

Repères, Juin, 2020

Raphaël ALLARD*

Chronique – Décisions récentes en matière de clauses de non-concurrence et de non-sollicitation souscrites en matière de contrat d'emploi : quoi de neuf ?

Indexation

TRAVAIL ; CONTRAT DE TRAVAIL ; CLAUSE DE NON-CONCURRENCE ; CLAUSE DE NON-SOLLICITATION ; INTERPRÉTATION ; DOMMAGES-INTÉRÊTS ; OBLIGATIONS DU SALARIÉ ; LOYAUTÉ ; **OBLIGATIONS** ; CONTRATS NOMMÉS ; CONTRAT DE SERVICE

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I- LES DÉCISIONS ANALYSÉES](#)

[II- LA COUR D'APPEL](#)

[III- LA COUR SUPÉRIEURE](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur propose une revue jurisprudentielle des décisions récentes rendues par la Cour d'appel et la Cour supérieure sur les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation. Sauf quelques exceptions, les décisions répertoriées concernent le cadre d'analyse du droit du travail et de l'emploi.

INTRODUCTION

S'il fallait identifier un concept en droit du travail qui ne cesse de faire couler beaucoup d'encre devant les tribunaux de droit commun depuis plusieurs décennies, il faut sans doute identifier celui des clauses restrictives d'emploi.

Encore aujourd'hui, compte tenu de l'importance qui revient au concept de capital humain dans les entreprises, les employeurs choisissent de se prémunir de garanties contractuelles afin de limiter les conséquences qui pourraient découler de la fin d'emploi non planifiée d'un employé-clé. Ces clauses restrictives d'emploi sont notamment les engagements de non-concurrence, de non-sollicitation et les engagements de confidentialité.

L'application des clauses restrictives d'emploi, et particulièrement des obligations de non-concurrence, demeure un sujet particulièrement sensible, fournissant une abondante jurisprudence en plus de générer des nuances importantes au fil des décisions rendues.

I- LES DÉCISIONS ANALYSÉES

En matière de contrat de travail, plusieurs décisions récentes attirent notre attention puisque, selon nous, elles clarifient le droit applicable ou réaffirment les principes fondateurs de ces clauses qui, de par leur nature, imposent des limites considérables aux différents employés.

Clarifions d'entrée de jeu que la référence aux décisions listées ci-dessous résulte de notre choix subjectif et personnel, et doit davantage être perçue comme une humble contribution à la réflexion qu'un travail de recherche exhaustif. Il vise à alimenter le praticien du droit oeuvrant dans ce domaine des récents ajouts en jurisprudence québécoise. Ces précisions étant faites, attardons-nous aux décisions sélectionnées.

II- LA COUR D'APPEL

Pitl c. Grégoire, [EYB 2018-303926](#)

Résumé pour le praticien : Rappel de l'importance de l'analyse in concreto des intérêts légitimes du créancier d'une obligation de non-concurrence - Confirmation de l'existence de situations en apparence commerciales, mais justifiant un cadre d'analyse plus rigoureux, et précisions importantes sur les éléments d'analyse des clauses de non-sollicitation.

Cette décision récente de la Cour d'appel met en scène un litige entre deux dentistes de la région de Québec quant à l'application de clauses de non-concurrence et de non-sollicitation prévues dans un contrat de service.

Dans cette affaire, monsieur Pitl a réclamé l'application de la clause pénale prévue au contrat de service, étant persuadé que son ancienne partenaire, une dentiste invitée, ne respectait pas les obligations de non-concurrence et de non-sollicitation souscrites.

En appel, la Cour a modifié la décision de première instance simplement pour rejeter la demande reconventionnelle de la dentiste invitée. Sur le fond, la Cour a confirmé la décision rendue en première instance.

Plusieurs éléments méritent notre attention.

Un point intéressant est d'abord celui de l'angle d'analyse des clauses restrictives. La Cour a reconnu que la juge de première instance avait analysé la légalité des clauses restrictives sous la lumière de l'article [2089](#) C.c.Q. - lequel concerne toutefois les contrats de travail -, et ce, bien qu'elle ait qualifié le contrat juridique intervenu de contrat de service.

La Cour a précisé que cette erreur n'était pas en soi déterminante puisque les critères d'analyse pour les clauses prévues dans des contrats de travail ou des contrats commerciaux étaient les mêmes. Par contre, la Cour a pris bien soin de préciser que le niveau de rigueur, l'intensité de l'obligation et le caractère raisonnable de l'engagement sont fonction du contexte dans lequel les clauses s'insèrent.

La Cour a conclu que la relation particulière entre les deux dentistes permettait de distinguer cette situation du cas classique de vente d'entreprise et que, donc, l'analyse des clauses devait se faire de façon plus rigoureuse¹.

Un autre élément important de cet arrêt, selon nous, est le rappel, lors de l'analyse de la légalité de la clause de non-concurrence, de faire une lecture *in concreto* des intérêts légitimes du créancier de l'obligation. La réalité commerciale de ce dernier doit être évaluée pour analyser la raisonnable de l'engagement. De l'opinion de la Cour, il ne suffit pas de considérer certains éléments de manière purement objective.

À ce sujet, la Cour a soulevé le fait que l'appelant ne désirait pas avoir de clause restrictive, ayant signé le contrat de service à la demande de la dentiste invitée. Les intérêts légitimes de l'appelant ne justifiaient donc pas la présence d'une clause de non-concurrence, et à ce titre, la signature de la dentiste invitée ne permettait pas de passer outre à l'absence d'intérêts légitimes à protéger.

Relativement à la clause de non-sollicitation, la Cour a corrigé le jugement de première instance qui a conclu que l'invalidité de la clause de non-concurrence emportait l'invalidité de la clause de non-sollicitation. Elle a rappelé qu'il s'agit de deux obligations distinctes et que la résultante de l'analyse de l'une ne peut être automatiquement transposée à l'autre. La Cour a cité sur ce point la décision *Aon Parizeau*², que nous commenterons ici-bas.

Sur le fond de l'analyse de la clause de non-sollicitation, la Cour alimente, selon nous, la théorie qu'une telle clause, en droit du travail, ne doit pas obligatoirement comporter une restriction territoriale pour être valide.

Sans y aller d'un postulat clair et définitif, plusieurs indices découlant de la rédaction des motifs de cet arrêt militent, selon nous, en ce sens.

D'abord, la Cour a cité les propos de l'honorable juge en chef de la Cour suprême Richard Wagner dans l'arrêt *Payette*³ précisément sur la question de l'absence de restriction territoriale dans une clause de non-sollicitation de clientèle.

Un autre indice déterminant est la conclusion de la Cour, dans l'affaire commentée, selon laquelle cette clause de non-sollicitation est invalide uniquement parce qu'elle ne prévoit pas de durée. Aucun commentaire n'est fait sur l'absence de restriction territoriale. Une question demeure : pourquoi la Cour omettrait-elle de relever cette absence si ce critère était fondamental à sa validité ?

Nous ne croyons pas que cette omission soit involontaire, au contraire.

Enfin, la Cour a terminé son exposé en indiquant que : « Une clause de non-sollicitation de clientèle doit comporter une limite de durée, adaptée à la protection des intérêts légitimes de son créancier »⁴. Encore une fois, aucune mention de la restriction territoriale dans ce postulat de principe.

Même si l'enseignement semble assez clair, il ne faut pas oublier qu'il est posé dans le contexte d'un contrat de service ayant été analysé, à quelques égards, de façon plus rigoureuse. Est-ce à dire que ce principe est automatiquement transposable à toute situation classique du droit du travail ? Malheureusement, cette question demeure ouverte...

Lemieux c. Aon Parizeau inc., [EYB 2018-300197](#)

Résumé pour le praticien : Retour sur les concepts de sollicitation, de divisibilité des clauses restrictives et clarification sur le préjudice indemnifiable de « perte de chance ».

Dans cette affaire, un courtier en assurances de dommages et son nouvel employeur ont porté en appel la décision rendue en première instance les condamnant à payer, à l'ancien employeur, 204 052,65 \$, et ce, compte tenu de la violation de clauses restrictives souscrites en matière d'emploi.

La Cour d'appel a constaté des erreurs de droit et a infirmé le jugement de première instance. Elle a conclu que la preuve prépondérante d'une sollicitation active n'avait pas été faite par l'ancien employeur devant la juge de première instance. Elle a réitéré l'état du droit et précisé que la sollicitation « laisse entendre une communication active, directe, pressante, persistante et récurrente auprès de la clientèle de l'ancien employeur »⁵.

La Cour a également retenu que la nullité de la clause de non-concurrence n'emportait pas la nullité de la clause de non-sollicitation, simplement parce qu'elles sont prévues dans le même paragraphe, dans deux alinéas distincts. La Cour a déterminé que la clause, telle que rédigée, était divisible. La Cour a terminé en commentant le concept de perte de chance, discuté notamment dans l'arrêt de la Cour suprême *Laferrière c. Lawson*⁶.

Elle concilie les positions divergentes adoptées dans le passé en statuant que, pour que la théorie s'applique, « il faut [...] que la preuve établisse que la chance perdue est sérieuse et que sa réalisation soit probable »⁷. La perte de chance peut donc être un préjudice indemnisable s'il est démontré que, « n'eut été de la faute, la chance se serait concrétisée »⁸.

Cet élément est très intéressant en droit du travail et peut justifier, à condition que la situation factuelle s'y prête, l'ajout d'un chef de réclamation dans une procédure à l'encontre d'un ex-employé ayant omis de donner un préavis de démission et profitant de cette conduite pour amener avec lui la clientèle chez un nouvel employeur.

***Bélanger c. Sirius Services conseils en technologie de l'information inc.*, [EYB 2017-288244](#)**

Résumé pour le praticien : Référence à l'obligation de loyauté et au caractère distinct des clauses de non-sollicitation en comparaison avec les clauses de non-concurrence.

À la fin de l'année 2017, la Cour d'appel a cassé la décision de première instance qui a condamné un ex-employé au paiement de dommages-intérêts compensatoires de l'ordre de 17 097,93 \$ à Sirius Services conseils en technologie de l'information inc. (Sirius).

Dans cette affaire, seule une clause libellée « Non-sollicitation et confidentialité » était en litige et a dû être analysée par la Cour. Aucune clause de non-concurrence n'a été souscrite à l'embauche ou en cours d'emploi. En dépit de cette précision, le juge de première instance a analysé cette clause de non-sollicitation par l'entremise de l'article [2089](#) du *Code civil du Québec*, a conclu à sa validité et a déterminé que l'employé l'avait violée en négociant un emploi chez un nouvel employeur tout en étant toujours au service de Sirius.

La Cour, en appel, a corrigé cette décision en prenant bien soin de préciser que la recherche d'un nouvel emploi ne constituait pas, en soi, une violation de l'obligation de loyauté à laquelle le salarié est assujéti en cours d'emploi ([2088](#) C.c.Q.).

Ensuite, la Cour a précisé l'importante et nécessaire distinction entre une clause de non-concurrence et une clause de non-sollicitation, notamment dans leur portée et dans le caractère contraignant sur l'emploi qu'elles emportent.

La Cour a rappelé que la clause de non-sollicitation telle que rédigée prohibait uniquement la sollicitation active de l'ex-employé des clients de son ancien employeur, mais rien ne l'empêchait d'y occuper un emploi. Rappelons qu'il n'y avait aucune clause de non-concurrence souscrite par l'ex-employé. Bien que la Cour n'apporte pas d'éclaircissements sur l'assimilation - ou non - des clauses de non-sollicitation prévues à l'article [2089](#) C.c.Q., celle-ci rappelle néanmoins leur portée distincte.

III- LA COUR SUPÉRIEURE

***Systematix Technologies de l'information inc. c. Cofomo inc.*, [EYB 2019-311012](#)**

Résumé pour le praticien : Application des critères de l'injonction interlocutoire provisoire - Pertinence du libellé clair d'une clause de non-concurrence et rappel de la force contractuelle d'un engagement de non-concurrence dûment souscrit.

Dans cette affaire, la société Systematix Technologies de l'information inc. (Systematix) a demandé au tribunal l'ordonnance d'une injonction interlocutoire provisoire faisant suite au départ d'une de ses employées. Cette affaire s'inscrit dans le contexte particulier où la défenderesse a repris le contrat avec le Gouvernement du Québec et convenu avec Systematix d'un contrat de sous-traitance afin d'utiliser les services des salariés de Systematix. Ce contrat prévoyait d'ailleurs une clause de non-sollicitation d'employés.

Le contrat d'emploi intervenu entre Systematix et l'employée prévoyait, quant à lui, un engagement de non-concurrence pour une durée de 12 mois valable sur le territoire de l'île de Montréal. Se plaignant d'un manque de travail, l'employée a démissionné de son poste et a entrepris une prestation de travail pour la défenderesse.

Il importe de préciser que l'employée n'était pas visée par la clause de non-sollicitation d'employés puisqu'elle ne travaillait pas sur le projet du Gouvernement du Québec. Malgré cela, la demande introductive d'instance de Systematix comportait deux volets : elle exigeait le respect de la clause de non-concurrence et de la clause de non-sollicitation souscrite dans le contrat de sous-traitance.

Analysant les critères de l'injonction interlocutoire provisoire, le tribunal a analysé la question de l'apparence de droit à la lumière des deux engagements distincts (non-concurrence de l'employée et non-sollicitation des employés du cocontractant).

Le juge a rapidement conclu qu'il n'y avait aucune preuve de sollicitation des employés, et dès lors, que l'injonction n'était pas le remède approprié pour une sollicitation hypothétique ou préventive⁹. Reconnaisant la nature et le caractère discrétionnaire de l'injonction, le tribunal a déterminé que le contexte de non-sollicitation ne requérait pas une ordonnance injonctive.

Sur la question de l'engagement de non-concurrence, le juge a cependant déterminé qu'au stade provisoire, la durée de 12 mois de la clause pour une conseillère en acquisition de talents n'était pas en soi déraisonnable au point de l'invalider.

Le tribunal a d'ailleurs fait référence à la décision *UBI Soft*¹⁰ en précisant que « [d]ans un monde où la signature d'un contrat veut dire quelque chose, la Cour ne peut pas fermer les yeux sur une situation où une partie paraît transgresser délibérément et indifféremment ses engagements contractuels ».

Une injonction de nature interlocutoire a donc été rendue par le tribunal afin de contraindre l'ex-employée à respecter ses obligations contractuelles en matière de non-concurrence. Parions que la qualité de la rédaction de cette obligation et son libellé clair ont fourni, au stade de l'injonction provisoire, une assise juridique forte qui permettait de remplir les critères précis de ce véhicule procédural.

Côté c. Industrielle Alliance assurances et services financiers inc., [EYB 2019-310058](#)

Résumé pour le praticien : Suspension de l'application d'une clause de non-concurrence souscrite dans un contrat de service demandée par ordonnance injonctive - Cadre d'analyse commercial - Rappel des éléments nécessaires à la légalité d'une clause de non-concurrence et distinctions entre non-sollicitation et non-concurrence.

Le 11 novembre 2019, l'honorable Sylvain Provencher, j.c.s., a rendu un jugement sur une demande d'injonction interlocutoire portant sur la suspension de l'application d'une clause de non-concurrence souscrite par un courtier en assurances dans un contrat de représentant intervenu avec Industrielle Alliance assurances et services financiers inc. (IA).

Il est utile de remarquer d'entrée de jeu que c'est le demandeur, débiteur de l'obligation de non-concurrence, qui a sollicité l'intervention du tribunal plutôt qu'IA en tant que créancière de l'obligation qui aurait pu exiger son application.

Une telle demande peut peut-être étonner, mais elle nous apparaît particulièrement adéquate dans le contexte factuel propre au demandeur ayant une vaste clientèle bâtie sur plusieurs années, dont plusieurs demeuraient clientes d'IA. Celui-ci se devait, dans une optique d'affaires, d'être proactif pour protéger ses relations commerciales.

Le demandeur a donc saisi le tribunal et réclamé la suspension de l'engagement de non-concurrence au motif que celui-ci était invalide vu l'absence de restriction territoriale.

Le tribunal lui a donné raison.

L'honorable Sylvain Provencher, j.c.s., a d'abord fait débiter l'analyse en s'attardant aux clauses restrictives pertinentes et en qualifiant la véritable nature de la clause de non-concurrence intervenue entre les parties. Il a déterminé qu'il s'agissait, à la fois d'un engagement de non-sollicitation et de non-concurrence.

En effet, le courtier ne pouvait pas, selon ladite clause, « agir comme représentant pour les clients d'IA faisant partie de l'unité de service desservie par celui-ci au moment de la résiliation du contrat »¹¹. Aucune partie, vu les faits et les circonstances du dossier, n'a plaidé qu'il s'agissait d'une clause de non-sollicitation.

Le tribunal a, par la suite, déterminé que l'analyse de l'engagement de non-concurrence devait se faire avec une rigueur et une intensité moindres puisque non souscrit dans un contexte d'emploi, mais plutôt dans un réel contrat de service. Il s'est d'ailleurs référé à l'arrêt *Pitl* discuté ci-dessus.

Avec ce cadre d'analyse moins sévère, le tribunal a tout de même déterminé, au stade interlocutoire et en conformité avec l'état du droit applicable, que la clause de non-concurrence était invalide, cette dernière ne comportant aucune restriction territoriale.

Groupe PPD inc. c. Valois, [EYB 2019-307214](#)

Résumé pour le praticien : Application de l'arrêt Pitl et commentaires sur le niveau de précision requis dans une clause de non-concurrence à la lumière des intérêts légitimes de l'employeur.

Le 30 janvier 2019, l'honorable François Tôth, j.c.s., a ordonné, au stade de l'injonction provisoire interlocutoire, à un ex-employé de la demanderesse de se conformer à ses obligations de non-concurrence, de non-sollicitation et de confidentialité.

Ayant démissionné et oeuvrant désormais pour une société concurrente dans le domaine de la vente et distribution de caoutchouc et de plastique, la demanderesse a requis l'application de clauses restrictives d'emploi.

Au stade de l'injonction provisoire, l'honorable Martin Bureau, j.c.s., a accueilli la demande¹². Devant le tribunal, les procureurs de l'ex-employé arguaient que la clause de non-concurrence était invalide puisque la nature des activités prohibées n'était pas suffisamment claire et précise, et ce, tel que l'exigeait l'article [2089](#) C.c.Q.

Malgré qu'il ait reconnu que la clause s'étend à des activités futures - ce qui est généralement disproportionné -, le tribunal a conclu que l'objet de la prestation était suffisamment déterminable pour que le salarié connaisse ce que l'engagement de non-concurrence lui interdisait de faire.

Pour en venir à cette conclusion, le tribunal a cité l'arrêt *Pitl* discuté ci-dessus pour traiter de l'analyse *in concreto* des intérêts légitimes de l'employeur. Ainsi, il a émis l'hypothèse que l'employeur pouvait avoir intérêt à prévoir une clause plus large que les véritables activités exercées par l'employé durant son emploi, sous le couvert des « intérêts légitimes » de l'employeur.

En ce sens, cette décision nous apparaît pertinente puisqu'elle applique les enseignements récents de la Cour d'appel dans l'arrêt *Pitl*. Elle constitue également, selon nous, une assise jurisprudentielle pour les employeurs devant composer avec une clause de non-concurrence rédigée en termes plus larges.

Par contre, vu l'importance accordée aux critères de l'article [2089](#) C.c.Q., une telle position n'est pas sans surprendre. Il ne reste plus qu'à voir comment les tribunaux appliqueront, dans le futur, les enseignements de la Cour d'appel et le concept d'intérêts légitimes de l'employeur, peut-être pour pallier, dans certaines circonstances, la rédaction trop large des engagements de non-concurrence.

CONCLUSION

Force est donc de constater, en résumé, que les tribunaux continuent d'être fort exigeants en matière de clauses restrictives d'emploi, particulièrement dans l'application d'engagements de non-concurrence, et ce, qu'ils soient souscrits dans un contexte d'emploi ou dans un contexte « commercial ».

Nous notons également, à la lumière des récentes décisions, que le clivage entre les deux cadres d'analyse traditionnels tend à s'amenuiser afin de répondre adéquatement aux situations commerciales qui se distinguent des cas classiques. L'arrêt *Pitl* en est une forte reconnaissance et sera, fort probablement, utilisé à ce titre par les praticiens en litige du droit du travail et de l'emploi.

La Cour d'appel a également précisé la teneur du concept d'intérêts légitimes qui, comme nous avons pu le voir, a une portée grandissante dans les tribunaux de première instance. Un tel critère semble être utilisé à plusieurs étapes de l'analyse de la légalité de l'engagement et contribue à considérer la situation factuelle entre les parties comme un tout, plutôt qu'une analyse des critères en silo.

Enfin, il s'en est fallu de peu pour que la Cour d'appel, dans l'arrêt *Bélanger*¹³ et dernièrement dans l'arrêt *Pitl*, scelle l'issue du débat qui perdure depuis plusieurs années quant à l'assimilation - ou non - des clauses de non-sollicitation au régime fort restrictif de l'article [2089](#) C.c.Q.

Sans être équivoque, nous estimons que plusieurs éléments permettent de croire que la restriction territoriale n'est pas requise dans les engagements de non-sollicitation souscrits en matière d'emploi.

Assurément, les praticiens pourront utiliser ces précédents pour obtenir une précision claire à ce sujet de la plus haute cour de la province, que nous lirons avec attention.

* M^e Raphaël Allard, avocat au sein du cabinet Normandin Gravel Rhéaume avocats inc., concentre sa pratique en droit du travail et de l'emploi. Il a obtenu en avril 2018, une maîtrise en droit de l'Université de Sherbrooke par suite du dépôt d'un essai critique portant sur les clauses restrictives d'emploi.

1. *Pitl c. Grégoire*, [EYB 2018-303926](#), par. 55-56 [*Pitl*].

2. *Lemieux c. Aon Parizeau inc.*, [EYB 2018-300197](#) [*Aon Parizeau*].

3. *Payette c. Guay inc.*, [2013] 3 R.C.S. 95, [EYB 2013-226461](#) [*Payette*].

4. *Pitl c. Grégoire*, [EYB 2018-303926](#), par. 80.

- [5. Lemieux c. Aon Parizeau inc.](#), [EYB 2018-300197](#), par. 60.
- [6. Laferrière c. Lawson](#), [1991] 1 R.C.S. 541, [EYB 1991-67747](#).
- [7. Lemieux c. Aon Parizeau inc.](#), [EYB 2018-300197](#), par. 80.
- [8. Lemieux c. Aon Parizeau inc.](#), [EYB 2018-300197](#), par. 81.
- [9. Systematix Technologies de l'information inc. c. Cofomo inc.](#), [EYB 2019-311012](#), par. 27.
- [10. UBI Soft Divertissements inc. c. Champagne-Pelland](#), [REJB 2003-48437](#), par. 20 [UBI Soft].
- [11. Côté c. Industrielle Alliance assurances et services financiers inc.](#), [EYB 2019-310058](#), par. 21.
- [12. Groupe PPD inc. c. Valois](#), 2018 QCCS 3091, [EYB 2018-296548](#).
- [13. Bélanger c. Sirius Services conseils en technologie de l'information inc.](#), [EYB 2017-288244](#) [Bélanger].

Date de dépôt : 1 juin 2020

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.

©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.