

## Les clauses restrictives d'un contrat d'agent

Bernard Amyot

Volume 64, Number 2, 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105080ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1105080ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Article abstract

Insurance companies often impose contractual limits in agency contracts on the right to non-competition following the expiry of a contract. These include non-competition, non-solicitation and penalty clauses. In his article, the author examines the rules of proof and validity applicable to such restrictive clauses in an employment contract as well as the recourse available to a company if restrictive clauses are found reasonable.

Cite this article

Amyot, B. (1996). Les clauses restrictives d'un contrat d'agent. *Assurances*, 64(2), 283–308. <https://doi.org/10.7202/1105080ar>

# Les clauses restrictives d'un contrat d'agent\*

par

Bernard Amyot\*\*

*Insurance companies often impose contractual limits in agency contracts on the right to non-competition following the expiry of a contract. These include non-competition, non-solicitation and penalty clauses. In his article, the author examines the rules of proof and validity applicable to such restrictive clauses in an employment contract as well as the recourse available to a company if restrictive clauses are found reasonable.*

283



Cette présentation s'inscrit en marge de l'étude du devoir de loyauté de l'agent émanant des règles générales de notre droit s'appliquant en l'absence de clauses contractuelles spécifiques sur la question. La présente étude doit nécessairement avoir comme toile de fond les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec (C.c.Q.)* qui réitèrent le principe fondamental faisant en sorte que la bonne foi doive en tout temps gouverner les relations entre les diverses parties à un contrat (articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.).

## Contrat d'agent / Contrat d'adhésion

L'article 1319 C.c.Q. entré en vigueur le 1er janvier 1994 formalise dans notre droit civil le concept de « contrat d'adhésion » :

---

\* Extraits remaniés d'une conférence présentée le 1er février 1996 à Montréal dans le cadre d'un colloque organisé par les Éditions Yvon Blais Inc. et Lafleur Brown en collaboration avec l'Association des Intermédiaires en Assurance de Personnes du Québec intitulé : « Les Intermédiaires de Marché en Assurance de Personnes : Un Monde Dynamique qu'il faut bien connaître pour y réussir. »

\*\* Avocat, Lafleur Brown.

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

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

284

À la lumière d'une telle définition, la plupart des contrats d'agent en vigueur pourraient, à un titre ou à un autre, être considérés comme des contrats d'adhésion.<sup>1</sup>L'impact premier d'un tel constat est que le contrat d'agent se verra dès lors interprété de façon restrictive et qu'en présence d'une « clause abusive », le tribunal pourra sanctionner cette dernière en l'annulant ou en en réduisant la portée (art. 1437 *C.c.Q.*).

De plus, les règles générales d'interprétation du contrat viendront également en aide aux agents qui pourront notamment invoquer l'article 1432 *C.c.Q.* qui réitère un principe consacré de notre droit :

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

## Les clauses restrictives

### Introduction

Dans l'ordre logique des choses, un tribunal appelé à décider du recours d'un assureur-vie contre un ancien agent au titre de la concurrence déloyale s'attardera dans un premier lieu à déterminer la validité d'une clause restrictive expresse se retrouvant dans un contrat d'agent avant même d'examiner l'étendue du devoir général de loyauté prescrit par le *Code civil du Québec*.

---

<sup>1</sup>Voir *Rimer c. London Life*, C.S. Mtl., Juge André Rochon, 28 juin 1995, J.E. 95-1583, notamment aux pages 23 et 30.

---

En effet, ce n'est que si l'agent réussit à convaincre le tribunal que la clause visant à restreindre son pouvoir de concurrencer son ancien employeur ou de solliciter les clients qu'il desservait auparavant est nulle et non-applicable qu'il sera alors assujéti à ce devoir plus général de loyauté.

### ***Types de clauses***

Les clauses restrictives qui font l'objet de cette présentation se classent parmi les trois catégories suivantes :

(i) Les clauses de non-concurrence

Ces clauses font en sorte de restreindre la capacité d'un individu pendant une période donnée, dans un territoire déterminé, d'exercer certaines activités qui viennent en concurrence avec son ancien employeur.

(ii) Les clauses de non-sollicitation

De telles clauses sont moins larges dans leur portée que les clauses de non-concurrence en ce qu'elles n'apportent aucune entrave à l'agent de faire affaire dans le même domaine mais limitent plutôt le droit de l'agent d'avoir accès aux clients de son ancien employeur ou encore qu'il desservait alors qu'il était au service de son ancien employeur.

(iii) Les clauses pénales

De telles clauses constituent en fait une façon de sanctionner l'inexécution de l'une quelconque des obligations mentionnées plus haut. Elles prédéterminent, dans un contexte où la preuve est faite d'une contravention de la part de l'agent à ses obligations contractuelles, le montant qu'il devra déboursier, soit à titre de pénalité ou encore à titre de « dommages liquidés ».

### ***Interprétation***

Les principes généraux prévalant en la matière sont relativement simples et se dégagent principalement d'une

---

jurisprudence abondante développée au fil des ans par les tribunaux canadiens. Ces principes ont d'ailleurs à maints égards fait l'objet d'une codification dans le *Code civil du Québec*.

286 Avant de s'y arrêter, il est important de se rappeler que les tribunaux appelés à interpréter de telles clauses doivent faire le contrepois entre le droit inhérent de toute personne de gagner sa vie et les grands principes de la liberté contractuelle qui permettent à un employeur de protéger ses intérêts commerciaux et l'intégrité de son entreprise. Il va de soi que ces intérêts sont nécessairement opposés et que toute décision d'un tribunal viendra en quelque sorte effectuer un arbitrage en faveur de l'un ou de l'autre.

Dans ce contexte où l'on doit concilier les intérêts légitimes divergents des parties, les tribunaux se prémunissent en étudiant les circonstances spécifiques de chaque cas avant de rendre leur décision. Ainsi, bien que les principes généraux soient clairs, chaque situation sera considérée comme un cas unique devant s'apprécier selon les faits et le contexte particuliers de l'espèce.

Il va de soi qu'une clause restrictive se retrouvant dans un contrat de vente d'une entreprise sera plus aisément sanctionnée par un tribunal qu'une clause similaire se retrouvant dans un contrat individuel de travail. Ce réflexe est fort compréhensible dans la mesure où la personne qui achète une entreprise constituée principalement d'achalandage est en droit de s'attendre à ce que le vendeur ne la concurrence pas dès le lendemain dans l'espoir de lui reprendre la clientèle qu'il vient tout juste de lui vendre, souvent à fort prix.

Règle générale cependant, les tribunaux s'efforcent d'interpréter de telles clauses de façon étroite pour ne pas compromettre indûment la capacité d'un individu donné de subvenir à ses besoins. Les clauses restrictives que nous allons étudier se retrouvent principalement dans les contrats d'agents de carrière plutôt que dans des contrats de courtiers qui par essence transigent avec plusieurs assureurs à la fois. Cependant, de telles clauses pourront se retrouver dans des contrats conclus entre un courtier lui-même et ses divers sous-agents. Il va sans dire que

tous sont cependant astreints au devoir général de ne pas nuire à autrui comme ce serait le cas en remplaçant systématiquement des polices pour lesquelles ils ont déjà reçu pleine compensation, par celles d'un autre assureur avide de nouvelles affaires. Une telle obligation de loyauté postérieure au contrat ne saurait toutefois avoir une portée et une durée plus grande qu'une clause de non-concurrence<sup>2</sup>.

### Règles générales

#### *Le fardeau de la preuve*

287

Le *Code civil du Québec* a inversé la règle classique qui faisait en sorte qu'il appartenait à l'agent qui voulait faire déclarer une clause restrictive nulle de prouver son caractère déraisonnable. L'article 2089(3) *C.c.Q.* a inversé cette règle et impose maintenant à l'assureur-vie le fardeau de prouver que la stipulation restrictive est bel et bien valide.

#### *Limites raisonnables*

Généralement, le fait d'inclure des clauses restrictives dans un contrat d'emploi a toujours été reconnu comme une pratique acceptable dans notre société et non contraire à l'ordre public. Ceci étant, la Cour suprême du Canada a cependant édicté des règles strictes visant à temporiser l'application de ces clauses<sup>3</sup>. En effet, pour qu'une clause restrictive soit valide, il faudra qu'elle se retrouve à l'intérieur de divers paramètres jugés raisonnables.

Ces paramètres sont envisagés sous trois angles :

- (i) une limite temporelle raisonnable ;
- (ii) une portée territoriale raisonnable ;

---

<sup>2</sup>Voir notamment *Groupe financier Assbec Ltée c. Dion*, J.E. 95-181, 12 décembre 1994 (C.A.).

<sup>3</sup>*Cameron c. Canadian Factors Corporation* [1971] R.C.S. 148 ; *Elsley c. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.* [1978] 2 R.C.S. 916.

(iii) une limite raisonnable quant au domaine des activités touchées.

L'article 2089 *C.c.Q.* intègre en quelque sorte divers éléments développés par une longue jurisprudence :

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.

288

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.

Bien que précises, ces balises ne sont pas nécessairement d'application facile. Dans ce contexte, la Cour suprême a clairement énoncé que chaque cas doit être étudié sous l'angle du bon sens :

Ce principe, que ce soit en vertu des dispositions du Code civil relatives à l'ordre public (Articles 13 et 990 par exemple) ou de la common law, se fonde sur le bon sens qui commande que l'on concilie les intérêts de l'employeur avec ceux d'un ex-employé relativement aux besoins qu'éprouve celui-là de se protéger sur le plan commercial et celui-ci d'être mobile sur le marché du travail, eu égard à une conception qui tend à s'opposer à toute restriction de la liberté individuelle, spécifiquement de la liberté de profiter des occasions qui s'offrent sur le plan économique ou sur le marché du travail.<sup>4</sup>

Quant au premier facteur de la durée de la restriction, des limites variant entre six mois et un an selon les cas sont généralement considérées comme raisonnables. Pour des périodes plus longues, allant de un à deux ans, la Cour examinera attentivement les circonstances de chaque cas avant de se prononcer, selon qu'il s'agisse de non-concurrence ou de non-sollicitation et selon la portée des autres paramètres. Au-

---

<sup>4</sup>*Cameron, supra*, note 3, aux pp. 163 et 164.

---

delà de telles durées, il est fort peu probable que la clause soit jugée valide.

Quant à la portée géographique, il faudra généralement s'abstenir d'imposer un territoire plus large que celui déjà desservi par l'agent si l'on veut espérer voir la clause déclarée valide. Un territoire plus grand sera presque toujours considéré comme une limite déraisonnable pour l'employé à qui l'on veut empêcher de concurrencer son ancien employeur.

Finalement, l'étendue des activités restreintes s'évaluera notamment en fonction de l'importance du poste occupé, de la nature de la concurrence dans l'industrie et du type de clientèle visé.

289

Bien que l'on retrouve toutes sortes de clauses dans les divers contrats standards en vigueur dans l'industrie, les clauses de non-sollicitation sont nettement plus courantes que les clauses de non-concurrence. En effet, il semble raisonnable qu'en tout état de cause, les assureurs soient satisfaits du fait que l'agent n'incite pas les clients qu'il desservait pour leur compte à se procurer de nouveaux produits qui ne seraient qu'une simple substitution des produits qu'ils détiennent. Généralement, il est plus aisé de faire sanctionner une clause de non-sollicitation qu'une clause de non-concurrence pure et simple. D'ailleurs, les tribunaux ont conclu qu'en présence d'une clause de non-sollicitation, aucune limite territoriale n'est nécessaire<sup>5</sup> dans la mesure où l'on définit clairement les personnes qui ne peuvent faire l'objet de sollicitation.<sup>6</sup>

Pour ce faire, une clause ne prévoyant que l'interdiction de communiquer avec ces clients à cette fin devrait suffire à protéger les intérêts de tous les intervenants. Les nuances que l'on puisse apporter à un tel énoncé sont sans doute nombreuses. Encore faut-il que l'interdiction soit décrite de la façon la plus précise possible.

---

<sup>5</sup>Voir notamment *Bécharde c. Traitement Postal 2000 Inc.*, C.S. Montréal, Juge Roland Tremblay, 10 novembre 1994, J.E. 95-226.

<sup>6</sup>*Les Emballages Dawson Inc. c. Béland* [1994] R.J.Q. 1613 (C.S.).

290

Dans le cas qui nous concerne, il va de soi que les agents possèdent une connaissance intime des clients qu'ils desservent pour le compte d'un assureur-vie puisqu'ils représentent le lien premier et souvent ultime avec les clients et qu'une relation de confiance est sous-jacente à tout achat d'un produit financier, ce qui est encore plus vrai dans le cas d'une assurance sur la vie. Une telle relation permet légitimement à un assureur-vie de prévoir contractuellement une limitation aux approches qui pourront être faites par les agents à leurs anciens clients. La jurisprudence développée dans des domaines impliquant divers vendeurs à commissions a confirmé ce principe. Qu'il suffise de citer cet extrait de la décision du Juge Roland Tremblay dans l'affaire *Bécharde c. Traitement Postal 2000 Inc.*<sup>7</sup> :

Les trois paragraphes subséquents sont de nature différente, ils font défense à Bécharde de solliciter la clientèle, de solliciter les services d'employés et de dévoiler des informations confidentielles.

Ces trois prohibitions des paragraphes c), d) et e) relèvent de l'honnêteté, de la loyauté et aussi du bon sens.

Le président du Tribunal ne peut concevoir qu'il soit déraisonnable de prohiber à son ancien employé de solliciter sa clientèle ou ses employés pendant une période de six (6) mois quel que soit le territoire où la prohibition s'applique.

Le président du Tribunal ne peut non plus concevoir qu'il serait déraisonnable pour un employeur de prohiber à son employé de dévoiler pour quelque raison que ce soit des informations confidentielles au sujet de sa compagnie.

Il est bon de lire à ce sujet ce qu'en dit l'honorable Lesage dans une affaire de *Moore Corporation c. Charette*, 19 C.C.E.L. 277 (C.S.), à la page 287 :

« Les tribunaux de common law attachent beaucoup d'importance à identifier si la clause de non-

---

<sup>7</sup>*Supra*, note 5, aux pages 12 et seq.

concurrence vise l'exercice d'une occupation en général ou se limite à interdire la sollicitation des clients de l'ancien employeur. L'interdiction d'exercer une occupation au bénéfice d'un ancien employeur doit être circonscrite aux intérêts immédiats de l'employeur, dans le temps et dans l'espace, tandis que les tribunaux ne sont pas aussi exigeants pour l'interdiction de solliciter les clients de l'ancien employeur.

Dans le premier cas, l'employeur devra établir que l'employé avait une influence sur sa clientèle, ce qui justifie l'employeur de se protéger contre la perte de son achalandage (par *Evershed J. dans Routh v. Jones*).

291

Par contre, comme on peut le lire sous la plume du juge Rinfret de la Cour d'appel dans *Cdn. Factors Corp. c. Cameron*, (1966) B.R. 921 (confirmé (1971) R.C.S. 148 (S.C.-C.), précité), Lord Shaw of Dunfermline, dans l'arrêt *Herbert Morris* (précité, p.714) écrit (p.935) :

' Trade secrets, the names of customers, all such things which in sound philosophical language are denominated objective knowledge-these may not be given away by a servant ; they are his master's property, and there is no rule of public interest which prevents a transfer of them against the master's will being restrained. '

C'est pourquoi, la common law ne considère pas comme essentielles les restrictions géographiques dans le cas de l'interdiction de la sollicitation de clients (par *Krever J. dans Western Inventory Service Ltd. v. Sager* (1983), 42 O.R. (2d) 166).

Notre droit n'est pas plus sévère. La délimitation territoriale devient superflue lorsque, pour employer une expression de monsieur le juge Lamer (alors qu'il siégeait à la Cour d'appel) dans l'arrêt Beetz (*sic*) (p.375), elle est 'inhérente' à l'identification nominative des clients de l'employeur. Dans l'arrêt Cameron, en Cour suprême, le juge Laskin a pris la précaution de distinguer le cas qui lui était soumis de celui de l'appropriation d'une liste de clients ou d'un usage illégal de renseignements confidentiels (p.163). »

En les circonstances les paragraphes c), d) et e) paraissent tout à fait raisonnables pour une période qui demeure en soi raisonnable, c'est-à-dire six (6) mois.

Bien que dans le cadre plus restreint du devoir général de loyauté des agents, notre Cour d'appel s'est prononcée en ce sens concernant des agents d'assurance-vie.<sup>8</sup> La règle devrait donc s'appliquer *a fortiori* en présence d'une clause de non-sollicitation par ailleurs valide.

#### **Qualification des clauses restrictives**

En vertu des règles générales d'interprétation auxquelles nous avons référé plus tôt, le libellé de la clause sera scruté par la Cour devant se prononcer sur sa validité. Souvent, l'on se situera à la limite entre une clause de non-concurrence et une clause de non-sollicitation, de sorte que la qualification de la clause aura un impact direct sur sa validité.

Des clauses comme les suivantes, qui ont fait l'objet de déterminations judiciaires, sont difficiles à qualifier et reposent quelque part à la frontière entre une clause de non-sollicitation et une clause de non-concurrence. Voyons leur libellé plus précis :

- 1) Upon the termination of this agreement, the Second Party agrees to return to the Company forthwith, all

---

<sup>8</sup>Voir *L'Excelsior Compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie* [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.).

supplies, books, cards, lists of contract holders and stockholders (including all copies thereof) and all other data and property pertaining to the business of the Company, and in case of termination the same shall be without any claim on the part of the Second Party for profits or anticipated profits (other than accrued or accruing commissions as herein-before provided), and without any claim for refund on account of expenses or funds advanced. The Second Party agrees that he will not at any time use any information acquired by him during the period of this agreement in a manner derogatory to the interests of the Company or the Issuer, and that he will not do any act or acts which may, directly or indirectly, induce any person to terminate his agreement with the Company, and he will not, directly or indirectly solicit, purchase or recommend the sale, surrender or redemption of contracts or other services of or claims against the Company or against the Issuer of said contracts or other services, nor do any act or acts which may directly or indirectly cause the holder or holders of contracts or other services to cease their performance under their contracts or other services while this agreement is effective or thereafter. No production Commissions or Service Fees shall become due or payable to the Second Party on account of payment made on contracts after a breach by Second Party or any provisions of this paragraph.

293

\* \* \* \* \*

- 2)(i) L'EMPLOYÉ reconnaît que toute la clientèle qui fait affaire avec l'EMPLOYEUR appartient à l'EMPLOYEUR. L'EMPLOYÉ convient que pendant une période de trois (3) ans à compter de la date de la cessation de son emploi pour toute raison, il n'entrera pas en contact avec toute personne, en son propre nom ou au nom d'une autre personne, compagnie, société ou

---

association, soit individuellement, soit conjointement avec toute autre personne, compagnie, société ou association, ne sollicitera pas d'affaires auprès de toute personne et ne donnera pas de service à toute personne :

294

- (i) qui compte parmi les clients de l'EMPLOYEUR ou de ses compagnies apparentées, à la date de la cessation de son emploi ;
- (ii) qui compte parmi les clients de l'EMPLOYEUR ou de ses compagnies apparentées, et que l'EMPLOYÉ sait être un client de l'EMPLOYEUR ou de ses compagnies apparentées, à la date de la cessation de son emploi ;
- (iii) qui compte parmi les clients de l'EMPLOYEUR ou de ses compagnies apparentées, et avec laquelle l'EMPLOYÉ a communiqué, à laquelle il a fourni des services ou qu'il a autrement abordé à titre de représentant de l'EMPLOYEUR, à la date de la cessation de son emploi. »

La première fut jugée illégale par la Cour d'appel du Québec dans *National Financial Brokerage Centre Inc. c. Investors Syndicate Limited*<sup>9</sup> en ce que notamment elle ne contenait aucune limite dans le temps ni l'espace. La Cour a plutôt conclu qu'il s'agissait d'une clause de non-concurrence bien qu'elle ait semblé s'adresser principalement à de la non-sollicitation. À tout événement, même s'il en eût été de même, la clause serait demeurée illégale en l'absence de limite temporelle.

---

<sup>9</sup>1986] R.D.J. 164.

---

Quant à la seconde, elle fut également jugée trop large, et donc nulle, par l'honorable Juge André Forget alors à la Cour supérieure dans l'affaire *P. Brunet Assurances Inc. c. Lamanque*<sup>10</sup>. La principale raison de cette conclusion reposait sur le fait que la nature des activités interdites dépassait la simple non-sollicitation. Tout doute à cet égard ou toute ambiguïté dans le libellé fera donc en sorte d'annihiler l'ensemble de la portée d'une clause en ce qu'elle sera tout simplement considérée comme nulle à toutes fins que de droit, d'où l'intérêt d'examiner la prochaine question.

### ***Divisibilité des clauses***

Cette question se pose sous différents angles :

- 1) La Cour peut-elle ne sanctionner que la partie raisonnable d'une clause par ailleurs facilement divisible en sections autonomes ? La réponse est oui dans la mesure où la division ne pose aucun problème à s'effectuer.
- 2) Peut-on prévoir une clause qui laisse au tribunal l'opportunité, en cas de nullité d'un sous-paragraphe, de choisir un autre sous-paragraphe au même effet mais moins sévère ? Une telle clause ferait état de solutions variées faisant par exemple passer la durée de non-concurrence ou non-sollicitation d'un nombre élevé d'années à un nombre moins élevé ou encore, de même, le territoire couvert, décrit en cascades, du plus grand au plus petit ?
- 3) Peut-on prévoir une clause laissant à la Cour entendant la cause la discrétion de fixer elle-même les paramètres raisonnables appropriés ?

Il semble que les deuxièmes clauses dites « entonnoirs » soient reconnues par un mouvement majoritaire de la Cour

---

<sup>10</sup>16 septembre 1993, J.E. 93-1655.

---

supérieure du Québec<sup>11</sup>. M<sup>c</sup> Clément Gascon, qui s'est penché longuement sur cette question, s'exprime ainsi :

Il va sans dire que, pour un employeur, de telles clauses sont d'un intérêt particulier puisqu'elles permettent d'étendre la restriction autrement indiquée en offrant au tribunal les solutions de rechange qu'il pourrait juger opportunes, ce qui permet, devant un tribunal plus complaisant, d'avoir une restriction encore plus importante. Pour l'employé, de telles clauses soulèvent le problème de l'impossibilité de connaître réellement la portée précise des restrictions qui lui sont imposées jusqu'à ce qu'un tribunal ait été saisi de la question de la validité de la clause, puisque chaque juge peut foncièrement considérer, à sa façon, que l'une ou l'autre des solutions est, à ses yeux, raisonnable.

296

Quant aux clauses permettant à un tribunal de modifier les restrictions contenues au contrat selon ce qu'il considère lui-même raisonnable, elles font l'objet d'une controverse plus vive<sup>12</sup>. Pour certains, il est raisonnable de s'en remettre au bon jugement du tribunal pour réécrire une clause illégale selon l'usage, les coutumes et la loi alors que pour d'autres, une telle clause plonge l'employé dans une incertitude complète quant à ses divers devoirs et obligations, laissant planer un doute constant sur ses tenants et aboutissants tant qu'une cour ne se serait pas prononcée quant à sa validité. Les tribunaux ayant adopté cette dernière approche hésitent à agir en quelque sorte à titre d'arbitres. À notre connaissance, de telles clauses ne sont pas encore apparues dans les contrats standards des divers assureurs-vie couramment en vigueur au Québec.

---

<sup>11</sup>Voir Audet, Bonhomme et Gascon, *Les clauses restrictives dans le contrat individuel de travail*, aux pars 10.1.53 et seq. in *Le Congédiement en droit québécois*, (1993) 3e édition, Éditions Yvon Blais, ainsi que les causes citées par ces derniers, *Produits Duvernay Ltée c. Duguay*, C.S.L., D.T.E. 90T-372, *P.A. Boutin (1986) Inc. c. Julien*, C.S.Q., J.E. 90-1118 et *Reff-Commercial Inc. c. Holcomb*, C.S.M., D.T.E. 91T-989.

<sup>12</sup>Gascon, *idem*, aux pp. 10-20 et seq.

---

**Qu'est-ce que la sollicitation ?**

Finalement, il est important de rappeler qu'une fois une clause de non-sollicitation déclarée valide, il appartiendra au requérant de prouver qu'une telle sollicitation illégale est en cours et cela ne va pas toujours de soi. En effet, les tribunaux sont également sévères à cet égard et exigent que les démarches en ce sens soient directes et presque brutales. On tolérera malheureusement de ce fait certaines manoeuvres plus ou moins subtiles visant à contourner des interdictions par ailleurs claires.

Par exemple, dans une affaire provenant de la Nouvelle-Écosse, il fut décidé au stade interlocutoire que les démarches pour le moins « pro-actives » d'un courtier en fonds mutuels soumis à une clause de non-sollicitation tenue pour valide ne constituaient pas en soi de la « sollicitation ». L'ancien agent avait écrit une lettre personnelle à chacun des 740 clients qu'il desservait pour le compte de son ancienne maison de courtage les invitant à communiquer avec lui pour toute question, laquelle lettre fut suivie dans chaque cas d'une relance téléphonique personnelle. Malgré cela et bien que le tribunal ait refusé de croire l'ancien agent qui prétendait sans sourciller qu'il s'agissait de 740 « amis personnels », il concluait de la façon suivante :

297

Mr. Smith sent letters to all of his clients informing of his pending departure. He used Investors client list information and computer labelling. The letter he sent was very brief and by itself was unoffensive. The most that can be said was that it left it open for the clients to call Mr. Smith if they had any concerns as regards his departure. While I am satisfied Smith was doing more than providing comfort and reassurance to 740 « close » friends I do not find that the letters were soliciting.

Mr. Smith did more than send the letters. Many of his clients called him and if they asked about Midland products he invited them to send a letter if they wanted further advice or information. There were many cases where the clients did not call him and he called the client instead. I am satisfied that the calls were made in the hope and

---

expectation that many of the clients would ask for advice or information. I am not satisfied that this was in the nature of solicitation. I would describe it as opportunism. The calls were made as a calculated effort by Smith and Midland to attempt to have as many clients as possible transfer accounts to Midland. There is not evidence before me that Mr. Smith actually solicited any business from the clients during these phone calls.<sup>13</sup>

298

S'agissant principalement d'une question de faits, nos tribunaux ne sont pas toujours aussi candides. À preuve, la décision du Juge Croteau dans l'affaire *P. Brunet Assurance Inc. c. St-Jean*<sup>14</sup>. S'exprimant à propos d'une lettre de l'agent qui informait notamment tous les anciens clients que :

La présente fait suite à notre récente conversation téléphonique lors de laquelle je vous communiquais mon départ de P. Brunet Assurance Inc. pour me joindre à titre d'associé chez la firme Petrela, Brunet & Associés Inc.

Je tiens à vous informer que suite à un contrat de non compétition existant entre P. Brunet Assurance Inc. et moi-même, je ne pourrai solliciter votre portefeuille d'assurance, et ce, pour une période de 3 ans.

Cependant, je tiens à vous offrir mes services à titre de consultant. Je serai honoré de pouvoir ainsi continuer une relation d'affaires, et ce, sans entraver mon engagement envers P.B.A.<sup>15</sup>

Le Juge Croteau dit :

De plus, la preuve révèle que les personnes qu'il sollicite sont des clients actuels de la demanderesse non de son nouvel employeur. De plus, lorsqu'il sollicite le patronage des récipiendaires des lettres comme consultant (fonction

---

<sup>13</sup>*Investors Group Financial Services Inc. c. Smith et Midland Walwyn Capital Inc.*, Nova Scotia Supreme Court, 10 octobre 1994, non rapportée.

<sup>14</sup>C.S. Montréal, D.T.E. 90T-922.

<sup>15</sup>*Idem*, aux pp. 4 et 5.

---

ronflante dans le milieu mais non prévue aux règlements ou dans la Loi sur le courtage ou assurance), il prend la liberté de concurrencer son ex-employeur.

Le défendeur n'est pas très crédible sur cet aspect de sa défense lorsqu'il mentionne en interrogatoire que les lettres envoyées n'avaient pour objectif que d'entretenir des relations amicales.

Son explication des buts qu'il poursuivait dans l'envoi de ces lettres (R-5) laisse songeur. Elle semble plutôt de la finesse cousue de fil blanc.<sup>16</sup>

299

Les mêmes règles et considérations s'appliquent en matière de clauses visant à restreindre les contacts d'un agent avec ses anciens collègues aux fins de les inciter à changer d'emploi ou à se livrer à des opérations de remplacements de polices. Ceci nous amène à considérer les recours disponibles dans l'éventualité où le tribunal considère les clauses restrictives raisonnables et donc conformes à la loi.

### **Les remèdes**

En premier lieu, il y a lieu de souligner que l'article 2095 C.c.Q. prévoit ce qui suit :

2095. L'employeur ne peut se prévaloir d'une stipulation de non-concurrence, s'il a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation.<sup>17</sup>

Une jurisprudence antérieure va même jusqu'à dire qu'une clause permettant à l'employeur de mettre fin au contrat d'agent sans préavis ou sans cause met en péril la validité d'une clause restrictive par ailleurs valide en la rendant déraisonnable sur la

---

<sup>16</sup>*Idem*, à la p. 10.

<sup>17</sup>Voir sur cette question *Aliments En Vrac M.F. Inc. c. St-Onge*, D.T.E. 95T-1188, particulièrement lorsque la notion de congédiement déguisé ou par induction est invoquée.

base que cela laisserait l'employé à la merci des caprices de son employeur.<sup>18</sup>

Il va de soi que d'obtenir une ordonnance visant à faire cesser une sollicitation illégale et ainsi empêcher un agent de communiquer avec les clients qu'il desservait pour l'ancien assureur est une mesure plus efficace pour la conservation ordonnée des affaires de l'ancien assureur qu'un simple recours en dommages.

300

L'immense majorité des causes rapportées en matière de concurrence déloyale mettant en scène des agents d'assurance-vie l'ont été dans le cadre de contrats qui ne contenaient pas de clauses restrictives spécifiques, ce qui n'a pas empêché certains tribunaux d'intervenir activement pour empêcher la sollicitation illégale effectuée par les agents dans le cadre d'opérations systématiques de remplacements de polices<sup>19</sup>.

Dans les circonstances, il nous apparaît qu'en présence de clauses de non-concurrence ou de non-sollicitation valides, il sera maintenant plus aisé à l'assureur-vie de faire la démonstration d'un « droit clair » donnant ouverture à l'injonction interlocutoire.

Trois questions se posent au tribunal appelé à trancher un tel débat.<sup>20</sup> Tout d'abord, la partie demandant l'injonction dispose-t-elle d'un droit clair et apparent : c'est à ce niveau que le débat sur la validité de la clause s'effectue. L'ancien employeur

---

<sup>18</sup>Voir notamment *La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie c. Suppa*, C.S. St-Hyacinthe, D.T.E. 91T-326, citant également *Aliments Humpty Dumpty Liée c. Gagnon* [1988] R.J.Q. 1840 (C.S.) ; *Federated Mutual Insurance Co. c. Ravary*, C.A. Québec, 9 février 1982, D.T.E. 83T-857.

<sup>19</sup>Voir *L'Excelsior Compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie*, supra, note 8 ; *La Métropolitaine Compagnie d'assurance-vie c. L'Industrielle Compagnie d'assurance-vie*, C.S. Montréal, Juge Jean-Marie Brassard, 25 juillet 1983, non rapportée ; *Assurance-vie Desjardins Inc. c. L'Industrielle-Alliance, Compagnie d'assurance sur la vie*, C.S. Montréal, Juge André Denis, 18 novembre 1992, non rapportée (appel pendant) et *Standard Life c. Rouleau* [1995] R.J.Q. 1407 (C.S.).

<sup>20</sup>Pour les principes généraux, on pourra consulter notamment les affaires *La Société de développement de la Baie James c. Chef Robert Kanatewat* (1975) C.A. 166 ; *Vidéotron Liée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.* (1987) R.J.Q. 1246 et *Favre c. Hôpital Notre-Dame* (1984) C.A. 548.

---

à la fardeau de prouver *prima facie* que la clause en question est raisonnable selon les principes évoqués plus haut et qu'on y contrevient dans les faits. À cet égard, à défaut d'une preuve exhaustive, le requérant sera bien avisé de présenter une preuve sinon fulgurante, à tout le moins percutante<sup>21</sup>.

Si la clause est jugée valide, le tribunal n'émettra immédiatement l'ordonnance d'injonction interlocutoire que s'il est également convaincu que sans l'émission d'une telle ordonnance, il adviendra une situation auquel le jugement final ne saura remédier (articles 751 et 752 du *Code de procédure civile*).

301

En effet, le tribunal devra se pencher sur le caractère sérieux et irréparable du préjudice subi par la personne demandant l'injonction en une telle matière. Cette question demeure entière à la lumière de la jurisprudence mentionnée plus haut qui s'est développée en l'absence de telles clauses restrictives.

Il est cependant intéressant de noter l'évolution sur cet aspect entre l'affaire de *La Métropolitaine*<sup>22</sup> adjugée en 1983 et la récente décision dans *Standard Life c. Rouleau*.<sup>23</sup> Il va de soi qu'il est toujours difficile de comparer une cause à une autre, mais il n'en demeure pas moins que la lecture des passages qui suivent nous permet de constater la tendance qui pourrait s'amorcer en faveur d'une plus grande ouverture du recours en injonction.

En effet, dans *La Métropolitaine*, l'honorable Juge Brassard s'exprimait de cette façon :

Or, dans les contrats signés par les agents lorsqu'ils étaient au service de la demanderesse, il n'y avait aucune clause de non-concurrence et donc aucune obligation contractuelle de

---

<sup>21</sup>Voir notamment *Assurance-Vie Desjardins Inc. c. L'Industrielle-Alliance*, *supra*, note 19.

<sup>22</sup>*Supra*, note 19.

<sup>23</sup>*Idem*.

---

ne pas solliciter les clients et, même, l'article 10 de ce contrat d'emploi stipule :

« Les parties conviennent que le représentant de ventes sera un entrepreneur indépendant et non pas un employé de la Compagnie et qu'aucune des dispositions de présent engagement n'établira de relations employeur-employé. »

302

D'autre part, l'agent a le droit de gagner son pain et de faire vivre sa famille et ne peut pas changer le milieu où il vit et les relations qu'il fréquente et qui sont la source principale de ses ventes. Il s'agit de parents, d'amis et de clients qui sont ses clients, suivant la demanderesse. C'est donc le principe de la libre concurrence qui prévaut (Précis du Droit commercial du Québec de Nicole L'Heureux, page 110).<sup>24</sup>

Le contraste est frappant avec cet extrait de la décision récente dans *Standard Life c. Rouleau* :

Par ailleurs, une ordonnance qui l'obligerait à ne pas solliciter pendant une période donnée la clientèle de la demanderesse, comme le soussigné a l'intention d'en émettre une, ne l'empêcherait pas de gagner sa vie.

Le défendeur se retrouverait alors dans une situation comparable à celle vécue à la STANDARD LIFE, dans les dernières années de cet emploi. Le défendeur devait travailler dur pour développer une nouvelle clientèle et il ne lui était pas possible de procéder à des remplacements ou à des substitutions de police sauf pour des motifs sérieux et fondés. C'est ce à quoi il serait « confronté » s'il était empêché de continuer l'offensive entreprise depuis le mois de novembre 1994 à l'endroit de la clientèle de STANDARD LIFE.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>*Supra*, note 19, aux pp. 12 et 13.

<sup>25</sup>*Supra*, note 19, aux pp. 24 et 25.

---

De même, l'on peut comparer avec l'affaire *Trottier* la conclusion du Juge Hannan dans l'affaire *London Life Insurance Company c. Rimer*<sup>26</sup> qui se lisait comme suit :

While damages or injury that is incapable of calculation may easily be seen to be irreparable, injury that may easily be quantified cannot. In the present case, the measure of damages, generally speaking, arising from cancelled or replaced insurance policies, can be quantified by appropriate proof. The judgment of Martin J. in this Court in *Mutuelle vie* is an example of how such calculation may be made. The injury arising from the discontinuance of money market plans or transfer of instruments of deposits would lend itself to similar calculation.

303

The availability of redress in the form of an award of damages for injury puts in doubt the irreparable nature of the injury which is alleged in this case to entitle petitioner to an interlocutory order of injunction.

Voici celle du Juge Louis-Philippe Galipeau dans l'affaire *Viandes Pierre Trottier (1985) Inc. c. Pierre Trottier* :

La perte de clientèle est difficilement mesurable, mathématiquement et monétairement, surtout quand il s'agit, comme dans l'espèce, non seulement d'une clientèle que l'on a déjà mais de celle que l'on aurait eue, n'eût été de la concurrence discutable d'un tiers. On peut constater la diminution de son chiffre d'affaire et du nombre de ses clients, mais il devient presque impossible d'évaluer la perte d'un profit anticipé. En ce sens, il n'est pas d'action en dommages-intérêts qui soit susceptible de compenser le préjudice subi, vu la quasi-impossibilité de le quantifier d'une manière précise.

Le fait que le montant d'un préjudice ne puisse être vérifié avec exactitude peut constituer un dommage irréparable. Or, il sera impossible à la requérante de connaître avec

---

<sup>26</sup>[1991] R.R.A. 115 (C.S.), à la p. 119.

exactitude tous les clients qu'elle a perdus et tous ceux qu'elle aurait pu et pourrait encore s'attacher mais qu'elle a perdus et pourra encore perdre par la faute des intimés ; il lui sera impossible, dans ces conditions, d'évaluer son préjudice et d'en obtenir compensation par le moyen ordinaire d'une simple poursuite en dommages-intérêts.

Confrontée à cette impossibilité, elle est en droit de demander qu'il soit immédiatement mis un terme aux opérations des intimés, lesquelles sont à la source de son préjudice. Le moyen approprié pour ce faire, le meilleur et le seul en l'occurrence, c'est le recours à l'injonction interlocutoire.<sup>27</sup>

304

La Cour d'appel dans l'affaire *L'Excelsior Compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie*<sup>28</sup> n'avait pas à juger de l'opportunité d'émettre une injonction interlocutoire dans l'attente d'un jugement final sur le mérite puisqu'elle se prononçait alors tant sur la demande d'injonction permanente que sur la demande de condamnation à des dommages-intérêts considérables, lesquels ne furent d'ailleurs accordés qu'en partie seulement. Dans un tel contexte, la question de la balance des inconvénients et du caractère irréparable du préjudice n'entraîne pas en ligne de compte. Au surplus, même si le juge Martin en première instance,<sup>29</sup> puis la Cour d'appel, se sont tour à tour prononcés sur le quantum des dommages subis par La Mutuelle du fait de la faute des anciens agents, et qu'un montant précis lui a été accordé, il est utile de noter que ce calcul fut basé sur des hypothèses et tranché par le Juge Martin sur la base de prémisses hypothétiques tel qu'il l'a d'ailleurs lui-même reconnu.

Selon nous, bien humblement, ceci fait la démonstration par a + b que les dommages précis sont impossibles à quantifier

---

<sup>27</sup>[1990] R.J.Q. 157, à la p. 164.

<sup>28</sup>*Supra*, note 8.

<sup>29</sup>[1988] R.J.Q. 1866, aux pp. 1898 et 1899.

---

et que le recours en injonction devrait être plus largement ouvert dans ces cas.<sup>30</sup>

Force est cependant de constater que tous ne sont pas d'accord avec le soussigné sur cette question, notamment si l'on regarde la conclusion de l'honorable Juge Denis de la Cour supérieure dans l'affaire *Assurance-vie Desjardins Inc. c. L'Industrielle-Alliance Compagnie d'assurance sur la vie*<sup>31</sup>, lequel s'exprimait en ces termes :

Dans un deuxième temps, il n'apparaît pas à la Cour qu'un préjudice irréparable serait causé à A.V.D. d'ici le jugement final. Une poursuite de 7M \$ est déjà intentée et, comme le démontre tant cette poursuite que la cause *Excelsior [sic]*, il est possible de quantifier les éventuels dommages de la requérante.

Enfin, analysant le poids des inconvénients, il apparaît évident que les intimés et, particulièrement les agents, subiraient un préjudice infiniment supérieur à celui de la requérante si l'injonction était accordée. Une telle injonction écarte à toutes fins pratiques les agents de leur gagne-pain. C'est un pas que cette Cour n'est pas prête à franchir.

Comme on vient de le voir, la question de décider qui favorise la balance des inconvénients est intimement liée à la précédente. Dans le cas où le tribunal conclurait que le droit invoqué n'est pas parfaitement clair, il devra alors se demander laquelle des parties en présence souffrira le plus grand préjudice. Selon la conclusion sur le deuxième critère, on pourra aisément dicter la réponse à la dernière question. À moins que la Cour n'ait déjà conclu au préjudice irréparable que subira l'assureur en de telles circonstances (remplacements systématiques ou sollicitation contraire à une clause valide), il va sans dire que

---

<sup>30</sup>Voir aussi *Groupe alimentaire Courtal Inc. c. Boivin*, C.S. Mtl., D.T.E. 96T-65 ; *Groupe financier Assbec Ltée c. Dion (C.A.)*, *supra*, note 2.

<sup>31</sup>*Supra*, note 19, à la p. 18.

l'agent risque fort de remporter cet argument en l'absence de mauvaise foi flagrante de sa part.

Finalement, un recours en dommages est ouvert même si une injonction interlocutoire a été émise et peut donc faire l'objet d'une demande parallèle à une demande en injonction permanente.

306

On l'a déjà dit, il est possible de calculer selon diverses méthodes toutes aussi aléatoires les unes que les autres les dommages subis du fait de remplacements illégaux de polices. Cela passe cependant par une preuve inévitablement laborieuse et extrêmement coûteuse. Une solution peut résider dans l'insertion d'une clause dite « pénale », laquelle prévoira à l'avance les dommages qui pourront être réclamés en cas de contravention. De telles clauses sont tout à fait légales. Une clause bien rédigée permettra notamment à l'employeur de réclamer le paiement de telles sommes simplement à titre de pénalité plutôt que de dommages subis, permettant ainsi de réclamer plus, au besoin, tout en s'épargnant le fardeau d'une longue preuve coûteuse dans l'éventualité contraire. En cas de « dommages liquidés à l'avance », cet avantage existe aussi. Au surplus, en cas de preuve de mauvaise foi évidente, il sera possible d'argumenter que les dommages pré-déterminés ne constituent en fait qu'un plancher.<sup>32</sup>

#### La propriété des dossiers

La question de la propriété des clients eux-mêmes en est une fort complexe.<sup>33</sup> Cependant, il est certes possible de prévoir contractuellement que certains documents et certaines informations confidentielles seront et demeureront la propriété

<sup>32</sup>Voir notamment articles 1622 à 1625 C.c.Q. ; C. Perreault, *Les clauses pénales*, (1988) Les Éditions Yvon Blais Inc., aux pp.27 et seq. : 3102-2734 *Québec Inc. c. Restaurant Casa Kosta Inc.*, C.S. Chicoutimi, 21 juillet 1994, J.E. 94-1397 ; *Coronation Foods Corp. c. Lasalle Warehousing and Transfer Ltd.* [1965] C.S. 633 ; *Federated Mutual Insurance Co. c. Ravary*, *supra*, note 18, et *Groupe alimentaire Courtal Inc. c. Boivin*, *supra*, note 30.

<sup>33</sup>Voir notamment l'arrêt *Elsley*, *supra*, note 3, et *Alberts Ltd. c. Mountjoy* [1977] 2 B.L.R. 178 (Ont. High Ct) ; *L'Excelsior Compagnie d'assurance-vie c. La Mutuelle du Canada, Compagnie d'assurance-vie, C.A.*, *supra*, note 8 et C.S., *supra*, note 29.

---

de l'assureur et qu'ils devront être remis à ce dernier en cas de résiliation du contrat. Suit l'exemple d'une telle clause dont la validité ne saurait faire de doute :

**Renseignements confidentiels** - Le représentant reconnaît que pendant la durée du présent contrat il aura accès à certains renseignements confidentiels touchant les affaires de l'employeur et les affaires de ses clients. Il reconnaît que ces renseignements qui sont sous le sceau du secret commercial, sont la propriété de l'employeur et de ses clients.

307

À l'exception des exigences propres à l'exécution de ses tâches, le représentant convient de ne pas utiliser, propager, révéler, communiquer, divulguer, publier, utiliser à son propre avantage, copier, introduire dans une banque de données informatisées ou conserver de quelque façon que ce soit, directement ou indirectement, des renseignements confidentiels à moins d'avoir reçu au préalable la permission écrite d'un fondé de pouvoir de l'employeur.

Par « renseignements confidentiels » on entend les renseignements touchant les affaires de l'employeur ou de ses clients qui sont communiqués au représentant ou dont il prend connaissance dans l'exécution de ses tâches en vertu du présent contrat, y compris les renseignements qu'il recueille lui-même. Les renseignements confidentiels incluent, mais sans y être imités, les renseignements sur les placements, les listes de clients, les inventaires financiers personnels, les reçus, listes et cartes de confirmation des titres de portefeuille, les dossiers de données, les renseignements financiers et les sommaires des transactions des clients. Les renseignements confidentiels n'incluent pas les renseignements du domaine public, les renseignements divulgués conformément aux dispositions du présent contrat avec l'autorisation écrite de l'employeur ni les renseignements du domaine des connaissances et aptitudes générales du représentant.

---

**Remise des biens et dossiers confidentiels** - À l'expiration du présent contrat, le représentant retourne à l'employeur tous les dossiers et biens en sa possession qui peuvent contenir ou fournir des renseignements confidentiels relativement à l'employeur ou à ses clients, y compris les documents, dossiers, carnets, notes, matériel et autres biens. Le représentant doit remettre à l'employeur un certificat stipulant qu'il est conformé à cette disposition.

308

En cas de contravention, on pourra sanctionner cette obligation par la voie d'une injonction<sup>34</sup> ou encore par la voie d'une saisie avant jugement revendiquant le retour de ces objets (article 734 *C.p.c.*), sous quelque forme que ce soit, savoir sur support informatique ou autre, ou encore qu'ils aient été dupliqués de quelque autre façon que ce soit.

#### **Conclusion**

Toute cette section de notre droit est évidemment en constante évolution et il sera résolument intéressant de s'y attarder dans les mois et les années qui viennent, surtout dans le contexte où une reprise se fait toujours désespérément attendre...

---

<sup>34</sup>Voir notamment *National Financial Brokerage Center Inc. c. Investors Syndicate Ltd.*, *supra*, note 9.