

LA CLAUSE DE NON-SOLLICITATION EST MORTE, LONGUE VIE À LA CLAUSE DE NON-SOLLICITATION?

Karim Renno*

En matière de clauses restrictives en droit québécois de l'emploi, la clause de non-sollicitation est toujours passée en deuxième, derrière sa grande cousine, la clause de non-concurrence. Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un outil important à la disposition de l'employeur qui désire légitimement protéger sa clientèle, sans pour autant empêcher ses anciens employés de gagner leur vie. Cependant, une nouvelle interprétation, très restrictive, adoptée par certaines décisions récentes de ce qui constitue de la sollicitation vient mettre en péril l'efficacité des clauses de non-sollicitation. Dans les lignes qui suivent, l'auteur analyse et critique ce courant jurisprudentiel.

Within the sphere of restrictive clauses in Quebec employment law, the non-solicitation clause has always taken a back seat to its older cousin, the non-competition clause. Yet, it remains an important tool at the disposal of the employer who wishes to legitimately protect its goodwill and clientele, without prohibiting his ex-employees from earning a living in their chosen field of work. However, certain recent decisions have adopted a very restrictive definition of what constitutes solicitation and, in so doing, have jeopardized the effectiveness of non-solicitation clauses. In the present text, we shall analyze and critique this new line of case law.

Au Québec, des mécanismes à la disposition de tout employeur lui permettent, dans une certaine mesure, de protéger son entreprise de manière contractuelle. On réfère généralement à ces mécanismes par le nom de clauses privatives. Il s'agit en effet de trois types de clauses différentes (clauses de non-concurrence, clauses de non-sollicitation et clauses de confidentialité) dont la portée est souvent complémentaire. L'employeur prudent utilisera habituellement toutes ces clauses dans un même contrat afin de garantir une protection maximale à son entreprise et pour s'assurer qu'il aura le choix du recours à tenter en cas de difficulté.

En effet, chacune de ces clauses a une utilité particulière et, surtout, comporte des avantages et des inconvénients qui lui sont propres. Dans le

* Associé, Irving Mitchell Kalichman sncrl.

présent article, nous entendons discuter de la clause de non-sollicitation, celle qui a été traditionnellement vue comme la petite cousine de la clause de non-concurrence, pour traiter des changements jurisprudentiels qui sont venus affecter la portée et l'efficacité de telles clauses. À cet égard, nous porterons une attention particulière au fait que le critère traditionnel de la sollicitation active, le type de sollicitation généralement prohibée, semble avoir été graduellement remplacé par le critère de la sollicitation active et insistante.

Dans les lignes qui suivent, nous traiterons des raisons qui nous mènent à conclure qu'un tel changement de cap jurisprudentiel n'est pas souhaitable puisqu'il a pour effet de diminuer grandement la portée et l'efficacité des clauses de non-sollicitation en droit québécois. Le tout, dans le but de déterminer si la clause de non-sollicitation est toujours utile et efficace ou si elle est en voie de disparition.

Soulignons par ailleurs que notre propos ne vise pas à faire une revue exhaustive de la jurisprudence en matière de non-sollicitation, puisque plusieurs auteurs¹ ont déjà accompli ce travail de manière admirable. Il s'agit plutôt pour nous d'illustrer notre critique à l'aide de certains exemples.

I. Les distinctions entre la clause de non-concurrence et la clause de non-sollicitation

La clause de non-sollicitation, contrairement à la clause de non-concurrence, n'a pas pour objectif d'empêcher une personne de se lancer dans la même entreprise que son ancien employeur. Elle vise plutôt la protection de la clientèle, des employés et, parfois, des fournisseurs de cet employeur. C'est précisément cette portée plus restreinte qui a amené les tribunaux à adopter une approche moins sévère à l'égard des clauses de non-sollicitation.²

¹ Georges Audet et al, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, feuilles mobiles (consultées le 3 septembre 2013), vol 1, 3^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, aux pp 10-89 - 10-106; Marie-France Bich, « Contrat de travail et Code civil du Québec - Rétrospective, perspectives et expectatives » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1996 aux pp189 et s; A Edward Aust et Lyse Charette, *Le contrat d'emploi*, 2^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993; Patrick Benaroch, « La non-sollicitation : paramètres juridiques applicables en matière d'emploi » dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 aux pp 183 et s.

² Audet et al, *supra* note 1 aux pp 10-90 et s.

À cet égard, la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Dickson, résumait comme suit l'état du droit dans l'affaire *Elsley c JG Collins Insurance Agencies Ltd* :

Bien que les tribunaux jugent le plus souvent que les restrictions générales à la liberté de la concurrence ne sont pas exécutoires, ils reconnaissent et accordent une protection raisonnable aux secrets commerciaux, aux renseignements confidentiels et à la clientèle de l'employeur³.

C'est cette approche, plus flexible⁴, qui explique pourquoi il est théoriquement avantageux pour un employeur d'inclure une clause de non-sollicitation dans ses contrats d'emplois, même en présence d'une clause de non-concurrence.

Ainsi, bien que ce ne soit pas l'essence de notre propos dans le présent texte, il importe de souligner certaines différences dans le traitement des clauses de non-sollicitation par rapport aux clauses de non-concurrence.

D'abord, il ne sera pas nécessaire que la clause de non-sollicitation soit limitée dans l'espace. En effet, comme l'illustre la récente affaire de *Gagnon c St-Pierre*⁵, les tribunaux québécois reconnaissent généralement la validité d'une clause de non-sollicitation qui ne stipulait pas de territoire⁶.

Dans cette affaire, le juge Lemelin rappelait d'abord les critères de validité des clauses de non-concurrence et reconnaissait qu'une clause de non-sollicitation est un type de clause de non-concurrence:

Les tribunaux ont reconnu que le régime législatif des clauses de non-concurrence s'appliquait aux clauses de non-sollicitation qui sont également des clauses de non-concurrence.

Une clause de non-concurrence, pour être valable, doit comporter des restrictions précises quant aux limites de temps, aux territoires couverts et aux activités prohibées.

[...]

³ [1978] 2 RCS 916 à la p 924. Voir également Didier Lluelles et Benoit Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2012 aux pp 1080-84.

⁴ Bich, *supra* note 1 à la p 214.

⁵ 2011 QCCS 984, conf par 2012 QCCA 976 [*Gagnon*].

⁶ Plusieurs autres décisions sont au même effet. Voir à cet égard *Personnel Marie-Andrée Laforce (2000) inc c Laforce*, DTE 2004-848 (CS); *World Wide Chemicals inc c Bolduc et Desruisseaux*, DTE 92T-299; *Centre des Orchestres du Québec Alex Drolet ltée c Turgeon*, JE 86-31 (CS) [*Centre des orchestres*].

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les parties sont libres de stipuler des clauses restrictives de commerce dans leurs contrats. Mais cette stipulation doit avoir une portée limitée quant aux quatre éléments mentionnés à l'article 2089 *CcQ* :

- Quant au temps;
- Quant au lieu;
- Quant au genre de travail;
- À ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur⁷.

Cela ne veut pas dire pour autant selon le juge Lemelin, que pour être valide, une clause de non-sollicitation doit être limitée en termes de territoire. En effet, dans la mesure où les clients visés sont connus, la clause demeure valide à ce chapitre⁸. Récemment, la Cour suprême semble avoir définitivement tranché la question en confirmant que les clauses de non-sollicitation n'avaient pas à prévoir une limite territoriale pour être valides⁹.

Dans la même façon, bien qu'ils exigent que la clause de non-sollicitation soit limitée dans le temps, les tribunaux québécois se montrent beaucoup plus généreux quant à la durée qu'ils jugeront acceptable. Alors que les clauses de non-concurrence d'une durée de plus de deux (2) ans sont presque automatiquement considérées invalides, ce n'est pas le cas pour les clauses qui nous intéressent. Dans l'affaire *LEL Marketing ltée c Otis*, le juge Guthrie commentait comme suit :

Had the restrictive covenant contained a true non competition clause, i.e. one that prohibited respondents from carrying on any business in competition with that petitioner, then, in the Court's opinion, the combination of the three year term and the failure to circumscribe the territory would have been fatal and the covenant would have been null and void. However, what the covenant contains is really a « non-solicitation » clause vis-à-vis those customers of petitioner with whom respondents had contact when respondents were employed by the petitioner. Respondents have failed to convince the court that a three year prohibition against their soliciting petitioner's customers is unreasonable in the context of the facts of this case¹⁰.

À la lumière de ce qui précède, on comprend facilement pourquoi la clause de non-sollicitation est théoriquement d'une grande utilité pour un employeur. Bien qu'elle n'empêche pas l'établissement d'un nouveau compétiteur dans le marché, elle assure une protection beaucoup plus étendue de sa clientèle, tant sous l'aspect territorial que temporel. Bref, il

⁷ *Gagnon, supra* note 5 aux para 25-26.

⁸ Voir également à ce chapitre *Centre des Orchestres, supra* note 6; Audet et al, *supra* note 1 aux pp 10-97 et s; Aust et Charette, *supra* note 1 à la p 264.

⁹ *Payette c Guay inc*, 2013 CSC 45.

¹⁰ DTE 89T-1007 (CS) à la p 11 [*LEL Marketing*].

est plus facile pour l'employeur de démontrer que la protection de son entreprise a été assurée raisonnablement lorsqu'il choisit d'utiliser le mécanisme de la clause de non-sollicitation puisque l'ex-employé n'est pas privé de la possibilité de continuer à gagner sa vie dans le même domaine de travail et que rien n'empêche la clientèle, comme nous le verrons ci-dessous, de faire affaire avec ce même employé si elle le désire.

Ainsi, une érosion de l'utilité de la clause de non-sollicitation est néfaste à toutes les parties à la relation d'emploi. Néfaste pour l'employeur parce qu'on lui retire un outil intéressant et théoriquement efficace pour protéger ses intérêts légitimes et néfaste pour l'employé parce que l'on encourage l'employeur à avoir systématiquement recours à la clause de non-concurrence, laquelle est beaucoup plus contraignante¹¹. Il est donc regrettable que l'interprétation, indûment restrictive selon nous, de ce que constitue une « *sollicitation* », dont nous traiterons dans la prochaine section, menace sérieusement la viabilité de la clause de non-sollicitation.

II. La sollicitation active

Si la clause de non-sollicitation bénéficie de certains avantages par opposition à la clause de non-concurrence, tout n'est pas pour autant rose et facile. La question de la preuve est plus problématique.

En effet, il est relativement facile, en principe, d'établir une violation à une obligation de non-concurrence une fois que l'on a démontré la validité de la clause¹². Tout ce qui incombe à l'ex-employeur c'est de démontrer que l'ex-employé opère ou est associé à une entreprise concurrente dans le territoire désigné.

La contravention à une obligation de non-sollicitation est beaucoup plus difficile d'abord parce que les tribunaux québécois exigent une sollicitation « *active* ». On comprend par sollicitation active que celle-ci doit être ciblée et directe. La preuve d'une sollicitation générale ou impersonnelle ne suffit pas. Ensuite, cette preuve doit habituellement se faire par le biais du témoignage des clients ou ex-clients de l'employeur qui viennent relater devant la Cour comment ils ont été sollicités. Or, nous ne surprendrons personne en soulignant que rares sont les clients qui apprécient se retrouver au milieu d'une bagarre judiciaire et encore plus

¹¹ Fernand Morin et al, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010 aux pp 296-301.

¹² Laquelle validité, au stade provisoire et interlocutoire, est présumée. Voir par exemple *UBI Soft Divertissements inc c Champagne-Pelland*, JE 2003-1981 (CA); *Auger Groupe Conseil inc c Auger*, 2011 QCCS 2004.

rares sont les entreprises qui sont chaudes à l'idée d'impliquer leurs clients dans celle-ci.

Résumons donc le tout en disant que bien que les principes juridiques applicables à la clause de non-sollicitation sont, de prime abord, avantageux, la preuve de cette sollicitation est difficile à faire. Une étude jurisprudentielle sommaire démontre que la limitation de la prohibition à la seule sollicitation active n'est pas très contraignante pour l'ex-employé.

Premièrement, n'est pas prohibée la sollicitation générale qui, même si elle peut englober indirectement certains clients de l'ancien employeur, est faite de manière impersonnelle. Par exemple, les annonces et publicités sont permises. La décision *Roulottes A & S Lévesque (1993) inc c Lévesque*¹³ illustre bien ce propos.

Dans cette affaire, les demandereses poursuivaient les défendeurs alléguant des violations à des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation de clientèle et d'employés. En particulier, les demandereses alléguaient que la sollicitation s'était faite par l'impression de cartes d'affaires sur des napperons de restaurant, l'installation de panneaux publicitaires sur l'autoroute, la publication d'une annonce dans le journal et d'une annonce dans un magazine spécialisé.

La juge Christiane Alary, rappelant que la sollicitation doit être active pour être prohibée, est venue à la conclusion que des publicités générales ne peuvent être considérées comme faisant partie d'une telle sollicitation :

La sollicitation doit être active :

Il est établi que l'incitation nécessite l'accomplissement d'un geste positif visant à amener une personne à agir d'une certaine façon.

La simple communication avec l'ancienne clientèle est insuffisante pour déclencher les sanctions prévues à la clause de non-sollicitation. Ceci est d'autant plus vrai si la communication n'a que pour but d'informer le client que l'employé ou l'associé a quitté son poste.

Une annonce publicitaire à la radio ou dans les journaux n'est pas une sollicitation active. L'incitation doit aller au-delà de l'invitation générale et impersonnelle,

¹³ 2008 QCCS 4221 [*Lévesque*]. Pour une discussion plus approfondie de cette affaire, voir Karim Renno, « De la publicité générale ne contrevient pas à une clause de non-sollicitation » (2011), en ligne : À bon droit <<http://www.abondroit.com/2011/05/de-la-publicite-generale-ne-contrevient.html>>.

Le Tribunal ne croit pas que les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation contenues au Contrat empêchent les Défendeurs de publier la publicité apparaissant dans le numéro spécial du VR Occasion¹⁴.

Deuxièmement, il est permis à l'ex-employé d'aviser les clients avec lesquels il travaillait de son départ, sans pour autant les solliciter, par l'envoi, par exemple, d'une communication écrite.¹⁵ À titre d'illustration, dans l'affaire *137049 Canada inc*¹⁶, la preuve démontrait qu'après leur départ les anciens employés avaient téléphoné aux personnes contacts des meilleurs clients de leur ancien employeur pour les informer qu'ils avaient quitté leur emploi et formé leur propre entreprise dans le domaine du courtage du transport. De plus, la preuve révélait que 80% des clients maintenant desservis par la nouvelle entreprise concurrente étaient des clients de l'ancien employeur.

Cela n'a pas toutefois suffi à prouver la sollicitation selon la juge Chantal Corriveau :

Seulement une difficulté persiste, il n'y a pas de preuve de sollicitation. Rappelons-nous les enseignements de la Cour d'appel dans l'arrêt *Assbec* qui déclare ce principe, qui semble d'application dans le présent dossier:

L'interdiction de solliciter la clientèle de l'appelante ne saurait toutefois empêcher les intimées d'exercer leur commerce en desservant toute clientèle qui demande à être servie.

Il est évident que certains des clients de la requérante ont choisi de confier leurs affaires aux intimés, sans doute parce qu'ils étaient satisfaits de leurs relations passées. Cela n'emporte pas automatiquement une preuve de sollicitation illégale, surtout dans le contexte de ce type bien particulier d'entreprise¹⁷.

Cet extrait illustre également notre prochain point, à savoir que puisque la non-sollicitation ne prohibe pas la concurrence par l'ancien employé, rien ne l'empêche de travailler avec des clients de son ancien employeur lorsque ce sont ces derniers qui le contactent¹⁸.

¹⁴ *Lévesque*, supra note 13 aux para 75-78.

¹⁵ *CEB Informatique inc c Groupe informatique Techsolcom inc*, 2013 QCCS 2270.

¹⁶ 2008 QCCS 555.

¹⁷ *Ibid* aux para 44-45.

¹⁸ *ABC Sonorisation Inc c Bigras*, JE 88-551 (CP); *Industries Metafab inc c Équipement environnement Terra inc*, 2010 QCCS 6271; *Petrela & Associates, Insurance Brokers inc c Kuehne*, DTE 98T-1249 (CS) [*Petrela*]; *LEL Marketing*, supra note 10; *Marque d'Or inc c Clayman*, [1988] RJQ 706 (CS); Aust et Charette, supra note 1 à la p 265.

Les tribunaux québécois ont également considéré qu'il n'y avait pas eu de sollicitation active lorsque l'employeur n'était pas capable de satisfaire les besoins d'un client¹⁹ ou lorsque les clients avaient cessé de faire affaires avec l'employeur avant le départ de l'employé²⁰.

Comme on peut le constater, requérir de l'ancien employeur qu'il fasse la démonstration d'une sollicitation active impose déjà un fardeau qui est loin d'être négligeable. En fait, dans la plupart des cas, ce fardeau de preuve ne sera pas rencontré, faute de preuve directe. En effet, la preuve par présomption n'est habituellement pas suffisante pour permettre à l'employeur de rencontrer son fardeau²¹.

A notre avis, il nous paraît absolument inutile d'ajouter à ce fardeau.

Pourtant, c'est exactement ce qu'ont fait certaines décisions récentes des tribunaux québécois en indiquant, de plus en plus fréquemment, que la sollicitation doit être non seulement active mais également insistante. Il s'agit là, de l'avis du soussigné, d'un fardeau supplémentaire qui n'est pas nécessaire et qui est beaucoup trop lourd.

III. L'exigence que la sollicitation soit insistante

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, certaines décisions rendues par les tribunaux québécois ont ajouté à l'exigence que la sollicitation soit active, celle voulant qu'elle soit également insistante. Même si ce principe a pu apparaître il y a quelques années, on remarque récemment son application plus étendue et uniforme.

La décision du juge Lanctôt dans l'affaire *FLS Transportation Services Inc/Services de transport FLS inc c Piccioni*²² illustre bien ce que les tribunaux québécois entendent par une sollicitation active et insistante. Dans cette affaire, la partie demanderesse alléguait une contravention par les défendeurs à la clause de non-sollicitation. La preuve rapportait un seul incident de sollicitation par voie téléphonique. La question se posait donc de savoir si cette preuve était suffisante.

¹⁹ *Logistiques Trans-West inc c Haince et al*, DTE 98T-762 (CS) [*Trans-West*].

²⁰ *Petrela*, supra note 18.

²¹ *Compagnie de gestion MDJ inc c Cadieux*, DTE 2006T-201 (CS); *State Chemical Ltd c Dubois*, DTE 2001T-347 (CS) [*State Chemical*]; *Services Investors Ltée c Fainer*, DTE 200T-1030 (CS); *Groupe conseil GCTS inc c Mission Environnement inc*, DTE 99T-638 (CS); *Beaulieu c Bernier*, JE 99-372 (CS); *Trans-West*, supra note 19; *Mutuelle des fonctionnaires du Québec c Durand*, BE 98BE-763 (CQ).

²² 2005 CanLII 57247 (CS).

Selon le juge Lanctôt, la réponse à cette question était négative. Il nous apparaît utile à cet égard de citer son jugement *in extenso* pour lui rendre justice :

Les tribunaux ont eu plusieurs fois l'occasion de se prononcer sur la validité d'une clause de non-sollicitation et notamment, sur ce que constitue de la «sollicitation».

On peut, entre autres, retracer le passage suivant de la décision *Martin Assurance et Gestion de Risques inc c Assurconseil SENC*, dans laquelle monsieur le juge Bishop circonscrit ainsi la notion de «sollicitation» visée par une clause visant à la prohiber:

Le Nouveau Petit Robert, grand format, édition 1993, contient les définitions suivantes :

“Rencontrer: ... Amener quelqu'un à faire partie d'un groupe.”

“Solliciter: 1) (*vielli littér*): Inciter quelqu'un de façon pressante et continue, de manière à entraîner... “

2) “Solliciter quelqu'un: prier quelqu'un, faire appel à lui de façon pressante, en vue d'obtenir quelque chose ...”

“Inciter: Entraîner, pousser quelqu'un à ... faire quelque chose.”

Le Multi Dictionnaire de la langue française, De Villier, 3^{ème} édition:

“Solliciter: 1) Prier avec insistance.”

Quant à la prohibition d'approcher la clientèle de Martin, la Cour est d'avis qu'on doit considérer à la lumière de la prohibition de solliciter. Si l'intention de Martin était de prohiber tout contact et toute communication entre Trudel et les clients de Martin, la Cour est d'avis que cette prohibition dépasserait les limites permises par l'article 2089 *CcQ* et ne serait pas nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de Martin.

Quant à la prohibition de recruter, la Cour l'interprète comme une obligation accessoire à la prohibition de solliciter.

Dans l'arrêt *Hutt c R*, (1978) 2 RCS 476 aux pp 482, 486, en interprétaient l'article 195.1 du Code Criminel, la Cour suprême du Canada a interprété le mot “solicit” comme incluant “an element of persistence and pressure”.

Certains arrêts ont confirmé que la “sollicitation” d'anciens clients doit comprendre un élément d'insistance et de pression: *Martineau Provencher c Guay*, JE 96Tk-1535 (CS), la juge Lemelin, *Beaulieu c Gestion Christema*, JE 99-372 (CS), le juge Maughan, confirmé (sauf sur le quantum) par la Cour d'appel le 10 décembre 2001, dossier no. 500-09-007638-992; et *Services Investors c Fainer*, REJB 2000-20460 (CS) le jugement Hilton.

(soulignements ajoutés)

À la lumière de cette notion, le Tribunal ne trouve pas dans la réponse de Robert reproduite ci-dessus, représentant le seul incident auquel FLS l'a référé, les éléments de «persistance» et de «pression» requis pour conclure à de la «sollicitation» de clients de FLS par Robert ou Robertco.

Cette «sollicitation» invoquée par FLS n'ayant pas été démontrée, la demande d'injonction et de dommages demandée par FLS découlant du non-respect de la clause de non-sollicitation doit donc être rejetée²³.

Il y a deux façons d'envisager ces éléments de persistance et de pression. La première est de les réconcilier avec la notion de sollicitation active, c'est-à-dire d'exiger non seulement la preuve qu'il y a eu plus qu'un simple contact avec un client, mais également celle d'une demande explicite ou implicite que ce client fasse affaire avec l'ex-employé. La deuxième est de dire que la sollicitation, même active, doit être répétée. En d'autres termes, une seule manifestation de sollicitation ne serait pas suffisante.

Les tribunaux québécois et, dans une certaine mesure, la doctrine ont, malheureusement selon nous, opté pour la deuxième option. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à citer l'ouvrage des auteurs Audet, Bonhomme, Gascon et Cournoyer-Proulx :

[...] De même, il faut prouver plus qu'un cas isolé de sollicitation pour établir qu'il y a eu violation d'une obligation de non-sollicitation²⁴.

À notre avis, cela crée pour l'ex-employeur un fardeau de preuve qui est beaucoup trop lourd. À cet égard, non seulement faut-il prouver la sollicitation, mais également la sollicitation répétée. À la lumière de la difficulté traditionnelle de se constituer même une preuve de simple sollicitation²⁵, ce fardeau nous apparaît quasi impossible à rencontrer. Ce faisant, on diminue l'utilité et l'efficacité des clauses de non-sollicitation de manière exponentielle.

En effet, en l'absence d'un ex-employé qui ne prendrait absolument aucune précaution et ferait sa sollicitation de manière complètement désinvolte nonobstant sa connaissance de ses obligations de non-sollicitation, on peine à imaginer un cas où l'on pourrait prouver la sollicitation prohibée.

Prenons, à titre d'exemple, la décision *MBI Acquisition Corp c Bournival*²⁶. Dans cette affaire, la défenderesse quitte l'entreprise

²³ *Ibid* aux para 163-66.

²⁴ Audet et al, *supra* note 1 à la p 10-90.

²⁵ Pour la difficulté de faire cette preuve, même par présomption, voir *Martineau, Provencher & Associés Ltée c Guay*, DTE 96T-1535 (CS); *State Chemical*, *supra* note 21; *Benaroch*, *supra* note 1 à la p 212.

²⁶ 2008 QCCS 2232. Eu égard à cette décision, l'auteur doit mentionner le fait que dans cette affaire, il représentait l'ex-employeur.

demanderesse pour se joindre à une concurrente. Quelques jours plus tard, elle adresse des lettres personnelles à ses soixante-dix anciens clients, dont le texte est reproduit dans le jugement, en plus de les contacter par téléphone²⁷ :

Le 15 janvier 2008

Monsieur Jean H. Dubuc
(...)

Cher Monsieur Dubuc,

L'excellent souvenir que je conserve de nos relations d'affaires m'incite à vous faire part de mon adhésion récente à l'équipe de Landry Morin, gestionnaires de portefeuille à titre de vice-présidente, gestion privée.

Comme par le passé, j'assumerai des fonctions liées au développement et au service à la clientèle, les mêmes qui ont constitué un défi stimulant et un engagement envers les personnes qui m'ont investie de leur confiance.

Cette société de conseillers en placement allie une approche traditionnelle et une approche alternative et offre une expertise unique au niveau de l'allocation de l'actif en utilisant, entre autres, les fonds Momentum. C'est sous la présidence de l'économiste réputé, Jean-Luc Landry, que cette firme poursuit sa croissance pour servir une clientèle privée, de même qu'une clientèle institutionnelle.

J'entreprends cette nouvelle phase de ma carrière avec l'assurance de servir les intérêts de celles et ceux qui comptent sur le soutien d'une équipe professionnelle expérimentée qui investit mondialement.

Recevez, cher Monsieur Dubuc, mes salutations distinguées.

Colette E. Bournival, Adm.A.
Vice-présidence
Gestion privée

Saisi de l'affaire, le juge Déziel en arrive à la conclusion qu'il ne s'agit pas là d'une sollicitation prohibée parce qu'elle ne rencontre pas le caractère d'insistance requis. Cela illustre parfaitement, selon nous, à quel point la barre est haute. En effet, il ne s'agissait pas, en l'espèce, d'une personne qui désirait simplement informer les clients de son ex-employeur de sa nouvelle adresse professionnelle. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire la

²⁷ *Ibid* au para 21.

lettre reproduite ci-dessus pour constater l'insistance avec laquelle l'ex-employée traite de la qualité de sa nouvelle entreprise.

On se rapproche donc très dangereusement d'une situation où, en l'absence de certains mots magiques qui seront répétés à plus d'une reprise, il sera impossible d'appliquer la clause de non-sollicitation.

Si cette interprétation continue de prévaloir, il y a fort à parier que la clause de non-sollicitation tombera vite aux oubliettes. Cela serait dommage, comme nous l'avons mentionné plus haut, tant pour les employeurs parce qu'il s'agit d'un outil intéressant pour protéger leur entreprise, que pour les employés parce que c'est une obligation beaucoup moins onéreuse que la non-concurrence²⁸.

La problématique est d'autant plus grande lorsqu'on prend en considération la méthode usuelle à la disposition de l'employeur qui désire faire respecter une clause de non-sollicitation : l'injonction.

En droit québécois, l'exécution en nature est le recours «de principe»²⁹ et il est maintenant bien accepté que la perte de clientèle constitue un préjudice irréparable et peu susceptible d'être compensé par l'attribution subséquente de dommages³⁰ (surtout en matière de non-sollicitation où la preuve de la perte d'un client en raison de la sollicitation est extrêmement difficile à faire). Ainsi, l'employeur qui découvre une violation alléguée par un de ses ex-employés d'une clause de non-sollicitation doit agir vite afin de pouvoir obtenir une injonction provisoire et ainsi faire cesser la sollicitation illicite de sa clientèle.

Pour obtenir l'injonction recherchée, l'employeur devra établir (a) un droit apparent, (b) un préjudice irréparable, (c) qu'il est favorisé par la balance des inconvénients si son droit est apparent, mais pas clair et (d) l'urgence. Or, les tribunaux se montrent – avec raison – exigeant quant au critère de l'urgence pour émettre une injonction provisoire de sorte que

²⁸ Nous ne sommes d'ailleurs pas seul à critiquer la jurisprudence récente : voir Marianne St-Pierre Plamondon et Maude Grenier, « Les décisions récentes portant sur la non-concurrence en droit de l'emploi : quelles sont les leçons à tirer? » dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009, 51 à la p 76.

²⁹ Lluelles et Moore, *supra* note 3 au no 2874 à la p 1781. Voir aussi Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, *Les obligations*, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013 au no 731 aux pp 857-58; *Varnet Software corporation c Marcam Corporation*, JE 94-1771 (CA); *144155 Canada inc (Dolis Equipment) c Krespil (Entreprises, Krespil and Maple Leaf Tools)*, 2013 QCCS 1691; 9210-6418 *Québec inc c Société en commandite 270-280 Fort St-Louis*, 2011 QCCS 137.

³⁰ *Maax Bath inc c Agostino*, 2013 QCCS 3646.

l'employeur doit démontrer qu'il a agi le plus rapidement possible³¹. Comment faire cette preuve s'il doit démontrer que la sollicitation a été insistante?

Il nous paraît difficile de concevoir que la situation correcte en droit québécois soit de dire que l'employeur qui est informé du fait qu'un de ses ex-employés a activement sollicité un de ses clients est d'attendre d'obtenir la preuve du fait qu'il l'a sollicité une deuxième fois. Reconnaître le tout, c'est essentiellement accepter que l'employeur ne pourra jamais obtenir une injonction avant que la sollicitation soit révélée avoir été faite à grande échelle, rendant ainsi le recours à l'injonction inefficace.

IV. Il ne s'agit pas d'une simple question de sémantique

À la lumière de ce qui précède, la question se pose de savoir si le problème de la perspective de l'employeur ne pourrait pas être réglé en remplaçant l'interdiction de solliciter par l'interdiction de communiquer directement avec les clients, employés ou fournisseurs. Après tout, c'est sur la définition du mot « solliciter » que les tribunaux québécois se sont appuyés pour ajouter l'exigence que le comportement soit répété. Verra-t-on la naissance de la clause de non-communication?

Il semble bien que la réponse soit négative. En effet, les tribunaux ont déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question et d'indiquer qu'une telle prohibition contractuelle serait indûment large et donc invalide³². C'est d'ailleurs pour éviter cette conclusion qu'ils ont interprété ces clauses comme des clauses de non-sollicitation, même lorsque des mots différents étaient utilisés.

Prenons à titre d'exemple la décision *Martin Assurance*³³. Dans cette affaire, la clause pertinente prohibait à l'employé d'approcher, rencontrer ou solliciter la clientèle de l'employeur. Le juge Bishop a analysé la question sous le seul angle de la sollicitation, étant d'avis que les autres prohibitions dépasseraient ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur :

Quant à la prohibition d'approcher la clientèle de Martin, la Cour est d'avis qu'on doit la considérer à la lumière de la prohibition de solliciter. Si l'intention de Martin était

³¹ Voir par exemple *IMS Health Canada Inc c Think Business Insight Ltd*, 2013 QCCS 16; *Spa Bromont inc c Cloutier*, 2011 QCCS 6770.

³² Voir à cet égard Alexandre W 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 » (2009) 68 R du B 91 à la p 97.

³³ *Martin Assurance et gestion de risques inc c Trudel*, 2002 CanLii 7668 (CS).

de prohiber tout contact et toute communication entre Trudel et les clients de Martin, la Cour est d'avis que cette prohibition dépasserait les limites permises par l'article 2089 *CcQ* et ne serait pas nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de Martin.

Quant à la prohibition de *recruter*, la Cour l'interprète comme une obligation accessoire à la prohibition de solliciter. [italiques dans l'original]³⁴

Il semble donc douteux qu'une simple modification au libellé de la clause puisse pallier aux difficultés engendrées par l'application du critère de l'insistance. Ce sera plutôt vers un effort de sensibilisation des tribunaux quant à l'impact pratique que cette interprétation peut avoir sur l'efficacité des clauses de non-sollicitation que les plaideurs devront se tourner.

V. L'approche proposée et quelques remarques conclusives

Avec respect pour l'opinion contraire, nous sommes d'avis qu'afin de maintenir un juste équilibre entre les droits des employeurs et ceux des employés et donner un sens concret aux clauses de non-sollicitation, il apparaît fortement souhaitable de mettre de côté le critère de l'insistance utilisé dans certaines décisions rendues par les tribunaux québécois.

Alternativement, nous croyons que cette notion d'insistance devrait être interprétée comme étant seulement une extension de la notion de sollicitation active, c'est-à-dire une opposition à la sollicitation passive. À notre avis, le test qui devrait prévaloir, admettant que la notion d'insistance doive être considérée, est celui mis de l'avant par le juge Isabelle dans l'affaire *GSI Environnement*³⁵, quand il écrit :

En commentant l'affaire précitée de *Leclerc*, les auteurs concluent que la notion de sollicitation doit s'entendre de celle qui est adressée personnellement à une ancienne clientèle. De plus, la sollicitation d'un client doit être active, c'est-à-dire qu'elle découle d'un geste émanant de la partie à qui on reproche d'avoir enfreint une clause de non-sollicitation³⁶.

Ainsi, si on conçoit l'insistance comme dénotant une approche directe d'un ex-employé envers un client pour lui offrir clairement ses services, on ne dénature pas l'approche traditionnelle adoptée par les tribunaux.

³⁴ *Ibid* aux para 44-45.

³⁵ *GSI Environnement inc c Entreprises HDJS Gascon ltée*, 2007 QCCS 5706 aux para 46-47.

³⁶ *Ibid* au para 108. Voir également *9051-2500 Québec inc (Jardins du Saguenay) c Boivin*, 2009 QCCS 2766 au para 44.

Cependant, l'acceptation de l'insistance comme dénotant une répétition de cette approche directe, elle, opère une véritable révolution de l'interprétation et de l'application des clauses de non-sollicitation. Dans un tel cas, il est à craindre que le fardeau de la preuve qui pèse sur les employeurs soit tout simplement trop difficile à rencontrer et qu'il mène ultimement à l'abandon des recours fondés sur des clauses de non-sollicitation.