

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2007 : ENTREPRISE

Charlaine BOUCHARD

Volume 110, numéro 1, mars 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045566ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045566ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

BOUCHARD, C. (2008). REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2007 : ENTREPRISE. *Revue du notariat*, 110(1), 145–178.
<https://doi.org/10.7202/1045566ar>

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2007 : ENTREPRISE

Charlaine BOUCHARD*

INTRODUCTION	147
1. <i>DELL COMPUTER C. UNION DES CONSOMMATEURS</i> : UNE ILLUSTRATION DE LA « SENSIBILITÉ » DE LA COUR SUPRÊME AU CONTEXTE ÉLECTRONIQUE.	149
A. Les contrats <i>click-wrap</i>	154
B. Les conditions d'un consentement libre et éclairé.	159
a) L'obligation précontractuelle de renseignement	160
b) La protection de l'adhérent	161
i. Les clauses externes	162
ii. Les clauses illisibles ou incompréhensibles	163
iii. Les clauses abusives	164
2. L'OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE DANS LES SOCIÉTÉS DE PROFESSIONNELS : QU'EN DIT LA COUR D'APPEL ?	164
A. Les intérêts légitimes de la société	172
B. La spécificité de l'activité professionnelle liée à la santé	175
CONCLUSION	179

* Notaire, professeure, Faculté de droit, Université Laval.

INTRODUCTION

La première affaire qui a retenu notre attention pour l'année 2007 est la décision *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, qui amène à s'interroger sur l'adéquation de la réglementation à la cyberconsommation : la *Loi sur la protection du consommateur*, dans sa mouture actuelle, favorise-t-elle le développement du commerce en ligne tout en protégeant correctement les consommateurs contre les abus de la technique ?

Le consommateur, lorsqu'il effectue un achat sur Internet, veut s'assurer que les données divulguées au commerçant soient protégées et que l'utilisation de sa carte de crédit soit limitée au paiement de l'achat : ces inquiétudes légitimes relèvent de la *protection* et de la *sécurité*¹. Les attentes du consommateur ne s'arrêtent pas là : « Il désire aussi être assuré que le bien qu'il a commandé – et payé –, lui sera effectivement livré et ce, en conformité avec ce qui lui a été présenté : ces interrogations-là relèvent du domaine de la *confiance*»².

Cette suspicion à l'égard du commerce en ligne n'est pas propre au territoire québécois. Le même phénomène est dénoncé à la grandeur du globe. Et pourtant, la consommation à distance ne date pas d'hier. Qui n'a pas tourné les pages des énormes catalogues, distribués autrefois dans la plupart des foyers, et commandé, par téléphone ou encore par la poste, les fameux objets tant convoités ? Avec l'arrivée d'Internet le plaisir est décuplé, le consommateur peut avoir accès beaucoup plus rapidement à une multitude de produits, en comparer les prix, et même conclure et exécuter l'ensemble de la transaction sans quitter le confort de son salon. Le droit est-il prêt à faire face à cette nouvelle réalité ? Le commerce électronique constitue-t-il simplement une forme de commerce comme les autres, un nouveau canal de distribution ?

1. Éric BARBRY, « Le droit du commerce électronique de la protection... à la confiance », (1998) *Cyberlex 2*, en ligne : <<http://www.club-internet.fr/cyberlex-net/COM/A980902.ht>>.

2. *Ibid.*

Les contrats conclus par Internet comportent en effet des caractéristiques communes. Il s'agit de contrats entre absents conclus dans un environnement dématérialisé. Ils constituent aussi très souvent des contrats d'adhésion et ont vocation à revêtir une dimension internationale. Ces particularités ont conduit bien des juridictions à revoir les éléments et le contenu de l'échange électronique des consentements et les règles qui président à l'exécution du contrat. La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Dell Computer* constitue une excellente illustration de ce à quoi peut ressembler la « sensibilité » des tribunaux à l'environnement dématérialisé inhérent au commerce électronique.

La deuxième thématique à laquelle nous avons décidé de consacrer cette recension concerne l'interprétation des clauses de non-concurrence qui se trouvent à l'intérieur des contrats des professionnels de la santé. Dans la mesure où le libre choix du professionnel par le patient constitue un droit fondamental, quels sont les facteurs qui permettent d'apprécier l'étendue et les limites de l'ordre public en matière de santé ?

Deux décisions importantes ont été rendues par la Cour d'appel sur ce point, *Mirarchi c. Lussier*³, et *Théberge c. Lévesque*⁴, qui concernent la clientèle de cliniques dentaires et une troisième décision, *9045-9819 Québec inc. c. We Care Health Services Inc.*⁵, qui porte sur des services infirmiers destinés à des malades et à des personnes âgées.

Ces jugements ont ceci de particulier qu'ils rappellent l'importance du *business* dans le domaine de la santé. Qu'il s'agisse de dentistes, d'infirmières ou encore de médecins, les patients n'ont rien de simples clients. Les limites du *business* dans le domaine de la santé sont telles que les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation, dans les ventes d'entreprises, doivent respecter le droit du patient au libre choix de son professionnel de la santé.

Il conviendra donc, dans une première partie, de présenter le cadre d'application du contrat de cyberconsommation à la lumière de la décision de la Cour suprême. La deuxième partie sera consacrée à l'appréciation des clauses de non-concurrence restrictives de soins de santé.

3. 2007 QCCA 284, [2007] R.J.Q. 301.

4. 2007 QCCA 898, [2007] R.J.Q. 1482.

5. 2007 QCCS 397.

1. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs* : une illustration de la « sensibilité » des tribunaux au contexte électronique

Dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs* (ci-après « Dell »), le pourvoi s'inscrivait dans le cadre du débat relatif à la place de l'arbitrage dans le système québécois de justice civile. En effet, la Cour suprême du Canada était appelée à juger de la validité et de l'applicabilité d'une convention d'arbitrage au regard des règles du droit québécois et du droit international dans un contexte de litige « interne ». De fait, la Cour devait également se pencher sur la question de savoir qui, de l'arbitre ou du tribunal judiciaire, devait se prononcer en premier concernant tout litige interne.

Les faits – La société Dell est un détaillant de matériel informatique possédant un site Internet sur lequel il est possible de transiger. Le siège canadien de la société est situé à Toronto mais elle a également un établissement à Montréal. Le litige prend naissance au printemps 2003. Un mois plus tôt, soit le 4 avril 2003, les pages de commande du site Internet anglophone de Dell indiquent un prix erroné, très bas, pour deux modèles d'ordinateur de poche Axim. En effet, Dell affichait les appareils aux prix de 89 \$ et de 118 \$ respectivement, au lieu de 379 \$ et de 549 \$. Le 5 avril 2003, après avoir été informée de ces erreurs, Dell bloque l'accès aux pages de commande erronées par l'adresse usuelle. Un consommateur québécois, Olivier Dumoulin, réussit à contourner les mesures prises par Dell en empruntant ce que les parties appellent « un lien profond », qui lui permet d'accéder aux pages de commande sans passer par la voie usuelle, et commande un ordinateur au prix erroné. À la suite de la demande visant à satisfaire les commandes, Dell publie un avis de correction de prix et déclare qu'il refusera de donner suite aux commandes d'ordinateurs aux prix inférieurs. À la suite de ce refus, Olivier Dumoulin, appuyé de l'Union des consommateurs, dépose une requête en autorisation d'exercer un recours collectif contre Dell.

Dell s'oppose à ce recours collectif et en demande le renvoi à l'arbitrage en vertu de la clause compromissoire faisant partie des conditions de vente. En effet, le contrat en ligne de la société stipulait que tout litige devait être soumis à l'arbitrage.

Les décisions de première instance – Suivant les décisions de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, qui ont toutes deux conclu à l'inopposabilité de la clause d'arbitrage au consommateur et qui ont

autorisé le recours collectif, Dell se pourvoit devant la Cour suprême du Canada. Alors que la juge de première instance souligne l'existence d'un élément d'extranéité (la clause d'arbitrage stipule que l'arbitrage est régi par les règles du National Arbitration Forum, situé aux États-Unis), ce qui mène, suivant les règles du droit international privé québécois, à l'application de la prohibition de l'article 3149 C.c.Q., la Cour d'appel, pour sa part, rejette le pourvoi formé par Dell à l'encontre de cette décision sur la base que le consommateur n'a pas, dans ce cas, renoncé à la compétence des autorités québécoises. Pour la Cour d'appel, la clause d'arbitrage est externe au contrat entre les parties, et puisque Dell n'a pas prouvé que la clause avait été portée à la connaissance du consommateur, elle lui est inopposable suivant l'article 1435 C.c.Q.

La décision de la Cour suprême du Canada – La majorité de la Cour suprême du Canada, dans une décision rendue sous la plume de l'honorable Marie Deschamps, a accueilli le pourvoi et renvoyé la demande du consommateur à l'arbitrage, rejetant la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif.

Les prétentions des parties – Reprenant les arguments qu'il avait soulevés devant les instances inférieures, Dell soutient que la clause d'arbitrage n'étant prohibée par aucune disposition législative québécoise, celle-ci ne serait donc ni contraire à l'ordre public, ni prohibée par l'article 3149 C.c.Q., ni externe non plus qu'abusive. En outre, Dell prétend que l'approche découlant du principe dit de « compétence-compétence » (qui aurait été implicitement adoptée par la Cour dans *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*⁶), aurait dû être appliquée en l'espèce par la juge de la Cour supérieure, ce qui aurait dû amener le renvoi du dossier à l'arbitre. Celui-ci aurait donc été compétent pour évaluer la validité de la clause au regard des arguments plaidés par l'Union.

De plus, Dell prétend que la Loi 48⁷ n'a aucun effet sur le présent litige, considérant que cette loi n'a pas d'effet rétroactif et qu'une loi nouvelle ne peut s'appliquer aux litiges en cours d'instance. Au soutien de ses prétentions, Dell invoque également un droit acquis à la procédure d'arbitrage prévue par le contrat intervenu avec le consommateur, en l'occurrence Olivier Dumoulin.

6. [2003] 1 R.C.S. 178, 2003 CSC 17.

7. *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, c. 56 (« Loi 48 »).

L'intimé, pour sa part, se contente de souligner que « la disposition qui traite des clauses d'arbitrage ne fait que confirmer une prohibition déjà en vigueur »⁸.

Les questions en litige – Pour la Cour suprême du Canada, la principale question en litige touche à l'application de l'article 3149 C.c.Q., cette question ayant un impact direct sur la question concernant l'application du principe de compétence-compétence à l'examen de la demande de renvoi à l'arbitrage. La Cour se penchera également sur les questions relatives à l'intensité de l'examen de la clause d'arbitrage par la Cour supérieure lors de la demande de renvoi, au caractère externe de la clause d'arbitrage, à l'opposabilité du recours collectif en présence d'une clause d'arbitrage et à l'application de la *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*.

La clause d'arbitrage et l'élément d'extranéité – Pour la Cour, il est clair que la stipulation d'une clause d'arbitrage ne constitue pas en elle-même un élément d'extranéité justifiant l'application des règles du droit international privé québécois. L'arbitrage est un mode de règlement des différends dit « mode amiable », qui a comme caractéristique fondamentale la neutralité. Il s'agit d'une institution sans for et sans assise géographique, à la différence de l'extranéité qui, pour sa part, relève la possibilité d'un rattachement avec un État étranger. Les parties à une convention d'arbitrage sont libres quant au choix du lieu, des modalités, etc., et ce, tant qu'elles respectent les dispositions impératives qui les lient. Ainsi, « [s]i le choix de l'arbitrage comme mode de règlement des conflits était constitutif d'extranéité, cela reviendrait à dire que l'arbitrage constitue, par lui-même, un lien de rattachement avec un territoire donné »⁹, ce qui contreviendrait au caractère neutre de l'institution. De fait, la procédure choisie n'a pas d'incidence sur l'institution de l'arbitrage :

[Les parties] peuvent choisir l'espace virtuel et fixer leurs propres règles. Elles pouvaient, en l'espèce, se reporter au *Code de procédure civile*, s'inspirer d'un guide d'arbitrage québécois ou américain ou choisir les règles établies par une organisation reconnue comme la Chambre de Commerce internationale, le Centre canadien d'arbitrage commercial ou le NAF. Dans aucun de ces cas la procédure choisie n'a d'incidence sur l'institution de l'arbitrage. Les règles deviennent celles des parties, peu importe leur origine.¹⁰

8. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, par. 10.

9. *Ibid.*, par. 52.

10. *Ibid.*, par. 52.

En outre, bien que l'arbitrage soit régi par une loi américaine (ce qui était prévu par les règles de l'organisme arbitral américain) et que l'anglais soit la langue utilisée dans les procédures, il n'y a pas, en l'espèce, d'éléments d'extranéité pertinents pour l'application du droit international privé québécois¹¹.

La compétente de l'arbitre – Pour l'opinion majoritaire, toute contestation de la compétence de l'arbitre devrait d'abord être tranchée par ce dernier. Cette règle générale étant conforme au principe de « compétence-compétence » énoncé à l'article 943 C.p.c., les tribunaux ne devraient y déroger que dans les cas où la contestation de la compétence arbitrale repose exclusivement sur une question de droit. En outre, « la contestation requiert l'administration et l'examen d'une preuve factuelle, le tribunal devra normalement renvoyer l'affaire à l'arbitre qui, en ce domaine, dispose des mêmes ressources et de la même expertise que les tribunaux judiciaires. Pour les questions mixtes de droit et de fait, le tribunal saisi de la demande de renvoi devra favoriser le renvoi, sauf si les questions de fait n'impliquent qu'un examen superficiel de la preuve documentaire au dossier »¹².

Il est également de l'avis de la Cour que le tribunal devrait être convaincu du bien-fondé d'une contestation de la compétence arbitrale avant de déroger à la règle générale et ce, afin d'éviter que la contestation soit une tactique dilatoire portant préjudice de façon indue au déroulement de l'arbitrage.

En l'espèce, bien que des questions de droit aient été soulevées par les parties (portant notamment sur l'application des dispositions du droit international privé québécois et le caractère d'ordre public du recours collectif), certains aspects, tels que le caractère externe de la clause d'arbitrage, requéraient une interprétation du droit, mais également l'examen de la preuve documentaire et testimoniale présentée par les parties. En conséquence, l'affaire aurait dû être renvoyée à l'arbitrage.

Le caractère externe de la clause d'arbitrage – L'article 1435 C.c.Q. renvoie à la notion de « clause externe », ce qui vise traditionnellement les clauses contractuelles qui sont physiquement séparées du document principal. Cette disposition a pour objet la

11. *Ibid.*, par. 57 et s.

12. *Ibid.*, par. 85.

protection des parties contractantes plus faibles et vulnérables dans certains types de contrats définis. Or, en l'espèce, la clause d'arbitrage, étant accessible au moyen d'un hyperlien figurant dans un contrat conclu par Internet, ne constitue pas une clause externe au sens de l'article 1435 C.c.Q. Celle-ci est donc valide.

Voilà donc comment la Cour suprême du Canada exprime sa sensibilité au contexte du commerce électronique : « il est difficile d'admettre qu'une seule commande de la part de l'internaute suffise pour conclure à l'application de la disposition régissant les clauses externes »¹³. La Cour est ainsi d'avis que le critère traditionnel de *séparation physique* « ne peut être transposé sans nuance dans le contexte du commerce électronique »¹⁴. Dès lors, il importe de considérer une règle implicite à l'article 1435 C.c.Q., la condition préalable d'accessibilité, laquelle constitue un instrument nécessaire pour l'analyse d'un document informatique. Ainsi, la Cour souligne ceci :

[U]ne clause qui requiert des manœuvres d'une complexité telle que son texte n'est pas raisonnablement accessible ne pourra pas être considérée comme faisant partie intégrante du contrat. De même, la clause contenue dans un document sur Internet et à laquelle un contrat sur Internet renvoie, mais pour laquelle aucun lien n'est fourni, sera une clause externe. L'accès à la clause sur support électronique ne doit pas être plus difficile que l'accès à son équivalent sur support papier. Cet énoncé découle tant de l'interprétation de l'art. 1435 C.c.Q. que du principe d'équivalence fonctionnelle qui sous-tend la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*.¹⁵

Or, en l'espèce, le consommateur pouvait accéder directement à la page des modalités de vente en cliquant sur l'hyperlien en surbrillance intitulé « Conditions de vente » qui était reproduit à chaque page à laquelle le consommateur souhaitait accéder. Ainsi, dès que le consommateur activait ce lien, la clause d'arbitrage, contenue dans la page concernant les modalités de vente, apparaissait sur son écran. La clause n'était donc « pas plus difficile d'accès pour le consommateur que si on lui avait remis une copie papier de l'ensemble du contrat comportant des conditions de vente inscrites à l'endos de la première page du document »¹⁶.

13. *Ibid.*, par. 97.

14. *Ibid.*, par. 96.

15. *Ibid.*, par. 99.

16. *Ibid.*, par. 100.

Le recours collectif – La majorité des juges de la Cour suprême est d’avis que l’argument de l’intimé relatif au caractère d’ordre public de la procédure de recours collectif ne peut être retenu. En effet, le recours collectif, bien qu’étant un régime d’intérêt public, ne constitue pas du droit substantiel mais bien une procédure. La décision de s’adresser aux tribunaux au moyen de ce véhicule procédural plutôt que par l’entremise d’un recours individuel ne peut avoir pour effet de modifier la recevabilité d’une action.

La Loi 48 et la protection du consommateur – Considérant que la situation juridique ayant entraîné la mise en œuvre de la procédure d’arbitrage s’est produite avant l’entrée en vigueur de l’article 11.1 de la *Loi sur la protection du consommateur*, lequel interdit toute stipulation ayant pour effet d’imposer au consommateur l’obligation de soumettre un litige éventuel à l’arbitrage, celui-ci ne peut s’appliquer au présent conflit. En effet, la Loi 48 ne comporte aucune indication permettant de conclure qu’elle ait un effet rétroactif.

Le dispositif – En conséquence, pour ces motifs, la Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi, infirmé l’arrêt de la Cour d’appel, renvoyé la demande de Olivier Dumoulin à l’arbitrage et a rejeté la requête pour autorisation d’exercer un recours collectif.

L’opinion dissidente – Pour les fins de ce texte, nous ne nous attarderons pas à l’opinion dissidente de la décision. Soulignons toutefois que les juges minoritaires étaient d’avis que la clause en litige était inopérante et inopposable au consommateur sollicitant l’autorisation d’exercer un recours collectif et que, de fait, le pourvoi devait être rejeté.

Afin de comprendre comment l’acceptation se manifeste dans l’univers virtuel, il conviendra, en premier lieu, de s’interroger sur les modes d’expression recevables de l’acceptation en ligne (A) et, en second lieu, sur les conditions d’un consentement libre et éclairé (B).

A. Les contrats *click-wrap*¹⁷

Les contrats informatiques de consommation se forment, la plupart du temps, par l’entremise d’un simple clic sur la mention

17. L’Office de la langue française traduit l’expression « *click-wrap* » par « contrat d’achat en ligne », « convention d’achat en ligne », « contrat d’achat Web » et (à suivre...)

« j'accepte » (*I agree*). Ce geste – ou, pis encore, cet automatisme –, n'étant ni exprimé oralement ni par écrit, peut-il être considéré comme une véritable acceptation dans la mesure où il s'agit d'une pratique ancienne¹⁸, fréquente, générale, publique et uniforme, donc d'un usage du Web ? La simplicité du procédé amène à s'interroger sur les conséquences y associées, particulièrement sous l'angle de la protection des consommateurs.

D'aucuns ne seront surpris d'apprendre que la capacité de lecture à l'écran est nettement moins efficace que celle sur un support papier. Une étude américaine met bien en évidence les particularités de chacune¹⁹.

Ainsi, une lecture à l'écran n'offre pas le même degré d'assimilation de l'information et les risques de confusion et de méprise

(...suite)

« convention d'achat Web ». Nous ne croyons pas que ces traductions reflètent l'essence de la signification d'un contrat « click-wrap » et nous conserverons l'expression anglophone pour les fins de ce texte.

18. « La pratique doit être ancienne. C'est sans doute la condition principale, celle qui distingue l'usage de la mode et des convenances sociales » : Nabil N. ANTAKI et Charlaïne BOUCHARD, *Droit et pratique de l'entreprise*, t. 1, « Entrepreneurs et sociétés de personnes », 2^e éd., coll. « CÉDÉ », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 89. Avec l'évolution rapide d'Internet, le caractère d'ancienneté ne comporte pas la même mesure que dans le cadre du droit commercial traditionnel.

19. Jakob NIELSEN, « Writing for the Web », [en ligne] : <<http://www.sun.com/980713/webwriting>>.

In print, your document forms a whole and the user is focused on the entire set of information. On the Web, you need to split each document into multiple hyper-linked pages since users are not willing to read long pages.

Users can enter a site at any page and move between pages as they chose, so make every page independent and explain its topic without assumptions about the previous page seen by the user.

Link to background or explanatory information to help users who do not have the necessary knowledge to understand or use the page.

Make the word count for the online version of a given topic about half the word count used when writing for print : Users find it painful to read too much text on screens, and they read about 25 percent more slowly from screens than from paper.

Users don't like to scroll through masses of text, so put the most important information at the top.

Web users are impatient and critical : They have not chosen your site because you are great but because they have something they need to do. Write in the "news you can use" style to allow users to quickly find the information they want.

Credibility is important on the Web where users connect to unknown servers at remote locations. You have to work to earn the user's trust, which is rapidly lost

(à suivre...)

sont beaucoup plus importants. Si l'on ajoute à cela la quantité presque illimitée d'espace disponible sur un support informatique, la possibilité, là encore sans bornes, de créer des liens hypertextes ou encore des fenêtres distinctes, le consommateur, inondé par l'information, aura tendance à faire défiler rapidement le texte sans comprendre véritablement la teneur de son engagement. L'acceptation, symbolisée par l'action de cliquer, comporte-t-elle, dans ce cas, les conditions nécessaires à l'échange des consentements ?

Les professeurs Gautrais et MacKaay répondent affirmativement à la question, ajoutant cependant que quelques conditions doivent être remplies : le commerçant doit permettre une bonne lecture d'un document électronique en évitant les longs textes à l'écran ; il doit favoriser la lecture avant l'exécution des obligations ; il doit « aménager le site pour que le client puisse retourner aux conditions de vente en tout temps lors de la visite » et il est nécessaire qu'il envisage la signature « d'une façon active » et non comme « un acte anodin »²⁰. Par conséquent, en concluant qu'en raison de l'hyperlien la clause d'arbitrage n'était pas difficile d'accès, la Cour suprême était-elle vraiment consciente de la réalité de l'univers dématérialisé ?

(...suite)

if you use exaggerated claims or overly boastful language ; avoid "marketese" in favor of a more objective style.

A few hyperlinks to other sites with supporting information increase the credibility of your pages. If at all possible, link quotes from magazine reviews and other articles to the source.

The Web is an informal and immediate medium, compared to print, so users appreciate a somewhat informal writing style and small amounts of humor.

Do not use clever or cute headings since users rely on scanning to pick up the meaning of the text.

Limit the use of metaphors, particularly in headings : Users might take you literally.

Use simple sentence structures : Convoluting writing and complex words are even harder to understand online.

Puns do not work for international users ; find some other way to be humorous.

Add bylines and other ways of communicating some of your personality. (This also increases credibility.)

The Web is a fluid medium : Update pages as time goes by to reflect all changes.

Statistics, numbers, and examples all need to be recent or credibility suffers.

For example : Before a conference, the page about the event might point to a registration form ; afterward, point to slides or presentation transcripts instead.

20. Vincent GAUTRAIS et Ejan MACKAAY, « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, « Les contrats relatifs à l'entreprise », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 279, p. 299.

Pour limiter le risque d'équivoque dans le cas de formulaire électronique, la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²¹ prévoit depuis 2001 que :

La partie qui offre un produit ou un service au moyen d'un document préprogrammé doit, sous peine d'inopposabilité de la communication ou d'annulation de la transaction, faire en sorte que le document fournisse les instructions nécessaires pour que la partie qui utilise un tel document puisse dans les meilleurs délais l'aviser d'une erreur commise ou disposer des moyens pour prévenir ou corriger une erreur. De même, des instructions ou des moyens doivent lui être fournis pour qu'elle soit en mesure d'éviter l'obtention d'un produit ou d'un service dont elle ne veut pas ou qu'elle n'obtiendrait pas sans l'erreur commise ou pour qu'elle soit en mesure de le rendre ou, le cas échéant, de le détruire.

La loi impose ainsi à l'entrepreneur qui offre des produits ou des services au moyen d'un document préprogrammé, c'est-à-dire sans l'intermédiaire d'une personne physique et à l'aide, par exemple, d'un formulaire électronique, à fournir au consommateur certaines fonctionnalités²² pour lui permettre d'éviter ou encore de corriger une erreur :

La notion d'erreur est ici très large car elle vise toute erreur : qu'elle découle d'une erreur de manipulation faite par l'utilisateur ou qu'elle résulte du mauvais fonctionnement du document préprogrammé. Par exemple, cette notion englobe une erreur générée par le logiciel ou par l'utilisateur lui-même. Ainsi, si un client remplit un formulaire de commande en ligne, commet une erreur et que ce formulaire ne comporte pas ce qu'il faut afin de prévenir ou corriger une erreur, la personne qui offre par ce moyen un produit ou un service ne pourra se prévaloir du formulaire, c'est à dire l'invoquer contre le client.²³

Enfin, pour s'assurer que l'acceptation du contrat effectuée par un simple clic constitue une manifestation du consentement éclairé du consommateur, les pratiques suivantes auraient avantage à être adoptées par les entreprises : le consommateur pourrait se voir obligé de faire défiler ou encore d'imprimer toute la convention avant de pouvoir accéder à la fonction d'acceptation (en s'assurant que ces fonctionnalités puissent s'effectuer avant l'exécution du contrat) ; le

21. L.Q. 2001, c. 32.

22. Ces fonctionnalités peuvent prendre la forme, par exemple, d'une mention indiquant : si vous désirez modifier votre commande, cliquez sur « modifier ».

23. *Ibid.*, texte annoté aux pages 39 et 40, [en ligne] : <http://www.msg.gouv.qc.ca/fr/enligne/loi_ti/articles/chap2/art35.asp>.

processus d'acceptation pourrait aussi être répété à toutes les occasions où les dispositions de l'entente sont modifiées²⁴ ; il pourrait encore être possible d'adopter un système d'accusés de réception ou, à tout le moins, un double cliquage. Évidemment, malgré le respect de l'un ou l'autre de ces procédés, un simple clic ne comportera jamais l'assurance d'une véritable signature. La *Loi concernant le cadre juridique des nouvelles technologies*²⁵ pallie ces difficultés en prévoyant un moyen permettant d'établir un lien sécuritaire entre une personne et un document électronique.

La signature électronique – Il est reconnu qu'en général, une signature a pour fonction essentielle d'identifier l'auteur d'un document – aspect matériel – et d'exprimer la manifestation de sa volonté d'adhérer à un acte juridique – aspect intentionnel. Une autre fonction découle de celles-ci, soit de lier le signataire à un document. Signe des temps, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après « CNUDCI ») s'est intéressée à l'étude des règles d'acceptation des signatures électroniques dès les années 80, alors que l'échange de données informatisées se développait intensément²⁶ ; à la suite de ces études, la *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques* a été adoptée en juillet 2001²⁷. S'inspirant notamment des travaux de la CNUDCI, le législateur québécois a modernisé la définition de la signature à l'article 2827 C.c.Q. : « [l]a signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une *marque qui lui est personnelle* et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement » [nos italiques]. Ainsi, la définition québécoise de la signature, qui rejoint celle proposée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada (ci-après « Conférence »)²⁸, accorde une force probante à la signature électronique. Cette dispo-

24. V. GAUTRAIS et E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 20.

25. Précitée, note 21, art. 38 et s.

26. Marc LACOURSIÈRE, *La sécurité juridique du crédit documentaire informatisé*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 106 et 107.

27. *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, 12 décembre 2001, dans Rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) sur les travaux de sa trente-quatrième session, Doc. off. AG NU Rés. A/56/80, 56^e sess. [sur le rapport de la Sixième Commission (A/56/588)], Doc. NU A/56/17 (2001), Annexe II, en ligne : <http://www.signelec.com/content/download/CNUDCI_loi_type_signature_elec.pdf> [ci-après *Loi type sur les signatures électroniques*].

28. La Conférence a préparé la *Loi uniforme sur le commerce électronique*, mars 2000, Ottawa, [en ligne] : <<http://www.ulcc.ca/fr/us>>, qui a pour objet l'implantation des principes fondamentaux de la Loi type sur le commerce électronique, (à suivre...)

sition ne doit pas être interprétée dans l'absolu mais plutôt être conjuguée à la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²⁹.

L'esprit de la loi repose d'une part sur le concept d'« équivalence fonctionnelle », c'est-à-dire qu'un document sur support électronique a la même valeur qu'un document sur support papier lorsque certaines conditions sont respectées et, d'autre part, sur la notion de neutralité technologique³⁰, soit que la loi n'exige aucune technologie spécifique³¹. Lorsque ces conditions sont respectées, le document informatisé est considéré comme intègre et il possède la même force probante qu'un document traditionnel.

B. Les conditions d'un consentement libre et éclairé

Le consentement constitue la condition fondamentale de la formation du contrat. Ainsi, en plus d'exister, le consentement doit exprimer la volonté réelle du cocontractant, ce qui signifie que ce consentement doit être libre et éclairé. Le législateur, dans le Code civil, a édicté certaines conditions pour protéger les parties les plus faibles et s'assurer qu'elles donnent au contrat un consentement éclairé, tant dans la phase précontractuelle (a) que dans le cas des contrats qui n'ont pas été négociés (b).

(...suite)

16 décembre 1996, dans *Rapport de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international (CNUDCI) sur les travaux de sa vingt-neuvième session*, Doc. off. AG NU Rés. A/51/162, 51^e sess. [sur le rapport de la sixième Commission (A/51/628)], Doc. NU A/51/17 (1996), Annexe I, en ligne : <<http://www.uncitral.org/fr-index.htm>> [ci-après *Loi type sur le commerce électronique*] au Canada. Cette loi uniforme définit la signature électronique comme suit : « information sous forme électronique qu'une personne met ou associe à un document et qu'elle a créée ou adoptée avec l'intention de signer le document ». Il faut conjuguer cette définition avec le paragraphe 2 de l'article 10, qui prévoit qu'une signature puisse être fiable, sans pourtant en faire une condition ; elle indique toutefois que l'intention de signer doit primer la nécessité que la signature électronique ressemble à la signature manuscrite. La plupart des juridictions provinciales canadiennes reconnaissent le concept de la signature électronique. Outre le Québec, voir notamment : Alberta : *Electronic Transactions Act*, S.A. 2001, c. E-5.5, art. 1(c), 16, 22, 25 et 26 ; Colombie-Britannique : *Electronic Transactions Act*, S.B.C. 2001, c. 10, art. 1 et 11 ; Ontario : *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, L.O. 2000, c. 17, art. 1(1), 11, 17, 24-26 et 32 ; *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B-16, art. 1 et 109.

29. Précitée, note 21, art. 38 et s.

30. *Ibid.*, art. 3 ; art. 2838 C.c.Q.

31. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, art. 3 ; art. 2837 C.c.Q.

a) *L'obligation précontractuelle de renseignement*

Un consentement éclairé implique un engagement en toute connaissance de cause, ce qui signifie la mise à la disposition du consommateur, dans la phase précontractuelle, de tous les éléments essentiels à la prise de décision³². L'obligation de renseignement prend sa source dans l'obligation pour toute personne d'agir conformément au principe de la bonne foi lors de la formation du contrat³³. La Cour suprême du Canada a déterminé, dans la décision *Banque de Montréal c. Bail*³⁴, le cadre juridique de l'information qui doit être communiquée au cocontractant : (1) la connaissance, réelle ou présumée, de l'information par la partie débitrice de l'obligation de renseignement ; (2) la nature déterminante de l'information en question et (3) l'impossibilité pour le créancier de l'obligation de se renseigner soi-même, ou la confiance légitime du créancier envers le débiteur. L'obligation de renseignement ne libère pas le cocontractant de sa propre obligation de se renseigner. Il doit être diligent et ne pas faire preuve d'aveuglement volontaire : « le droit entend protéger le contractant contre une inégalité situationnelle, mais non contre sa propre sottise ou négligence »³⁵.

Dans le cas particulier des contrats de consommation en ligne, si l'information est disponible, encore faut-il savoir comment y accéder. Un consommateur très informé est aussi un consommateur mal informé. Les formulaires électroniques peuvent comporter des dizaines de pages, truffées de liens hypertextes, rassemblant un ensemble de conditions, de clauses d'exonération, sans qu'une personne raisonnable puisse s'y retrouver. À l'inverse, sur d'autres sites Web, l'information sera presque inexistante ou encore transmise au consommateur postérieurement seulement à la formation du contrat³⁶.

32. L'obligation générale de renseignement, tant dans la phase précontractuelle et qu'en cours de contrat, a été consacrée par la Cour suprême du Canada dans la décision *Banque de Montréal c. Bail ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554. Il est à cet égard important de souligner que l'article 228 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, constitue l'une des premières affirmations législatives de l'obligation d'information en droit québécois : Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 862.

33. Art. 6, 1375 et 1401 C.c.Q.

34. Précitée, note 32, 586 et 587.

35. Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 271.

36. Benoît MOORE, « À la recherche d'une règle générale régissant les clauses abusives en droit québécois », (1994) 28 *R.J.T.* 177.

Depuis tout récemment, la *Loi sur la protection du consommateur*³⁷ a été modifiée afin d'y prévoir un nouveau régime à l'égard des contrats conclus à distance, basé sur le modèle d'harmonisation des règles régissant les contrats de vente par Internet convenues par les provinces à la suite de l'Accord sur le commerce intérieur. La loi introduit ainsi de nouvelles règles relatives aux informations que le commerçant est tenu de transmettre au consommateur avant la conclusion du contrat, aux délais de transmission du contrat au consommateur, aux situations donnant ouverture à la résolution du contrat par le consommateur et au mécanisme de rétrofacturation en cas de défaut par le commerçant de rembourser le consommateur.

b) La protection de l'adhérent

Il a été démontré, dans la section précédente, que dans le contrat de consommation en ligne, l'accord de volontés entre les parties pouvait être mis en doute :

L'automatisation toujours accrue et, par là même, le caractère de plus en plus « schématique » des relations commerciales, que ce soit entre professionnels et consommateurs ou entre les professionnels eux-mêmes, amènent à réfléchir sur la notion de contrat dans un contexte épuré.

On l'observe clairement : *Ce que les interlocuteurs gagnent en profusion et en choix dans les produits et services disponibles, ils le perdent dramatiquement en dialogue et en négociation.* Certes, le phénomène existe depuis longtemps, et on a coutume de le décrire sous les termes de « contrat d'adhésion ». Mais il semble que le commerce électronique le pousse à un niveau encore plus élevé, et invite à reprendre la problématique.³⁸

En effet, les contrats formés à partir de sites Internet³⁹ constituent, dans la plupart des cas, des contrats d'adhésion puisque les stipulations essentielles ne peuvent être librement discutées et qu'elles ont été imposées par le commerçant, rédigées par lui, pour son compte ou encore suivant ses instructions⁴⁰. Le choix du

37. *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, précitée, note 7.

38. Jérôme HUET, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », (1997) 116 *Petites Affiches* 6, 16, n° 39 (nos italiques).

39. Dans les contrats conclus par courrier électronique, certains feront l'objet de négociations alors que d'autres seront dictés par le commerçant.

40. Art. 1379 C.c.Q.

consommateur est restreint, en réalité, à celui d'accepter ou de refuser de consommer. Il n'a plus la liberté de négocier les conditions de son engagement. Pour pallier ce déséquilibre dans la relation contractuelle, le législateur est intervenu tant dans le *Code civil du Québec* que dans la *Loi sur la protection du consommateur* pour protéger le consentement de l'adhérent en étendant la philosophie du droit de la consommation à l'ensemble des contrats d'adhésion⁴¹. Trois dispositions composent ce régime spécial qui s'applique tant au contrat de consommation qu'au contrat d'adhésion.

L'article 1432 C.c.Q. dispose, tout d'abord, qu'en cas de doute, le contrat s'interprète toujours en faveur du consommateur⁴² ou de celui qui adhère, peu importe qu'il ait ou non stipulé l'obligation en cause. Ensuite, le Code prévoit encore la nullité des clauses externes dont l'adhérent n'a pas eu connaissance au moment de la formation du contrat⁴³ et des clauses illisibles ou incompréhensibles pour une personne raisonnable si l'adhérent en souffre préjudice⁴⁴. Enfin, l'article 1437 C.c.Q. confère aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation en leur permettant d'annuler ou encore de réduire toute clause qui désavantage l'adhérent ou le consommateur d'une manière excessive et déraisonnable allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi.

Ces mesures ont une importance particulière dans le cadre des contrats de consommation en ligne où les merveilles de la technique permettent de fabriquer une profusion de clauses externes (i), de rédiger une convention d'achat au clic illisible et incompréhensible pour une personne raisonnable (ii) ou encore d'incorporer des clauses abusives (iii).

i. Les clauses externes

Les contrats de consommation en ligne formés à partir de sites Web constituent des contrats à contenu prédéterminé dont le texte, écrit à l'avance, se réduit très souvent à la mention des principaux

41. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 35, p. 98.

42. La faveur accordée au consommateur est tirée de l'article 17 de la *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 32, lequel est bien souvent adhérent au contrat de consommation.

43. À moins seulement que le commerçant ne puisse démontrer que la clause était bien connue de lui au moment de la formation du contrat : art. 1435 C.c.Q. ; *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 32, art. 27 et 28.

44. Art. 1436 C.c.Q. L'article 25 de la *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 32, est au même effet.

droits et obligations des parties et renvoie pour le reste, à l'aide de liens hypertextes ou de fenêtres, à d'autres pages ou sites qui font partie intégrante de la convention. Si cette pratique est, en principe, valide⁴⁵, les clauses externes doivent être portées à la connaissance de l'adhérent au moment de la formation du contrat⁴⁶.

Pour répondre à cette obligation de transparence qui leur est imposée par la loi, certaines précautions simples peuvent être prises par les entrepreneurs afin d'assurer la force exécutoire de la convention : minimiser l'utilisation d'hyperliens ; toute publicité concernant un produit ou un service offert sur le site doit expressément faire référence aux termes et conditions du site, etc.

ii. Les clauses illisibles ou incompréhensibles

La même diligence doit être apportée à la forme des différentes clauses de la convention. Leur libellé devra tenir compte des difficultés et de la rapidité de lecture d'un document informatique, de la capacité de mémorisation limitée du consommateur et des erreurs de compréhension y associées. Les actes juridiques en ligne, plus que tout autre, doivent être rédigés simplement et de façon à pouvoir être compris par tous. De même, la présentation matérielle du texte, les caractères d'imprimerie par exemple, doit faciliter la lecture et le repérage de l'information. Par conséquent, si les commerçants en ligne ne veulent pas risquer de voir l'une ou l'autre des clauses de leur convention annulée, ils doivent opter pour un texte concis (éviter les longs défilements), clair (utiliser un vocabulaire simple, des phrases courtes, des caractères gras de dimension raisonnable,

45. Le principe de l'incorporation par référence est admis par l'article 4 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 21, art. 4. Un document technologique, dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettent d'en relier les fragments, directement ou par référence, et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et à la répartition. Inversement, plusieurs documents technologiques, même réunis en un seul document à des fins de transmission ou de conservation, ne perdent pas leur caractère distinct lorsque des éléments logiques structurants permettent d'assurer à la fois l'intégrité du document qui les réunit et celle de la reconstitution de chacun des documents qui ont été ainsi réunis.

46. Les conditions adressées au consommateur après la conclusion du contrat sont refusées par les tribunaux car elles n'ont pu être connues de l'adhérent au moment de la formation du contrat. Voir sur cette importante question : B. MOORE, *loc. cit.*, note 36, 213 et 214.

etc.), bien structuré dans la langue du consommateur⁴⁷. C'est à ce prix, l'information préalable à la confiance, que le commerce en ligne pourra prendre véritablement son envol.

iii. Les clauses abusives

Les dispositions portant sur les clauses externes, illisibles ou incompréhensibles ont pour objectif de sanctionner des dispositions qui n'ont pas été librement consenties, soit par ignorance, soit encore par incompréhension : « Ces dispositions n'accordent pas au juge le pouvoir de rééquilibrer le contrat ou d'en modifier, sans qu'il soit flou, le contenu. L'article 1437 C.c.Q. donne désormais ce pouvoir aux tribunaux [...] : ceux-ci sont maintenant « armés » pour réajuster un contrat déséquilibré »⁴⁸.

Ce genre de clauses foisonne dans les contrats de consommation en ligne. Par exemple, dans les contrats de fournitures d'accès à Internet, certaines clauses autoriseront le fournisseur à déroger aux règles légales de compétence territoriale ou d'attribution de juridiction ou encore à s'exonérer de toute responsabilité ou de la limiter excessivement en cas de manquement à ces obligations contractuelles. Dans d'autres contrats, le fournisseur aura la possibilité de modifier unilatéralement, sans accord explicite de l'abonné, le service promis ; de modifier le tarif d'un contrat à durée déterminée sans accord explicite ou encore de communiquer à des tiers les données nominatives concernant ces abonnés sans autorisation de leur part. Autant d'exemples qui permettent de mesurer la vulnérabilité du cyberconsommateur et le « caractère d'adhésion renforcé » du contrat de consommation en ligne⁴⁹.

2. L'obligation de non-concurrence dans les sociétés de professionnels : qu'en dit la Cour d'appel ?

L'évolution de la pratique professionnelle – Le droit professionnel a dû faire face à de nouveaux enjeux au cours des 30 derniè-

47. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 32, art. 26.

48. B. MOORE, *loc. cit.*, note 36, 231.

49. Anne-Marie LEROYER, « L'épreuve d'Internet », dans Dominique FENOUILLET et Françoise LABARTHE (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, coll. « Études juridiques », Paris, Economica, 2002, p. 167, p. 174 ; Etienne WERY, « La Commission des clauses abusives émet une recommandation relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet », (2003) *Droit et technologies* (14 février 2003), [en ligne] : <<http://www.droit-technologie.org/actuality-619/la-commission-des-clauses-abusives-emet-une-recommandation-relative-au.html>>.

res années. La première étape fut celle de l'adoption, en 1973, du Code des professions, qui, pour reprendre les propos d'un auteur, « marqu[e] une nouvelle ère ». En effet, avec la même philosophie que la *Loi sur la protection du consommateur*, l'objectif du législateur était d'assurer la protection du public : l'arrivée du Code des professions imposait dorénavant aux professionnels l'obligation d'adopter des codes de déontologie pour régir leurs activités. Ces nouvelles dispositions s'avéraient lourdes de conséquences puisque marquées du sceau de l'ordre public.

Dans une deuxième phase, ce n'est plus le cadre réglementaire qui est affecté, mais bien le phénomène même de la globalisation des marchés et des fusions qui vient transformer le droit professionnel :

Les sociétés de professionnels subissent le même sort et ont réagi par le biais de diverses fusions, acquisitions et regroupements de sociétés visant la rationalisation des effectifs. Soucieuses de protéger à tout prix leur actif le plus important, leur clientèle, les sociétés font signer des clauses de non-concurrence à leurs associés.⁵⁰

Enfin, dans un troisième et dernier temps, la prestation de services professionnels se transforme en activité économique et les sociétés deviennent des entreprises. Plusieurs se rappelleront que, selon l'approche classique restrictive qui prévalait sous le *Code civil du Bas Canada*, un acte de commerce se définissait comme un *acte de spéculation sur la circulation des richesses*. Par conséquent, tout acte qui ne comprenait pas l'entremise, la circulation ou la spéculation constituait un acte civil. Cette théorie, bien qu'elle ait été élargie au fil du temps par la jurisprudence, reflétait une situation socio-économique dépassée. Depuis 1994, on distingue les « entreprises économiques » qui investissent et qui produisent des biens et services, et les « consommateurs » ou « ménages » qui offrent aux entreprises le financement et la main-d'œuvre nécessaires et qui consomment les biens qu'elles produisent.

Ainsi, qu'il s'agisse de protéger les intérêts économiques de la société au sein de laquelle ils œuvrent ou encore leur capacité à gagner leur vie, l'obligation de non-concurrence est cruciale pour la protection des intérêts des professionnels. Les clauses de non-concurrence dans les sociétés de professionnels doivent-elles être

50. Piero IANNUZZI, *L'obligation de non-concurrence dans les sociétés de professionnels : vers une théorie de liberté de choix contractuelle*, coll. « Bleue », série « monographie », Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, n° 1, p. 2.

cependant appréhendées de la même façon que toute autre clause de non-concurrence, ou plutôt à la lumière d'un ordre public plus exigeant, puisque les professionnels sont régis par des codes de déontologie reconnaissant, par exemple, au public le droit au professionnel de son choix ?

- *Mirarchi c. Lussier*⁵¹

La Cour d'appel du Québec accueille en partie l'appel d'un jugement de la Cour supérieure ayant fait droit à une action en injonction et condamné solidairement les appelants, alors défendeurs, à payer une pénalité de 165 000 \$ dans le cadre d'un litige relatif à une clause de non-concurrence et de non-sollicitation.

Les faits – Les appelants, Mirarchi et Constance, ont vendu, le 20 juillet 2001, à l'intimée, Lussier, la clinique dentaire qu'ils exploitaient conjointement depuis plusieurs années. Aux termes de l'acte de vente, les appelants cédaient à l'intimé tous les éléments d'actif liés à l'exploitation de l'entreprise, ainsi que l'achalandage, en contrepartie d'une somme de 360 648 \$. La moitié de cette somme représentait l'achat de l'achalandage, qui était une considération essentielle au contrat. Aussi, l'acte de vente comportait une clause de non-concurrence et de non-sollicitation de la clientèle, laquelle était assortie d'une clause pénale. Aux termes de cette clause, les appelants s'engageaient à payer à l'intimée 1 000 \$ par infraction, ou par jour d'infraction, le cas échéant. Toutefois, afin d'assurer la transition de la clientèle, l'appelante Constance s'est engagée, auprès de l'intimée, à être disponible deux jours par semaine pour une période de 12 mois, afin de travailler, à titre de dentiste, au sein de l'équipe de la clinique. Aux termes du contrat de travail de Constance, l'importance de l'obligation de non-concurrence et de non-sollicitation était réitérée. L'appelant Mirarchi, pour sa part, ayant d'autres engagements professionnels, se tenait disponible jusqu'à concurrence de cinq heures par semaine pour traiter certains patients, avant d'augmenter ses heures de travail par suite de la perte de son emploi de représentant d'une entreprise spécialisée dans la vente d'instruments dentaires. En novembre 2001, à la suite de la détérioration de leurs relations de travail, l'intimée a invité l'appelant Mirarchi à quitter la clinique et, le 3 décembre 2001, l'appelante Constance a démissionné.

51. Précité, note 3.

La décision de la Cour supérieure – L'intimée, alors demanderesse, a intenté des procédures en injonction permanente et en dommages-intérêts de 281 000 \$ en raison d'un non-respect de la clause de non-concurrence et de non-sollicitation. Après avoir jugé la clause en litige valide, la juge de première instance conclut que 165 patients avaient été traités par les appelants en violation de cette clause. En application de la clause pénale, la juge les a donc condamnés à payer 165 000 \$, tout en rendant une ordonnance d'injonction permanente.

La question en litige – La Cour d'appel, sous la plume de la juge Otis, doit répondre à la question la suivante : une clause restrictive de commerce comportant l'obligation, pour un professionnel de la santé, de ne pas traiter ou de cesser de traiter ses patients, est-elle contraire à l'ordre public ?

La décision de la Cour d'appel – La Cour d'appel du Québec, dans un jugement unanime, accueille en partie le pourvoi au motif que si la clause de non-concurrence et de non-sollicitation est valide et que sa limitation territoriale est raisonnable, il n'en reste pas moins qu'une clause de non-concurrence qui oblige un professionnel de la santé à ne pas traiter ou à cesser de traiter ses patients est contraire à l'ordre public. En effet, pour la Cour, « [l]'évaluation de la clause restrictive de soins de santé requiert que l'on considère *deux paramètres essentiels* : le contexte de la clause eu égard à la professionnalisation des services de santé et sa finalité eu égard à la marchandisation⁵² de la clientèle. Ces deux facteurs permettront d'apprécier l'étendue et les limites de l'ordre public, en matière de soins de santé »⁵³. Ainsi, une telle clause doit être interprétée strictement, en conformité avec l'article 9 C.c.Q. En outre, l'examen de la législation québécoise en matière de santé démontre généralement la suprématie des droits des usagers (patients) sur celui des professionnels. Bien que la majorité des lois en matière de santé accorde au professionnel la liberté d'accepter ou non de traiter une personne pour un motif sérieux, il faut faire une distinction entre le refus de traiter un patient, qui « est l'émanation de la discrétion du professionnel de la santé qui doit l'exercer dans le respect des Chartes, de l'ordre public et de la loi » et le refus de continuer de traiter un

52. Ce terme, qui se traduit en anglais par « commodification », est défini ainsi par *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, s.v « marchandisation » : « Transformation en marchandise, en produit commercial ». Nos italiques.

53. *Mirarchi c. Lussier*, précité, note 3, par. 27.

patient « alors qu'une relation professionnelle est déjà établie »⁵⁴. En outre, « le refus de continuer un traitement alors qu'une procédure médicale est en cours, doit être scruté avec rigueur, en adoptant une approche restrictive quant à la liberté du professionnel de le faire »⁵⁵. La relation entre les professionnels de la santé et les patients est caractérisée par la confiance, la loyauté et le devoir de conseil ; elle ne peut donc être réduite à une simple marchandisation des patients. Un engagement de cesser de traiter des patients dans le cadre d'une transaction commerciale affecte nécessairement l'exercice du libre choix des patients, ce qui compromet les devoirs du professionnel de la santé face à ses patients.

La clause litigieuse, en l'espèce, concerne directement les patients actuels des appelants, puisqu'elle fut conclue sans le consentement de ces patients. En outre, la clause ne permet aucune dérogation fondée sur l'urgence ou sur la continuation d'un traitement. Il s'agit d'une clause générale, qui pourrait s'appliquer à toutes les ventes d'entreprises similaires et ne comportant aucune réserve. Effectivement, cette clause crée un étai à l'égard du praticien débiteur de l'engagement contractuel, qui peut être condamné à des pénalités importantes, et même à l'emprisonnement, en cas de non-respect et ce, parce qu'il a choisi de traiter un patient selon les normes légales et déontologiques de son ordre professionnel. Une telle clause est donc contraire à l'ordre public.

Le dispositif – Le pourvoi est accueilli en partie, le passage de la clause de non-concurrence et de non-sollicitation qui interdit d'« accepter de traiter cette clientèle » étant annulée. La condamnation de 165 000 \$ est, de fait, également annulée, mais les appelants sont condamnés à verser à l'intimée 50 000 \$ à titre de diminution du prix de vente.

- *Théberge c. Lévesque*⁵⁶

Dans cette deuxième affaire rendue par le plus haut tribunal québécois, il s'agissait d'un appel d'un jugement de la Cour supérieure du Québec ayant condamné l'appelant, Théberge, à verser à l'intimée, Lévesque, une pénalité de 172 023 \$ en considération du non-respect d'une clause de non-concurrence et de non-sollicita-

54. *Ibid.*, par. 35.

55. *Ibid.*

56. Précité, note 4, par. 26.

tion dans un contrat de vente d'une clinique dentaire. L'appel est à l'unanimité rejeté par la Cour d'appel.

Les faits – Les parties sont toutes deux dentistes. En 2000, l'appelant, qui exploite deux cliniques dentaires dans la même région, vend l'une de ces cliniques à l'intimée, tout en continuant d'exploiter l'autre. Considérant que le chiffre d'affaires annuel était de l'ordre de 625 000 \$, les parties ont convenu d'un prix de vente de 365 000 \$, dont 215 000 \$ pour l'achalandage. Vu la proximité des cliniques, les parties ont signé une convention de services aux termes de laquelle l'appelant s'engageait à être disponible à la clinique vendue pour un minimum de 20 heures par semaine, pour une durée de deux ans, et s'obligeait également à respecter une clause de non-concurrence et de non-sollicitation. Cette convention contenait en outre une restriction de publicité pour une période de deux ans et ce, dans un rayon de huit kilomètres de la clinique vendue. Afin d'assurer le respect de ces obligations, la convention stipulait une clause pénale ainsi que la retenue, à même le prix d'achat, d'une somme de 40 000 \$, payable à raison de 10 000 \$ par année.

L'appelant (alors défendeur) n'ayant pas respecté ses engagements, la Cour supérieure du Québec le condamne à verser à l'intimée, demanderesse, une pénalité de 172 023 \$ en raison du transfert de plus de 302 dossiers à sa propre clinique et de la publication de cinq réclames publicitaires dans le périmètre interdit.

Les prétentions de l'appelant – L'appelant interjette appel du jugement de première instance, soutenant dans un premier temps que l'intimée a renoncé tacitement aux peines prévues au contrat en effectuant, en février 2002, le deuxième versement de 10 000 \$ du solde du prix de vente, qui était payable uniquement si les clauses d'interdiction du contrat étaient respectées. Or, à cette époque, l'intimée savait déjà que l'appelant ne respectait pas ses engagements. L'appelant allègue également qu'une entente intervenue entre les parties en février 2002 a modifié rétroactivement le contrat de vente, ce qui aurait eu pour effet de réduire les dommages-intérêts. Enfin, il prétend que la clause pénale est abusive et déraisonnable et que, par conséquent, elle doit être réduite.

La décision – La Cour d'appel du Québec, dans un jugement rendu à l'unanimité, rejette l'appel, jugeant notamment que l'intimée n'a pas renoncé aux peines prévues au contrat en février 2002, malgré sa connaissance de la situation, puisque la renoncia-

tion à son droit devait être claire. En outre, la Cour, sous la plume du juge Vézina, fait siens les propos du juge de première instance qui avait rejeté cette prétention au motif qu'au moment où l'intimée a fait à l'appelant le deuxième versement, elle ne connaissait pas l'ampleur du problème auquel elle devait faire face. En outre, la Cour estime que c'est à bon droit que le juge de première instance a jugé que l'entente de février 2002, qui permettait à l'appelant de racheter le dossier de tout client en remboursant le prix perçu lors de la vente, n'avait pas d'effet rétroactif. En effet, pour la Cour, le texte de l'entente aurait dû être explicite quant à son effet rétroactif, puisque cet effet, comme la renonciation, « constitue une exception qu'on ne saurait présumer »⁵⁷. En outre, la Cour estime que l'appelant prétend à tort que l'article 4 du contrat de vente est abusif et déraisonnable et que cet article ne viole pas l'ordre public. L'appelant soutenait notamment que les pénalités imposées de façon concomitante et cumulative contrevenaient à l'article 1622 C.c.Q., disposition d'ordre public prohibant le cumul de la clause pénale et l'exécution en nature de l'obligation. En effet, il est de l'opinion de la Cour que la retenue du solde de prix de vente prévue au contrat ne peut être qualifiée « d'exécution en nature de l'obligation » au sens de l'article 1622 C.c.Q. puisqu'elle constitue « une forme de garantie du paiement de la peine en cas de contravention »⁵⁸. Il n'y a donc pas présence du cumul prohibé de l'exécution et de la peine.

Toutefois, la clause 4 du contrat de vente constituait effectivement une clause pénale additionnelle aux autres clauses pénales du contrat⁵⁹. Ceci dit, le consentement de chacune des parties était libre et éclairé, celles-ci ayant été conseillées par leurs professionnels respectifs, comptables et avocats, lors de la transaction. L'appelant a violé ses obligations de non-concurrence et l'ensemble de la preuve fait douter de sa bonne foi. Le fait que le total des peines soit supérieur au prix payé pour l'achalandage résulte de l'effet des contrats que les parties ont signés. Le juge de première instance n'a fait qu'appliquer la loi des parties. C'est l'appelant qui a ignoré ses engagements.

57. *Ibid.*

58. *Ibid.*, par. 32.

59. La convention d'achat prévoyait deux clauses pénales, dont l'une applicable en cas de non-respect de la clause interdisant la publicité dans un rayon de moins de huit kilomètres de la clinique vendue.

De façon subsidiaire, la Cour se pose la question de savoir si, à la lumière de l'arrêt *Mirarchi c. Lussier*⁶⁰, la clause d'interdiction (de non-sollicitation) du contrat respecte le libre choix du patient. En l'espèce, la clause de non-sollicitation se lisait ainsi :

En considération de la vente des actifs décrits aux présentes, le Vendeur s'engage formellement pour une période de cinq ans à compter de la date de clôture ou de la date de son départ effectif de la clinique, à ne pas, directement ou indirectement, solliciter pour son propre compte ou pour le bénéfice d'un autre dentiste, les patients de la clinique dont les dossiers sont transférés aux termes des présentes ou qu'il aura l'opportunité de traiter au sein de la clinique, *ni accepter de traiter ces patients autrement qu'en conformité avec les présentes, ni les référer à un autre dentiste, ni poser tout autre geste susceptible de priver l'Acquéreur, des droits qu'il acquiert par la vente, dont l'achalandage [...]*.⁶¹

- *9045-9819 Québec inc. c. We Care Health Services Inc.*⁶²

Une ordonnance de sauvegarde est accordée par la Cour supérieure du Québec afin de suspendre la clause de non-concurrence, ainsi que d'autres clauses restrictives contenues dans une convention de franchise à la suite du non-renouvellement de ce contrat.

Les faits – Les demanderesses, *9045-9819 Québec inc.*, compagnie incorporée en janvier 1997 et Monique Dagneau, unique actionnaire et administrateur de la compagnie, exploitent une franchise de la défenderesse dans le domaine des soins et services de santé à domicile. La convention de franchise signée par les demanderesses prévoit, notamment, une clause de non-concurrence – s'appliquant pour une durée de 18 mois suivant sa résiliation et pour l'ensemble du territoire situé dans un rayon de 50 kilomètres de l'établissement – ainsi que des clauses restrictives additionnelles. Pour de nombreux motifs, les demanderesses avisent la défenderesse en août 2006 de leur intention de ne pas renouveler le contrat de franchise à son échéance en janvier 2007. Les demanderesses prétendent notamment que la défenderesse, le franchiseur, n'a jamais adapté son système de franchises à la réalité francophone du Québec. Les demanderesses, après avoir déposé une requête introductive d'instance à la Cour supérieure, demandent que soit rendue une ordonnance de sauvegarde permettant de suspendre

60. Précité, note 3.

61. *Théberge c. Lévesque*, précité, note 4, par. 13. Nos italiques.

62. Précité, note 5, par. 35.

l'effet de la clause de non-concurrence et des autres clauses restrictives contenues à la convention et ce, dans le but de pouvoir continuer à soigner leurs patients, malgré le non-renouvellement de la convention.

La décision – Considérant que le contrat de franchise porte, entre autres, sur des services de santé destinés à des malades et à des personnes âgées qui ont besoin d'une aide à domicile, l'ordonnance de sauvegarde est accordée. En effet, certains patients bénéficient des services des demanderessees depuis près de 10 ans. Or, « [c]es personnes ne peuvent être abandonnées du jour au lendemain par le personnel des demanderessees. Il en va de leur santé et de leur sécurité »⁶³. En l'espèce, la situation est particulière et le libellé de la clause de non-concurrence laisse croire qu'elle est imparfaite et désuète, voire annulable. Effectivement, le fait d'empêcher des infirmières de donner des soins à leurs patients paraît difficilement conciliable avec les notions d'ordre public et de liberté de choix d'un malade. C'est pourquoi il existe un droit apparent à l'ordonnance de sauvegarde. Ici, le refus de rendre cette ordonnance pourrait causer des préjudices irréparables aux demanderessees, soit le non-respect de leur obligation de prodiguer des soins afin de protéger la santé et la vie des personnes physiques, alors que le préjudice de la défenderesse, si l'ordonnance est prononcée, est essentiellement d'ordre pécuniaire. Ainsi, la prépondérance des inconvénients favorise les demanderessees.

Afin de commenter de façon intégrée ces trois décisions, nous nous intéresserons, en premier lieu, aux intérêts légitimes de la société (A) et, en second lieu, à la spécificité de l'activité professionnelle liée à la santé (B).

A. Les intérêts légitimes de la société

Il est manifeste que la légitimité de la clause de non-concurrence réside dans la protection des actifs de l'entreprise contre le vol, le détournement, l'usurpation et la concurrence déloyale. Les entreprises ont ainsi avantage à compléter la protection que leur accorde la loi par des clauses de non-concurrence imposées à leurs cadres et à leurs employés, mais aussi aux entrepreneurs dont ils achètent l'entreprise. Cet intérêt est légitime, qu'il s'agisse d'une entreprise commerciale ou professionnelle. Toutefois, dans le cas de l'acha-

63. *Ibid.*, par. 35.

landage d'une société de professionnels, il est important de distinguer l'achalandage propre à l'entreprise de celui qui appartient personnellement à l'associé : « Nous substituons ici la société à l'employeur car, pour nos fins, c'est la société en tant qu'entreprise qui est tributaire des intérêts de l'ensemble des associés qui la forme »⁶⁴.

De façon générale, la clientèle d'une entreprise fait partie de son achalandage et constitue un bien auquel on accorde une valeur au bilan. Dans une entreprise professionnelle, voilà une particularité importante, il faut distinguer *la propriété du dossier du client de l'information contenue dans le dossier* :

Bien que, en matière d'activités professionnelles comme celles des médecins, des optométristes et des dentistes, l'information contenue dans les dossiers des clients ou patients, selon le cas, les dossiers eux-mêmes sont la propriété de celui qui exerce ces professions.⁶⁵

En d'autres termes, seul l'achalandage de l'entreprise professionnelle est transférable, à l'exception de celui qui est propre à l'associé. Les sociétés de professionnels doivent donc faire tout en leur pouvoir pour fidéliser la clientèle à la société indépendamment du professionnel. À cet effet, le nom de la société ainsi que son image constituent de précieux outils de ralliement de la clientèle.

Dans une société de professionnels, le nom de l'entreprise est souvent le même que le nom de famille de l'un ou l'autre des associés. Par conséquent, et contrairement aux autres formes d'entreprises, la règle veut qu'une personne puisse utiliser son propre nom de famille en affaires, même si ce dernier porte à confusion avec un concurrent : « le nom patronymique d'une personne lui appartient et le recours en injonction ne sera généralement pas ouvert pour en faire cesser l'utilisation »⁶⁶.

S'il est clair que le principe de la liberté des contrats autorise le particulier à signer les conventions qu'il désire, cette liberté n'est pas absolue. Le contrat doit respecter l'ordre public. Qu'en est-il de ce concept dans le cas particulier des sociétés de professionnels ? Qu'en est-il, par exemple aujourd'hui, de la validité d'une clause de non-concurrence entre médecins qui, à une certaine époque,

64. P. IANNUZZI, *op. cit.*, note 50, n° 78.

65. *Ibid.*, n° 81.

66. *Ibid.*, n° 87.

« même limitée dans le lieu et dans le temps, [apparaissait] *prima facie*, être contraire à l'ordre public »⁶⁷ ? Si cette interprétation « est maintenant révolue »⁶⁸, dans quelles circonstances les tribunaux québécois ont-ils jugé que la liberté de contracter devait céder le pas à l'ordre public, et quels critères ont été retenus pour le faire ?

Un premier constat nous porte à croire « que la grande majorité de la jurisprudence en matière de clauses de non-concurrence porte sur les clauses contenues dans les contrats de travail et les contrats de vente d'entreprise [...]. [Conséquemment], le cadre d'analyse de ces clauses a forcément été établi en fonction des particularités des contrats dans lesquels elles se trouvent »⁶⁹. Deuxièmement, bien que les décisions soient peu nombreuses sur cette question, la Cour d'appel a réaffirmé à deux reprises que la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de société s'apparentait beaucoup plus à celles que l'on retrouve dans les contrats de vente d'entreprise que dans les contrats de travail. Cela n'a rien de surprenant. Les contrats de société constituent des conventions négociées entre personnes averties, à l'opposé des contrats d'adhésion. Cette analogie n'a toutefois pas empêché les tribunaux de créer une troisième catégorie de clauses de non-concurrence :

C'est sur cette troisième catégorie que nous nous attardons, car le droit des sociétés est un droit *sui generis* [...] qui découle du droit et des obligations du droit civil. De plus, les sociétés de professionnels obéissent aux règles déontologiques d'ordre public qui leur sont imposées par la loi, tandis que les deux autres catégories n'ont pas cette contrainte additionnelle à la liberté de contracter.⁷⁰

Cette indépendance dans la catégorisation de ces clauses permet de mieux rendre compte de la spécificité du contrat de société, « telles que l'égalité entre les associés et la liberté du client de choisir son professionnel »⁷¹. Par conséquent, « les critères de temporalité et de territorialité doivent être examinés dans le contexte de la nature du contrat dans lequel la clause de non-concurrence se trouve, en tenant compte des personnes qui l'ont souscrite et de l'époque à laquelle elle a été consentie »⁷².

67. *Jeanty c. Labrecque*, [1978] C.S. 463.

68. P. IANNUZZI, *op. cit.*, note 50, n° 95.

69. *Ibid.*, n° 99.

70. *Ibid.*, n° 104.

71. *Ibid.*, n° 105.

72. *Ibid.*

Le but visé par le professionnel qui incorpore une clause de non-concurrence dans une convention est d'interdire l'exercice d'une activité professionnelle. De plus, chaque profession est soumise au respect de codes de conduite qui viennent aussi limiter leur pratique. Selon Iannuzzi, l'analyse de ces deux facteurs (volonté des parties et restrictions professionnelles) doit précéder, dans l'encadrement des sociétés professionnelles, l'étude de la raisonnable de la clause dans le temps et l'espace.

Ainsi, dans l'analyse d'une clause de non-concurrence entre professionnels, « il faut tenir compte des restrictions à la pratique professionnelle propres à chaque profession. [...] Il s'agit de déterminer si les codes de déontologie rendent les clauses de non-concurrence entre professionnels nulles *ab initio* ou si les tribunaux peuvent procéder à l'étude de leur raisonnable dans le temps et dans l'espace »⁷³. De l'analyse de la jurisprudence, il est possible de déduire que les codes de déontologie ne constituent pas un frein à la liberté de contracter du professionnel comme l'avocat, le notaire ou encore le comptable, puisqu'elles ont pour dessein de protéger *les intérêts économiques des sociétés de professionnels*. En résumé, ces clauses de non-concurrence sont valides sous réserve de leur raisonnable dans le temps et l'espace.

B. La spécificité de l'activité professionnelle liée à la santé

Il n'en va pas de même pour les professionnels de la santé en raison du statut accordé à la santé dans notre société. De l'étude des décisions portant sur cette question, il est possible de conclure « que la relation entre le professionnel et le patient revêt un caractère *intuitu personæ* plus intime que les autres professionnels »⁷⁴. La question demeure donc de savoir si « [u]n professionnel peut [...] restreindre l'exercice de sa profession à l'exclusion des actes qui sont de son ressort exclusif »⁷⁵. Par exemple, « est-ce qu'une pharmacienne peut restreindre par convention l'exercice de sa profession à la vente de médicaments par ordonnances et renoncer à offrir en vente les produits énumérés au bail comme étant le ressort exclusif d'un autre local du Métro »⁷⁶ ? Selon la jurisprudence, une pharmacienne qui restreindrait par convention l'exclusion de la vente de

73. *Ibid.*, n° 138.

74. *Ibid.*, n° 151.

75. *Ibid.*

76. *Ibid.*, n° 152.

médicaments par ordonnances contreviendrait à la loi ; toutefois, rien ne fait obstacle à ce qu'une telle clause vise la vente de produits tels les dentifrices, les savons, etc. Cela est encore plus vrai lorsqu'on examine la relation du médecin avec son patient :

il n'y a pas de plus grands biens pour un individu que la vie et la santé, et doit être considérée contraire à l'ordre public toute entrave apportée à la jouissance complète et entière de ces biens. Pour les conserver, les membres de la société doivent avoir recours au médecin, et il est élémentaire de dire que la principale, sinon l'unique, raison qui guide l'individu dans le choix d'un médecin c'est la confiance qu'il a en lui.⁷⁷

Par conséquent, « l'activité même de la pratique de la médecine ne peut être régie par une convention car contraire à l'ordre public »⁷⁸.

L'étude des clauses de non-concurrence entre professionnels ne serait pas complète sans dire quelques mots sur les clauses de non-sollicitation : quelle est la nature de cette obligation ? S'agit-il simplement d'une variante d'une clause de non-concurrence ou possède-t-elle une autre fin ? « À la différence des clients qui demeurent toujours libres de leur choix, les professionnels peuvent limiter leur droit de concurrence en s'engageant par voie contractuelle à ne pas solliciter les clients de leur ancienne entreprise »⁷⁹. Certains se rappelleront sans doute que, dans la célèbre affaire *Cameron*, le plus haut tribunal du pays avait conclu que « la clause de non-sollicitation était séparable et donc divisible de la clause de non-concurrence »⁸⁰. En effet, bien que les deux clauses doivent avoir une durée limitée pour être considérées comme raisonnables, la clause de non-concurrence vise une clientèle définie par le territoire, alors que la clause de non-sollicitation s'intéresse plutôt aux clients de l'entreprise. De plus, les critères d'évaluation ne sont pas les mêmes :

La clause de non-concurrence doit être raisonnable quant à sa limitation dans le temps et l'espace. Quant à la clause de non-sollicitation, elle doit être suffisamment précise pour déterminer la clientèle protégée. Il peut s'agir des clients actuels ou potentiels de l'entreprise. Une fois que la clientèle protégée est déterminée, il faut définir ce qui constitue une sollicitation illicite ou déloyale. Les décisions qui ont

77. *T. c. B.*, [1958] C.S. 587, 593 citée par *ibid.*, n° 157.

78. *P. IANNUZZI*, *op. cit.*, note 50, n° 158.

79. *Ibid.*, n° 190.

80. *Ibid.*, n° 192.

interprété la validité des clauses de non-sollicitation ont retenu le critère de la sollicitation « active » contre celle dite « passive ». ⁸¹

La sollicitation active implique des gestes positifs et ciblés de la part du professionnel : « si le fait que le client ait suivi le professionnel après son départ est accessoire à la décision du professionnel de partir, on va considérer ce genre de sollicitation comme légitime puisqu'elle ne dépend pas des actes directs et immédiats du professionnel »⁸². De plus, ce type de sollicitation serait même « découragé » par les codes de déontologie de certains professionnels, comme les huissiers de justice. Ce qui amène à conclure que « [l]es tribunaux [doivent] examiner les éléments de preuve présentés par les parties qui tendent à prouver la nature active ou passive de la sollicitation afin de déterminer si la clause a été violée. Le principe est simple, mais son application dépendra de chaque cas d'espèce »⁸³.

CONCLUSION

L'année 2007 aura été fertile pour le droit de l'entreprise, alors que tour à tour la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel du Québec ont livré de nouveaux paramètres d'interprétation. Le plus haut tribunal du pays, dans l'affaire *Dell*, a montré sa « sensibilité » toute relative à l'égard des innombrables contrats en ligne qui foisonnent sur la toile. En effet, n'eût été des modifications apportées à la *Loi sur la protection du consommateur*, nous aurions mis en garde le cyberconsommateur contre les vicissitudes du commerce en ligne. Le législateur est heureusement intervenu pour éclairer le consentement de l'adhérent, sans oublier la possibilité pour le consommateur de revenir aujourd'hui sur sa décision. Il n'en demeure pas moins que, malgré ces nouveaux outils, le processus d'acceptation en ligne demeure fragile, à la limite même d'un consentement « faiblement » éclairé ! Le consommateur en ligne, sollicité de toute part, doit donc demeurer à l'affût et ne pas compter sur la « sensibilité » du juge pour le protéger.

En ce qui concerne l'interprétation des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation qui se trouvent dans les contrats de professionnels, l'apport de la Cour d'appel est plus significatif. Dans

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*, n° 195.

83. *Ibid.*, n° 197.

l'interprétation des clauses de non-concurrence, la nature du contrat de société n'avait pas, à ce jour, été distinguée avec autant de netteté des clauses se trouvant dans les contrats de vente d'entreprise. L'analyse de ces obligations doit maintenant être effectuée en considérant les restrictions propres à chaque profession, à chaque code de déontologie. Cela est encore plus vrai dans le cas des professionnels de la santé, où les patients, pour reprendre les termes de la Cour d'appel, n'ont rien de clients ordinaires !