁵³⁸ C.p.c. art. 753.

⁵³⁹ B. EMERY et D. FERLAND, préc., note 481, p. 460.

⁵⁴⁰ C. GERVAIS, «L'injonction provisoire – Rappel théorique», dans *L'injonction*, 2^e éd., coll. Point de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2005PDD48, p. 2.

⁵⁴¹ *Société minière Louvem Inc. c. Aur Ressources Inc.*, préc., note 493, p. 4.

posé, on ne puisse y remédier»⁵⁴². L'urgence n'est pas une notion objective et ne saurait donc pas être limitée à un nombre de jours et de semaines écoulés⁵⁴³, bien qu'un long laps de temps entre la naissance de la situation et le dépôt du recours puisse venir jouer contre le requérant.

L'avantage pratique d'une injonction provisoire est sa grande rapidité : en effet, les parties peuvent se retrouver devant un juge dans un délai de plus ou moins 24 heures. La preuve sera constituée, comme dans le cadre d'une injonction interlocutoire, par les affidavits du requérant et, dans la majorité des cas, de ceux du défendeur. Ceux-ci seront normalement bien moins détaillés que ceux remis au tribunal pour une injonction interlocutoire, les interrogatoires hors cours n'ayant pas encore été réalisés. C'est sur la base de ces affidavits peu détaillés que le tribunal décidera de l'apparence de droit du requérant.

Pour sa part, l'ordonnance de sauvegarde est prévue à l'article 754.2 C.p.c. qui prévoit que, si, lors de la demande en injonction interlocutoire, le dossier est incomplet, le tribunal «rend toutes les ordonnances nécessaires à la sauvegarde des droits des parties pour le temps et aux conditions qu'il détermine»⁵⁴⁴. Il s'agit donc d'une mesure discrétionnaire «de la nature d'une injonction provisoire : elle est une mesure judiciaire, discrétionnaire, émise pour des fins conservatoires, dans une situation d'urgence, pour une durée limitée et au regard d'un dossier où l'intimé n'a pu encore introduire tous ses moyens»⁵⁴⁵. En pratique, les critères nécessaires à l'émission d'une ordonnance de sauvegarde sont assimilés à ceux nécessaires pour obtenir une injonction interlocutoire provisoire⁵⁴⁶ : l'ordonnance de sauvegarde est aussi une mesure qui doit favoriser le *statu quo*, pour causer le moins grand préjudice possible aux parties et elle ne doit pas non plus décider de l'issue du litige⁵⁴⁷.

⁵⁴² C. GERVAIS, préc., note 541, p. 2.

⁵⁴³ *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, préc., note 299, par. 24.

⁵⁴⁴ C.p.c. art. 754.2.

⁵⁴⁵ *Turmel c. 3092-4484 Québec inc.*, [1994] R.D.J. 530 (C.A.). Voir aussi par exemple : *Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins*, 2005 CanLII 36855 (QC C.S.), par. 6.

⁵⁴⁶ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 25 : «Pour réussir quant à sa demande d'une ordonnance de sauvegarde, qui n'est rien d'autre qu'une catégorie d'injonction interlocutoire émise provisoirement dans le meilleur intérêt de la justice face à un dossier incomplet, vu l'urgence (...), Beau-T doit donc démontrer au tribunal, outre l'urgence, une apparence de droit, un préjudice sérieux et irréparable à défaut de l'émission de l'ordonnance demandée et, s'il y a lieu, que la prépondérance des inconvenients milite en sa faveur (art. 754.2 C.p.c.; *Copiscope Inc. c. TRM Copy Centers Canada Limited*, J.E. 99-77 (C.A.); *Copyfax inc. c. Lambert*, J.E. 2000-981 (C.S.); *Entreprises première générale (Québec) inc. c. 3501663 Canada inc.*, J.E. 2000-1536 (C.S.)).»

⁵⁴⁷ Céline GERVAIS, «L'ordonnance de sauvegarde – Rappel théorique», dans *L'injonction*, 2^e éd., coll. Point de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2005PDD50, p. 2 et 3.

Quant à la preuve, présentée au juge, elle sera aussi très parcellaire et constituée uniquement d'affidavits⁵⁴⁸.

L'ordonnance de sauvegarde, «outil redoutable du processus d'injonction (...) est généralement demandée avant l'audition sur l'injonction interlocutoire, ou après que le délai d'une injonction provisoire se soit écoulé»⁵⁴⁹. En effet, l'injonction provisoire ayant une durée maximale de 10 jours⁵⁵⁰, les parties, à la fin de ce délai, pourront soit en demander le renouvellement⁵⁵¹, qui dans la pratique sera souvent effectué de concert par les parties pour permettre d'avancer leurs dossiers, soit demander l'émission d'une ordonnance de sauvegarde, celle-ci n'étant pas astreinte à une durée fixe par la législation et sera donc prononcée pour le temps déterminé par le tribunal (a. 754.2, al. 3 C.p.c.). Cette durée devra être limitée⁵⁵². L'ordonnance devra être rapidement réévaluée : en effet, selon la jurisprudence, elle est «une manifestation judiciaire qui doit être réévaluée rapidement de façon à ce qu'on puisse permettre aux parties d'être entendues de façon beaucoup moins superficielle que ce ne l'est au stade de l'ordonnance de sauvegarde comme c'est le cas actuellement»⁵⁵³.

En terminant, il est important de mentionner que, normalement, l'injonction provisoire pourrait être accordée même avant que la requête n'ait été signifiée, cette possibilité étant directement prévue par l'article 753 C.p.c.⁵⁵⁴. Par contre, en pratique, il est d'usage entre procureurs de s'informer de la présentation de l'injonction provisoire, pour que l'employé puisse se faire entendre et déposer des affidavits, mêmes sommaires, sauf lorsqu'il y a une urgence patente⁵⁵⁵. Dans l'affaire récente *Cogeco Diffusion c. Lavoie et Lemelin*⁵⁵⁶, le tribunal indiqua que la présentation *ex parte* de demandes en injonctions provisoires devrait être évitée⁵⁵⁷, l'usage judiciaire permettant normalement aux défendeurs de faire valoir leurs arguments à ce stade⁵⁵⁸, à défaut de preuve

⁵⁴⁸ *Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins*, préc., note 547, par. 8.

⁵⁴⁹ C. GERVAIS, préc., note 549, p. 1.

⁵⁵⁰ C.p.c. art. 753 : «Toutefois, une injonction provisoire ne peut en aucun cas, sauf du consentement des parties, excéder dix jours.»

⁵⁵¹ C.p.c. art. 757 : «Le tribunal ou un juge peut suspendre ou renouveler une injonction interlocutoire, pour le temps et aux conditions qu'il détermine.» Notez bien que la jurisprudence a indiqué que l'article 757 C.p.c. s'appliquait aux injonctions provisoires. Il est aussi applicable aux ordonnances de sauvegarde, qui, lors d'une demande de renouvellement, devront faire l'objet d'une analyse *de novo*.

⁵⁵² 9074-7650 *Québec Inc. c. Allied Domecq Retailing International Canada Ltd.*, REJB 2002-32062 (C.A.); *Kruger inc. c. Première nation des Betsiamites*, 2006 QCCA 569; *Turmel c. 3092-4484 Québec Inc.*, préc., note 545.

⁵⁵³ *Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins*, préc., note 547, par. 7.

⁵⁵⁴ C.p.c. art. 753.

⁵⁵⁵ *Natrel inc. c. Berardini inc.*, [1995] R.D.J. 383 (C.A.), p. 4 ; C. GERVAIS, préc., note 541, p. 1 et 2.

⁵⁵⁶ 2011 QCCS 1832.

⁵⁵⁷ *Id.*, par. 68-70.

⁵⁵⁸ *Id.*, par. 73.

complète, en raison de l'urgence. Par contre, la demande d'ordonnance de sauvegarde devra être signifiée comme une demande d'injonction interlocutoire, l'article 756 C.p.c.⁵⁵⁹ s'appliquant à elle.

Cette étude, même sommaire, des critères d'ouverture d'une ordonnance de sauvegarde ou d'une injonction provisoire, semble démontrer qu'il s'agit de deux procédures exceptionnelles qui ne devraient être accordées qu'en cas d'extrême nécessité⁵⁶⁰. Il s'agit surtout de mesures d'une nature spécifiquement temporaire. Pour résumer cette section, il est important de retenir que l'injonction, provisoire ou interlocutoire, est une procédure de nature exceptionnelle visant à maintenir le *statu quo* entre les parties jusqu'au jugement final. L'employeur n'aura droit à cette protection de ses droits que s'il réussit à démontrer une apparence de droit suffisante (section 2.1.1.1.), un préjudice sérieux ou irréparable (section 2.1.1.2) et la balance des inconvénients en sa faveur si l'apparence de droit est douteuse (2.1.1.3).

2.2 La mise en application par voie d'injonction et les critères de validité des clauses de non-concurrence

Maintenant que sont définis les différents véhicules procéduraux les plus souvent utilisés par les employeurs pour mettre en application leurs droits prévus aux clauses de non-concurrence, il importe d'étudier les jugements rendus par les tribunaux pour déterminer leur schéma d'analyse dans ces cas spécifiques. La validité de la clause selon 2089 C.c.Q. ou son applicabilité selon 2095 C.c.Q. seront-elles analysées au stade interlocutoire ou provisoire, ou encore dans le cadre d'une ordonnance de sauvegarde? Si oui, quelle sera l'étendue de ces études? Comment les juges évalueront-ils les trois critères d'octroi de l'injonction et comment seront imbriqués dans cette étude les critères de validité des clauses de non-concurrence?

Nous commencerons notre analyse par l'étude des jugements en matière d'injonctions interlocutoires (section 2.2.1), pour ensuite nous pencher sur ceux rendus dans le cadre des injonctions provisoires et des ordonnances de sauvegarde (section 2.2.2). Cette étude nous permettra ensuite de passer à la dernière partie de notre analyse, où nous déterminerons si l'utilisation de ce véhicule procédural respecte le droit au travail (section 2.2.3).

⁵⁵⁹ C.p.c. art. 756 : «L'ordonnance d'injonction interlocutoire doit dans tous les cas être signifiée à la partie adverse, de la même manière qu'une requête introductive d'instance, ou de la manière prescrite par le tribunal ou le juge.»

⁵⁶⁰ *Astral Radio Inc. c. Roy*, 2002 CanLII 20808 (QC C.S.), par. 4-6 : «[4] Les règles de l'injonction provisoire doivent s'interpréter avec beaucoup plus de rigueur que celles de l'injonction interlocutoire ou de l'injonction permanente. (...) [6] Tel que la jurisprudence l'a répété à maintes occasions, une ordonnance d'injonction interlocutoire provisoire est une mesure essentiellement temporaire et exceptionnelle pour éviter un mal évident, éminent et irréparable; s'il y a le moindre doute, la demande doit être rejetée.»

2.2.1 La clause de non-concurrence dans le cadre des injonctions interlocutoires

Tel que mentionné dans le développement précédent (2.1.2), trois critères d'ouverture doivent être satisfaits pour émettre une injonction interlocutoire. Dans cette section du mémoire, nous étudierons chaque partie de ce test : apparence de droit (section 2.2.1.1), préjudice sérieux ou irréparable (2.2.1.2) ainsi que balance des inconvénients (2.2.1.3).

2.2.1.1 Le critère l'apparence de droit

Le premier critère requis, pour obtenir une injonction interlocutoire, est la présence d'une apparence de droit. Tel que déjà mentionné dans la section 2.1.1.1 portant sur ce critère, l'arrêt de principe *Kanatewat*⁵⁶¹ est venu préciser que le droit en question pouvait être clair, douteux, ou encore inexistant. Ainsi, les tribunaux, à cette étape, devront vérifier si le requérant (l'employeur), détient une apparence de droit à ce que soit émise une injonction forçant le défendeur (l'employé) à cesser toute action de concurrence en contravention de la clause de non-concurrence présente à son contrat d'emploi. Le tribunal devra de plus déterminer le «degré» de l'apparence de droit de l'employeur, puisque celui-ci influencera le reste de l'analyse : si le droit est clair, seul le préjudice sérieux et irréparable sera ensuite étudié, si le droit est douteux, la balance des inconvénients devra être aussi analysée et, finalement, si le droit est inexistant, l'analyse sera terminée et l'injonction sera refusée.

Depuis la codification de 1994, «la question du droit clair ou apparent à l'injonction demeure directement reliée au caractère raisonnable ou déraisonnable de la clause restrictive»⁵⁶². En d'autres termes, la recherche de l'apparence de droit au stade interlocutoire est donc intimement liée à la détermination de la validité de la clause de non-concurrence⁵⁶³. Ainsi, la seule existence de la clause de non-concurrence dans le contrat de travail du salarié et la présence d'une situation de concurrence ne suffira pas à créer une apparence de droit⁵⁶⁴ car, «s'il est vrai que le Tribunal n'a pas

⁵⁶¹ *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, préc., note 495.

⁵⁶² G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.13.

⁵⁶³ *Id.*, par. 10.3.13.

⁵⁶⁴ Il faut se méfier de la jurisprudence pré-codification qui indiquait que la clause de non-concurrence, au stade interlocutoire, devait être considérée comme *prima facie* valide de par sa simple existence, sans effectuer aucune analyse véritable de la clause. Voir à ce sujet, le texte écrit pré-codification Clément GASCON, «Les récents développements en matière de clauses restrictives d'emploi», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 109, à la page 155 : « (...) au stade de l'injonction provisoire ou interlocutoire, la clause restrictive contenue dans un contrat de travail est *prima facie* valide. De plus, à ce stade de l'injonction provisoire ou interlocutoire, les règles applicables en matière d'injonction sont appliquées par les tribunaux en gardant en mémoire le fardeau de preuve imposé par notre droit civil à la partie qui entend contester la validité d'une clause restrictive. À ce sujet, il ne faut pas oublier les commentaires de l'honorable juge Beauregard (...) qui a imposé un lourd fardeau sur toute partie tentant de contester la validité d'une clause restrictive au stade interlocutoire ou provisoire dans le cadre d'un recours en injonction.»

à statuer d'une façon définitive sur la validité de la clause de non-concurrence au stade interlocutoire, il doit tout de même s'interroger sur les chances raisonnables qu'une telle clause soit déclarée valide lors du procès»⁵⁶⁵. La preuve de cette «chance raisonnable» repose entièrement sur les épaules de l'employeur⁵⁶⁶, et ce même au stade interlocutoire.

Le tribunal devra donc déterminer si l'employeur a une chance raisonnable que le jugement au fond reconnaisse la validité de la clause de non-concurrence. Le critère retenu par les tribunaux pour déterminer cette «chance raisonnable» est que, «[a]u stade de l'injonction interlocutoire, s'il n'est pas manifeste que la clause soit clairement déraisonnable, les tribunaux reconnaissent généralement que l'apparence de droit est suffisante»⁵⁶⁷. Par contre, si l'engagement de non-concurrence est manifestement déraisonnable, le droit de l'employeur sera inexistant et il ne sera pas utile de continuer le test en analysant le préjudice ou la balance des inconvénients⁵⁶⁸.

De plus, comme les tribunaux l'ont rappelé à de nombreuses reprises, le juge saisi d'une demande d'injonction interlocutoire a une compétence limitée et n'a pas à examiner ou à se prononcer sur le fond du litige⁵⁶⁹. «C'est le juge chargé de l'audition sur le fond, disposant de toute la preuve au dossier, qui devra l'apprécier et trancher ces questions.»⁵⁷⁰ En effet, selon la jurisprudence, même si l'on doit tout de même apprécier *prima facie* la validité de la clause, «au stade interlocutoire, il est impensable que le Tribunal puisse vider le débat sur les tenants et aboutissants de la clause de non-concurrence en l'absence d'une preuve complète sur la portée de cette clause et son application»⁵⁷¹. Tel que nous l'avons déjà mentionné⁵⁷², il serait difficile pour les

⁵⁶⁵ *A. Roberge inc. c. Cormier*, préc., note 16, par. 33 à 35.

⁵⁶⁶ C.c.Q. art. 2089 al. 3 ; *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 363, par. 31 ; voir aussi R. BONHOMME et M. COURNOYER-PROULX, préc., note 115, p. 12, où les auteurs soutiennent que le renversement du fardeau de preuve sur les épaules de l'employeur, codifié en 1994, devrait augmenter la difficulté pour ce dernier d'obtenir une injonction interlocutoire. C'était aussi l'opinion de l'auteure Suzanne Guèvremont qui énonce dans Suzanne GUÈVREMONT, *Clause pénale et clause de non-concurrence 1974-1995*, 2^e éd., coll. Atout Maître, Société québécoise d'information juridique, 1996, p. 115, quand elle énonçait que «[l]e troisième alinéa de l'article 2089 C.c.Q., qui est de droit nouveau, impose à l'employeur le fardeau de démontrer que la stipulation de non-concurrence est valide. Par conséquent, les conditions d'ouverture à l'injonction interlocutoire devraient être plus exigeantes en ce qui concerne l'employeur. En effet, les tribunaux ne peuvent plus reconnaître dorénavant la validité *prima facie* d'une clause de non-concurrence et conclure qu'on ne peut refuser d'appliquer une clause de non-concurrence si elle est manifestement illégale.»

⁵⁶⁷ *Rake & Thériault inc. c. Pageau*, préc., note 88, par. 11. Voir aussi par exemple : *Accessoires d'incendies Sécurex 2000 inc. c. Dallaire*, préc., note 213, par. 5 ; *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 363, par. 33 ; *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13.

⁵⁶⁸ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 25.

⁵⁶⁹ Voir par exemple : *Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron*, préc., note 44, par. 5 ; *Emballage Coderre Inc. c. Young*, préc., note 272, par. 11 ; *9009-6256 Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*, préc., note 182, par. 7 ; *Bournival c. Dolmen Psychologie industrielle inc.*, préc., note 513, par. 25.

⁵⁷⁰ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.12[1].

⁵⁷¹ *A. Roberge inc. c. Lacroix*, préc., note 90, par. 35.

⁵⁷² *Supra*, section 2.1.1.

tribunaux de régler définitivement les droits des parties sur les simples allégations des affidavits, sans preuve complète.

Il est important de ne pas oublier que «tous les critères, inclu[ant] la question d'apparence de droit, doivent s'analyser selon une approche globale à la lumière les uns des autres et non de façon théorique distinctement les uns des autres. C'est ainsi que plus le préjudice et les inconvénients subis par le demandeur sont sérieux, moins on sera exigeant sur l'apparence de droit et vice-versa. Ce qui veut dire que, plus le droit est incertain, plus le critère de la balance des inconvénients sera important.»⁵⁷³

Mentionnons aussi que l'apparence de droit ne prendra pas toujours naissance uniquement dans la clause de non-concurrence. En effet, si les tribunaux considèrent qu'il y a eu violation de l'obligation de loyauté de l'article 2088 C.c.Q. et qu'il y a une preuve que l'ex-employé a fait preuve de tactiques déloyales ou frauduleuses pour concurrencer son ex-employeur, l'étude de la validité de la clause de non-concurrence, autant au stade provisoire qu'interlocutoire, n'aura que peu d'impact, puisque seule cette violation permettra de déterminer une apparence de droit. «Les tribunaux font preuve de sévérité envers l'ex-employé en cas de violation ouverte et systématique d'une clause restrictive, et ce notamment quand cette violation a pour conséquence de changer le "statu quo" que la clause restrictive cherche à maintenir.»⁵⁷⁴

Donc, en résumé, les tribunaux devront, au niveau de l'apparence de droit, étudier à la lumière de la preuve limitée, et sans vider le débat sur le fond, la validité de la clause pour déterminer si le droit de l'employeur est clair, apparent ou inexistant. Si la clause n'est pas manifestement déraisonnable, l'apparence de droit sera suffisante pour satisfaire ce critère d'évaluation de l'opportunité d'accorder une injonction. En toute logique, selon ces principes des tribunaux, si la validité de la clause de non-concurrence semble évidente, le droit à l'injonction sera clair et l'analyse s'arrêtera à la question de l'apparence de droit, si un préjudice sérieux ou irréparable est toutefois présent. Par contre, si la validité de la clause semble douteuse, par exemple si l'une des limitations semble peut-être trop vaste compte tenu des faits en l'espèce, le droit de l'employeur sera douteux et la balance des inconvénients devrait être évaluée. Finalement, si la clause de non-concurrence semble manifestement déraisonnable, donc nulle, par exemple, en raison de l'absence pure et simple de l'une des limitations de fond ou du caractère clairement déraisonnable de la durée,

⁵⁷³ *Exfo inc. c. Réseaux Accedian inc.*, préc., note 223, par. 10. ; cette affirmation se base sur le principe élaboré par l'arrêt *Favre c. Hôpital Notre-Dame*, préc., note 504. Voir aussi M. GRAVEL, préc., note 442, p. 23, à la page 36.

⁵⁷⁴ C. GASCON, préc., note 565, p. 109, à la page 155.

du territoire, des activités couvertes ou de l'atteinte au droit du travail, le droit sera considéré inexistant et l'injonction sera rejetée sans passer aux autres critères de l'analyse⁵⁷⁵.

Malheureusement, la question n'est pas aussi simple en pratique. Une étude de la jurisprudence démontre clairement que les tribunaux semblent avoir de la difficulté à déterminer un même «seuil» de tolérance concernant ce qui constitue une clause manifestement déraisonnable ou pas. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge, entraînant l'invalidité de la clause pour absence d'apparence de droit, ne le sera pas nécessairement pour un autre, même dans des situations semblables. Il convient maintenant d'étudier les jugements rendus en matière d'injonction interlocutoire et de clause de non-concurrence pour faire ressortir les tendances des tribunaux concernant l'analyse de l'apparence de droit.

Premièrement, l'étendue de l'analyse *prima facie* de la validité de la clause de non-concurrence à effectuer au stade interlocutoire dans le cadre de l'étude de l'apparence de droit variera grandement selon les jugements (section 2.2.1.1.1.). Deuxièmement, les tribunaux québécois semblent éprouver de la difficulté à déterminer ce qui constitue une clause «manifestement déraisonnable» entraînant le rejet immédiat de l'injonction. Ils refuseront généralement de déclarer le droit de l'employeur inexistant, même en présence de violation flagrante des critères de validité des clauses de non-concurrence, en se basant sur l'argument que seul le juge du fond peut se prononcer sur la validité définitive de la clause de non-concurrence⁵⁷⁶ (section 2.2.1.1.2.). Troisièmement, l'étude de l'article 2095 C.c.Q., condition préalable d'existence du droit de soulever la clause de non-concurrence, ne sera généralement pas effectuée au stade interlocutoire par les tribunaux (section 2.2.1.1.3.)

2.2.1.1.1 L'étendue de l'étude *prima facie* des critères de validité de la clause de non-concurrence selon l'article 2089 C.c.Q. au stade interlocutoire

L'étude de la jurisprudence nous apprend clairement que les tribunaux ne semblent pas s'entendre concernant l'étendue de l'analyse de la validité de la clause de non-concurrence à effectuer au stade interlocutoire, dans le cadre du critère de l'apparence de droit. Surtout, ils ne semblent pas être tous en accord sur ce qui constitue une étude *prima facie* de la clause : doit-on étudier la majorité des critères de fond de la clause de non-concurrence ou seulement les critères de forme pour déterminer la validité? Rares sont les juges qui effectueront, à l'interlocutoire, une analyse complète de la validité de la clause de non-concurrence selon tous les critères déterminés

⁵⁷⁵ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.14.

⁵⁷⁶ Voir par exemple : *A. Roberge inc. c. Cormier*, préc., note 16, par. 34 ; *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 363, par. 34.

dans la première section de ce mémoire. Le droit au travail, tout particulièrement, sera parfois omis à ce stade et étudié plutôt sous la balance des inconvénients. Par contre, ce critère est de plus en plus pris en compte dans la jurisprudence récente.

Lors de notre étude de la jurisprudence, nous avons relevé trois types d'analyses de la validité de la clause effectuées par les tribunaux lors de l'étude de l'apparence de droit. La première type consiste à examiner de manière complète la validité de la clause de non-concurrence selon les critères de 2089 C.c.Q. même au stade interlocutoire, incluant une étude du droit au travail et des intérêts légitimes de l'employeur. Les juges adhérant au deuxième type d'analyse, largement majoritaires, effectuent une étude parcellaire des critères de validité de la clause, oubliant parfois les critères d'intérêts légitimes de l'employeur ou du droit au travail. La troisième situation possible, plus rare aujourd'hui, à l'exception d'un jugement très récent, consiste à ne faire aucune étude de la validité de la clause plus poussée que la présence des critères de forme.

Le premier type d'analyse est né du courant jurisprudentiel amorcé dans l'affaire *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*⁵⁷⁷, fréquemment citée à l'étape interlocutoire même si elle a été rendue au stade d'une ordonnance de sauvegarde. Dans les jugements de cette catégorie, le droit au travail et l'intérêt légitime de l'employeur sont étudiés de manière prioritaire au stade de la recherche de l'apparence de droit. Par contre, presque aucun juge n'analyse complètement tous les critères de validité de 2089 C.c.Q.; en effet, les tribunaux s'attardent souvent aux critères litigieux uniquement. De toute manière, étant donné la preuve limitée, ils ne pourraient se prononcer que sur ce qui a été mentionné aux affidavits détaillés des parties, aux interrogatoires sur affidavits, s'ils ont été faits, et dans les plaidoiries.

Une décision très récente en matière d'injonction interlocutoire concernant une clause de non-concurrence, *Spa Bromont inc. c. Cloutier*⁵⁷⁸, est un bel exemple de premier type d'analyse. Le tribunal y reprend une formulation souvent utilisée en indiquant qu'«au stade de l'injonction interlocutoire, l'apparence de droit signifie 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 est manifestement déraisonnable, il y a absence d'apparence de droit et l'analyse s'arrête là»⁵⁷⁹. Ensuite, le tribunal effectue une analyse étendue de la validité de la clause

⁵⁷⁷ Préc., note 13. Nous avons déjà amplement disserté sur cette affaire. Rappelons simplement que le juge Dalphond est venu définitivement ancrer l'étude de l'apparence de droit avec celle de l'analyse de la validité de la clause de non-concurrence dans une optique de la recherche de l'impact sur le droit au travail et la capacité de gagner sa vie de l'employé.

⁵⁷⁸ Préc., note 247.

⁵⁷⁹ *Id.*, par. 78.

de non-concurrence (liberté de travail, droit du salarié de gagner sa vie et analyse de chacun des trois critères de validité de la clause de non-concurrence). Il conclut finalement à l'absence d'apparence de droit puisque l'employeur ne s'est pas déchargé de son fardeau de démontrer que la clause était «nécessaire pour protéger ses intérêts légitimes» au sens de l'article 2089 C.c.Q.⁵⁸⁰. Notons par contre que, dans cette affaire, le tribunal avait bénéficié d'une preuve plus complète⁵⁸¹.

Autre exemple, dans *GS/C Communication inc. c. Maurice*⁵⁸², citant avec approbation *Beau-T Stop*⁵⁸³, le tribunal étudie en détail la « proportionnalité entre l'atteinte à la liberté de travailler et la protection des intérêts légitimes de l'employeur »⁵⁸⁴ en regardant de manière critique le territoire couvert et la durée de la clause, dès l'étape de l'apparence de droit. Au même effet, dans *Automatisation JRT inc. c. Gagné*⁵⁸⁵, le tribunal indique que son analyse du critère de l'apparence de droit doit «soupeser les différents aspects de la prohibition pour vérifier s'il existe un équilibre entre la protection des intérêts légitimes de l'employeur et ceux du salarié qui doit pouvoir gagner sa vie»⁵⁸⁶. Le tribunal scrute ensuite, dans cette optique, la durée de la clause, son territoire et ses activités couvertes⁵⁸⁷. D'autres jugements ont suivi cette approche⁵⁸⁸.

Dans la deuxième catégorie de jugements recensés, les juges adhérant à cette méthode effectuent une analyse plus restreinte de la clause de non-concurrence; si certains critères sont analysés, par exemple la raisonnable des critères de durée, de temps et d'activités individuellement, l'intérêt légitime de l'employeur ou le droit au travail sont souvent exclus de l'étude de l'apparence de droit⁵⁸⁹.

Par exemple, dans *9009-6256 Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*⁵⁹⁰, le tribunal ne fait aucune mention d'un quelconque intérêt légitime de l'employeur ou du droit au travail, mais il

⁵⁸⁰ *Id.*, par. 89-91.

⁵⁸¹ *Id.*, par. 82.

⁵⁸² Préc., note 205.

⁵⁸³ *Id.*, par. 28 et 29.

⁵⁸⁴ *Id.*, par. 41.

⁵⁸⁵ Préc., note 269.

⁵⁸⁶ *Id.*, par. 25.

⁵⁸⁷ *Id.*, par. 26-31.

⁵⁸⁸ Voir par exemple : *A. Roberge inc. c. Cormier*, préc., note 16. Dans cette affaire, toujours en citant les principes de *Beau-T Stop*, le juge base l'intégralité de son analyse sur la recherche de l'intérêt légitime de l'employeur et la liberté de travail, mais ne se penche pas outre mesure sur le territoire couvert par la clause ou sa durée, assimilant leurs présences dans la clause à une condition de forme.

⁵⁸⁹ Nous réitérons la même mise en garde de précédemment : les décisions que nous avons relevées dans cette catégorie n'analysent pas le droit au travail sous l'apparence de droit, mais le font parfois sous la balance des inconvénients.

⁵⁹⁰ Préc., note 182.

étudie la raisonnable de la durée, du territoire et des activités mentionnés à la clause⁵⁹¹. Dans *Emballage Coderre Inc. c. Young*⁵⁹², le tribunal passe sous silence le critère des intérêts légitimes de l'employeur et celui de la raisonnable de la durée de la clause, alors que ceux du territoire et des activités couvertes sont analysés⁵⁹³. Un dernier exemple, dans *MBI Acquisition Corp. c. Bournival*⁵⁹⁴, après avoir cité des jugements indiquant que l'intérêt légitime et le droit au travail devraient être analysés, le juge se limite à évaluer la raisonnable des trois limitations de fond, sans mentionner ces autres critères primordiaux. Plusieurs autres jugements ont suivi ce même type d'analyse plus parcellaire⁵⁹⁵.

Une dernière catégorie rassemble les décisions où les juges n'effectuent aucune étude de la validité de la clause de non-concurrence au stade de l'apparence de droit, considérant qu'une simple analyse *prima facie* ne requiert pas l'évaluation des critères de fond de la clause de non-concurrence. Par exemple dans l'affaire *Astral Radio Inc. c. Roy*⁵⁹⁶, le tribunal refusa d'analyser la clause de non-concurrence. Elle indiqua que « [d]ans l'affaire sous étude, le Tribunal constate que chaque partie soulève des arguments, souvent contradictoires, quant à la validité de la clause de non-concurrence. Comme le souligne la Cour d'appel, ces allégations n'ont qu'une importance bien relative. En effet, le Tribunal "doit se limiter à vérifier si le requérant paraît avoir droit au remède recherché, laissant au juge du fond le soin de trancher définitivement les prétentions des parties"»⁵⁹⁷. Ensuite, le tribunal, sans effectuer aucune analyse, se contenta de dire que la clause paraissait valide. Dans l'affaire *Félix Franciscout & Associés inc. c. Champagne*⁵⁹⁸, le tribunal refusa aussi d'aborder les prétentions de l'employé selon lesquelles la clause violait sa liberté d'emploi, puisque les parties étaient au stade de l'interlocutoire⁵⁹⁹. Il indiqua simplement que « la clause de non-concurrence est complète quant à la durée, au territoire et au champ d'activités

⁵⁹¹ *Id.* par. 28-32.

⁵⁹² Préc., note 272

⁵⁹³ *Id.*, par. 14-16.

⁵⁹⁴ Préc., note 57.

⁵⁹⁵ Pour n'en nommer que quelques-uns : *Graphique Matrox inc. c. Lepage*, préc., note 130 ; *Industries et équipements Laliberté ltée c. Lefebvre*, 2009 QCCS 1370 ; *Société Laurentide Inc. c. Naud*, préc., note 295 ; *Tourbières Berger Ltée c. Lussier*, 2005 CanLII 6470 (QC C.S.) : dans cette affaire, le tribunal indique seulement, au paragraphe 34, que « le Tribunal estime que la clause est limitée quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de Berger », mais n'effectue aucune analyse de ces critères ; *Van Eeghen International (Amérique du Nord) inc. c. Eusanio*, 2006 QCCS 2400 : dans cette affaire, le tribunal indique seulement que la durée et le territoire semblent raisonnables et rajoute au paragraphe 24 que « si la clause paraît valide, quant à sa durée et au territoire visé et les activités concernées, l'ex-employeur a le droit d'en exiger le respect. Il appartient au juge du fond de décider du caractère déraisonnable » ; *Verreault Navigation inc. c. Marquis*, préc., note 91.

⁵⁹⁶ Préc., note 363.

⁵⁹⁷ *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 363, par. 34.

⁵⁹⁸ Préc., note 396.

⁵⁹⁹ *Id.*, par. 15 et 18.

professionnelles »⁶⁰⁰, n'évaluant donc que les critères de forme de la clause. D'autres décisions ont aussi suivi ce chemin d'analyse⁶⁰¹.

Concernant cette catégorie de jugement, une affaire récente, *Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki*⁶⁰², mérite d'être signalée. Dans cette affaire, le tribunal n'effectue aucune analyse de la validité de la clause de non-concurrence au stade de l'injonction interlocutoire et de la recherche de l'apparence de droit. Il se contente d'indiquer qu'au «stade de l'injonction interlocutoire, le tribunal n'a pas à entrer dans un débat sémantique pour savoir si l'interprétation de la clause peut la rendre inapplicable alors que les parties admettent eux-mêmes la concurrence»⁶⁰³. Ainsi, selon le tribunal, la simple présence d'une situation de concurrence permettait de créer une apparence de droit suffisante, et la validité de la clause ne devait pas entrer en ligne de compte à ce stade.

Bien qu'il soit impossible de généraliser à ce sujet, nous pouvons, en regardant les dates des jugements cités dans les trois catégories, relever que les jugements ne faisant absolument aucune analyse de la validité de la clause de non-concurrence sont des décisions plus anciennes, rendues entre 2001 et 2003, et que cette manière de faire n'est plus d'actualité aujourd'hui, à l'exception de la décision de 2012 citée au paragraphe précédent. Les jugements plus récents prennent plus souvent en compte le droit au travail ainsi que le critère des intérêts légitimes de l'employeur, ce qui constitue, à notre avis, une évolution positive de la jurisprudence.

Pour résumer, certains juges considèrent qu'une étude approfondie de la clause, dont principalement celle de l'atteinte minimale du droit au travail, doit être effectuée. D'autres juges, au contraire, considéreront que le fait que la clause doive uniquement ne pas être *prima facie* manifestement déraisonnable commande au contraire que l'étude de la validité de la clause soit réduite au minimum et soit réservée au juge du fond⁶⁰⁴. À la lecture de la jurisprudence, il semble donc évident que les juges n'ont pas tous la même idée de l'étendue de l'analyse qui doit être effectuée pour déterminer si la clause de non-concurrence est «manifestement déraisonnable».

2.2.1.1.2 La clause «manifestement déraisonnable»

En plus d'avoir de la difficulté à déterminer l'étendue de l'analyse *prima facie* de la validité de la clause de non-concurrence à effectuer au stade interlocutoire, les juges semblent incapables de

⁶⁰⁰ *Id.*, par. 14.

⁶⁰¹ Voir par exemple : *Cogeco Diffusion inc. c. Grenier*, 2003 CanLII 9299 (QC C.S.) ; *La Coupe Montréal Ltd c. Bolton*, préc., note 170 ; *Oxygène Plus inc. c. Fortin*, [2001] R.J.Q. 147 (C.S.).

⁶⁰² 2012 QCCS 2722.

⁶⁰³ *Id.*, par. 67.

⁶⁰⁴ *Id.*

déterminer de manière claire les circonstances dans lesquelles il serait «manifeste» que la clause soit «clairement déraisonnable», ce critère étant loin d'être facilement décrit et laissant la part large au pouvoir discrétionnaire du juge. Si, pour certains juges, une clause de non-concurrence au territoire trop étendu selon les critères jurisprudentiels applicables, rend la clause manifestement déraisonnable, entraînant le rejet de la demande d'injonction, pour d'autres, une clause dont les trois limitations seront déraisonnables entraînera au contraire la présence d'un droit douteux, et non inexistant.

Bien que les tribunaux indiquent souvent que l'étude de l'apparence de droit doit être faite en fonction des critères de l'arrêt *Kanatewat*⁶⁰⁵ (droit apparent, douteux ou inexistant), l'étude de la jurisprudence nous permet de déceler qu'ils éprouvent une certaine réticence à déclarer que le droit de l'employeur est inexistant, purement et simplement. En effet, les juges préféreront, même dans des circonstances où la clause de non-concurrence est *clairement et manifestement* invalide selon les critères de l'article 2089 C.c.Q., déclarer le droit simplement douteux et non inexistant. Les juges semblent en cela se baser sur la règle voulant que le décideur saisi d'une demande d'injonction interlocutoire ne puisse se prononcer de manière complète sur la validité de la clause de non-concurrence.

Certains exemples illustrent bien notre propos. Dans l'affaire *Chaumière Baie-St-Paul inc. c. Giguère*⁶⁰⁶, le tribunal, lors de son analyse de l'apparence de droit, indiqua d'abord, avec raison, qu'à première vue, une interdiction d'exercer toute activité commerciale concurrente pour une *durée de cinq ans* paraissait excessive, et que dans l'arrêt *Cameron*⁶⁰⁷, la Cour suprême avait déjà déclaré qu'une telle interdiction était déraisonnable et contraire à l'ordre public⁶⁰⁸. Le tribunal précisa au surplus que l'employeur n'avait pas démontré en quoi une durée de cinq ans servait à protéger ses intérêts légitimes⁶⁰⁹. Il termina son analyse en indiquant que la clause était déraisonnable parce qu'elle empêchait totalement l'ex-employé de travailler durant 5 ans⁶¹⁰.

Suite à cette analyse de la validité de la clause, il était donc clair et manifeste pour le tribunal que la clause de non-concurrence en l'espèce était déraisonnable, et n'avait aucune chance d'être déclarée valide lors du jugement au fond. Pourtant, en concluant sur l'apparence de droit, le tribunal indiqua simplement que le droit de l'employeur apparaissait *douteux* sur la clause de non-

⁶⁰⁵ *Société de développement de la Baie James c. Kanatewat*, préc., note 495.

⁶⁰⁶ Préc., note 227.

⁶⁰⁷ *Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited*, préc., note 30.

⁶⁰⁸ *Chaumière Baie-St-Paul inc. c. Giguère*, préc., note 227, par. 28.

⁶⁰⁹ *Id.*, par. 38.

⁶¹⁰ *Id.*, par. 41.

concurrence. Cette conclusion du juge suivait par contre sa logique, puisqu'il avait pris soin durant son jugement d'indiquer à plusieurs reprises que « [l]e tribunal n'a [...] pas à déterminer de façon définitive les droits des parties ni à statuer de façon certaine sur ceux-ci »⁶¹¹.

Dans une autre décision, *MBI Acquisition Corp. c. Bournival*⁶¹², le tribunal indiqua aussi que la portée territoriale de la clause semblait déraisonnable, celle-ci couvrant tout le Canada alors que l'employé n'avait de clients que dans la région de Montréal⁶¹³. Quant aux activités (ici les clients) couvertes par la clause, le tribunal indiqua qu'il était difficile, sinon impossible, de déterminer l'étendue de la clause⁶¹⁴. Selon la jurisprudence, cette constatation aurait dû entraîner l'invalidité de la clause, tout comme l'étendue territoriale déraisonnable. Pourtant, le tribunal indiqua qu'il suffisait, au stade interlocutoire, de se référer à ce que les parties avaient voulu *présumer* en signant la clause, et que seul le juge de fond pourrait se prononcer sur la question de l'étendue de la clause⁶¹⁵. Finalement, le tribunal termina en disant que la clause semblait déraisonnable à ce stade, mais que le droit était simplement douteux⁶¹⁶. D'autres exemples abondent⁶¹⁷ : les juges déclarent souvent qu'un droit basé sur une clause de non-concurrence, qui serait normalement invalide selon l'article 2089 C.c.Q., est douteux et non inexistant, par exemple une clause non nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur⁶¹⁸ ou encore une clause ne possédant aucune limite territoriale⁶¹⁹.

Suivant cette approche d'analyse, une clause de non-concurrence invalide selon les critères de 2089 C.c.Q., pourrait donc quand même fonder un droit suffisant permettant d'accorder une injonction empêchant un employé de travailler pendant la durée de la clause, si le préjudice et la balance des inconvénients étaient tout de même prouvés. Les juges effectuant ce genre de raisonnement prennent bien la peine d'indiquer que la clause de non-concurrence semble *déraisonnable...* ce qui n'est pas *manifestement déraisonnable* non plus!

⁶¹¹ *Id.*, par. 24.

⁶¹² Préc., note 57 : notez bien que dans cette affaire, la clause de non-sollicitation fut assimilée par le juge à une clause de non-concurrence.

⁶¹³ *Id.*, par. 59-61.

⁶¹⁴ *Id.*, par. 62.

⁶¹⁵ *Id.*, par. 63.

⁶¹⁶ *Id.*, par. 65 et 66.

⁶¹⁷ Voir par exemple : *Compagnie de gestion MDJ inc. c. Cadieux*, préc., note 235. Dans cette affaire, le tribunal indiqua que le territoire couvert par la clause était déraisonnable, car il ne servait pas à protéger les intérêts légitimes de l'employeur et empêcherait l'employé de gagner sa vie. La durée aussi était considérée comme déraisonnable par le tribunal. Pourtant la clause de non-concurrence créa une apparence de droit pour l'employeur.

⁶¹⁸ Voir par exemple : *Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins*, préc., note 241.

⁶¹⁹ Voir par exemple : *Graphique Matrox inc. c. Lepage*, préc., note 130.

Un courant jurisprudentiel de plus en plus majoritaire privilégie par contre l'opinion contraire. Dans ces affaires, une clause de non-concurrence déraisonnable au sens des critères de l'article 2089 C.c.Q. ne peut créer une apparence de droit, même douteuse, et l'injonction interlocutoire doit être refusée. Ce courant jurisprudentiel se base sur l'affaire *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*⁶²⁰. Le juge y indique :

«Quant aux éléments propres à toute injonction émise en cours d'instance, le premier est la démonstration de l'existence d'une question sérieuse. À cette étape, la Cour supérieure n'a pas à décider du droit, mais uniquement de l'apparence de droit. Par conséquent, le moyen soulevé par la requérante, en l'instance la validité de l'engagement de non-concurrence pris par M. Mailhot, n'a qu'à être suffisamment sérieux pour offrir une perspective raisonnable de succès quand l'affaire sera plaidée au fond (...). Par contre, si la clause de non-concurrence est manifestement déraisonnable, il y a absence d'apparence de droit et il n'est pas nécessaire d'étudier les autres éléments (...)»⁶²¹.

Le juge Dalphond dans *Beau-T Stop* reprend donc exactement les mêmes propos et la même jurisprudence que les autres tribunaux, indiquant que le jugement interlocutoire ne doit pas décider du droit, mais uniquement de son apparence et que le droit doit être suffisamment sérieux pour pouvoir être plaidé avec succès au fond. La différence à notre avis vient de son interprétation des termes «manifestement déraisonnable». Pour le juge Dalphond, une clause de non-concurrence invalide selon les critères de l'article 2089 C.c.Q. et ne respectant pas le test de proportionnalité entre les intérêts légitimes de l'employeur et la liberté de travail⁶²² sera «manifestement déraisonnable» et ne pourra donc fonder une apparence de droit. C'est ce qu'il implique quand il indique en conclusion que «[d]e l'avis du tribunal, la clause est beaucoup trop restrictive quant à la liberté de travail de M. Mailhot pour être valide»⁶²³ et que donc «l'ex-employeur n'a pas démontré la validité *prima facie* de l'engagement de non-concurrence dont il recherche l'exécution forcée. Il s'ensuit qu'il n'y a pas une apparence de droit en sa faveur.»⁶²⁴

Les principes de cette affaire d'injonction provisoire ont été appliqués souvent au stade interlocutoire. Dans *GS/C Communication inc. c. Maurice*⁶²⁵, le tribunal reprit presque mot pour mot les propos du juge Dalphond dans *Beau-T Stop*⁶²⁶. Après avoir déterminé qu'il y avait en l'espèce disproportion entre les intérêts légitimes de l'employeur et l'atteinte à la liberté de travail, le tribunal concluait que «GS/C n'a pas démontré la validité *prima facie* de l'engagement de non-concurrence. Le Tribunal conclut qu'il n'y a pas une apparence de droit en sa faveur. Cela signifie

⁶²⁰ Préc., note 13.

⁶²¹ *Id.*, par. 25.

⁶²² *Id.*, par. 32.

⁶²³ *Id.*, par. 39.

⁶²⁴ *Id.*, par. 41.

⁶²⁵ Préc., note 205.

⁶²⁶ *Id.*, par. 22.

qu'il n'est pas nécessaire d'analyser la preuve quant au préjudice irréparable et à la prépondérance des inconvénients»⁶²⁷.

Dans *Automatisation JRT inc. c. Gagné*⁶²⁸, le tribunal refusa de faire ressortir une apparence de droit d'une clause de non-concurrence dont le territoire était disproportionné par rapport à celui couvert par l'ex-employé et dont les activités semblaient trop larges. Sans renvoyer le tout du juge au fond, le tribunal indiqua en conclusion que « la clause de non-concurrence paraît avoir bien peu de chance de passer le test de la raisonnable lors du procès au fond»⁶²⁹ et que le litige devait plutôt se régler en fonction de l'obligation de loyauté.

Dans *Accessoires d'incendies Sécurex 2000 inc. c. Dallaire*⁶³⁰, le tribunal rappela que la clause de non-concurrence ne serait invalide que s'il était manifeste qu'elle était déraisonnable⁶³¹. Puis, il analysa la validité de la clause et détermina que le territoire couvert était trop vaste et non nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'employeur⁶³². Le tribunal termina en indiquant que, «[c]onsidérant ces éléments, le tribunal estime que la clause de non-concurrence est, *prima facie*, invalide et ne peut servir de fondement à l'injonction requise»⁶³³. Pour bien démontrer la dichotomie des idéaux en cette matière, dans *Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins*⁶³⁴, malgré une conclusion similaire au sujet du territoire⁶³⁵ (trop vaste pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur, tout comme la durée dans cette affaire d'ailleurs), le tribunal arriva plutôt à la conclusion que le droit était «au mieux» douteux et continua l'analyse du préjudice et de la balance des inconvénients⁶³⁶.

Cette manière de faire fut reprise dans deux autres décisions, *A. Roberge inc. c. Cormier*⁶³⁷ et *Rake & Thériault inc. c. Pageau*⁶³⁸ : le tribunal indiqua que la clause de non-concurrence était invalide, et que cela créait «tout au plus»⁶³⁹ ou «au mieux»⁶⁴⁰ un droit douteux, probablement dans le but de continuer l'analyse et de rendre un jugement complet. Nous comprenons l'intérêt des

⁶²⁷ *Id.*, par. 42.

⁶²⁸ Préc., note 269.

⁶²⁹ *Id.*, par. 32.

⁶³⁰ Préc., note 213.

⁶³¹ *Id.*, par. 5.

⁶³² *Id.*, par. 11.

⁶³³ *Id.*, par. 12.

⁶³⁴ Préc., note 241.

⁶³⁵ *Id.*, par. 71.

⁶³⁶ *Id.*, par. 81.

⁶³⁷ Préc., note 16.

⁶³⁸ Préc., note 88.

⁶³⁹ Préc., note 16, par. 64.

⁶⁴⁰ *Rake & Thériault inc. c. Pageau*, préc., note 88, par. 16.

tribunaux de rendre un jugement complet comprenant une étude du préjudice sérieux et de la balance des inconvénients pour appuyer leurs propos concernant l'invalidité de la clause, mais cette étape est à notre avis superflue. Une clause de non-concurrence invalide à sa face même ne saurait créer la moindre apparence de droit; si elle ne respecte pas les prescriptions de la loi, prescriptions d'ordre public énoncées pour protéger une liberté fondamentale, elle ne peut être génératrice de droit, même au stade interlocutoire.

En résumé, les juges ont deux approches en ce qui concerne la détermination de ce qui constitue une clause de non-concurrence «manifestement déraisonnable», entraînant le rejet de l'injonction pour absence d'apparence de droit : 1) certains considéreront que la clause déraisonnable quant à ces critères de validité créera une apparence de droit douteuse, entraînant l'obligation d'analyser la balance des inconvénients, alors que 2) d'autres considéreront que la clause déraisonnable quant à ces critères de validité sera «manifestement déraisonnable» et ne pourra créer la moindre apparence de droit.

Il est important de mentionner que, quel que soit le type d'analyse effectuée par les tribunaux, le résultat final est, dans les faits, souvent le même. En effet, dans les jugements où les tribunaux considèrent qu'une clause de non-concurrence déraisonnable crée un droit douteux, et non inexistant, l'étude de la balance des inconvénients entraînera très souvent le rejet de l'action. Le droit au travail, étudié à cette étape, fera le plus souvent pencher la balance en faveur de l'employé. Par exemple, dans *Chaumière Baie-St-Paul inc. c. Giguère*⁶⁴¹ précité, le tribunal indiqua clairement à la fin de son jugement, en analysant la balance des inconvénients, que le caractère douteux du droit entraînait une obligation de démontrer un préjudice sérieux et irréparable «suffisant pour faire pencher en sa faveur la balance des inconvénients»⁶⁴² : le droit au travail de l'ex-employé, dans cette affaire, aurait été irrémédiablement brimé si l'injonction avait été accordée.

2.2.1.1.3 L'étude prima facie de l'article 2095 C.c.Q. au stade de l'injonction interlocutoire

Tel que nous l'avons déjà mentionné dans la section de ce mémoire concernant plus spécifiquement l'article 2095 C.c.Q., cette règle de droit empêche complètement un employeur de soulever la clause de non-concurrence à l'encontre d'un ex-employé dans le cas où il a mis fin à son emploi sans motif sérieux ou s'il a donné un tel motif à l'employé⁶⁴³. Ainsi, s'il y a bel et bien eu congédiement sans motif sérieux ou congédiement déguisé, la clause de non-concurrence ne sera pas applicable : le droit de l'employeur de la soulever et de revendiquer son application sera

⁶⁴¹ Préc., note 227.

⁶⁴² *Id.*, par. 62.

⁶⁴³ C.c.Q. art. 2095.

inexistant. Au stade de l'injonction interlocutoire, lorsque l'employé soulève l'application de l'article 2095 C.c.Q. pour nier le droit de l'employeur de bénéficier d'une clause de non-concurrence, l'étude de ces prétentions doit-elle être faite?

La question reste encore aujourd'hui entière. En effet, la jurisprudence à ce sujet est chaotique. Nous avons recensé autant de jugements faisant une étude complète de l'argument fondé sur l'article 2095 C.c.Q. soulevée par la partie défenderesse dès le stade interlocutoire que de jugements renvoyant le tout au juge du fond sans se pencher le moins sur la question. Les fondements théoriques soulevés par les juges diffèrent aussi. Les tribunaux qui acceptent d'entendre et d'analyser les arguments de l'ex-employé fondés sur l'article 2095 C.c.Q. se basent sur le fait que «[m]ême si la clause de non-concurrence paraît valide, à prime abord, la doctrine enseigne que son usage doit aussi paraître légal»⁶⁴⁴. Ainsi, à notre avis, la clause de non-concurrence, en plus d'être valide, se doit tout d'abord être applicable, ce qui n'est pas le cas s'il y a eu congédiement sans motif sérieux ou congédiement déguisé.

De plus, «soulignons aussi que les tribunaux québécois ont souvent usé de leur discrétion pour rejeter une demande d'injonction en utilisant la théorie des mains propres connue en droit anglais, notamment lorsque la partie requérante avait elle-même failli à ses obligations.»⁶⁴⁵ En effet, surtout au stade interlocutoire, le tribunal jouit d'une grande discrétion pour analyser les faits en l'espèce. La théorie des mains propres, dont l'article 2095 C.c.Q. s'inspire, est normalement prise en compte par les tribunaux dans tout type d'instance interlocutoire. Dans d'autres décisions analysées, le tribunal effectue parfois l'étude de l'argument fondé sur l'article 2095 C.c.Q. sans fournir de justification, effectuant cette recherche comme s'il était normal de la faire, à l'instar des décisions *Positron Public Safety Systems inc. c. Cardoso*⁶⁴⁶ et *Tourbières Berger Ltée c. Lussier*⁶⁴⁷.

Les juges dans deux décisions récentes de 2012 ont aussi analysé en détail, au stade de l'injonction interlocutoire, les allégations d'ex-employés selon lesquelles ils avaient été victimes d'un congédiement déguisé ou d'un congédiement sans cause juste et suffisante. Par contre, dans l'une de ces décisions, le congédiement sans cause juste et suffisante avait été admis par les procureurs de la partie demanderesse⁶⁴⁸, et dans l'autre, le tribunal avait bénéficié d'une preuve

⁶⁴⁴ 9009-6256 *Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*, préc., note 182, par. 33.

⁶⁴⁵ *Groupe Serge Landry audioprothésistes Enr. c. Laliberté*, préc., note 160, par. 15.

⁶⁴⁶ Préc., note 195.

⁶⁴⁷ Préc., note 595.

⁶⁴⁸ *World Assurance Inc. c. Al Imam*, préc., note 478, par. 48.

complète par témoignage et de deux jours d'audience, permettant d'analyser cette question comme au jugement sur le fond⁶⁴⁹.

À l'opposé, les tribunaux qui refusent d'analyser les prétentions des parties en inopposabilité de la clause de non-concurrence selon 2095 C.c.Q. se basent tous sur un seul argument : cette analyse doit revenir au juge du fond. En effet, :

«à cet égard, comme le mentionne la Cour d'appel "... il faut préciser qu'en matière d'injonction interlocutoire il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur les présumés manquements contractuels allégués par les parties ou sur la validité même du contrat les liant"[...]. Ce sera au Juge du fond à le faire. Comme mentionné plus haut, le rôle du président du Tribunal "doit se limiter à vérifier si le requérant paraît avoir droit au remède recherché", ce qui est le cas en l'espèce»⁶⁵⁰.

Plusieurs autres décisions reprennent cette idée que seul le juge du fond, bénéficiant de toute la preuve⁶⁵¹, pourra évaluer l'allégation de 2095 C.c.Q. Les tribunaux justifient parfois leur approche par le fait que la preuve présentée devant le juge de l'instance interlocutoire est contradictoire⁶⁵² ou insuffisante⁶⁵³ pour se prononcer sur l'application de l'article 2095 C.c.Q. Nous n'avons pas de difficulté à croire qu'il est problématique pour un juge de déterminer s'il y a eu congédiement déguisé sur la seule foi d'affidavits, surtout lorsqu'aucun témoignage ne sera entendu, ce qui est majoritairement le cas en pratique à ce stade préliminaire. La position de ces tribunaux semble s'appuyer sur le fait que le juge du fond sera mieux placé pour entendre les arguments des parties en bénéficiant d'une preuve complète.

De plus, dans un autre jugement de la Cour d'appel souvent cité, *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*⁶⁵⁴, le tribunal refusa de se prononcer sur une allégation du défendeur selon laquelle il n'était plus lié à la demanderesse par un contrat d'emploi contenant une clause de non-concurrence, préférant renvoyer le tout au jugement au fond. Dans cette affaire, l'allégation selon

⁶⁴⁹ *Spa Bromont inc. c. Cloutier*, préc., note 247, par. 82.

⁶⁵⁰ *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 363, par. 37. Le jugement mentionné par le tribunal dans cette décision est l'affaire *Télémedia Communications Inc. c. Sonison*, [1985] R.D.J. 478, 479 (C.A.).

⁶⁵¹ À titre d'exemple au stade provisoire, dans le jugement *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 560, par. 16 et 17, le juge indique que l'allégation de l'employé selon laquelle il a été forcé de remettre sa démission «créé un doute additionnel» quant à la validité de la clause de non-concurrence, mais n'effectue pas d'analyse de ce reproche. Voir aussi à ce sujet : *Compagnie de gestion MDJ inc. c. Cadieux*, préc., note 235, par. 36 ; *Groupe Option Retraite inc. c. Bégin*, 2005 CanLII 9624 (QC C.S.), par. 2.

⁶⁵² *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, 2006 QCCS 2475, par. 35. Il est par contre intéressant de noter dans cette affaire que le juge indique bel et bien qu'«il est possible lors d'un débat contradictoire soit au niveau de l'injonction interlocutoire, soit au niveau de l'injonction permanente, que Tremblay puisse démontrer qu'il a été l'objet d'un congédiement déguisé».

⁶⁵³ *Société Laurentide Inc. c. Naud*, préc., note 295, par. 32.

⁶⁵⁴ *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, préc., note 6, par. 14.

laquelle le contrat de travail était nul, était sérieuse et aurait pu avoir de grandes conséquences sur le litige; pourtant, le tribunal refusa d'analyser cette question et décida tout simplement de conclure que l'employé, au stade provisoire, était «apparemment» lié à l'employeur par contrat d'emploi contenant une clause de non-concurrence⁶⁵⁵.

Donc, les tribunaux ne semblent pas tous sur la même longueur d'onde quand il s'agit de déterminer si une allégation de l'ex-employé selon 2095 C.c.Q. devrait être analysée au stade interlocutoire ou seulement lors du jugement au fond. De plus, lorsque cette étude est effectuée, la conclusion du tribunal selon laquelle l'ex-employé a bel et bien été congédié sans motif sérieux, au lieu de rendre le droit à l'application de la clause de non-concurrence par injonction interlocutoire inexistant, est plutôt interprétée comme rendant uniquement le droit douteux, rejoignant ainsi les propos tenus concernant l'article 2089 C.c.Q. dans la section précédente⁶⁵⁶. Par exemple dans l'affaire *9009-6256 Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*⁶⁵⁷, le tribunal conclut que, «à première vue, [...] la décision unilatérale de la demanderesse, à l'effet de mettre fin au contrat P-1, sans avis préalable, comporte un caractère intempestif, incompatible avec le sérieux requis pour justifier le recours à la stipulation de non-concurrence au sens de l'article 2095 C.p.c.»⁶⁵⁸. Ensuite, au lieu de déclarer l'absence de droit, il indiqua que cela jetait simplement une ombre sur le droit de l'employeur, que celui-ci était donc douteux et qu'il fallait procéder au reste de l'analyse⁶⁵⁹, soit la recherche de la balance des inconvénients.

Dans d'autres jugements, au contraire, le tribunal indique plutôt que quand la preuve, même *prima facie*, démontre qu'il y a eu congédiement déguisé ou congédiement sans cause juste et suffisante, l'article 2095 C.c.Q. trouve application et le droit de l'employeur à la mise en application de la clause de non-concurrence est inexistant. Ce fut la conclusion du juge dans le jugement *Positron Public Safety Systems inc. c. Cardoso*⁶⁶⁰, où le tribunal indiqua que même si la clause de non-concurrence était valide, le demandeur ne pouvait s'en prévaloir, étant donné le congédiement sans motif sérieux⁶⁶¹. Dans la décision récente *World Assurance Inc. c. Al Imam*⁶⁶², le tribunal indiqua aussi clairement qu'en présence d'un congédiement sans cause juste et suffisante,

⁶⁵⁵ *Id.*, par. 14.

⁶⁵⁶ *Supra*, section 2.2.1.1.2.

⁶⁵⁷ Préc., note 182.

⁶⁵⁸ *Id.*, par. 37.

⁶⁵⁹ *Id.*, par. 40 et 41.

⁶⁶⁰ Préc., note 195.

⁶⁶¹ *Positron Public Safety Systems inc. c. Cardoso*, préc., note 195, par. 76.

⁶⁶² Préc., note 478.

le requérant ne pouvait bénéficier de la clause de non-concurrence, et ce même au stade interlocutoire⁶⁶³.

Ainsi, la question de l'étude du critère d'application de la clause de non-concurrence selon l'article 2095 C.c.Q. au stade interlocutoire lors de l'analyse de l'apparence de droit n'est pas encore résolue aujourd'hui.

2.2.1.2 Le critère du préjudice sérieux ou irréparable

Le deuxième critère que les tribunaux doivent analyser pour déterminer si l'employeur peut requérir une injonction interlocutoire pour mettre en application la clause de non-concurrence du contrat de son ex-employé est la présence d'un préjudice sérieux et irréparable. L'employeur devra donc prouver que le fait que l'ex-employé ne respecte pas la clause de non-concurrence lui cause un tel préjudice. Le préjudice soulevé sera, dans la très grande majorité des cas, une perte de clientèle et «la jurisprudence reconnaît généralement que la compensation en dommages-intérêts pour la perte de clientèle est un recours insatisfaisant et aléatoire parce que le dommage est difficilement mesurable de telle sorte qu'il devient irréparable»⁶⁶⁴. Ainsi, selon un courant jurisprudentiel largement majoritaire, le préjudice en matière de non-concurrence sera *presque automatiquement* considéré comme irréparable et susceptible de ne pas être compensable par un jugement final⁶⁶⁵, et cela sans grande analyse.

Cela sera le cas « même s'il n'existe aucune preuve de dommages tangibles au moment où la sanction est demandée ou s'il est impossible de quantifier de tels dommages »⁶⁶⁶. En effet, selon la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Entreprises Jacques Despars inc. c. Pelletier*⁶⁶⁷, une simple possibilité sérieuse de préjudice suffira dans le cadre d'une injonction interlocutoire⁶⁶⁸. L'affaire *Van Eeghen International (Amérique du Nord) inc. c. Eusanio*⁶⁶⁹ indique clairement que «[i]l n'est pas nécessaire d'attendre que la demanderesse constate ou fasse la preuve d'une perte de clientèle pour intervenir; il faut empêcher que cela se produise surtout si l'employeur a pris la peine de se protéger en faisant signer un contrat d'emploi comportant une clause de non-concurrence et de non-

⁶⁶³ *Id.*, par. 52.

⁶⁶⁴ P.-A. GENDREAU, préc., note 169, p. 122 ; C. GASCON, préc., note 565, p. 109, à la page 156.

⁶⁶⁵ Pour ne nommer que quelques exemples : *Cogeco Diffusion inc. c. Grenier*, préc., note 601, par. 13 ; *MBI Acquisition Corp. c. Bournival*, préc., note 57, par. 79 ; *A. Roberge inc. c. Lacroix*, préc., note 90, par. 22 ; *Automatisation JRT inc. c. Gagné*, préc., note 269, par. 44 ; *Chaumière Baie-St-Paul inc. c. Giguère*, préc., note 227, par. 53 et 54 ; *Rake & Thériault inc. c. Pageau*, préc., note 88, par. 20.

⁶⁶⁶ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.23.

⁶⁶⁷ [1992] R.D.J. 586 (C.A.).

⁶⁶⁸ *Id.*, 589.

⁶⁶⁹ Préc., note 595.

sollicitation»⁶⁷⁰. Le tribunal conclut de la même manière dans l'affaire *Cogeco Diffusion inc. c. Grenier*⁶⁷¹ en indiquant que «les tribunaux reconnaissent que la sollicitation de clientèle peut causer des dommages irréparables et que l'employeur est en droit de faire cesser une telle sollicitation, et ce, même en l'absence de preuve de dommages tangibles au moment où l'injonction est demandée»⁶⁷².

Plusieurs critères seront analysés par les tribunaux pour déterminer si le préjudice subi par l'employeur est irréparable : «[L]a nature de l'industrie au sein de laquelle oeuvrent les parties, le statut que détenait l'employé au sein de l'entreprise, de même que le fait que la concurrence continue pour l'employeur indépendamment du fait que l'ex-employé travaille pour un concurrent»⁶⁷³, l'impact sur la renommée de l'entreprise⁶⁷⁴ ou sur le respect de la clause par les autres employés⁶⁷⁵, etc. «Les tribunaux vont aussi utiliser des critères économiques. Est-ce que le refus d'ordonner une injonction causerait un préjudice économique au requérant?»⁶⁷⁶

Il est important de noter qu'une perte minime de clientèle, quand elle est due à la rapidité de l'introduction du recours en injonction par l'employeur, ne jouera pas à l'encontre de la recherche d'un préjudice sérieux⁶⁷⁷. Le tribunal prendra aussi souvent en compte le temps écoulé entre la violation et l'introduction de la demande en injonction, argumentant avec justesse qu'un préjudice ne saura être grave et irréparable si l'employeur a attendu plusieurs mois avant de faire valoir ses droits⁶⁷⁸. Un dernier critère, utilisé dans le jugement *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*⁶⁷⁹, autant au stade de l'injonction provisoire que de l'ordonnance de sauvegarde, mérite à notre avis d'être mentionné, puisque ce critère pourrait très bien être aussi soulevé au stade interlocutoire.

Le tribunal indiqua dans *Tremblay* qu'il y avait «prima facie dommage du simple fait de l'embauche de l'intimé par son concurrent»⁶⁸⁰, puisque l'employé, un cadre supérieur détenant de

⁶⁷⁰ *Id.*, par. 29.

⁶⁷¹ Préc., note 601.

⁶⁷² *Id.*, par. 13.

⁶⁷³ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.35.

⁶⁷⁴ *Accessoires d'incendies Sécurex 2000 inc. c. Dallaire*, préc., note 213, par. 29.

⁶⁷⁵ Il est important de noter que la question de l'effet «d'exemple» que peut constituer un jugement mettant en application ou pas la clause de non-concurrence sur les autres employés est controversée. La Cour d'appel, dans la décision *Entreprises Jacques Despars inc. c. Pelletier*, préc., note 667, prit ce critère en compte, alors qu'il fut fermement rejeté plus tard dans les décisions *Honco inc. c. Damphousse*, préc., note 206, p. 24 et *Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron*, préc., note 44, par. 64 et 65.

⁶⁷⁶ P. IANNUZZI, préc., note 29, par. 227 et suiv.

⁶⁷⁷ *Automatisation JRT inc. c. Gagné*, préc., note 269, par. 44.

⁶⁷⁸ Voir par exemple : *Verreault Navigation inc. c. Marquis*, préc., note 91, par. 30 et 31.

⁶⁷⁹ 2006 QCCS 2677.

⁶⁸⁰ *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, préc., note 652, par. 36. Voir aussi G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.26[1].

nombreuses informations sur la compagnie, était «à même, parfois inconsciemment, de prendre des décisions chez Vivendi [(le concurrent)] qui pourrait affecter Ubisoft [(l'employeur)] négativement»⁶⁸¹. Le tribunal indiqua aussi qu'«il existe un haut degré de probabilité que de tels renseignements soient inévitablement dévoilés si Tremblay [(l'employé)] occupe un poste chez Vivendi Games [(le concurrent)]»⁶⁸². Un constat semblable fut soulevé dans l'affaire *Corporation Datacom Wireless c. Denis*⁶⁸³ lorsque le tribunal indiqua qu'il était «raisonnable de penser que dans le cadre d'échanges anodins avec son nouvel employeur, [l'employé] puisse divulguer des faits de nature à aider son nouvel employeur et par le fait même, causer un tort irréparable à la demanderesse»⁶⁸⁴.

Cette méthode d'analyse fait appel à la théorie américaine de la divulgation inévitable⁶⁸⁵, théorie qui fut déclarée inapplicable en droit québécois en l'absence de mauvaise foi et d'une clause de non-concurrence valide en 2008 dans l'affaire *Éditions CEC inc. c. Hough*⁶⁸⁶, puisqu'elle violait, entre autres, le principe de présomption de bonne foi ainsi que la liberté de travail et de concurrence. À notre avis, ce genre de raisonnement, surtout au stade interlocutoire en présence d'une preuve parcellaire, ne devrait plus être utilisé aujourd'hui, à moins d'une preuve flagrante de mauvaise foi de la part de l'ex-employé. C'est d'ailleurs l'avis du tribunal dans l'affaire *Rake & Thériault inc. c. Pageau*⁶⁸⁷, où le juge Masse, après avoir déclaré que le droit à l'injonction ne pouvait se fonder sur les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation, refusa d'appliquer cette théorie aux allégations de déloyauté de l'employé⁶⁸⁸.

En résumé, les conclusions de cette étape du test d'émission de l'injonction interlocutoire seront presque toujours en faveur de l'employeur, et parfois sans grande analyse. Les tribunaux se baseront sur le principe immuable, presque toujours cité par les tribunaux, selon lequel une perte

⁶⁸¹ *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, préc., note 652, par. 41.

⁶⁸² *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, préc., note 679, par. 60.

⁶⁸³ 2007 QCCS 4550.

⁶⁸⁴ *Id.*, par. 20.

⁶⁸⁵ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.19 ; Nathalie-Anne BÉLIVEAU et Derek KNOECHEL, «Réflexions sur la doctrine de la divulgation inévitable», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2008)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 387, à la page 419.

⁶⁸⁶ 2008 QCCS 4526.

⁶⁸⁷ Préc., note 88.

⁶⁸⁸ *Id.*, par. 38-44.

d'achalandage est quasiment toujours considérée comme un dommage sérieux, susceptible de causer un tort irréparable à l'employeur⁶⁸⁹.

2.2.1.3 Le critère de la balance des inconvénients

La dernière des trois étapes nécessaires à l'émission d'une injonction interlocutoire ne sera étudiée que si le droit de l'employeur à l'émission de l'injonction pour faire respecter la clause de non-concurrence semble douteux. Il s'agira, pour le tribunal, de déterminer qui, de l'employeur ou de l'ex-employé, subira le dommage le plus grand si l'injonction était accordée ou refusée. Seront donc généralement mis en compétition deux droits très différents : le droit de l'employeur de conserver sa clientèle et de protéger son fonds de commerce et le droit de l'ex-employé de travailler et de gagner sa vie.

Les tribunaux évalueront, de manière principale, l'impact de la clause de non-concurrence sur le droit au travail et la libre concurrence lors de l'évaluation de la balance des inconvénients au stade interlocutoire. Par exemple, les tribunaux regarderont :

«[l]’impact de l’injonction sur la capacité de l’employé de gagner sa vie et, plus spécifiquement, le fait que celle-ci fera perdre à l’employé une importante source de revenus, qu’il lui faudra un certain temps pour se reconstruire une clientèle dans un autre domaine, que ses activités connexes ne lui procureront pas des revenus suffisants pour répondre aux besoins de sa famille, qu’il n’aura pas accès aux prestations d’assurance-emploi ou qu’il éprouvera des difficultés financières importantes.»⁶⁹⁰

D'un autre côté, il ne faut pas oublier que « les tribunaux sont mal équipés pour peser la balance des intérêts ; il faut bien connaître le marché de l'emploi et celui de l'industrie pour savoir les possibilités qui s'offrent toujours au travailleur ou le danger réel que représente sa concurrence pour l'entreprise»⁶⁹¹.

Souvent, les tribunaux qui ne feront pas mention du droit au travail comme critère de validité de la clause de non-concurrence dans la section de l'analyse concernant l'apparence de droit, feront cette étude dans le cadre de la balance des inconvénients. Les exemples sont nombreux. Dans

⁶⁸⁹ Par exemple, dans l'affaire *Fier croissance durable, s.e.c. c. Fillion*, 2010 QCCS 48, par. 3, le tribunal se contenta de dire qu'«[i]l est de jurisprudence constante que la perte d'une clientèle est difficilement quantifiable et peut être considérée comme un dommage irréparable», sans se pencher plus avant sur la question. Dans *A. Roberge inc. c. Lacroix*, préc., note 90, par. 22, le tribunal a tenu les mêmes propos et indiqua seulement pour accorder l'injonction que, en ce qui «concerne le préjudice sérieux et irréparable, les tribunaux ont souvent déclaré que la perte de clientèle est un préjudice qui ne peut pas être réparé par le paiement ultérieur d'une somme d'argent car les dommages qui en résultent sont difficilement quantifiables. Le remède approprié, dans un tel cas, est de faire cesser l'activité susceptible de porter atteinte à la clientèle de l'entreprise.»

⁶⁹⁰ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.3.41.

⁶⁹¹ F. CHARETTE, préc., note 8, 573.

l'affaire 9009-6256 *Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*⁶⁹², le juge ne fit aucune mention du droit au travail dans son analyse de l'apparence de droit et de la légalité de la clause⁶⁹³, mais souligna, dans son étude de la balance des inconvénients, que l'ex-employé perdra sa principale source de revenus si l'injonction est accordée alors qu'il est le soutien d'une famille de cinq personnes⁶⁹⁴.

La même situation existait dans l'affaire *Verreault Navigation inc. c. Marquis*⁶⁹⁵ : le tribunal ne mentionna aucunement le droit au travail lors de son analyse de la validité de la clause pour déterminer l'apparence de droit, alors qu'il indiqua plus loin que «le poids des inconvénients jou[ait] très clairement en faveur du défendeur. Alors qu'une année complète s'[était] écoulée depuis son entrée en fonction chez Méridien Maritime, l'émission de l'ordonnance d'injonction interlocutoire réclamée contre lui par Verreault Navigation aurait pour seul et unique effet de le priver de son gagne-pain pendant un peu plus de trois mois, et cela sans aucun avantage pour la demanderesse elle-même.»⁶⁹⁶ De nombreuses décisions vont dans le même sens et réservent l'étude de l'impact sur le droit au travail à l'étape du test de l'injonction interlocutoire concernant la balance des inconvénients⁶⁹⁷.

Ainsi, le dernier critère de la balance des inconvénients prendra souvent en compte la liberté de travail et le droit de gagner sa vie pour déterminer qui, de l'employeur ou de l'ex-employé, subira le plus grand préjudice si l'injonction était accordée.

2.2.2 Les clauses de non-concurrence dans le cadre des injonctions provisoires et des ordonnances de sauvegarde

Quelle est l'analyse effectuée par les tribunaux lors de la demande d'un employeur pour une injonction provisoire ou une ordonnance de sauvegarde en matière de clause de non-concurrence? Tel que mentionné dans la section 2.1.3, les critères à évaluer par les tribunaux dans ces cas seront les mêmes que pour l'injonction interlocutoire (apparence de droit, préjudice sérieux et irréparable, balance des inconvénients), en plus d'un critère supplémentaire, l'urgence.

⁶⁹² Préc., note 182.

⁶⁹³ *Id.*, par. 28-32.

⁶⁹⁴ *Id.*, par. 45-47, 51 et 52.

⁶⁹⁵ Préc., note 91.

⁶⁹⁶ *Verreault Navigation inc. c. Marquis*, préc., note 91, par. 35.

⁶⁹⁷ Pour ne nommer que quelques exemples : 9175-4887 *Québec inc (E-Tronics) c. Baldassare*, 2011 QCCS 4842 ; *Exfo inc. c. Réseaux Accedian inc.*, préc., note 223 ; *MBI Acquisition Corp. c. Bournival*, préc., note 57 ; *Medisca Pharmaceutique inc. c. De Lisio*, préc., note 137 ; *Tourbières Berger Ltée c. Lussier*, préc., note 595 ; *Rake & Thériault inc. c. Pageau*, préc., note 88; etc.

Concernant ce dernier critère, il sera rarement analysé en long et en large par les tribunaux; le requérant n'aura qu'à alléguer dans ses affidavits une perte de clientèle, le fait que l'ex-employé sollicite celle-ci⁶⁹⁸, une crainte que des renseignements confidentiels soient divulgués⁶⁹⁹ ou que l'ex-employé viole sa clause de non-concurrence⁷⁰⁰, pour réussir cette étape du test. Parfois, l'urgence ne sera même pas traitée par le tribunal⁷⁰¹. D'un autre côté, si le requérant a laissé un trop grand laps de temps s'écouler entre le départ de l'ancien employé et sa demande en injonction provisoire et en ordonnance de sauvegarde, il pourra difficilement plaider que la situation est urgente et verra souvent son recours rejeté⁷⁰². De plus, si l'ex-employé n'a pas encore commencé à travailler chez un compétiteur, et s'engage à respecter ses obligations dans son affidavit, l'urgence ne sera pas présente⁷⁰³.

En ce qui concerne le critère de l'apparence de droit, une étude de la jurisprudence largement majoritaire nous apprend que les tribunaux étudieront uniquement de manière très superficielle la validité de la clause de non-concurrence à ce stade, préférant renvoyer cette étude au fond, ou à l'audition de la requête en injonction interlocutoire. Quant à l'article 2095 C.c.Q. et toute prétention de l'ex-employé à un congédiement sans cause ou déguisé, les tribunaux refuseront systématiquement d'étudier ces arguments à cette étape provisoire. L'apparence de droit, au stade provisoire ou lors d'une ordonnance de sauvegarde, ne semble donc pas être tributaire de la validité de la clause de non-concurrence (a. 2089 C.c.Q.) ou de son applicabilité (a. 2095 C.c.Q.). Il suffira que la clause de non-concurrence soit complète, que l'affidavit de la partie requérante indique que le contrat est valide et que le congédiement soit sérieux pour que l'apparence de droit soit démontrée.

Trois décisions récentes, rendues en 2012 nous éclairent à ce sujet. Dans *Cassidian Communications Corp. c. Aubin*⁷⁰⁴, le tribunal refusa d'entendre les arguments de l'ex-employé concernant la validité et l'applicabilité de la clause de non-concurrence et indiqua qu'«au stade d'une mesure de sauvegarde, le Tribunal n'a pas à statuer sur l'ensemble des éléments contradictoires dont, entre autres, s'il s'agit d'un contrat valide ou d'une démission ou d'une résiliation de poste»⁷⁰⁵. Le tribunal fit le même type d'analyse dans *Kelron Montréal inc. c.*

⁶⁹⁸ Voir par exemple : *Jefrago Technologies inc. c. Vetagro, s.p.a.*, préc., note 478, par. 42.

⁶⁹⁹ Voir par exemple : *Cassidian Communications Corp. c. Aubin*, préc., note 478, par. 38.

⁷⁰⁰ *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, préc., note 652, par. 18-19.

⁷⁰¹ Voir par exemple : *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 560 ; *Préverco inc. c. Paradis*, préc., note 478.

⁷⁰² *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 24.

⁷⁰³ *Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins*, préc., note 547, par. 12-15.

⁷⁰⁴ Préc., note 478.

⁷⁰⁵ *Id.*, par. 45.

*Comitini*⁷⁰⁶ et dans *Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki*⁷⁰⁷ : aucune analyse de la validité de la clause ne fut effectuée par le tribunal et il refusa de débattre «de la validité ou des causes du congédiement»⁷⁰⁸. Dans *Adhésifs Adhpro*, le tribunal fut très clair : «Les arguments des défendeurs quant à l'illégalité des clauses, si valables soient-ils, ne peuvent être considérés à l'étape de l'injonction provisoire.»⁷⁰⁹

Un autre exemple de cette approche est l'affaire relativement récente *Convexpert inc. c. Gobeil*⁷¹⁰. Le tribunal indiqua rapidement que «[c]ette clause de non-concurrence, de l'avis du Tribunal, entraîne à sa face même certains motifs de contestation» et «qu'une durée de cinq ans et la détermination du territoire des États-Unis et du Canada semblent, à première vue, peut-être trop vastes et déraisonnables»⁷¹¹. La clause étudiée était clairement illégale et invalide face aux critères de l'article 2089 C.c.Q., une durée de cinq ans étant quasiment toujours manifestement déraisonnable, mais le tribunal refusa de la déclarer invalide puisqu'il «n'a[vait] pas à se prononcer sur la validité, à ce moment-ci, de la clause»⁷¹².

Les décideurs de nombreuses autres décisions ont aussi suivi cette manière de faire et n'ont pas étudié la validité de la clause de non-concurrence selon les critères de l'article 2089 C.c.Q. ou son applicabilité selon l'article 2095 C.c.Q. au stade provisoire, lors de l'analyse de l'apparence de droit⁷¹³. Dans d'autres cas, on analyse plutôt de manière très parcellaire ou très brève la validité de la clause⁷¹⁴, étant généralement muettes sur le critère de l'intérêt légitime de l'employeur ou renvoyant

⁷⁰⁶ Préc., note 478.

⁷⁰⁷ 2012 QCCS 287, par. 34-40.

⁷⁰⁸ *Kelron Montréal inc. c. Comitini*, préc., note 478, par. 29.

⁷⁰⁹ *Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki*, préc., note 707, par. 36.

⁷¹⁰ 2009 QCCS 4604.

⁷¹¹ *Id.*, par. 5.

⁷¹² *Id.*

⁷¹³ Voir par exemple : *Cogeco Diffusion c. Lavoie et Lemelin*, 2011 QCCS 1798 ; *Fier croissance durable, s.e.c. c. Fillion*, préc., note 689 : dans cette affaire, le tribunal indique que la clause de non-concurrence ne semble pas raisonnable (la clause ne comprenait pas de description de territoire et était par le fait même une clause s'appliquant *mondialement*) et que les défendeurs auront donc «des arguments à faire valoir» au fond ; *Groupe Option Retraite inc. c. Bégin*, préc., note 651 ; *Industrie Dobec inc. c. Brassard*, préc., note 532 : étrangement, dans cette affaire, le tribunal ne fait aucunement mention de l'article 2089 C.c.Q. ou des critères de validité de la clause, mais prend en considération la liberté de travail et de concurrence au stade de la balance des inconvénients ; *Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins*, préc., note 547 : ici, le tribunal indique qu'il n'a pas à se pencher sur la clause de non-concurrence car il la considère comme valide et qu'il n'a pas à trancher quelque doute que ce soit concernant sa validité ; *Outillage industriel Québec ltée. c. Belleau*, 2009 QCCS 1092 ; *Société Laurentide Inc. c. Naud*, 2005 CanLII 6699 (QC C.S.) ; *Société Promutuel Lanaudière, société mutuelle d'assurances générales c. Clark*, 2009 QCCS 988.

⁷¹⁴ Voir par exemple : *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 560 ; *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, 2004 CanLII 4922 (QC C.S.) ; *Positron Public Safety Systems inc. c. Cardoso*, préc., note 195.

l'étude de l'impact sur le droit au travail lors de l'examen du critère de la balance des inconvénients.

Cette tendance des tribunaux provient sans aucun doute du jugement de la Cour d'appel *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*⁷¹⁵. Dans cette affaire, souvent citée puisqu'il s'agit d'un des rares jugements de la Cour d'appel concernant une procédure préliminaire comme l'ordonnance de sauvegarde, le tribunal indiqua clairement :

«Il n'appartient pas à un juge de première instance, saisi d'une demande en vue de l'émission d'une ordonnance de sauvegarde, de se prononcer sur le fond du litige, mais plutôt de décider si la requérante a une apparence de droit ici, au respect de la clause de non-concurrence. La Cour est d'avis qu'à la lumière de la preuve présentée, le juge de première instance devait conclure *prima facie* à la validité de la clause de non-concurrence quant à sa durée, au territoire visé et aux activités concernées. En effet, les questions que les intimés soulèvent quant à la validité de cette clause sont légitimes, mais elles ne permettent pas de conclure *prima facie* à son caractère clairement déraisonnable.»⁷¹⁶

Revenons sur un constat fait dans les sections précédentes concernant la tendance généralisée des tribunaux à ne pas déclarer le droit inexistant, mais simplement douteux, même en présence d'une violation flagrante des critères de validité d'ordre public de l'article 2089 C.c.Q. Notre étude de la jurisprudence nous apprend que ce raisonnement s'applique tout autant aux demandes d'injonctions provisoires et d'ordonnances de sauvegarde.

À titre d'exemple, en 2010, dans *Fier croissance durable, s.e.c. c. Fillion*⁷¹⁷, le tribunal déclara simplement douteux le droit créé par une clause de non-concurrence ne visant *aucun* territoire défini, ce qui en faisait une clause à portée mondiale⁷¹⁸. Il est pourtant clair, autant dans la législation, dans la jurisprudence que chez les auteurs, qu'une telle clause devrait être automatiquement déclarée invalide, et non pas seulement douteuse. La même chose se produisit dans l'affaire *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*⁷¹⁹, où le droit fut déclaré

⁷¹⁵ *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, préc., note 6.

⁷¹⁶ *Id.*, par. 17 et 18.

⁷¹⁷ Préc., note 690.

⁷¹⁸ *Id.*, par. 5 et 6.

⁷¹⁹ Préc., note 714.

apparent malgré l'absence de territoire dans la clause de non-concurrence⁷²⁰. D'autres exemples abondent⁷²¹.

Pourtant, dans certaines décisions rendues au stade provisoire, surtout dans les cas d'ordonnances de sauvegarde, les juges effectuent une analyse plus poussée de la clause de non-concurrence, prenant en compte l'intérêt légitime de l'employeur ou encore le droit au travail. Le nombre de décisions comportant ce genre d'analyse, à notre avis beaucoup plus en symbiose avec la loi, est très restreint⁷²². On y étudie non seulement en détail la validité et l'applicabilité de la clause de non-concurrence au stade provisoire, mais on y va aussi jusqu'à déclarer l'absence totale de droit de l'employeur pour cause d'invalidité de la clause de non-concurrence⁷²³. Ce fut le cas dans l'affaire *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*⁷²⁴.

À cet égard, l'affaire *A.R. Medicom inc. c. Bergeron*⁷²⁵ est importante, puisqu'il s'agit de l'une des rares affaires traitant d'une ordonnance de sauvegarde à avoir été portée en appel⁷²⁶. Le tribunal, en se basant sur *Beau-T Stop*⁷²⁷, rappela que le juge dans cette affaire avait placé l'analyse de l'apparence de droit au stade provisoire «squarely in the context of whether a restricted covenant effectively violated an apparent right to work»⁷²⁸. Le juge ancrâ ensuite sa décision sur l'impact de la clause de non-concurrence sur le droit au travail, indiquant que l'employeur ne saurait avoir d'intérêts légitimes à empêcher deux travailleurs de gagner leur vie dans leurs champs d'expertise⁷²⁹ et que la restriction à leur liberté de travail n'était pas proportionnelle aux intérêts légitimes de l'employeur⁷³⁰. Le tribunal refusa ensuite l'ordonnance de sauvegarde, sans évaluer le préjudice ou la balance des inconvénients, convenant sans équivoque que la clause de non-concurrence était inapplicable et invalide.

⁷²⁰ Il est important de noter que quelques jours plus tard, lors de la demande de renouvellement de cette ordonnance dans *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, 2004 CanLII 6836 (QC C.S.), le tribunal déclara la clause de non-concurrence invalide en se fondant sur ce même argument.

⁷²¹ Par exemple, dans l'affaire *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 560, par. 15-18, le tribunal, après avoir indiqué que les activités couvertes par la clause rendaient sa validité incertaine et que les reproches d'un congédiement déguisé de l'employé étaient sérieux à ce stade des procédures, le tribunal indiqua que cela rendait le droit *apparent*, et qu'il fallait donc ensuite évaluer la balance des inconvénients et le préjudice sérieux. Voir aussi *Medisca Pharmaceutique inc. c. De Lisio*, préc., note 137.

⁷²² Voir par exemple : *A.R. Medicom inc. c. Bergeron*, préc., note 346 ; *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13 ; *Faucher Industries inc. c. Poliziani*, préc., note 288 ; *TQS inc. c. Pelletier*, préc., note 110.

⁷²³ Voir par exemple : *Exfo inc. c. Réseaux Accedian inc.*, préc., note 223.

⁷²⁴ Préc., note 13.

⁷²⁵ Préc., note 346.

⁷²⁶ *Id.*

⁷²⁷ *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13.

⁷²⁸ *A.R. Medicom inc. c. Bergeron*, préc., note 346.

⁷²⁹ *Id.*, par. 16.

⁷³⁰ *Id.*, par. 18.

Le tribunal rendit une décision similaire dans *Faucher Industries inc. c. Poliziani*⁷³¹. Il indiqua que «s'il n'y a pas d'apparence de droit, il n'y a pas d'injonction quel que soit le préjudice ou l'urgence»⁷³² et que si la clause «est manifestement déraisonnable à sa face même, il ne sera pas nécessaire de s'attarder sur les autres critères»⁷³³. Après avoir déterminé que la clause empêchait l'employé de travailler sur un territoire qu'il n'avait jamais desservi durant son emploi, le tribunal conclut que la clause était «éminemment déraisonnable»⁷³⁴ et devait être annulée immédiatement⁷³⁵. Aussi, le tribunal dans la décision *TQS inc. c. Pelletier*⁷³⁶ indiqua avec justesse que «[s]i la clause est carrément illégale, et qu'on peut le démontrer tout de suite, suivant un débat contradictoire, le litige est terminé et l'on n'a pas à se rendre à l'interlocutoire pour avoir une seconde chance de plaider la légalité»⁷³⁷.

Pour résumer la jurisprudence concernant l'apparence de droit au stade provisoire ou de l'ordonnance de sauvegarde quand un employeur demande l'application d'une clause de non-concurrence, les tribunaux, majoritairement, ne feront pas reposer l'apparence de droit sur la validité intrinsèque de la clause de non-concurrence ou sur son applicabilité (courant jurisprudentiel *Ubisoft*⁷³⁸). Celle-ci sera évaluée uniquement dans ses critères de forme. Si la clause semble *prima facie* complète et qu'il semble y avoir *prima facie* violation des engagements de l'ex-employé⁷³⁹, ou possibilité sérieuse de violation, l'apparence de droit sera démontrée. Le reste du débat devra se faire au fond. Bien au contraire, certains autres jugements minoritaires, considèrent que, même à ce stade, la validité selon 2089 C.c.Q. et l'applicabilité selon 2095 C.c.Q. de la clause de non-concurrence devront être évaluées *prima facie* pour déterminer l'apparence de droit (courant jurisprudentiel *Beau-T Stop*). Encore faudra-t-il que l'employeur fasse la preuve d'une situation de concurrence : il n'y aura apparence de droit que si cette situation existe⁷⁴⁰ ce qui sera souvent le cas en l'espèce.

Quant au 2^e critère d'émission d'une injonction provisoire ou d'une ordonnance de sauvegarde, celui du préjudice sérieux ou irréparable, il sera analysé de la même manière lors de la demande d'injonction interlocutoire (section 2.2.1.2) : c'est-à-dire de manière rudimentaire. Il sera presque

⁷³¹ Préc., note 288.

⁷³² *Id.*, par. 3.

⁷³³ *Id.*, par. 6.

⁷³⁴ *Id.*, par. 10.

⁷³⁵ *Id.*, par. 11.

⁷³⁶ Préc., note 110.

⁷³⁷ *Id.*, par. 9.

⁷³⁸ Voir par exemple : *Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki*, préc., note 707, par. 36.

⁷³⁹ *Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki*, préc., note 707, par. 38.

⁷⁴⁰ Voir par exemple : *Exfo inc. c. Réseaux Accedian inc.*, préc., note 223, par. 29.

automatiquement considéré que si l'ex-employé effectue des gestes de concurrence ou travaille pour un concurrent, il y a possibilité d'un préjudice sérieux ou irréparable⁷⁴¹.

Concernant le dernier critère de l'injonction provisoire et de l'ordonnance de sauvegarde, celui de la balance des inconvénients, bien que le courant majoritaire ne semble pas accorder beaucoup de considération au droit au travail⁷⁴², cet argument sera soulevé dans certaines décisions, même à ce stade provisoire⁷⁴³. Par exemple, dans l'affaire récente *9175-4887 Québec inc (E-Tronics) c. Baldassare*⁷⁴⁴, le juge indiqua clairement lors de l'étude de la balance des inconvénients que le fait que l'employé soit empêché de gagner sa vie faisait pencher irrémédiablement la balance de son côté⁷⁴⁵.

D'un point de vue contraire, certaines décisions au stade provisoire sont venues indiquer que l'injonction provisoire pouvait être accordée puisque le droit au travail de l'employé ne serait violé que sur une courte durée, soit 10 jours. Dans *Cogeco Diffusion c. Lavoie et Lemelin*⁷⁴⁶, le tribunal indiqua que la courte durée de la demande de renouvellement de l'injonction provisoire faisait pencher la balance dans le camp du demandeur employeur⁷⁴⁷. Ceci sembla aussi influencer le juge dans l'affaire *Outillage industriel Québec ltée. c. Belleau*⁷⁴⁸. Dans *Positron Public Safety Systems inc. c. Cardoso*⁷⁴⁹, le juge indiqua plutôt que, si l'injonction était accordée, mais refusée à la prochaine étape, l'employé reprendrait son travail dans deux semaines et n'aurait subi qu'une perte minimale et quantifiable⁷⁵⁰.

Par contre, dans *Astral Radio Inc. c. Roy*⁷⁵¹, les propos du tribunal semblèrent annihiler la validité de ce genre d'argument lorsque celui-ci indiqua que «[l]a balance des inconvénients doit s'analyser en fonction des forces qui s'opposent. Renouveler la présente ordonnance d'injonction provisoire signifie que l'intimé ne pourra travailler tant et aussi longtemps qu'il n'aura eu l'occasion de démontrer à la Cour lors de l'audition de la demande d'injonction interlocutoire la

⁷⁴¹ Voir par exemple : *Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki*, préc., note 707, par. 42 ; *Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay*, préc., note 652, par. 41.

⁷⁴² Par exemple, les décisions suivantes ne mentionnent aucunement le droit au travail ou l'intérêt légitime de l'employeur : *Corporation Datacom Wireless c. Denis*, préc., note 683 ; *Groupe Option Retraite inc. c. Bégin*, préc., note 651 ; *Guillot c. Gennium Produits pharmaceutiques inc.*, 2007 QCCS 5464.

⁷⁴³ Voir par exemple : *Compagnie Jess ltée. c. Ouellette*, AZ-50284173 (C.S.).

⁷⁴⁴ Préc., note 698.

⁷⁴⁵ *9175-4887 Québec inc (E-Tronics) c. Baldassare*, préc., note 697, par. 28.

⁷⁴⁶ Préc., note 556.

⁷⁴⁷ *Id.*, par. 86.

⁷⁴⁸ Préc., note 713, par. 5.

⁷⁴⁹ Préc., note 195.

⁷⁵⁰ *Id.*, par. 17.

⁷⁵¹ *Astral Radio Inc. c. Roy*, préc., note 560.

non-validité de la clause de non-concurrence, ce qu'il a l'intention de faire.»⁷⁵² Plusieurs autres décisions ont aussi considéré que le droit au travail pouvait être violé par l'émission d'une injonction provisoire⁷⁵³, aussi courte soit-elle.

À notre avis, le fait que l'injonction est d'une durée limitée ne saurait militer en faveur d'une étude parcellaire de la validité de la clause de non-concurrence au stade de l'injonction provisoire. En effet, il est de pratique courante que les injonctions provisoires soient renouvelées *ad nauseam* et ensuite suivies d'ordonnances de sauvegarde, pour une durée totale excédant de beaucoup 10 jours⁷⁵⁴.

Pour conclure sur les injonctions provisoires et les ordonnances de sauvegarde dans le cadre de clause de non-concurrence, le courant jurisprudentiel majoritaire encore appliqué aujourd'hui veut que l'étude à ce stade doive être extrêmement parcellaire, autant concernant la validité de la clause de non-concurrence, le préjudice sérieux ou irréparable que la balance des inconvénients.

2.3 Les clauses de non-concurrence et l'injonction : un mariage permettant de respecter le droit au travail?

2.3.1 Les obstacles au droit au travail

Maintenant que nous avons examiné les véhicules procéduraux les plus utilisés pour mettre en application les clauses de non-concurrence, leurs objectifs fondamentaux ainsi que leurs critères d'octroi (section 2.1.), que nous avons scruté la manière dont les tribunaux ont appliqué ces critères dans les cas spécifiques de clauses de non-concurrence dans le but d'atteindre ces objectifs de base (section 2.2.), il est temps d'étudier si le droit au travail peut être mis en danger par cette façon des tribunaux de marier le test de l'injonction et celui de la validité et de l'applicabilité des clauses de non-concurrence. L'injonction est-elle un véhicule procédural adéquat pour mettre en application les clauses de non-concurrence dans le respect du droit substantiel prévu par le Code civil du Québec en la matière?

Nous avons étudié, dans la première partie de ce mémoire, les différents critères de validité d'une clause de non-concurrence. Nous avons tiré de notre étude que, dans la détermination de la validité de la clause, le droit au travail, la liberté de travail ou le droit de gagner sa vie sont des

⁷⁵² *Id.*, par. 20.

⁷⁵³ Voir par exemple : *A.R. Medicom inc. c. Bergeron*, préc., note 346 ; *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13 ; *TQS inc. c. Pelletier*, préc., note 110.

⁷⁵⁴ Voir, par exemple, l'affaire *Accutel Conferencing Systems inc. c. Bellavance*, préc., note 271.

principes fondamentaux à prendre en considération. De plus, l'analyse globale de la validité de la clause doit se faire dans l'optique de brimer le moins possible ces droits⁷⁵⁵. Nous avons donc conclu que l'objectif derrière le droit substantiel en cette manière est de protéger le droit au travail.

Quant au véhicule procédural de l'injonction, puisqu'il s'agit d'une procédure en cours d'instance, son objectif principal est de maintenir le *statu quo* entre les parties en attendant un jugement final⁷⁵⁶. Le *statu quo*, dans le cadre d'une demande d'injonction en matière de non-concurrence, voudra que l'ex-employé respecte ses obligations contractuelles en ne travaillant pas pour un concurrent. Le *statu quo* recherché, l'objectif, sera donc d'empêcher le salarié d'exercer son droit au travail auprès d'un concurrent, pour une *courte période* jusqu'au jugement final, puisque cela pourrait causer un préjudice irréparable à l'employeur. L'octroi d'une injonction interlocutoire à l'encontre de l'ex-employé est donc directement à même de brimer son droit au travail.

Donc, nous avons un droit substantiel ayant pour objectif de protéger le droit au travail par l'imposition de certaines limites, et un véhicule procédural qui a pour objectif de maintenir un *statu quo* qui empêche l'ex-employé d'exercer son droit au travail, sauf si l'engagement contractuel à la non-concurrence est nul ou inapplicable. Par contre, pour que l'employeur ait droit à ce maintien du *statu quo*, encore faudra-t-il qu'il prouve qu'il a droit à l'injonction demandée (apparence de droit suffisante, préjudice sérieux et irréparable, et, dans les cas où l'apparence de droit sera douteuse, balance des inconvénients). Quant à l'employé, bien que la clause de non-concurrence brime son droit au travail, si celle-ci satisfait les critères de validité édictés par la loi, elle sera une clause librement contractée qui devra être respectée.

Si les limites imposées par le droit substantiel à la validité et à l'applicabilité d'une clause de non-concurrence sont respectées, la clause de non-concurrence sera légale et l'objectif de protection du droit au travail, rencontré. Lors d'un jugement au fond, cette reconnaissance de la validité de la clause contractuelle par le tribunal entraînerait la victoire de l'employeur et l'octroi de dommages-intérêts (a. 1607 C.c.Q.), puisque l'ex-employé n'aura pas respecté ses obligations contractuelles, valides et bien délimitées au sens de la loi. Par contre, dans le cadre de l'injonction, la situation sera différente. En effet, tel que démontré dans notre étude de la jurisprudence à la section précédente⁷⁵⁷, la validité ou l'applicabilité de la clause de non-concurrence, au stade provisoire, interlocutoire ou de l'ordonnance de sauvegarde, ne sera pas toujours étudiée ou ne le sera pas de manière complète,

⁷⁵⁵ *Supra*, section 1.1.2.2.3.

⁷⁵⁶ *Supra*, section 2.1.2

⁷⁵⁷ *Supra*, section 2.2.

puisque l'octroi d'une demande d'injonction ne demande que la présence d'une simple apparence de droit.

Il s'agit ici de la première manière dont le droit au travail pourrait être brimé par l'utilisation d'une procédure d'injonction pour obtenir le respect de l'obligation de non-concurrence. Il faut donc se demander si la recherche d'une simple apparence de droit permet d'étudier de manière adéquate la validité et l'applicabilité de la clause de non-concurrence, qui sont intrinsèquement tributaires d'une atteinte minimale au droit au travail. La réponse à cette question s'est avérée plus complexe que ce que nous avons prévu : parfois le droit au travail sera brimé, parfois, il ne le sera pas.

Concernant la validité et l'applicabilité de la clause de non-concurrence, nous avons vu⁷⁵⁸ que les tribunaux ne semblent pas s'entendre sur l'étendue de l'analyse que commande la recherche d'une apparence de droit. L'apparence de droit doit-elle ressortir d'une étude complète de la validité et de l'applicabilité de la clause, incluant une étude du droit au travail ou encore de la problématique du congédiement sans cause juste et suffisante, ou simplement d'une étude *prima facie* de la validité de certains critères de forme (présence des trois limitations à l'écrit)?⁷⁵⁹

C'est ici tout le paradoxe de la procédure d'injonction, paradoxe pouvant venir brimer le droit au travail. Certains tribunaux considéreront qu'il faut effectuer une étude complète de la validité et de l'applicabilité de la clause au stade de l'apparence de droit et prendre en considération de manière primordiale le droit au travail, faisant ainsi de l'injonction un véhicule procédural respectueux de ce principe fondamental. D'autres ne le feront pas. Dans ces derniers cas, quand aucune analyse de la validité de la clause de non-concurrence ou de son applicabilité ne sera faite au stade provisoire ou interlocutoire, le droit au travail pourra être mis en danger, car une clause de non-concurrence invalide et brimant ce principe fondamental pourra être génératrice d'un droit pour l'employeur, et ce jusqu'au jugement final ou jusqu'à un jugement interlocutoire éloigné dans le temps⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ *Supra*, section 2.2.1.1.

⁷⁵⁹ Le tribunal va encore plus loin dans *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13, par. 34, en indiquant que, dès le stade de l'ordonnance de sauvegarde, l'étude de la validité de la clause de non-concurrence doit «s'apparent[er] au processus applicable en matière d'atteinte à une liberté fondamentale protégée par la Charte canadienne des droits et libertés ou la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, soit obligation pour la partie qui demande le maintien de la restriction de démontrer que celle-ci est raisonnable et justifiée, incluant la preuve d'une proportionnalité entre l'atteinte et l'intérêt légitime que l'on veut protéger».

⁷⁶⁰ Il est important de mentionner que, à notre avis, même dans les cas où les tribunaux n'effectuent pas une étude de la validité de la clause de non-concurrence au stade de l'apparence de droit, le droit au travail sera

Tel que déjà mentionné, ce genre de décision brimant le droit au travail sera surtout rendue au stade provisoire⁷⁶¹, où on analyse rarement la validité de la clause de non-concurrence⁷⁶². Sans surprise, ces jugements accorderont dans la majorité des cas l'injonction provisoire demandée par l'employeur, alors que dans les cas où le droit au travail sera pris en compte, souvent au stade interlocutoire, l'injonction sera plus souvent rejetée. En effet, une étude de la jurisprudence nous apprend qu'au stade provisoire, où le droit au travail est moins souvent soulevé, l'injonction sera dans la très grande majorité du temps accordée. Dans plus de 75 % des décisions étudiées pour ce mémoire, l'injonction provisoire fut accordée. Au contraire, au stade interlocutoire, où le droit au travail est plus souvent pris en compte, seulement 35 % des décisions en injonctions interlocutoires furent favorables à l'employeur.

En résumé, à notre avis, le fait que le tribunal ne doit chercher qu'une apparence de droit pour octroyer une injonction ne vient pas en lui-même restreindre ou brimer le droit au travail. Le critère de l'apparence de droit *pourrait* permettre une étude complète de la validité de la clause de non-concurrence à ce stade : en sont la preuve les nombreux jugements qui, aux stades provisoire, interlocutoire ou de l'ordonnance de sauvegarde, ont déterminé l'apparence de droit de l'employeur à la lumière de la validité de la clause de non-concurrence selon les critères de l'article 2089 C.c.Q.⁷⁶³, dont le droit au travail. Il ne s'agit donc pas d'un obstacle au droit au travail découlant

sauvegardé si, comme c'est souvent le cas en pratique dans le cadre d'injonctions interlocutoires, cette étude sera plutôt faite au niveau de la balance des inconvénients. Nous avons souligné à la section 2.2.1.3. que les tribunaux vont souvent mettre en balance le droit au travail du salarié et le droit de l'employeur de protéger ses intérêts légitimes lors de l'étude de la balance des inconvénients. À notre avis, il est primordial que la question soit abordée, mais le stade auquel elle le sera importe peu. Le droit au travail sera mis en danger quand cette étude ne sera faite à aucune étape de l'analyse des critères d'octroi de la clause de non-concurrence.

⁷⁶¹ *Supra*, section 2.2.2.

⁷⁶² On pourrait argumenter que le droit au travail serait peu mis en danger par une injonction provisoire qui n'étudierait pas ce critère, puisque celle-ci ne peut être émise que pour une durée limitée de 10 jours. Cela serait sans prendre en compte la pratique des tribunaux et des avocats de renouveler ces injonctions *ad nauseam* pour une longue période de temps, avant de les transformer en ordonnance de sauvegarde sans aucune limite de temps, comme ce fut le cas dans *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, préc., note 6. Par exemple, dans l'affaire *Accutel Conferencing Systems inc. c. Bellavance*, préc., note 271, l'injonction provisoire fut renouvelée à deux reprises avant que le tribunal n'émette finalement une ordonnance de sauvegarde valant pour plus de trois mois, portant la durée totale des différentes procédures provisoires et de sauvegardes à presque 4 mois. Dans une décision récente *World Assurance Inc. c. Al Imam*, préc., note 478, par. 29 et 30, le tribunal fit mention qu'une ordonnance de sauvegarde avait été émise le 3 novembre 2010 et avait été appliquée jusqu'au présent jugement interlocutoire...le 7 septembre 2012! Cette pratique des tribunaux devrait cependant être tempérée par le jugement *THQ Montréal inc. c. Ubisoft Divertissement inc.*, 2011 QCCA 2344, par. 71-73, où le tribunal indiqua qu'une ordonnance de sauvegarde ne pouvait être émise pour une durée indéterminée.

⁷⁶³ *Supra*, section 2.2.1.1.1. L'exemple le plus frappant de cette approche reste l'affaire *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13.

directement du véhicule procédural de l'injonction, ni de ses critères codifiés, mais bien de leur application pratique par les tribunaux.

Une deuxième problématique retient aussi notre attention. Cette situation découle de la pratique et de la temporalité du litige provisionnel. Nous avons déjà indiqué dans la section 2.1 que l'injonction a pour objectif de maintenir le *statu quo* en attendant le jugement final : ce véhicule est «une procédure temporaire et ne doit pas être accordée si elle a comme résultat de décider de façon permanente du litige»⁷⁶⁴. C'est pour cela que les tribunaux rappellent souvent le principe voulant que le jugement interlocutoire ne peut sceller le dossier⁷⁶⁵, que le juge interlocutoire ne peut usurper le rôle du juge du fond. C'est d'ailleurs sur cette prémisse que se fondent les juges qui refusent généralement de déclarer le droit du requérant inexistant, même en cas d'invalidité selon les critères de l'article 2089 C.c.Q. ou d'inapplicabilité selon l'article 2095 C.c.Q.⁷⁶⁶

Pourtant, une étude des décisions d'injonction interlocutoires rendues en matière de non-concurrence nous apprend que presque *aucun* litige ayant fait l'objet d'un jugement interlocutoire ne se rendra au fond⁷⁶⁷. Suite aux jugements provisoires, la grande majorité des litiges ne se rendra pas non plus au stade interlocutoire⁷⁶⁸. Dans la réalité, en matière de non-concurrence, le jugement

⁷⁶⁴ *Dallaire-Turmel c. Cégep de Lévis-Lauzon*, 2011 QCCS 931, par. 25.

⁷⁶⁵ *Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron*, préc., note 44, par. 5.

⁷⁶⁶ *Supra*, section 2.2.1.1.2 et 2.2.1.1.3.

⁷⁶⁷ En effet, lors de notre étude de la jurisprudence québécoise, nous n'avons trouvé que quelques rares affaires ayant franchi le parcours procédural complet jusqu'au jugement au fond en injonction permanente ou en recours en dommages : Il s'agit des affaires *Entreprises R.E.R. Inc. c. Gagnon*, 2004 CanLII 17599 (QC C.S.) (injonction provisoire - accueillie), *Entreprises R.E.R. Inc. c. Gagnon*, préc., note 283 (injonction interlocutoire - rejetée), *Entreprises R.E.R. Inc. c. Gagnon*, 2004 CanLII 3946 (QC C.S.) (requête en non-recevabilité d'une requête introductive en injonction permanente - rejetée), *Entreprises R.E.R. Inc. c. Gagnon* 2005 CanLII 22927 (QC C.S.) (injonction permanente - rejetée) ; *Guay inc. c. Payette*, 2010 QCCS 2166 (injonction provisoire - accueillie), *Guay inc. c. Payette*, 2010 QCCS 2742 (renouvellement de l'ordonnance de sauvegarde - accueillie), *Guay inc. c. Payette*, 2010 QCCS 2756 (injonction permanente - rejetée), *Guay inc. c. Payette*, préc., note 17 (appel injonction permanente - accueillie) : voir la note 17 pour des précisions sur cette décision et son suivi ; *Graphique Matrox inc. c. Lepage*, préc., note 130 (injonction interlocutoire - rejetée), *Graphique Matrox inc. c. Lepage*, préc., note 75 (injonction permanente - rejetée) ; *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, préc., note 714 (injonction provisoire - accueillie), préc., note 720 (renouvellement de l'injonction provisoire - rejetée), *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, 2005 CanLII 26414 (QC C.S.) (injonction permanente - rejetée), *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, 2007 QCCA 927 (appel sur l'injonction permanente - accueillie en partie) : il est important de noter que l'injonction permanente et l'appel en découlant dans cette affaire portaient exclusivement sur l'allégation de congédiement déguisé selon 2095 C.c.Q., et non sur la clause de non-concurrence.

⁷⁶⁸ Nous avons remarqué que de nombreux jugements interlocutoires ou jugements en ordonnances de sauvegarde faisaient référence à plusieurs injonctions de nature provisoire rendues dans le même dossier, mais non rapportées. Par exemple, dans la décision *Automatisation JRT inc. c. Gagné*, préc., note 269, par. 10, le tribunal mentionne plusieurs injonctions de nature provisoire non rapportées, renouvelées à de nombreuses reprises. À notre avis, les décisions recensées en matière d'injonctions provisoires ne constituent que la pointe

provisoire, et plus souvent, le jugement interlocutoire, mettront pratiquement un terme au litige, un état de fait pratique souvent occulté par la jurisprudence et la doctrine.

L'auteur Groleau, dans son texte critique sur l'injonction interlocutoire, fait une étude très pertinente de la jurisprudence anglaise⁷⁶⁹; celle-ci, contrairement à la nôtre, concède plus aisément que l'injonction interlocutoire entraîne presque toujours la fin du litige en question. Dans une affaire mettant en cause une clause de non-concurrence, *Fellowes & Son v. Fisher*⁷⁷⁰, Lord Denning indiqua que rendre un jugement dans un tel cas «sometimes means that the court virtually decides the case at that stage. At other times it gives the parties such good guidance that the case is settled. At any rate, in 99 cases out of 100, the matter goes no further»⁷⁷¹. Dans une autre décision en matière d'injonction interlocutoire, en dissidence et cette fois dans un autre domaine que la non-concurrence, le même juge «reasoned that "the court should assess the relative strength of each party's case before deciding whether to grant an injunction" since granting the interlocutory injunction would "virtually decide the whole action in favor of the plaintiffs: because the defendants will be restrained until the trial (which may mean two years, or more)»⁷⁷².

Il est facile de voir comment cette situation de fait risque de mettre en danger le droit au travail du salarié. En effet, si les juges aux stades provisoires ou interlocutoires défèrent l'analyse de la validité ou de l'applicabilité de la clause de non-concurrence au juge du fond, et que la pratique nous apprend qu'il n'y aura généralement aucun jugement au fond, le salarié sera face à un déni de droit systématique et ne pourra jamais voir ses arguments pris en compte.

Des exemples frappant de la manière dont cette problématique met en danger le droit au travail abondent. Le plus connu est la décision *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*⁷⁷³. Le tribunal accorda dans cette affaire une ordonnance de sauvegarde pour une durée illimitée allant jusqu'au jugement final⁷⁷⁴ ou, bien évidemment, jusqu'à l'expiration de la clause de non-

de l'iceberg. En pratique, nombre de décisions provisoires ne sont pas rapportées ou, encore, le jugement est rendu sur le banc.

⁷⁶⁹ Jean-Philippe GROLEAU, «Interlocutory Injunctions: Revisiting the Three-Pronged Test», (2008) 53 *R. D. McGill* 269.

⁷⁷⁰ [1976] Q.B 122, [1975] 2 All E.R. 829 (C.A.).

⁷⁷¹ J.-P. GROLEAU, préc., note 769, 277, citant *Fellowes & Son v. Fisher*, [1976] Q.B 122, [1975] 2 All E.R. 829 (C.A.).

⁷⁷² *Id.*, 278, citant *Hubbard v. Pitt*, [1976] Q.B 142, [1975] 3 All E.R. 1 (C.A.). Il est important de mentionner que suite à ces commentaires, l'auteur ajoute qu'au Québec, les tribunaux prennent en considération la force de l'argumentation de chaque partie au stade interlocutoire, vu l'application des principes de l'arrêt *Kanatewat*.

⁷⁷³ Préc., note 6.

⁷⁷⁴ *Id.*, par. 27 :« ÉMET une ordonnance de sauvegarde, pour valoir jusqu'à ce qu'il soit statué par la Cour supérieure sur la demande d'injonction permanente.»

concurrence. Dans cette affaire, selon les termes de la clause de non-concurrence, l'ordonnance de sauvegarde empêchait les travailleurs de gagner leur vie *sur tout le territoire de l'Amérique du Nord* et les forçait à s'expatrier pendant plus d'un an outre-mer s'ils voulaient travailler dans leur domaine de compétence, tout cela dans l'attente d'un hypothétique jugement final qui, lui, pourrait prendre en compte les arguments des employés, qualifiés de tout à fait «légitimes»⁷⁷⁵ par le tribunal, concernant la validité de la clause et son applicabilité. Sans surprise, l'affaire *Ubisoft* ne se rendit jamais au fond, ni même au stade de l'injonction interlocutoire. Cette affaire démontre bien comment cette problématique brime le droit au travail; la clause de non-concurrence, ici, fut *dans les faits* appliquée dans son intégralité, sans qu'aucun juge ne se prononce sur sa validité (2089 C.c.Q.) et son applicabilité (2095 C.c.Q.) complète à un stade plus avancé qu'une étrape très provisoire, alors que des questions sérieuses étaient soulevées à cet égard selon l'aveu même du tribunal⁷⁷⁶.

Les exemples de cette problématique dans le cas où la non-applicabilité de la clause est soulevée selon l'article 2095 C.c.Q. sont encore plus marquants. Ainsi, la jurisprudence actuelle pourrait permettre l'apparition de situations où un employé, congédié sans motif sérieux ou victime d'un congédiement déguisé, se verrait tenu de respecter jusqu'à un jugement final qui ne viendrait jamais, une clause de non-concurrence *qui ne lui était de prime abord même pas opposable*⁷⁷⁷. Il est difficile de concevoir comment cette situation permettrait de respecter l'intention du législateur de protéger en même temps le droit de l'employeur au respect d'une clause contractuelle valide et applicable d'une part et le droit au travail de la partie défavorisée d'autre part, dans le cadre du rapport de force employeur/employé, même dans le contexte d'une étude *prima facie*. Elle ne respecte même pas le droit procédural, qui «exige généralement que la partie qui requiert une injonction ait une conduite irréprochable. De façon générale et sauf exception, les tribunaux québécois reconnaissent l'application de la théorie des "mains propres".»⁷⁷⁸

Pourquoi y a-t-il si peu de jugements rendus au fond à la suite d'une demande d'injonction en matière de non-concurrence? Une première hypothèse est purement pratique; suite à une défaite au stade interlocutoire, ou même provisoire, il sera très difficile pour un avocat de convaincre son client, l'employé, de continuer la procédure au stade suivant. Ce dernier, ne pouvant travailler à cause de l'application de l'injonction et bénéficiant souvent de moyens très limités, aura rarement

⁷⁷⁵ *Id.*, par. 18.

⁷⁷⁶ *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*, préc., note 6, par. 14 : Selon le tribunal, la situation serait «confuse» concernant l'intimé Champagne-Pelland, qui n'était peut-être même plus lié par la clause de non-concurrence.

⁷⁷⁷ *Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron*, préc., note 44, par. 49.

⁷⁷⁸ B. EMERY et D. FERLAND, préc., note 481, p. 437 et 438.

les ressources financières lui permettant de continuer la procédure d'injonction. Incapable d'engager des frais supplémentaires et pouvant difficilement se représenter seul dans le cadre d'une procédure aussi complexe, l'employé risque d'abandonner la partie. De plus, l'employeur se trouvant dans une situation de force suite à une victoire en provisoire ou en interlocutoire, un règlement interviendra souvent entre les parties, surtout si la preuve anticipée au procès sur le fond est la même qu'à l'étape interlocutoire.

Une deuxième réponse peut être trouvée du côté d'une approche qui consiste en quelque sorte à «acheter la paix»⁷⁷⁹. Bien qu'il soit très difficile de trouver des preuves tangibles de cette pratique, il est à notre avis très probable que des transactions soient conclues fréquemment entre deux entreprises importantes qui se disputent un employé clef surspécialisé. Selon certains auteurs, l'injonction «n'a pas nécessairement pour effet de contraindre le débiteur à exécuter sa prestation. Ce débiteur pourra toujours négocier une résolution de son contrat avec le créancier.»⁷⁸⁰ En effet, pourquoi dépenser des milliers de dollars en frais d'avocats pour contester une injonction interlocutoire empêchant un employé de travailler chez un concurrent quand il suffit parfois d'offrir à l'employeur une somme d'argent équivalente aux dommages-intérêts possibles qu'il pourrait réclamer?

Selon une troisième hypothèse, dans les situations où l'employeur se verra accorder sa requête en injonction interlocutoire, il n'aura en pratique aucun besoin de poursuivre sa procédure en injonction permanente et de dépenser des frais, étant donné les délais liés à la procédure judiciaire et la durée restreinte des clauses de non-concurrence. En effet, l'employeur dont la requête sera accueillie verra son droit à l'application de la clause de non-concurrence reconnue jusqu'au jugement en injonction permanente; les conclusions d'un tel recours empêcheront l'employé de travailler jusqu'à ce «que jugement final intervienne»⁷⁸¹ ou que la clause de non-concurrence expire. Puisqu'une audition au fond ne sera pratiquement jamais entendue avant que le délai prévu à la clause ne soit expiré, l'employeur aura donc le bénéfice de voir la clause s'appliquer dans son entier, parfois sans qu'aucune étude de sa validité, donc de son impact sur la liberté de travail, et de son applicabilité, n'ait été faite.

⁷⁷⁹ Pierre BIENVENU, « Pour l'injonction mandatoire comme recours d'exécution en nature : Quelques réflexions d'un praticien », (1989) 20 R.G.D. 65, 70.

⁷⁸⁰ *Id.*, 69.

⁷⁸¹ *A. Roberge inc. c. Lacroix*, préc., note 90, par. 62.

Le jugement *TQS inc. c. Pelletier*⁷⁸², rendu au stade provisoire, résume de manière éloquent notre pensée sur le sujet. En premier lieu dans cette affaire, le tribunal reprit les propos tenus par la Cour d'appel dans l'affaire *Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland*⁷⁸³ et indiqua qu'au stade provisoire, le tribunal n'avait pas à usurper le travail du juge au fond et que les tribunaux de tous niveaux devaient être extrêmement prudents «avant de mettre fin à un contrat valablement signé, aussi oppressif peut-il paraître tant que le bénéficiaire n'ait eu l'occasion d'en démontrer la conformité au sens de l'art. 2089 C.c.Q., ce qui, généralement, se fait devant le juge du fond, après enquête»⁷⁸⁴. Puis, le tribunal entreprit de tempérer cette affaire en indiquant avec un sens pratique remarquable que «[m]alheureusement, il peut arriver que l'audition au fond et le jugement en résultant ne surviennent qu'une fois le délai de la clause de non-concurrence expiré. Il y a alors un avancement pour le droit, pas nécessairement pour les parties.»⁷⁸⁵ Le tribunal indiqua ensuite que l'audition de la demande d'injonction interlocutoire était presque une audition au fond⁷⁸⁶ et que, dès le stade provisoire, l'employé pouvait soulever l'invalidité de la clause de non-concurrence⁷⁸⁷.

Le tribunal est encore plus clair dans l'affaire *A. Roberge inc. c. Cormier*⁷⁸⁸. Dans cette affaire, l'employeur urgeait le tribunal de n'étudier que l'apparence de droit et de référer l'analyse de la validité de la clause de non-concurrence au juge du fond. Le tribunal refusa cet argument en indiquant que «référer cette analyse au juge du fond tel que demandé par Roberge, équivaut tout simplement à appliquer la clause de non-concurrence. Tous conviennent que cette audition se tiendra dans plus de 12 mois.»⁷⁸⁹ Le tribunal a tenu des propos similaires dans l'affaire *Astral Radio Inc. c. Roy*⁷⁹⁰, à notre avis. Les tribunaux dans ces affaires mettaient bien le doigt sur le problème; les longs délais judiciaires transforment littéralement le jugement interlocutoire en jugement au fond, puisque la clause de non-concurrence sera presque toujours expirée rendue à cette dernière étape, les engagements de non-concurrence en matière d'emploi dépassant rarement un an⁷⁹¹.

⁷⁸² Préc., note 110.

⁷⁸³ Préc., note 6.

⁷⁸⁴ *TQS inc. c. Pelletier*, préc., note 110, par. 6.2.1.

⁷⁸⁵ *Id.*, par. 7.

⁷⁸⁶ *Id.*, par. 8.

⁷⁸⁷ *Id.*, par. 9.

⁷⁸⁸ Préc., note 16.

⁷⁸⁹ *Id.*, par. 36.

⁷⁹⁰ Préc., note 560, par. 30 et 31 : dans cette affaire, le tribunal indiqua très clairement lors de l'analyse de l'état de droit ou de faits susceptibles de rendre le jugement final inefficace que «[s]il s'écoule plus de trois mois dans l'attente d'une date d'audition, la requérante n'aura alors plus d'intérêt à procéder vu le respect forcé de la clause de non-concurrence».

⁷⁹¹ Pour un autre exemple, voir l'affaire *9009-6256 Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*, par. 51, où le tribunal utilisa l'argument de l'impact des longs délais judiciaires sur le droit au travail pour analyser la balance des inconvénients, indiquant que l'émission «d'une ordonnance d'injonction interlocutoire

Finalement, pour conclure sur l'impact que peut avoir sur le droit au travail l'utilisation du véhicule procédural de l'injonction pour mettre en application une clause de non-concurrence, nous proposons un exemple frappant, basé sur deux injonctions provisoires rendues dans le dossier *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) Inc. c. Laforce*. Dans ce dossier, la clause de non-concurrence et de non-sollicitation sur laquelle *Personnel* basait son apparence de droit à l'injonction contre son ancienne employée, *Laforce*, était d'une durée de deux ans, empêchait la salariée d'effectuer toutes activités la mettant en contact avec des clients de *Personnel* et ne possédait aucune limitation territoriale.

Le 28 juillet 2004, dans le cadre d'une première demande d'injonction provisoire⁷⁹², le juge Lesage ordonna aux parties de se soumettre aux obligations de la clause de non-concurrence et de non-sollicitation, bien que la première était clairement invalide au sens de l'article 2089 C.c.Q. En effet, la clause en l'espèce ne comprenait aucun territoire défini, une condition essentielle de fond et de forme de l'article 2089 C.c.Q. Le tribunal demanda à *Personnel* de produire les différentes listes de clients de l'entreprise auxquelles la clause faisait référence et qui pouvaient servir à délimiter le territoire couvert⁷⁹³. «À la suite de l'examen de trois listes de clients présentées par la demanderesse, le tribunal a jugé que deux d'entre elles étaient trop vastes, notamment en ce qu'elles comportaient des clients extrarégionaux et extraprovinciaux.»⁷⁹⁴ Le juge décida de ne garder qu'une liste de clients pour délimiter le territoire de la clause. Ayant ainsi, en quelque sorte, réécrit la clause pour la rendre raisonnable, le juge indiqua que le critère de la simple apparence de droit était respecté puisque, *prima facie*, les affidavits en l'espèce « expos[ai]ent des agissements de l'intimée contraire à ses engagements de non-concurrence »⁷⁹⁵. De plus, concernant la légalité de la clause, le juge basa son raisonnement sur l'inscription dans la clause de non-concurrence d'une mention selon laquelle que *Laforce* reconnaissait le caractère raisonnable des trois limitations de 2089 C.c.Q.⁷⁹⁶.

Le jugement ci-haut comportait donc de nombreuses erreurs de droit. Non seulement le tribunal déclarait qu'un droit apparent ressortait d'une clause de non-concurrence ne comportant aucun territoire, mais en plus il n'étudiait pas la validité de la clause puisque le libellé de celle-ci contenait une mention selon laquelle *Laforce* reconnaissait la raisonnable de ces limites. Ce genre de clause

recherchée, pour une période qui pourrait s'étendre jusqu'au 25 octobre 2005, si l'on tient compte des délais d'audition des causes au mérite et du terme de l'obligation de non-concurrence stipulée seraient plus préjudiciable au défendeur».

⁷⁹² *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, préc., note 714.

⁷⁹³ *Id.*, par. 33, 37 et suiv.

⁷⁹⁴ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.86[1].

⁷⁹⁵ *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, préc., note 714, par. 47.

⁷⁹⁶ *Id.*, par. 40 ; G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.34[1].

ne devrait aucunement lier le tribunal⁷⁹⁷. De plus, le jugement dans cette affaire réduisait la clause de non-concurrence en la limitant aux listes de clients que le juge trouvait raisonnables, alors que le tribunal ne peut en aucun cas réécrire une clause de non-concurrence⁷⁹⁸. Finalement, le tribunal semblait indiquer que l'apparence de droit ressortait de la simple violation de la clause de non-concurrence et non de sa validité.⁷⁹⁹

À peine deux semaines plus tard, le 11 août 2004, lors de la demande de renouvellement de cette injonction provisoire⁸⁰⁰, le juge Letarte rendit un jugement aux antipodes de celui de son prédécesseur en ne suivant pas la même structure d'analyse. Le juge déclara que toutes les listes de clientèles étaient déraisonnables, puisqu'ambiguës et incompréhensibles, et que l'absence de limite territoriale avait pour conséquence que la clause s'appliquait mondialement⁸⁰¹, ce qui était évidemment déraisonnable. Le juge conclut aussi que la portion de la clause reconnaissant sa raisonnable «ne changeait en rien l'appréciation de la validité et du caractère raisonnable des restrictions à laquelle il devait se livrer»⁸⁰². La conclusion concernant la clause de non-concurrence fut aussi rejetée en invoquant la restriction à la liberté de travail de *Laforce*⁸⁰³. Donc, pour le juge Letarte, une clause de non-concurrence invalide après une étude des critères prévus au C.c.Q., comprenant la pondération de la liberté de travail, ne pouvait fonder l'apparence de droit.

Il n'est pas difficile de voir qu'ici, la demande de renouvellement fut en réalité un véritable appel déguisé de la première décision rendue, puisque presque tous les arguments ayant fondé le premier jugement furent réfutés par le deuxième. Il n'est pas ardu non plus d'imaginer la confusion du justiciable, souvent un simple employé, devant de telles fluctuations jurisprudentielles. Doit-on analyser la validité d'une allégation de congédiement déguisé sous 2095 C.c.Q. au stade interlocutoire ou pas⁸⁰⁴? Doit-on déclarer inexistant un droit fondé sur une clause de non-concurrence invalide selon les critères de l'article 2089 C.c.Q. ou réserver cette décision au juge du

⁷⁹⁷ G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.34[1].

⁷⁹⁸ *Supra*, section 1.1.1.2.2.

⁷⁹⁹ *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, préc., note 714, par. 46-48.

⁸⁰⁰ *Id.* Notons qu'une demande de permission d'appeler de la première décision du juge Lesage fut refusée.

⁸⁰¹ *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, préc., note 720, par. 54.

⁸⁰² G. AUDET, R. BONHOMME et C. GASCON, préc., note 107, par. 10.2.34[1].

⁸⁰³ *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, préc., note 720, par. 56 : «Le principe de la libre concurrence est fermement établi et ce n'est qu'en des cas exceptionnels que l'on puisse empêcher quelqu'un de gagner librement son sel.»

⁸⁰⁴ Par exemple, la même année, en 2005, l'étude de l'applicabilité de la clause sous 2095 C.c.Q. fut effectuée dans *9009-6256 Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*, préc., note 182, alors que dans *Compagnie de gestion MDJ inc. c. Cadieux*, préc., note 235, le tribunal refusa d'étudier cette question.

fond⁸⁰⁵? Une clause ne possédant aucun territoire défini est-elle «manifestement déraisonnable» ou pas⁸⁰⁶? Au stade provisoire, doit-on analyser la validité de la clause de non-concurrence ainsi que son impact sur le droit au travail?

Toutes ces questions mériteraient l'attention des tribunaux, qui devraient se positionner et indiquer clairement les motifs au soutien de leurs jugements. En effet, plusieurs jugements aux niveaux interlocutoires et provisoires, étant donné l'importance accordée à la rapidité de ces procédés, ne sont pas motivés en entier ou sont très courts, sans compter la multitude d'entre eux qui ne sont tout simplement pas rapportés. Nous sommes d'avis qu'en matière de non-concurrence, où les tribunaux sont appelés à rendre des décisions qui, rappelons-le, touchent la capacité même d'un employé de gagner sa vie et de subvenir à ses besoins, les jugements devraient être plus détaillés et exposer de manière plus complète toutes les étapes du raisonnement, surtout en prenant en considération que, dans les faits, il n'y aura souvent aucun jugement subséquent plus étoffé.

2.3.2 Les pistes de solutions

Nous avons donc, dans la section précédente, soulevé deux obstacles à l'utilisation du véhicule procédural de l'injonction pour mettre en application une clause de non-concurrence étant à même de venir brimer le droit au travail : 1) l'absence d'étude de la validité de la clause de non-concurrence à cause de la recherche d'une simple apparence de droit au niveau interlocutoire et provisoire et 2) l'absence de jugement au fond, entraînée entre autres par les délais judiciaires. Heureusement, ces obstacles ne sont pas insurmontables : nous vous proposons dans cette section quelques pistes de solutions qui pourraient être envisagées par les acteurs en cause.

Premièrement, nous avons soulevé le fait que l'utilisation du critère de l'apparence de droit *pouvait* potentiellement venir brimer le droit au travail : certains tribunaux évalueront la validité de la clause en détail, d'autres ne le feront pas. Pour trouver une piste de solution à ce problème, il est tout d'abord important de se demander ce qui amène le juge à considérer les critères de validité de la clause et à rendre un jugement étoffé, permettant le respect du droit substantiel même à une étape préliminaire du litige, et qu'est-ce qui peut l'amener parfois à rendre un jugement bref de quelques

⁸⁰⁵ Par exemple, la même année, en 2010, une clause de non-concurrence clairement invalide selon tous les critères jurisprudentiels (durée de 5 ans, non nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur, empêche complètement l'employé de gagner sa vie) créa une apparence de droit douteuse dans *Chaumière Baie-St-Paul inc. c. Giguère*, préc., note 227, alors que dans *Automatisation JRT inc. c. Gagné*, préc., note 269, un simple territoire et des activités trop larges suffirent à pousser le juge à déclarer que la clause n'avait que peu de chance de se voir reconnaître comme valide par le jugement final. Il rendit plutôt son jugement sur l'obligation de loyauté.

⁸⁰⁶ Voir les affaires *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, préc., note 714 et *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce*, préc., note 720.

lignes? Le véhicule procédural est pourtant le même, les critères de détermination de l'apparence de droit, semblables.

La réponse se trouve probablement du côté de la pratique. Elle demande de quitter le droit théorique pour se pencher sur la preuve présentée devant le juge aux stades provisoires et interlocutoires. Nous avons déjà indiqué que les juges, dans le cadre de ce véhicule procédural, n'auront accès qu'à une preuve limitée par affidavit, affidavits détaillés et, parfois, par preuve orale additionnelle⁸⁰⁷. C'est d'ailleurs pour cela que certains tribunaux ont rappelé qu'il était impensable de leur demander de rendre un jugement complet à ce stade, prenant en considération tous les critères de validité de la clause de non-concurrence, sur la base d'un affidavit de quelques lignes⁸⁰⁸! En réalité, la preuve qui leur sera présentée dépendra uniquement de ce que les avocats décideront de leur présenter : un affidavit peut être extrêmement détaillé et complet, ou peut, au contraire, être très succinct. La rapidité avec laquelle les avocats se retrouveront devant le juge jouera aussi grandement sur leur capacité à présenter une preuve plus étoffée.

Ainsi, il est possible de croire que les grandes différences relevées en jurisprudence découlent de la preuve présentée devant le juge : les avocats ont-ils déjà fait leurs interrogatoires hors cour, étoffant ainsi leur preuve par affidavits, ces derniers sont-ils détaillés ou non, des témoignages ont-ils été entendus, etc. ? À titre d'exemple, dans une affaire récente, effectuant au stade interlocutoire une analyse poussée de la validité de la clause de non-concurrence, incluant une étude du droit au travail, le tribunal indiqua qu'il avait eu le bénéfice d'une preuve complète⁸⁰⁹. Cette interprétation permettrait aussi d'expliquer pourquoi, lors de l'analyse de l'apparence de droit, les tribunaux, au stade interlocutoire, vont souvent plus loin dans l'étude de la validité de la clause que les tribunaux au stade provisoire, ces derniers bénéficiant d'une preuve encore plus restreinte, souvent sans le bénéfice des interrogatoires hors cour.

Nous sommes d'avis que c'est l'importance de la preuve présentée au juge qui aura véritablement un impact sur la prise en compte du droit au travail dans l'octroi de l'injonction. Nous ne saurions exiger d'un juge, au stade provisoire, une analyse étoffée de la validité de la clause de non-concurrence s'il se retrouve devant des affidavits peu détaillés. Par contre, lors d'un renouvellement d'une injonction provisoire, quelques semaines plus tard, la transformation de celle-ci en une ordonnance de sauvegarde ou encore lors de l'injonction interlocutoire, qui peut se

⁸⁰⁷ *Supra*, section 2.1.2 et 2.1.3.

⁸⁰⁸ Voir par exemple : *A. Roberge inc. c. Lacroix*, préc., note 90, par. 35.

⁸⁰⁹ *Spa Bromont inc. c. Cloutier*, préc., note 247, par. 82.

dérouler plus d'un mois après, il est important que les avocats utilisent le temps alloué pour étoffer leur preuve.

Nous sommes donc en mesure de faire ressortir une première piste de solution : il serait judicieux d'effectuer rapidement les interrogatoires hors cour pour permettre un enrichissement de la preuve, étoffer les affidavits et en venir ainsi à un exposé plus détaillé de la preuve. L'injonction est une procédure à vocation temporaire, urgente même quand elle est au stade provisoire, et les avocats auraient intérêt à considérer qu'il est inadéquat de gérer ce genre de dossier avec un échéancier semblable à celui d'un jugement au fond. Pourquoi ne pas demander au juge, lors d'une première instance provisoire, d'établir un calendrier serré avec des interrogatoires hors cours rapprochés, ce qui d'ailleurs déjà permet par le *Code de procédure civile* (a. 151.6, par. 5°)? L'avocat du salarié y a tout avantage pour bien servir les intérêts de son client. Le juge pourrait aussi le proposer d'office, car le tribunal a le devoir d'intervenir pour assurer une saine gestion de l'instance (a. 4.1 C.p.c.). Lors du renouvellement de l'injonction provisoire, le dossier sera plus complet et le juge, plus en mesure de rendre un jugement étoffé prenant en compte la validité de la clause, respectant ainsi les droits de toutes les parties en cause.

Deuxièmement, pour pallier au fait que presque aucun jugement au fond ne sera jamais rendu en matière de clause de non-concurrence et d'injonction, une solution avantageuse pourrait être trouvée du côté de la voie procédurale. En effet, l'article 752.1 C.p.c. prévoit une procédure accélérée pour l'injonction permettant de se rendre plus rapidement à l'étape du jugement au fond. Cet article prévoit que «d'office ou à la demande d'une partie, le tribunal peut, dans tous les cas où il le juge approprié, ordonner aux parties de lier contestation sur l'action principale dans un délai imparti et fixer la date de l'instruction»⁸¹⁰. Lors de l'étude d'une telle demande, «le tribunal doit tenir compte de la nature du dossier, des effets recherchés par la demande d'injonction et de sa relation avec le mérite de l'affaire avant de décider s'il y a lieu ou non d'ordonner le déroulement accéléré du procès»⁸¹¹.

À notre avis, cet article est en mesure de venir régler le problème lié à l'absence de jugement au fond sur la clause de non-concurrence et les délais judiciaires étant donné qu'il :

«attribue à la Cour supérieure un pouvoir nouveau conçu pour hâter l'administration de la justice quant à ce recours extraordinaire et aussi de permettre de disposer à la fois plus tôt et plus complètement de l'ensemble des moyens de faits et de droit des parties. Accélération le déroulement normal du débat, il permet d'éviter que pendant une période

⁸¹⁰ C.c.Q. art. 752.1.

⁸¹¹ B. EMERY et D. FERLAND, préc., note 481, p. 453.

de temps excessive, l'application de l'interlocutoire ne porte préjudice à l'une ou l'autre des parties, parfois au deux, sans que leurs prétentions de faits et de droit soient tranchées à leur mérite»⁸¹².

Ainsi, l'avocat de l'ex-employé pourrait demander au tribunal, au sein d'une conférence de gestion à l'amiable, d'appliquer la procédure accélérée de l'article 752.1 C.p.c. et demander de verser au fond la preuve de l'injonction interlocutoire. La cause serait donc entendue au mérite rapidement : les parties auraient l'heure juste sur leurs droits et le tribunal pourrait juger au fond de la validité de la clause de non-concurrence avant que la durée de celle-ci ne soit écoulée. Les délais judiciaires forçant l'application de la clause seraient ainsi annihilés. Cette procédure a aussi le mérite de respecter les principes procéduraux sacro-saints de la saine gestion de l'instance, de la proportionnalité, de l'économie des ressources judiciaires et de la conciliation des parties⁸¹³. De plus, les parties, la Cour, ainsi que les justiciables ont tout intérêt à ce que la cause soit entendue au fond rapidement, sans les laisser dans une situation juridique fictive où une clause s'appliquerait ou pas sans que sa validité n'ait été véritablement étudiée au mérite. Nous croyons aussi que le recours à cet article pourrait encourager les parties à régler hors cours le litige plus rapidement.

Pourtant, cette procédure avantageuse ne semble pas être utilisée de manière fréquente, surtout en matière de non-concurrence. Ceci est probablement dû à une méconnaissance du principe et de ses avantages par les avocats plaideurs, malgré le fait que cet article est présent dans le *Code de procédure civile* depuis les années 80 et cadrerait bien avec la «nouvelle culture judiciaire» mise de l'avant par la dernière réforme⁸¹⁴. Nous sommes d'avis que les avocats plaideurs refusent souvent d'envisager une procédure aussi envahissante et complexe, qui leur demanderait une grande disponibilité, allant même jusqu'à leur imposer de mettre d'autres dossiers de côté, et entraînerait des coûts. Nous sommes convaincus que les tribunaux devraient plus souvent en pareille matière proposer, voir imposer en l'ordonnant d'office, le recours à la procédure accélérée de l'article 752.1 C.p.c. lors des conférences de gestion (a. 151.6, par. 5° C.p.c.). Les avocats plaideurs devraient aussi collaborer et prendre plus souvent cette voie rapide plus respectueuse des droits fondamentaux.

Troisièmement, une autre piste de solution pourrait être trouvée du côté de la justice participative. Nous avons mentionné que l'une des raisons pour laquelle les jugements, en la

⁸¹² *Entreprise Roger Faucher Inc. c. Banque Royale du Canada*, [1985] R.D.J. 263, 268 (C.A.).

⁸¹³ C.p.c. art. 4.1-4.3.

⁸¹⁴ Par exemple, le principe de proportionnalité : voir GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La Révision de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire.*, Rapport du comité de révision de la procédure civile, juillet 2001, p. 38, en ligne : <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rap2.pdf>> (consulté le 14 mars 2012).

matière qui nous préoccupe, ne se rendent jamais au fond, est que des règlements entre les parties interviennent dans une grande majorité des cas. Dans ce genre de transaction, l'injonction permet en quelque sorte à l'employeur de déterminer lui-même la valeur de son droit⁸¹⁵, ici un «droit de non-concurrence», puisqu'il pourra négocier avec l'entreprise qui souhaite engager son ex-employé le montant de son préjudice. Selon une certaine doctrine, qui ne fait pas l'unanimité, il existerait par contre dans cette situation une crainte réelle «qu'un créancier ne se serve de son droit à l'exécution en nature pour extorquer à son débiteur un montant d'argent supérieur aux dommages-intérêts compensatoires auxquels il aurait autrement eu droit»⁸¹⁶.

Un type de règlement est en pratique souvent conclu par les parties et constitue une piste de solution enviable pour régler le litige entre les parties : la signature d'une nouvelle obligation de non-sollicitation concernant certains clients clefs ou encore une obligation de confidentialité. Ce genre de règlement est très fréquent en pratique et, à notre avis, peut permettre de régler avantageusement un litige : la clause de non-sollicitation permettra à l'employeur de protéger ses intérêts légitimes (sa clientèle) de manière tout à fait adéquate, alors que l'ex-employé ne verra pas son droit de travailler amputé. De plus, tel que déjà souligné, ce type de règlement est en phase avec l'interprétation de certains tribunaux selon laquelle parfois, il suffit d'accorder une injonction en non-sollicitation ou en confidentialité seulement pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur⁸¹⁷.

En terminant, nous soulevons aussi qu'une piste de solution adéquate serait une systématisation de l'analyse effectuée par les tribunaux pour analyser la validité de la clause de non-concurrence. Nous avons proposé, dans la première partie de ce mémoire, une grille systématisée visant à faire une étude de la clause complète au regard du droit et de la jurisprudence en la matière. Nous sommes très conscientes qu'il sera impossible pour un juge au stade de l'injonction provisoire d'étudier chacun des critères mentionnés. Nous croyons par contre que dans les cas le permettant, surtout si les avocats des deux parties ont été incités d'office par le juge à présenter une preuve plus complète rapidement, il serait important que les juges tentent, autant que faire se peut, de se pencher sur chacun de ces critères de manière uniforme. Ceci permettrait qu'un cas comme celui de l'affaire *Laforce*, dont nous avons fait le résumé dans la section précédente, se reproduise. De plus, la systématisation de l'analyse permettrait au salarié de mieux comprendre, lors d'une victoire de l'employeur, la raison de la violation de son droit au travail.

⁸¹⁵ P. BIENVENU, préc., note 779, 69.

⁸¹⁶ Id., 71.

⁸¹⁷ *Supra*, section 1.2.3.

Ainsi, il est possible de faire ressortir plusieurs pistes de solution pour assurer un respect adéquat du droit au travail. Il n'est donc pas possible de rejeter complètement l'injonction comme véhicule procédural pour mettre en application une clause de non-concurrence. En théorie, la procédure d'injonction possède les atouts pour permettre une application des droits de l'employeur sans brimer ceux de l'employé. C'est plutôt l'utilisation pratique de celle-ci, dans certains cas, qui cause des problèmes. Ces problèmes, tel que nous venons de le constater, ne sont pas insurmontables, mais font appel à une manière de pensée tranchant avec la pratique habituelle des avocats et des tribunaux.

Conclusion

Le travail est un élément essentiel et primordial de la vie de chaque individu. Tel que le concluait l'auteur Dominic Roux dans son ouvrage sur le droit au travail, il «est essentiel puisqu'il permet à tous et chacun de gagner sa vie dans la dignité, de se réaliser pleinement et de s'intégrer socialement. Contribuant à définir l'identité d'une personne, il est un facteur d'épanouissement et un instrument indispensable de socialisation.»⁸¹⁸ Plus encore, la diversité du travail de chacun et l'intégration par une entreprise des forces et des innovations dont un travailleur est capable, entraînent sur le marché une compétition saine et diversifiée et «constitue[nt] un des piliers du concept d'économie de marché»⁸¹⁹. C'est pourquoi les tribunaux et la société ont élevé au rang de valeurs fondamentales le droit de chaque individu de gagner sa vie ainsi que le principe sacro-saint de la libre concurrence⁸²⁰.

La clause de non-concurrence, en prévoyant souvent avant même le début de l'emploi la manière dont les parties se sépareront, vient brimer directement ces principes. Lorsque mise en application, elle est à même d'empêcher concrètement l'employé de gagner sa vie dans le domaine de son choix en protégeant l'employeur contre la concurrence qu'il pourrait lui faire : la liberté de travail de l'employé est restreinte, la libre concurrence brimée. Cette atteinte aux valeurs fondamentales de notre société moderne ne pouvait que mener à un encadrement sévère de la part du législateur, à un redressement de l'équilibre entre un employeur souvent tout puissant et un employé subordonné⁸²¹, ce qui fut fait lors de la réforme du *Code civil du Québec*.

L'importance des droits et des valeurs fondamentales en jeu nous a motivée à écrire ce mémoire et à poser la question au cœur de notre recherche, question qui prend racine dans l'efficacité du droit : le véhicule procédural utilisé pour mettre en application la clause de non-concurrence, l'injonction, permet-il de respecter le droit substantiel concernant les clauses de non-concurrence, édicté pour sauvegarder le droit au travail? Cette question nous a permis d'évaluer l'impact de l'application des clauses de non-concurrence par voie d'injonction provisoire et interlocutoire sur le droit au travail.

Pour répondre à la question de recherche, nous avons proposé une analyse en deux parties. Premièrement, nous avons effectué une étude complète de la clause de non-concurrence. Elle nous a

⁸¹⁸ D. ROUX, préc., note 9, p. 459.

⁸¹⁹ A. DUFRESNE et D. LAUNAY, préc., note 387, p. 223, à la page 225.

⁸²⁰ *Id.*

⁸²¹ M.-F. BICH, préc., note 3, p. 243, à la page 267 ; A. BUSWELL et A. PAUL-HUS, préc., note 4, p. 4.

permis de confirmer que le droit au travail est un principe absolument fondamental de validité et d'applicabilité de la clause de non-concurrence. Deuxièmement, nous avons effectué une analyse des critères d'octroi et des objectifs de l'injonction, puis nous avons analysé la jurisprudence en cette matière afin de repérer les obstacles potentiels au droit au travail. Nous avons réalisé que certains tribunaux prennent en compte les critères de validité et d'applicabilité de la clause de non-concurrence dans le cadre d'une demande en injonction, alors que d'autres non, ces derniers préférant renvoyer cette analyse au juge du fond. Nous avons aussi soulevé les risques créés par la rareté de jugements au fond sur la clause de non-concurrence.

Suite à notre étude, nous arrivons donc à la conclusion que l'injonction, dans ses fondements théoriques, n'est pas une procédure complètement incompatible avec le droit substantiel. Contrairement à notre hypothèse de base, il est faux d'affirmer que la recherche d'une simple apparence de droit empêche *toujours* le tribunal d'étudier de manière adéquate le droit au travail en matière de non-concurrence. Il est possible d'effectuer, même au stade préliminaire, une étude plus complète de la validité et de l'applicabilité de la clause : plusieurs jugements en font foi⁸²². Si l'obstacle de l'impact sur le droit au travail de la mise en application d'une clause de non-concurrence par voie d'injonction provisoire et interlocutoire est bien réel, il n'est pas insurmontable. Plusieurs solutions existent pour permettre de rétablir la balance si précieuse entre les intérêts des parties et permettre une plus grande équité juridictionnelle. Nous les avons présentées dans la dernière section de ce mémoire⁸²³. En conclusion, nous tenons à partager quelques réflexions sur certaines de ses pistes de solutions.

Tout d'abord, nous avons proposé l'utilisation du mécanisme accéléré prévu à l'article 752.1 C.p.c., pour que les parties transforment l'instance en injonction en une audience au fond, et régler une fois pour toutes, dans des délais rapides, le litige entre l'employeur et le salarié. Nous nous sommes par contre demandé si la méconnaissance de cet article par les avocats plaideurs risquait d'être accrue par la révision prochaine du C.p.c. En effet, bien que l'objectif de simplification de la refonte soit tout à fait louable, nous avons constaté que, dans le *Projet de loi 28 : Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*⁸²⁴, déposé à la fin avril 2013, la procédure accélérée prévue à l'article 752.1 C.p.c. a été écartée du nouveau Livre VI, Titre I, Chapitre I portant sur l'injonction. Elle se retrouverait maintenant à l'article 159, al. 1, par. 1 du nouveau Code, article permettant de simplifier, d'accélérer la procédure et d'abrégier l'instruction. Notre questionnement provient du fait

⁸²² *Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot*, préc., note 13.

⁸²³ *Supra*, section 2.3.2.

⁸²⁴ *Projet de loi 28 : Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, projet de loi, 1^{ère} sess., 40^e légis (Qc).

que si aujourd'hui avec un article clair et distinct, les tribunaux et les avocats plaideurs ne font pas souvent appel à cette procédure, il est possible que cette disposition soit encore moins connue et utilisée une fois intégrée anonymement dans les mesures de gestion générales.

Quant à la piste de solution concernant la négociation d'un règlement à l'amiable, elle repose en grande partie sur la volonté des avocats plaideurs de modifier leurs méthodes de travail, pour adopter un comportement favorisant davantage les valeurs modernes de notre société (équité, liberté fondamentale, épanouissement du libre marché, etc.) ainsi qu'une approche plus souple basée sur l'effet pratique et concret des procédures. En réalité, elle demande que l'avocat moderne plonge au cœur de la justice participative (négociation, médiation, arbitrage, droit collaboratif, etc.) et démontre à son client qu'il s'agit d'une voix aussi intéressante que la voix judiciaire. Cela demande par contre un grand changement de mentalité. L'auteur Jean-François Roberge indiquait fort-à-propos que «la pratique de la justice participative impose de redéfinir le rôle du juriste. Elle lui recommande notamment l'abandon de certains de ses réflexes traditionnels pour adopter un nouveau mode de pensée et un nouvel état d'esprit.»⁸²⁵ Nous sommes fermement convaincus que les avocats, autant ceux de l'employeur que de l'employé, ont leur part de responsabilité dans la recherche d'une solution aux problèmes soulevés et ont leur place dans un processus empruntant à la justice participative.

Le Barreau du Québec encourage d'ailleurs cette voix et tente de la faire connaître autant à ses membres qu'au public en général⁸²⁶. À titre d'exemple, son tout nouveau «Service de règlement de différends du Barreau du Québec» permettra aux justiciables ainsi qu'aux entreprises de moins de 20 employés d'avoir accès à un processus de médiation à moindres coûts⁸²⁷. Ce service, qui propose de la médiation dans les domaines civils ou commerciaux, s'adresse aux personnes ayant un litige d'une valeur inférieure à 25 000\$. Puisque le service est nouveau, nous ne bénéficions pas de statistiques concernant son taux de succès, mais il pourrait, à l'avenir, constituer une option intéressante pour les employés et employeurs empêtrés dans un litige concernant une clause de non-concurrence. D'autres services de médiation, dispensés par des OJA (organisme de justice

⁸²⁵ Jean-François, ROBERGE, *La justice participative : Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 37.

⁸²⁶ Le Barreau du Québec a même préparé une «Trousse d'information sur la justice participative pour les avocats» sur son site internet. BARREAU DU QUÉBEC, *Pour avocat – Justice participative et résolutions des différends*, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/avocats/justice-participative/>, (consulté le 23 mars 2013).

⁸²⁷ BARREAU DU QUÉBEC, *Pour le public – Service de règlement de différends du Barreau du Québec*, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/public/trouver/reglement-differends/index.html>, (consulté le 23 mars 2013).

alternative), comme l'Autre-Avenue⁸²⁸ à Québec et l'Interface⁸²⁹ à Lévis, existent aussi, mais sont plus utilisés dans les domaines familiaux et civils que commerciaux. De plus, il est important de rappeler que le nouveau *Code de procédure civile* fera la part belle aux modes alternatifs de résolution des conflits, notamment dans sa disposition préliminaire⁸³⁰. Il serait intéressant, dans quelques années, d'étudier l'impact de la justice participative sur les litiges mettant en jeu une obligation de non-concurrence.

Par contre, un bémol est aussi à soulever concernant les règlements négociés intervenus entre les parties. Nous avons proposé comme hypothèse que le fait que presque aucun jugement interlocutoire ou provisoire ne se rendra à l'étape subséquente du processus judiciaire découle du fait que des règlements interviennent souvent entre les parties. Il serait important de se demander si ces règlements, qui sont conclus en marge du processus judiciaire, et donc sans surveillance des tribunaux, sont respectueux des droits et libertés du salarié. Ceci pourrait faire l'objet d'une prochaine étude.

Parler de la justice participative nous amène tout naturellement à traiter de la question de l'accès à la justice : le problème de la clause de non-concurrence mise en application par injonction nous ramène à cette problématique. La procédure d'injonction est très complexe. Elle comporte ses propres règles et sa propre temporalité, très différentes de celles des dossiers traditionnels que les avocats sont plus habitués de traiter. Pour un avocat, se lancer dans ce genre de procédure demande temps, expertise et heures supplémentaires. Si des avocats aguerris trouvent ce genre de procédure complexe et envahissante, il est facile de comprendre qu'un simple citoyen ne peut d'aucune manière se représenter seul dans ce domaine, contrairement à certaines procédures, en droit familial par exemple. Un salarié, évidemment trop «riche» pour bénéficier de l'aide juridique⁸³¹, contre lequel un employeur demande une injonction devra engager un avocat, et payer au prix fort ses longues heures de travail, pour défendre son droit fondamental de travailler et de gagner sa vie.

⁸²⁸ L'AUTRE-AVENUE – ORGANISME DE JUSTICE PARTICIPATIVE, *Accueil*, en ligne : <<http://www.lautreavenue.com/>>, (consulté le 23 mars 2013).

⁸²⁹ L'INTERFACE – LÉVIS, *Accueil*, en ligne : <<http://interfaceoja.com/>>, (consulté le 23 mars 2013).

⁸³⁰ *Projet de loi 28 : Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, préc., note 825.

⁸³¹ COMMISSION DES SERVICES JURIDIQUE, *Volet gratuit. Suis-je admissible gratuitement?*, en ligne : <http://www.csj.qc.ca/SiteComm/W2007Francais/Main_Fr_v3.asp>, (consulté le 17 décembre 2012) : Pour une personne seule, le seuil d'admissibilité à l'aide juridique est un salaire de moins de 13 573 \$. Un salarié à temps plein gagnant le salaire minimum prévu par la loi ne sera pas admissible à l'aide juridique, et encore moins un salarié assez important pour que l'employeur cherche à l'empêcher de travailler par une clause de non-concurrence!

Nous sommes donc face à un salarié empêché de travailler, et donc sans salaire, qui devra trouver le moyen de payer un avocat pour retrouver le droit de gagner sa vie dans son domaine d'expertise. Souvent dans une réalité insoutenable financièrement et confronté à l'avocat de l'employeur qui n'a aucun intérêt à faire accélérer les procédures, le salarié devra, plus souvent qu'à son tour, négocier avec l'ex-employeur à son détriment ou tout simplement abandonner l'idée de se défendre suite à une défaite en injonction provisoire, et ce, même si la clause de non-concurrence le liant à l'employeur est illégale ou inapplicable. Sa seule porte de sortie est que le dossier soit entendu rapidement par un tribunal... ou que la partie adverse soit ouverte à la négociation.

L'étude de l'impact de la mise en application des clauses de non-concurrence par voie d'injonction provisoire et interlocutoire sur le droit au travail nous a permis de mettre en lumière l'impact pratique d'une procédure sur la vie des justiciables et d'analyser la transposition dans un cadre pratique d'un fondement théorique. Les travailleurs, prisonniers d'une situation souvent sans issue de subordination totale envers leur employeur, ont le droit de voir leurs droits reconnus, non seulement en théorie, mais aussi en pratique. Ce faisant, le droit rejoint davantage la communauté qu'il entend structurer. À cet égard, il est important de se rappeler que le droit est bel et bien en soi une structure sociale ainsi que des normes de conduite⁸³² visant à atteindre un certain degré de prévisibilité.

Ainsi, comme le rappelait l'auteur Michel Miaille, « le droit, c'est d'abord un ensemble de techniques pour réduire les antagonismes sociaux, pour permettre une vie aussi pacifique que possible entre des hommes enclins aux passions »⁸³³. Qu'est la clause de non-concurrence, si ce n'est une manière d'édicter à l'avance le droit pour régler une situation future où deux pôles sociaux antagonistes (employeur vs employé) s'affronteront dans une bataille effrénée pour faire valoir deux types très différents de droits fondamentaux? Ce mémoire nous a permis de vérifier les impacts concrets de cette bataille continuelle, qui prend racine dans l'intégralité de notre économie capitaliste moderne, sur la vie du travailleur quand la théorie se transpose dans la réalité.

⁸³² J. CARBONNIER, préc., note 35, p. 305.

⁸³³ Michel MIAILLE, *Une introduction critique du droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 23.

Bibliographie

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11

Textes fédéraux

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), c. L-2

Textes québécois

Avant-projet de loi instituant le nouveau code de procédure civile, avant-projet de loi, 2^e sess., 35^e légis (Qc).

Projet de loi 28 : Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, projet de loi, 1^{ère} sess., 40^e légis (Qc).

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

Code du travail, L.R.Q., c. C-27

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., c. N-1.1

TABLE DES JUGEMENTS

Jurisprudence canadienne

124670 *Canada Ltée c. Remmouche*, 2004 CanLII 7438 (QC C.S.)

137049 *Canada inc. c. Cinquino*, 2008 QCCS 555

140 *Gréber Holding inc. c. Distribution Stéréo Plus inc.*, 2005 QCCA 1030

2865-8169 *Québec inc. c. 2757-5131 Québec inc.*, EYB 1999-14430 (C.S.)

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

3108163 *Canada inc. c. Joanisse*, D.T.E. 97T-1042 (C.S.)

4388241 *Canada inc. c. Forget*, 2012 QCCS 3103

7708815 *Canada inc. c. Gélinas*, 2012 QCCS 3138

7708815 *Canada inc. c. Gélinas*, 2012 QCCS 2354

7708815 *Canada inc. c. Gélinas*, 2012 QCCS 1843

9009-6256 *Québec Inc. c. 9133-4722 Québec inc.*, 2005 CanLII 6432 (QC C.S.)

9024-1027 *Québec inc. c. Drainville*, 2008 QCCS 2984

9045-6740 *Québec Inc. c. 9049-6902 Québec Inc.*, REJB 2004-52646 (C.A.)

9051-4092 *Québec inc. c. Lachance*, J.E. 2003-1711 (C.Q.)

9074-7650 *Québec Inc. c. Allied Domecq Retailing International Canada Ltd.*, REJB 2002-32062 (C.A.)

9085-9638 *Québec inc. (Comspec) c. Harvey*, 2006 QCCS 4978

9120-0204 *Québec inc. (Orange Bleue) c. Émond*, 2011 QCCQ 14961

9129-3845 *Québec inc. c. Dion*, 2012 QCCS 2078 ; 2012 QCCA 1276

9144-7532 *Québec inc. c. Pouliot*, 2009 QCCS 3791

9175-4887 *Québec inc (E-Tronics) c. Baldassare*, 2011 QCCS 4842

Accessoires d'incendies Sécurex 2000 inc. c. Dallaire, 2002 CanLII 442 (QC C.S.)

Accutel Conferencing Systems inc. c. Bellavance, D.T.E. 2001T-959 (C.S.)

Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki, 2012 QCCS 2722

Adhésifs Adhpro inc. c. Fetouaki, 2012 QCCS 287

Agence Maître Boucher inc. c. Robert, 2009 QCCS 1120

A.I.E.S.T., local de scène no 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal, 2004 CSC 2

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

Alstrom Hydro Canada inc. c. Néron, 2006 QCCS 5483

American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd., [1975] A.C. 396

Amusement Etoile inc. c. Les Entreprises Gilbert Emond inc., [1992] R.D.J. 550 (C.A.)

A.R. Medicom inc. c. Bergeron, D.T.E. 2004T-4 (C.S.); AZ-04019528 (C.A.)

A. Roberge inc. c. Cormier, 2010 QCCS 749

A. Roberge inc. c. Lacroix, 2009 QCCS 5021

Astral Radio Inc. c. Roy, 2002 CanLII 20808 (QC C.S.)

Astral Radio Inc. c. Roy, 2002 CanLII 23817 (QC C.S.)

Aubut c. Marois, J.E. 2000-1090 (C.A.)

Automatisation JRT inc. c. Gagné, 2010 QCCS 2296

Automatisation JRT inc. c. Roy, 2006 CanLII 882 (QC C.S.)

Barr-Rosin inc. c. Lonergan, 2006 QCCS 5355

Barr-Rosin inc. c. Lonergan, 2006 QCCS 6251

Barr-Rosin inc. c. Lonergan, D.T.E. 2006T-866 (C.S.)

Beau-T Stop distribution inc. c. Mailhot, REJB 2001-25240 (C.S.)

Betz Laboratories Ltd. c. Massicotte, [1980] R.P. 355 (C.A.)

Bournival c. Dolmen Psychologie industrielle inc., 2011 QCCS 332

Bournival c. Dolmen Psychologie industrielle inc., 2011 QCCS 340

Brassard c. Société zoologique de Québec Inc., [1995] R.D.J. 573 (C.A.)

Cameron c. Canadian Factors Corporation Limited, [1971] R.C.S. 148

Cassidian Communications Corp. c. Aubin, 2012 QCCS 3183

Cathild inc. c. Rondeau, D.T.E. 93T-622 (C.S.) ; [1995] R.L. 140 (C.A.)

Central Dynamics Ltd. c. Tremblay, D.T.E. 90T-1092 (C.S.)

Chaumière Baie-St-Paul inc. c. Giguère, 2010 QCCS 3229

Clinique médico-dentaire de la Gatineau inc. c. Boisvert, 2010 QCCS 448

Cogeco Diffusion c. Lavoie et Lemelin, 2011 QCCS 1798

Cogeco Diffusion c. Lavoie et Lemelin, 2011 QCCS 1832

Cogeco Diffusion inc. c. Grenier, 2003 CanLII 9299 (QC C.S.)

Comité Concerned Citizens of Ayer's Cliff c. 9071-6812 Québec inc., J.E. 2000-2115 (C.S.)

Compagnie de gestion MDJ inc. c. Cadieux, 2005 CanLII 49344 (QC C.S.)

Compagnie Jess ltée. c. Ouellette, AZ-50284173 (C.S.)
Convexpert inc. c. Gobeil, 2009 QCCS 4604
Corporation Datacom Wireless c. Denis, 2007 QCCS 4550
Corporation Moore ltée c. Charrette, [1988] 19 C.C.E.L. 277 (C.S.)
Dallaire-Turmel c. Cégep de Lévis-Lauzon, 2011 QCCS 931
Deghenghi c. Ayerst, McKenna & Harrison Ltd., C.S. Montréal, n°500-05-008720-805, 12 août 1987, j. T. Kennedy ; D.T.E. 98T-518 (C.A.)
Drouin c. Surplec Inc, D.T.E. 2000T-931 (C.S.) ; [2004] R.J.Q. 1125 (C.A.), D.T.E. 2004T-469 (C.A.)
Échafaudage Falardeau inc. c. Cyr, 2009 QCCS 2726
Éditions CEC inc. c. Hough, 2008 QCCS 4526
Elsey c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd., [1978] 2 R.C.S. 916
Emballage Coderre Inc. c. Young, 2004 CanLII 14872 (QC C.S.)
Entreprises Jacques Despars inc. c. Pelletier, [1992] R.D.J. 586 (C.A.)
Entreprise J'ose ltée c. Dalziel, D.T.E. 97T-1194 (C.S.)
Entreprise Roger Faucher Inc. c. Banque Royale du Canada, [1985] R.D.J. 263 (C.A.)
Entreprises R.E.R. Inc. c. Gagnon, 2004 CanLII 24566 (QC C.S.)
Entreprises R.E.R. Inc. c. Gagnon, 2004 CanLII 17599 (QC C.S.)
Entreprises R.E.R. Inc. c. Gagnon, 2004 CanLII 3946 (QC C.S.)
Entreprises R.E.R. Inc. c. Gagnon, 2005 CanLII 22927 (QC C.S.)
Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie, [1988] R.J.Q. 1866 (C.S.) ; [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.)
Exfo inc. c. Réseaux Accedian inc., 2011 QCCS 3767
Favre c. Hôpital Notre-Dame, [1984] C.A. 548
Farber c. Royal Trust Company, [1997] 1 R.C.S. 846
Faucher Industries inc. c. Poliziani, 2004 CanLII 40307 (QC C.S.)
Federated Mutual Insurance Company c. Ravary, D.T.E. 83T-857 (C.A.)
Félix Franciscaut & Associés inc. c. Champagne, 2003 CanLII 23338 (QC C.S.)
Fier croissance durable, s.e.c. c. Fillion, 2010 QCCS 482
Fleurexpert inc c. Trudel, 2008 QCCQ 6327
Flextherm c. Marengère, D.T.E. 2004T-75 (C.S.)
FLS Transportation Services c. Piccioni, EYB 2005-92854 (C.S.)
Freetime Omnimedia inc. c. Weekendsk France, 2009 QCCS 24
G. & R. de la Fontaine inc. c. Bouthillette, D.T.E. 95T-928 (C.S.)
Gagnon c. St-Pierre, 2011 QCCS 984 ; 2012 QCCA 976
Gauthier c. Restaurant Casa Kosta inc., EYB 1994-73825 (C.S.)
Gestion R & R Gauthier ltée c. Vidéoflex inc., C.S. Montréal, n° 500-05-001836-921, 26 novembre 1992, j. Hurtubise ; [1993] R.D.J. 480 (C.A.)
Global Entertainment Inc. (Global Events) c. Goldfarb, 2011 QCCS 2324
Godbout c. Longueuil (ville de), [1989] R.J.Q. 1511 (C.S.) ; [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.)
Godin c. Gary Abraham's Business Consultants inc., [1986] R.J.Q. 809 (C.S.) ; C.A. Montréal, n° 500-09-000114-868, 2 juin 1986, non rapportée
Graphique Matrox inc. c. Lepage, D.T.E. 2001T-374 (C.S.)
Graphique Matrox inc. c. Lepage, D.T.E. 2001T-819 (C.S.)

Groupe Biscuit Leclerc inc. c. Rompré, [1998] R.J.Q. 855 (C.S.)
Groupe Bocenor inc. c. Drolet, 2007 QCCS 339
Groupe Bocenor inc. c. Drolet, 2007 QCCS 1933
Groupe Bocenor inc. c. Drolet, 2007 QCCS 3355
Groupe Option Retraite inc. c. Bégin, 2005 CanLII 9624 (QC C.S.)
Groupe Serge Landry audioprothésistes Enr. c. Laliberté, 2004 CanLII 11413 (QC C.S.)
GS/C Communication inc. c. Maurice, 2007 QCCS 4646
Guay inc. c. Payette, 2010 QCCS 2166
Guay inc. c. Payette, 2010 QCCS 2742
Guay inc. c. Payette, 2010 QCCS 2756 ; 2011 QCCA 2282 (requête pour autorisation d'appeler accueillie, 2012 CanLII 26717 (CSC))
Guillot c. Gennium Produits pharmaceutiques inc., 2007 QCCS 5464
Guillot c. Gennium Produits pharmaceutiques inc., 2007 QCCS 5472 (requête pour autorisation d'appeler rejetée, 2007 QCCA 1655)
Honco inc. c. Damphousse, REJB 1997-03244 (C.S.)
IGN Canada inc. c. Robitaille, 2007 QCCS 634
Ikon Solutions de bureau inc. c. Docu-Plus Conseillers en gestion de documents inc., 2009 QCCS 123
Imaging Diagnostic System c. Hall, D.T.E. 2001T-192 (C.S.)
Industrie Dobec inc. c. Brassard, D.T.E. 2002T-1151 (C.S.)
Industries et équipements Laliberté ltée c. Lefebvre, 2009 QCCS 1370
Innu-Science Canada Inc. c. Laboratoire Choisy Ltée, [2000] R.J.Q. 342 (C.A.)
Jean c. Omegachem inc., 2009 QCCRT 76; 2009 QCCRT 368; 2011 QCCS 1059; 2012 QCCA 232
Jean-Jacques Verreault et Associés inc. c. Larrivés, D.T.E. 98T-1010 (C.S.)
Jefrago Technologies inc. c. Vetagro, s.p.a., 2012 QCCS 2945
Kalenso Inc. c. Société Coinamatic Inc., [1986] R.J.Q. 2017
Kelron Montréal inc. c. Comitini, 2012 QCCS 4710
Kruger inc. c. Première nation des Betsiamites, 2006 QCCA 569
Laboratoire Constant inc. c. Beauchamp, J.E. 97-987 (C.S.) ; J.E. 97-2170 (C.A.)
La Coupe Montréal Ltd c. Bolton, D.T.E. 2001T-665 (C.S.)
Lawrence Home Fashion inc. c. Sewell, REJB 2003-43091 (C.S.)
Lebeuf c. S.N.C.-Lavalin inc., [1995] R.J.Q. 170 (C.S.); [1999] R.J.Q. 385 (C.A.)
Lemieux c. Marsh Canada ltée, 2005 QCCA 1080
Manitoba (Procureur général) c. Métropolitain Stores (MTS) Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110
MBI Acquisition Corp. c. Bournival, 2008 QCCS 2232
McArthur (Centre de beauté l'Essentiel) c. Bilodeau, 2012 QCCQ 1297
Medisca Pharmaceutique inc. c. De Lisio, 2011 QCCS 2875
Ménard c. Parts-Expert inc., 2008 QCCA 1827
Menif c. Laboratoire Kabs inc., 2008 QCCS 3713
Micro Distribution BLS Inc. c. Hainault, [2004] R.J.D.T. 479 (C.S.), 2004 CanLII 20668 (QC C.S.)
Mirarchi c. Lussier, J.E. 2005-636 (C.S.) ; [2007] R.J.Q. 301 (C.A.), 2007 QCCA 284
Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins, 2005 CanLII 36855 (QC C.S.)
Mission I-Tech Hockey ltée c. Desjardins, 2006 QCCS 1965
Natrel inc. c. Berardini inc., [1995] R.D.J. 383 (C.A.)

N.W.L. Ltd. c. Woods, [1979] 1 W.L.R. 1294
Oerlikon Aérospatiale Inc. c. Normand Ouellette, [1989] R.J.Q. 2680
Outillage industriel Québec ltée. c. Belleau, 2009 QCCS 860
Outillage industriel Québec ltée. c. Belleau, 2009 QCCS 1092
Oxygène Plus inc. c. Fortin, [2001] R.J.Q. 147 (C.S.)
P.A. Boutin (1986) inc. c. Julien, J.E. 90-1118 (C.S.)
Pacitto c. Bisailon, 2002 CanLII 20336 (QC C.Q.)
Pauzé c. Descôteaux, [1987] R.J.Q. 408 (C.S.) ; J.E. 86-1037 (C.A.)
Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce, 2004 CanLII 4922 (QC C.S.)
Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce, 2004 CanLII 6836 (QC C.S.)
Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce, 2005 CanLII 26414 (QC C.S.); 2007 QCCA 927
Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc. c. Laforce, AZ-50269226 (C.S.)
Pierres St-Hubert inc. c. Longueuil (Ville de), B.E. 2006BE-499 (C.A.); A.E./P.C. 2006-4526 (C.A.)
Positron Public Safety Systems inc. c. Cardoso, 2005 CanLII 14508 (QC C.S.)
Positron Public Safety Systems inc. c. Cardoso, 2005 CanLII 28827 (QC C.S.) (requête pour autorisation d'appeler rejetée, 2005 QCCA 962)
Préverco inc. c. Paradis, 2012 QCCS 3816
Produits Duvernay ltée c. Duguay, D.T.E. 90T-372 (C.S.)
Produits V-TO inc. c. Bolduc, [1976] C.S. 1325
Promutuel Bois-Francs c. Rioux, 2009 QCCQ 7366
Rake & Thériault inc. c. Pageau, 2010 QCCS 2674
Raymond Chabot SST Inc. c. Groupe AST (1993) Inc., [2002] R.J.Q. 2715 (C.A.), 2002 CanLII 41255 (QC C.A.)
Résidences P.F. inc. c. Filteault, D.T.E. 98T-481 (C.S.)
Restaurant Chez Doc inc. c. 9061-7481 Québec inc., J.E. 2002-1812 (C.S.) ; 2006 QCCA 55
Riopel c. Talbot, 2007 QCCS 4664; 2009 QCCA 2245
R.J.R. Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311
Robitaille c. Gestion L. Jalbert inc., 2006 QCCS 3892 ; 2007 QCCA 1052
Roulottes A. et S. Lévesque (1993) inc. c. Lévesque, 2008 QCCS 4221
Samson c. Viandes du Breton inc., 2009 QCCS 4853
Sécurité I-Logiq inc. c. Fontaine, 2012 QCCS 3580
Service de pneus Desharnais inc. c. Bergeron, 2010 QCCS 746
Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) inc., 2009 CSC 6
Shermag inc. c. Zelnicker, D.T.E. 2004T-894
Société de développement de la Baie James c. Kanatawat, [1975] C.A. 166
Société minière Louvem Inc. c. Aur Ressources Inc., [1990] R.J.Q. 772 (C.S.)
Société Laurentide Inc. c. Naud, 2005 CanLII 6699 (QC C.S.)
Société Laurentide Inc. c. Naud, 2005 CanLII 8575 (QC C.S.)
Société Pole-Lite ltée c. Cormier, [1989] R.J.Q. 1584 (C.S.)
Société Promutuel Lanaudière, société mutuelle d'assurances générales c. Clark, 2009 QCCS 988
Spa Bromont inc. c. Cloutier, 2012 QCCS 291
Spa Bromont inc. c. Cloutier, 2011 QCCS 6770

Spécialité industrielles Sherbrooke inc. c. Aubé, D.T.E. 99T-1059 (C.S.)
Systèmes International Gemmar inc. c. Multidev Technologies inc., 2009 QCCA 368
Télémedia Communications Inc. c. Sonison, [1985] R.D.J. 478 (C.A.)
Théberge c. Lévesque, J.E. 2005-1663 (C.S.) ; 2007 QCCA 898
Thomas Marine et sports (1991) inc. c. Thomas, D.T.E. 93T-1274 (C.S.)
THQ Montréal inc. c. Ubisoft Divertissement inc., 2011 QCCS 3568 (requête pour permission d'appeler accordée, 2011 QCCA 1444) ; 2011 QCCA 2344
THQ Montréal inc. c. Ubisoft Divertissement inc., 2011 QCCS 7374
THQ Montréal inc. c. Ubisoft Divertissement inc., 2011 QCCS 7375
Toptech Groupe Conseil inc. c. Nancy Perron, D.T.E. 2003T-358 (C.S.)
Tourbières Berger Ltée c. Lussier, 2005 CanLII 6470 (QC C.S.)
Tourbières Berger Ltée c. Lussier, AZ-50289751 (C.S.)
Tourbières Berger Ltée c. Lussier, AZ-50291387 (C.S.)
TQS inc. c. Pelletier, 2009 QCCS 597
Tremblay Assurance ltée c. Ouellet, 2006 QCCS 3878
Trudel c. Clairol Inc. of Canada, [1975] 2 R.C.S. 236
Turmel c. 3092-4484 Québec inc., [1994] R.D.J. 530 (C.A.)
Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland, 2003 CanLII 528 (QC C.S.)
Ubisoft Divertissement inc. c. Champagne-Pelland, AZ-50547755 (C.S.) (requête pour permission d'appeler accordée, AZ-50448413 (C.A.)) ; REJB 2003-48437 (C.A.)
Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay, 2006 QCCS 2475
Ubisoft Divertissements inc. c. Tremblay, 2006 QCCS 2677
Vachon c. Québec (Procureur général), [1979] 1 R.C.S. 555
Van Eeghen International (Amérique du Nord) inc. c. Eusanio, 2006 QCCS 2400
Verreault Navigation inc. c. Marquis, 2008 QCCS 1912
Wallace c. United Grain Growers Ltd., [1997] 3 R.C.S. 701
World Assurance Inc. c. Al Imam, 2012 QCCS 4692
World Assurance Inc. c. Al Imam, 2010 QCCS 5112

Jurisprudence anglaise

Fellowes & Son v. Fisher, [1976] Q.B 122, [1975] 2 All E.R. 829 (C.A.)
Hubbard v. Pitt, [1976] Q.B 142, [1975] 3 All E.R. 1 (C.A.)

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

ARCHAMBAULT, J., F. MORIN et P. LACHAPELLE, *L'injonction en relations du travail*, n° 26, coll. Tirés-à-part, Québec, Département des relations industrielles de la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, 1980.

AUDET, G., R. BONHOMME et C. GASCON, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, feuilles mobiles, à jour octobre 2011.

BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil. Obligations, contrats nommés*, vol. 2, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993.

BAUDOIN, J.-L. et P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007.

BAUDOIN, J.-L. et Y. RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 12^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.

BERNIER, L., L. GRANOSIK et J.-F. PEDNEAULT, *Les droits de la personne et les relatifs du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, feuilles mobiles, à jour octobre 2011.

BERNIER, L. et M.-A. LAROCHE, *Licenciement individuel ou collectif : tous ce que l'employeur doit savoir*, coll. Tout ce que l'employeur doit savoir, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009.

BOIVIN, S. P., « Les obligations des ancien(ne)s employé(e)s : l'état du droit au Québec », dans BRUCE, B. D. (dir.), *Le travail, le chômage et la justice*, Institut Canadien de l'Administration de la Justice, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 475.

BONHOMME, R., C. GASCON et L. LESAGE, *Le contrat de travail en vertu du Code Civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994.

BRIÈRE, J.-Y., M. FERNAND, D. ROUX, D. et J.-P. VILLAGGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

CARRIER, C. et H. REID, *Code de procédure civile du Québec : jurisprudence et doctrine*, 27^e éd. coll. «Alter Ego», Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

CONSEIL DE RECHERCHE EN SCIENCE HUMAINES DU CANADA, *Le droit et le savoir*, Ottawa, Division de l'information, 1983.

- CÔTÉ, C. et F.-P. GINGRAS, «La sociologie de la connaissance», dans GAUTHIER, B. (dir.), *Recherche sociale*, 5^e éd., Montréal, Presse de l'Université du Québec, 2009, p. 19.
- EMERY, B. et D. FERLAND, *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.
- FERRON, D., M. PICHÉ-MESSIER et L. A. POITRAS, *L'injonction est les ordonnances Anton Piller, Mareva et Norwich*, Montréal, LexisNexis, 2008.
- GAGNON, R. P., *Le droit du travail du Québec*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.
- GENDREAU, P.-A., *L'injonction*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.
- GERVAIS, C., «Les trois critères classiques de l'injonction interlocutoire – Rappel théorique», dans *L'injonction*, 2^e éd., coll. Point de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2005PDD44.
- GERVAIS, C., «L'injonction provisoire – Rappel théorique», dans *L'injonction*, 2^e éd., coll. Point de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2005PDD48.
- GERVAIS, C., «L'ordonnance de sauvegarde – Rappel théorique», dans *L'injonction*, 2^e éd., coll. Point de droit, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2005PDD50.
- GUÈVREMONT, S., *Clause pénale et clause de non-concurrence 1974-1995*, 2^e éd., coll. Atout Maître, Société québécoise d'information juridique, 1996.
- IANNUZZI, P., *L'obligation de non-concurrence dans les sociétés des professionnels. Vers une théorie de liberté de choix contractuelle*, coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006.
- JEAMMAUD, A., « Le concept d'effectivité du droit », dans AUVERGNON, P. (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, France, COMPTRASEC, 2006, p. 34.
- LAROCHE, M.-A. et C. LE CORRE, *Embauche et contrats de travail : approches et rédaction*, coll. Tout ce que l'employeur doit savoir, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.
- LEFEBVRE, F., *Rupture du contrat de travail : responsabilité de la rupture, licenciement, obligations, préavis, foralités, non-concurrence*, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 1992.
- MIAILLE, M., *Une introduction critique du droit*, Paris, Maspero, 1976.
- OUELLET, L., *Injonction*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987.

OUIMET, H., *Travail Plus : Le travail et vos droits*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

ROBERGE, J.-F., *La justice participative : Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

ROCHER, G., «L'effectivité du droit», dans André LAJOIE et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 133.

ROUX, D., *Le principe du droit au travail : juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

TREVES, R., *Sociologie du droit*, Paris, Presse Universitaires de France, 1995.

Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

BARIBEAU, L., «La clause de non-concurrence doit être signée à l'embauche», (2012) 7 J. du Bar. 42.

BECKHARD-CARDOSO, J., « Les clauses de non-concurrence en droit français – Protection légitime ou insécurité juridique ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1.

BÉLIVEAU, N.-A., « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence dans les contrats d'emploi : synthèse », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2008DEV1450.

BÉLIVEAU, N.-A., « Les critères de validité des clauses de non-concurrence dans les contrats de vente de l'entreprise : où en sommes-nous ? », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2009DEV1620.

BÉLIVEAU, N.-A. et D. KNOECHEL, «Réflexions sur la doctrine de la divulgation inévitable», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2008)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 387.

BÉLIVEAU, N.-A. et S. LEBEL, « Les clauses de non-concurrence en matière d'emploi et en matière de vente d'entreprise : du pareil au même ? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 113.

BELLEMARE, C., « Les clauses de non-concurrence dans les conventions des actionnaires », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009DEV1619.

BELLEMARE, C., « Les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation dans les cadres de la vente des actions ou de l'actif d'une entreprise : analyse de la jurisprudence récente au Québec », dans *Développements récents en droit commercial*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 1996, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1996DEV52.

BENAROCHE, P. L., « La non-sollicitation : paramètres juridiques applicables en matière d'emploi », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008DEV1454.

BICH, M.-F., «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 (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 243.

BICH, M.-F., « Contrat de travail et Code civil du Québec – Rétrospective, perspectives et expectative », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit au travail (1996)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 195.

BICH, M.-F., «Du contrat individuel de travail en droit québécois : essai en forme de point d'interrogation», (1986) 17 R.G.D. 85.

BIENVENU, P., « Pour l'injonction mandatoire comme recours d'exécution en nature : Quelques réflexions d'un praticien », (1989) 20 R.G.D. 65.

BONHOMME, R., « Obligation de loyauté post-emploi : plusieurs visages, gare à l'imposteur » dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008DEV1453.

BONHOMME, R. et M. COURNOYER-PROULX, « Le contrat de travail et le Code civil du Québec : 15 ans plus tard », dans *Développements récents en droit du travail*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009DEV1596.

BOUCHARD, C., «La nullité partielle d'une clause de non-concurrence: de l'affaire Cameron à l'affaire Shafron», (2010) 112 R. du N 109.

BOUCHER, J.-D., «La cessation d'emploi dès l'embauche ?», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Un abécédaire des cessations d'emploi et des indemnités de départ (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 1.

BRIÈRE, J.-Y., «Les clauses de non-concurrence et l'obligation de loyauté (articles 2088-2089 C.c.Q.)», (1995) 2 *Impact* 8.

BRUNELLE, C., « Présentation », dans NORMAND, S. et TREMBLAY G. G. (dir.), *La constitutionnalisation du droit du travail*, (2007) 48 *C & D* 1.

BUSWELL, A. et A. PAUL-HUS, « Les clauses de non-sollicitation de clientèle et les articles 2088 et 2089 du Code civil : entre la théorie et la réalité commerciale », dans *Revue du Barreau*, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009RDB93.

CHARRETTE, F., « Les clauses restrictives de la liberté du travail. », (1990) 50 *R. du B.* 531.

COURCHESNE TARDIF, É. et J. LEMOINE, « La théorie du tremplin : quand la concurrence plonge en eaux troubles », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009DEV1616.

COURCHESNE TARDIF, É. et J. LEMOINE, « Le préjudice du créancier de l'obligation de non-concurrence : remèdes et quantifications », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 193.

CRACK, Y. et D. POTVIN, « Les clauses restrictives du genre "clauses par paliers" en matière de contrat de travail, qu'en est-il de leur validité? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 211.

DION, G. « Le droit au travail », (1960) 15 *R. I.* 398.

DUFRESNE, A. et D. LAUNAY, « L'obligation de non-concurrence lorsque le contrat d'emploi est résilié sans motif sérieux (art. 2095 C.c.Q.) », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence (2008)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 223.

GAGNON, J. H., « La portée territoriale des engagements de non-concurrence », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit commercial (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 69.

GASCON, C., « Les récents développements en matière de clauses restrictives d'emploi », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 109.

GODBOUT, B., « Le droit au travail: une garantie constitutionnelle à définir. Est-ce que les Chartes reconnaissent le droit au travail? L'étendue de ce droit et ses limites », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 121.

GRAVEL, M., « L'impact des Chartes sur le recours en injonction », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1994), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 23.

GRENIER, M. et M. ST-PIERRE PLAMONDON, « Les décisions récentes portant sur la non-concurrence en droit de l'emploi : quelles sont les leçons à tirer ? », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009DEV1617.

GROLEAU, J.-P., « Interlocutory Injunctions: Revisiting the Three-Pronged Test », (2008) 53 *R. D. McGill* 269.

FERRON, D. et M. PICHÉ-MESSIER, « L'ordonnance Anton Piller : application de cette « arme nucléaire » en matière de non-concurrence », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence* (2008), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 37.

FORTIN, J.-M., « Tendances en matière de congédiement déguisé », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *L'A-B-C des cessations d'emploi et des indemnités de départ* (2008), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 71.

LETARTE, P., « Encore l'injonction ! », (1967-68) 9 *C. de D.* 417.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, sur l'article 2089 C.c.Q.*, dans « Commentaire du ministre de la Justice. Un mouvement de société », Québec, Publications du Québec, 1993, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1993CM2090.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, sur l'article 2095 C.c.Q.*, dans « Commentaire du ministre de la Justice. Un mouvement de société », Québec, Publications du Québec, 1993, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1993CM2096.

PERRON, F., « Commentaire sur la décision Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc. – Clause restrictive dans l'emploi : la Cour suprême se prononce », dans *Repères*, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009REP818.

PRUJINER, A., « Origines historiques de l'injonction en droit québécois », (1979) 20 *C. de D.* 249.

STEELE, A., « Les dessous des informations confidentielles et des secrets de commerce », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents sur la non-concurrence* (2009), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 95.

ST-PIERRE PLAMONDON, M., « 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 sur la non-concurrence (2011)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 35.

VACHON, C. et C. PAQUETTE, « Les obligation post-emploi, de quel côté oscille le balancier dans les provinces de common law », dans *Développements récents sur la non-concurrence*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2008DEV1452.

Thèses et mémoires

GRAVEL, M., *L'impact des chartes sur le recours en injonction*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 1994.

IANNUZZI, P., *L'obligation de non-concurrence dans les sociétés des professionnels: vers une théorie de liberté de choix contractuelle*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2003.

Sites internet

BARREAU DU QUÉBEC, *Pour avocat – Justice participative et résolutions des différends*, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/avocats/justice-participative/>, (consulté le 23 mars 2013).

BARREAU DU QUÉBEC, *Pour le public – Service de règlement de différends du Barreau du Québec*, en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/public/trouver/reglement-differends/index.html>, (consulté le 23 mars 2013).

COMMISSION DES SERVICES JURIDIQUE, *Volet gratuit. Suis-je admissible gratuitement?*, en ligne : http://www.csj.qc.ca/SiteComm/W2007Francais/Main_Fr_v3.asp, (consulté le 17 décembre 2012).

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *La Révision de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire.*, Rapport du comité de révision de la procédure civile, juillet 2001, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/rapports/pdf/crpc/crpc-rap2.pdf> (consulté le 14 mars 2012).

L'AUTRE-AVENUE – ORGANISME DE JUSTICE PARTICIPATIVE, *Accueil*, en ligne : <http://www.lautreavenue.com/>, (consulté le 23 mars 2013).

L'INTERFACE – LÉVIS, *Accueil*, en ligne : <http://interfaceoja.com/>, (consulté le 23 mars 2013).

MINISTÈRE DES RESSOURCES NATURELLES DU CANADA, *L'Atlas du Canada. Langue. Bilinguisme 2006*, en ligne : <http://atlas.nrcan.gc.ca/site/francais/maps/peopleandsociety/lang/languages2006/bilingual2006/1> (consulté le 19 mars 2012).

RANGEON F., «Réflexion sur l'effectivité du droit», dans *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherche administratives et politiques de Picardie, 1989, p. 126, à la page 131, en ligne : <<http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/23/rangeon.pdf>> (consulté le 23 mars 2011)

