

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

HISTOIRE DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE À L'AUNE DE LA LIBÉRATION DU TRAVAIL AU  
QUÉBEC

MÉMOIRE  
PRÉSENTÉ  
COMME EXIGENCE PARTIELLE  
MAÎTRISE EN DROIT

PAR

PHILIPPE LAROCHELLE

MAI 2024

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL  
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.12-2023). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

## REMERCIEMENTS

Comme l'écrit l'auteur Pierre Laporte, le droit pénal qui a historiquement encadré les relations de travail au Québec a été largement absent de la formation juridique des juristes québécois. Je me souviens encore de ce premier cours de fondement du droit du travail à la maîtrise à l'automne 2018 enseigné par mon directeur de mémoire, Martin Gallié. J'avais été estomaqué d'apprendre l'existence de ces ordonnances coloniales, lois, règlements municipaux et poursuites judiciaires pénales qui s'étaient appliqués aux travailleurs québécois du début de la colonie jusqu'au début du 20<sup>e</sup> siècle, tel un véritable code coercitif du travail. Et pour cela, je ne remercierai jamais assez Martin d'avoir largement inspiré ce mémoire en me faisant connaître cette face cachée de l'histoire du droit du travail québécois et de m'avoir donné l'occasion de renouer avec mon intérêt pour l'histoire. Sans son support intellectuel, sa grande disponibilité, sa patience durant toutes ces années et surtout ses grandes qualités humaines, je ne crois pas que ce mémoire aurait vu le jour dans sa forme actuelle. Merci aux autres professeurs que j'ai croisés durant mon parcours à l'UQAM, ils ont tous inspiré et contribué à des pans de ce mémoire. Aussi, un immense merci à ma conjointe, ma famille et mes amis. Ils ont à leur façon contribué de façon continue à ce mémoire par leur support, leurs encouragements et le temps qu'ils ont pris pour discuter de ces fameuses clauses de non-concurrence et de l'histoire des travailleurs. Finalement, merci à mes collègues et amis en cabinet, qui m'ont appris le droit du travail et le métier d'avocat, toujours dans un esprit de camaraderie. Merci de m'avoir permis de concilier mes études et le développement de ma pratique durant toutes ces années.

## TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS .....	ii
RÉSUMÉ .....	v
ABSTRACT .....	vi
INTRODUCTION .....	7
CHAPITRE 1 LA LIBÉRATION DU TRAVAIL ET LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE .....	23
<b>1.1 Karl Marx : La force de travail et le contrat de travail</b> .....	24
<b>1.2 Robert Castel : La circulation de la force de travail et le contrôle du libre accès au travail</b> .....	28
<b>1.3 Harlan Blake : L'émergence de la clause de non-concurrence en Angleterre</b> .....	32
<b>1.4 Conclusion</b> .....	35
CHAPITRE 2 LE CONTRÔLE DU LIBRE ACCÈS AU TRAVAIL AU QUÉBEC .....	37
<b>2.1 Le régime seigneurial</b> .....	38
<b>2.2 L'esclavage</b> .....	51
<b>2.3 Les guildes et associations d'artisans</b> .....	53
<b>2.4 Le louage de services personnels</b> .....	58
2.4.1 Le louage de services en Nouvelle-France : apprentis, journaliers, domestiques et engagés ....	58
2.4.2 La Conquête britannique : continuité d'un régime contractuel, sanctionné par le droit pénal..	65
2.4.3 Le 19e siècle et l'introduction d'une version québécoise des « Masters & Servants Acts » .....	67
2.4.4 La fin du 19e siècle et le début du 20e siècle : un passage du contrat à durée déterminée au contrat à durée indéterminée .....	74
2.4.5 Le Code civil du Bas-Canada et la reconnaissance de la primauté de la liberté humaine dans l'affaire <i>Dupré Quarries</i> .....	84
<b>2.5 Conclusion</b> .....	89
CHAPITRE 3 L'ÉMERGENCE DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE AU QUÉBEC .....	91
<b>3.1 La clause de non-concurrence au Québec et en France</b> .....	93
3.1.1 La clause de non-concurrence au Québec .....	93
3.1.1.1 L'émergence de la clause de non-concurrence dans les contrats de travail au Québec .....	93
3.1.1.2 L'encadrement juridique des clauses de non-concurrence au Québec .....	97
3.1.2 La clause de non-concurrence en France .....	110
<b>3.2 Distinction entre les régimes québécois et français : la contrepartie monétaire de la clause de non-concurrence</b> .....	113
3.2.1 La contrepartie monétaire de la clause de non-concurrence au Québec .....	113
3.2.2 La contrepartie monétaire de la clause de non-concurrence en France .....	117

**3.3 Réflexion sur la cause de l'obligation de non-concurrence en droit québécois à la lumière du droit français.....120**

CONCLUSION.....129

BIBLIOGRAPHIE.....138

## RÉSUMÉ

### Résumé

Ce mémoire cherche à expliquer l'émergence des clauses de non-concurrence dans les rapports de travail au Québec. Après une revue historique des différents régimes juridiques qui ont encadré le travail au Québec du 17<sup>e</sup> siècle au 20<sup>e</sup> siècle (régime seigneurial, esclavage, contrats d'associations et contrats de louage de services personnels), l'auteur explique l'émergence des clauses de non-concurrence au Québec au début du 20<sup>e</sup> siècle par une combinaison de facteurs dans le contexte du développement du capitalisme et de l'industrialisation. Parmi ces facteurs, il y a notamment à compter du début du 20<sup>e</sup> siècle une évolution du cadre juridique pénal et civil encadrant les relations d'emploi qui ne permet plus aux employeurs de forcer l'exécution en nature du contrat de travail, ainsi qu'une modification des pratiques contractuelles qui entraîne une tombée en relative désuétude du contrat de travail à durée déterminée au profit du contrat de travail à durée indéterminée. L'auteur conclut que la clause de non-concurrence émerge lorsqu'elle devient utile pour remplacer en partie les précédents mécanismes de contrôle du libre accès au travail tombés en désuétude. À la lumière du droit français qui exige qu'une contrepartie monétaire soit versée en échange de l'obligation de non-concurrence, l'auteur avance que la clause de non-concurrence applicable après la résiliation du contrat de travail octroyée sans contrepartie monétaire est une obligation sans cause qui est donc nulle en droit civil québécois.

### Mots clés :

Clause de non-concurrence, liberté du travail, liberté de travail, liberté de concurrence, travail non-libre, libération du travail, mobilité du travail, droit du travail, histoire du droit, droit québécois, droit français, régime seigneurial, esclavage, association, louage de services personnels, Loi concernant les maîtres et les serviteurs, cause de l'obligation, contrepartie monétaire de la clause de non-concurrence.

## ABSTRACT

### Abstract

This dissertation seeks to explain the emergence of non-competition covenants in employment relations in Quebec. After a historical review of the different legal regimes which governed the workforce in Quebec from the 17th century to the 20th century (seigneurial regime, slavery, association contracts and contracts for hiring of personal services), the author explains the emergence of non-competition covenants in Quebec at the beginning of the 20th century by a combination of factors in the context of the development of capitalism and industrialization. Among these factors, there is in particular, from the beginning of the 20th century, an evolution of the penal and civil legal framework governing employment relations which no longer allows employers to obtain specific performance of employment agreements, as well as a modification of contractual practices which led to a relative fall into disuse of the fixed-term employment agreement in favor of the indefinite-term employment agreement. The author concludes that non-competition covenants emerge when they become useful to partly replace previous legal mechanisms that were used to control free access to work which have fallen into disuse. In light of French civil law which requires that monetary consideration be paid to employees in exchange for a non-competition covenant, the author argues that a non-competition covenant applicable after the termination of the employment relationship without monetary consideration is an obligation without cause that is therefore void under Quebec civil law.

### Keywords :

Non-competition covenant, freedom of work, unfree labour, right to work, liberation of workers, mobility of work, labour law, history of law, Quebec law, French law, seigneurial regime, slavery, association, contract of hiring of personal services, Masters and Servants Acts, cause of the obligation, monetary consideration of the non-competition covenant.

## INTRODUCTION

Ce mémoire porte sur la liberté du travail et l'émergence des clauses de non-concurrence au Québec. Il s'inscrit dans des débats philosophiques, économiques, politiques et historiques plus larges sur le travail libre, le travail forcé, l'émergence du salariat et la persistance et la recombinaison de formes d'asservissement dans les sociétés capitalistes modernes<sup>1</sup>. Du point de vue du droit, ce mémoire s'inscrit aussi dans des débats plus larges sur le droit *au* travail, comme le droit d'accéder au travail et le droit au maintien en emploi<sup>2</sup>. Parmi ces questions, la clause de non-concurrence peut apparaître à première vue comme un sujet marginal au regard du nombre de personnes soumises à ce régime juridique et de leur origine sociale. Ce travail défend cependant qu'elle ne doit pas être ignorée pour autant, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'elle touche semble-t-il une part de plus en plus substantielle des travailleurs et des travailleuses, que son application n'est pas restreinte aux catégories sociales les plus privilégiées et qu'elle donne lieu à un contentieux important. Aussi, pour mener à bien cette étude, j'ai voulu situer la clause de non-concurrence dans l'histoire plus large de la liberté du travail au Québec, c'est-à-dire mettre la clause de non-concurrence en rapport avec les autres instruments juridiques qui ont limité la liberté du travail dans la brève histoire de la société occidentale sur ce territoire. L'objectif était de comprendre comment et pourquoi la clause de non-concurrence émerge dans les rapports de travail au Québec. L'analyse à laquelle je me suis livrée est avant tout juridique, car elle porte principalement sur les instruments juridiques de contrôle du libre accès au travail. Elle comporte également un volet historique important, car au-delà de la présentation des mécanismes juridiques, j'ai cherché à montrer de quelle manière ils étaient utilisés et dans quel contexte à travers l'histoire du Québec.

Dans ma pratique d'avocat en droit du travail en cabinet, j'ai pu constater en première ligne à quel point les enjeux liés à la concurrence, au devoir de loyauté, à la sollicitation de la clientèle et d'employés, ainsi que le détournement d'informations confidentielles et de propriété intellectuelle reviennent

---

<sup>1</sup> Voir Alessandro Stanziani, *Les métamorphoses du travail contraint : Une histoire globale (XVIIIe-XIXe siècles)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2020; Yann Moulrier Boutang, « Accumulation primitive. Préhistoire ou histoire continuée du capitalisme? » (2005) 45 :79-80 Cahier d'études africaines 1069; Roger Botte, « Les habits neufs de l'esclavage. Métamorphoses de l'oppression au travail » (2005) 45 :179-180 Cahiers d'études africaines 651.

<sup>2</sup> Voir Dominic Roux, *Le principe du droit au travail, juridicité, signification et normativité*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005; Martin Gallié, Elsa Galerand et Andrée Bourbeau, « Le droit à la liberté face aux formes modernes de travail "non-libre" : le cas de l'obligation de résidence chez l'employeur », (2015) 45 RGD 95; Jeanne Ollivier-Gobeil, *Les nouvelles formes de servitude et le rôle du droit : le cas de la privation de mobilité des travailleurs agricoles migrants au Canada*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018.

fréquemment, que ce soit dans la rédaction des contrats de travail, les conventions accessoires au contrat de travail ou encore les litiges qui suivent la terminaison de la relation d'emploi. La clause de non-concurrence est en effet la source d'un important contentieux en droit de l'emploi au Québec. Chaque année, de nombreuses décisions sont rendues par la Cour supérieure et la Cour du Québec sur des demandes d'injonction ou en dommages fondées sur des clauses de non-concurrence. La toile de fond est souvent la même : un employeur saisit les tribunaux pour que son ancien employé et le nouvel employeur de ce dernier suspendent leur relation d'emploi. En cas d'échec du recours en injonction, la demande en justice est parfois convertie en un recours en dommages, par lequel l'ancien employeur demande à être dédommagé pour la perte subie en raison de la concurrence illégale de son ancien employé et de son nouvel employeur. Ces litiges sont souvent teintés par des aspects de concurrence déloyale, comme un détournement d'informations confidentielles par l'employé ou une violation de son devoir de loyauté, mais pas toujours. La violation de la clause de non-concurrence est fréquemment la seule cause d'action au soutien de la demande en justice de l'ancien employeur.

Mais au-delà de ce contentieux contemporain, il me semblait intéressant, à la suite d'autres travaux, d'étudier l'origine de cette clause, les causes de son déploiement, les arguments déployés en sa faveur ou pour s'y opposer et d'essayer d'identifier son devenir alors que plusieurs juridictions ont décidé de les supprimer au nom de la libre concurrence et de la liberté du travail.

## Définitions

Une clause de non-concurrence suppose une obligation pour le débiteur de ne pas faire concurrence au créancier de l'obligation de non-concurrence. En premier lieu, qu'est-ce que la concurrence? On peut la définir comme la compétition sur un même marché, où les acteurs en compétition cherchent à atteindre un but économique ou professionnel, essentiellement en offrant des produits ou des services qui visent à satisfaire des besoins identiques ou similaires d'une clientèle qu'ils chercheront à conquérir ou à conserver<sup>3</sup>. Cette compétition n'est possible pour les acteurs d'un marché que s'il existe pour eux une marge de liberté pour développer leurs activités<sup>4</sup>. La liberté de concurrence suppose donc que soient

---

<sup>3</sup> Voir Yves Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (Droit interne et communautaire)*, Paris (FR), Éditions Dalloz, 1991, à la p 1.

<sup>4</sup> *Ibid.*

reconnues la liberté de commerce, la liberté de travail et la liberté de contracter avec la clientèle pour que ces acteurs puissent atteindre leurs buts<sup>5</sup>.

L'obligation de non-concurrence relève ainsi à la fois du droit des personnes et du droit des biens. Elle concerne le droit des personnes, car elle limite les libertés individuelles du travail et du commerce, ce qui a pour effet de « venir limiter gravement le potentiel d'activité du débiteur de non-concurrence »<sup>6</sup>. Elle concernerait également le droit des biens, car sa fonction est entre autres de protéger directement ou indirectement la clientèle et l'entreprise du créancier de l'obligation de non-concurrence. Pour Yves Sierra, « le développement de l'obligation de non-concurrence est étroitement lié au mouvement qui tend à considérer les clientèles professionnelles comme des biens qui constitue l'un des traits marquants de la transformation du patrimoine moderne »<sup>7</sup>.

### **Les travailleurs assujettis aux clauses de non-concurrence**

Les clauses de non-concurrence constituent un enjeu social non négligeable : selon les données disponibles aux États-Unis, il semblerait qu'au moins 25% des travailleurs étatsuniens aient signé une clause de non-concurrence au cours de leur vie professionnelle et que cette proportion soit plus élevée dans certains secteurs économiques<sup>8</sup>. En 2014, les professeurs J.J. Prescott, Norman D. Bishara et Evan Starr ont réalisé un sondage pour mesurer l'expérience des travailleurs étatsuniens en lien avec les clauses de non-concurrence. Sur la base d'un échantillon de plus de 11 000 travailleurs répondants<sup>9</sup>, leur étude suggère que 18% de la main-d'œuvre étatsunienne est liée par une clause de non-concurrence<sup>10</sup>, ce qui représenterait 30 millions de travailleurs<sup>11</sup>. Même si les clauses de non-concurrence semblent être très

---

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, à la p 5.

<sup>7</sup> *Ibid.*, à la p 5.

<sup>8</sup> Voir Charles A. Sullivan, « Tending the Garden: Restricting Competition via Garden Leave » (2016) 37 BJELL 293, à la p 305; É-U, Office of Economic Policy, U.S. Department of the Treasury, « *Non-Compete Contracts : Economic Effects and Policy Implications* » (Mars 2016) à la p 6 (pdf), en ligne : < [https://home.treasury.gov/system/files/226/Non\\_Compete\\_Contracts\\_Economic\\_Effects\\_and\\_Policy\\_Implications\\_MAR2016.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/226/Non_Compete_Contracts_Economic_Effects_and_Policy_Implications_MAR2016.pdf) > [Office of Economic Policy].

<sup>9</sup> Voir J.J. Prescott, Norman D. Bishara et Evan Starr, « Understanding Noncompetition Agreements: The 2014 Noncompete Survey Project » (2016) Mich St L Rev 369.

<sup>10</sup> *Ibid.*, à la p 461.

<sup>11</sup> Voir Office of Economic Policy, *supra* note 8, à la p 3.

répandues chez les travailleurs cadres et haut placés dans la hiérarchie des entreprises<sup>12</sup>, l'Office of Economic Policy du Département du trésor des États-Unis, citant les travaux de Prescott, Bishara et Star, mentionne que « Although such agreements are less common among less-educated workers and lower-income workers, the fractions of these workers operating under one are still substantial »<sup>13</sup> : 14% des travailleurs américains gagnant moins de 40 000 \$ par année et 15% de ceux « without a four-year college degree » seraient liés par des clauses de non-concurrence<sup>14</sup>. Ces clauses sont à la fois l'histoire de l'entreprise Nortel qui indemnise Motorola pour 11.5 millions de dollars en 2005 pour libérer son chef de l'exploitation (COO) d'un engagement de non-concurrence<sup>15</sup>, et celle d'une entreprise exploitant un « marché aux puces » au Québec, qui obtient un jugement en 2017 condamnant Dolorès Cusson (f.a.s.l.n. Jack Bottes) à lui payer des dommages-intérêts de 206 \$ pour avoir déménagé son commerce dans un marché concurrent<sup>16</sup>. En somme, elles sont mobilisées pour restreindre la liberté d'action sur le marché du travail de travailleurs à la fois parmi les catégories sociales les plus privilégiées et celles au bas de l'échelle.

### Les effets des clauses de non-concurrence

La clause de non-concurrence est l'objet de controverses dans de nombreuses juridictions. Au cours des dernières années, cette question a notamment intéressé les auteurs étatsuniens qui publient sur les justifications, l'utilité et les effets socio-économiques des lois encadrant les clauses de non-concurrence<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Voir Orly Lobel, « Gentlemen Prefer Bonds : How Employers Fix the Talent Market » (2020) 59:3 Santa Clara L Rev 663, à la p 665.

<sup>13</sup> Voir Office of Economic Policy, *supra* note 8, à la p 6.

<sup>14</sup> *Ibid*, à la p 4. Pour l'analyse des données en tentant de cerner le profil des travailleurs concernés, voir Evan Starr, J.J. Prescott et Norman Bishara, « Noncompetes in the U.S. Labor Force » (2020) U of Michigan Law & Econ, Document de travail no. 18-013, 7 mai 2020, en ligne : [<https://ssrn.com/abstract=2625714>]; Kenneth G. Dau-Schmidt, Xiaohan Sun et Phillip J. Jones, « The American Experience with Employee Noncompete Clauses: Constraints on Employees Flourish and Do Real Damage in the Land of Economic Liberty » (2022) 42 Comparative Labour Law and Policy Journal 585.

<sup>15</sup> Voir Jonathan M. Barnett et Ted Sichelman, « The Case for Noncompetes » (2020) 87:4 U Chicago L Rev 953, à la note 67, p 973.

<sup>16</sup> Voir *Matharic PVM inc. (Boutiques Marcado 5 Étoiles) c. Cusson (Jack Bottes)*, 2017 QCCQ 5196.

<sup>17</sup> Voir par ex Norman D. Bishara et Evan Starr, « The Incomplete Noncompete Picture » (2016) 20 Lewis & Clark L Rev 497 [Bishara, « **Incomplete** »]; Prescott, *supra* note 9; Sullivan, *supra* note 8; Robert W. Gomulkiewicz, « Leaky Covenants-Not-to-Compete as the Legal Infrastructure for Innovation » (2015) 49 UC Davis L Rev 251; On Amir et Orly Lobel, « Driving Performance: A Growth Theory of Noncompete Law » (2013) 16 Stan Tech L Rev 833; Catherine Fisk et Adam Barry, « Contingent Loyalty and Restricted Exit: Commentary on the Restatement of Employment Law » (2012) 16 Emp Rts & Emp Pol'y J 413; Rachel Arnov-Richman, « Cubewrap Contracts and Worker Mobility: the Dilution of Employee Bargaining Power via Standard Form Noncompetes » (2006) Mich St L Rev 963.

Les positions vont, d'un côté du spectre, des partisans d'une interdiction totale des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail, à ceux d'une liberté contractuelle large de l'autre. Il semble y avoir de plus en plus d'études sur la question, même s'il demeure difficile de dresser un portrait d'ensemble des effets socio-économiques de ces clauses<sup>18</sup>.

Les opposants aux clauses de non-concurrence font valoir que :

1. Elles réduisent la mobilité de la main-d'œuvre, notamment par leur effet *in terrorem*<sup>19</sup>;
2. Elles accentuent le déséquilibre inhérent du pouvoir de négociation entre les employeurs et employés, menant à de plus bas salaires durant l'emploi<sup>20</sup>;
3. Elles peuvent inciter des travailleurs qui démissionnent et qui acceptent de respecter les termes de la clause à changer de domaine de travail, ce qui entraîne une perte d'expertise pour eux et la société<sup>21</sup>;
4. Elles peuvent être utilisées de manière abusive par des employeurs à l'égard de travailleurs au bas de l'échelle qui sont souvent peu informés de leurs droits, notamment dans des états où ces clauses sont illégales<sup>22</sup>;

---

<sup>18</sup> Voir Bishara, *Incomplete*, *supra* note 17, aux pp 500-1 (Les auteurs ont étudié 24 études empiriques de clauses de non-concurrence et constatent que les études sur la question sont de plus en plus nombreuses, mais que la prévalence et les conséquences socio-économiques des clauses de non-concurrence aux États-Unis demeurent mal comprises. Ces études n'offrent pas une vue d'ensemble de la question, car elles demeurent dispersées géographiquement et selon diverses disciplines, traitant d'enjeux aussi variés que l'innovation, la mobilité des travailleurs, l'investissement en ressources humaines et en formation, l'entrepreneuriat, ainsi que du rôle des clauses de non-concurrence sur l'économie d'agglomérations entières).

<sup>19</sup> Voir Arnow-Richman, *supra* note 17, aux pp 980-4; Matt Marx, Deborah Strumsky et Lee Fleming, « Mobility, Skills, and the Michigan Non-Compete Experiment », (2009) 55:6 *Management Science* 875, à la p 875; Harlan M. Blake, « Employee Agreements not to Compete » (1960) 73 *Harv L Rev* 625, aux pp 682-3; Matthew S. Johnson, Kurt Lavetti et Michael Lipsitz, « The Labour Market Effects of Legal Restrictions on Worker Mobility », *Social Science Research Network*, 2020, en ligne : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3455381](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3455381)>; É-U, Federal Trade Commission, « *Fact Sheet: FTC Proposes Rule to Ban Noncompete Clauses, Which Hurt Workers and Harm Competition* » (5 janvier 2023), en ligne : <<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/federal-register-notice/non-compete-clause-rulemaking>>.

<sup>20</sup> Voir Arnow-Richman, *supra* note 17, aux pp 983-4; Office of Economic Policy, *supra* note 8 aux pp 3-4; Natajaran Balasubramanian et al., « Locked In? The Enforceability of Covenants Not to Compete and the Careers of High-Tech Workers » (2017), US Census Bureau Center for Economic, Document de travail no CES-WP-17-09, en ligne : [<https://perma.cc/3SBZ-UJD8>]; Johnson, *supra* note 19.

<sup>21</sup> Voir Office of Economic Policy, *supra* note 8, à la p 3.

<sup>22</sup> *Ibid*, à la p 4; Prescott, *supra* note 9.

5. Elles nuisent à la concurrence, à la diffusion des connaissances d'une entreprise à l'autre et à la croissance de l'économie<sup>23</sup>;
6. Elles créent de l'incertitude pour toutes les parties impliquées, puisque ces clauses sont souvent déclarées illégales au terme du litige, et génèrent un processus judiciaire inefficace<sup>24</sup>;
7. Elles ont des effets négatifs sur la motivation et la performance des employés au travail. Ceux-ci peuvent être moins motivés à investir dans le développement de leurs habiletés professionnelles, étant donné qu'elles sont moins susceptibles d'intéresser un concurrent en raison de la clause de non-concurrence<sup>25</sup>;
8. Elles favorisent le harcèlement sexuel au travail, en obligeant des employés à demeurer dans un environnement de travail hostile (malgré que le harcèlement constituerait probablement en soi un motif de non-application de la clause)<sup>26</sup>, une récente étude ayant identifié une corrélation entre le taux de plaintes de harcèlement sexuel en milieu de travail et la permissivité des lois encadrant les clauses de non-concurrence dans les états américains<sup>27</sup>;
9. Elles peuvent entraîner une forme d'évasion fiscale, lorsque des employeurs déduisent immédiatement de leurs revenus l'ensemble de la rémunération payée à un employé durant la relation d'emploi, alors qu'une partie de celle-ci devrait être attribuée à la clause de non-concurrence qui constitue un bénéfice futur<sup>28</sup>; et

---

<sup>23</sup> Voir R. J. Gilson, « The Legal infrastructure of high technology industrial districts: Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete » (1999) 74:3 NYUL Rev 575; Office of Economic Policy, *supra* note 8, aux pp 3-4.

<sup>24</sup> Voir Jason Mercier, « Perdu dans le labyrinthe et retrouvé dans le jardin : la problématique des clauses restrictives dans les contrats d'emploi dans les provinces de common law au Canada » (2016) 47:1 Ottawa L Rev 179.

<sup>25</sup> Voir Amir, *supra* note 17.

<sup>26</sup> Voir Raquel Flynn, « Non-compete Agreement Got You Stuck in Sexual Harassment? #MeToo: An Analysis of the Correlation Between Non-Compete Agreements and Sexual Harassment », (2019) 49:1 University of Baltimore Law Review 95, aux pp 104-105.

<sup>27</sup> *Ibid*, à la p 95 : « However, many are unaware of the correlation between non-compete laws and the prevalence of sexual harassment. In fact, in the state that has the most lenient non-compete laws, the ratio of reported sexual harassment claims to the population is approximately ten times higher than that of the state with the strictest non-compete laws ».

<sup>28</sup> Voir Rebecca N Morrow, « Noncompetes as Tax Evasion » (2018) 96 :2 Wash ULO 265, à la p 335 :

« When an employer obtains a noncompete agreement from its employee, it obtains an intangible asset that will benefit the employer primarily after the employment relationship ends, and gradually over the restricted period. As the employer benefits, both the employee and the public suffer. Thus, it is disappointing that, quietly and carelessly, the IRS allows employers to take a tax subsidy for subjecting and ever-increasing

10. Elles perpétuent des inégalités économiques, en ayant un effet disproportionné sur les femmes, les minorités et les travailleurs plus âgés. Pour certaines de ces catégories de travailleurs par rapport à d'autres, les clauses de non-concurrence peuvent notamment avoir un effet dissuasif plus important, elles peuvent réduire davantage les opportunités de travail, tout gain monétaire lié à une clause de non-concurrence peut être réparti inégalement entre certaines catégories de travailleurs et elles peuvent faciliter la discrimination de la part de certains employeurs au détriment de certains groupes<sup>29</sup>.

Les partisans des clauses de non-concurrence avancent quant à eux notamment que :

1. Elle stimulent l'investissement des entreprises dans la formation de leurs employés et dans la recherche et le développement<sup>30</sup>;
2. Elles permettent la protection des secrets industriels<sup>31</sup>; et
3. Elles permettraient le libre partage d'informations confidentielles au sein d'une entreprise, sans avoir à ériger des barrières internes improductives à la circulation de l'information confidentielle et à la création de liens entre la clientèle et les employés de l'entreprise<sup>32</sup>.

Il s'agit sans aucun doute d'un débat complexe<sup>33</sup>. Il a été récemment synthétisé de manière fouillée par les professeurs Jonathan M. Barnett et Ted Sichelman<sup>34</sup> en réaction à un fort mouvement réformateur des

---

number of American workers to noncompetes. This subsidy occurs when employers immediately deduct the full compensation they pay to employees subject to noncompete agreements as though that compensation was not even partially associated with their acquisition of future benefits ».

<sup>29</sup> Voir Lobel, *supra* note 12; Johnson, *supra* note 19.

<sup>30</sup> Voir Blake, *supra* note 19, à la p 627; Georges Audet et al, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, 3<sup>e</sup> édition, Cowansville (Qc), Yvon Blais (feuilles mobiles, mises à jour 26:2 au 1<sup>er</sup> mai 2018), ch 10, à la p 10-1.

<sup>31</sup> Voir Blake, *supra* note 19.

<sup>32</sup> *Ibid.*; Sullivan, *supra* note 8, à la p 306.

<sup>33</sup> Voir Amir, *supra* note 17, à la p 836 :

« Such is the noncompete puzzle. The law of postemployment restriction must strike the optimal balance between encouraging investment in human capital, training, research and development, and promoting the productive use of the fruits of this investment. As a society, we want the law of noncompetes to incentivize both investment in and use of skill and knowledge. And as with information, more so with people: incentives and benefits are complex and textured ».

<sup>34</sup> Voir Barnett, *supra* note 15.

clauses de non-concurrence, voire abolitionniste, chez les politiciens et les auteurs étatsuniens<sup>35</sup>. La thèse de ces auteurs, que l'on peut classer dans le clan des « partisans » des clauses de non-concurrence, est que d'un point de vue économique, il n'y a pas d'arguments fondés sur une base théorique ou empirique suffisante qui justifieraient l'interdiction des clauses de non-concurrence. En l'absence de données indiquant clairement quels sont les effets économiques des clauses de non-concurrence et qui justifieraient une réforme, ils défendent le maintien de leur traitement traditionnel par la common law<sup>36</sup>. Ils écrivent que « [j]ust like the apprentice contract », la clause de non-concurrence peut créer des gains d'efficacité conjoints en permettant l'établissement d'une relation d'emploi qui n'aurait autrement pas eu lieu<sup>37</sup>. Ils font aussi valoir que même si l'absence de clause de non-concurrence n'empêchait pas nécessairement l'employeur de procéder à l'embauche d'un employé donné, la relation d'emploi pourrait subir les *distorsions* suivantes :

1. L'employeur pourrait être incité à modifier l'allocation interne de ses équipes, pour réduire au minimum les risques de fuite d'informations découlant d'un départ d'employé;
2. L'employeur pourrait favoriser la formation des employés « toward the cultivation of firm-specific human capital » pour maximiser la valeur de l'employé chez l'employeur, mais minimiser sa valeur sur le marché du travail et pour ses concurrents; et
3. L'employeur pourrait sous-investir en recherche et développement en allouant plutôt ces ressources à des activités qui ne génèrent pas d'informations confidentielles de valeur, susceptibles d'être transmises à un concurrent<sup>38</sup>.

Ils jugent qu'un employeur qui subit le départ d'un employé supporte potentiellement les *coûts* suivants :

1. L'employeur perd l'investissement effectué dans la formation de l'employé;

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, aux pp 958-62.

<sup>36</sup> *Ibid.*, à la p 1046. Ils précisent néanmoins que leur étude est axée sur les effets des clauses de non-concurrence sur l'innovation technologique et qu'en conséquence ils « generally ignore the distributional (and autonomy-related) effects of non-competes », mais que leur intention n'est pas de diminuer l'importance de ces aspects dans l'articulation de politiques publiques. *Ibid.*, à la p 962, note 32.

<sup>37</sup> *Ibid.*, à la p 971.

<sup>38</sup> *Ibid.*

2. L'employé pourrait transmettre de l'information confidentielle et exclusive appartenant à l'employeur à un compétiteur; et
3. L'employeur doit supporter des coûts pour recruter et former un employé remplaçant, ce qui peut déclencher une nouvelle chaîne de transmission d'information confidentielle et exclusive susceptible de fuir à nouveau chez un compétiteur<sup>39</sup>.

Quelques juridictions encadrent sévèrement l'utilisation des clauses de non-concurrence dans les rapports d'emploi<sup>40</sup>. En 2021, l'Ontario a modifié l'*Employment Standards Act, 2000* pour interdire les clauses de non-concurrence entre la plupart des employeurs et employés<sup>41</sup>, devenant ainsi la première juridiction au Canada à le faire. Au Québec, des mesures plus timides ont déjà été adoptées dans le secteur des agences de placement de personnel, afin de limiter l'interdiction d'embauche du travailleur de l'agence de placement par l'entreprise cliente à une durée de 6 mois suivant le début de son affectation<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ibid*, à la p 970.

<sup>40</sup> Notamment les états de la Californie, du Nord Dakota et de l'Oklahoma qui interdisent les clauses de non-concurrence visant des personnes physiques dans la plupart des circonstances. Voir Barnett, *supra* note 15, à la p 958. Au moment du dépôt de ce mémoire, la Federal Trade Commission des États-Unis a adopté un projet de règlement final visant à interdire les clauses de non-concurrence partout au pays pour la plupart des employés, lequel doit entrer en vigueur dans un délai de 120 jours suivant sa publication. Voir le communiqué de presse du 23 avril 2024, en ligne : <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2024/04/ftc-announces-rule-banning-noncompetes>>.

Notons également le cas de la France, où dans un arrêt du 10 juillet 2002, la Cour de cassation s'est basée sur le « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle » et sur le libellé de l'ancien article L. 1121-1 du *Code du travail* (L. 120-2) pour imposer l'exigence qu'une contrepartie monétaire soit versée à l'employé durant la période d'application de la clause de non-concurrence comme condition de sa validité. Voir *Barbier c. Maine Agri SA*, Cass sociale, 10 juillet 2002, [2002] Bull civ V 239, n° 00-45.135.

<sup>41</sup> *An Act to amend various statutes with respect to employment and labour and other matters*, chapitre 35, *Statutes of Ontario*, 2021. Voir David J. Doorey, « The Doctrine of Inequality of Bargaining Power and Non-Competition Clauses in Canadian Employment Law » (17 juillet 2023), disponible en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=4513296>>.

<sup>42</sup> *Règlement sur les agences de placement de personnel et les agences de recrutement de travailleurs étrangers temporaires*, chapitre N-1.1, r. 0.1, par. 23 (2); Elise Morissette, « Les clauses restrictives d'emploi : le regard des travailleuses et travailleurs d'agences de placement », dans *Développements récents en droit du travail (2020)*, vol 475, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2020, à la p 149. Dans ce texte, l'auteure publie les résultats préliminaires d'une recherche de terrain (réalisée dans le cadre d'un mémoire de maîtrise) auprès de travailleurs d'agences de placement, dont les contrats de travail contiennent des clauses contractuelles restrictives.

## Objet et hypothèse

L'obligation de non-concurrence apparaît ainsi au carrefour d'intérêts économiques d'acteurs sur un marché qui sont en concurrence entre eux : pour atteindre leurs objectifs économiques, certains acteurs ont intérêt à limiter la liberté de travail d'autres acteurs avec qui ils sont en relation.

Ce n'est pas nouveau et il existe de multiples formes de limitation de la liberté de travail. Historiquement on peut penser au servage, au livret de circulation, aux guildes, etc. De manière contemporaine, il y a par exemple la privation de mobilité des travailleurs agricoles migrants au Canada<sup>43</sup> ou encore l'interdiction aux agences de placement de personnel de fournir au réseau de la santé les services d'un travailleur ayant été à l'emploi du réseau de la santé dans les 90 jours précédents son affectation, laquelle a été imposée durant l'état d'urgence sanitaire lié à la pandémie de COVID-19<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Voir Ollivier-Gobeil, *supra* note 2; Gallié, *supra* note 2.

<sup>44</sup> Arrêté 2022-030 du 31 mars 2022 du ministre de la Santé et des Services sociaux du Québec, en ligne : [<https://cdn-contenu.quebec.ca/cdn-contenu/adm/min/sante-services-sociaux/publications-adm/lois-reglements/AM-2022-030.pdf?1648746082>] : « QU'il soit interdit à tout prestataire de services et à toute agence de placement de personne : 1<sup>o</sup> de fournir à un organisme du secteur de la santé et des services sociaux les services d'un prestataire de services qui a ou a eu un lien d'emploi avec un tel organisme dans les 90 jours précédant le début de son affectation ». Le gouvernement du Québec a d'ailleurs récemment resserré l'étau sur les agences de placement de personnel et la possibilité des travailleurs de la santé de travailler pour elles via la *Loi limitant le recours aux services d'une agence de placement de personnel et à de la main-d'œuvre indépendante dans le secteur de la santé et des services sociaux*, LQ 2023, c. 8.

En situant les restrictions à la liberté de travail dans le contexte du droit *au* travail et en comprenant que les dispositions qui suivent ont des objectifs différents des restrictions qui font l'objet de ce mémoire, on pourrait aussi penser aux dispositions anti-briseurs de grève prévues aux articles 109.1 à 110.1 du *Code du travail*, RLRQ c C-27, aux restrictions territoriales à l'embauche de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction ou encore aux dispositions des conventions collectives du réseau de la santé qui limitent indirectement la mobilité des travailleurs en leur faisant perdre le bénéfice de leur ancienneté lorsqu'ils vont travailler pour un autre CISSS ou CIUSSS que celui où ils ont accumulé leur ancienneté. Notons que ces deux derniers points ont fait récemment l'objet de réformes législatives : voir PL 51, *Loi modernisant l'industrie de la construction*, 1<sup>ère</sup> session, 43<sup>e</sup> législature, Québec, 2024; *Loi visant à rendre le système de santé et de services sociaux plus efficace*, LQ 2023, c. 34. Dans le premier cas, on cherche à assouplir les restrictions liées à la mobilité territoriale et aux tâches exclusives des différents métiers des travailleurs de l'industrie de la construction. Dans le second cas, en créant un employeur unique dans le réseau de la santé, le gouvernement se trouve à reconnaître la pleine ancienneté des travailleurs de la santé partout au Québec, même en cas de changement de lieu de travail.

En d'autres termes, la clause de non-concurrence n'est qu'un exemple parmi divers outils juridiques qui, à travers l'histoire et jusqu'à ce jour, ont cherché à restreindre la « liberté de travail » pour limiter la mobilité des travailleurs.

Dans ce contexte, et à la suite d'autres travaux, ce mémoire propose de situer le développement des clauses de non-concurrence au Québec en particulier dans leur contexte historique et les transformations économiques. Plus précisément, l'objectif de ce mémoire est de tenter de comprendre l'émergence de la clause de non-concurrence dans l'histoire des rapports de travail québécois : comment et pourquoi émerge-t-elle et devient-elle aussi répandue? Aussi, il souhaite également contribuer à expliquer comment et pourquoi le droit civil en est venu à tolérer qu'un travailleur soit privé (de sa capacité à gagner sa vie pendant une période donnée, sans qu'il ne soit par ailleurs compensé pour sa perte de revenus.

L'hypothèse qui a été à la base de ce mémoire de maîtrise est que la clause de non-concurrence au Québec suit un parcours historique similaire à celle qu'elle suit au Royaume-Uni, décrit par le professeur Harlan Blake<sup>45</sup> : elle émerge lorsqu'elle devient utile pour contrôler la mobilité de certains travailleurs suivant la transformation de l'économie, du marché du travail et la tombé en désuétude de précédents mécanismes juridiques de contrôle de la mobilité des travailleurs. Pour le créancier de l'obligation de non-concurrence, elle présenterait un intérêt économique très semblable à celui des mécanismes de contrôle de la mobilité des travailleurs qui l'ont précédée jusqu'à la fin du 18<sup>e</sup> siècle.

Par ailleurs, alors que la littérature sur le sujet abonde aux États-Unis sur l'évolution et les effets socio-économiques des clauses de non-concurrence, je n'ai pas identifié au Québec d'auteurs qui ont étudié spécifiquement le lien qui pourrait exister entre l'évolution historique du contrôle de la mobilité des travailleurs et l'émergence ou l'utilisation des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail<sup>46</sup>. Je n'ai pas non plus identifié d'étude portant sur les catégories de travailleurs visés par les clauses de non-concurrence ou la prévalence de ces clauses dans les contrats de travail québécois, à l'exception du secteur

---

<sup>45</sup> Voir Blake, *supra* note 19.

<sup>46</sup> Voir toutefois Mercier, *supra* note 24, aux pp 189-90, qui voit un lien entre les sanctions pénales sévères envers les employés pour rupture du contrat de travail et le peu de jurisprudence portant sur les clauses de non-concurrence au 19<sup>e</sup> siècle; Ian C. Pilarczyk « The Law of Servants and the Servants of the Law: Enforcing Masters' Rights in Montreal, 1830-1845 », (2001) 46 McGill L J 779, aux pp 827-8 [Pilarczyk, « **Masters** »], qui note que ce régime pénal du 19<sup>e</sup> siècle comporte manifestement des implications de concurrence déloyale lorsqu'il est instrumentalisé par l'employeur abandonné à l'égard du nouvel employeur.

des travailleurs d'agences de placement<sup>47</sup>. La doctrine québécoise sur le sujet des clauses de non-concurrence est certes relativement abondante, mais elle semble presque exclusivement être issue d'avocats praticiens et se confiner à des analyses de cas d'espèce de la jurisprudence<sup>48</sup>. Néanmoins, depuis les années 1970, plusieurs auteurs québécois affirment que l'utilisation des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail augmente, mais sans fournir de données précises<sup>49</sup>.

## Démarche

Pour tenter de mieux cerner l'émergence de la clause de non-concurrence au Québec, j'utiliserai dans les deux premiers chapitres de ce mémoire un point de vue « externe modéré » au droit<sup>50</sup>, ainsi qu'une méthode qui relève à la fois d'une méthode historique et d'une méthode interdisciplinaire non empirique juridique et sociologique. Bien humblement inspiré de la démarche du sociologue Robert Castel dans son ouvrage *Les métamorphoses de la question sociale*<sup>51</sup>, où il annonce en avant-propos vouloir rendre intelligible la vulnérabilité contemporaine du salariat par le contraste qu'apporte son histoire<sup>52</sup>, je souhaite

---

<sup>47</sup> Voir Morissette, *supra* note 42.

<sup>48</sup> Voir parmi la doctrine la plus récente : Maude Grenier et Frédéric Desmarais, « Quand la clause de jardinage (« garden leave ») tombe dans le terrier du lapin civiliste : Alice est-elle au pays des merveilles? Histoire d'une clause potentiellement restrictive » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit du travail (2020)*, vol 475, Montréal, (QC), Éditions Yvon Blais, 2020, p 181; Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2019)*, vol 459, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2019; Audet, *supra* note 30, aux pp 10-1 à 10-126.

<sup>49</sup> De 1975 à 1992 à 2008, on trouver un discours est similaire. Voir Nicole L'Heureux, *Précis de droit commercial du Québec*, 2<sup>e</sup> édition, Québec (Qc), Les presses de l'Université Laval, 1975, à la p 103 : « De plus en plus fréquemment dans les contrats de louage de services ou de vente d'entreprise, on retrouve une clause de non-concurrence (...) »; Clément Gascon, « Les récents développements en matière de clauses restrictives d'emploi » dans *Développements récents en droit du travail (1992)*, Cowansville (QC), Les Éditions Yvons Blais, 1992, p 109, à la p 111 : « De plus en plus, nous retrouvons de telles clauses restrictives dans les contrats individuels de travail conclus entre un employeur et un employé. (...) Les articles et publications récents de même que de nombreuses décisions rendues par les tribunaux sur de telles questions confirment la prolifération de ces clauses restrictives dans les contrats individuels de travail »; Nathalie-Anne Béliveau, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence dans les contrats d'emploi : synthèse » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents sur la non-concurrence (2008)*, vol 289, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2008, à la p 3 [Béliveau, « **Synthèse** »] : « Aux prises avec le spectre d'une main-d'œuvre à la fois volatile et raréfiée et désireux d'assurer la protection des informations confidentielles de l'entreprise et la rétention de leur clientèle, un nombre croissant d'employeurs envisagent de restreindre ou d'éradiquer la concurrence dont ils sont susceptibles de faire l'objet de la part de leurs employés ou de ceux qui ne sont plus à leur service par la signature de clauses restrictives d'emploi ».

<sup>50</sup> Voir François Ost et Michel Van de Kerchove, « *De la scène au balcon. D'où vient la science du droit?* », dans François Chazel et Jacques Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p 67, aux pp 72-7.

<sup>51</sup> Voir Robert Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris, Fayard, 1995.

<sup>52</sup> *Ibid*, à la p 12.

tenter de rendre intelligible la clause de non-concurrence contemporaine à travers le prisme de l'histoire juridique du contrôle de la mobilité des travailleurs québécois. Surtout, tenter de montrer « ce qui distingue – c'est-à-dire : que comport[e] à la fois de différent et de commun »<sup>53</sup> la clause de non-concurrence du contrat de travail contemporain des autres outils juridiques qui ont été utilisés depuis le 14<sup>e</sup> siècle en Occident et au Québec pour contrôler la mobilité des travailleurs.

La démarche consiste à identifier, à travers l'histoire juridique de l'encadrement du travail au Québec, les lois et pratiques juridiques qui ont eu pour effet de nier ou de limiter la mobilité des travailleurs, plus particulièrement les sanctions prévues par le droit à l'égard de la possibilité pour un travailleur de quitter la personne qu'il sert pour aller travailler pour un concurrent, comme le ferait une clause de non-concurrence moderne. Par exemple, en combinant la pratique de conclure des contrats de travail à longue durée déterminée (à l'époque des contrats de louage de services), comme c'était le cas en Nouvelle-France au 17<sup>e</sup> siècle<sup>54</sup>, à des ordonnances comme celle du 11 mai 1676 qui punissent sévèrement par le châtiment corporel la désertion<sup>55</sup>, le droit du travailleur concerné de quitter son employeur pour lui faire concurrence est pour ainsi dire inexistant pendant toute la durée du long contrat de travail. Le même raisonnement peut être appliqué à l'égard de divers lois et règlements municipaux québécois du 19<sup>e</sup> siècle qui punissaient l'employé qui désertait son service avant l'expiration du contrat par la maison de correction, la prison ou l'amende<sup>56</sup>. Il n'y a pas là de clause de non-concurrence en tant que telle, mais peut-être simplement parce qu'elles ne sont pas nécessaires : l'ensemble du cadre juridique nie concrètement toute possibilité de faire concurrence avant la fin du contrat de travail de longue durée.

---

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> Voir Sylvie Dépatie, « Maîtres et domestiques dans les campagnes montréalaises au XVIII<sup>e</sup> siècle : Bilan préliminaire » (2008) 27:4 Histoire, Économie & Société 51, aux pp 52-3.

<sup>55</sup> Voir Marie-France Bich, « Le droit du travail québécois : genèse et génération » dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Les Éditions Yvons Blais inc., Cowansville (Qc), 1993, p 515, [Bich, « **Genèse** »], à la p. 520, à la note 23, citant *Loix de Police, Relevé des Édits, Déclarations, Arrêts Ec. des Rois de France, Réglemens du Conseil Supérieur, et des Intendants du Canada, qui ont eu force de loi dans toute la province de Québec*, By a Select Committee of Canadian Gentleman, London, Charles Eyre et William Straham, 1772, à la p 20, ordonnance du 11 mai 1676, article XXXI.

<sup>56</sup> Voir Bich, *Genèse*, *supra* note 55, aux pp 524-8; Paul Craven, « Canada, 1670-1935 » dans Douglas Hay et Paul Craven, dir., *Masters, Servants, and Magistrates in Britain and the Empire, 1562-1955*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill (US) et London, 2004, p 175, à la p 189; Pilarczyk, « Masters », *supra* note 46.

Il s'agit à chaque étape de cette revue historique d'identifier ce « complex cluster » de droits, libertés et pouvoirs de chaque intervenant (travailleurs, employeurs et l'état)<sup>57</sup>, afin de déterminer l'existence d'instruments juridiques qui visent à limiter la liberté de travail pour restreindre la mobilité des travailleurs. L'exercice consiste aussi à identifier ces phases de transition historique, où l'utilisation de la clause de non-concurrence s'accroît dans le contexte du travail et de vérifier si l'émergence de cette utilisation est contemporaine à l'abolition ou à la tombée en désuétude d'autres instruments juridiques de contrôle de la mobilité des travailleurs<sup>58</sup>. Pour reprendre le mot de Castel, l'exercice consiste à tenter de comprendre la *métamorphose*<sup>59</sup> du contrôle de la mobilité du travail, dont la clause de non-concurrence du contrat de travail moderne serait l'une des facettes.

Dans le troisième chapitre, centré sur l'analyse et l'évolution des dispositions légales et de la jurisprudence, j'adopterai en revanche un point de vue interne au droit. D'abord, pour présenter les régimes québécois et français contemporains de la clause de non-concurrence et leurs principales distinctions. Puis, pour évaluer certains arguments juridiques qui pourraient potentiellement être soulevés pour remettre en question la validité de la clause de non-concurrence et plus particulièrement l'absence de cause à l'obligation de non-concurrence qui ne comporte pas de contrepartie monétaire. La comparaison avec le droit français se justifie pour les raisons suivantes. D'abord, bien que le régime de la *common law* ait fort probablement eu une influence significative sur le droit québécois régissant la clause de non-concurrence, cette dernière est formellement régie par le droit civil, lequel est de tradition civiliste française. Pour comprendre l'évolution du droit civil québécois sur cette question, il peut être pertinent de se pencher sur la façon dont le droit civil français a évolué en parallèle. Deuxièmement, mobiliser le droit français permet de constater que ces deux régimes étaient très similaires jusqu'en 2002, année où

---

<sup>57</sup> Voir Judy Fudge et Eric Tucker, « The Freedom to Strike in Canada : A Brief Legal History » (2009) 15 Canadian Lab & Emp LJ 333, citant Carl Wellman, « Upholding Legal Rights » (1975) 86 Ethics 49, à la p 52, cité dans T. Campbell, *Rights: A Critical Introduction*, Abingdon and New York, Routledge, 2006, à la p 88.

<sup>58</sup> Voir par exemple Blake, *supra* note 19, à la p 638.

<sup>59</sup> Voir Castel, *supra* note 51, à la p 16 :

« "Métamorphose" : dialectique du même et du différent : dégager les transformations historiques de ce modèle, souligner ce que ses principales cristallisations comportent à la fois de nouveau et de permanent, fût-ce sous des formes qui ne les rendent pas immédiatement reconnaissables. (...) Cependant, il s'agira de montrer que, premièrement, les populations qui peuplent ces « zones » occupent de ce fait une position homologue dans la structure sociale. (...) Deuxièmement, que les processus qui produisent ces situations sont également comparables, c'est-à-dire homologues dans leur dynamique et différents dans leurs manifestations. (...) Troisièmement, qu'on n'assiste pas pour autant au déroulement d'une histoire linéaire dont l'engendrement des figures assurerait la continuité. C'est au contraire à s'étonner devant les discontinuités, des bifurcations, des innovations, qu'il faudra se résoudre. »

le droit français bifurque en imposant la nécessité d'une contrepartie monétaire à être versée par l'employeur durant l'application de l'obligation de non-concurrence. Finalement, la façon dont le droit civil dispose de la clause de non-concurrence est nécessairement liée à son déploiement dans le marché, puisque les acteurs modifieront leur comportement selon les règles du jeu. Il est évident qu'une clause de non-concurrence qui comporte un coût monétaire significatif pour l'employeur en raison des exigences du droit civil sera stipulée beaucoup moins fréquemment au contrat de travail que si elle est une obligation qui est à toutes fins pratiques « gratuite », c'est-à-dire que l'employeur peut l'acquérir sans avoir à encourir de coût supplémentaire, simplement en l'insérant au projet de contrat de travail qu'il proposera à l'employé. En ce sens, étudier l'état du droit québécois et sa possible évolution à l'image du droit français peut permettre de mieux comprendre l'émergence et le déploiement des clauses de non-concurrence dans le passé et pour l'avenir. En effet, deux tendances récentes émergent dans ce domaine du droit : l'interdiction pure et simple des clauses de non-concurrence pour la plupart des employés ou la nécessité d'une contrepartie monétaire comme condition de leur validité. Étant donné que le législateur québécois ne semble pas envisager cette première option, approfondir le cas français peut offrir des pistes intéressantes pour un législateur qui souhaiterait maintenir les clauses de non-concurrence dans les rapports de travail, tout en évitant de priver les travailleurs de toute source de revenu.

### **Structure du mémoire**

Ce mémoire est divisé en trois chapitres.

Le chapitre 1 est consacré à mettre en perspective l'émergence de la liberté de travail et le contrôle de la mobilité des travailleurs. À cette fin, je traiterai d'abord de certains passages du *Capital* de Karl Marx portant sur le contrat de travail, la circulation de la force de travail et la liberté de travail. Cela permettra d'introduire l'analyse de Robert Castel sur l'émergence de l'institution juridique du « libre accès au travail » en Europe et de la réaction des pouvoirs en place qui chercheront à la freiner. Je résumerai finalement le texte du professeur Harlan Blake sur l'émergence des clauses de non-concurrence et de leur traitement juridique par les tribunaux anglais à compter du 15<sup>e</sup> siècle.

Le chapitre 2 est consacré à l'analyse historique des outils juridiques de contrôle de la mobilité des travailleurs appliqués au Québec, de l'époque de la Nouvelle-France jusqu'au début du 20<sup>e</sup> siècle. Pour ce faire, je passerai en revue les différents mécanismes visant à encadrer juridiquement le « travail » au sens

large et plus particulièrement en repérant les instruments juridiques ou les pratiques susceptibles de contrôler la mobilité des travailleurs<sup>60</sup>.

Le chapitre 3 est d'abord consacré au contentieux québécois des clauses de non-concurrence du début du 20<sup>e</sup> siècle. Je ferai ensuite une analyse comparative du droit civil québécois et français contemporain encadrant les clauses de non-concurrence. L'accent sera mis sur la principale distinction entre le régime québécois et français, soit la contrepartie monétaire versée à l'employé durant la période d'application de l'obligation de non-concurrence après l'emploi. Je conclurai ce chapitre par une réflexion sur la possibilité que le droit québécois puisse évoluer sur cette question de la contrepartie, à l'image du droit français : j'analyserai si l'absence de *cause* à l'obligation de non-concurrence pourrait permettre d'attaquer la validité des clauses de non-concurrence ne comportant pas de contrepartie monétaire.

---

<sup>60</sup> La doctrine québécoise la plus ancienne que j'ai pu repérer est celle citée dans L'heureux, *supra* note 49, à la p 128, soit : A. Perrault, *Traité de droit commercial*, Tome 2, Montréal Éditions Albert Lévesque, 1936, à la p 636; A. Perreault, « Liberté du commerce et du travail, a. 13, 989, 990, 1667 C.c. », (1943) 3 R du B 279; Léon Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, Tome 12, Montréal, Wilson & Lafleur, 1951; J. G. Cardinal, « Clause restrictive quant à l'exercice d'une profession » (1958) 61 R du N 330; C.A. Sheppard, « The Enforcement of Restrictive Covenants in Quebec law » (1963) 23 R du B 311; A. Cossette, « Clauses restrictives et prohibitives dans un contrat de louage de services » (1967) 69 R du N 390; Abraham Slawner, « Restraint of Individual Liberty in Contracts of Employment » (1967) 13 MCGill LJ 521; Peter M. Blaikie, « Restrictive Covenants : Conflicting Views in the Court of Appeal » (1968) 14 MCGill LJ 120; Y. Marcoux, « Covenants not to compete in Common Law » (1969) 10 C de D 251.

## CHAPITRE 1

### LA LIBÉRATION DU TRAVAIL ET LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Ce premier chapitre vise à établir le cadre théorique de mon analyse. Il s'agit de revenir sur le travail d'auteurs importants sur le contrôle juridique de la mobilité des travailleurs dans le contexte de la dissolution du régime féodal et de l'émergence du capitalisme.

D'abord, je résumerai brièvement l'analyse de Karl Marx sur la force de travail, sa circulation et le contrat de travail. Le concept de « force de travail » permet de déborder des catégories juridiques traditionnelles pour mieux cerner la mécanique économique derrière l'étiquette juridique. Dans une relation seigneur-censitaire, maître-esclave, maître-apprenti, associé-associé ou employeur-employé, il y a avant tout un rapport économique lié à la force de travail qui est ensuite qualifié de manière juridique. Au même titre, les mécanismes juridiques qui limitent la circulation de la force de travail peuvent se présenter sous différentes formes, même si en pratique le rapport économique sous-jacent et les effets de ces mécanismes juridiques sur le libre accès au travail sont les mêmes ou très similaires.

Je traiterai ensuite de l'analyse du sociologue Robert Castel sur l'émergence de l'institution juridique du « libre accès au travail » et de l'augmentation de la mobilité des travailleurs en Europe à la fin du Moyen Âge. Face à la dérégulation de l'organisation du travail issue du régime féodal, les pouvoirs en place un peu partout en Europe réagiront en adoptant une série de mesures juridiques visant à limiter la mobilité des travailleurs. Dans mon analyse, j'emprunterai à Castel le concept de « libre accès au travail » et y ajouterai la notion de « contrôle ». Tout au long du mémoire, j'utiliserai les concepts de « contrôle du libre accès au travail » ou « contrôle de la mobilité des travailleurs » pour référer aux règles de droit et pratiques contractuelles qui ont pour effet de restreindre le libre accès au travail.

Les bouleversements décrits par Robert Castel sont concomitants à l'émergence d'une jurisprudence sur les clauses de non-concurrence en Angleterre au 15<sup>e</sup> siècle. À ce titre, l'analyse du professeur Harlan Blake est incontournable pour situer l'émergence de la clause de non-concurrence dans le contexte historique des transformations de l'organisation du travail issue du Moyen Âge vers le capitalisme et l'industrialisation. L'analyse de Blake a été à la base de mon hypothèse qui est que la clause de non-concurrence apparaît au Québec lorsqu'elle devient utile pour contrôler la mobilité de certains travailleurs

suivant la transformation de l'économie, du marché du travail et la tombée en désuétude de précédents mécanismes juridiques de contrôle du libre accès au travail.

### 1.1 Karl Marx : La force de travail et le contrat de travail

Dans le concept de « liberté de travail », il y a d'abord le travail, puis les rapports juridiques entretenus à son égard. En guise d'introduction à la question du contrôle de la mobilité des travailleurs, je présenterai sommairement l'analyse de Marx sur le travail, le contrat de travail et l'émergence de la liberté de travail dans la société capitaliste.

Marx cherchait notamment à démontrer dans *Le Capital* l'extorsion légale de surtravail, ou de la « plus-value », dans les sociétés de classes<sup>61</sup>. Pour lui, la véritable nature de l'opération derrière le contrat de travail est l'extorsion de surtravail *impayé* qui constitue la *plus-value*, le profit de l'acheteur de travail au terme de la production<sup>62</sup> :

C'est là, sur le marché, que se vend la force de travail, pour être exploitée dans la sphère de la production où elle devient source de plus-value, et tout est ainsi pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles. Le capitaliste, en transformant l'argent en marchandises qui servent d'éléments matériels pour un nouveau produit, en leur incorporant ensuite la force de travail vivante, transforme la valeur — du travail passé, mort, devenu chose — en capital, en valeur grosse de valeur, monstre animé qui se met à travailler comme s'il avait le diable au corps. La production de plus-value n'est donc autre chose que la production de valeur, prolongée au-delà d'un certain point. Si le processus de travail ne dure que jusqu'au point où la valeur de la force de travail payée par le capital est remplacée par un équivalent nouveau, il y a simplement production de valeur; quand il dépasse cette limite, il y a production de plus-value.<sup>63</sup>

Toujours selon Marx, cette opération de création et d'appropriation de surtravail impayé est *masquée* par l'apparence juridique du contrat de travail. La forme juridique sous laquelle se présente le rapport entre le vendeur et l'acheteur de la force de travail (le contrat de travail) donne l'impression que tout le temps de travail du travailleur est rémunéré à sa juste valeur. Cette opération d'appropriation de surtravail impayé n'a pas toujours été ainsi dissimulée à travers l'histoire. Par exemple, pour le serf qui travaille

---

<sup>61</sup> Voir Mathieu J. Lainé, « *Le droit et la société de classes : le contrat de travail dans Le Capital (1867) de Marx* » (2020) 61:3 C de D 679, à la p 682.

<sup>62</sup> *Ibid*, à la p 686.

<sup>63</sup> Voir Karl Marx, *Le Capital*, Livre I, Paris, Gallimard, collection folio essais, 2017, à la p 265.

gratuitement pour son seigneur certains jours (par exemple, les corvées) et pour lui-même les autres jours, il est plus facile de distinguer quelle part de sa force de travail constitue un surtravail impayé qui profite à son seigneur. L'esclave peut quant à lui paraître ne donner que du surtravail impayé, mais une partie du coût de son entretien supporté par son maître est compensée par son travail impayé<sup>64</sup>. Tout dépendant de la forme juridique sous laquelle se présente le rapport économique, il peut ainsi être plus ou moins évident de distinguer la véritable nature de l'opération en cause<sup>65</sup>. Ainsi, pour Marx, le contrat de travail a ceci de bien commode qu'il « recouvre simplement du manteau juridique l'exploitation du travail par le capital »<sup>66</sup> et dissimule la servitude économique du travailleur derrière le renouvellement du contrat de travail, la fiction du libre contrat, les changements d'employeurs et l'oscillation des salaires<sup>67</sup>. Pour Marx, ce qu'une classe perçoit en trop, elle le prend nécessairement à une autre, avec l'assentiment des juristes qui ont successivement légalisé l'esclavage, le servage et le salariat<sup>68</sup>, au fil des révolutions économiques et de la destruction des anciennes formes de production sociale<sup>69</sup>. Le mécanisme juridique change au fil de l'histoire, mais le rapport économique reste le même : l'extorsion de surtravail impayé. Le droit à cet égard ne fait que *refléter* le rapport économique; il ne détermine pas le rapport de production, il est plutôt déterminé par lui<sup>70</sup>.

Karl Marx définit la *force de travail* comme « l'ensemble des facultés physiques et intellectuelles qui existent dans le corps d'un homme, dans sa personnalité vivante, et qu'il doit mettre en mouvement pour produire des choses utiles »<sup>71</sup>. Pour que cette force de travail puisse être « achetée » sur le marché comme

---

<sup>64</sup> Voir Lainé, *supra* note 61, à la p 695.

<sup>65</sup> *Ibid*, à la p 696.

<sup>66</sup> *Ibid*, à la p 698.

<sup>67</sup> *Ibid*, à la p 697.

<sup>68</sup> *Ibid*, à la p 681. Sur le fait que Marx et Engels n'ont pas développé une théorie comprehensive de la place du droit du travail dans les rapports de production, voir Paul O'Connell, dir., *Research Handbook on Law and Marxism*, chapitre 17 par Ahmed White, *Marxism, Labour and Employment law, and the limits of legal reform in class society*, Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2021, aux pp. 299-318.

<sup>69</sup> Voir Lainé, *supra* note 61, à la p 692.

<sup>70</sup> *Ibid*, à la p 692.

<sup>71</sup> Voir Marx, *supra* note 63, à la p 263.

toute autre marchandise<sup>72</sup> par un contrat de travail en bonne et due forme, Marx pose que certaines conditions doivent être préalablement remplies.

Premièrement, la force de travail doit pouvoir être offerte sur le marché par celui qui la possède (le « travailleur » ou « le vendeur de travail »). Cela suppose que :

1. Le travailleur soit *libre propriétaire* de sa force de travail. Autrement dit, de sa propre personne;
2. Le travailleur et l'acheteur de travail puissent nouer un rapport à titre de *personnes juridiquement égales*, capables de transiger et de se lier par contrat à l'égard de la force de travail à titre de vendeur et d'acheteur;
3. La force de travail soit vendue pour un *temps limité*, sans quoi le travailleur se trouve à renoncer à sa propriété sur sa force de travail. Marx note que la législation de tous les peuples chez qui le travail est libre règle les conditions de résiliation du contrat de travail<sup>73</sup>.

Deuxièmement, le vendeur de travail doit être *forcé d'offrir* et de mettre en vente sa *force de travail* comme une marchandise. Marx note que « quiconque veut vendre des marchandises distinctes de sa propre force de travail doit naturellement posséder des moyens de production tels que matières premières, outils, etc. »<sup>74</sup>. *A contrario*, celui qui ne dispose d'aucun moyen de production n'a donc que sa force de travail à vendre :

La seconde condition essentielle pour que l'homme aux écus trouve à acheter la force de travail, c'est que le possesseur de cette dernière, au lieu de pouvoir vendre des marchandises dans lesquelles son travail s'est réalisé, soit forcé d'offrir et de mettre en vente, comme une marchandise, sa force de travail elle-même, laquelle réside que dans son organisme.<sup>75</sup>

Marx résume ainsi ces deux conditions, en ironisant<sup>76</sup> que le travailleur doit être « libre » sur ces deux aspects :

---

<sup>72</sup> *Ibid*, aux pp. 109-110 : « La marchandise est d'abord un objet extérieur, une chose qui, par ses propriétés, satisfait des besoins humains de n'importe quelle espèce ».

<sup>73</sup> *Ibid*, aux pp. 263-64.

<sup>74</sup> *Ibid*, à la p. 265.

<sup>75</sup> *Ibid*, aux pp. 264-265.

<sup>76</sup> Voir Lainé, *supra* note 61, à la p 689.

La transformation de l'argent en capital exige donc que le possesseur d'argent trouve sur le marché le *travailleur libre*, et *libre* à un double point de vue. Premièrement, le travailleur doit être une personne libre, disposant à son gré de sa force de travail comme de sa marchandise à lui ; secondement, il doit n'avoir pas d'autre marchandise à vendre, être, pour ainsi dire, libre de tout, complètement dépourvu des choses nécessaires à la réalisation de sa puissance travailleuse.<sup>77</sup>

Pour Marx, loin d'être « libre », le travailleur est en fait *contraint*, pour assurer sa subsistance, de vendre sa force de travail à celui qui dispose de moyens de production nécessaires à l'exercice utile de cette force de travail :

Le rapport officiel entre le capitaliste et le salarié est d'un caractère purement mercantile. Si le premier joue le rôle de maître et le dernier le rôle de serviteur, c'est grâce à un contrat par lequel celui-ci s'est non seulement mis au service, et partant sous la dépendance, de celui-là, mais par lequel il a renoncé à tout titre de propriété sur son propre produit. Mais pourquoi le salarié fait-il ce marché? Parce qu'il ne possède rien que sa force personnelle, le travail à l'état de puissance, tandis que toutes les conditions extérieures requises pour donner corps à cette puissance, la matière et les instruments nécessaires à l'exercice utile du travail, le pouvoir de disposer des subsistances indispensables au maintien de la force de travail et à sa conversion en mouvement production, tout cela se trouve de l'autre côté.<sup>78</sup>

Comment le travailleur s'est-il ainsi retrouvé libre propriétaire de sa force de travail, tout en étant dépourvu de moyens de production? Pour Marx, c'est la dissolution de l'ordre féodal qui a dégagé les éléments constitutifs de l'ordre capitaliste, permettant l'établissement des conditions nécessaires à l'émergence du contrat de travail moderne (un travailleur qui *peut* et qui *doit* vendre sa force de travail au détenteur des moyens de production). Il fallait d'abord que les moyens de production comme les terres agricoles aient été retirés des mains des producteurs, puis que les travailleurs aient été libérés du servage, régimes des corporations, jurandes et lois d'apprentissage, et enfin que les détenteurs de la richesse et de l'autorité féodales aient été dépouillés de leurs privilèges. Ce processus historique consiste pour Marx « à changer la forme de l'asservissement, à amener la métamorphose de l'exploitation féodale en exploitation capitaliste »<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Voir Marx, *supra* note 63, à la p 265.

<sup>78</sup> *Ibid*, aux pp 716-17.

<sup>79</sup> *Ibid*, aux p 717-18.

Avec ce mouvement de l'histoire qui entraîne une transformation radicale des rapports de travail et de production, se pose alors la question de l'encadrement juridique de la circulation de la force de travail sous le capitalisme.

## 1.2 Robert Castel : La circulation de la force de travail et le contrôle du libre accès au travail

Le sociologue Robert Castel qualifie le « libre accès au travail » d'« institution » et de « révolution juridique aussi importante sans doute que la révolution industrielle, dont elle est d'ailleurs la contrepartie »<sup>80</sup>. Contrepartie *juridique* de la révolution industrielle, mais Castel précise qu'il pose l'hypothèse que le phénomène de la mobilité de la main-d'oeuvre apparaît avant les transformations des structures de la production et la poussée de nouvelles forces économiques qui mènent au capitalisme. Ces travailleurs mobiles auraient par la suite été intégrés aux structures modernes du capitalisme<sup>81</sup>.

N'ayant pas identifié de définition formelle formulée par Castel, je définirais le « libre accès au travail » comme suit : la possibilité en droit pour un travailleur de saisir des occasions économiques qui s'offrent à lui, en n'étant pas empêché par le droit d'être mobile sur le marché du travail et d'accéder au travail de son choix<sup>82</sup>. Cela implique que le travailleur ne soit pas empêché d'abandonner celui à qui il vend sa force de travail pour un autre. En termes juridiques, que le contrat de travail puisse être résilié par le travailleur et qu'il puisse ensuite conclure un nouveau contrat de travail avec un autre employeur :

Depuis la révolution industrielle, le salariat est spontanément pensé sur le modèle de la liberté et du contrat. Même si l'on dénonce le caractère léonin de ce contrat et la fiction de la liberté d'un travailleur souvent poussé par le besoin à vendre sa force de travail, on convient que le marché du travail met en présence deux personnes indépendantes du point de vue juridique, et que la relation sociale qu'ils nouent à travers cette transaction peut être rompue par l'une ou l'autre des parties. Cette conception libérale du salariat représente cependant une extraordinaire révolution par rapport aux formes qui l'ont précédée, et qui se perpétueront après leur abolition formelle.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Voir Castel, *supra* note 51, à la p 31.

<sup>81</sup> *Ibid*, à la p 79.

<sup>82</sup> Je paraphrase ici la Cour suprême du Canada dans *Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd.*, [1971] RCS 148, aux pp 163-4 :

« Ce principe, que ce soit en vertu des dispositions du Code civil relatives à l'ordre public (art. 13 et 990 par exemple) ou de la common law, se fonde sur le bon sens qui demande que l'on concilie les intérêts de l'employeur avec ceux d'un ex-employé relativement au besoin qu'éprouve celui-là de se protéger sur le plan commercial et celui-ci d'être mobile sur le marché du travail, eu égard à une conception qui tend à s'opposer à toutes restrictions 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. » (Mon emphase).

<sup>83</sup> Voir Castel, *supra* note 51, à la p 150.

On comprendra que dans les faits, cette « liberté » d'accéder au travail, bien que révolutionnaire en droit, peut se révéler être une fiction dans les faits. Elle est également loin d'être nécessairement un gage d'amélioration de la condition du travailleur<sup>84</sup>.

Selon Castel, historiquement, l'émergence du libre accès au travail aurait cassé l'organisation traditionnelle du travail de la société féodale en relayant le travail forcé au statut de « survivance barbare », bouclant « ainsi un long cycle de transformations conflictuelles en mettant fin aux blocages qui ont entravé l'avènement de la condition salariale »<sup>85</sup>. Il identifie l'épidémie de la Peste noire qui se répand à compter de 1348 comme une « étape décisive » de la propension au mouvement des travailleurs et de l'émergence du libre accès au travail en Europe<sup>86</sup>. Évènement dramatique qui aurait causé la mort du tiers de la population d'Europe située à l'ouest de l'Elbe, elle cause pénurie de travailleurs, rend les travailleurs survivants plus recherchés et permet à ceux-ci de réclamer des salaires plus élevés pour leur travail et pour remettre en question la servitude dans laquelle ils sont placés<sup>87</sup>.

Castel note toutefois que le XIV<sup>e</sup> siècle n'inaugure pas une situation totalement nouvelle, car des manifestations de l'ébranlement de la société féodale étant déjà visibles avant la Peste noire, citant notamment les conséquences de l'hyperpeuplement et l'accentuation de la différenciation sociale qui pesaient déjà avant l'épidémie. Ce dernier point semble d'ailleurs confirmé par des sources historiques plus récentes :

À la fin du XI<sup>e</sup> siècle, les esclaves et les serfs représentent encore une part significative de la population en Angleterre et en France. Vers 1350, en revanche, l'esclavage n'apparaît plus qu'à l'état résiduel sur les territoires ouest-européens, et le servage lui-même semble avoir quasiment disparu, tout du moins sous ses formes les plus dures. Une reconnaissance plus forte de la personnalité juridique des laboureurs, de leurs droits civils et personnels comme de leurs droits de propriété et de mobilité, se met progressivement en place entre 1000 et 1350, au fur et à mesure que les discours célébrant les trois ordres

---

<sup>84</sup> *Ibid*, à la p 213 :

« Les bouleversements advenus à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle ont libéré l'accès au travail, mais ils n'ont rien fait, ou si peu, pour la promotion de la condition salariale. (...) Privé de ses supports tutélaires, l'état salarial n'est pas seulement vulnérable. Il va devenir invivable.

(...) Le principe du libre accès au travail ouvre une ère de turbulences et de conflits. La question sociale se reformule à partir de nouveaux noyaux d'instabilité qui sont comme l'ombre portée du développement économique. Laissé à lui-même, le processus de l'industrialisation engendre un monstre, le paupérisme. »

<sup>85</sup> *Ibid*, à la p 32.

<sup>86</sup> *Ibid*, aux pp 80-3.

<sup>87</sup> *Ibid*, aux pp. 80-2.

se généralisent. Pour Arnoux, le processus de promotion du travail libre apparaît donc déjà bien engagé avant même la Grande Peste de 1347-1352 et la stagnation démographique des années 1350-1450. Ce point chronologique a son importance, dans la mesure où la rareté relative du travail consécutive à la Grande Peste a souvent été citée pour expliquer la fin du servage en Europe occidentale (et parfois aussi pour expliquer son apparent durcissement à l'est du continent, ce qui n'est pas très cohérent.<sup>88</sup>

(Références omises)

Pour Castel, il demeure que c'est là le début d'une dérégulation de l'organisation du travail que les pouvoirs en place chercheront à contrer, en tentant d'imposer par le droit l'immobilité du travail fixée par la tradition<sup>89</sup>.

En Angleterre, d'abord par l'*Ordinance of Labourers* de 1349 qui vise ces travailleurs qui « ne veulent plus servir à moins qu'ils ne touchent des salaires excessifs » et qui causent de « graves inconvénients » aux maîtres de l'époque :

Parce qu'une importante partie de la population, spécialement parmi les travailleurs [workmen] et les serviteurs [servants], a été récemment victime de la peste, beaucoup, voyant le besoin dans lequel se trouvent les maîtres et la grande pénurie de serviteurs, ne veulent plus servir [to serve] à moins qu'ils ne touchent des salaires [wages] excessifs, et certains préfèrent mendier dans l'oisiveté plutôt que de gagner leur vie en travaillant. Nous, considérant les graves inconvénients qu'occasionne désormais une pénurie de ce type, après délibération et en accord avec les nobles, les prélats et les gens instruits qui nous assistent, avec leur consentement, ordonnons :

Que chaque sujet, homme ou femme, de notre royaume d'Angleterre, quelle que soit sa condition, libre ou servile [bord] (sic), qui est valide, âgé de moins de soixante ans, qui ne vit pas du commerce [not living in merchandise] ou n'exerce pas de métier artisanal [craft], qui ne possède pas de biens dont il puisse vivre, ni de terres à la culture desquelles il puisse s'adonner, et qui n'est au service de personne [not serving any other], s'il est requis de servir d'une manière qui correspond à son état, sera obligé de servir celui qui l'aura ainsi requis; il recevra seulement pour la place qu'il sera obligé d'occuper les gages en nature, nourriture ou salaire qui étaient d'usage durant la vingtième année de notre règne, ou une des cinq ou six précédentes années moyennes. Qu'il soit entendu que le seigneur sera toujours préféré à tout autre par ses propres serfs et métayers, de telle sorte que ceux-ci soient maintenus à son service – mais que cependant les seigneurs ne seront pas tenus de

---

<sup>88</sup> Voir Thomas Piketty, *Capital et Idéologie*, Éditions du Seuil, Paris, 2019, à la p 92, citant Mathieu Arnoux, *Le temps des Laboureurs. Travail, ordre social et croissance en Europe (Xie-XIVe siècle)*, Albin Michel, Paris, 2012.

<sup>89</sup> Voir Castel, *supra* note 51, aux pp 79 et 82. Castel pose l'hypothèse que ces changements dans l'organisation du travail de la seconde moitié du 14e siècle sont les symptômes d'une « déconversion » de la société féodale (terme qu'il emprunte à Philipp Rieff), c'est-à-dire le « passage de systèmes à régulation rigides (ce qu'il appelle les communautés "positives") à des organisations sociales dans lesquelles l'individu n'est plus organiquement lié aux normes et doit contribuer à la constitution des systèmes de régulation ».

les garder à leur service plus longtemps qu'il ne leur est nécessaire; et si un homme ou une femme, étant ainsi requis de servir, ne le fait pas, ce fait étant attesté par deux hommes dignes de foi devant le shérif, le bailli, le seigneur ou le prévôt de la ville, il sera immédiatement conduit par eux, ou par l'un d'eux, dans la prison la plus proche où il sera maintenu sous bonne garde jusqu'à ce qu'il soit certain qu'il serve sous les formes énoncées ci-dessus.

Que si un travailleur ou un serviteur quitte son service avant le temps requis, il sera emprisonné.

Que les anciens salaires, sans plus, seront donnés aux travailleurs.

Que si le seigneur d'une ville ou d'un domaine contrevient de quelque manière à cette disposition, il paiera en amende le triple de la somme [versée].

Que si un artisan [artificer] ou un ouvrier reçoit un salaire plus élevé que celui qui lui est dû, il sera emprisonné.<sup>90</sup>

Aussi ailleurs en Europe, où les pouvoirs centralisés et municipaux convergent pour combattre de manière semblable les mêmes mouvements de la main-d'œuvre :

Angleterre, France, Portugal, Aragon, Castille, Bavière : dans la plupart des pays où un pouvoir central commence à s'affirmer se prennent simultanément un ensemble étonnamment convergent de mesures pour imposer un code rigide du travail et réprimer l'indigence oisive et la mobilité de la main-d'œuvre. Mais c'est aussi la politique de nombreuses villes de l'ensemble de l'Europe « civilisée » de l'époque : Orvieto en 1350, Florence en 1355, Metz en 1356, Amiens en 1359... Pouvoirs centralisés et pouvoirs municipaux conspirent dans leur volonté d'enfermer le travail dans ses cadres traditionnels en limitant le plus possible la mobilité professionnelle et géographique pour les emplois manuels.<sup>91</sup>

(Références omises)

Dominic Roux rappelle que ces mesures visent également à réprimer la mendicité et le vagabondage. Elles s'inscrivent « dans une pensée moralisatrice, répressive et disciplinaire du travail »<sup>92</sup>. Il écrit :

Depuis longtemps, le vagabondage est sévèrement réprimé et le travail est obligatoire pour les personnes aptes à le faire. En Angleterre, le travail est réglementé par les « Guilds » et les municipalités. Du *Statut des travailleurs* promulgué en 1349 par le Roi Édouard III au *Speenhamland Act* de 1795, en passant par le *Statut des artisans* de 1563,

---

<sup>90</sup> Tel que traduit dans Castel, *supra* note 51, aux pp 72-3, citant C.J. Ribton-Turner, *A History of Vagrants and Vagrancy and Beggars and Begging*, Londres (R-U), Chapman and Hall, 1887, aux pp 43-4.

<sup>91</sup> Voir Castel, *supra* note 51, à la p 76.

<sup>92</sup> Voir Dominic Roux, *Le principe de droit du travail : juridicité, signification et normativité*, Tome I, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2005, à la p. 80.

les *Poor Laws* de 1531 et de 1601 et le *Settlement Act* de 1662, un véritable « code coercitif du travail » est érigé dans ce pays; les principales caractéristiques de cette législation anglaise vont de l'obligation de travailler à l'imposition de restrictions lourdes, si ce n'est l'interdiction pure et simple de toute liberté relative à la mobilité des travailleurs. En France, la répression du vagabondage et l'intensification de l'emprise des métiers et jurandes sur le travail sont privilégiées. On instaure ni plus ni moins une *police* du travail. Par exemple, au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, il est interdit au travailleur de quitter son emploi sans l'autorisation écrite du patron; on assiste à l'apparition du « livret ouvrier » que tout travailleur doit faire valider par les autorités locales lors d'un déplacement ou présenter au chef d'entreprise lors de l'embauche.<sup>93</sup>

Bref, face à l'émergence au 14<sup>e</sup> siècle d'un nouveau type de mobilité des travailleurs ou d'individus « dérangeants », il y a une volonté politique ferme en Europe de contrer cette mobilité par l'entremise du droit, en tentant d'obliger chacun à se maintenir à sa place dans l'organisation traditionnelle du travail<sup>94</sup>. Il s'agit d'exemples d'instruments juridiques qui ont été utilisés du 14<sup>e</sup> siècle jusqu'à ce jour, en réaction à la mobilité dérangeante des travailleurs. C'est dans ce contexte qu'au 15<sup>e</sup> siècle, on constate le début d'une jurisprudence qui témoigne de l'utilisation de la clause de non-concurrence dans les contrats de travail en Angleterre.

### 1.3 Harlan Blake : L'émergence de la clause de non-concurrence en Angleterre

Certains auteurs ont analysé l'émergence des clauses de non-concurrence en fonction de l'évolution du contexte historique. Le texte qui me semble mériter le plus d'attention et qui est l'un des plus cités est celui du professeur Harlan M. Blake publié en 1960<sup>95</sup>.

Blake précise en introduction que les clauses de non-concurrence font l'objet d'un traitement par les tribunaux depuis plus de cinq cents ans, lequel reflète « the evolution of industrial technology and business methods, as well as the ebb and flow of such social values as freedom of contract, personal economic freedom, and business ethics », mais que les intérêts qui entrent en conflit n'ont fondamentalement pas changé au fil des siècles<sup>96</sup>. Il indique lui aussi<sup>97</sup> constater un regain d'intérêt de la part des employeurs pour

---

<sup>93</sup> *Ibid*, aux pp. 80-1, citant Robert Castel, aux pp. 133 et suivantes et B. Veneziani, « The Evolution of Contract of Employment », dans B. Hepple (dir.), *The Making of Labor Law in Europe – A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Bob Hepple éd., London, Mansell Publishing Limited, 1986, p. 34.

<sup>94</sup> *Ibid*, aux pp 76-8.

<sup>95</sup> Voir Blake, *supra* note 19.

<sup>96</sup> *Ibid*, aux pp 626-7.

<sup>97</sup> Voir la doctrine citée *supra* note 49.

ces clauses au moment où il publie son texte, notamment en raison de la concurrence pour obtenir de la main-d'œuvre hautement qualifiée<sup>98</sup>. Dans sa discussion de l'évolution historique des clauses de non-concurrence, Blake note que l'un des arrêts les plus cités depuis 250 ans, *Mitchel v. Reynolds*<sup>99</sup>, distingue déjà entre les clauses de non-concurrence accessoires à la vente d'une entreprise et celles accessoires à un contrat de travail, où dans ce dernier cas, la cour note :

(...) the great abuses these voluntary restraints are liable to (...) as likewise from masters, who are apt to give their apprentices much vexation on this account, and to use many indirect practices to procure such bonds from them, lest they should prejudice them in their custom, when they come to set up for themselves.<sup>100</sup>

Se prononçant sur les clauses de portée générale (qui portent sur tout le royaume ou qui sont indéfinies dans le temps), la cour note qu'elles sont « of not benefit to either party » et donc « only oppressive »<sup>101</sup>. Blake effectue ensuite une analyse des premiers courants jurisprudentiels relatifs aux critères de validité des clauses de non-concurrence en Angleterre, en notant que les premiers cas s'étendant du 15<sup>e</sup> au 16<sup>e</sup> qui les déclaraient invalides concernaient probablement des cas d'« apprentices » ou de « journeymen » dont les maîtres tentaient de prolonger la période de servitude (« subservience ») en interférant avec les coutumes des guildes relatives au droit d'accès au titre d'artisan (« craftsmen »), rendant difficile ou impossible l'accès au titre de membre de la guilde à l'intérieur de la période d'apprentissage traditionnelle<sup>102</sup>. Ce faisant, Blake considère que les tribunaux se trouvaient à assister les guildes d'artisans et les organes législatifs dans leur objectif de renforcer les valeurs de l'ordre médiéval qui étaient en train de s'écrouler et que ce courant jurisprudentiel « cannot fairly be described as indicative of an attitude of economic liberalism »<sup>103</sup>. Ainsi, il conclut sur ce point que seules les clauses de non-concurrence restreignant la liberté de concurrence après la fin de la relation entre les parties étaient originalement invalidées et ce, « because they involved circumventions of the customary rules of apprenticeship »<sup>104</sup>. Blake note que les guildes d'artisans étaient au 16<sup>e</sup> siècle les véhicules dominants de l'activité économique et que des lois sont alors adoptées pour interdire la prolongation artificielle des périodes d'apprentissage

---

<sup>98</sup> Voir Blake, *supra* note 19, à la p 627.

<sup>99</sup> (1711) 1 P Wms 181.

<sup>100</sup> *Ibid*, à la p 190.

<sup>101</sup> Voir Blake, *supra* note 19, à la p 630.

<sup>102</sup> *Ibid*, aux pp 632-3.

<sup>103</sup> *Ibid*.

<sup>104</sup> *Ibid*, à la p 632.

traditionnelles par le biais de clauses de non-concurrence<sup>105</sup>. En somme, il conclut que ces premiers cas de jurisprudence représentent une réaction des juges à une érosion des coutumes des guildes causée « by aggressive craftsmen », dans le contexte d'une transition difficile vers le capitalisme (« entrepreneurial capitalism »)<sup>106</sup>. Une sorte de réflexe « conservateur » de la part des tribunaux qui cherchent à préserver l'organisation traditionnelle du travail, plutôt qu'une attitude qui avait auparavant été interprétée comme étant « libérale »<sup>107</sup>. Fait intéressant, l'auteur Charles E. Carpenter avance en 1927 que les clauses de non-concurrence de l'époque auraient même pu être en violation de l'*Ordinance of Labourers* de 1349 mentionnée précédemment, puisqu'elles auraient empêché un autre employeur d'exiger qu'un travailleur se mette à son service :

The reasons for holding contracts not to engage in a trade or employment void were not stated in the early cases, but the objections to such covenants are not difficult to surmise when it is remembered that at that time there were few trades a man could follow without having been duly apprenticed, and that there were perhaps no other trades in which he was competent; and when it is remembered that following the Great Plague, which carried off so many workmen and servants, the Statute of Laborers was passed in 1349 requiring every able-bodied person (...) to serve him that required it, under penalty of being committed to goal. Under these conditions it is apparent that an agreement not to carry on a trade or to refrain from competing with the covenantee might have greatly injured the covenantor by divesting him of his only means of earning a livelihood; and it might have been in effect an agreement to violate the Statute of Laborers.<sup>108</sup>

(Références omises)

Blake écrit ensuite qu'une fois la transition vers le capitalisme complétée aux 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles, le dilemme intellectuel que posent les clauses de non-concurrence prend une autre tangente avec la montée de l'importance du concept de la liberté contractuelle. Blake juge que dans *Mitchel v. Reynolds*, ce qui préoccupe la cour, c'est avant tout qu'un maître puisse se permettre, en raison d'un pouvoir de négociation inéquitable, de priver un travailleur de ses moyens de subsistance et du même coup la société de ses services; pas nécessairement que le travailleur soit en soi privé de sa mobilité économique<sup>109</sup>. Mais au 19<sup>e</sup> siècle, avec la venue des transformations industrielles et technologiques, ainsi que la fin des

---

<sup>105</sup> *Ibid*, aux pp. 633-4.

<sup>106</sup> *Ibid*, à la p 637.

<sup>107</sup> *Ibid*.

<sup>108</sup> Voir Charles E. Carpenter, « Validity of Contracts Not to Compete » (1927-1928) 76:3 U Pa L Rev 244, aux pp 244-5.

<sup>109</sup> Voir Blake, *supra* note 19, à la p. 637.

contraintes du système d'apprentissage des guildes d'artisans qui empêchaient la mobilité d'un champ de travail à l'autre, le problème se pose aux tribunaux différemment : « For them, the question was how to balance freedom of the market against freedom of contract when an employee entered into a contract limiting his economic mobility »<sup>110</sup>. La révolution industrielle aurait donc mis la table à une approche moderne du problème par les tribunaux<sup>111</sup>. À la fin du 18<sup>e</sup> siècle et au 19<sup>e</sup> siècle, « a flood of cases reached the English courts ». Blake juge qu'avec la fin du système des normes et procédures coutumières des guildes d'artisans, la clause de non-concurrence est devenue plus commune : elle venait en quelque sorte « prendre la place » de ce cadre coutumier révolu :

With the breakdown of the customary norms and procedures of the apprenticeship system, contractual provisions to take their place had become more common. Employers wanted to protect themselves from future competition by employees, or at least from loss of customers or trade secrets to them. (...) The fact that litigated cases were numerous is good evidence that such restraints had become a commonplace feature of employment contracts.<sup>112</sup>

L'approche de Blake, qui est fondamentalement juridique, mais qui aborde aussi le problème en le situant dans sa dimension historique et économique, est celle que je souhaite utiliser pour tenter de comprendre l'émergence et le déploiement de la clause non-concurrence au Québec. Évidemment, le Québec a une histoire distincte de celle de l'Europe et de l'Angleterre. L'encadrement juridique du travail, que ce soit via le régime seigneurial, l'esclavage, le contrat d'association ou le contrat de louage de service, a ses propres particularités. Pour vérifier l'hypothèse que la clause de non-concurrence émerge au Québec dans des circonstances analogues à celles de l'Angleterre décrites par Blake, je me tournerai dans le prochain chapitre vers l'histoire juridique de l'encadrement du libre accès au travail au Québec.

#### **1.4 Conclusion**

Ce premier chapitre a permis d'introduire brièvement deux concepts importants pour la suite de ce mémoire : la notion de « force de travail » décrite par Karl Marx et l'institution juridique du « libre accès au travail » décrite par Robert Castel. Ces deux concepts sont nécessaires pour comprendre les enjeux juridiques liés à la mobilité des travailleurs dans le contexte de la transition du régime féodal vers le capitalisme en Europe. Le contrôle de la circulation de la force de travail en faveur de certains intérêts

---

<sup>110</sup> *Ibid*, aux pp 637-8.

<sup>111</sup> *Ibid*, à la p 638.

<sup>112</sup> *Ibid*.

économiques se manifeste différemment à travers le droit au fil des transformations historiques. L'analyse de Karl Marx et de Robert Castel montre ainsi l'importance de situer la question du contrôle du libre accès au travail dans le contexte plus global des transformations historiques et des régimes juridiques encadrant le travail depuis le Moyen Âge.

L'analyse d'Harlan Blake montre qu'en Angleterre, l'émergence de la clause de non-concurrence est aussi liée à ces transformations historiques. Bien qu'elle ne constitue qu'un exemple particulier de mécanisme de contrôle du libre accès au travail, l'utilisation de la clause de non-concurrence par certains acteurs économiques ne peut être pleinement comprise que lorsqu'elle est mise en relation avec l'ensemble du contexte historique et économique dans lequel la force de travail s'insère, mais surtout lorsqu'elle est mise en relation avec les autres mécanismes juridiques de contrôle du libre accès au travail qui sont à la disposition des bénéficiaires de la force de travail des travailleurs.

Sur cette base, le prochain chapitre sera consacré à la situation particulière du Québec. Je tenterai de dresser un portrait global des différents mécanismes juridiques de contrôle du libre accès au travail à travers l'histoire du Québec, jusqu'à l'émergence de la clause de non-concurrence au 20<sup>e</sup> siècle.

## **CHAPITRE 2**

### **LE CONTRÔLE DU LIBRE ACCÈS AU TRAVAIL AU QUÉBEC**

Ce chapitre sera consacré à l'analyse historique des outils juridiques de contrôle de la mobilité des travailleurs au Québec, de l'époque de la Nouvelle-France jusqu'au début du 20<sup>e</sup> siècle. Il s'agit d'étudier comment la mobilité des travailleurs était restreinte par le droit avant l'émergence des clauses de non-concurrence. L'objectif de cette analyse est aussi de situer aussi clairement que possible le contexte historique et économique qui a permis l'émergence et le déploiement de la clause de non-concurrence à titre d'outil juridique de contrôle de la mobilité des travailleurs.

Comme nous l'avons vu avec les travaux de Marx, Castel et Blake au chapitre précédent, l'encadrement juridique de la force de travail et de sa circulation se manifeste sous différentes formes juridiques selon le contexte historique. L'histoire de la société occidentale au Québec est relativement courte, mais on y trouve comme en Europe différents régimes d'encadrement de la force de travail et de la mobilité des travailleurs.

Dans la première partie de ce chapitre, je traiterai du régime seigneurial, une institution juridique étroitement liée à la colonisation du territoire de la Nouvelle-France par la France. Bien que les censitaires sous ce régime disposent d'une certaine liberté par rapport à d'autres formes plus radicales du régime féodal européen du Moyen Âge, on peut déceler dans les rapports juridiques entre les censitaires et leurs seigneurs certains mécanismes juridiques de contrôle de leur liberté de travail (obligation de tenir feu et lieu, obligation d'utiliser le moulin banal, limites aux droits de chasse et aux droits de pêche, limites à l'exploitation du bois, du sable et de la pierre, ainsi que les corvées). Mis sous pression par l'émergence du capitalisme et par les entrepreneurs, le régime seigneurial sera juridiquement aboli en 1854.

Je traiterai ensuite de l'esclavage, certainement l'institution juridique la plus radicale de contrôle de la mobilité des travailleurs. Elle a évidemment ceci de particulier qu'elle est fondée sur le racisme. Juridiquement, elle a formellement existé au Québec de 1709 à 1833.

J'analyserai ensuite les guildes et les associations. Le Québec se distingue à cet égard de l'Europe, car il n'y a pas eu au Québec de guildes ou de jurandes contrôlant l'accès à des métiers ou le droit exclusif d'opérer un atelier. Déjà, cela nous oblige à distinguer la situation du Québec de celle de l'Angleterre décrite par

Blake dans le chapitre précédent. On voit néanmoins au Québec certains contrats d'associations d'artisans, qui laissent entrevoir une reproduction de la dynamique des contrats d'apprentissage de longue durée, qui empêchent l'apprenti de quitter avant l'arrivée du terme.

Finalement, la partie la plus importante de ce chapitre sera consacrée au contrat de louage de services personnels, ancienne appellation du contrat de travail. D'abord un instrument juridique marginal au début de la colonisation visant des travailleurs tels que des apprentis, engagés, marins, domestiques et journaliers, il s'imposera progressivement au cours du 19<sup>e</sup> siècle dans le contexte de l'industrialisation et de l'urbanisation comme étant le contrat prédominant et le plus répandu pour encadrer la force de travail. Nous verrons que c'est d'abord la combinaison de la longue durée du contrat et des conséquences qu'attache le droit pénal à sa violation par le travailleur qui agira comme mécanisme juridique de contrôle du libre accès au travail. Par contre, avec le développement de l'industrialisation, de l'urbanisation et plus largement du capitalisme, le long contrat de travail à durée déterminée deviendra un instrument juridique de moins en moins intéressant pour les employeurs pour contrôler le libre accès au travail à la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Il semble qu'à compter de cette période, ils vont plutôt favoriser le contrat de travail de courte durée ou à durée indéterminée en raison de la flexibilité qu'il apporte. Nous verrons également que l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* et la reconnaissance formelle en 1934 par la Cour suprême du Canada de l'impossibilité de forcer l'exécution en nature du contrat de travail en raison de la primauté de la liberté humaine sonneront définitivement le glas de cet instrument juridique comme outil de contrôle du libre accès au travail.

Cette revue historique des outils juridiques de contrôle du libre accès au travail permettra de mettre la table à une explication de l'émergence des clauses de non-concurrence dans les rapports de travail à compter du début du 20<sup>e</sup> siècle. Comme nous le verrons, d'une certaine manière, elles deviennent nécessaires pour certains employeurs, car ils ne peuvent plus restreindre la mobilité des travailleurs en utilisant les outils juridiques dont ils bénéficiaient auparavant.

## **2.1 Le régime seigneurial**

Aux 17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> siècles, le régime seigneurial en Nouvelle-France est étroitement lié à la colonisation du territoire : le seigneur octroie une terre au censitaire qui aura une série d'obligations à remplir<sup>113</sup>, mais

---

<sup>113</sup> Voir Benoît Grenier, *Brève histoire du régime seigneurial*, Montréal, Les éditions du Boréal, 2012, aux pp 97-8.

tous les deux ont essentiellement l'obligation première de mettre en valeur un territoire encore à l'état naturel. Benoît Grenier introduit son ouvrage *Brève histoire du régime seigneurial* en citant l'historienne Louise Dechêne : « la seigneurie a précédé tout le reste »<sup>114</sup>. La seigneurie est non seulement un territoire, mais aussi un rapport social entre individus inégaux :

Dans son essence, le régime seigneurial implique une relation fondée sur l'inégalité : un chef (le seigneur) et des subalternes (les censitaires), entre lesquels existe un lien d'assujettissement qui se manifeste par des limites dans la propriété du sol. En vertu de ce système, la terre n'est jamais possédée parfaitement et entièrement, on la tient de quelqu'un (d'où le mot tenure) dans un rapport de subordination à l'intérieur d'une hiérarchie.<sup>115</sup>

L'apparition de ce régime est bien documentée, car les actes de concession des fiefs par les autorités et de concessions de censives par les seigneurs aux censitaires sont archivés<sup>116</sup>. Il s'agit d'un régime qui présente les mêmes fondements que le régime seigneurial français de l'époque<sup>117</sup>. Par contre, contrairement à la France où il coexiste une diversité de régimes de droit coutumier et de droit écrit, il y aura à compter de 1664 un seul cadre juridique en Nouvelle-France, soit la Coutume de Paris qui régira notamment les rapports entre seigneurs et censitaires<sup>118</sup>. Bien que ce régime soit largement fondé sur la Coutume de Paris pour régir le droit privé, Jean-François Niort écrit que les aspects juridiques du régime seigneurial comprennent aussi des sources de droit local : « législation royale s'appliquant spécifiquement à la colonie, "législation" locale (gouverneurs et intendants, qui détenaient une grande partie du contentieux seigneurial en dernier ressort), jurisprudence du Conseil supérieur, décisions des cours royales inférieures et des tribunaux seigneuriaux, sans oublier la pratique notariale »<sup>119</sup>, ainsi que les titres de concessions seigneuriaux et les contrats d'acensement<sup>120</sup>.

---

<sup>114</sup> *Ibid*, à la p 23.

<sup>115</sup> *Ibid*, à la p 24.

<sup>116</sup> *Ibid*, à la p 51.

<sup>117</sup> *Ibid*, à la p 52.

<sup>118</sup> *Ibid*, à la p. 73; Jean-François Niort, « Aspects juridiques du régime seigneurial en Nouvelle-France » (2022) 32:3 RGD 443, à la p 475.

<sup>119</sup> Niort, *supra* note 118, à la p 481.

<sup>120</sup> *Ibid*, à la p 474.

Plusieurs auteurs ont avancé que le régime seigneurial était une institution qui restreignait la liberté d'action des habitants de la Nouvelle-France<sup>121</sup>. Mais retrouve-t-on, dans l'ordre juridique du régime seigneurial, des mécanismes juridiques de contrôle du libre accès au travail des censitaires?

En Europe de l'Ouest, au moment de la colonisation de la Nouvelle-France, les paysans sont en théorie libres de leurs mouvements selon le régime féodal<sup>122</sup>. Le pouvoir des seigneurs porte sur la terre et non sur les individus<sup>123</sup>. Cette liberté contraste avec la situation qui prévoit en Europe de l'Est, où les seigneurs détiennent toujours un pouvoir presque illimité sur les censitaires, notamment celui de les empêcher de quitter la seigneurie<sup>124</sup>.

Les censitaires de la Nouvelle-France ont le droit de vendre, de diviser, d'échanger et de transmettre leur terre par héritage, mais le seigneur en conserve la propriété imminente<sup>125</sup>. Juridiquement, les censitaires sont donc libres de se libérer de leurs obligations de censitaire en aliénant leur censive. Il y aura néanmoins eu une tentative de limiter cette liberté d'aliénation au début de la colonisation de Montréal. Louise Dechêne écrit que l'île de Montréal est concédée en 1640 à la Société de Notre-Dame. Elle la tient de la Compagnie des Cents Associés, vasale du roi<sup>126</sup>. Entre 1648 et 1666, seuls 111 terres et une trentaine d'emplacements seront distribués par le gouverneur de Montréal au nom des propriétaires dans le lieu désigné pour la ville<sup>127</sup>. Dechêne rapporte que dans 5 contrats passés entre 1648 et 1650, on trouve des clauses ayant pour effet d'empêcher les colons d'aliéner leur terre, mais les autorités interviendront pour faire cesser cette pratique :

Les premières terres ne devaient pour toute redevance fixe qu'un cens portable de trois deniers par arpent, c'est-à-dire un droit dérisoire. La tentative de la Société de Notre-

---

<sup>121</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p 30, citant les auteurs Sylvie Dépatie, Mario Lalancette, Christian Dessureault, Thomas Wien, Colin Coates et Allen Greer.

<sup>122</sup> *Ibid*, à la p 41.

<sup>123</sup> *Ibid*, à la p 42.

<sup>124</sup> *Ibid*, à la p 40.

<sup>125</sup> *Ibid*, à la p 78. Benoît Grenier définit la *propriété imminente* comme suit : « En vertu du versement du cens, le seigneur reste en partie propriétaire des terres concédées. Cette forme de propriété partagée permet au seigneur de prétendre à ses autres droits (lucratifs et honorifiques) ». Voir *Ibid*, à la p. 218; Niort, *supra* note 118, aux pp 464-5.

<sup>126</sup> Voir Louise Dechêne, *Habitants et marchands de Montréal au XVIIe siècle*, Les éditions du Boréal, Montréal, 1988, à la p 241.

<sup>127</sup> *Ibid*, aux pp 241-242.

Dame pour introduire dans les baux une sorte de transposition de la mainmorte réelle fut limitée et de courte durée, mais l'initiative mérite d'être relevée. Dans 5 contrats, nous relevons les clauses suivantes : le preneur est tenu de faire sa résidence dans l'île de Montréal « en défaut de quoi et d'une absence de deux années consécutives, il ne pourra plus prétendre aucun droit de propriété sur les terres concédées... ». Il lui est également défendu de vendre sa terre, en totalité ou en partie, sans la permission de son seigneur. La servitude porte sur la terre mais rejaillit sur la personne, et ces baux insolites sont immédiatement dénoncés. Le Conseil de la Colonie intervient pour interdire l'usage de pareilles contraintes à l'avenir et libérer les cinq colons qui s'étaient laissés prendre. Les autres baux consentis par la Société n'exigent rien au delà du cens symbolique et des profits ordinaires inhérents.<sup>128</sup>

(Références omises, mon emphase)

En pratique, on peut néanmoins penser que leur liberté d'action est limitée, que ce soit par des contraintes pratiques ou financières liées à l'endettement. Durant le 17<sup>e</sup> siècle où les seigneurs tardent souvent à mettre en valeur leur seigneurie, les censitaires semblent encore avoir l'opportunité de « tenter leur chance ailleurs » sans trop d'inconvénients, tant que des terres demeurent disponibles et qu'ils ne sont pas encore véritablement enracinés<sup>129</sup>.

Par contre, tant qu'ils demeurent censitaires, certains mécanismes juridiques de contrôle de leur liberté de travail semblent perdurer :

- 1. Obligation de tenir feu et lieu :** Tout comme le seigneur, le censitaire a l'obligation de tenir feu et lieu, c'est-à-dire de prendre possession de sa terre et de la mettre en valeur, une obligation parfois négligée<sup>130</sup>. En 1663 et 1711, des arrêts du roi rappellent cette obligation et dotent les seigneurs de moyens de coercition pour faire pression sur les censitaires, dont le droit de réunion au domaine leur permettant de réintégrer à leur domaine des terres concédées qui n'ont pas été mises en valeur<sup>131</sup>. Selon Louise Dechêne, la réunion des terres vacantes aurait été institutionnalisée par un arrêt du 6 juillet 1711, mais elle était exercée par les seigneurs de

---

<sup>128</sup> *Ibid*, aux pp 247-248. Dechêne réfère le lecteur aux « contrats de Milot, Tailhandier, Saint-Père, Gadois, Prudhomme et Rihaume passés entre 1648 et 1650, APC, M.G.17 A7, 2, 3, vol. 1. », mais ne cite pas de document ou de source précise pour supporter l'affirmation que le Conseil de la colonie intervient pour interdire de genre de contrainte à l'avenir.

<sup>129</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p 74.

<sup>130</sup> *Ibid*, aux pp 93 et 219.

<sup>131</sup> *Ibid*, à la p 93; Niort, *supra* note 118, à la p 512.

Montréal depuis 1675<sup>132</sup>. De 1730 à 1759, il y aurait eu au moins 400 réunions de censives au domaine seigneurial<sup>133</sup>. Louise Dechêne écrit :

La réunion des terres vacantes est l'unique recours des seigneurs contre ces soi-disant colons qui prennent une terre et l'abandonnent aussitôt pour courir les bois ou autres raisons. Ils reprennent les terres de ceux qui ne les défrichent pas ou peu et qui négligent de payer les droits seigneuriaux. Ils laissent les cas s'accumuler et périodiquement soumettent à l'intendant une liste de 20 à 30 noms accompagnés de certificats du curé et des voisins attestant l'absence. Il y a trois criées et trois mois pour se présenter, payer les arrérages de redevances et entreprendre la mise en valeur. Les seigneurs n'ont donc pas un pouvoir discrétionnaire en cette matière et ceux de Montréal s'efforcent d'être équitables. Mais il y a des cas litigieux, des héritiers et ayants droits qui, plus tard, sortent de l'ombre pour contester les titres du nouveau censitaire. Car ces terres sont reconcédées. Les seigneurs cherchent un autre tenancier qui accepte d'acquitter en entrant tous les arrérages de cens et rentes dont elles sont grevées et la valeur des travaux et des bâtiments, le cas échéant.<sup>134</sup>

Elle ajoute que les terres peu développées, qui n'ont « que quelques abattis » sont reprises sans formalités<sup>135</sup>. Les cas plus complexes de terres qui comportent des travaux, appartenant à des mineurs ou grevées d'hypothèques sont d'abord examinées par l'intendant ou le juge. Louise Dechêne écrit que les déguerpissements « désolent les autorités, compromettent la bonne gestion de la seigneurie » et que les voisins se trouvent incommodés « par ces bois qui jettent de l'ombre sur leurs champs, abritent des animaux nuisibles, créent des hiatus dans la façade de la côte, les obligent à construire les tronçons de chemin qui bordent les terres abandonnées »<sup>136</sup>. Elle avance qu'ils sont surtout le fait des célibataires qui partent courir les bois, mais aussi les colons malchanceux, ceux qui n'ont pas la force physique ou les habiletés nécessaires pour ce travail ou encore des spéculateurs qui misent sur l'emplacement de leur terre et le travail de leur voisin pour revendre leur terre à profit qu'ils ont reçu gratuitement<sup>137</sup>. On peut donc penser que le censitaire

---

<sup>132</sup>Voir Dechêne, *supra* note 126, à la p 255, note de bas de page 54.

<sup>133</sup> *Ibid.* Pour la période de 1642 à 1731, Dechêne juge « sous toute réserve » qu'il y a environ 150 réunions de censives, soit 15% des acensements, la documentation éparse ne permettant pas de les quantifier. *Ibid.*, à la p. 289.

<sup>134</sup>*Ibid.*, aux pp 255-6. Dechêne précise à la note 54 que « La réunion des terres vacantes est institutionnalisée par l'arrêt du 6 juillet 1711 (Edits, ordonnances royales, vol. 1, pp. 324-326). Elle était pratiquée par les seigneurs de Montréal depuis 1675 ».

<sup>135</sup> *Ibid.*, à la p 256, à la note de bas de page 55.

<sup>136</sup> *Ibid.*, à la p 288.

<sup>137</sup> *Ibid.*

qui souhaitait cesser de « tenir feu et lieu » pour aller travailler ailleurs avait potentiellement fort à perdre s'il avait investi du temps, des efforts et des ressources au développement de sa terre<sup>138</sup>. Sous peine de perdre le fruit de ses investissements, on peut penser qu'il n'avait d'autre choix que de s'assurer que sa terre continue d'être développée en son absence en la louant ou encore de la vendre<sup>139</sup>. De 1649 à 1700, il y a d'ailleurs un marché très actif de revente de terres : environ 5% des terres changent de propriétaire chaque année, les acheteurs étant essentiellement des paysans voulant accroître la superficie de leurs terres<sup>140</sup>. Par contre, ce sont surtout des terres peu développées qui font l'objet de transactions<sup>141</sup>. À mesure que les terres se développent, la mobilité des paysans semble beaucoup plus limitée<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> *Ibid*, aux pp 271 et 273. Louise Dechêne rappelle que :

« Le défrichement d'une terre est une tâche longue et pénible à laquelle peu d'immigrants ont été préparés. (...) S'il maintient le rythme que nous avons esquissé, il faut compter dix ou onze ans avant d'avoir une dizaine d'arpents en labours de charrue, le minimum pour pouvoir mettre sa terre en soles lorsqu'il y a une famille à nourrir. S'il tarde davantage, cette terre à peine grattée et annuellement ensemencée cesse de rendre. À sa mort, trente ans après avoir reçu concession, il possède 30 arpents de terre arable, une pièce de prairie, une grange, une étable, une maison un peu plus spacieuse, un chemin devant sa porte, des voisins, un banc à l'église. Sa vie a passé à défricher, à bâtir ».

<sup>139</sup> *Ibid*, à la p 287, citant des ordonnances des seigneurs et de l'intendant de 1673 à 1682 : « Les intendants et les seigneurs multiplient en vain les avertissements et les menaces : les habitants doivent "tenir ou faire tenir feu et lieu", défricher deux arpents par année. ». Voir également, à la p 288 : « Dans tous les cas, ces censitaires essaient de conserver la terre, de trouver un locataire sinon un acheteur, faute de quoi elle est éventuellement réunie au domaine contre leur gré ».

<sup>140</sup> *Ibid*, aux pp 289-91.

<sup>141</sup> *Ibid* :

« Dans l'ensemble, les terres vendues ne diffèrent guère de celles qu'on abandonne. Elles sont à peu près incultes et si elles portent un bâtiment, c'est une cabane en pieux ou une méchante maison de pièces sur pièces. La valeur oscille entre 30 et 150 l., soit le montant des arrérages de droits seigneuriaux, le prix de l'arpentage et de la grosse du bail à cens, des « déserts » et de la cabane, le cas échéant. Toutes les habitations vendues moins de six ans après l'acensement répondent à peu près à cette description. (...) Ce qui se dégage enfin de cette analyse des contrats de ventes, c'est que le patrimoine paysan n'est pas sur le marché. Une bonne terre, avec quarante arpents labourables, son pré et ses bâtiments, ne vaut jamais moins de 1 000 l. Notre échantillon compte à peine une vingtaine de ventes dans cette catégorie et la moitié des vendeurs sont des marchands qui quittent la colonie, des ménages sans héritiers, des communautés religieuses ».

<sup>142</sup> *Ibid*, aux pp 292-4 :

« L'impression première d'une mobilité rurale extrême, dégagée des sources administratives et notariales, doit donc être révisée. (...) Nous retrouvons dans cet exemple les caractéristiques déjà esquissées. Une grande mobilité dans la première décennie suivant l'acensement. C'est plus de la moitié des terres ici qui ont changé de propriétaires avant d'être mises en valeur. Les dix ans écoulés, la propriété se stabilise. (...) »

**2. Obligation d'utiliser le moulin banal :** Les censitaires doivent utiliser le moulin banal de leur seigneur (qu'il a d'ailleurs l'obligation de construire et d'entretenir). Ils ne peuvent pas utiliser celui d'une autre seigneurie ni construire leur propre moulin<sup>143</sup>. Cette obligation découle du droit coutumier, mais aussi souvent de clauses dans les contrats de concession<sup>144</sup>. Elle sera confirmée en 1675 par un arrêt du Conseil souverain :

La banalité du moulin a donné lieu à de nombreux litiges, notamment parce que la Coutume de Paris laisse place à interprétation quant à savoir si les moulins à vent étaient sujets à la banalité ou si celle-ci ne s'appliquait qu'aux moulins à eau. De nombreux arrêts seront rendus par le Conseil souverain, parfois à portée générale et parfois à propos de moulins particuliers. Le 1<sup>er</sup> juillet 1675, la banalité de tous les types de moulins est confirmée : « Les moulins soit à eau soit à vent que les seigneurs auront bâtis ou feront bâtir à l'avenir sur leurs seigneuries seront banaux, et ce faisant que leurs tenanciers [...] seront tenus d'y porter moudre leurs grains. ». Dès lors, il ne sera plus nécessaire de faire mention du droit de banalité dans les contrats de concession, mais plusieurs continueront tout de même à inclure ces clauses, notamment les Séminaires de Montréal et de Québec ou encore les seigneurs de Saint-Ours et de Saint-Denis.<sup>145</sup>

Étant donné le manque de moulins dans des seigneuries très vastes et les grandes distances à parcourir pour se rendre au moulin (voire le défaut de certains seigneurs de se conformer à leur obligation de construire le moulin), de nombreux censitaires font fi des interdictions et se rendent au moulin de la seigneurie voisine pour y moudre leur grain<sup>146</sup>. Selon Benoît Grenier, il s'agit sans contredit de la source de litige la plus importante entre les censitaires et les seigneurs<sup>147</sup>. Ces litiges mèneront à plusieurs ordonnances pour obliger les censitaires à respecter le monopole de leur seigneur. Benoît Grenier rapporte cet exemple : « “Leurs excuses sont frivoles de dire qu'il y a trop loin au moulin : c'est un droit du seigneur, ils y sont obligés”, déclare de manière péremptoire la seigneuresse de la Rivière-du-Sud, Geneviève Alliés, lors d'un procès en 1770 »<sup>148</sup>;

---

Ceux qui achètent des terres entre 1702 et 1731 sont généralement les fils des habitants de la même côte et nous en arrivons vite à une prolifération des mêmes patronymes ».

<sup>143</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p. 85.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Ibid.*, à la p 87.

<sup>146</sup> *Ibid.*, à la p 88.

<sup>147</sup> *Ibid.*, à la p 174; Niort, *supra* note 118, aux pp 507-8.

<sup>148</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p 175.

**3. Limites au droit de chasse :** Le droit de chasse n'est pas encadré aussi sévèrement qu'en France où il est réservé à la noblesse. En Nouvelle-France, le droit de chasse est un monopole d'exploitation conféré par la plupart des titres seigneuriaux canadiens<sup>149</sup>, mais il sera généralement octroyé aux censitaires. Par contre, il doit s'exercer dans les périmètres de leur terre<sup>150</sup>. Benoît Grenier écrit que les seigneurs ont eu recours aux autorités judiciaires en cas de chasse illégale :

Lorsque des censitaires vont chasser à l'extérieur de leur censive, qui plus est lorsqu'ils osent chasser sur les terres domaniales, les seigneurs ne se gênent pas pour les sommer de mettre fin à ces pratiques et, s'il le faut, ils recourent aux autorités judiciaires, notamment à l'intendant. En 1730, le seigneur de Boucherville obtient une ordonnance qui défend aux habitants de sa seigneurie de chasser dans le petit bois du domaine de Boucherville et sur le petit lac qui y est joint, de même que de « tuer et détruire » les castors de la montagne de Montarville (aujourd'hui le mont Saint-Bruno).<sup>151</sup>

Bien que ces limites ne sont pas exclusivement liées au statut de censitaire, elles s'inscrivent tout de même dans le cadre du régime seigneurial et s'appliquent aussi aux censitaires.

**4. Limites aux droits de pêche :** Quant à la pêche, celle-ci est en principe libre, en France comme en Nouvelle-France. La liberté de pêche est confirmée en 1652 par le gouverneur Jean de Lauzon pour tous les habitants de la Nouvelle-France<sup>152</sup>. Par contre, c'est surtout la pêche de subsistance qui est libre. Les seigneurs vont généralement exiger des redevances sur les produits de la pêche commerciale, sur la base de clauses des contrats de concession et de leur droit de propriété sur les grèves, îles et battures adjacentes de leurs fiefs<sup>153</sup>. Plusieurs seigneurs vont d'ailleurs céder par bail l'exploitation de la pêche commerciale en échange de redevances préétablies<sup>154</sup>. Tout comme pour les limites aux droits de chasse, les restrictions sur les droits de pêche ne sont probablement pas exclusives aux censitaires, mais elles s'appliquent à eux. Les prérogatives seigneuriales sur la pêche commerciale ne seront plus mentionnées dans les actes de concessions

---

<sup>149</sup> Voir Niort, *supra* note 118, aux pp 508-9.

<sup>150</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p 89.

<sup>151</sup> *Ibid*, aux pp 89-90.

<sup>152</sup> *Ibid*, à la p 90.

<sup>153</sup> *Ibid*.

<sup>154</sup> *Ibid*.

de seigneuries à compter de 1711. Les seigneuries concédées avant cette date pouvaient néanmoins continuer à l'invoquer<sup>155</sup>;

- 5. Limites à l'exploitation du bois, de la pierre et du sable :** L'exploitation du bois, de la pierre et du sable fait également l'objet de clauses dans les actes de concession qui prolifèrent à compter du 18<sup>e</sup> siècle. Les censitaires se verront imposer l'obligation de réserver le bois de chêne à la construction navale, les seigneurs étant eux-mêmes tenus à une telle obligation à compte de 1672 selon les termes de la concession de leur seigneurie<sup>156</sup>. Autre exemple, les Jésuites, dans leurs seigneuries de Saint-Gabriel et de Notre-Dame-des-Anges, interdiront aux censitaires tout usage excessif du bois, y compris l'abattage à des fins commerciales. Lorsqu'ils sont autorisés à couper, le bois doit être d'abord offert aux Jésuites<sup>157</sup>. Sur l'île Jésus, les seigneurs se réservent à compter du 18<sup>e</sup> siècle le bois de chêne et le bois de cèdre sans compensation. Au lac des Deux-Montagnes, c'est la pierre et le sable nécessaires à la construction que se réservent les Sulpiciens<sup>158</sup>;
- 6. Les corvées :** Les contrats de concession vont également imposer certaines corvées aux censitaires, mais généralement pas plus de 3 ou 4 jours par année<sup>159</sup>. Il semble que les corvées sont rarement mentionnées dans les contrats de concession au début du 18<sup>e</sup> siècle, mais elles seraient plus fréquentes dans la région de Montréal et demeureront bien après la fin du régime français<sup>160</sup>. Les censitaires doivent généralement fournir quelques jours de travail par année à leur seigneur. Benoît Grenier rapporte un exemple de clause de concession :

En octobre 1792, lorsque le seigneur Gabriel Christie octroie une censive dans sa seigneurie de Sabrevois, le contrat (alors un contrat type imprimé) prévoit une journée de corvée annuelle si le censitaire fournit une charrue attelée à des bœufs ou à des chevaux, et trois « journées d'homme » en l'absence d'un tel équipement. Par ailleurs, le seigneur se réserve le droit de demander la valeur en argent des journées de corvée.<sup>161</sup>

---

<sup>155</sup> Voir Niort, *supra* note 118, aux pp 508-9.

<sup>156</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p 92.

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> *Ibid.*, à la p 93.

<sup>159</sup> Voir Niort, *supra* note 118, à la p 511.

<sup>160</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p 91.

<sup>161</sup> *Ibid.*

Grenier mentionne qu'on affirme généralement que les corvées sont légères dans les seigneuries de la Nouvelle-France, « les habitants des seigneuries ne sont effectivement pas corvéables à merci comme les serfs d'Europe de l'Est »<sup>162</sup>. Par contre, ces corvées stipulées aux actes de concession s'ajoutent à d'autres, par exemple pour l'entretien du chemin royal qui traverse la terre des censitaires, l'entretien des chemins de la seigneurie ou encore l'obligation de déchiffrer les bordures de leur censive pour que les cultures voisines soient suffisamment ensoleillées<sup>163</sup>.

Ainsi, on peut à mon avis prétendre que juridiquement, le libre accès des censitaires au travail de leur choix est somme toute limité, dans la mesure où ils conservent ce statut. En effet, leur liberté d'action demeure circonscrite par le cadre juridique qui établit les droits et responsabilités respectifs du seigneur et du censitaire. Le libre accès au travail est à mon avis restreint par la combinaison de l'obligation de tenir feu et lieu, du droit de réunion au domaine du seigneur et des circonstances qui peuvent les empêcher de se départir de leur censive, sous peine de perdre l'investissement fait dans le développement de leur terre. Ceci dit, en théorie, la relation seigneur-censitaires ne comporte pas de contraintes juridiques absolues au libre accès au travail, puisque les censitaires ont la possibilité juridique de s'en libérer en aliénant leur censive. Il est intéressant de noter que selon les exemples cités ci-dessus, les clauses des contrats de concession des censives constituent un outil important du contrôle de ce libre accès au travail. Même sous le régime seigneurial, le contrat constitue donc une source de limites à la liberté de travail.

Mais il ne faut pas perdre de vue que les censitaires sont également soumis à toutes sortes de droits seigneuriaux que Louise Dechêne divise selon les catégories suivantes : droits réels fixes (redevances payables au seigneur), droits réels casuels (droits perçus par le seigneur sur les mutations de censives et la dîme), droits personnels (droit de justice, droit de banalité et droit de chasse) et droits conventionnels (servitudes et restrictions au droit de propriété)<sup>164</sup>. Pour Louise Dechêne, il s'agit d'un régime qui est

---

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> *Ibid.*, à la p. 92.

<sup>164</sup> Voir Dechêne, *supra* note 127, aux pp 247-58. Jean-François Niort suggère plutôt de classer ces droits comme suit. Voir Niort, *supra* note 118, à la p. 487 :

« On pourrait en effet plutôt distinguer, comme on l'a fait plus haut à l'égard des seigneuries, les **droits seigneuriaux féodaux** (ou censiers), qui sont liés à la possession du fief et qui correspondraient grosso modo aux droits réels évoqués ci-dessus (à l'exception de la rente, même si celle-ci est foncière, on verra pourquoi); les **droits seigneuriaux banaux**, qui sont liés aux prérogatives publiques du seigneur banal, sont prévus au Canada dans les contrats de concession de seigneurie (droits de justice, de banalité, droits de pêche et de chasse), et n'ont pas en principe, de même que les droits féodaux, à être stipulés dans les

d'abord peu contraignant pour les censitaires, mais qui se durcit progressivement au fil de l'évolution de la colonie :

Il apparaît donc clairement que le régime seigneurial a évolué. Au début, les seigneurs bon gré mal gré se pliaient aux circonstances et n'exigeaient à peu près rien de ceux qui n'avaient rien. Mais à mesure que le peuplement et la mise en valeur progressent, le régime cherche à tirer parti de tous les droits conférés par la coutume, à leur ajouter quelques innovations locales. Plus rien n'est laissé au hasard; le contrat d'une page dans les débuts s'étale sur deux ou trois pages au XVIII<sup>e</sup> siècle. Cette seigneurie est devenue rigide et envahissante et n'a guère à envier à l'institution française dans son ensemble. Et comme dans la métropole, le mouvement des redevances fixes ne traduit que faiblement un durcissement qui s'inscrit davantage dans l'application plus stricte des autres droits coutumiers, dans les droits conventionnels ajoutés peu à peu, soit l'accumulation progressive des obstacles au libre exercice du droit de propriété. Le cas de Montréal n'est pas exceptionnel dans la colonie et les habitants ne peuvent échapper pour longtemps à ces servitudes en s'éloignant des régions habitées et plus prospères, un répit de quelques années, là où le seigneur ne demeure pas sur sa terre et ne se soucie pas de percevoir de maigres rentes ni d'exercer ses privilèges. Mais ils renonceraient ainsi à la sécurité, aux commodités et services qui ne naissent qu'à partir d'une certaine densité de peuplement et, un jour ou l'autre, tous les engagements acceptés sur le papier deviendraient là aussi une réalité.<sup>165</sup>

Cela suggère à mon avis que les censitaires, une fois appâtés et établis après des années de travail sur leur terre, tenus à l'obligation de tenir feu et lieu sous peine d'exercice du droit de réunion au domaine, et ayant de moins en moins d'alternatives, subissent l'étau qui se resserre sur eux sous la forme de mécanismes juridiques qui permettent au seigneur de tirer davantage profit de leur force de travail.

Sous ce régime, certaines femmes sont propriétaires ou usufruitières d'une seigneurie. Par exemple, en 1725, des femmes sont impliquées dans la propriété de 83 seigneuries (mais la plupart à titre de cohéritières qui ne détiennent qu'une fraction minoritaire)<sup>166</sup>. Dans les faits, presque aucune seigneurie n'est concédée directement à des femmes, sauf quelques exceptions de clientélisme en faveur de familles de l'élite coloniale<sup>167</sup>. Ceci dit, je crois que l'on peut avancer qu'une large proportion<sup>168</sup> des femmes de cette époque sont, en plus des obligations à titre de censitaire, pour la plupart sujettes à des mécanismes de

---

contrats d'acensement; et enfin les **droits conventionnels**, qui n'existent que si ils ont été stipulés dans les contrats d'acensement (corvées, droit de retrait, servitudes et autres «réserves»). » (références omises).

<sup>165</sup> Voir Dechêne, *supra* note 127, aux pp. 256-57.

<sup>166</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p. 107.

<sup>167</sup> *Ibid*, aux pp 107-8.

<sup>168</sup> En 1681, sur l'île de Montréal 70% des ménages sont des couples mariés, avec ou sans enfant. Voir Dechêne, *supra* note 127, à la p 416.

contrôle du libre accès au travail, étant sous le contrôle de leur père ou de leur mari, dans une situation d'incapacité juridique, sous tutelle. Seules les célibataires de plus de vingt-cinq ans, les femmes mariées en séparation de biens, les marchandes publiques, les procuratrices et les veuves échappent à ce contrôle<sup>169</sup>. Louise Dechêne écrit que « Les hommes sont, ici aussi, légalement les “seigneurs” de leurs femmes et la collaboration dans la vie quotidienne ne menace pas la domination masculine »<sup>170</sup>.

La conquête britannique et la Proclamation royale de 1763 ne mettront pas fin au système seigneurial, mais les seigneurs perdront dès 1760 le privilège d'administrer la justice<sup>171</sup>. L'Acte de Québec de 1774 confirme la légitimité de la détention des terres acquises sous le régime seigneurial, sans plus de précision<sup>172</sup>. L'Acte constitutionnel de 1791 maintient le régime seigneurial, mais seulement sur les territoires qui avaient déjà été concédés<sup>173</sup>. Sauf quelques exceptions au Bas-Canada, les terres dans les nouvelles zones de colonisation seront désormais accordées sous le modèle des townships, où les habitants sont libres de toute redevance ou droit seigneuriaux. Pour Benoît Grenier, c'est le début « d'une lente abolition qui s'échelonne sur près de deux siècles »<sup>174</sup>. La classe bourgeoise, particulièrement anglophone, souvent enrichie dans le commerce, prend peu à peu le dessus sur la noblesse seigneuriale en cette fin de 18<sup>e</sup> siècle, en achetant de nombreuses seigneuries<sup>175</sup>. La croissance importante de la population de 1760 à 1850 mène à une saturation des terres en l'absence de nouveaux fiefs, à l'apparition de villages et davantage d'artisans et de journaliers agricoles dans des régions campagnardes<sup>176</sup>. L'acquisition de seigneuries de plus en plus peuplées permet grâce aux droits seigneuriaux d'assurer un revenu annuel d'appoint au nouveau propriétaire<sup>177</sup>.

Avec l'arrivée de l'industrialisation, le régime seigneurial avec ses restrictions et monopoles constitue « une entrave évidente à l'esprit d'entreprise, à la libre propriété et à la liberté contractuelle, en somme

---

<sup>169</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p 107.

<sup>170</sup> Voir Dechêne, *supra* note 127, à la p 440.

<sup>171</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, à la p 139.

<sup>172</sup> *Ibid*, à la p 147.

<sup>173</sup> *Ibid*, à la p 150.

<sup>174</sup> *Ibid*.

<sup>175</sup> *Ibid*, aux pp 151-2.

<sup>176</sup> *Ibid*, à la p 152.

<sup>177</sup> *Ibid*, à la p 153.

au développement du capitalisme »<sup>178</sup>. Benoît Grenier écrit que l'attaque contre le régime seigneurial ne viendra pas des censitaires, mais plutôt des entrepreneurs, souvent d'origine britannique<sup>179</sup>.

Plusieurs commissions d'enquête et tentatives de réforme ont lieu au début du 19<sup>e</sup> siècle<sup>180</sup>. Le régime seigneurial sera formellement aboli en 1854. Bien que la loi abolisse les droits et devoirs seigneuriaux, elle prévoit des compensations pour les seigneurs pour la perte de leurs droits à valeur pécuniaire, à être assumées par l'État et les anciens censitaires<sup>181</sup>. Pour ces derniers, cela comprend l'obligation de verser annuellement une rente constituée à l'ancien seigneur ou de verser une somme forfaitaire désignée comme le capital de la rente. Pourtant, vers 1930, encore 60 000 ex-censitaires paient toujours des cens et rentes dans 200 seigneuries pour un montant annuel de 212 486,53 \$ et un capital de 3 577 573,38 \$, n'ayant toujours pas procédé au rachat du capital de la rente depuis 1854. En vertu de lois adoptées en 1935 et 1940, le Syndicat national du rachat des rentes seigneuriales est créé pour dédommager définitivement les anciens seigneurs en remboursant le capital des rentes à l'aide d'un emprunt. La rente est ainsi transformée en une taxe municipale spéciale à être acquittée par les anciens censitaires. Le 11 novembre 1940, les anciens censitaires acquittent pour une dernière fois leurs rentes en personne. Benoît Grenier écrit qu'il s'agit d'« une date méconnue de l'histoire récente du Québec, qui marque pourtant la véritable rupture du lien qui unissait seigneurs et censitaires »<sup>182</sup>. Le Syndicat aura complété l'essentiel du remboursement du capital aux propriétaires de seigneuries en 1944. La taxe spéciale municipale continuera à être administrée pour rembourser l'emprunt ayant servi à rembourser le capital des seigneurs, « et les derniers paiements seront effectués par les municipalités le 11 novembre 1970 »<sup>183</sup>. Certains aspects du régime seigneurial perdurent ainsi en quelque sorte pendant plus de 100 ans après son abolition formelle, puisqu'une partie des droits à valeurs pécuniaire se perpétuent sous une autre forme juridique.

---

<sup>178</sup> *Ibid*, à la p 188.

<sup>179</sup> *Ibid*, à la p 189.

<sup>180</sup> *Ibid*, aux pp 192-8.

<sup>181</sup> *Ibid*, aux pp 198-202.

<sup>182</sup> *Ibid*, à la p 204.

<sup>183</sup> *Ibid*.

## 2.2 L'esclavage

L'esclavage est une catégorie juridique et probablement la forme la plus draconienne d'asservissement, où les barrières au libre accès au travail sont totales :

L'esclavage est en effet avant tout une catégorie juridique. Le droit romain codifie que, par l'esclavage, un homme est fait la chose d'un autre homme, son maître, qui dispose souverainement de son corps, de son travail et de ses biens. Le droit permet au maître de vendre son bien-homme, de le louer, de le céder à bail à l'instar d'un animal ou d'un meuble. Le seul dénominateur commun aux esclaves médiévaux est ce que le maître peut faire d'eux par autorité du droit. L'esclave appartient au maître et c'est par son intermédiaire qu'il existe aux yeux de la société et du pouvoir d'État. C'est par conséquent le droit qui définit l'esclave, et non son vécu ou sa condition.<sup>184</sup>

(Références omises)

L'esclavage était bien présent en Nouvelle-France, bien qu'à une beaucoup plus petite échelle que dans les colonies au sud de la Nouvelle-France<sup>185</sup>. Plusieurs centaines de seigneurs, nobles et communautés religieuses étaient propriétaires d'esclaves de personnes issues des Premières Nations ou des personnes racisées, le plus souvent dans des rôles de domestiques<sup>186</sup>. Ils sont parfois mariés et baptisés et constituent pour Grenier « une facette méconnue de la société seigneuriale du Québec »<sup>187</sup>.

Les premiers esclaves apparaissent en Nouvelle-France vers 1680, mais ce ne sont d'abord que quelques individus seulement, surtout des personnes issues des Premières Nations<sup>188</sup>. Avant 1709, Marcel Trudel compte seulement 86 esclaves en Nouvelle-France. Cependant, avant cette date, l'esclavage n'est pas encore formellement légalisé en Nouvelle-France<sup>189</sup>. Le Code noir réglant la condition des esclaves publié en 1685 par le roi Louis IV ne s'appliquait que dans les Antilles, puis en Louisiane<sup>190</sup>. Le roi avait certes autorisé que l'on fasse venir des personnes racisées en Nouvelle-France pour le travail de la terre et le défrichement, mais cette autorisation ne couvrait pas formellement les personnes issues des Premières

---

<sup>184</sup> Sandrine Victor, *Les fils de Canaan – l'esclavage au Moyen Âge*, Vendémiaire, Paris, 2019, à la p 16.

<sup>185</sup> Voir Grenier, *supra* note 113, aux pp 133-5.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> Marcel Trudel, *Deux siècles d'esclavage au Québec*, Bibliothèque québécoise, Canada, 2009, à la p 9.

<sup>189</sup> *Ibid.*, à la p 48.

<sup>190</sup> *Ibid.*, à la p 49.

Nations<sup>191</sup>. Il existait alors une certaine confusion quant au statut juridique de l'esclave. À l'époque, certains soutiennent que l'esclavage n'a pas de fondement en droit et encouragent les esclaves à désert<sup>192</sup>.

En 1709, l'Intendant Raudot rend une ordonnance qui légalise formellement l'esclavage en Nouvelle-France et qui prévoit notamment :

Nous, sous le bon plaisir de Sa Majesté, ordonnons que tous les Panis et nègres qui ont été achetés et qui le seront dans la suite appartiendront en pleine propriété à ceux qui les ont achetés comme étant leurs esclaves ; faisons défense auxdits Panis et nègres de quitter leurs maîtres, et à qui que ce soit de les débaucher sous peine de cinquante livres d'amende.<sup>193</sup>

Le texte de l'ordonnance crée donc non seulement la catégorie juridique de l'esclave, mais elle crée également une infraction pour quiconque les débauche, sous peine d'amende. Le mécanisme juridique de contrôle du libre accès au travail est on ne peut plus explicite.

Selon Marcel Trudel, cette ordonnance a eu pour effet de mettre en pratique la vente d'esclaves devant notaire, mais également d'augmenter le nombre d'esclaves issus des Premières Nations dans la colonie chaque année. Alors que leur nombre augmente entre 3 et 12 par année avant 1709, il va augmenter d'entre 12 et 51 par année entre 1710 et 1730<sup>194</sup>.

Marcel Trudel écrit que contrairement aux Antilles et à la Louisiane, « Nulle part, dans les édits et ordonnances royaux rédigés pour le Canada ni dans les institutions du Conseil supérieur ni dans l'ordonnance de Raudot (qui légalise l'achat et la possession d'esclaves panis et noirs), nous ne pouvons trouver de règlement sur la manière de traiter l'esclave »<sup>195</sup>. Il note cependant que les propriétaires d'esclaves se conformaient généralement aux dispositions du Code noir.

Suivant la capitulation de Montréal de 1760, l'institution juridique de l'esclavage va survivre à la fin du régime français. Le traité de la capitulation de Montréal de septembre 1760 prévoit à son article 47 :

---

<sup>191</sup> *Ibid.*

<sup>192</sup> *Ibid.*, à la p 51.

<sup>193</sup> *Ibid.*, à la p 52.

<sup>194</sup> *Ibid.*, à la p 55.

<sup>195</sup> *Ibid.*, à la p 150.

Les Nègres et panis de deux sexes resteront, en leur qualité d'esclave, en la possession des Français et Canadiens à qui ils appartiennent. Il leur sera libre de les garder à leur service dans la colonie ou de les vendre, et ils pourront aussi continuer à les faire élever dans la religion romaine.<sup>196</sup>

À compter de la fin du 18<sup>e</sup> siècle, le nombre d'esclaves va substantiellement diminuer. Marcel Trudel écrit que la dernière vente d'esclave a eu lieu en 1797<sup>197</sup>. Au moment de l'abolition de l'esclavage dans l'ensemble de l'Empire britannique en 1833, Marcel Trudeal juge qu'il ne restaient pratiquement plus d'esclaves :

Comme le marché des esclaves semble tomber à zéro, et pour de bon, dès le début du XIXe siècle, nous inclinons à croire que ces esclaves noirs, émancipés par la loi de 1833, ne pouvaient être que de vieux Noirs ou qu'ils n'étaient plus que de très rares exceptions. Une chose nous paraît certaine : il n'y avait plus d'Amérindiens esclaves pour profiter de la grande émancipation. Autant dire qu'au Québec l'esclavage disparaît de lui-même sans qu'on puisse en dater le terme<sup>198</sup>.

Bien que l'esclavage au Québec n'ait évidemment pas eu l'ampleur qu'il ait pu avoir au sud, ce n'est pas non plus un phénomène totalement marginal. C'est une institution juridique qui a bel et bien existé et qui avait pour fonction de contrôler le libre accès au travail de certaines catégories de travailleurs pour qui le racisme justifiait l'une des pires formes d'asservissement.

### 2.3 Les guildes et associations d'artisans

Il n'y avait pas, en Nouvelle-France, de guildes d'artisans ou de jurandes contrôlant l'accès à des métiers ou le droit exclusif d'opérer un atelier<sup>199</sup>. Cela se distingue nettement de la situation qui prévalait en Europe où, comme on l'a vu, ces institutions jouaient un rôle significatif dans le contrôle du libre accès au travail. Petter N. Moogk explique que chacun était libre de s'établir comme artisan en Nouvelle-France, sans être soumis aux pouvoirs de contrôle, de discipline et de taxation d'une quelconque institution :

Religious confraternities or *confréries* (...) were the only type of craft organization transplanted to New France. Guilds were precluded by the circumstances of the tradesmen and by government policy. The legal rank of master craftsman with the exclusive right to operate a workshop did not exist in Canada, nor did established artisans have a say in who would be allowed to assume that role. After 1627 the rule was that any

---

<sup>196</sup> *Ibid*, aux pp 68-9.

<sup>197</sup> *Ibid*, à la p 321.

<sup>198</sup> *Ibid*.

<sup>199</sup> Peter N. Moogk, « In the Darkness of a Basement: Craftsmen's Associations in Early French Canada » (1976) 57:4 *Canadian Historical Review*, 399, à la p 403.

tradesman who had practiced his craft in the colony for six years would be reputed a master artisan in France. This inducement to skilled workers to accept employment in Canada, which is contained in the charter of the Company of New France, broke down the legal distinctions among the craftsmen who remained here. In law, nothing prevented a journeyman from becoming a self-employed artisan or master if he could afford to set up his own shop. In Western European towns a caste of master craftsmen usually controlled admission to their trade and they exercised a disciplinary authority over members of their guild. These Powers were the heart of the guild. In New France, the "master craftsmen" had no commercial privilege or disciplinary authority to be preserved by an association. Indeed, since guilds were an avenue of taxation in France, Canadian artisans might have considered themselves fortunate to be without such institutions.<sup>200</sup>

Peter N. Moogk rapporte que des règlements ont été préparés en 1673 et 1676 qui auraient permis la création de jurandes ayant le pouvoir d'inspecter certains métiers, mais qu'il n'y a aucune preuve qu'ils ont été mis en application. Il juge que ces règlements ont probablement été remplacés par une ordonnance du gouverneur Frontenac du 23 mars 1677 émise à la demande du roi, « that suppressed all popular spokesmen or syndics, elected or otherwise chosen »<sup>201</sup>. Cette ordonnance vise « les assemblées ou conventicules qui se font sans permission ny qui puisse fournir plus facilement de pretexte pour tous les Monopoles, Cabales et Intrigues, que les particuliers mal intentionnez auroient dessein de former »<sup>202</sup>. L'objectif était d'éviter que des assemblés ou des syndics prétendent avoir un pouvoir représentatif et qu'ils puissent intervenir dans la gestion de l'économie par les autorités coloniales ou autrement contester l'autorité royale<sup>203</sup>. Selon Peter N. Moogk, cette interdiction était aussi fondée sur la croyance que ces assemblées et associations restreindraient la concurrence dans le commerce et entraîneraient une hausse des prix et des services, ce qui aurait été contraire à l'intérêt public<sup>204</sup>.

Il y a néanmoins eu des tentatives de certains corps de métier de faire établir des restrictions à l'accès à certains types de travaux. En 1729, des représentants des maîtres couvreurs de Québec ont demandé au Conseil supérieur un monopole sur les travaux de toiture, suivant une ordonnance interdisant les bardeaux de bois dans la construction de toiture à titre de mesure de prévention des incendies. Les menuisiers avaient été favorisés par cette décision, puisqu'ils avaient la maîtrise de la construction de toitures de planches. Les maîtres couvreurs demandaient une modification aux règles de construction ou un

---

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> *Ibid.*

<sup>202</sup> *Ibid.*, à la p 404.

<sup>203</sup> *Ibid.*, aux pp 403-4.

<sup>204</sup> *Ibid.*, à la p 404.

monopole sur les travaux de toiture. Peter N. Moogk écrit que le Conseil supérieur, sur l'avis du procureur général, a rejeté cette demande des « Soy Disants Maitres couvreurs de Cette Ville... attendu qu'il n'y a En Cette Ville ny maitrise ny Jurande ny droit Exclusif de travailler de quelque art ou Metier »<sup>205</sup>.

Les notaires et chirurgiens ont davantage eu de succès à se faire reconnaître des privilèges exclusifs qui restreignaient le libre accès au travail de ceux ne faisant pas partie de leur groupe. En 1668, les notaires de Québec ont eu gain de cause dans un recours visant un notaire seigneurial (nommé par un seigneur) qui avait rédigé des actes dans la ville de Québec<sup>206</sup>. En 1710, des chirurgiens de Québec se sont plaints que des chirurgiens de navire venus d'ailleurs pratiquaient la médecine dans la colonie. En effet, tout chirurgien qui souhaitait exercer dans la colonie devait être approuvé par le *lieutenant du premier chirurgien du Roi* ou le *médecin du Roi* à Québec. Étant donné que l'autorité de la Couronne était en cause, l'intendant a imposé une amende et des pénalités aux médecins qui n'étaient pas licenciés et qui avaient traité des patients dans la colonie. Cette interdiction a été réitérée en 1712, 1716, 1737 et 1750. Selon Peter N. Moogk, ces chirurgiens cherchaient à protéger leur clientèle et à s'assurer de maintenir les standards d'exercice de la médecine<sup>207</sup>. En 1712, ils ont demandé que le nombre de chirurgiens autorisés soit limité à 4 dans la ville de Québec, mais cette demande a été refusée, car elle visait seulement à protéger leurs intérêts et non le maintien des standards de la médecine.

Les confréries religieuses d'artisans étaient tolérées par les autorités, tout en s'assurant que ces groupes ne s'organisaient pas pour restreindre le commerce et l'emploi<sup>208</sup>. On souhaitait s'assurer que leurs principales activités se cantonnaient à une œuvre pieuse. Ces confréries demeuraient donc sous l'autorité de l'Église. Il y a eu seulement 3 confréries d'artisans documentées dans l'histoire de la colonie<sup>209</sup>.

Malgré l'absence de guildes, il reste que des règles étaient mises en place par les autorités de la colonie pour encadrer certaines activités artisanales, lesquels se trouvaient à restreindre le libre accès au travail. Par exemple, une ordonnance du 20 juillet 1706 imposait la séparation du travail de boucherie, de tanneur et de fabricant de souliers. On jugeait que le fait pour une personne de cumuler ces activités lui donnait

---

<sup>205</sup> *Ibid*, à la p 405.

<sup>206</sup> *Ibid*, à la p 406.

<sup>207</sup> *Ibid*.

<sup>208</sup> *Ibid*, à la p 407.

<sup>209</sup> *Ibid*.

un avantage concurrentiel déloyal, en raison de son contrôle sur l'accès et le prix des matières premières<sup>210</sup>.

Peter N. Moogk juge que les autorités voyaient d'un bon œil l'idée de saper la formation de ces guildes et associations, afin de permettre le développement de la colonie :

The rebuffs given to workers' associations by the courts and officials in New France would undoubtedly discourage the formation of other craft groups. The crown saw an advantage in keeping guilds and privileged craft groups out of the colony; the disunity of artisans facilitated the diffusion of skills and encouraged competition among them. Both consequences were desirable in a poor but rapidly-growing society. As late as 1741 the governor and intendant could still write of a distant future « lorsqu'il sera temps d'établir des maîtrises, des communautés et des jurandes ». Until then, self-constituted artisan groups and demands for economic protection from unlicensed trades were to be turned aside.<sup>211</sup>

L'absence de ces guildes et associations a fait en sorte que le système d'apprentissage traditionnel présent en Europe, avec ses règles et contraintes sur le libre accès au travail des apprentis, ne s'appliquait pas dans la colonie. Un habitant de la colonie était donc libre d'être embauché sur la base d'un contrat de louage de services personnels, de se lancer à son compte s'il avait le capital requis ou en encore de conclure un contrat d'association avec un autre artisan de son domaine<sup>212</sup>.

Cela ne signifie pas pour autant que cette organisation du travail ne comportait pas de restriction au libre accès au travail, comme nous le verrons dans la prochaine section sur le contrat de louage de services personnels.

Avant de se pencher sur le contrat de louage de service, quelques mots sur les contrats d'association entre entrepreneurs ou artisans. Peter N. Moogk écrit qu'il n'y en a pas eu plus de 150 de notariés dans la colonie et qu'à mesure que la population augmentait, leur nombre diminuait considérablement<sup>213</sup>. Comme il l'écrit, on peut à mon avis avancer que ces contrats d'association, bien qu'ils n'en portaient pas formellement l'étiquette juridique, reproduisaient en quelque sorte la dynamique du système d'apprentissage ou encore du contrat de louage de service entre l'apprenti et son maître comportant des

---

<sup>210</sup> *ibid*, à la p 415.

<sup>211</sup> *Ibid*, aux pp 417-8.

<sup>212</sup> *Ibid*, à la p 419.

<sup>213</sup> *Ibid*, aux pp 420-1.

mécanismes de contrôle du libre accès au travail sous la forme de clauses de pénalité en cas de départ prématuré d'un des associés :

Close inspection of the parties to craft partnerships and the terms of the agreement reveals the effect of the same values that were perceived in artisan' indentures. Most of the service indentures did not involve journeymanship and most of the craft partnerships were not true co-partnerships – that is, alliances of equals. One rarely finds a business association in which both parties were craftsmen of equal standing and capable of matching the other's contribution; such partnerships were usually confined to metalworking and masonry construction. In over three-quarters of the cases a single craftsman would be teamed up with a merchant-investor, a lesser speculator, an elderly artisan, or the widow of a tradesman. There were always a few entrepreneurs willing to invest in a secondary industry. All of these people lacked the physical ability to operate a manufacturing enterprise by themselves; they needed a skilled and healthy assistant. If one looks at the forty-five contracts summarized in Table III, one sees that most were unequal partnerships. There was, typically, a senior party in his forties or older who was to provide the facilities and equipment for the tannery, forge, bakery, or brewery. There would be a junior partner, usually an unmarried man in his twenties, who was invariably a craftsman. As a group, the junior partners closely resembled the native Canadian craftsmen who accepted indentured service.

The similarity between indentured *Canadien* artisans and the junior partners in craft alliances is the clue to what had happened to manufacturing partnerships in New France – they had become a substitute for a service indenture. Partnerships overcame the prejudices of the colonial tradesman by elevating him from the ranks of the servile before he could do it for himself. The arrangement was beneficial to the senior partner too. The worker-partner was likely to work harder than a hired man for he profited in proportion to his productivity; a worker-employee on a fixed, annual salary had no such incentive. The evidence that the junior partner was taking the place of an indentured craftsman is contained in the terms of the agreement. The artisan, like an employee, was usually fed and housed at the company's expense; he was to labour assiduously for the benefit of the company. Some contracts followed the example of service indentures and inserted penalty clauses for absenteeism and premature departure. Sick leave might also be limited to eight days a year. The intention was to keep the worker-partner on the job.<sup>214</sup>

(Mon emphase, références omises)

Ces contrats d'association étaient généralement d'une longue durée. Dans le cas d'une association pour l'exploitation d'une tannerie, la durée moyenne était de 5 ans. Étant donné l'investissement monétaire important nécessaire pour lancer l'entreprise, celle-ci devait durer de 3 à 7 ans pour le justifier<sup>215</sup>. Les contrats d'association d'artisans n'étaient généralement pas d'une durée de plus de 3 ans et le contrat

---

<sup>214</sup> *Ibid*, aux pp 423-4.

<sup>215</sup> *Ibid*, aux pp 424-5.

n'était presque jamais renouvelé<sup>216</sup>. Sans surprise, Moogk note que « The favourite term was one year which was, significantly, the median term for artisans' indentures of service »<sup>217</sup>.

On constate ainsi qu'en l'absence de guildes et normes traditionnelles d'encadrement du travail comme en Europe, le contrat jouait un rôle prépondérant à titre d'outil de contrôle du libre accès au travail, que ce soit via le contrat d'association ou encore le contrat de louage de services personnels sur lequel nous nous pencherons maintenant.

## 2.4 Le louage de services personnels

### 2.4.1 Le louage de services en Nouvelle-France : apprentis, journaliers, domestiques et engagés

En Nouvelle-France, le droit qui encadre le travail qui ne relève pas de rapports féodaux, familiaux, de l'esclavage ou d'un contrat d'association est essentiellement inspiré du droit français de louage de services personnels. Il s'agit d'un amalgame de la Coutume de Paris<sup>218</sup>, de coutumes locales et d'ordonnances des autorités coloniales, bonifiées par des règlements de police ou municipaux<sup>219</sup>. La Coutume de Paris n'encadre les relations de travail qu'au sujet de la prescription des salaires, dont la réclamation se prescrit par un an.

Les contrats sont verbaux ou écrits et généralement pour un terme fixe<sup>220</sup>. Au final, ces règles sont peu nombreuses et visent un nombre restreint de personnes, soit « les domestiques, valets, laquais, serveurs

---

<sup>216</sup> *Ibid*, à la p 425.

<sup>217</sup> *Ibid*.

<sup>218</sup> Voir Yves F. Zoltvany, « Esquisse de la Coutume de Paris », (1971) 25 :3 *Revue d'histoire de l'Amérique Française* 365 : « Introduite par les Cent-Associés vers 1640, en même temps que les Coutumes de Normandie et du Vexin français, la Coutume de Paris devint le seul code légal permis dans la colonie en vertu de l'édit de 1664 établissant la Compagnie des Indes occidentales »; Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la note de bas de page 20 :

« Voir l'Édit de création du Conseil souverain, avril 1663, et l'article 33 de l'Édit royal établissant la Compagnie des Indes Occidentales, de mai 1664 (...). Ces édits font suite à la remise des territoires concédés par à la Compagnie des Cent-Associés (...). Maximilien Bibaud, qui écrit en 1855, est d'avis cependant que l'introduction de la Coutume de Paris est bien antérieure à 1663 et qu'elle aurait été pratiquée en Nouvelle-France par la Compagnie des Cent-Associés, au travers des actes d'inféodation consentis à certains (...) ».

Voir également Pierre Laporte, *La réintégration du salarié – Nouvelles perspectives*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, aux pp 7 à 13.

<sup>219</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, aux pp 520-23.

<sup>220</sup> *Ibid*, à la p 521.

ou servantes, femmes de chambre et cuisinières, garçons ou filles de ferme, journaliers, compagnons des métiers ou autres du genre, les précepteurs ou professeurs, dans certains cas »<sup>221</sup>.

Ce développement peu avancé du droit du travail (ou du louage de services personnels) s'explique pour Marie-France Bich en raison de « la conception encore familiale que l'on a des rapports qui unissent le maître » et son subordonné, plutôt qu'une conception purement contractuelle comme dans la société salariale<sup>222</sup>. En France, à cette époque, le louage de services personnels constituait un domaine « privilégié de l'intervention pénale » qui aurait relevé beaucoup plus de l'imposition de politiques publiques que de règles de droit contractuel<sup>223</sup>, comme nous l'avons vu au chapitre 1. Les autorités coloniales françaises de la Nouvelle-France ne se sont pas privées d'imiter la métropole<sup>224</sup>.

En 1663 et 1667, suivant la prise de contrôle directe de la colonie par la Couronne française des mains de la Compagnie des cents associés, des ordonnances sont prises par les autorités coloniales pour encadrer la main-d'œuvre. Elles requièrent des engagés venus de France qu'ils servent leurs maîtres pour une durée de trois ans (communément appelés les « 36 mois ») et établissent des sanctions contre la désertion et l'indiscipline<sup>225</sup>. Déjà à l'époque, ces travailleurs n'avaient pas le droit de quitter le service de leur maître avant l'expiration du contrat, sous peine de divers amendes et châtiments imposés par le droit pénal<sup>226</sup>. Les domestiques engagés pour une durée indéterminée n'avaient pas le droit de quitter leur travail avant d'avoir reçu congé du maître et pouvaient être condamnés à retourner travailler pour lui<sup>227</sup>. Le paiement des amendes par les travailleurs condamnés pouvait être fait par un retour au travail pour une période étendue, pour dédommager le maître déserté pour le temps de travail perdu. Ces ordonnances proscrivaient aussi l'embauche par des tiers de travailleurs ayant quitté leur service sans droit, sous peine

---

<sup>221</sup> *Ibid.* Voir Dépatie, *supra* note 54, aux pp 52-3.

<sup>222</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 521.

<sup>223</sup> *Ibid.*, citant John W. Cairns, « Employment in the Civil Code of Lower Canada : Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform » (1987) 32 McGill L J 673, à la p 690.

<sup>224</sup> *Ibid.* Voir également Laporte, *supra* note 218, aux pp 13-5.

<sup>225</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 186; Repris par Randall Scott Echlin et Robert Tarantino, « The History of Employment Law in Canada : 200 years in its Development » dans *Annual Review of civil litigation*, Toronto, Carswell, 2011, p 107, à la p 114.

<sup>226</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 186.

<sup>227</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 522; *Ibid.*, à la p 186.

d'amendes<sup>228</sup>. Plusieurs décisions judiciaires rendues à compter de 1663 condamnent des employés en fuite et des maîtres les ayant embauchés illégalement à dédommager le maître déserté<sup>229</sup>. Marie-France Bich cite une ordonnance datée du 11 mai 1676 qui donne le ton du régime en vigueur à l'époque :

Pour remédier aux abus qui s'augmentent tous les jours par la désertion que font les domestiques du service de leurs maîtres, au grand détriment de la Colonie, il est défendu à tous engagé de délaisser et abandonner le service de leurs maîtres; à peine d'être appliqués au carcan pour la première fois; et pour la seconde d'être battus de verges et de leur être appliqué l'impression d'une fleur-de-lys. Défense sont aussi faites de leur donner retraite sans congé par écrit de leurs maîtres, ou certificat du commandant, juge ou curé du quartier, comme il n'est engagé à personne; à peine de vingt livres et de payer chacune journées d'absence du dit service à cinquante sols, comme responsable des faits des fugitifs.<sup>230</sup>

Jean-Pierre Hardy et David-Thierry Ruddel rapportent que l'intendant Hocquart s'y référait encore en 1732 au soutien d'une décision concernant un conflit entre un maître et un apprenti<sup>231</sup>.

Par ces ordonnances, les employeurs et gouverneurs cherchaient à protéger leurs intérêts : la pénurie de main-d'œuvre dans la colonie et les nombreuses opportunités de travail les auraient incités à pénaliser la désertion et l'indiscipline des travailleurs<sup>232</sup>.

Selon Sylvie Dépatie, les historiens du début du 20<sup>e</sup> siècle niaient la présence de domestiques et de journaliers dans les familles paysannes au 17<sup>e</sup> siècle, leur présence n'ayant été confirmée que par des travaux historiques plus récents. Toujours selon Dépatie, certains travaux d'historiens évaluent la proportion des domestiques à environ 4% de la population, avec certaines variations à la hausse lors des vagues d'arrivées de « 36 mois », notamment vers 1666-1667. À compter du début du 18<sup>e</sup> siècle, l'immigration d'engagés se serait estompée, la colonie française s'étant peu à peu développée en une

---

<sup>228</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 522; Craven, *supra* note 56, à la p 186.

<sup>229</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, aux pp 522-3.

<sup>230</sup> *Ibid*, à la note de bas de page 23, citant *Loix de Police, Relevé des Édits, Déclarations, Arrêts Ec. des Rois de France, Réglemens du Conseil Supérieur, et des Intendants du Canada, qui ont eu force de loi dans toute la province de Québec*, By a Select Committee of Canadian Gentleman, London, Charles Eyre et William Straham, 1772, à la p 20, ordonnance du 11 mai 1676, article XXXI.

<sup>231</sup> Voir Jean-Pierre Hardy et David-Thierry Ruddel, *Les apprentis artisans à Québec 1660-1815*, Les presses de l'Université du Québec, Montréal, 1977, à la p 74.

<sup>232</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 186.

société paysanne mieux établie et autosuffisante<sup>233</sup>. Il semble exister une certaine controverse quant à la prévalence du travail salarié en milieu rural à cette époque, mais la majorité de ce travail s'y serait trouvé plutôt qu'en milieu urbain<sup>234</sup>. Le développement de la traite des fourrures constituera aussi un vecteur du travail salarié, surtout avec l'étendue du réseau de traite au centre du continent. Certains coureurs des bois étaient engagés à la saison, alors que d'autres l'étaient pour une période de trois ans pour tenir les postes de traite à l'ouest de la vallée du Saint-Laurent<sup>235</sup>.

Dans le cas des contrats d'apprentissage, les maîtres pouvaient ainsi se rabattre sur la longue durée déterminée des contrats d'apprentissage d'une durée de trois ans jusqu'à sept ans pour empêcher la désertion<sup>236</sup>. Pierre Laporte est d'avis que cela les enchaînait à leur maître, de façon similaire à l'esclavage en ce qui a trait au libre accès au travail, à une époque où les tribunaux privilégiaient nettement le respect du contrat à la liberté humaine :

L'apprenti, le domestique ou le serviteur insatisfait étaient placés devant un dilemme insurmontable. Il ne leur était pas possible, sauf dans des situations exceptionnelles, d'obtenir l'annulation de leurs contrats mais, en vertu des édits et ordonnances, il ne leur était pas permis de quitter le maître sans être sanctionnés par les tribunaux. Ils ne pouvaient guère espérer une assistance de leurs amis ou de leurs parents, puisqu'une telle action constituait une infraction punissable d'une amende pour ceux-ci et, par ailleurs, ils ne pouvaient obtenir un nouveau contrat avec un autre maître, puisque les édits et ordonnances interdisaient à quiconque d'embaucher une personne qui n'avait pas obtenu le congé de son maître.

Les maîtres utilisaient fréquemment les journaux pour dénoncer la désertion d'un apprenti et rappeler au lecteur les pénalités liées à l'assistance ou à l'embauche du fugitif. L'apprenti était donc à la merci de son maître, il était sa propriété et on le considérait juridiquement comme un incapable.

La réintégration des apprentis, domestiques et serviteurs allait donc à l'encontre de la règle moderne voulant qu'on ne puisse forcer l'exécution spécifique du contrat de travail à cause de son caractère *intuitu personae*. On doit comprendre qu'à cette époque, les tribunaux privilégiaient le respect du contrat et que l'argument de la liberté humaine ne constituait pas un principe si fondamental qu'il permettait d'y déroger.

---

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> Voir Dépatie, *supra* note 54, aux pp 52-3; *Ibid.*

<sup>235</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 187.

<sup>236</sup> Voir Laporte, *supra* note 218, aux pp 15-23.

L'apprentissage était donc, en Nouvelle-France, une institution qui ressemblait beaucoup à l'esclavage, qui était, d'ailleurs, une pratique acceptée.<sup>237</sup>

(Références omises)

Peter N. Moogk est plutôt d'avis que les relations entre apprentis et maîtres en Nouvelle-France étaient avantageuses pour les apprentis comparativement à celles en France, en raison de la concurrence dans la colonie pour obtenir leurs services<sup>238</sup>. Bien qu'un régime pénal sévère gouvernait la violation du contrat, les parties étaient en théorie libres de convenir des conditions de leur choix : « The cost, duration and conditions of training could be highly individual. No institution prescribed the terms; the state was content to limit itself to upholding the contract after it had been concluded »<sup>239</sup>. Pour les hommes du moins, car les femmes étaient limitées dans leur choix d'apprentissage : « female apprentices were restricted to tailoring; this was one tradition that was not overthrown »<sup>240</sup>.

Une des principales distinctions de la dynamique entre maîtres et apprentis en Nouvelle-France par rapport à la France était que l'apprenti n'avait généralement pas à payer le maître pour sa formation (sauf pour certains apprentissages de courte durée menant à un métier lucratif). L'apprenti en Nouvelle-France pouvait aussi espérer convenir d'une durée d'apprentissage obligatoire plus courte, être logé, nourri et vêtu, ou encore recevoir des indemnités ou un salaire. En l'absence de frais à payer au maître, l'apprentissage n'était pas un privilège en Nouvelle-France, c'était une option disponible même aux plus pauvres<sup>241</sup>. Moogk avance que cette situation peut s'expliquer par la pénurie de main-d'œuvre dans la colonie, mais aussi par l'esprit d'indépendance des Canadiens qui souhaitaient s'établir à leur compte :

It was the individualism among Canadian artisans that allowed any labour shortage to work in favour of the apprentices. The same spirit of independence infected the journeymen. Few Canadians cared to be a journeyman, an employee of another artisan. The history of certain artisans suggests that they accepted the role of journeyman or employee only until they had acquired the capital to set up their own business. Their ambition was to be self-employed or, in Canadian terms, a master craftsman and there was no legal barrier to this ambition. Because of this urge there was a particular shortage

---

<sup>237</sup> *Ibid*, aux pp 21-2, citant Hardy, *supra* note 231; Pierre H. Audet, *Apprenticeship in Early Nineteenth Century Montreal, 1790-1812*, thèse de maître en histoire, Université Concordia, 1975; Peter Nicholas Moogk, *The Craftsmen of New France*, thèse de doctorat en histoire, Université de Toronto, 1973.

<sup>238</sup> Voir Peter N. Moogk, « Apprenticeship Indentures : A Key to Artisan Life in New France » (1971) 6:1 Historical Papers 65, à la p 66.

<sup>239</sup> *Ibid*.

<sup>240</sup> *Ibid*, à la p 75.

<sup>241</sup> *Ibid*, aux pp 67-69.

of journeymen in Canada and apprentices provided an alternate and cheap source of labour. An apprentice, after a year or two of training, was capable of performing as a journeyman.<sup>242</sup>

Pour la période de 1648 à 1759, Peter N. Moogk écrit qu'il y a approximativement 1 000 contrats d'apprentissages dans les archives notariales de la Nouvelle-France, mais qu'il s'agit du reflet de seulement une partie de ces apprentissages :

Underneath the notarized apprenticeships one must assume the existence of the traditional father-to-son craft training. Traditions were weakened in New France but there remained a desire to have at least one son carry on the family trade. In a contract made at Montreal in 1673 the master, a thirty-two year old brazier, made his apprentice promise to train one of the brazier's sons in his craft if the master died or become incurably ill. In addition to this extensive family tradition, there was an unknown number of holograph indentures and casual learning relationships which are referred to incidentally in notarial and court records. The fee schedules of Canadian notaries allowed them to charge one *livre* for each recorded apprenticeship and half price « *pour ceux dont il n'y aura point de minute* ». It appears that there was an equally large or greater number of apprenticeships that were unrecorded for the most part.<sup>243</sup>

(Références omises)

Parmi 482 contrats d'apprentissage précisant l'âge de l'apprenti pour la période de 1648 à 1759 analysés par Jean-Pierre Hardy et David-Thierry Ruddel, ceux-ci dévoilent des apprentis âgés entre 10 et 25 ans, avec un âge moyen d'entrée en apprentissage de 16 ans et 8 mois<sup>244</sup>. Les métiers étudiés sont charpentier, menuisier, « men. tourneur », tonnelier, armurier, arquebusier, cloutier, forgeron, serrurier, taillandier, cordonnier, sellier, couturière, perruquier, tailleur d'habit, chirurgien et maçon. L'apprentissage est d'une durée moyenne de 3 ans et 3 mois (mesurée sur la base de 625 contrats), dont 78,1% se situent entre 2 et 4 ans<sup>245</sup>. Jean-Pierre Hardy et David-Thierry Ruddel constatent une corrélation entre l'âge des apprentis et la durée de l'apprentissage : les plus jeunes sont liés par de plus longs contrats d'apprentissage. Ils jugent que cela peut s'expliquer par plusieurs facteurs, dont une influence réciproque. Il peut y avoir le souci d'assurer une qualité d'apprentissage aux plus jeunes, l'exploitation de la part des maîtres et surtout l'état du marché du travail dans certains métiers :

La situation peut s'expliquer par des facteurs très différents. Le premier vient du marché du travail : comme les apprentis les plus jeunes se retrouvent surtout parmi les armuriers, les arquebusiers, les cloutiers, les selliers, les chirurgiens, les perruquiers et les tailleurs

---

<sup>242</sup> *Ibid*, aux pp 69-70.

<sup>243</sup> *Ibid*, à la p 71.

<sup>244</sup> Voir Hardy, *supra* note 231, aux pp 34-8.

<sup>245</sup> *Ibid*.

d'habits, tous des métiers peu achalandés et qui offrent par conséquent moins d'avenir aux apprentis ayant acquis leur formation (voir leur nombre en page 42), ils sont probablement les moins en demande sur le marché du travail. Il est donc possible que les maîtres les engagent jeunes et les gardent le plus longtemps possible à leur service. Cela constitue dans l'atelier un élément de sécurité. De plus, le maître n'est généralement pas pressé de former un éventuel concurrent. Par contre, les apprentis les plus âgés se retrouvent surtout dans les métiers les plus « populaires » comme les charpentiers, les menuisiers, les tonneliers, les forgerons, les taillandiers et les maçons. Comme on l'a mentionné, la demande pour ces métiers était relativement forte comparée aux autres et l'avenir des apprentis sur le marché du travail semble par conséquent plus prometteur. Il devient dès lors plus difficile pour un maître de garder un apprenti trop longtemps, ou trop vieux, surtout si ce dernier a conscience que sa formation est acquise après un ou deux ans d'apprentissage et qu'il peut maintenant voler de ses propres ailes.<sup>246</sup>

Il reste que selon l'âge moyen de chaque métier et la durée de l'apprentissage, les contrats se terminent généralement lorsque l'apprenti arrive à l'âge de 19 à 21 ans. On peut donc dire que dans le cas du contrat d'apprentissage de cette époque, ce mécanisme de contrôle du libre accès au travail vise une portion bien précise de la population, soit des jeunes qui apprennent les rudiments d'un métier spécialisé.

Jean-Pierre Hardy et David-Thierry Ruddel mentionnent que la coutume française qui permettait de racheter sa liberté en versant une somme d'argent au maître n'avait pas grande emprise dans la colonie, ayant relevé un seul acte d'annulation de contrat sur cette base en 1758<sup>247</sup>. Autrement, il était difficile pour un apprenti d'obtenir la résiliation du contrat. Il se voyait obligé de se rabattre sur la désertion, avec notamment le risque d'être mis à l'amende ou de perdre une partie significative de son salaire retenu par son maître :

Ainsi, parce que les raisons requises étaient restreintes et dans la plupart des cas devaient être explicites dans l'acte d'engagement, il devenait difficile d'annuler un contrat sans que l'apprenti soit pénalisé.

L'apprenti qui subissait de mauvais traitements, qui perdait son temps en effectuant les tâches des domestiques ou tout simplement qui n'aimait pas son métier, préférait généralement la désertion au recours à la justice, avec ou sans les biens qu'il avait sous la main. La désertion fut la cause de dix des onze procès qu'on a pu repérer, l'autre étant une demande d'annulation de contrat de la part de l'apprenti et de son père par suite de mauvais traitements subis. On sait que dans les cas de désertion, les réglementations gouvernementales prévoyaient d'abord des amendes puis ensuite la peine du carcan, du fouet et du fer rouge, mais les procès inventoriés ne font nullement mention de ces derniers sévices même si nous savons qu'ils ont été pratiqués sur certains domestiques.

---

<sup>246</sup> *Ibid*, à la p 47.

<sup>247</sup> *Ibid*, aux pp 76-7.

Le cas des amendes est différent : plusieurs maîtres ne couraient aucun risque et faisaient insérer dans les actes d'engagement une clause stipulant que « si l'apprenti venait à désertir pour aller travailler ailleurs » une amende de 100 livres lui serait imposée. Certaines de ces amendes allaient jusqu'à 300 livres. Dans d'autres cas, le maître retenait la première année du salaire de l'apprenti ou, si c'était l'apprenti qui payait son apprentissage, il perdait le montant qu'il avait versé. Si on prenait soin d'inclure des mesures préventives d'une telle sévérité c'est sans doute que les désertions étaient fréquentes.<sup>248</sup>

(Références omises)

En somme, le contrat de louage de service personnels en Nouvelle-France est de toute évidence un régime où s'exerce un degré important de contrôle du libre accès au travail, grâce à combinaison des règles contractuelles et des règles pénales de droit public.

#### 2.4.2 La Conquête britannique : continuité d'un régime contractuel, sanctionné par le droit pénal

La conquête de la Nouvelle-France par la Grande-Bretagne en 1760 constitue certainement un tournant du régime juridique de la colonie, mais la situation devient dès lors pour le moins confuse, même à ce jour<sup>249</sup>. Il semble que dans les premières années qui ont suivi le début de la présence britannique, le droit du travail salarié qui a continué à être appliqué officieusement était celui du régime français, au moins pour les contrats de louage de service liés à la traite des fourrures selon une décision rendue en 1763 par un tribunal militaire qui applique « l'équité et les usages »<sup>250</sup>. La Proclamation royale du 7 octobre 1763 imposait en théorie le droit privé et public britannique sur le territoire de l'ex-Nouvelle-France<sup>251</sup>. Selon Bich, les habitants auraient plutôt continué d'utiliser l'ancien droit dans leurs rapports privés et on peut supposer selon elle que la situation des « domestiques, serviteurs, compagnons et autres engagés » n'a pas dû changer<sup>252</sup>. On relèvera toutefois qu'en 1765, les marins de la marine marchande ont fait l'objet d'une ordonnance des nouvelles autorités, imposant l'emprisonnement à ceux qui refusaient d'accomplir leur devoir, afin qu'ils soient « secured and forth-coming to proceed on the voyage » une fois le navire prêt à partir<sup>253</sup>.

---

<sup>248</sup> *Ibid*, à la p 77.

<sup>249</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra supra* note 55, à la p 524.

<sup>250</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 187.

<sup>251</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 524; Laporte, *supra* note 218, aux pp 23-7.

<sup>252</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 524;

<sup>253</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 188.

L'Acte de Québec<sup>254</sup> de 1774 réintroduit formellement dans la colonie le droit privé français en vigueur avant la Conquête, mais maintient le droit public britannique. Cette formule aurait créé un certain chaos judiciaire et une confusion quant au droit du travail applicable<sup>255</sup>. Sous les deux régimes, il s'agit d'un droit civil contractuel, mais le droit britannique sanctionnait par le droit public pénal la violation du contrat, selon une philosophie homologue à celles des ordonnances des autorités françaises<sup>256</sup>. Marie-France Bich juge que les règles française et britannique ont une parenté évidente :

Ces lois, comme les ordonnances et les règlements qui en découleront, sont issues en droite ligne des lois anglaises de l'époque. Que le modèle anglais ait servi ici n'a rien d'étonnant : l'Acte de Québec consacrant l'application du droit anglais en matière criminelle, il était naturel que l'on s'en inspirât pour l'adoption des lois pénales régissant le travail. Du reste, comme on le verra, ces lois reposaient sur un fondement philosophique similaire à celui des ordonnances qu'avaient édictées les autorités de la Nouvelle-France : leur insertion dans le droit de l'époque n'a donc pas révolutionné les us et coutumes. Sur le fond, ces lois "anglaises" avaient une parenté évidente avec les ordonnances de l'ancien régime, et témoignaient d'une même idéologie.<sup>257</sup>

(Références omises).

Il semble y avoir eu des pressions des marchands britanniques pour que l'emprisonnement pour dette introduit après la Conquête soit maintenu<sup>258</sup> et des demandes aux autorités « to help make their servants "strictly conform to their agreements" »<sup>259</sup>. Dès 1788, le conseil législatif prescrit l'emprisonnement d'un mois pour les voyageurs engagés qui désertent avant leur départ pour l'intérieur du continent et l'emprisonnement de trois mois et la perte de tout le salaire en cas de désertion durant le voyage<sup>260</sup>.

---

<sup>254</sup> *Act for Making more Effectual Provisions for the Government of the Province of Quebec in North America*, 1774 (14 Geo III) c 83, s VIII (R.U.).

<sup>255</sup> Voir Craven, *supra* note 56, aux pp 188-89, citant à la note de bas de page 79 des sources rapportant que les juges de la ville de Québec se disaient « souvent très embarrassés (sic) pour remédier aux plaintes portées devant eux... faute d'une loi précise et claire qui puisse les guider ».

<sup>256</sup> *Ibid*, à la p 189; Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 525.

<sup>257</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 525.

<sup>258</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 189.

<sup>259</sup> *Ibid*, aux pp 187-8.

<sup>260</sup> *Ibid*, à la p 188, citant QC 1788 (28 Geo III), c 3 et B-C 1796 (36 Geo III), c 10. Sur la dynamique particulière des relations entre les marchands de fourrures et les voyageurs (coureurs des bois), voir Carolyn F. Labour, « "Sons of the Wilderness" : Work, Culture and Identity Among Voyageurs in the Montreal Fur Trade, 1780-1821 », thèse de doctorat en philosophie, présentée au département d'histoire de l'Université de Toronto, 1999 [non publiée].

Carolyn F. Labour rapporte les pressions faites auprès du gouverneur britannique par la North West Company pour qu'il intervienne pour assurer le respect des contrats :

A general pattern of master and servant relations existed among most fur trade companies and their labour forces which was similar to other 18<sup>th</sup>-century labour contexts. Servants signed a contract for several years, agreeing to be obedient and loyal to their master in exchange for food, shelter, and wages. (...) In January 1778, an official of the [North West Company] sent a memorandum to Governor Guy Carleton « *asking him that it be published before the Traders and their Servants that the latter must strictly conform to their agreements, which should absolutely be in writing or printed, and before witnesses if possible, as many disputes arise from want of order in this particular* »<sup>261</sup> (références omises).

Bref, malgré la Conquête, la philosophie du nouveau régime encadrant le libre accès au travail dans le contexte du louage de services personnels demeure très similaire au précédent.

#### 2.4.3 Le 19<sup>e</sup> siècle et l'introduction d'une version québécoise des « Masters & Servants Acts »

Le début du 19<sup>e</sup> siècle marque un certain tournant d'un point de vue du droit pénal applicable. En 1802, la législature étant plus ou moins fonctionnelle<sup>262</sup>, elle délègue d'abord aux juges de paix le pouvoir d'adopter des ordonnances ou des règlements de police à l'intérieur d'un certain cadre (les pénalités ne pouvaient dépasser 10 livres ou deux mois d'emprisonnement)<sup>263</sup> pour régir la conduite des maîtres et de leurs apprentis, compagnons, domestiques, et engagés<sup>264</sup>. Le préambule de cette loi prévoit que

Vu que les Loix en force en cette Province ont été trouvées jusqu'à présent insuffisantes pour régler, régir et gouverner les Apprentis, Domestiques, Compagnons et Engagés; Et vu que de grands inconvénients et désavantages résultent à la Société, à la Culture des Terres, au Commerce et aux Artisans, de toute descriptions, de l'insuffisance des dites Loix : Qu'il soit statué (...).

---

<sup>261</sup> Voir Carolyn F. Labour, « Unfair masters and rascally servants? Labour relations among bourgeois, clerks and voyageurs in the Montreal fur trade, 1780-1821 » (1999) *Labour no 43*, p 43, aux pp 2 et 5 de la version disponible sur ProQuest.

<sup>262</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 189.

<sup>263</sup> *Ibid* et Bich, « Genèse », *supra* note 55, aux pp 524-5, citant : *Acte qui donne pouvoir aux Juges de Paix de faire, pour un temps limité, des Règles et Règlements pour la conduite des Apprentis et autres*, B-C 1802 (42 Geo III), c 11, et citant les lois suivantes qui l'ont continuée : B-C 1803 (43 Geo III), c 4; B-C 1807 (47 Geo III), c 4; B-C 1811 (51 Geo III), c 13; et B-C 1815 (55 Geo III), c 4; voir Laporte, *supra* note 218, aux pp 30-6.

<sup>264</sup> Voir Ian C. Pilarczyk, « "Too Well Used by His Master": Judicial Enforcement of Servants' Rights in Montreal, 1830-1845 », (2001) 46 McGill L J 491, aux pp 494-9 [Pilarczyk, « **Servants** »]. La notion de « serviteur » avait un sens beaucoup plus large qu'aujourd'hui. Elle comprenait généralement les emplois de domestique, d'apprenti, de journalier, de servant, employés (commis de magasin, conducteur de char, livreurs, etc.) et de travailleur de ferme.

Ces règlements devaient être approuvés par la Cour de district du Banc du Roi<sup>265</sup>. Par la suite, ce pouvoir sera délégué aux conseils municipaux des villes de Montréal, de Québec et Trois-Rivières qui adopteront leurs propres règlements<sup>266</sup>, ce qui rend difficile l'établissement d'une chronologie précise de l'état du droit à cet égard<sup>267</sup>. Marie-France Bich note que le droit commun de l'époque devient assez hétéroclite, un mélange de règles issues de l'ancien droit français, d'ordonnances, de règlements et arrêts des anciennes autorités coloniales, de coutumes locales, de lois pénales, de règlements des jugements de paix et des conseils municipaux, sans compter la jurisprudence. Il semble que la situation du droit de l'emploi au 19<sup>e</sup> siècle constituait un désordre juridique dans lequel il n'était pas facile de s'y retrouver<sup>268</sup>. De manière générale, on peut dire que ce régime punissait l'employé qui désertait son service avant l'expiration du contrat par la maison de correction, la prison ou l'amende<sup>269</sup>. L'accusé qui ne pouvait payer la caution pouvait être emprisonné dans l'attente du procès, ce qui en soi pouvait constituer un effet dissuasif important à la désertion<sup>270</sup>. Celui qui embauchait ou donnait refuge au déserteur était passible des mêmes peines<sup>271</sup>. Le juge semblait avoir un certain pouvoir discrétionnaire et pouvait contraindre le déserteur à exécuter sa prestation de travail et le condamner à la prison s'il refusait de s'exécuter<sup>272</sup>.

---

<sup>265</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 189.

<sup>266</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, aux pp 524-5, à la note de bas de page 33 qui cite notamment : *Acte qui pourvoit plus efficacement au Règlement de la Police dans les Cités de Québec et de Montréal, et dans la Ville des Trois-Rivières: et aussi qui étend les Règlements de Police aux autres Villes et Villages en certains cas: et qui rappelle les Actes ou Ordonnances y mentionnés*, B-C 1802 (42 Geo III), c 8; *Acte qui pourvoit plus efficacement au Règlement de la Police dans les Cités de Québec et de Montréal, et dans la Ville des Trois-Rivières, et pour d'autres fins*, B-C 1817 (57 Geo III), c 16; *Acte qui pourvoit à faire décider d'une manière plus facile et moins dispendieuse les différends qui s'élèvent entre les Maîtres et Maîtresses et leurs Serviteurs, Apprentis ou Engagés, dans les Campagnes de cette Province*, B-C 1836 (6 Will IV), c 27; *Acte pour amender l'acte concernant les maîtres et serviteurs, dans les campagnes du Bas-Canada*, Prov C 1849 (12 Vic), c 55.

<sup>267</sup> Par ex Paul Craven mentionne qu'il est possible qu'à Trois-Rivières, aucun règlement n'ait été adopté avant 1856. Voir Craven, *supra* note 56, à la p 189; Voir également Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 527.

<sup>268</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 527. Je ne m'attarderai pas à faire une recension de toutes les modifications à la loi et aux règlements qui étaient applicables dans les différentes régions. Pour une recension plus détaillée des lois et règlements que ce qui va suivre, voir Craven, *supra* note 56, aux pp 188-96; Bich, « Genèse », *supra* note 56, aux pp 524-8; Pilarczyk, « Servants », *supra* note 264; Pilarczyk, « Masters », *supra* note 46.

<sup>269</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 525.

<sup>270</sup> Voir Pilarczyk, « Masters », *supra* note 44, aux pp 794 et p 809.

<sup>271</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 525; Pilarczyk, « Masters », *supra* note 46, aux pp 827-9.

<sup>272</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 525; Craven, *supra* note 56, aux pp 190-1. Sur les litiges entre maîtres et serviteurs au 19<sup>e</sup> siècle, voir également Pilarczyk, « Servants », *supra* note 264; Pilarczyk, « Masters », *supra* note 46; Gillian Hamilton, « Enforcement in Apprenticeship Contracts : Were Runaways a Serious Problem? Evidence from Montreal » (1995) 55 :3 *The Journal of Economic History* 551; Grace Laing Hogg, *The Legal rights of Masters*,

Généralement, un employé lié par un contrat à durée déterminée qui souhaitait quitter le service de son employeur à son expiration devait lui donner un préavis avant l'arrivée du terme (lequel variait de 15 jours à un mois selon les règlements et l'époque). Il ne pouvait donc laisser le contrat expirer et ne plus se présenter au travail, sans quoi il était présumé avoir déserté<sup>273</sup>. Dans le cas des contrats où l'employé était payé à la semaine ou au mois<sup>274</sup>, les règlements et la loi imposaient un préavis minimal de fin d'emploi avant l'arrivée de la période de paie, sans quoi l'employé était présumé avoir déserté<sup>275</sup>.

À Montréal, des règlements ont été adoptés en 1802, 1810, 1817 et 1821<sup>276</sup>. Ces règlements sont demeurés en vigueur jusqu'en 1865, année où ils ont été remplacés par un nouveau règlement qui a été

---

*Mistresses and Domestic Servants in Montreal, 1816-1829*, thèse soumise à titre d'exigence partielle au diplôme de Maîtrise en Arts, département d'histoire, Université McGill, 1989 [non publiée].

<sup>273</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 526.

<sup>274</sup> Sur l'analyse de la nature « déterminée » ou « indéterminée » en droit civil d'un contrat « au mois » ou « à l'année », voir Pierre-Basile Mignault, *Droit civil Canadien*, Tome 7, Wilson & Lafleur, Montréal, 1906, aux pp 370-1; Faribault, *supra* note 60, aux pp. 304-6. L'arrêt *Asbestos Corporation limited c. Cook*, *infra* note 319, a mis fin à la controverse jurisprudentielle qui entourait cette question, en confirmant que le contrat de louage de service personnel en droit civil pouvait être à durée indéterminée, tant avant qu'après l'adoption du *Code civil du Bas-Canada*.

<sup>275</sup> Voir par ex *Acte pour amender l'acte concernant les maîtres et serviteurs, dans les campagnes du Bas-Canada*, *supra* note 266, qui ne s'appliquait pas aux villes de Montréal, Québec et Trois-Rivières. Malgré la formulation peu conventionnelle de nos jours, l'article IV vise ce que l'on appellerait aujourd'hui un contrat à durée déterminée, alors que l'article VI vise ce que l'on appellerait aujourd'hui un contrat à durée indéterminée qui serait « au mois » ou plus. C'est le même genre de formulation que l'on retrouve dans la *Loi concernant les maîtres et les serviteurs*, SRPQ 1941, c 328, jusqu'à son abrogation en 1949 :

« III. And be it enacted, That any and all Apprentices or Servants or either sex, or Journeymen or Labourers (...) who shall be guilty (...) of deserting from their service or duties (...) shall be liable, upon conviction before any Justice of the peace, to a penalty not exceeding Five pounds currency, or to an imprisonment not exceeding thirty days, for each and every offence, or both.

IV. An be it enacted, That every Domestic Servant, Journeyman or Labourer, engaged for a fixed period by the month or for a longer space of time, and not by the piece or job, who shall intend to quit the service in which he or she shall be during that time engaged, shall give or cause to be given notice of such intention, at least one month before the expiration of such agreement; and if any of the said persons shall quit the service without giving such notice, he or she shall be considered as having deserted from the said service, and be punished accordingly; (...)

VI. And be it enacted, That any and every Domestic Servant, Journeyman or Labourer, engaged by the month or longer space of time, or by the piece or job, who shall desert or abandon the service or job for which he, she or they shall have been engaged, before the time agreed upon, shall for each and every offence be liable to a fine or penalty not exceeding five pounds currency, or to an imprisonment not exceeding thirty days, or to both » (Mon emphase).

<sup>276</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 189.

maintenu jusqu'en 1931<sup>277</sup>. Paul Craven explique que les premières versions du règlement étaient plus souples, par exemple en permettant le retour au travail forcé de l'employé seulement si le maître avait rempli ses obligations ou en permettant au déserteur emprisonné d'être relâché en exprimant « a penitent desire to return to his or her duty and service »<sup>278</sup>. Pour Ian C. Pilarczyk, le fait qu'un nombre substantiel de déserteurs choisissaient de retourner chez leur maître est une preuve importante que l'objectif de ces recours était de forcer les travailleurs à compléter le terme de leur contrat :

The nature of these proceedings suggests that masters on some occasions may have used courts as a means of humbling intransigent servants without actually having them imprisoned or fined. This was a particularly effective means, considering that some servants were liable to be imprisoned prior to trial if unable to make bail. Through their variant dispositions, masters (and courts) could send messages about their mercy, power, and authority. Whatever the explanation, the paramount reason many masters in Montreal brought breach of service suits was to compel servants to complete their terms of employment.<sup>279</sup>

À compter de 1821, la réglementation est devenue plus punitive : la pénalité obligatoire pour la plupart des cas d'indiscipline devient l'amende et la prison, puis en 1865, la prison devient aussi le châtimeur pour le défaut de donner un préavis de fin de contrat à durée indéterminée « au mois »<sup>280</sup>. À la fin du 19<sup>e</sup> siècle, le règlement montréalais est devenu encore plus punitif, étant interprété comme imposant « imprisonment in each case besides a fine, and the judge has no other alternative but to follow »<sup>281</sup>. La philosophie de ce régime semble bien illustrée par un extrait d'une décision de 1884 de la Cour du Banc de la Reine citée par Paul Craven<sup>282</sup> : « It will readily be admitted than an apprentice should be held strictly to his bargain, else dishonest people might gain undue advantages by having their children taught the rudiments of a trade and then allowing them to desert their employment ». Paul Craven précise que le

---

<sup>277</sup> *Ibid*, aux pp 189-90.

<sup>278</sup> *Ibid*, à la p 190.

<sup>279</sup> Voir Pilarczyk, « Masters », *supra* note 46, à la p 809

<sup>280</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 190, à la note de bas de page 90.

<sup>281</sup> *Ibid*.

<sup>282</sup> *Ibid*, à la p 192, citant *Baker and Lebeau* (1884), 7 *Legal News* 299, par Ramsay J.

règlement montréalais a survécu au *Dominion Breaches of Contract Act* de 1877 qui prétendait décriminaliser le bris du contrat de travail<sup>283</sup>.

Paul Craven a étudié des rapports judiciaires de la Cour municipale de Montréal pour les années 1829, 1832-1835 et 1838-1843<sup>284</sup>. Les trois quarts des dossiers d'emploi concernaient des cas de désertions et les trois quarts de ceux accusés de désertion étaient condamnés. La moitié de ceux qui étaient condamnés étaient ordonnés de retourner au travail, avec ou sans amende. Les marins et voyageurs étaient les plus susceptibles d'être condamnés directement à la prison, alors que les apprentis se voyaient plus souvent offrir un retour au travail directement, sans passage par la prison. La majorité des accusations liées à des cas de désertion concernait des contrats que l'on qualifierait aujourd'hui de contrats à durée déterminée<sup>285</sup>. Paul Craven écrit :

The Montreal bylaw was rather imaginatively adapted to the changing circumstances of an industrial city in a series of decisions about workplace rules. The underlying difficulty was that section 1 of the bylaw cast a broad net over all sorts of indiscipline by all sorts of workers, while the notice requirement in section 2 applied only to workers engaged "for a fixed period, by the month, or longer space of time, or by the piece or job". The bylaw seemed to offer their employers no recourse if they quit without notice on payday.<sup>286</sup>

Les poursuites se poursuivent et atteignent un nouveau pic à Montréal dans les années 1880 avec l'arrivée à la Cour municipale d'un juge ultramontain, Benjamin Antoine Testard de Montigny, qui prend à sa charge une application rigide du règlement :

Some female servants have undertaken to become a nightmare to those who cannot dispense with their services. Laziness and love of luxury combined have rendered them more and more exacting and insolent, and those defects in them are only equalled by the unscrupulous manner in which they break their engagements and cause trouble to their masters. Many apprentices and journeymen mechanics are equally guilty in this respect.<sup>287</sup>

---

<sup>283</sup> *Ibid*, à la p 193, à la note de bas de page 111 : « The pre-Confederation Quebec statute notionally repealed by the federal act had already been replaced by another penal statute, which was expressly unaffected by the Breaches of Contract Act : Craven, "Modern Spirit" ».

<sup>284</sup> *Ibid*, aux pp 190-1.

<sup>285</sup> *Ibid*, à la p 191.

<sup>286</sup> *Ibid*, à la p 194.

<sup>287</sup> *Ibid*, tel que cité à la p 195.

À partir de 1881, les déserteurs sont seulement passibles d'une amende dans la province (à moins de défaut de paiement de l'amende, auquel cas il peuvent être emprisonnés), sauf à Montréal où l'emprisonnement est théoriquement permis au moins jusqu'en 1931<sup>288</sup>. Selon Jean de Bonville, rien n'indique que le règlement était appliqué de manière quotidienne et généralisée à la fin du 19<sup>e</sup> siècle, même s'il sanctionne souvent des abus flagrants :

Rien n'indique que ce règlement reçoive une application quotidienne et généralisée. Dans le rapport du chef de police de Montréal, en 1890, on peut lire qu'en 1884 le nombre de serviteurs, d'apprentis ou de compagnons coupables de désertion, d'insubordination, de paresse, de dommage malicieux à la propriété de leurs maîtres ou patrons, est de cinquante-quatre; en 1885, de trente-quatre; en 1886, de quatre-vingt-quatre; en 1887, de cent trente-quatre; en 1888, de quatre-vingt-trois; en 1889, de soixante; en 1890, de quatre-vingt-six. Même s'il n'est appliqué occasionnellement, le règlement n'en régit pas moins les relations de travail et sanctionne souvent des abus flagrants.<sup>289</sup>

L'organisation ouvrière Les Chevaliers du Travail va d'ailleurs demander son abrogation en 1889, soulignant son caractère oppressif<sup>290</sup>.

Deux décisions rendues le même jour en 1905 par le juge Robert Stanley Weir donnent néanmoins une interprétation beaucoup plus restrictive au règlement de la ville de Montréal, en réduisant la portée de l'infraction d'avoir incité un travailleur à abandonner son emploi (interprétée comme étant applicable qu'aux cas des apprentis et domestiques) et en concluant que seuls les travailleurs liés par un contrat à durée déterminée pouvaient être condamnés, pas ceux liés par un contrat à durée indéterminée « à la semaine » ou « au mois ». Paul Craven rapporte les propos du juge Robert Stanley Weir pour justifier cette nouvelle interprétation<sup>291</sup> :

Strict construction was necessary, not only because the bylaw was penal but also to counter the "erroneous impression (...) that desertion of service is punishable as an offence without regard to the terms of the contract".

---

<sup>288</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 530, à la note de bas de page 56.

<sup>289</sup> Voir Jean de Bonville, *Jean-Baptiste Gagnepetit : Les travailleurs montréalais à la fin du XIXe siècle*, Les Éditions de l'aurore Montréal, 1975, aux pp. 204-7.

<sup>290</sup> *Ibid*; Robert Tremblay, « La formation matérielle de la classe ouvrière à Montréal entre 1790 et 1830 », (1979) 33:1 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 39, à la p. 41 [Tremblay, « **Formation matérielle** »].

<sup>291</sup> Voir Craven, *supra* note 56, aux pp 195-6, citant *Sommer v. Waldman* (1905), 12 *Rev. Jur.* 94. et *Lamothe v. Bissonnette* (1905), 12 *Rev. Jur.* 195.

Les poursuites pour désertion continuent cependant à Montréal au moins jusqu'à la Première Guerre mondiale, bien que les archives qui pourraient fournir des statistiques à cet égard n'aient pas survécu<sup>292</sup>. Jusqu'à son abrogation en 1949<sup>293</sup>, la *Loi concernant les maîtres et les serviteurs*<sup>294</sup> prévoyait toujours que les déserteurs<sup>295</sup> ou les contrevenants<sup>296</sup> étaient passibles d'une amende n'excédant pas 20 \$<sup>297</sup> et à l'emprisonnement en cas de défaut de paiement<sup>298</sup>. Quiconque hébergeait ou cachait un déserteur était passible de la même amende, tout comme celui qui l'incitait à quitter son service ou l'engageait<sup>299</sup>. On

---

<sup>292</sup> *Ibid*, aux pp 193-4, à la note de bas de page 117.

<sup>293</sup> Voir Bich, « Genèse » *supra* note 55, à la p 530; Faribault, *supra* note 60, aux pp 360-1 :

« En 1949 et 1950, par les lois 13 George VI, chapitre 69, et 14 George VI, chapitre 22, elle a retranché de notre article 1670 la partie que j'ai citée plus haut, et elle a abrogé les dispositions des Statuts Refondus, 1941, qui réglaient les relations entre maître et serviteurs, ainsi que l'article 470 de la loi des cités et villes, l'article 300 de la charte de la cité de Montréal et l'article 336 de celle de la cité de Québec, et elle déclarait sans effet pour l'avenir tous les règlements municipaux adoptés en vertu de ces dispositions ».

<sup>294</sup> *Loi concernant les maîtres et les serviteurs*, *supra* note 275.

<sup>295</sup> *Ibid*, art 6 :

« **(Désertion.)** Tout domestique, serviteur, compagnon ou journalier, engagé au mois ou pour plus longtemps ou à la pièce ou à l'entreprise, qui déserte ou abandonne le service ou l'entreprise avant l'expiration du terme convenu, est passible, pour chaque infraction de cette nature, de la même pénalité que celle imposée par l'article 5 ».

<sup>296</sup> *Ibid*, art 5 :

« **(Serviteurs se conduisant mal, etc.)** Tout apprenti, serviteur, compagnon ou journalier qui s'oblige par brevet, contrat ou engagement par écrit, ou verbalement en présence d'un ou de plusieurs témoins, à servir pour un mois ou autre terme plus ou moins long, et

Qui refuse ou néglige d'entrer au service de son maître, au temps convenu, ou

Qui se rend coupable d'inconduite, de désobéissance, de paresse ou de désertion, ou

Qui, de jour ou de nuit, et sans permission, laisse le service ou s'absente de la maison ou résidence de son maître, ou

Qui refuse ou néglige de remplir ses justes devoirs, ou d'obéir aux ordres légitimes qui lui sont donnés par son maître ou sa maîtresse, ou

Qui dissipe les biens ou effets de son maître ou de sa maîtresse, ou

Qui compromet, par quelque acte illicite, les intérêts de son maître ou de sa maîtresse,

Est passible d'une amende n'excédant pas vingt dollars ».

<sup>297</sup> *Ibid*, art 5 et 6.

<sup>298</sup> *Ibid*, articles 5 et 10.

<sup>299</sup> *Ibid*, art 8.

peut cependant soupçonner qu'au moment de leur abrogation, le règlement montréalais et la loi n'étaient plus véritablement appliqués.

On constate donc qu'au 19<sup>e</sup> siècle, le contrat de louage de services personnels à durée déterminée demeure un outil juridique disponible pour contrôler la mobilité des travailleurs, considérant l'assistance qu'apporte le droit pénal aux employeurs pour faire sanctionner la désertion. Par contre, plusieurs indices font croire que la durée de ces contrats diminue progressivement durant le 19<sup>e</sup> siècle, plaçant progressivement la plupart des travailleurs sous le régime du contrat de louage de services personnels à durée indéterminée « au mois » ou « à la semaine ».

#### 2.4.4 La fin du 19<sup>e</sup> siècle et le début du 20<sup>e</sup> siècle : un passage du contrat à durée déterminée au contrat à durée indéterminée

Gillian Hamilton écrit qu'à la fin du 18<sup>e</sup> siècle et au début du 19<sup>e</sup> siècle, les contrats étaient généralement notariés, particulièrement pour les contrats d'apprentis qui étaient d'une durée moyenne de cinq ans et comprenaient dans presque tous les cas une interdiction explicite de désertir, sous peine des sanctions prévues par la loi<sup>300</sup>.

Robert Tremblay a quant à lui comparé l'évolution de la durée des contrats de louage de services personnels dans certaines industries de 1790 à 1830. Il juge que ce sont les conditions du marché de la société capitaliste qui apparaît qui va avoir la plus grande influence sur la durée des contrats, selon les besoins des employeurs dans chaque type d'industrie<sup>301</sup>. Il donne l'exemple des ouvriers dans le domaine de la confection, où la rareté de la main-d'œuvre fait passer les contrats de travail des tailleurs d'une durée de 16 mois pour la période de 1790-1810 à une durée de 24 mois pour la période de 1811-1830<sup>302</sup>. Je reproduis ci-dessous le tableau de la durée moyenne des contrats de travail pour la période de 1790 à 1830 tirée de son étude :

---

<sup>300</sup> Voir Hamilton, *supra* note 272, aux pp 556-9.

<sup>301</sup> Voir Robert Tremblay, *La nature des procès de travail à Montréal entre 1790 et 1830*, Thèse de maîtrise en histoire, Université de Montréal, 1979, pp. 97-8.

<sup>302</sup> *Ibid.*

TABLEAU 4

DUREE MOYENNE DES CONTRATS DE TRAVAIL A MONTREAL ENTRE 1790 ET 1830

Métiers	1790-1810	1811-1830
<b>METAUX:</b>		
Forgerons	16 mois	10 mois
Ferblantiers	—	13 mois
<b>BOIS:</b>		
Charpentiers de navire	—	3 mois
Charpentiers	12 mois	5 mois
Menuisiers	11 mois	10 mois
Tonneliers	9 mois	16 mois
Scieurs	7 mois	6 mois
<b>PIERRES:</b>		
Maçons	6 mois	6 mois
<b>CUIR:</b>		
Cordonniers	24 mois	10 mois
Selliers	—	8 mois
<b>FARINES:</b>		
Meuniers	18 mois	8 mois
Boulangers	12 mois	12 mois
<b>CONFECTION:</b>		
Tailleurs	16 mois	24 mois
<b>TRANSPORT:</b>		
Charretiers	9 mois	8 mois
Traversiers	8 mois	8 mois
<b>AUTRES:</b>		
Postillons	12 mois	24 mois
Commis	20 mois	26 mois
Hommes de guet	—	6 mois
Ramoneurs	28 mois	28 mois
Voyageurs	34 mois	32 mois
Domestiques	13 mois	24 mois
Terrassiers	14 mois	11 mois

Sources: Archives nationales du Québec, à Montréal, Greffes des notaires de Montréal, 1790-1830.

Il note qu'en périphérie du marché capitaliste du travail, on trouve des employés tels que les commis, les voyageurs et les domestiques qui signent des contrats où ils s'engagent de manière exclusive pour des périodes de 1 à 8 ans. Il constate une corrélation entre l'âge des travailleurs et la durée du contrat (les contrats sont de plus longue durée pour les plus jeunes travailleurs)<sup>303</sup>. Il résume son analyse comme suit

<sup>303</sup> *Ibid*, à la p 100.

et identifie trois degrés de libre accès au travail selon les contrats, concluant que la main-d'œuvre à cette époque est « relativement libre » :

En résumé, on peut distinguer trois types de durée (parmi les contrats de travail) correspondant à trois niveaux de liberté des ouvriers montréalais entre 1790 et 1830. D'abord, les contrats à court terme (moins d'un an), des premières entreprises capitalistes d'envergure, nous signalent une grande liberté de manœuvre des ouvriers dans l'échange de leur force de travail contre un salaire. Ensuite, les contrats à moyen terme (entre un an et deux ans), caractérisant la petite industrie locale de la fabrication, nous réfléchissent un degré de liberté mitigé des ouvriers quant à la disposition de leur force de travail sur le marché. Enfin, il y a les contrats à plus long-terme (plus de deux ans) repérables au sein du secteur tertiaire de l'économie montréalaise (dominé par une main-d'œuvre juvénile), nous indiquant la présence d'employés privés du droit de circuler librement sur le marché du travail. C'est pourquoi, nous dirons, après ces quelques observations, que nous avons affaire à Montréal au début du XIXe siècle, à une main-d'œuvre « relativement libre ». <sup>304</sup>

Dans son texte intitulé *La formation matérielle de la classe ouvrière à Montréal entre 1790 et 1830*, Robert Tremblay rapporte les résultats d'une analyse de 3 000 actes notariés, principalement des contrats d'engagement, montrant la diminution de la proportion d'artisans et de l'augmentation de la proportion de journaliers :

Les compilations faites à partir de sources documentaires retenues, établissent que les maîtres-artisans représentaient 20% de la main-d'œuvre engagée par contrat notarié à Montréal entre 1790 et 1830, tandis que les compagnons, apprentis et les journaliers comptaient respectivement pour 12%, 23% et 15%. Deux tendances majeures sont perceptibles durant la période ; d'une part, la proportion de maîtres-artisans disposant de la connaissance technique d'un métier, propriétaires de quelques outils et parfois d'un atelier, diminue graduellement, alors que de l'autre côté, le pourcentage de journaliers démunis de toutes ressources augmente de façon significative. <sup>305</sup>

(Références omises)

Toujours selon Tremblay, à compter de 1820, le nombre de travailleurs immigrants « souvent d'origine irlandaise, sans ressources et la plupart du temps sans qualification » contribuera à augmenter la mobilité

---

<sup>304</sup> *Ibid.*, aux pp 100-1. Robert Tremblay conclut ce passage en reprenant la citation de Karl Marx, *supra* note 77 :

« La transformation de l'argent en capital exige donc que le possesseur d'argent trouve sur le marché le travailleur libre, et libre à un double point de vue. Premièrement, le travailleur doit être une personne libre, disposant à son gré de sa force de travail comme de sa marchandise à lui ; secondement, il doit n'avoir pas d'autre marchandise à vendre, être, pour ainsi dire, libre de tout, complètement dépourvu des choses nécessaires à la réalisation de sa puissance travailleuse ».

<sup>305</sup> Voir Robert Tremblay, « Formation matérielle », *supra* note 290, aux pp. 41-2.

géographique des travailleurs locaux, notamment pour l'exploitation forestière<sup>306</sup>. C'est aussi à ce moment que les femmes et les enfants commencent à s'ajouter aux travailleurs d'usine, notamment dans les secteurs de la confection de vêtement et la fabrication de chaussures<sup>307</sup>. Il note que l'apprentissage traditionnel a tendance à se désagréger pour être remplacé par le salariat juvénile<sup>308</sup>. Le début du 19<sup>e</sup> siècle voit également apparaître le début de la division technique du travail dans les ateliers. Tremblay cite l'exemple de la fonderie Ward fondée en 1820 où la production du produit final est divisée en plusieurs étapes, toutes exécutées par des ouvriers distincts<sup>309</sup>. Il note également un durcissement des mesures disciplinaires dans certains ateliers :

Dans le but d'assujettir les ouvriers à la journée de travail d'une durée de 12 heures et au rythme ininterrompu de la production, on punit sévèrement les retards et les absences à l'ouvrage. À titre d'exemple, un journalier-tailleur se fait retirer en 1809, la moitié de ses gages parce qu'il n'est pas ponctuel à l'ouvrage ; en 1819, un compagnon-forgeron se voit forcer de remettre en temps double les heures ou les journées perdues par son absence au travail. Par ailleurs, le pouvoir patronal dans l'entreprise se manifeste davantage à cette époque, notamment par le biais d'un ensemble de mesures coercitives. En 1805, le contrat d'engagement d'un compagnon-maçon, précise que celui-ci doit obéir aux ordres de ses supérieurs sans murmurer et sans riposter, à défaut de quoi il s'expose à payer une amende. En 1817, un journalier-scieur peut être renvoyé s'il ne coupe pas quotidiennement une quantité de bois préalablement déterminée par l'employeur. En 1824, un compagnon-tonnelier peut se faire confisquer la totalité de son salaire, s'il produit des pièces de mauvaise qualité. En somme, on assiste dans les entreprises à une systématisation du dispositif disciplinaire hérité du régime français, de façon à subordonner des travailleurs libres, souvent d'origine rurale, aux exigences du profit capitaliste ; rappelons qu'à cet effet, plus de 114 apprentis montréalais annuleront leur contrat de travail souvent pour des causes de disputes ou d'altercation avec leur maître au sujet des horaires de travail, de l'absence de formation ou au sujet des mesures contraignantes utilisées par l'employeur pour accroître la production.<sup>310</sup>

(Références omises)

Gillian Hamilton a mené une étude portant sur le déclin de l'apprentissage en étudiant des contrats notariés pour la période de 1791 et 1842<sup>311</sup>. Elle constate que le nombre de contrats d'apprentissage, en terme absolu et relatif, commence à décliner vers 1815 dans toutes les industries. Cela s'explique

---

<sup>306</sup> *Ibid*, à la p 43.

<sup>307</sup> *Ibid*, à la p 44.

<sup>308</sup> *Ibid*, à la p 44.

<sup>309</sup> *Ibid*, à la p 44.

<sup>310</sup> *Ibid*, aux pp 49-50.

<sup>311</sup> Voir Gillian Hamilton, « The Decline of Apprenticeship in North America Evidence from Montreal » (2000) 60:3 *The Journal of Economic History* 627.

principalement en raison du fait que le nombre d'apprentis qui complétaient leur apprentissage était supérieur à celui des nouveaux apprentis embauchés. Les apprentis servaient pour de plus courtes durées et débutaient leur apprentissage à un âge plus tardif. Dans cette étude, elle a évalué deux hypothèses possibles pour expliquer cette transformation : une plus grande difficulté à faire respecter de longs contrats d'apprentissage et les transformations favorisant la production à grande échelle et le travail non spécialisé. Elle est d'avis que c'est surtout la difficulté à faire respecter ces longs contrats qui explique le changement dans les pratiques contractuelles :

I find more support for the enforceability thesis during the initial postwar downturn. It was characterized by a reduction in apprentice demand that was particularly strong for young boys. Masters not only rejected these relatively risky contracts, but turned away from less formal enforcement techniques that tended to rely on familiarity between the boy's and the master's families. At this time masters also began investing less in apprentices. Instead of paying them the same each year – more than they were worth at the beginning of the term, and recouping this investment towards the end of the term – they began paying boys less and less initially, but more as their terms progressed. A steeper pay path likely followed an apprentice's expected future productivity more closely, and reduced the cost of premature breach or a bad match. This was a fundamental change in the nature of the traditional apprenticeship.

While it is quite possible that postwar population growth spurred a growing number of firms to adopt factory-like production, this transformation does not appear to have had a direct impact on the apprentice market until the late-1820s and 1830s. At this time, masters in partnership (firms that were more likely to have operated on a large scale) started to increase their shop size. The average number of apprentices under contract rose substantially among these masters, as did the proportion of boys that were no longer housed under their master's roof. In addition, changes in pay and the stock of contracts suggest that the supply of older apprentices fell markedly in the late-1830s. Because there was no substantial change in access to education, the lure of higher paying unskilled (factory) jobs is the likeliest cause of this exodus.<sup>312</sup>

À la fin du 19<sup>e</sup> siècle, les grandes manufactures sont désormais bien implantées à Montréal : de 1881 à 1891, plus de 70% des travailleurs sont employés dans des fabriques de plus de 100 travailleurs<sup>313</sup>. Jean de Bonville écrit que « Environ 85% de la main-d'œuvre montréalaise (31 107 travailleurs, en 1891) est assujettie au régime de la fabrique et vend sa force de travail à un employeur plus ou moins

---

<sup>312</sup>*Ibid*, à la p 657.

<sup>313</sup> Voir de Bonville, *supra* note 289, à la p 34.

impersonnel »<sup>314</sup>. Les établissements manufacturiers qui emploient le plus de travailleurs œuvrent dans la fabrication de matériel roulant, la raffinerie du sucre, la fabrication de cigares, la préparation de tabac et la fabrication de caoutchouc<sup>315</sup>. Avec la division du travail, l'apprentissage des enfants et adolescents sur plusieurs années n'est plus une institution adaptée au système manufacturier industriel<sup>316</sup>. Jean de Bonville écrit que son maintien dans ce nouveau contexte économique fait controverse :

Bien que décadent, le régime de l'apprentissage demeure le centre d'une controverse. Certains patrons s'opposent à la réforme ou à l'abolition de l'apprentissage : celui-ci leur fournit une main-d'œuvre peu coûteuse et fort docile. D'autres, au contraire, considérant que l'apprentissage implique des responsabilités et les oblige à verser des salaires supérieurs à des travailleurs qui, après six ou sept ans d'apprentissage, se considèrent comme des ouvriers spécialisés, proclament la nécessité d'abolir cette institution. Des travailleurs, par crainte que la suppression de l'apprentissage n'entraîne une chute des salaires, défendent les mérites de cette tradition. Des représentants ouvriers, à l'instance d'Helbronner, réclament la suppression de ce qu'ils considèrent comme un esclavage. Ils proposent, comme moyen d'initiation aux métiers, l'école manuelle, telle qu'elle se répand en France et aux États-Unis.<sup>317</sup>

Paul Craven écrit que le travail d'usine à la fin du 19<sup>e</sup> siècle comprend de nombreux travailleurs engagés pour une période indéfinie et payés à la semaine ou au mois<sup>318</sup>. Par contre, je n'ai pas pu trouver davantage d'études qui portent spécifiquement sur la durée des contrats de louage de services personnels à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup> siècle au Québec. Les débats dans la jurisprudence québécoise peuvent néanmoins nous fournir un indice de la transformation des pratiques contractuelles.

En 1933, la Cour suprême, dans l'arrêt *Asbestos Corporation Limited c. Cook*<sup>319</sup>, a mis fin à une controverse jurisprudentielle en confirmant que le contrat de louage de service personnel en droit civil pouvait être à durée indéterminée, tant avant qu'après l'adoption du *Code civil du Bas-Canada*. L'intérêt de cette décision a été de trancher la question de savoir si le fait qu'un employé soit payé selon un salaire annuel ou mensuel faisait en sorte qu'il avait convenu d'un contrat de travail d'une durée déterminée ou s'il

---

<sup>314</sup> *Ibid.* Ces chiffres excluent cependant les travailleurs du secteur des services, du transport, des domestiques et certains métiers de la construction. Jean de Bonville estime ainsi le nombre total de travailleurs à 40 000. Voir *Ibid.*, aux pp 39-40.

<sup>315</sup> *Ibid.*, à la p 37.

<sup>316</sup> *Ibid.*, à la p 55.

<sup>317</sup> *Ibid.*, à la p 56.

<sup>318</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 194. Par contre, Paul Craven ne cite pas de source au soutien de cette affirmation.

<sup>319</sup> [1933] RCS 86.

s'agissait plutôt d'un contrat d'une durée indéterminée. La Cour suprême s'exprime comme suit, citant le juge Bossé dans un arrêt de la Cour du banc de la Reine de 1890<sup>320</sup> qui laisse peut-être entrevoir que le contrat de travail à durée déterminée n'était peut-être pas encore tout à fait abandonné à la fin du 19<sup>e</sup> siècle :

L'honorable juge Bossé poursuit ensuite, en comparant l'arrêt de *Lennan v. St. Lawrence and Atlantic Railroad Company* et celui de *Corporation de Montréal v. Dugdale* dont il dit, à tort suivant nous, que la cour y aurait décidé "qu'un engagement de cette nature était pour l'année" (car nous croyons que le rapport ne fait pas voir cela mais que, comme nous avons tenté de le démontrer, le jugement de monsieur le juge Ramsay indiquerait que le contrat était pour une période fixe d'un an); et il adopte le point de vue que l'arrêt *re Dugdale* "est plus logique et plus conforme à nos mœurs". Il ajoute :

Dans cette province un commis, employé dans une grande compagnie de chemin de fer ou autre, est, à moins de circonstances spéciales démontrant le contraire, engagé à l'année il est censé ne pas avoir voulu s'exposer à un renvoi sans autre motif que le caprice ou l'intérêt du maître, et se trouver sans emploi à une saison de l'année où les engagements ne sont généralement pas faits. (...)

Le passage qui précède démontrerait qu'il devait se trouver dans le dossier de la cause de Rielle toute une preuve établissant, sous ce rapport, les mœurs de cette province, sans quoi nous ne nous expliquerions pas que le savant juge ait pu prendre connaissance d'office et son raisonnement manquerait de fondement juridique.<sup>321</sup>

Bien que la Cour suprême soulève un doute sur le raisonnement du juge Bossé, on peut penser qu'il pouvait être encore courant à la fin du 19<sup>e</sup> siècle d'embaucher un employé pour une durée déterminée d'un an, malgré le développement accru de la grande entreprise.

La présomption d'embauche à l'année sur laquelle le juge Bossé appuie son raisonnement s'inscrit dans des débats similaires dans la jurisprudence aux États-Unis et au Royaume-Uni à la fin du 19<sup>e</sup> siècle, où le droit de l'emploi et le contrat de travail évoluent aussi sous l'effet des transformations de l'économie et du marché du travail. Sanford M. Jacoby écrit ce qui suit sur l'évolution des pratiques contractuelles et la présomption d'embauche pour une durée déterminée d'une année au Royaume-Uni, où les employeurs et parfois même les syndicats se sont mis à favoriser les contrats de plus courte durée, les deux y trouvant leur intérêt :

---

<sup>320</sup> *Rielle*, (1890) MLR 6 QB 53.

<sup>321</sup> *Supra* note 319, aux pp 94-5.

### Decline of the Rule : Manuel Workers

The annual hiring presumption became relatively unimportant after the middle of the century in cases involving manual, industrial workers. This reflected actual industrial contracting practices and, possibly, the demise of settlement by hiring. Industrial employers, particularly in large firms, came to prefer the short term contract because of the flexibility it gave them to adjust employment to fluctuations in demand. Trade unions and their members accepted shorter contracts since this made prosecutions for breach less likely and facilitated collective bargaining. The unions in some industries initiated the move to shorter contracts. They forbade members from entering contracts longer than “pay to pay” and insisted that members be paid weekly rather than monthly.

Other unions and employers went so far as to adopt the so-called “minute contract.” Either party was free to terminate the relation “at a minute’s notice,” usually at the end of the day. By 1870 minute contracts were used in many of building trades and much of the mining, iron and engineering industries. The minute contract essentially made employment terminable at will. During World War I, the contracts of munitions *were* held to be terminable at will.<sup>322</sup>

(Mon emphase, références omises)

Il ajoute qu’aux États-Unis, « The period from 1890 to 1910, when the at will rule became preeminent, marked the zenith of laissez-faire reasoning by the courts »<sup>323</sup>. Selon lui, une des raisons pour lesquelles la doctrine « termination at will » s’est enracinée, particulièrement pour les emplois manuels moins bien rémunérés, est qu’en pratique, les parties contractaient de plus en plus pour une courte durée.

On peut penser que le Québec suit une tendance similaire à l’Angleterre et aux États-Unis, puisque son économie s’industrialise et que la grande entreprise est maintenant bien établie comme employeur prédominant à la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Il y a toutes les raisons de croire qu’au Québec aussi, le contrat de louage de services personnels à durée déterminée de courte durée ou encore à durée indéterminée permet à l’employeur d’ajuster ses coûts, en fonction des fluctuations économiques. Le début du 20<sup>e</sup> siècle est d’ailleurs une période ponctuée de cycles économiques au Canada. Craig Heron et Robert Storey mentionnent que dans ce contexte, les employeurs canadiens subissent une pression importante pour réduire leurs coûts de main-d’œuvre en fonction des fluctuations de l’économie :

---

<sup>322</sup> Voir Sanford M. Jacoby, « The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis » (1982) 5:1 Comp Lab L 85, aux pp 97-8.

<sup>323</sup> *Ibid*, à la p 116.

Boom periods in the first decade of the century, the World War I years, and the late 1920s were separated by deep troughs of depression just before the war, in the first half of the 1920s, and, most tragically, through the entire decade of the 1930s. These wild fluctuations in the business cycle would put serious pressure on industrialists to cut costs in order to survive and on workers to cope with their employers' aggression and the disciplining power of unemployment.

Presiding over most sectors of the Canadian economy were huge new corporations, both home-grown giants like Dominion Cottons, Massey-Harris, and the Steel Company of Canada, and new American branch firms like the Ford Motor Company and Canadian Westinghouse. Within their far-flung corporate empires, the pressing need for centralized co-ordination of production and the competitive pressures of much larger markets prompted a new concern for more direct control over operating costs. The development of cost accounting was part of a new movement toward "systematic management" within commerce and industry (introduced much earlier by the railway corporations), which produced a new group of professional managers. Cutting production costs, especially labour, became a central concern.<sup>324</sup>

(Mon emphase)

Dans une économie en pleine industrialisation, on peut penser qu'il y avait ainsi une convergence d'intérêts en faveur du contrat à durée indéterminée ou de très courte durée.

Les employeurs peuvent y trouver leur compte, car ils bénéficient de la flexibilité de pouvoir mettre fin à l'emploi rapidement, selon les fluctuations de la demande pour leurs produits et de leurs revenus, sans engager leur responsabilité civile en résiliant un long contrat à durée déterminée avant l'arrivée du terme. Les travailleurs peuvent aussi y trouver leur compte à certains égards. Ce type de contrat leur permet de quitter leur emploi rapidement pour tenter d'améliorer leur sort ou lorsque les conditions de travail sont inacceptables, sans risquer d'être pénalisés.

D'ailleurs, Craig Heron et Robert Storey avancent qu'à compter de la Première Guerre mondiale, retenir les travailleurs redevient une préoccupation pour les employeurs face à la mobilité de la main-d'œuvre spécialisée ou semi-spécialisée, car malgré l'industrialisation et la division du travail, la spécialisation des travailleurs n'a pas pour autant disparu :

The reshaping of labour processes in Canada with widespread mechanization, subdivision of labour, and centralization of management spelled the death of craft-dominated modes of production, but the process was more complicated than most popular notions of deskilling have suggested. We should be clear about our point of comparison. The late

---

<sup>324</sup> Voir Craig Heron and Robert Storey, *On the job – confronting the labour process in Canada*, McGill-Queen's University Press, Kingston et Montreal, 1986, à la p 12.

nineteenth-century workshop was not a static NeverNever Land of custom and tradition. It was an incessant battleground between workers and their employers over workplace control in which many craftsmen had already lost much ground in several industries. The skilled workers who remained, especially in the all-important metal trades, were wage-earners who, for all their continuing craft autonomy, were working in a considerably altered context from the self-employed artisan of old. In the early twentieth century, many more skills were undermined or diluted, though by no means all of them. Some skilled workers simply had the variety of their tasks reduced while retaining high levels of technical competence in their jobs – some iron moulders and most garment cutters, for example. Some new skills appeared, like those of linotype operators and tool and die makers. Perhaps most important, a new, more occupationally homogeneous work force of "semi-skilled" machine-operators emerged with ambiguous skill attributes. Workers filling these jobs required less training than the old craft apprenticeships and lacked the all-round knowledge of the whole production process. But they were given more responsibility at the centre of production process than the old-time day-labourers (whose usefulness for brute labour was declining with widespread mechanization). The "semi-skilled" jobs could be complex enough to require some care, attention, and familiarity with the work in order to perform quickly and effectively. By the end of World War 1, many employers were anxious to reduce the turnover of such workers and to keep them steadily at their jobs. Some of these workers would eventually use their enhanced importance in the production process as the basis for building industrial unions. "Deskilling," it seems, was not as straightforward a process as many capitalists hoped (and as many theorists have assumed).

On the whole, workers greeted the new work world of monopoly capitalism with suspicion and hostility. Many of them kept their distance from the new jobs in mines and mills by quitting frequently and moving on, or, in the case of women and immigrants, returning home. Widespread labour turnover meant that within one year a man might have jobs in a steel mill, a construction camp, a coal mine, and a farmer's wheat field, while in the same period a woman might move from wrapping candy in a confectionery plant, to running a machine in a knitting mill, to folding sheets in a laundry, to cleaning someone else's house. Employers increasingly saw this informal, individualized form of resistance as a problem that required renewed efforts to encourage workers to stay on the job.<sup>325</sup>

(Mon emphase)

C'est là où à mon avis le dilemme se pose pour les employeurs : choisir entre la nécessité de contrôler les *coûts* de la main-d'œuvre et la possibilité de contrôler la *mobilité* de cette main-d'oeuvre.

Pour conclure cette partie, j'avancerais qu'à la fin du 19<sup>e</sup> siècle, la question du contrôle de la mobilité des travailleurs est un enjeu qui se pose différemment pour les employeurs, surtout pour les travailleurs qui n'ont pas de spécialisation particulière dans un milieu industriel où le travail de production est divisé en tâches répétitives et faciles à apprendre. Avec la fin du régime seigneurial, l'urbanisation, l'industrialisation

---

<sup>325</sup> *Ibid*, aux pp 14-5.

et plus largement l'émergence de la société capitaliste au Québec, l'outil juridique privilégié pour limiter le libre accès au travail lorsqu'il y a un intérêt à le faire demeure le contrat de louage de services personnels à durée déterminée de plus ou moins longue durée jusqu'au tournant du 20<sup>e</sup> siècle. Cela est possible en raison des conséquences qu'attache le droit pénal à la résiliation du contrat avant le terme par le travailleur. Par contre, cet outil est mis sous pression à compter du 19<sup>e</sup> siècle et du début du 20<sup>e</sup> siècle, avec la transformation de l'économie, des rapports de production et du monde du travail, puisqu'il est davantage dans l'intérêt des employeurs industriels de convenir de contrats de courte durée selon les circonstances. En effet, avec une main-d'œuvre interchangeable qui n'est pas nécessairement spécialisée, l'intérêt à immobiliser un travailleur durant de longues années dans un milieu de travail n'est pas toujours présent, d'autant plus si cela signifie que l'employeur doit en contrepartie se commettre à fournir du travail pour une longue durée déterminée, et donc perdre la flexibilité de pouvoir gérer ses coûts de main-d'œuvre. Le déclin du système d'apprentissage est à mon avis un exemple éloquent des transformations en cours : les employeurs perdent certes un certain contrôle sur la mobilité des apprentis en ne pouvant plus se rabattre sur un long contrat à durée déterminée, mais ils peuvent néanmoins y trouver leur compte en se libérant des obligations du système d'apprentissage et en mettant une pression à la baisse sur les salaires à long terme.

Mis à part l'intérêt économique qu'il présente, le long contrat de louage de services personnels à durée déterminée devient aussi un outil *juridique* de moins en moins bien adapté à immobiliser les travailleurs. L'évolution du droit civil au début du 20<sup>e</sup> siècle sonnera à mon avis définitivement le glas de cet instrument juridique comme outil de contrôle du libre accès au travail. Comme on le verra, le droit civil qui sera codifié à compter de 1866 s'harmonise douloureusement avec le cadre juridique pénal encadrant les relations de travail jusqu'au début du 20<sup>e</sup> siècle qui permettait l'exécution forcée du contrat de louage de services personnels à durée déterminée.

#### 2.4.5 Le Code civil du Bas-Canada et la reconnaissance de la primauté de la liberté humaine dans l'affaire Dupré Quarries

Le *Code civil du Bas-Canada* est adopté en 1866. L'objectif de la codification de 1866 était de résoudre les problèmes découlant de la diversité des sources de droit, de rédiger un Code civil qui reflétait le droit en vigueur et de suggérer des modifications pour l'adapter à la réalité et aux valeurs sociales de l'époque<sup>326</sup>.

---

<sup>326</sup> Voir Cairns, *supra* note 223, aux pp 677-81.; Laporte, *supra* note 218, aux pp 41-8.

Le *Code civil du Bas-Canada* comprend peu de règles visant à encadrer le contrat de travail<sup>327</sup>, mais il prend soin de préciser que les rapports entre les maîtres et serviteurs sont régis par des lois et règlements spéciaux<sup>328</sup>. Pierre-Basile Mignault écrit :

L'article 1670, qui ne se trouve pas au code Napoléon, et qui également, du moins en partie, est d'application générale, soumet, en ces termes, le contrat de louage aux règles communes aux contrats. 1670. "*Les droits et obligations résultant du bail de service personnel sont assujettis aux règlements communs aux contrats. Ils sont aussi, dans les campagnes, sous certains rapports, régis par une loi spéciale; et, dans les villes et villages, par les règlements des conseils municipaux*". Il est impossible d'énumérer les lois spéciales qui régissent ce contrat; je puis indiquer l'article 624 du code municipal, et les art. 5614 et suiv. S.R.P.Q.<sup>329</sup>

L'intention des rédacteurs était de ne pas dénaturer les règles générales du droit civil en y incorporant des règles à caractère pénal<sup>330</sup>. Paul Craven écrit que ces lois et règlements à caractère pénal ont bien survécu au passage du *Code civil du Bas-Canada* et qu'il existe une certaine contradiction entre les règles civiles « abstraites » et la réalité vécue par les travailleurs en raison du régime pénal :

The codification commissioners did not set out the details of these regulations because, as they put it, "*they are more matters of police than of principle and in many instances in fact are departures from formal principles*". In the result, the code articulated a splendid abstraction that simply did not apply in important respects to most workers in the province.<sup>331</sup>

Il semble effectivement exister un certain malaise ou une forme d'aveuglement de plusieurs auteurs de l'époque face à la contradiction entre le droit civil et le droit pénal quant à l'exécution forcée de la prestation de travail de l'employé. Léon Faribault écrit en 1951 :

Bien que certaines lois ouvrières modifient assez souvent les règles du Code civil qui régissent les rapports entre les maîtres et leurs employés, l'auteur n'a fait que les résumer sans les discuter. Il s'est contenté d'indiquer en quoi elles apportent des exceptions aux règles de droit commun. De toute façon, ces lois sont plutôt du domaine du droit public que celui du droit civil (Avis au lecteur).

(...)

---

<sup>327</sup> Voir Bich, « Genèse », *supra* note 55, à la p 528.

<sup>328</sup> Voir Mignault, *supra* note 274, à la p 375; Faribault, *supra* note 60, aux pp 360-61; François Langelier, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, Tome 5, Wilson & Lafleur, Montréal, 1909, aux pp 242 et 246.

<sup>329</sup> Voir Mignault, *supra supra* note 274, à la p 375; voir cependant Laporte, *supra* note 218, aux pp 49 à 57.

<sup>330</sup> Voir Cairns, *supra* note 223, à la p 705.

<sup>331</sup> Voir Craven, *supra* note 56, à la p 193.

Nous avons vu plus, en étudiant le louage des choses, que le locataire peut contraindre son locateur, même par voie d'exécution forcée, à le mettre en possession de la chose louée. Ce droit n'existe pas lorsqu'il s'agit d'un louage d'ouvrage, dont l'objet est uniquement le travail de l'homme. Depuis l'abolition de l'esclavage, le refus de l'employé de travailler ne peut donner lieu qu'à un recours en dommages-intérêts. Ce principe a été plusieurs fois appliqué par nos tribunaux dans le cas d'artistes de théâtre, entre autres dans la cause de Société Anonyme des théâtres v. Lombard, 7 R.P. 262 (p. 331).

(...)

Les codificateurs disent au sujet de l'article 1670 qu'il ne contient que des renvois aux statuts qui règlent le louage des serviteurs, apprentis et journaliers, et que ces statuts ont sur ces matières des dispositions particulières qui ne sont pas de nature à être insérées dans le code. Comme question de fait cet article comprenait alors, en outre du texte actuel, la phrase suivante : « *Ils sont aussi, dans les campagnes, sous certains rapports, régis par une loi spéciale; et dans les villes et villages, par les règlements de conseils municipaux* ».

Cette dernière partie référait aux Statuts Refondus du Bas-Canada, chapitre 27, alors en vigueur, et dont les dispositions ont été ensuite reproduites dans nos Statuts Refondus, lors de chacune de leurs refontes.

En différentes circonstances, la législature avait accordé aux cités de Montréal et de Québec, par leurs chartes respectives, et aux autres cités et villes incorporées sous la loi des cités et villes, le pouvoir d'adopter des règlements concernant les contrats de louage d'ouvrage et les réclamations pour salaires. (pp. 360-61)<sup>332</sup>

(Mon emphase)

Pierre Laporte relève bien ce malaise. Il écrit :

Faribault ne mentionnera toutefois pas que la *Loi sur les maîtres et les serviteurs* et les règlements municipaux prévoyaient des amendes et même l'emprisonnement dans les cas de désertion d'un apprenti, serviteur ou autre domestique. En fait, tous les auteurs des grands traités sur le *Code civil du Bas-Canada* seront victimes de la démarche des commissaires et ignoreront totalement les règles importantes sur le contrat de louage de service personnel contenues dans cette loi et ces règlements.

(...)

Ce quasi-silence de la doctrine sur les diverses règles relatives aux maîtres et aux serviteurs fera en sorte que les juristes formés depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale auront bien peu de chance d'être confrontés à cette réalité de notre histoire du droit du travail. Les « règlements de police », les sanctions dans les cas de désertion, le pouvoir accordé à des juges d'ordonner, dans certaines situations, la réintégration d'un déserteur,

---

<sup>332</sup> Voir Faribault, *supra* note 60, aux pp « Avis au lecteur », 331 et 360-1. Voir également *Pitre c. Association athlétique d'amateurs nationale*, (1911) 20 B.R. 41, où un club de hockey a tenté de forcer un joueur à jouer pour lui selon le contrat convenu.

l'existence même de la *Loi sur les maîtres et les serviteurs*, sont ainsi absents de notre formation juridique.<sup>333</sup>

En effet, la contradiction flagrante tient au fait que selon la théorie du droit civil, le contrat de louage de service personnel n'était pas susceptible d'exécution forcée, que ce soit par l'employeur pour forcer l'employé à exécuter sa prestation de travail ou encore par l'employé qui revendiquerait le droit au maintien dans son emploi. Ce principe a été formellement reconnu en droit civil dans l'affaire *Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*<sup>334</sup> rendue par la Cour suprême du Canada en 1934. Dans cette affaire, le demandeur avait été embauché sur la base d'un contrat de louage de services personnels à durée déterminée de dix ans. La Cour suprême du Canada affirme en *obiter dictum* que le contrat de louage de services personnels n'est pas susceptible d'exécution forcée en droit civil, il ne peut que résulter en une réclamation pour dommages-intérêts, car il s'agit d'« une question de volonté et de liberté humaines contre lesquelles l'exécution directe est impuissante » :

En l'espèce, il n'y a pas de doute que l'appelante a congédié l'intimé et qu'elle a donc répudié son obligation de le garder à son service. Si elle l'a fait sans cause légale, il y a contravention de sa part, et elle doit à l'intimé des dommages-intérêts. Mais le contrat de louage de service, à cause du caractère personnel des obligations qu'il comporte, ne se prête pas à une condamnation à l'exécution spécifique. Il n'entre pas "dans les cas qui le permettent" et où "le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même." L'appelante ne pouvait être physiquement contrainte à garder l'intimé à son service; pas plus que l'intimé ne pouvait être physiquement contraint à rester au service de l'appelante. Il y a là une question de volonté et de liberté humaines contre lesquelles l'exécution directe est impuissante (16 Laurent, 3e éd. p. 258, n° 198; voir aussi les observations des juges de la Cour du Banc du Roi dans la cause de *Pitre v. L'Association Athlétique d'Amateurs Nationale*)[1]. Le recours de l'intimé, s'il a été congédié sans droit, consistait donc dans une réclamation pour les dommages-intérêts qui en résultaient. Il ne pouvait demander à la cour de contraindre l'appelante à le garder à son service. C'était là une sanction impossible (Guillouard, 2 Contrat de Louage-n° 727; 4 Pothier, Ed. Bugnet, n° 174).

La prétention de l'intimé que l'appelante ne pouvait, par sa seule volonté, résilier le contrat d'engagement, mais qu'elle devait en demander la résolution à la cour, peut donc présenter un intérêt académique, mais elle n'a aucun côté pratique. L'appelante a démis l'intimé de ces fonctions et elle a mis fin au louage de ses services. Si elle l'a fait sans raison

---

<sup>333</sup> Voir Laporte, *supra* note 218, aux pp 55-6.

<sup>334</sup> [1934] SCR 528.

valable, l'unique sanction efficace de sa contravention est la condamnation aux dommages-intérêts.<sup>335</sup>

Selon la théorie du droit civil moderne, cet arrêt consacre la vision traditionnelle du contrat de louage de services personnels selon le droit français post-révolutionnaire du Code Napoléon du 19<sup>e</sup> siècle, une vision adoptée en réaction à des formes de travail analogues à l'esclavage, au servage ou d'autres formes de travail forcé en vigueur à l'époque de la Révolution française. On aurait voulu rejeter ces formes de travail et leur substituer le libéralisme contractuel et économique qui offre en théorie la liberté à tous de choisir leur travail et d'en changer comme bon leur semble<sup>336</sup>. D'où l'impossibilité de contraindre physiquement l'exécution du contrat de travail, que ce soit en forçant l'employé à travailler ou en forçant l'employeur à fournir du travail à l'employé. Cet arrêt est devenu un jugement de principe, largement appliqué dans les décennies qui ont suivi en droit du travail québécois<sup>337</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Asselin c. Industries Abex* rendue en 1985, la Cour d'appel du Québec réitère que les tribunaux « (...) have constantly held that a labour contract does not lend itself to specific performance », s'appuyant notamment sur l'affaire *Dupré Quarries*<sup>338</sup>.

Tout comme Pierre Laporte, il me semble que le jugement de la Cour suprême dans *Dupré Quarries* est assez paradoxal et étonnant, considérant qu'il ne mentionne pas le régime de la *Loi concernant les maîtres et les serviteurs*<sup>339</sup> en vigueur depuis 1802 (indirectement importée en droit civil comme on l'a vu via l'article 1670 du *Code civil du Bas-Canada* de 1866), ainsi que les ordonnances des autorités coloniales françaises et anglaises, qui avaient directement pour effet de forcer l'employé à exécuter sa prestation de

---

<sup>335</sup> *Ibid*, à la p 531. Pour une analyse critique de l'arrêt *Dupré Quarries* et de sa portée, notamment au motif que le passage de la Cour suprême cité ci-dessus ne constitue qu'un *obiter dictum* et que la doctrine française reconnaissait déjà la possibilité de la réintégration forcée dans l'emploi, voir Laporte, *supra* note 218, aux pp 90-126.

<sup>336</sup> Voir Marie-France Bich, « Du contrat de travail en droit québécois: essai en forme de point d'interrogation » (1986) 17 R.G.D. 85, aux pp 88, 103, 114 et 115.

<sup>337</sup> Voir Robert P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec*, 7<sup>e</sup> édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, à la p 171 (citant *Ville de Jacques Cartier c. Tanguay*, [1963] B.R. 852 (C.A.); *Capco Shoe Co. Ltd c. Chartré*, [1965] B.R. 836 (C.A.); *Renda c. Cité de Lachine*, D.T.E. 83T-228 (C.S.)); voir également A. Edward Aust et Thomas Laporte Aust, *Le contrat d'emploi*, 3<sup>e</sup> édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, à la p 868 (citant en plus *Boisjoly c. Centre d'accueil Domrémey-Montréal*, D.T.E. 86T-132 (C.S.); *Laferrière c. Larry Faust Realities*, [1971] C.S. 203; *Martel c. Commissaires d'Écoles de Wendover*, [1961] C.S. 491; *Rozon c. Ville de Pointe-Claire*, [1966] R.D.T. 421 (C.S.); *Marcoux c. Association de paralysie cérébrale du Québec Inc.*, D.T.E. 87T-211 (C.Q.)); voir également Audet, *supra* note 30, à la p 2-50 (citant en plus *Commission des droits de la personne du Québec, c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan, C.S.*, Québec, no 150-05-000225-831, 29 juillet 1983, non rapporté; *General Motors of Canada Ltd., c. Brunet*, [1977] 2 RCS 537).

<sup>338</sup> [1985] CA 72, à la p 30.

<sup>339</sup> *Supra* note 334.

travail contre son gré. On peut néanmoins penser qu'à l'époque où cet arrêt est rendu, les dispositions pénales pour rupture de contrat et désertion n'étaient plus appliquées depuis plusieurs années.

À tout événement, d'un strict point de vue juridique, le début du 20<sup>e</sup> siècle marque un point de rupture : le droit civil et le droit pénal ne tolèrent plus que la démission du salarié avant l'expiration de son contrat de louage de services personnels puisse être punie comme elle l'était auparavant. Le régime seigneurial et l'esclavage sont alors des institutions juridiques qui ont pris fin depuis longtemps. Toutes ces transformations du monde du travail et du droit ouvrent la porte à une nouvelle façon d'aborder la question du contrôle du libre accès au travail.

## **2.5 Conclusion**

Cette rétrospection de l'histoire du contrôle du libre accès au travail au Québec permet à mon avis de tirer un constat important : le contrat joue un rôle prépondérant dans le contrôle du libre accès au travail. Sous le régime seigneurial, le contenu de l'acte de concession de la censive contient l'essentiel des restrictions au libre accès au travail du censitaire, mis à part le droit de réunion lorsqu'il manque à son obligation de tenir feu et lieu. Pour les apprentis, compagnons et artisans, étant donné l'absence de guildes ou jurandes en Nouvelle-France, les restrictions juridiques à l'accès à une profession, puis à la mobilité de ces travailleurs sont issues du long contrat d'apprentissage ou du contrat d'association. Dans le cas du contrat de louage de service personnels applicable aux engagés, domestiques, journaliers et autres travailleurs, c'est la longue durée de ce contrat qui permet de les fixer chez un employeur.

Il ne faut néanmoins pas négliger le rôle de l'État au sens large dans le contrôle du libre accès au travail. D'abord, c'est lui qui établit les sanctions pénales découlant d'une violation du contrat par le travailleur. Il mobilise également l'appareil judiciaire et les corps de police pour permettre l'exécution de ces sanctions. Aussi, il légalise et abolit certaines institutions comme le régime seigneurial et son obligation de tenir feu et lieu, ou encore l'esclavage. Il fixe également les règles entourant la formation, le contenu et la résiliation du contrat.

Finalement, les tribunaux jouent également un rôle important dans ces dynamiques. Par l'interprétation qu'ils donnent à la règle de droit, aux contrats et aux sanctions permises par le droit en cas de violation du contrat, ils influencent nécessairement les pratiques des différents acteurs et influencent ainsi le contrôle du libre accès au travail.

Ce recul historique nous a menés à l'aube du 20<sup>e</sup> siècle, où la transition vers le capitalisme est complétée. Le contrat de louage de services personnels est alors l'instrument juridique prédominant par lequel la force de travail est encadrée. Comme nous l'avons vu, le long contrat à durée déterminée avait ceci de commode pour l'employeur qu'il permettait d'immobiliser le travailleur dans son emploi pour la durée convenue, l'empêchant de quitter pour un concurrent ou une autre occupation. Par contre, lorsque la main-d'œuvre est devenue abondante et facilement interchangeable dans de grandes manufactures, il n'y avait peut-être pas vraiment d'intérêt à immobiliser un travailleur dans son emploi. Le contrat à durée indéterminée ou de très courte durée devait alors être un choix naturel, étant donné la flexibilité qu'il apporte à l'employeur. Cela explique à mon avis en grande partie l'émergence progressive de ce type de contrat à compter du 19<sup>e</sup> siècle.

Au début du 20<sup>e</sup> siècle, lorsque la main-d'œuvre se spécialise à nouveau ou devient moins abondante au gré des cycles économiques et de la progression de l'industrialisation vers une économie moderne, il peut y avoir intérêt dans certaines industries et pour certains types de travailleurs à conserver la flexibilité du contrat à durée indéterminée ou de très courte durée pour l'employeur, tout en immobilisant le travailleur dans son emploi. Comme mentionné auparavant, il s'agit pour l'employeur de choisir entre la nécessité de contrôler les *coûts* de la main-d'œuvre et la possibilité de contrôler la *mobilité* de cette main-d'œuvre. Pour l'employeur, il serait idéal de bénéficier des deux à la fois. La clause de non-concurrence constitue peut-être ainsi une innovation juridique idéale permettant de conjuguer ces intérêts.

## CHAPITRE 3

### L'ÉMERGENCE DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE AU QUÉBEC

Comme on l'a vu dans le chapitre précédent, la transition vers le capitalisme a mené à une nouvelle façon d'encadrer le travail par le droit. À compter de la fin du 19<sup>e</sup> siècle et du début du 20<sup>e</sup> siècle, le contrat de travail à durée indéterminée s'est progressivement imposé au Québec comme instrument juridique privilégié, étant le mieux adapté aux nouvelles structures de l'économie et aux intérêts des employeurs. Ces transformations ont néanmoins un impact important sur la capacité des employeurs à restreindre le libre accès au travail selon leurs intérêts. À compter de 1934, la Cour suprême du Canada affirme qu'il n'est pas possible de forcer l'exécution en nature du contrat de travail en droit québécois, ce qui bien entendu facilite les ruptures de contrats par les salariés et leur mobilité sur le marché du travail. De plus, le régime pénal sanctionnant la désertion qui avait été adopté dans un contexte où le long contrat de travail à durée déterminée était la norme n'est plus adapté à la prédominance du contrat de travail à durée indéterminée. Puisqu'un employé lié par un contrat à durée indéterminée est tout à fait en droit de démissionner en donnant un court préavis à son employeur, l'ancien régime de droit pénal n'a presque plus d'emprise sur l'employé à titre d'outil de contrôle du libre accès au travail dès le début du 20<sup>e</sup> siècle. À compter de 1950, ce régime pénal est formellement aboli.

Ainsi, je débiterai ce troisième chapitre en exposant les premiers cas de la jurisprudence québécoise portant sur les clauses de non-concurrence. Comme nous le verrons, il semble y avoir une concomitance entre ces transformations et l'émergence du contentieux portant sur la clause de non-concurrence dans les contrats de travail. Cela est à mon avis un indice fort révélateur que ces transformations économiques et juridiques créent en quelque sorte la nécessité d'une innovation juridique dans les rapports de travail pour rétablir la possibilité de contrôler le libre accès au travail.

Or, la clause de non-concurrence dans les rapports de travail se distingue de façon marquée de tous les autres outils juridiques de contrôle du libre accès au travail que nous avons vus jusqu'à présent. Elle innove en séparant dans le temps les obligations de l'employeur issues du contrat de travail (les *coûts* de la main-d'œuvre) et la possibilité de contrôler la *mobilité* de cette main-d'oeuvre. En effet, tous les précédents instruments juridiques de contrôle du libre accès au travail discutés plus tôt ont ceci en commun qu'il y a concomitance entre l'utilisation de la force de travail par son bénéficiaire (seigneur, maître, employeur, associé, etc.) et l'interdiction pour le travailleur d'être mobile. Autrement dit, lorsque le travailleur n'est

plus juridiquement obligé de travailler pour une personne donnée et corrélativement lorsque le seigneur, maître, employeur ou associé n'a plus l'obligation de fournir du travail au travailleur et de lui verser sa rémunération le cas échéant, ce dernier est alors juridiquement libre d'accéder au travail de son choix. La clause de non-concurrence vient créer une rupture ou une division dans le temps entre ces différentes obligations : alors que le travailleur a perdu son travail, son libre accès au travail de son choix demeure restreint. J'avancerais qu'il s'agit d'une innovation juridique contractuelle tout à fait adaptée au nouveau contexte économique et aux intérêts des employeurs à compter du 20<sup>e</sup> siècle.

Afin de bien exposer cette particularité de la clause de non-concurrence québécoise, je la comparerai dans ce chapitre à la clause de non-concurrence en droit français. Ainsi, après avoir traité des premiers cas de la jurisprudence québécoise portant sur les clauses de non-concurrence, je ferai une analyse comparative du droit québécois et du droit français encadrant la clause de non-concurrence dans les rapports de travail. Cela permettra de faire ressortir une distinction importante entre ces deux régimes : la nécessité d'une contrepartie monétaire durant l'application de l'obligation de non-concurrence. Cette distinction nous ramène à l'innovation que représente la clause de non-concurrence en tant qu'outil juridique créant une rupture dans le temps entre les obligations du contrat de travail et le contrôle du libre accès au travail, ce qui pourrait expliquer qu'elle devienne aussi intéressante. Comme mentionné en introduction, plusieurs raisons justifient cette comparaison avec le droit français : le fait que le droit civil québécois est issu de la tradition civiliste française, la relative similarité entre ces deux régimes jusqu'à ce que le droit civil français bifurque en 2002 et l'éclairage que peut apporter l'état du droit québécois par rapport au droit français sur l'émergence et le déploiement des clauses de non-concurrence dans le passé et pour l'avenir.

Je terminerai ce chapitre par une réflexion sur la cause de l'obligation de non-concurrence en droit québécois à la lumière du droit français. J'argumenterai que la contrepartie monétaire est essentielle – juridiquement à tout le moins – à la clause de non-concurrence; sans quoi il s'agit d'une obligation sans cause qui est donc nulle.

### 3.1 La clause de non-concurrence au Québec et en France

#### 3.1.1 La clause de non-concurrence au Québec

##### 3.1.1.1 L'émergence de la clause de non-concurrence dans les contrats de travail au Québec

La doctrine québécoise commence à se pencher sur les clauses de non-concurrence à compter de 1936, avec un certain essor durant les années 1960<sup>340</sup>. L'auteur Yvon Marcoux écrit en 1969, « The doctrinal developments in this area of the law have been quite considerable in England from the beginning of the century until late in the nineteen thirties, but in Canada, except for the Quebec civil law, there has been nothing written on the subject »<sup>341</sup>.

Plusieurs des décisions québécoises rapportées par cette doctrine concernent des clauses de non-concurrence incluses dans des contrats entre associés, des contrats commerciaux, des prêts liés à l'exploitation d'une entreprise, des baux ou des contrats de vente d'entreprise<sup>342</sup>. Les plus anciennes remontent à la toute fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup> siècle.

Les premiers jugements québécois que j'ai pu repérer concernant spécifiquement des employés ayant souscrit des clauses de non-concurrence remontent à 1913. Je résume ci-dessous tous les jugements québécois que j'ai pu repérer jusqu'aux années 1960<sup>343</sup>.

Dans l'affaire *Aird c. Birss*<sup>344</sup> rendue en 1913, le défendeur était un employé qui avait été embauché pour une durée d'un an à titre de livreur de pain. La clause de non-concurrence prévoyait qu'il ne pouvait durant son emploi et pour une période d'un an après la fin de l'emploi être embauché dans une entreprise liée au domaine du pain (« bread business ») dans la ville de Montréal et ses banlieues. Deux mois avant l'expiration du contrat, le défendeur a quitté son emploi pour se joindre à un fabricant de pain et aurait sollicité des clients du demandeur. La cour rejette la demande d'injonction interlocutoire au motif que le demandeur n'a pas démontré qu'il subirait un préjudice qui ne pouvait être compensé par des dommages

---

<sup>340</sup> La doctrine québécoise la plus ancienne que j'ai pu trouver est celle citée *supra* note 60.

<sup>341</sup> Voir Marcoux, *supra* note 60, à la p 254.

<sup>342</sup> Voir les décisions citées dans L'heureux, *supra* note 49, aux pp 103-29.

<sup>343</sup> La jurisprudence a été en grande partie repérée via la doctrine citée *supra* notes 49 et 60, ainsi que dans la jurisprudence citée par cette doctrine.

<sup>344</sup> [1913] 14 R.P. 285.

et intérêts et au motif qu'elle n'est pas convaincue que la clause soit valide dans le contexte d'un « contract of hire, of an ordinary bread driver ».

Dans l'affaire *The Canada Metal Company Limited c. Berry*<sup>345</sup> rendue en 1913, le défendeur était un employé qui avait été embauché pour une durée de trois ans à titre de vendeur itinérant (« commercial traveller ») de métal servant à la fabrication de machinerie. La clause de non-concurrence prévoyait qu'il ne pouvait pour une période d'un an après la fin de son emploi être embauché dans une entreprise concurrente au Canada. Après deux ans et demi de service, le défendeur a quitté son emploi pour se joindre à un concurrent. La cour rappelle d'abord que selon la décision *Pitre c. L'association Athlétique d'Amateurs Nationale* rendue en 1911<sup>346</sup>, on ne peut forcer l'exécution en nature d'une prestation de travail à moins que les services de la personne en cause ne puissent être remplacés. La cour juge qu'étant donné que le défendeur est un jeune homme qui avait déjà acquis un peu d'expérience dans ce domaine avant de se joindre à la demanderesse, le contrat d'emploi « does not show any special consideration why it was imposed upon the respondent » et le demandeur pourrait être remplacé par un autre vendeur avec peu d'expérience. La cour ne croit pas non plus que le défendeur a acquis des secrets commerciaux de la part du demandeur. Elle juge donc qu'il n'est pas approprié d'émettre une injonction.

Dans l'affaire *Mount Royal Dairies, Ltd. c. Russman*<sup>347</sup> rendue en 1934, le défendeur avait été embauché à titre de vendeur itinérant et livreur de lait. En cours d'emploi, il a souscrit une clause de non-concurrence prévoyant que pour une durée de quatre-vingt-dix jours après la fin de son emploi, il ne se joindrait pas à un concurrent oeuvrant dans le même territoire qui était desservi par le défendeur. Le défendeur s'est joint à un concurrent et a détourné la clientèle de la demanderesse avant l'expiration du délai de quatre-vingt-dix jours. La cour accepte d'émettre l'ordonnance d'injonction interlocutoire, étant donné que la demanderesse subissait un préjudice irréparable et que la clause de non-concurrence n'était pas « immoral nor in restraint of freedom of the individual ».

Dans l'affaire *Mutual Life and Citizens Assurance Co., Ltd c. Picotte*<sup>348</sup> rendue en 1936, le défendeur avait été embauché à titre d'agent d'assurance. Il avait souscrit une clause qui prévoyait que pour une durée de douze mois suivant la fin de son emploi, il n'entrerait pas en contact avec des clients de la défenderesse

---

<sup>345</sup> [1914] 15 RP 178.

<sup>346</sup> *Supra* note 332.

<sup>347</sup> [1934] 72 CS 240.

<sup>348</sup> [1936] 61 BR 390.

sur le territoire qu'il avait desservi. En appel, la cour infirme le jugement de première instance et en vient à la conclusion que le défendeur s'est joint à un concurrent et a sollicité des clients de la demanderesse. Elle applique la clause pénale prévue au contrat et condamne le défendeur à payer à la demanderesse la somme de 250 \$.

Dans l'affaire *Dominion Blank Book Co. Ltd. c. Harvey*<sup>349</sup> rendue en 1941, le défendeur avait été embauché en 1929 à titre de vendeur de produits de papeterie. Il avait souscrit en 1930 une clause qui prévoyait que pour une durée de cinq ans, il ne pourrait être impliqué dans ce domaine à quelque titre que ce soit. La cour considère qu'étant donné la liberté de travail du demandeur, la durée de la clause est exagérée, en plus de ne pas comporter de territoire. Elle rejette donc l'action de la demanderesse.

Dans l'affaire *Caron-Jetté Limitée c. Drapeau*<sup>350</sup> rendue en 1943, le défendeur avait été embauché en 1939 à titre de vendeur et distributeur de pain. Il avait souscrit une clause qui prévoyait que pour une durée d'un an après la fin de son contrat, il ne solliciterait pas les clients de son employeur pour la vente du pain ou de gâteaux et ne ferait aucun commerce du pain ou des gâteaux pour son compte ou pour le compte d'autrui. La clause prévoyait qu'en cas de violation, il serait passible du paiement d'un montant de 200 \$ à titre de dommages liquidés. Ayant été renvoyé en 1940 parce qu'il ne rapportait pas suffisamment selon son employeur, il s'est joint à un concurrent. Il aurait alors sollicité deux clients de son ancien employeur qu'il aurait réussi à détourner. La Cour du banc du roi siégeant en appel accueille l'appel et condamne le défendeur à payer la somme de 200 \$. Le juge en chef Létourneau écrit : « Il est à première vue bien rigoureux qu'une condamnation de \$200 puisse être prononcée contre un distributeur de pain qui n'a en somme retenu que deux des clients de la demanderesse appelante mais je n'y puis rien... Car sauf certains cas d'exception à la règle qui ne se rencontrent pas ici, c'est l'effet terrible d'une clause pénale que : "1135. Le montant de la peine ne peut être réduit par le tribunal" ».

Au courant des années 1950 et 1960, le nombre de décisions rendues semble augmenter de manière significative par rapport à la période de 1913 à 1941 : *Richstone Bakeries inc. c. Margolis*<sup>351</sup> (1953, clause de non-sollicitation, boulanger); *Lajoie c. Canup*<sup>352</sup> (1954, clause de non-concurrence, chauffeur

---

<sup>349</sup> [1941] 79 CS 274.

<sup>350</sup> [1943] BR 494.

<sup>351</sup> [1953] RP 56.

<sup>352</sup> [1954] CS 341.

d'automobiles et de motocyclettes); *Guaranteed Pure Milk c. Limited c. Patry*<sup>353</sup> (1957, clause de non-concurrence, laitier); *T. c. B.*<sup>354</sup> (1958, clause de non-concurrence, médecin); *Campeau c. Terrault*<sup>355</sup> (1959, clause de non-concurrence, vendeur de publicité pour un journal); *Leblanc c. Borden Company Limited*<sup>356</sup> (1961, clause de non-concurrence, laitier); *Standard Electric Time Co. of Canada Ltd. c. Finage*<sup>357</sup> (1965, clause de non-concurrence, technicien électrique); *Canadian Factors Corporation Ltd. c. Cameron*<sup>358</sup> (1966, clause de non-concurrence, préposé à la perception, puis adjoint du directeur général pour une entreprise de collection de comptes à recevoir); *Beneficial Finance Co. of Canada c. Ouellette*<sup>359</sup> (1967, clause de non-concurrence, gestionnaire de prêt); *Teinturerie Québec inc. c. Lauzon*<sup>360</sup> (1967, clause de non-concurrence, vendeur et livreur pour une entreprise de nettoyage de vêtements).

Ces décisions ne sont probablement que la pointe de l'iceberg et ne peuvent à mon avis refléter la véritable ampleur de l'utilisation des clauses de non-concurrence durant ces années. D'abord, le fait qu'une clause de non-concurrence ait été stipulée ne veut pas dire que le dossier se judiciairisera. L'employé peut très bien ne pas avoir violé sa clause suivant la fin d'emploi. Même si l'employé a violé sa clause, l'employeur peut avoir choisi de ne pas tenter des procédures pour diverses raisons. Aussi, il est possible que plusieurs décisions, particulièrement en matière d'injonction provisoire ou interlocutoire, n'aient pas été publiées. Finalement, il est possible que ma recherche n'ait pas permis de repérer toutes les décisions pertinentes publiées. À tout événement, sans consulter les contrats de travail, il n'est pas possible de déterminer le véritable nombre de clauses de non-concurrence à une époque donnée.

Par contre, cette jurisprudence permet à mon avis de tirer certains constats relativement à l'émergence de la clause de non-concurrence dans les rapports de travail au Québec. D'abord, on sait qu'au moins à compter de 1913, les tribunaux québécois sont saisis de litiges liés à des clauses de non-concurrence souscrites par des employés. La jurisprudence semble peu nombreuse jusqu'à la fin des années 1940. À

---

<sup>353</sup> [1957] BR 54.

<sup>354</sup> [1958] CS 587.

<sup>355</sup> [1959] CS 449.

<sup>356</sup> [1961] BR 804.

<sup>357</sup> [1965] CS 532.

<sup>358</sup> [1966] BR 921. Cette décision mènera à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Cameron c. Canadians Factors Corp. Ltd*, *supra* note 82.

<sup>359</sup> [1967] BR 721.

<sup>360</sup> [1967] BR 41.

compter des années 1950, il semble y avoir une augmentation significative du nombre de dossiers se judiciarisant. Cela permet à mon avis de conclure que les clauses de non-concurrence ont dû commencer à être insérées dans les contrats de travail à la toute fin du 19<sup>e</sup> siècle ou au début du 20<sup>e</sup> siècle. Je crois que l'on peut également conclure que leur utilisation devient de plus en plus répandue au courant des années 1950 et 1960. On peut également penser qu'il s'agit d'une tendance qui continue dans les années 1970 : la professeure Nicole L'Heureux écrit que « De plus en plus fréquemment dans les contrats de louage de services ou de vente d'entreprise, on retrouve une clause de non-concurrence (...) »<sup>361</sup>. Finalement, il est intéressant de constater que la plupart de ces dossiers ne semblent pas concerner des classes sociales privilégiées comme des employés haut placés dans la hiérarchie de l'entreprise ou encore des employés qui détiendraient des informations hautement confidentielles comme des secrets industriels ou de fabrication, mais plutôt des employés qui ont des contacts fréquents avec la clientèle qu'ils desservent pour leur employeur, comme des vendeurs, livreurs ou agents.

### 3.1.1.2 L'encadrement juridique des clauses de non-concurrence au Québec

Les clauses de non-concurrence font l'objet d'une jurisprudence abondante depuis de nombreuses années. Récemment, beaucoup d'auteurs se sont déjà livrés à l'analyse des décisions d'intérêt dans ce domaine et continuent de le faire<sup>362</sup>. Dans cette section, je me contenterai donc d'une présentation sommaire des grands principes encadrant la clause de non-concurrence dans les rapports de travail.

---

<sup>361</sup> Voir L'heureux, *supra* note 49, à la p 103.

<sup>362</sup> Voir notamment Audet, *supra* note 30, aux pp 10-1 à 10-126; Marianne St-Pierre-Plamondon, « Les nouvelles tendances de la jurisprudence en matière de clauses restrictives : quelles sont les leçons à tirer ? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2017)*, vol 432, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2017, p 97; Éric Préfontaine et Juliette Liu, « L'intérêt légitime comme contrôle en deux temps des clauses de non-concurrence » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2017)*, vol 432, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, p 169; Gilles Rancourt et Gwenaëlle Thibault, « La légalité des stipulations de non-concurrence : le fragile équilibre entre le droit pour l'employé de gagner sa vie et la protection des intérêts commerciaux de l'entreprise » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en matière de cessation d'emploi et d'indemnités de départ (2014)*, vol 387, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2014, p 103; Nathalie-Anne Béliveau et Sébastien Lebel, « Les clauses de non-concurrence en matière d'emploi et en matière de vente d'entreprise : du pareil au même? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents sur la non-concurrence (2011)*, vol 338, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2011, p 115 [Béliveau, « **Pareil au même** »]; Béliveau, « Synthèse », *supra* note 49, p 3; Marie-France Bich, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2003)*, vol 197, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2003, p 245 [Bich, « **Viduité** »].

Avant l'adoption du *Code civil du Québec* en 1994, ce sont les tribunaux qui ont posé les limites des clauses de non-concurrence. Aucune disposition législative particulière ne les encadrait.

L'obligation de non-concurrence post-emploi stipulée dans un contrat de travail était donc soumise aux principes généraux du droit des contrats et des obligations, notamment aux articles 13<sup>363</sup>, 989<sup>364</sup>, 990<sup>365</sup> et 1667<sup>366</sup> du *Code civil du Bas-Canada*<sup>367</sup>. Au nom des principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté qui caractérisent le droit civil québécois, ces clauses étaient reconnues comme étant *prima facie* valides. Voici ce qu'en disait alors Clément Gascon en 1992 avant sa nomination à la magistrature :

En effet, la liberté de contracter et l'autonomie de la volonté constituent la règle en droit civil. Notre droit reconnaît donc la liberté des parties de stipuler dans leurs contrats les conditions dont elles veulent convenir. Ainsi, on constate que les tribunaux québécois, lorsqu'ils sont saisis de recours en injonction interlocutoire basés sur des clauses restrictives, n'hésitent pas à appliquer et à donner effet à ces clauses restrictives, à moins de démonstration claire qu'elles sont *prima facie* illégales.<sup>368</sup>

(Références omises).

Ceci étant, les tribunaux québécois ont cru nécessaire de protéger le débiteur de l'obligation de non-concurrence après l'emploi contre les clauses qui limitent indûment la liberté de travailler et de commerce, lorsque rédigées en des termes excessivement larges quant à la durée, au genre d'activité prohibé et au territoire d'application.

---

<sup>363</sup> Art 13 CcBC : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs ».

<sup>364</sup> Art 989 CcBC : « Le contrat sans considération, ou fondé sur une considération illégale, est sans effet, mais il n'est pas moins valable quoique la considération n'en soit pas exprimée ou soit exprimée incorrectement dans l'écrit qui le constate ».

<sup>365</sup> Art 990 CcBC : « La considération est illégale quand elle est prohibée par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

<sup>366</sup> Art 1667 CcBC : « Le contrat de louage de service personnel ne peut être que pour un temps limité, ou pour une entreprise déterminée. Il peut être continué par tacite reconduction ».

<sup>367</sup> Voir L'Heureux, *supra* note 49, aux pp 103-4.

<sup>368</sup> Voir Gascon, *supra* note 49, à la p 114.

Ces clauses excessives étaient jugées contraires à l'ordre public et donc invalides<sup>369</sup>. Néanmoins, c'était au débiteur qui invoquait la nullité de l'obligation de non-concurrence d'en établir le caractère déraisonnable et la contravention à l'ordre public<sup>370</sup>. Dans un contexte commercial, le débiteur de l'obligation de non-concurrence bénéficiait lui aussi d'une protection contre les clauses excessives ou déraisonnables, mais une plus grande souplesse est permise dans la rédaction des clauses que dans un contexte d'emploi<sup>371</sup>.

En 1970, la majorité de la Cour suprême du Canada dans *Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd.*, se prononçant sur l'appel d'un jugement de la Cour du banc de la Reine de la province de Québec, s'exprime comme suit :

[Le litige] ne soulève que le principe sur lequel se fondent les cours pour contrecarrer les conventions dans lesquelles un employé s'engage à ne pas offrir de concurrence et, d'après moi, ce principe s'applique aux interdictions contenues aux clauses (2) et (3) du contrat. Ce principe, que ce soit en vertu des dispositions du *Code civil* relatives à l'ordre public (art. 13 et 990 par exemple) ou de la *common law*, se fonde sur le bon sens qui demande que l'on concilie les intérêts de l'employeur avec ceux d'un ex-employé relativement au besoin qu'éprouve celui-là de se protéger sur le plan commercial et celui-ci d'être mobile sur le marché du travail, eu égard à une conception qui tend à s'opposer à toutes restrictions 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. Le principe que j'ai énoncé se retrouve dans *Dominion Blank Book Co. Ltd. c. Harvey* (1941), 79 C.S. 274. et dans *Grossman c. Schwarz* [1943] B.R. 145 quant au *Code civil*, et dans *Attwood c. Lamont* [1920] 3 K.B. 571. et dans *Maguire c. Northland Drug Co. Ltd.* [1935] R.C.S. 412 quant à la *common law*.<sup>372</sup>

(Mon emphase)

Dans leur dissidence, les juges Fauteux et Pigeon écrivent :

Le principe en vertu duquel l'appelant demande au tribunal de prononcer la nullité du contrat qu'il a signé ne découle d'aucun article du *Code civil* du Québec. Il y est cependant reconnu par la jurisprudence québécoise tout comme par la jurisprudence française malgré le même silence du *Code Napoléon* sur ce point. [...]

La jurisprudence de la Cour de Cassation est fondée sur les principes généraux du droit civil français qui, en cette matière, ne diffèrent pas de ceux du droit civil québécois. Un

---

<sup>369</sup> Voir L'Heureux, *supra* note 49, aux pp 103-4; Louise Otis, « L'ordre public dans les relations de travail » (1999) 40 C de D 381, à la p 386; Vincent Karim, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation » (1999) 40 C de D 403, aux pp 407-09; Bich, « Viduité », *supra* note 362, aux pp 246-47;

<sup>370</sup> Voir Audet, *supra* note 30, à la p 10-5; A. Edward Aust et al, *Executive Employment Law*, Toronto (On), LexisNexis Canada (feuilles mobiles, mises à jour 102 en date du mois de mars 2019), ch 11, à la p 11-9.

<sup>371</sup> *Elsley c. J.G. Collins Ins. Agencies*, [1978] 2 RCS 916, à la p 924 (jurisdiction de common law).

<sup>372</sup> *Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd.*, *supra* note 82, aux pp 163-4.

contrat ayant pour objet d'interdire à un employé démissionnaire d'entrer au service d'un concurrent de son ancien patron ou de solliciter les clients de celui-ci, est en principe licite. Il ne devient invalide que s'il porte atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue excessive dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité interdite à l'intéressé. Mais doit-on déclarer un pareil contrat invalide pour le tout parce que, sous certains rapports qui ne se présentent pas en l'occurrence, il dépasse ce qui est conciliable avec une juste conception de la liberté du travail?<sup>373</sup>

(Mon emphase)

Il découle de l'arrêt *Cameron* et de la jurisprudence qui l'a précédé citée précédemment que la liberté de travail est formellement reconnue en droit civil québécois au moins depuis la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle. Historiquement, elle est le fondement juridique des limites imposées aux clauses de non-concurrence applicables après l'emploi par les tribunaux. Pour le travailleur, cette liberté inclut la possibilité, selon la formulation générale de la Cour suprême dans *Cameron*, de « profiter des occasions qui s'offrent sur le plan économique ou sur le marché du travail » relativement au « besoin (...) d'être mobile sur le marché du travail ». En d'autres mots, elle donne au travailleur, après la fin d'emploi, la liberté de travailler de manière à faire une concurrence loyale à son ancien employeur. Mais cette liberté n'est pas absolue : selon la Cour suprême, sa « juste conception » implique qu'elle soit conciliée avec les intérêts légitimes du créancier de l'obligation de non-concurrence souscrite valablement.

Ainsi, en droit québécois, la reconnaissance et la protection de la liberté de travailler face à l'obligation contractuelle de non-concurrence découlent historiquement de l'ordre public judiciaire ou « virtuel »<sup>374</sup>, c'est-à-dire l'ordre public tel que déterminé par les tribunaux plutôt que par le législateur, en fonction des valeurs fondamentales de la société à une époque donnée. Cette reconnaissance de la liberté de travail n'était fondée sur aucune source législative ou constitutionnelle particulière, puisqu'antérieure à l'adoption des instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels protégeant les droits et libertés de la personne au Québec et au Canada<sup>375</sup>. En la reconnaissant et en y donnant effet sur la base du fait que

---

<sup>373</sup> *Ibid*, aux pp 154-5.

<sup>374</sup> Voir la doctrine citée *supra* note 369. Voir également *Payette c. Guay inc.*, 2013 CSC 45, au par 1.

<sup>375</sup> Aucune source constitutionnelle particulière n'a été à ma connaissance invoquée par la jurisprudence portant sur les clauses de non-concurrence comme fondement de la liberté de travail. Voir cependant Roux, *supra* note 92, à la p 462, citant *Jean-Jacques Verreault & Associés inc. c. Larrivée*, REJB 1998-07990 (C.S.) :

« Les deux derniers alinéas de l'article 2089 C.C.Q. indiquent, par leur référence à la protection des intérêts légitimes de l'employeur et à l'obligation de ce dernier de prouver la validité d'une clause de non-concurrence, que le législateur a voulu se rapprocher du droit anglais. Dorénavant, la validité de ces clauses n'est plus limitée par la notion d'ordre public, mais par leur caractère de raisonnable eu égard aux intérêts

l'on ne peut pas, par convention, déroger à l'ordre public judiciaire<sup>376</sup>, les tribunaux québécois ont emboîté le pas à une ancienne et abondante jurisprudence des juridictions de *common law* qui a historiquement posé un regard suspicieux sur les clauses contractuelles qui limitent la liberté de travail et d'entreprendre<sup>377</sup>. Selon Marie-France Bich, juge à la Cour d'appel du Québec et alors professeure de droit, la liberté de travailler et de concurrence sont :

(...) deux des principes de base de notre organisation socio-économique et l'ordre public ne peut s'accommoder de restrictions excessives à cette double liberté. Comme le dit le juge Biron dans l'affaire *Positron c. Desrochers* « [l]a société tout autant que l'individu lui-même, a intérêt à ce qu'un homme puisse exercer son métier librement ».<sup>378</sup> (référence omise)

Pour les tribunaux, il semble y avoir quelque chose de choquant (contraire au « bon sens » pour reprendre les mots de la Cour suprême dans *Cameron*<sup>379</sup>) au fait d'empêcher une personne d'exercer le travail de son choix après la fin de son emploi, si cette restriction n'est pas à la fois justifiée et strictement limitée

---

légitimes de l'employeur, dont la preuve incombe à ce dernier. Cette légitimité est elle-même limitée par l'intérêt général de protéger la liberté du travail, le droit de gagner sa vie étant consacré par le paragraphe 2 de l'article 6 de la Charte canadienne des droits et libertés ». (Mon emphase, références omises)

D'ailleurs, la Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 que le paragraphe 6 (2)b) de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 (la « **Charte canadienne** ») ne créait pas de droit distinct au travail.

Cependant, considérant les commentaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, aux par 3 et 62 et suivants, concernant l'impact des obligations internationales du Canada sur l'interprétation du droit de grève, l'article 6 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976) (« Les États partis au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit ») pourrait potentiellement permettre une nouvelle interprétation élargie de la portée de l'ordre public virtuel, du paragraphe 6 (2)b) de la Charte canadienne qui protège la liberté des citoyens de « *gagner leur vie dans toute province* », de l'article 7 de la Charte canadienne qui protège le droit à « *à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne* », de l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, c C-12 (la « **Charte québécoise** ») qui protège le droit « *à la liberté de sa personne* », ainsi que de l'article 46 de la Charte québécoise qui protège le droit « *à des conditions de travail justes et raisonnables* ». Voir à ce sujet Gallié, *supra* note 2.

<sup>376</sup> Art 990 CcBC, *supra* note 365.

<sup>377</sup> Voir Blake, *supra* note 19, aux pp 629-46.

<sup>378</sup> Voir Bich, « Viduité », *supra* note 362, à la p 246

<sup>379</sup> *Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd*, *supra* note 82, aux pp 163-4.

dans les circonstances. En plus d'être une question de protection de la liberté individuelle, en *common law*, l'enjeu en est aussi d'un d'intérêt du public et de politique publique :

The true view at the present time, I think, is this: The public has an interest in every person's carrying on his trade freely : so has the individual. All interference with individual liberty of action in trading, and all restraints of trade of themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy, and therefore void. That is the general rule. But there are exceptions: restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. It is sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable – reasonable, that is, in reference to the interests of the parties concerned and reasonable in reference to the interests of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party in whose favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public

\* \* \* \* \*

Whatever restraint is larger than the necessary protection of the party can be of no benefit to either; it can only be oppressive, and, if oppressive, it is, in the eye of the law, unreasonable.<sup>380</sup> (Mon emphase)

Ceci dit, on peut s'interroger sur le fondement en droit québécois de la liberté de travail et de commerce que cherche à protéger l'ordre public. Autrement dit, y a-t-il un fondement juridique quelconque qui commande que les tribunaux invoquent l'ordre public pour la protéger? Le premier extrait de doctrine en droit québécois que j'ai pu repérer sur la liberté de travail et du commerce est tiré du *Traité de droit commercial* de l'auteur Antonio Perrault publié en 1936 :

1163. Principe de droit public. — Au Canada, comme dans la plupart des pays, la liberté du commerce et de l'industrie est un principe de droit public. Dans la province de Québec, au point de vue juridique, peut être commerçant toute personne qui pose des opérations commerciales à l'état professionnel.

Ce principe de la liberté du commerce et de l'industrie est admis chez tous les peuples civilisés. Il n'en a pas toujours été ainsi. Les sociétés contemporaines reconnaissent la liberté individuelle au travail et la liberté à la propriété individuelle. C'est l'une des caractéristiques qui les distinguent des sociétés anciennes. « L'humanité est allée graduellement, par un travail de plusieurs dizaines de siècles, du régime de la contrainte, du servage ou de la servitude, au régime de la liberté individuelle, et du régime de la communauté primitive à celui de la propriété privée » (Paul Leroy-Beaulieu, *Précis d'Économie politique*, p. 107).

La liberté du travail, le droit pour les individus de produire ce que bon leur semble, date de la fin du 18<sup>e</sup> siècle et du commencement du 19<sup>e</sup> siècle. Ce régime se généralisa après

---

<sup>380</sup> *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co.*, [1894] AC 535 (HL), aux pp 565 et 549, tel que cité dans Aust, *supra* note 370, à la p 11-15.

que les civilisations antérieures eurent connu les réglementations rigoureuses du commerce et de l'industrie : régime des castes où chacun, en principe, ne devait avoir d'autre métier que celui de son père, régime corporatif où nul ne pouvait prendre un métier sans l'autorisation du roi. Ce n'était pas seulement les métiers, c'était aussi la production agricole et le commerce qui étaient réglementés à outrance. (Cf. Charles Gide, Cours d'Économie politique, vol. 1, pp. 207, 338 & sq.). (1)

Note (1) : Certains économistes font remonter l'évolution de ce mouvement relatif à la liberté du travail à la fin du Moyen âge, alors que serait née une économie nouvelle : il se ramènerait essentiellement à la liberté du commerce. Cf. Harold J. Laski, professeur de sciences politiques à l'Université de Londres, *The Rise of European liberalism*.<sup>381</sup>

Si l'on met de côté le fait que cette vision s'harmonise difficilement avec les mécanismes de contrôle du libre accès au travail au Québec analysés au chapitre 2 qui se maintiennent jusqu'au début du 20<sup>e</sup> siècle, la thèse dominante du début du 20<sup>e</sup> siècle à ce jour semble être que les libertés de travail, de concurrence et de commerce sont tout simplement des caractéristiques inhérentes de notre société moderne et de son organisation socio-économique<sup>382</sup>. Autrement dit, elles sont nécessaires au fonctionnement du capitalisme et à la circulation de la force de travail sur le marché. Comme on l'a vu précédemment, la circulation de la force de travail sur le marché suppose le respect des conditions posées par Marx : un travailleur libre propriétaire de sa force de travail, capable de transiger à l'égard de sa force de travail et

---

<sup>381</sup> Voir Perrault, *supra* note 60, aux pp. 636-7.

<sup>382</sup> *Excelsior (L'), compagnie d'assurance-vie c. Mutuelle du Canada (La), compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.J.Q. 2666 (C.A.) :

« Le problème de la nature et de la portée de cette obligation de loyauté se rattache à celui de la protection de la clientèle. Le régime économique dans lequel nous vivons se fonde, à tout le moins en théorie et, assez souvent, en pratique, sur la liberté de concurrence. La clientèle constitue habituellement l'actif le plus précieux, mais aussi le plus fragile de l'entreprise. La nature même d'un système économique concurrentiel la rend mobile. » (Mon emphase)

Voir également Charline Bouchard, « Entreprise » (2009) 111:1 Revue du notariat 107, aux pp 120-1 :

« La liberté des agents économiques fondée sur le principe de la liberté du commerce et de son corollaire, la liberté de concurrence, se veut au coeur du système politico-économique canadien fondé sur une économie de marché. Cette dernière repose quant à elle sur l'idée que le jeu des forces du marché doit déterminer à lui seul la loi de l'offre et de la demande. Pendant du libéralisme économique, il postule la liberté des agents économiques. (...)

La liberté de concurrence confère ainsi à chaque agent économique la prérogative de fonder une entreprise oeuvrant dans un certain secteur d'activité, d'entrer librement sur le marché libéral, de s'établir, d'y prendre de l'expansion, et d'en sortir quand on le souhaite. Dès lors, cette liberté fonde en elle-même le marché libéral parce qu'elle lui permet de se développer, d'innover, de se transformer, d'être compétitif et ainsi d'assurer un meilleur bien-être socio-économique. La liberté de concurrence constitue le substratum de l'économie de marché. » (Mon emphase)

dont la force de travail est vendue pour un temps limité<sup>383</sup>. En l'absence de dispositions constitutionnelles ou législatives protégeant la liberté de travail, l'ordre public doit nécessairement s'y intéresser, sans quoi le droit serait tout simplement déphasé par rapport à l'organisation socio-économique qui nécessite que la force de travail puisse circuler sur le marché<sup>384</sup>.

Par ailleurs, plus récemment, les tribunaux n'ont pas hésité à qualifier la liberté de travail de « valeur fondamentale » et à réitérer que son statut dans notre société justifie que l'ordre public s'y intéresse. Par exemple, en 2001, le sénateur et ancien juge à la Cour d'appel du Québec, Pierre J. Dalphond, alors juge à la Cour supérieure, écrivait :

[27] Rappelons d'abord que la liberté d'emploi est considérée comme une valeur fondamentale dans notre société libérale moderne, au même titre d'ailleurs que la liberté de commerce et de mouvement.

[28] Constituant une dérogation importante à la liberté d'emploi du salarié, l'engagement de non-concurrence a toujours été assujéti au contrôle des tribunaux canadiens ( *Cameroun c. Canadian Factors Corp.* [1971] R.C.S. 148 ) qui, conscients du déséquilibre qui marque souvent les rapports entre l'employé et son employeur, n'ont pas hésité à déclarer contraires à l'ordre public les restrictions injustifiées ou déraisonnables.

[29] Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (ville de)* [1995] R.J.Q. 2561, M. le juge Baudouin écrit, à la page 2570:

L'ordre public québécois ne se résume pas seulement aux valeurs protégées par les chartes ou par la législation ordinaire. En d'autres termes, cette notion n'est pas uniquement constituée d'un corpus législatif et ce n'est donc pas au seul législateur qu'il revient d'en définir le contenu (art. 9, 1373, 1413 C.c.Q.).

L'ordre public est aussi judiciaire dans sa détermination (...).

La jurisprudence fournit de nombreux exemples de ce processus créatif. Ainsi, pour n'en mentionner que quelques-uns, avant les dispositions actuelles du *Code civil du Québec* (art. 2098 et 2095 C.c.Q.), les tribunaux ont, par le biais de l'ordre public, imposé des conditions précises à la validité des clauses de non-concurrence (...).<sup>385</sup> (Mon emphase)

---

<sup>383</sup> Voir Marx, *supra* note 63, aux pp. 263-4.

<sup>384</sup> Comme mentionné précédemment, il s'agit d'une illustration claire qu'en l'espèce, le droit est déterminé par le rapport de production, et non l'inverse. Voir Lainé, *supra* note 61, à la p 692.

<sup>385</sup> Voir *Beau-T Stop Distribution inc. c. Mailhot*, 2001 CanLII 25376 (QC CS), aux par 27-9.

En 2018, la Cour d'appel du Québec réitérait que les clauses de non-concurrence dont la portée est excessive sont contraires à l'ordre public « parce que contraires à la liberté de travail » :

[53] Comme le soulignent les auteurs Baudouin, Jobin et Vézina, la jurisprudence québécoise considère les clauses de non-concurrence comme contraires à l'ordre public, parce que contraires à la liberté de travail, « ... lorsqu'elles sont inéquitables et ne contiennent pas de limites raisonnables quant au territoire, à la durée et au genre d'activités interdites par la clause, eu égard aux circonstances ». <sup>386</sup>

(Mon emphase, références omises)

En 2021, la Cour d'appel du Québec allait même jusqu'à qualifier la liberté de travail comme étant « l'un des piliers du droit du travail » et que le contrat de travail à durée déterminée doit être conclu pour une période qui soit conforme à l'ordre public et qui ne constitue pas « une servitude implicite » <sup>387</sup>.

Ainsi, malgré l'entrée en vigueur en 1994 de nouvelles dispositions législatives encadrant les clauses de non-concurrence après l'emploi dont je traiterai ci-dessous, il semble que la liberté de travail, qui a été expressément reconnue comme protégée par l'ordre public, demeure toujours un des fondements aux limites des clauses de non-concurrence à ce jour. Comme nous le verrons, rien n'indique que cette modification du cadre juridique ait réduit d'une quelconque façon la protection que l'ordre public accorde à la liberté de travail.

Depuis 1994, l'obligation de non-concurrence de l'employé est régie par les articles 2088, 2089 et 2095 du *Code civil du Québec*. D'une part, l'obligation de loyauté de l'article 2088 comprend généralement implicitement une obligation de ne pas faire concurrence à l'employeur pendant la durée du contrat de travail, à moins que les parties en aient convenu autrement ou qu'il découle de la relation d'emploi qu'il

---

<sup>386</sup> Voir *Pitl c. Grégoire*, 2018 QCCA 1879, au par 53.

<sup>387</sup> *Sahlaoui c. 2330-2029 Québec inc. (Médecin)*, 2021 QCCA 1310, au par 33 :

« [33] À mon avis, de tels préparatifs ne dénotent pas, *en eux-mêmes*, un manque de loyauté. Tout comme l'employeur, le salarié, dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, jouit en effet de la faculté unilatérale de résilier le contrat de travail, sa seule obligation étant d'en donner un préavis raisonnable (art. 2091 C.c.Q.). Dans le cas du salarié, cette faculté de résiliation est le nécessaire corollaire de la liberté de travail qui est sienne et qui est l'un des piliers du droit du travail. C'est là, en quelque sorte, le revers de la subordination du salarié, qui, certes, travaille pour et au profit d'un employeur, mais doit être libre de quitter celui-ci[20]. Le salarié peut sans doute limiter lui-même cette liberté en concluant un contrat à durée déterminée, mais pour une période qui soit conforme aux exigences de l'ordre public et ne constitue pas une servitude implicite, ce qui ne l'empêche par ailleurs pas de mettre fin prématurément à son emploi, sous réserve de sa responsabilité civile, si ce départ anticipé cause préjudice à l'employeur et n'est pas justifié par un motif sérieux au sens de l'art 2094 C.c.Q.. » (Mon emphase)

n'y a pas d'exclusivité de travail<sup>388</sup>. Dès la fin du contrat de travail et même en cas de défaut de l'employé de donner un préavis raisonnable de fin d'emploi, l'obligation de ne pas faire concurrence à l'employeur sous l'empire du devoir de loyauté prend fin, à moins d'une clause de non-concurrence valide respectant les conditions d'ordre public décrites ci-dessous, la survivance du devoir de loyauté pendant une courte période ne créant aucune obligation de non-concurrence loyale<sup>389</sup>.

L'entrée en vigueur des articles 2089<sup>390</sup> et 2095<sup>391</sup> du *Code civil du Québec* en 1994 maintient pour l'essentiel le droit antérieur issu de l'ordre public judiciaire, tout en renforçant la protection qui avait déjà été reconnue à la liberté de travail face à l'obligation de non-concurrence après l'emploi. Le législateur ajoute comme protections additionnelles : 1) la nécessité que l'obligation de non-concurrence soit nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur; 2) qu'elle soit stipulée par écrit et en termes exprès; 3) un renversement du fardeau de la preuve qui impose maintenant à l'employeur de prouver sa validité; et 4) l'interdiction pour l'employeur de se prévaloir de la clause s'il a lui-même résilié le contrat de travail sans motif sérieux<sup>392</sup>.

L'article 2089 CcQ impose que toute obligation de non-concurrence de l'employé applicable après la fin du contrat de travail doive être stipulée par écrit et en termes exprès. Il appartiendra à l'employeur de prouver sa validité s'il souhaite s'en prévaloir. Par « termes exprès », on entend que la clause doit être claire et ne souffrir d'aucune ambiguïté quant à chacun des critères, l'employé devant être en mesure de savoir précisément ce à quoi il s'engage<sup>393</sup>. Toute clause de non-concurrence doit être limitée dans le

---

<sup>388</sup> Sur le devoir de loyauté, voir Bich, « Viduité », *supra* note 362, aux pp 253-55; Audet, *supra* note 30, aux pp 11-1 à 11-87; *Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.*, 2007 QCCA 676, aux par 37-44; *Sahlaoui c. 2330-2029 Québec inc. (Médecus)*, *supra* note 387.

<sup>389</sup> Voir *Pharmacie Jean-Sébastien Blais inc. c. Pharmacie Éric Bergeron et André Vincent inc.*, 2018 QCCA 1895, aux par 39 à 52; *Sahlaoui c. 2330-2029 Québec inc. (Médecus)*, *supra* note 387.

<sup>390</sup> Voir l'art 2089 CcQ :

« Les parties peuvent, par écrit et en termes exprès, stipuler que, même après la fin du contrat, le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur ni participer à quelque titre que ce soit à une entreprise qui lui ferait concurrence.

Toutefois, cette stipulation doit être limitée, quant au temps, au lieu et au genre de travail, à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur. Il incombe à l'employeur de prouver que cette stipulation est valide ».

<sup>391</sup> Voir l'art 2095 CcQ : « 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>392</sup> Voir Robert Bonhomme, Clément Gascon et Laurent Lesage, *The Employment Contract under the Civil Code of Québec*, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville (Qc), 1994, aux pp 81-6.

<sup>393</sup> Voir Bich, « Viduité », *supra* note 362, aux pp 270-7.

temps, dans l'espace et quant au genre de travail prohibé. Ces limites sont cumulatives et doivent toutes être établies de manière à ce que l'obligation de non-concurrence soit limitée strictement « à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur », ce qui signifie qu'en l'absence de tels intérêts, aucune clause ne sera jugée valide<sup>394</sup>. Marie-France Bich note que ces intérêts légitimes doivent constituer un motif distinct de la seule crainte d'affronter la concurrence :

(...) l'employeur qui cherche à empêcher l'activité post-contractuelle d'un ancien salarié doit avoir, au-delà de sa crainte d'affronter la concurrence, une raison ou un intérêt spécifique, important et sérieux à faire valoir au soutien de la restriction dont il réclame la mise en œuvre. En l'absence d'un tel intérêt spécifique, important et sérieux, qui doit la rendre indispensable, aucune clause de non-concurrence ne saurait être jugée raisonnable, même si elle était rigoureusement limitée en termes de durée, de territoire et d'activités prohibées : la limite, en effet, s'apprécie à l'aune de l'intérêt légitime de l'employeur ».<sup>395</sup>

(Références omises)

Dans ce domaine, tout est donc une question de contexte et des circonstances particulières de l'emploi et de l'entreprise, comme le souligne la Cour d'appel dans *Pitl c. Grégoire* :

[55]L'étendue de ces intérêts légitimes, et donc la raisonnable de la durée de la clause, de son territoire d'application et des activités prohibées, sera évaluée de façon plus ou moins libérale, ou plus ou moins rigoureuse, selon qu'on est en présence d'un contrat de vente d'actions, par exemple, ou d'un contrat de travail. À l'intérieur de ce spectre, chaque cas en est un d'espèce et la libéralité ou la rigueur de l'analyse de la clause concernée variera selon la nature du contrat en cause, les circonstances de sa conclusion, ainsi que l'ensemble des circonstances propres à chaque cas.<sup>396</sup>

Normalement, ce sont les circonstances qui prévalaient à la date de souscription de la clause de non-concurrence qui seront évaluées pour déterminer si elle est limitée strictement à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur<sup>397</sup>.

---

<sup>394</sup> Voir Audet, *supra* note 30, aux pp 10-35 à 10-38 et 10-43 à 10-45, citant par exemple « l'achalandage, les secrets de commerce ou de fabrication, un savoir-faire spécial ou d'autres renseignements objectifs et non accessibles aux concurrents de l'entreprise » à la p 10-35. Généralement, il doit s'agir d'un employé jouant un rôle clé dans l'entreprise, qui a une influence dans l'industrie ou qui a une relation directe avec la clientèle (p 10-44). Néanmoins, les autres formes de protections disponibles, comme des clauses de confidentialité ou de non-sollicitation, seront évaluées dans l'appréciation de l'intérêt légitime de l'employeur d'exiger une obligation de non-concurrence (p 10-45); Béliveau, « Synthèse », *supra* note 49, aux pp 27-31.

<sup>395</sup> Bich, « Viduité », *supra* note 362, à la p 283.

<sup>396</sup> *Supra* note 385, au par 55.

<sup>397</sup> Voir Préfontaine, *supra* note 362, à la p 173.

Généralement, les clauses d'une durée d'une année sont jugées valides, à moins que le statut de l'employé et les intérêts légitimes de l'employeur ne puissent justifier une telle durée<sup>398</sup>. Au-delà d'une année, les tribunaux risquent davantage de considérer la clause illégale. On peut difficilement poser une règle générale, étant donné que chaque cas est en quelque sorte un cas d'espèce<sup>399</sup>. La question du territoire pose le même genre de difficulté. On peut difficilement déterminer un territoire raisonnable type, la Cour d'appel allant même jusqu'à considérer une clause visant un rayon de 4 kilomètres comme étant excessive eu égard à la protection des intérêts légitimes de l'employeur selon la preuve administrée au procès<sup>400</sup>. Il semble qu'une restriction visant un territoire plus large que celui où l'employé exerçait ses activités où l'employeur fait affaire risque d'être déclarée illégale<sup>401</sup>. Néanmoins, à l'ère de l'internet et d'entreprises desservant une clientèle située partout dans le monde, sans territoire particulier, certaines décisions se sont mises à appliquer ce critère avec une certaine souplesse, dans la mesure où les intérêts légitimes de l'employeur le justifiaient<sup>402</sup>. La clause devra finalement être limitée quant au genre de travail que ne pourra accomplir l'employé. Normalement, à moins qu'un intérêt légitime ne le justifie, seules les activités qui étaient exercées par l'employé chez l'employeur pourront être valablement prohibées par la clause de non-concurrence<sup>403</sup>.

Dès que l'un des critères de l'article 2089 CcQ n'est pas respecté, la clause est entièrement nulle. Le tribunal ne peut la réécrire ou en réduire la portée pour s'assurer du respect des conditions de l'article 2089 CcQ<sup>404</sup>. Ces restrictions d'ordre public sont les mêmes dans un contexte commercial, mais sont appliquées avec plus de souplesse. Dans un rapport de travail, les critères seront appliqués avec sévérité, ce régime tenant compte du « déséquilibre des forces qui marque généralement les rapports employeurs-

---

<sup>398</sup> Voir Audet, *supra* note 30, à la p 10-82; St-Pierre-Plamondon, *supra* note 362, aux pp 101-4.

<sup>399</sup> Voir Bich, « Viduité », *supra* note 362, à la p 255, citant la Cour d'appel : « Le critère du caractère raisonnable ne peut toutefois s'appliquer que dans les circonstances spéciales d'un cas particulier. Les circonstances varient à l'infini. Si d'autres affaires peuvent aider à énoncer des principes généraux, elles sont, par ailleurs, de peu d'utilité ».

<sup>400</sup> Voir *Pitl c. Grégoire*, *supra* note 386, aux par 60-9.

<sup>401</sup> Voir Audet, *supra* note 30, à la p 10-58.

<sup>402</sup> *Ibid*, aux pp 10-66 et 10-67.

<sup>403</sup> Voir Béliveau, « Synthèse », *supra* note 49, aux pp 34-35.

<sup>404</sup> Voir Audet, *supra* note 30, aux pp 10-20 à 10-28; Yannick Crack et Danick Potvin, « Les clauses restrictives du genre "clauses par paliers" en matière de contrat de travail, qu'en est-il de leur validité ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2005)*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2005, p 213, à la p 228; Bich, « Viduité », *supra* note 362, aux pp 287-291; Clément Gascon, « Clauses restrictives : le tribunal peut-il en devenir le rédacteur ? », (1993-1994) 53-54 R du B 399.

salariés dans la négociation d'un contrat de travail individuel et vise à protéger le salarié »<sup>405</sup>. Contrairement au droit français, l'employé qui juge sa clause de non-concurrence illégale peut s'abstenir de la respecter, sans que cela n'ait d'impact sur le prononcé de la nullité par le tribunal<sup>406</sup>.

L'employeur ne peut unilatéralement imposer une clause de non-concurrence à l'employé durant la relation d'emploi ni le sanctionner pour son refus de l'accepter, par exemple en le congédiant<sup>407</sup>. Il ne peut non plus se prévaloir d'une clause de non-concurrence s'il a mis fin au contrat de travail sans motif sérieux ou si l'employé avait lui-même un motif sérieux pour mettre fin au contrat<sup>408</sup>.

Au Québec, une clause de non-concurrence valide qui n'est pas respectée donne à son créancier le droit d'obtenir une ordonnance de la Cour supérieure pour en assurer l'exécution en nature<sup>409</sup> ou des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui a causé cette inexécution<sup>410</sup>. Pour obtenir l'exécution en nature, le véhicule procédural est celui de l'injonction qui est prévu aux articles 509 à 515 du *Code de procédure civile*. Les critères de l'émission d'une injonction au stade provisoire sont l'urgence, l'apparence de droit du demandeur, le préjudice irréparable qui serait causé au demandeur si une ordonnance n'était pas prononcée et la balance des inconvénients pour les parties<sup>411</sup>. Au stade de l'apparence de droit, le créancier de l'obligation de non-concurrence devra démontrer la validité apparente de la clause eu égard aux critères de l'article 2089 CcQ (généralement, il suffit de démontrer *prima facie* que la clause n'est pas clairement déraisonnable)<sup>412</sup> et la violation de l'obligation de non-

---

<sup>405</sup> Voir *Payette c. Guay inc.*, *supra* note 374, aux par 35-37; voir également Bich, « Viduité », *supra* note 362, aux pp 248-251; Audet, *supra* note 30, aux pp 10-8 et 10-9.

<sup>406</sup> Sur le droit français, voir *infra* note 434.

<sup>407</sup> Voir *St-Pierre-Plamondon*, *supra* note 362, à la p 121, citant les arrêts de la Cour d'appel *Parquets Dubeau Itée c. Lambert*, 2014 QCCA 423 et *Jean c. Omegachem inc.*, 2012 QCCA 232; François Leduc, « Le refus de signer une clause de non-concurrence en cours d'emploi : motif juste de congédiement ou contrepartie raisonnable » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en matière de cessation d'emploi et d'indemnités de départ (2012)*, vol 356, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2012, à la p 1.

<sup>408</sup> Art 2095 CcQ.

<sup>409</sup> Voir Émilie Courchesne Tardif et Jean Lemoine, « Le préjudice du créancier de l'obligation de non-concurrence : remèdes et quantification » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2011)*, vol 338, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, p 195.

<sup>410</sup> Sur la nécessité pour l'employeur de démontrer la faute, le préjudice et le lien de causalité qui les unis s'il veut être indemnisé, voir *Lemieux c. Aon Parizeau inc.*, 2018 QCCA 1346.

<sup>411</sup> Voir Audet, *supra* note 30, aux pp 10-95 à 10-110.

<sup>412</sup> Voir par ex *PCM Sales Canada Inc. c. Botero-Rojas*, 2017 QCCA 1874, aux par 2 et 12; *UBI Soft Divertissements Inc. c. Champagne-Pelland*, 2003 CanLII 13559 (QC CA), J.E. 2003-1981, aux par 17-18; Audet, *supra* note 30, aux pp 10-97 et 10-98.

concurrence par le débiteur<sup>413</sup>. En cas de violation de l'ordonnance prononcée par la Cour, le débiteur s'expose à des accusations d'outrage au tribunal<sup>414</sup>.

Dans la prochaine section, je présenterai le cadre juridique français de la clause de non-concurrence. Je traiterai dans la section 3.2 du droit québécois lié à la contrepartie versée à l'employé.

### 3.1.2 La clause de non-concurrence en France

Tout comme pour la section précédente, je ne chercherai pas à analyser de manière exhaustive l'obligation de non-concurrence en droit du travail français, mais seulement à présenter sommairement et de manière générale les principes juridiques qui s'y appliquent.

L'obligation de loyauté de l'employé en France emporte l'obligation de non-concurrence pendant la durée de la relation de travail, « mais ce devoir cesse dès lors que la relation de travail est rompue »<sup>415</sup>. Cette obligation peut se fonder sur l'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats<sup>416</sup>. Par contre, démissionner de son emploi pour rejoindre les rangs d'un compétiteur « n'est que la manifestation normale de la liberté de travail et ne constitue pas une faute »<sup>417</sup>. Ainsi, le devoir de loyauté ne crée pas d'obligation de non-concurrence après la fin de la relation d'emploi.

Bien que la loi française ne requière pas que la clause de non-concurrence soit écrite, la jurisprudence l'exige en raison de l'atteinte à la liberté fondamentale de travail<sup>418</sup>.

Il n'y a pas, en France, d'article équivalent à l'article 2089 du *Code civil du Québec* encadrant directement les conditions d'ordre public de toutes les clauses de non-concurrence signées par des employés<sup>419</sup>. La seule disposition générale qui en limite la portée est l'article L. 1121-1 du *Code du travail* : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient

---

<sup>413</sup> Voir par ex *PCM Sales Canada Inc. c. Francisco*, 2016 QCCA 1639, aux par 12 et 13.

<sup>414</sup> Voir Nathalie-Anne Béliveau, Amélie Béliveau et Nicolas-Karl Perrault, « L'outrage au tribunal comme sanction de la violation d'une ordonnance d'injonctions en matière de non-concurrence » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2017)*, vol 432, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, à la p 33.

<sup>415</sup> Voir *JuriClasseur Travail Traité (France)*, « Clause de non-concurrence », fasc 18-25, par Guillaume Blanc-Jouvan, 5 novembre 2012, mise à jour le 28 mars 2018, au par 5.

<sup>416</sup> *Ibid*, au par 4.

<sup>417</sup> *Ibid*, au par 5.

<sup>418</sup> *Ibid*, au par 21.

<sup>419</sup> *Ibid*, au par 15.

pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »<sup>420</sup>. Ainsi, *a contrario*, si la nature de la tâche à accomplir le justifie et que le principe de proportionnalité est respecté, la liberté de travail peut être limitée<sup>421</sup>.

Cependant, une distinction importante du régime français est que des dispositions légales particulières et des conventions collectives sectorielles<sup>422</sup> interdisent ou encadrent parfois les clauses de non-concurrence dans certaines professions, secteurs d'activité, régions ou types d'emploi<sup>423</sup>. Je ne m'attarderai pas à ces règles particulières, hormis pour mentionner l'article L. 1251-44 du *Code du travail* français qui interdit les clauses de non-concurrence dans les contrats de travail des salariés des agences de placement de main-d'œuvre qui prohibent l'embauche par l'entreprise cliente<sup>424</sup>. Tel que mentionné en introduction, le Québec a récemment adopté une disposition similaire<sup>425</sup>.

Quant aux conditions de validité des clauses de non-concurrence, elles sont semblables à celles de l'article 2089 du *Code civil du Québec*, à l'exception de l'exigence d'une contrepartie versée à l'employé pendant la période d'application de la clause, dont je traiterai plus en détail ci-dessous. Toute clause de non-concurrence doit, de manière cumulative, être limitée dans la durée et dans l'espace, ainsi que laisser au salarié la possibilité de travailler (donc être limitée quant au genre d'emploi), le tout selon ce qui est indispensable pour protéger les intérêts légitimes de l'entreprise et de manière proportionnelle eu égard aux droits de l'employé<sup>426</sup>.

La notion d'intérêts légitimes a été introduite par la Cour de cassation et doit être appréciée *in concreto*, c'est-à-dire à la lumière des activités réelles de l'entreprise et des caractéristiques de l'emploi du salarié<sup>427</sup>.

---

<sup>420</sup> Ces critères ont été repris de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux restrictions aux droits fondamentaux et aux libertés. Voir Jean Pélissier et al, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd, Paris (FR), Éditions Dalloz, 2008, à la p. 247.

<sup>421</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 15.

<sup>422</sup> La jurisprudence a reconnu que la clause directement contenue à une convention collective de travail n'a pas à être insérée dans le contrat individuel de travail pour être opposable à l'employé. Néanmoins, dans ce cas, le contrat individuel de travail ne pourra contenir de dispositions plus restrictives pour l'employé. Voir *Ibid*, au par 29; Pélissier, *supra* note 419, à la p 243.

<sup>423</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, aux par 16 à 20.

<sup>424</sup> Art L. 1251-44 du *Code du travail* (France) : « Toute clause tendant à interdire l'embauche par l'entreprise utilisatrice du salarié temporaire à l'issue de sa mission est réputée non écrite ».

<sup>425</sup> *Supra* note 42.

<sup>426</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 36.

<sup>427</sup> *Ibid*, au par 58.

Elle vise le but légitime recherché par la clause et sa nécessité eu égard à la restriction de la liberté de l'employé<sup>428</sup>. Jean Pélissier note que la notion d'intérêt légitime à restreindre la liberté de concurrence ne devrait pas être élargie indûment et ne peut se limiter à un simple intérêt pour l'employeur de limiter la concurrence de son salarié :

Dans une économie de marché, la concurrence est une liberté fondamentale. Sa restriction, même « utile » à l'entreprise, n'est pas a priori « légitime ». Elle est même éminemment suspecte. (...) Ainsi, le moins que l'on puisse dire, est que, même si elle peut présenter un intérêt pour l'ancien employeur du salarié, la limitation du libre exercice de la concurrence n'est pas un intérêt a priori « légitime ». Ce n'est que par exception qu'il peut le devenir, dans la mesure où il s'agit de protéger l'entreprise contre certaines formes de concurrence jugées excessives. (...) Il demeure que la légitimité de l'intérêt invoqué devient vite problématique et qu'elle ne devrait pas être acceptée lorsqu'il s'agit de prohiber un comportement concurrentiel parfaitement banal.<sup>429</sup>

(Références omises)

La proportionnalité s'apprécie selon les intérêts légitimes et l'étendue de la clause : une clause trop vaste par rapport aux intérêts légitimes de l'employeur ne respectera pas le principe de proportionnalité<sup>430</sup>. Comme en droit québécois, le juge aura un large pouvoir d'appréciation du respect de ces critères selon les faits particuliers de chaque affaire<sup>431</sup>.

À la différence du droit québécois, le juge saisi d'une clause qu'il juge illégale a le choix de l'annuler ou de la modifier pour la rendre licite<sup>432</sup>. Si la Cour considère que la clause est indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise, tout en portant indûment atteinte au droit de l'employé de gagner sa vie selon sa formation et ses qualifications professionnelles, elle pourra en réduire la portée des activités prohibées, la durée ou le territoire visé pour préserver ce droit<sup>433</sup>. L'employé qui considère une clause nulle ne peut se faire justice à soi-même et refuser de la respecter, au risque de faire échec au prononcé de la nullité de la clause illégale par le tribunal<sup>434</sup>.

---

<sup>428</sup> Voir Pélissier, *supra* note 420, à la p 247.

<sup>429</sup> *Ibid*, à la p. 248.

<sup>430</sup> *Ibid*.

<sup>431</sup> *Ibid*.

<sup>432</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, aux par 41 et 98.

<sup>433</sup> *Ibid*; Pélissier, *supra* note 420, à la p 246;

<sup>434</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 139; Judith Beckhard-Cardoso, « Les clauses de non-concurrence en droit français - Protection légitime ou insécurité juridique? » dans Service de la formation continue du Barreau du

L'employeur ne peut, en cours d'emploi, imposer une clause de non-concurrence, modifier unilatéralement le contenu d'une clause existante, ni se réserver dans la clause la faculté de la modifier<sup>435</sup>. Contrairement au Québec<sup>436</sup>, la clause de non-concurrence peut normalement être invoquée quel que soit le motif de la rupture du contrat de travail, sauf disposition contraire du contrat ou de la convention collective<sup>437</sup>.

Tout comme au Québec, le droit français reconnaît la possibilité d'une exécution forcée de la clause de non-concurrence (par exemple par l'obtention d'une ordonnance de cessation des activités pour le nouvel employeur ou de cessation de l'exploitation d'une entreprise concurrente mise sur pied par l'employé), ainsi que le paiement de dommages-intérêts causés au créancier de l'obligation de non-concurrence, soit la perte subie et le gain dont il a été privé, en plus du remboursement de la contrepartie le cas échéant<sup>438</sup>.

Comme on peut le voir, les principes qui encadrent les clauses de non-concurrence au Québec et en France sont similaires. La distinction la plus significative concerne la contrepartie monétaire versée au salarié en échange de l'obligation de non-concurrence. Dans les prochaines sections, je m'attarderai plus en détail à cette distinction entre les deux juridictions.

### **3.2 Distinction entre les régimes québécois et français : la contrepartie monétaire de la clause de non-concurrence**

#### **3.2.1 La contrepartie monétaire de la clause de non-concurrence au Québec**

Il semble bien établi en droit québécois qu'une clause de non-concurrence signée au début de l'emploi ne nécessite aucune contrepartie particulière de la part de l'employeur. Avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en 1994, il ne s'agissait pas d'une exigence des tribunaux qui avaient, sur la base de l'ordre public<sup>439</sup>, déjà établi unilatéralement des balises aux clauses de non-concurrence semblables à celles qui

---

Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2011)*, vol 338, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, p 5, à la p 19.

<sup>435</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415 aux par 26, 27 et 50.

<sup>436</sup> Art 2095 CcQ.

<sup>437</sup> Nathalie Leuvre et al, *Droit du travail et sa jurisprudence commentée*, 2<sup>e</sup> éd, Annecy-le-Vieux (FR), Éditions Tissot, 2011, p. 132; Pélissier, *supra* note 420, à la p. 249, qui explique même que le versement de la contrepartie due à l'employé pour l'obligation de non-concurrence n'est pas « réservé aux seuls cas de rupture à l'initiative de l'employeur; ni à l'absence de faute grave » (références omises); Beckhard-Cardoso, *supra* note 434, aux pp 22-23.

<sup>438</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, aux par 166-9.

<sup>439</sup> Art 13, 989, 990 et 1667 CcBC. Voir L'Heureux, *supra* note 49, aux pp 103-4.

ont été ajoutées à la loi via l'article 2089 CcQ<sup>440</sup>. Les articles 2089 et 2095 CcQ sont silencieux sur la question de la contrepartie. Des centaines de décisions (dont celles citées dans les sources au soutien du présent mémoire) ont été rendues depuis des décennies par la Cour supérieure, la Cour d'appel et la Cour suprême sans même aborder cette question, semblant tenir pour acquis qu'aucune contrepartie (autre que l'emploi) ne devait être octroyée à l'employé en échange de l'obligation de non-concurrence après l'emploi. Je n'ai pas trouvé de justification dans la jurisprudence à cet état du droit québécois, outre le fait que d'exiger une contrepartie constituerait un ajout aux conditions de validité des clauses de non-concurrence prévues à l'article 2089 CcQ.

Cette conclusion n'est pas aussi évidente pour les clauses signées en cours d'emploi.

Dans *Société Pole-Lite Itée c. Cormier*<sup>441</sup>, la Cour supérieure déclare illégale une entente de non-concurrence signée après 30 années de service, car l'employé « a été incité à signer le document sous de fausses représentations et [il] n'a reçu aucune considération réelle en contrepartie de ses engagements »<sup>442</sup>, sans détailler plus amplement son raisonnement ni en quoi une contrepartie se serait avérée essentielle à la validité de l'engagement.

Dans *TQS inc. c. Pelletier*<sup>443</sup>, la Cour supérieure écrit qu'il n'est jamais contre-indiqué d'examiner la contrepartie reçue par l'employé pour la signature de la clause en cours d'emploi. Selon le raisonnement de la Cour, il semble s'agir d'un élément pertinent au stade de l'analyse des critères de l'article 2089 CcQ, mais elle ne s'attarde pas sur la question<sup>444</sup>. La contrepartie reçue par l'employé dans cette affaire semble s'être avérée insuffisante et visait à compenser la hausse de ses responsabilités, pas l'obligation de non-concurrence.

Dans *A. Roberge inc. c. Cormier*<sup>445</sup>, la Cour supérieure semble exprimer que le fait d'imposer une clause de non-concurrence en cours d'emploi et sans contrepartie constitue une dérogation importante à la liberté de travail. Encore là, il n'est pas clair si c'est en soi l'absence de contrepartie qui est fatale ou si ce sont

---

<sup>440</sup>Voir *Otis*, *supra* note 369, à la p 386; *Karim*, *supra* note 369, aux pp 407-9; *Bich*, « Viduité », *supra* note 362, aux pp 246-47; *L'Heureux*, *supra* note 49, aux pp 103-4.

<sup>441</sup> [1989] RJQ 1584 (C.S.).

<sup>442</sup> *Ibid*, au par 31.

<sup>443</sup> 2009 QCCS 597.

<sup>444</sup> *Ibid*, aux par 47, 48 et 51.

<sup>445</sup> 2010 QCCS 749.

simplement les circonstances propres au dossier qui font dire au tribunal que la clause est trop restrictive au sens de l'article 2089 CcQ :

[58] Le Tribunal éprouve beaucoup de difficultés à conclure, même au stade interlocutoire, à la raisonnable apparente d'une clause de non-concurrence empêchant un simple employé de gagner sa vie dans le seul domaine qu'il connaisse et ce, pendant douze mois.

[59] D'autant que cet engagement de non-concurrence est imposé en cours d'emploi sans contrepartie. Rappelons-nous que Cormier était déjà à l'emploi de Roberge depuis plus d'un an lorsque l'on a décidé de lui imposer la clause de non-concurrence. Il semble que l'on soit bien loin du vendeur d'entreprise signant un tel engagement dans le cadre d'une vente.

[60] Avec égards, il y a là une dérogation importante à la liberté d'un employé de travailler que le Tribunal ne saurait cautionner.

[61] Le Tribunal se permet de rappeler les propos du juge Dalphond dans l'affaire Beau-T Stop:

*Rappelons d'abord que la liberté d'emploi est considérée comme une valeur fondamentale dans notre société libérale moderne, au même titre d'ailleurs que la liberté de commerce et de mouvement.*

*Constituant une dérogation importante à la liberté d'emploi du salarié, l'engagement de non-concurrence a toujours été assujéti au contrôle des tribunaux canadiens (Cameroun c. Canadian Factors Corp. 1970 CanLII 163 (CSC), [1971] R.C.S. 148) qui, conscients du déséquilibre qui marque souvent les rapports entre l'employé et son employeur, n'ont pas hésité à déclarer contraires à l'ordre public les restrictions injustifiées ou déraisonnables.*

[62] Dans les circonstances du présent dossier, le Tribunal conclut que la clause semble trop restrictive quant à la liberté de travail de Cormier et imposée unilatéralement. L'on ne saurait légitimer l'employeur d'imposer unilatéralement et sans contrepartie une telle clause de non-concurrence dans le contexte du présent dossier ». <sup>446</sup> (références omises)

Dans *Jean c. Omegachem inc.*<sup>447</sup>, la Cour d'appel du Québec renverse une décision de la Commission des relations du travail qui avait été confirmée par la Cour supérieure en révision judiciaire. La Commission avait conclu que le refus d'un salarié de signer une clause de non-concurrence en raison de l'absence de contrepartie constituait une cause juste et suffisante de congédiement. Cette décision de la Cour d'appel a posé le principe que le refus de signer une clause de non-concurrence ne peut constituer un motif sérieux

---

<sup>446</sup> *Ibid*, aux par 58-62.

<sup>447</sup> *Supra* note 407.

ou une cause juste et suffisante de fin d'emploi<sup>448</sup>, mais la Cour d'appel ne se prononce pas explicitement sur la question du droit à une quelconque contrepartie en échange d'une obligation de non-concurrence. Dans *Kishner c. Femme de Westmount*<sup>449</sup>, dans un contexte similaire, le commissaire mentionne que si l'employeur veut exiger une clause de non-concurrence en cours d'emploi, il doit offrir une contrepartie. Ceci m'incite à croire que l'évolution de la jurisprudence sur cette question est toujours possible<sup>450</sup>. Par contre, sur la base de la jurisprudence citée ci-dessus, les auteurs Gilles Rancourt et Gwendale Thibault concluent que la contrepartie offerte à l'employé lors de la signature d'une clause de non-concurrence est pertinente dans l'analyse des conditions de l'article 2089 CcQ, mais que de juger de la validité d'une clause sur la seule base d'une absence de contrepartie ajouterait à la loi québécoise :

Nous estimons toutefois qu'un tel raisonnement à lui seul ne devrait pas être suffisant pour conclure qu'une clause est déraisonnable et que si un tribunal justifie son analyse uniquement sur l'absence de contrepartie, il ajouterait à la loi québécoise en la matière. La contrepartie peut certes permettre une analyse du contexte dans lequel a été conclue l'obligation de non-concurrence, mais ne devrait pas suppléer à l'analyse des critères de validité de la clause.<sup>451</sup>

Il convient cependant de noter que ces auteurs sont d'avis que la liberté de travail ne devrait tout simplement pas être reconnue à titre de droit fondamental ou reconnu parmi les droits et libertés de la personne, bien qu'ils concèdent qu'il s'agisse d'un droit « des plus légitimes » :

Au surplus, bien que le droit de gagner sa vie soit des plus légitimes, nous questionnons l'utilisation, par les tribunaux, de l'expression "droit fondamental de travailler". Le droit de gagner sa vie n'est pas un droit expressément prévu à la Charte des droits et libertés de la personne et ne devrait pas être considéré ainsi.<sup>452</sup>

En résumé, selon la jurisprudence québécoise actuelle, il semble bien que la contrepartie monétaire versée à l'employé ne soit pas un élément essentiel du régime de l'obligation de non-concurrence après l'emploi, sous réserve du contexte particulier des clauses signées en cours d'emploi dont la situation demeure ambiguë. Il s'agirait, au mieux, d'un élément pertinent à l'analyse des conditions de validité des clauses de non-concurrence.

---

<sup>448</sup> Principe repris par *Parquets Dubeau Itée c. Lambert*, *supra* note 407.

<sup>449</sup> [2000] RJDT 1067 (CT).

<sup>450</sup> Voir le texte de l'avocat François Leduc suivant l'affaire *Jean c. Omegachem inc.*, qui y représentait l'employé : Leduc, *supra* note 407.

<sup>451</sup> Voir Rancourt, *supra* note 362, à la p 118.

<sup>452</sup> *Ibid.*

L'article 2089 CcQ crée certes certaines conditions minimales à la validité d'une obligation de non-concurrence après l'emploi. Par contre, il ne se dégage pas du texte de cet article qu'il s'agit en toutes circonstances des seules considérations pertinentes pour déterminer la légalité d'une obligation de non-concurrence, notamment parce que l'obligation de non-concurrence demeure assujettie aux règles générales régissant le droit des obligations et la formation des contrats, et donc aux articles 1371 et 1410 CcQ. Aussi, considérant le principe de la hiérarchie des normes, l'ordre public et le droit constitutionnel (et peut-être le droit international) sont également susceptibles d'influencer ce régime et son évolution<sup>453</sup>. À mon avis, les limites de l'article 2089 CcQ constituent l'encadrement d'une atteinte à une liberté fondamentale<sup>454</sup>, plutôt qu'un régime exhaustif prévoyant toutes les conditions de formation d'un engagement valide de non-concurrence, ainsi que l'ensemble des droits et obligations du créancier et du débiteur de l'obligation de non-concurrence. À tout le moins, je crois qu'on peut affirmer que la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée de manière concluante sur cette question de la nécessité d'une contrepartie à l'obligation de non-concurrence applicable après la fin de la relation d'emploi.

Ceci dit, il semble que l'état actuel du droit québécois est plus ou moins celui qui prévalait en France avant l'arrêt du 10 juillet 2002 de la Cour de cassation qui a fait diverger le droit français sur cette question de la contrepartie monétaire.

### 3.2.2 La contrepartie monétaire de la clause de non-concurrence en France

Avant le jugement *Barbier c. Maine Agri SA* du 10 juillet 2002 de la Cour de cassation<sup>455</sup>, les clauses de non-concurrence après l'emploi étaient admises en droit français sous des termes semblables à ceux reconnus aujourd'hui par le droit québécois. Aucune contrepartie ne devait obligatoirement être versée à l'employé, mais la majorité de la doctrine française faisait la promotion de la nécessité d'une telle contrepartie<sup>456</sup>. Il semble que les auteurs ont critiqué l'absence de contrepartie sur la base du fait que l'obligation de non-concurrence était octroyée sans cause. Or, ce n'est pas le fondement de la jurisprudence du 10 juillet 2002,

---

<sup>453</sup> Voir *supra* note 375.

<sup>454</sup> Voir les propos du juge Pierre J. Dalphond dans *Beau-T Stop Distribution inc. c. Mailhot*, au par 34, passage reproduit à *supra* note 385.

<sup>455</sup> *Supra* note 40.

<sup>456</sup> Voir Pélissier, *supra* note 420, à la p 249; Blanc-Jouvan, *supra* note 415, aux 62-65.

qui est plutôt celui d'une restriction à une liberté fondamentale. Par contre, un arrêt du 16 mai 2012 fait référence à l'article 1313 du Code civil français relatif à la cause<sup>457</sup>.

L'exigence de contrepartie avait d'abord été posée par un arrêt du 24 janvier 1866, mais a par la suite été abandonnée par la Cour de cassation tout au long du 20<sup>e</sup> siècle<sup>458</sup>. Dans l'arrêt *Barbier c. Maine Agri SA*, la Cour s'est basée sur le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et sur le libellé de l'ancien article L. 1121-1 du *Code du travail* (L. 120-2) pour imposer cette nouvelle exigence d'une contrepartie. Ce revirement a eu pour conséquence que les salariés qui avaient signé une clause de non-concurrence avant le 10 juillet 2002 qui ne comprenait aucune contrepartie financière pouvaient maintenant en exiger une, sous peine de voir la clause invalidée par les tribunaux<sup>459</sup>, conséquence qui a d'ailleurs été critiquée sur la base du principe de la sécurité juridique<sup>460</sup>. Selon Guillaume Blanc-Jouvan, ce revirement n'aurait pas réduit les litiges fondés sur les clauses de non-concurrence. Il n'y aurait eu qu'un déplacement, puisque la plupart des décisions de la Cour de cassation portant sur les clauses de non-concurrence ont depuis pour objet le montant ou les modalités de versement de la contrepartie<sup>461</sup>. Les enjeux juridiques liés à cette nouvelle exigence de contrepartie semblent effectivement nombreux et avoir donné lieu à un contentieux important. Je me contenterai d'en résumer ci-dessous les principaux enjeux.

D'abord, la clause de non-concurrence doit prévoir le montant de la contrepartie et son versement inconditionnel, ces éléments étant essentiels et le juge ne pouvant pallier ce défaut. Sans contrepartie, la clause est nulle<sup>462</sup>. Le paiement de la contrepartie doit intervenir pendant l'application de la clause de non-concurrence et non durant la relation d'emploi. Dans ce dernier cas, le paiement sera considéré sans lien avec l'obligation de non-concurrence<sup>463</sup>. Le montant de la contrepartie ne peut être diminué en fonction d'un mode particulier de rupture de contrat, cette réduction étant réputée non-écrite<sup>464</sup>. Par contre, le sort de l'obligation de non-concurrence peut être contractuellement assujéti à un mode de rupture

---

<sup>457</sup> Voir Cass sociale, 16 mai 2012, no 11-10.760 cité par Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 64.

<sup>458</sup> Voir Pélissier, *supra* note 420, à la p 249.

<sup>459</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra supra* note 415, au par 35.

<sup>460</sup> *Ibid*, aux par 35 et 66; Beckhard-Cardoso, *supra* note 434, à la p 18.

<sup>461</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 35.

<sup>462</sup> *Ibid*, au par 67; Pélissier, *supra* note 420, à la p 250.

<sup>463</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 74; Pélissier, *supra* note 420, à la p 250.

<sup>464</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, aux par 68 et 90-1.

particulier, même si en principe l'obligation subsiste, quelle que soit la raison de la fin d'emploi<sup>465</sup>. Les parties peuvent aussi prévoir expressément au contrat la possibilité de renonciation à l'obligation de non-concurrence par l'employeur, mais cette renonciation doit être expresse, précise et intervenir dans un délai très court après la fin d'emploi<sup>466</sup>.

La contrepartie versée à l'employé fait de la clause de non-concurrence un contrat bilatéral, qui impose des obligations aux deux parties. Cela suppose que l'employeur ne peut en principe renoncer à la clause de non-concurrence sans l'accord de l'employé, qui pourrait souhaiter le maintien de l'obligation de non-concurrence pour obtenir le paiement de la contrepartie<sup>467</sup>. L'employeur ne peut, pour éviter de payer la contrepartie convenue, contester la validité de la clause. Seul l'employé peut en demander la nullité<sup>468</sup>.

Si l'employeur néglige de payer la contrepartie, l'employé a alors deux options à sa disposition : 1) il peut cesser de respecter l'obligation de non-concurrence à titre d'exception d'inexécution; ou 2) il peut exiger le paiement de la contrepartie<sup>469</sup>. Le salarié peut exiger le versement de la contrepartie que pour la période où il aura respecté son obligation de non-concurrence, même dans le cas où l'employeur aurait fait défaut de payer cette contrepartie<sup>470</sup>. Si l'employé contrevient à la clause de non-concurrence, puis cesse toute violation, il ne peut alors demander le paiement de la contrepartie pour l'avenir<sup>471</sup>.

Il n'y a pas de dédoublement entre la contrepartie et les autres revenus que pourrait gagner le salarié pendant l'application de la clause : il peut conserver la contrepartie et la cumuler avec le salaire reçu d'un autre employeur (pour un travail qui échappe au champ de l'obligation de non-concurrence) et des allocations de chômage<sup>472</sup>.

---

<sup>465</sup> *Ibid*, au par 162 (Cet énoncé mérite certaines nuances qui sont détaillées par Blanc-Jouvan aux par 144-62).

<sup>466</sup> Voir Beckhard-Cardoso, *supra* note 434.

<sup>467</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 80.

<sup>468</sup> *Ibid*, au par 94; Pélissier, *supra* note 420, aux pp 250-1.

<sup>469</sup> Voir Pélissier, *supra* note 420, à la p 250; Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 137.

<sup>470</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 69.

<sup>471</sup> *Ibid*, au par 140.

<sup>472</sup> *Ibid*, au par 72.

Les parties sont libres de convenir du montant de la contrepartie et aucun montant plancher n'a été imposé par les tribunaux, mais une contrepartie financière dérisoire équivaudra à une absence de contrepartie<sup>473</sup>.

### **3.3 Réflexion sur la cause de l'obligation de non-concurrence en droit québécois à la lumière du droit français**

À la lumière du droit français abordé dans les premières parties de ce chapitre, je m'attarderai dans cette section à un possible raisonnement juridique qui pourrait être la source d'une évolution du régime de l'obligation de non-concurrence au Québec. La question est la suivante : l'absence de *cause* à l'obligation de non-concurrence souscrite sans contrepartie monétaire pourrait-elle être un motif de sa nullité en droit québécois?

Concept ancien du droit civil français qui a été intégrée au *Code civil du Bas-Canada* et au *Code civil du Québec*, la cause de l'obligation semble aujourd'hui presque oubliée en raison de l'ambivalence des juristes face à cette notion théorique et de la disponibilité de dispositions particulières du CcQ qui peuvent jouer au moins une partie de son rôle en matière d'équité entre les parties, comme par exemple l'article 1437 CcQ qui permet au juge d'annuler ou de réduire l'obligation issue d'une clause abusive<sup>474</sup>.

À ma connaissance, une analyse approfondie de la cause de l'obligation de non-concurrence n'a pas été utilisée par la jurisprudence québécoise pour justifier la validité des clauses de non-concurrence sans contrepartie monétaire signée au début de l'emploi ni pour justifier l'illégalité de celles souscrites en cours d'emploi sans autre contrepartie.

Comme discuté dans la section précédente, le fondement en droit français de l'exigence d'une contrepartie monétaire comme condition de validité l'obligation de non-concurrence est la liberté de travail. La cause de l'obligation de non-concurrence a aussi été analysée par une partie de la doctrine et de la jurisprudence française comme fondement alternatif ou additionnel de l'exigence d'une telle contrepartie monétaire. On peut donc se demander si le même raisonnement serait admissible en droit québécois.

---

<sup>473</sup> *Ibid*, au par 90.

<sup>474</sup> Vincent Caron et al, dir, *Les oubliés du Code civil du Québec*, chapitre par Louis Lebel et Gabriel Arnaud-Berthold, *La cause*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, pp 195-218. Sur l'histoire de la cause et son évolution à ce jour, voir Gabriel-Arnaud Berthold, *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre? Essai sur la cause comme instruction de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, Montréal, Éditions Yvon-Blais, collection Minerve, 2016.

En droit québécois, Marie-France Bich écrit que l'absence de cause à l'obligation de non-concurrence consentie au moment de la cessation d'emploi pourrait être un motif de contestation de la validité de la clause de non-concurrence :

La validité d'une stipulation de non-concurrence consentie au moment de la cessation d'emploi pourrait (peut-être) être contestable au regard des dispositions relatives à la cause des obligations, dans la mesure où le salarié s'engagerait sans contrepartie précise : art. 1371, 1410 C.c.Q. Les tribunaux québécois pourraient (peut-être) s'inspirer ici du droit français, qui exige dorénavant de la clause de non-concurrence qu'elle comporte une contrepartie financière pour le salarié.<sup>475</sup>

Toujours selon Marie-France Bich, « de là à dire que l'engagement du salarié ne peut être unilatéral et donc fait sans contrepartie, ou cause, valable, il y a un pas que nous pourrions vouloir franchir. Il nous semble en tout cas qu'il y a là matière à réflexion »<sup>476</sup>.

Peut-on étendre ce raisonnement à toutes les clauses de non-concurrence, même celles souscrites au début de la relation d'emploi?

D'abord, une distinction importante. L'*effet* de la clause de non-concurrence, soit la restriction de la liberté de travail de l'employé, concerne la licéité de son *objet* (la prestation des parties, c'est-à-dire *à quoi* le débiteur s'est engagé<sup>477</sup>). Ce n'est pas ce que l'on contrôle lorsqu'on s'intéresse à la présence ou non d'une *cause* de l'obligation. Comme le mentionnent Didier Lluellas et Benoît Moore :

L'illicéité d'une prestation ne se cantonne pas à la prohibition expresse ou implicite de la loi, mais englobe aussi l'*ordre public virtuel*, dégagé par la jurisprudence sur le fondement des principes généraux du droit. À titre d'exemple, c'est par cette voie que les tribunaux ont contrôlé la validité des clauses de non-concurrence, au nom de la liberté de gagner sa vie.<sup>478</sup> (références omises)

Or, aujourd'hui, la clause de non-concurrence du contrat de travail est expressément autorisée par l'article 2089 CcQ. On peut donc difficilement prétendre que la prestation est en soi illicite ou prohibée par la loi (sous réserve de potentiels arguments constitutionnels)<sup>479</sup>. L'idée ici n'est donc pas de vérifier si le fait de souscrire un contrat qui a pour effet de priver un individu de sa liberté de travail est en soi illégal ou

---

<sup>475</sup> Voir Bich, « Viduité », *supra* note 362, p 294, à la note de bas de page 106.

<sup>476</sup> *Ibid.*

<sup>477</sup> Voir Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> édition, Les Éditions Thémis, Montréal, 2018, à la p 570.

<sup>478</sup> *Ibid.*, à la p 560.

<sup>479</sup> Voir *supra* note 375.

contraire à l'ordre public, mais plutôt vérifier si la clause de non-concurrence est fondée sur une cause valide en droit des obligations et des contrats.

Pour Didier Lluelles et Benoît Moore, la cause est essentiellement la réponse à la question « pourquoi [le débiteur]s'est-il engagé? » et peut varier à l'infini. Il s'agit d'une « notion "incertaine", "fuyante", "subtile" —en un mot, énigmatique » (références omises)<sup>480</sup>.

Le droit civil québécois distingue aujourd'hui la cause du *contrat* selon l'alinéa 1410 (1) CcQ<sup>481</sup> (la raison subjective qui pousse chacune des parties à conclure le contrat)<sup>482</sup> de la cause de l'*obligation* selon l'article 1371 CcQ<sup>483</sup> (l'élément objectif qui justifie l'existence de l'obligation)<sup>484</sup>.

La cause du *contrat* est une cause subjective, soit celle qui a personnellement incité les parties à conclure le contrat<sup>485</sup>. Contrairement à la cause de l'*obligation* que j'aborderai plus loin, la cause du *contrat* ne pose pas d'enjeu quant à son *existence*, mais plutôt quant à sa *licéité*<sup>486</sup>. Le contrat doit ainsi avoir une cause légale eu égard à la loi et l'ordre public, sous peine d'être frappé de nullité<sup>487</sup>. Ainsi, ce n'est pas la cause du *contrat* qui nous intéresse eu égard à la validité des clauses de non-concurrence octroyées sans contrepartie monétaire, puisqu'on pourrait difficilement prétendre que l'employeur poursuit subjectivement un but illicite en souhaitant protéger son entreprise et sa clientèle contre la concurrence future de ses employés, à moins bien sûr d'exploiter une entreprise illégale. Les causes qui poussent subjectivement les parties à contracter une obligation de non-concurrence après l'emploi pourraient néanmoins nous permettre d'expliquer pourquoi des employés acceptent subjectivement de céder ainsi

---

<sup>480</sup> Voir Lluelles, *supra* note 477, à la p. 570.

<sup>481</sup> Voir les commentaires du Ministre de la justice sur l'art 1410 CcQ : « (...) La cause du contrat est la raison subjective et personnelle qui pousse la partie à conclure le contrat. (...) ».

<sup>482</sup> Voir Lluelles, *supra* note 477, à la p 578.

<sup>483</sup> Voir les commentaires du Ministre de la justice sur l'art 1371 CcQ : « (...) La cause, propre au domaine des actes juridiques, est la raison objective et abstraite qui explique qu'une personne soit tenue par un lien d'obligation, indépendamment de tout motif purement personnel ».

<sup>484</sup> Voir Lluelles, *supra* note 477, à la p 572

<sup>485</sup> *Ibid*, à la p 578.

<sup>486</sup> *Ibid*, à la p 579.

<sup>487</sup> Art 1411 CcQ.

leur liberté<sup>488</sup> et pourquoi les employeurs cherchent à obtenir ce genre de protection, thème abordé dans l'introduction et le chapitre 1 du présent mémoire.

La cause de l'*obligation* est quant à elle objective et indépendante de toute considération personnelle, donc « toujours la même pour chaque type de contrat ». Elle sert à justifier objectivement l'existence de l'obligation d'un contractant<sup>489</sup>. La cause de l'obligation peut être distinguée selon trois types de contrats qui font naître des obligations<sup>490</sup> : 1) les contrats synallagmatiques<sup>491</sup>, où l'on s'oblige en retour de la prestation du cocontractant<sup>492</sup>; 2) les contrats réels impliquant la remise d'un bien<sup>493</sup>; et 3) les contrats unilatéraux<sup>494</sup> à titre gratuit<sup>495</sup>. Dans ce dernier cas, la cause de l'obligation du débiteur « serait tout simplement son intention libérale, sans tenter de cerner le motif intime qui a inspiré celle-ci »<sup>496</sup>.

L'article 1371 du *Code civil du Québec* exige que la cause de l'obligation existe. C'est cette existence et son caractère sérieux et réel (la cause ne doit pas être dérisoire) qui peuvent être contrôlés par les tribunaux. Selon Didier Lluelles et Benoît Moore, « [s]oumettre à une cause la validité d'une obligation, devrait permettre au juge d'intervenir, non seulement lorsque celle-ci est totalement absente —rembourser un emprunt jamais reçu—, mais aussi lorsque celle-ci est "dérisoire"; la cause doit exister, certes, mais elle doit aussi être sérieuse et réelle » (mon emphase)<sup>497</sup>. Par exemple, l'achat d'un fonds de commerce ayant une valeur dérisoire en contrepartie d'un montant substantiel pourrait mener à l'annulation de l'obligation pour l'acheteur de payer le prix convenu, la cause étant dérisoire<sup>498</sup>.

---

<sup>488</sup> Sur le contexte et les pratiques des employeurs qui peuvent mener un employé à accepter de signer une clause de non-concurrence, voir Arnow-Richman, *supra* note 17, aux pp 976-84.

<sup>489</sup> Voir Lluelles, *supra* note 477, à la p. 572.

<sup>490</sup> *Ibid*, aux pp 572-573.

<sup>491</sup> Al 1380 (1) CcQ.

<sup>492</sup> Berthold, *supra* note 474, aux pp 9-11, 22-23 et 45.

<sup>493</sup> Voir Lluelles, *supra* note 477, à la p. 573, à note de bas de page 177 : « Il se peut que le contrat réel soit synallagmatique. Ainsi, le contrat de dépôt à titre onéreux produit des obligations à la charge de chaque partie. Le dépositaire doit conserver et restituer le bien remis, et le déposant doit payer le prix convenu. Dans ce cas, la recherche de la cause de l'obligation est celle d'un contrat synallagmatique. »

<sup>494</sup> Al 1380 (2) CcQ.

<sup>495</sup> Al 1381 (2) CcQ.

<sup>496</sup> Voir Lluelles, *supra* note 477, à la p. 573.

<sup>497</sup> *Ibid*, à la p. 576.

<sup>498</sup> *Ibid*.

La cause permet ainsi de « contrôler la *réalité* de la contrepartie et non sa simple matérialité »<sup>499</sup>. Sans cause réelle et sérieuse, le contrat est alors réputé n'avoir jamais existé, la nullité étant relative<sup>500</sup>. Lluelles et Moore concluent ainsi sur cette question :

Conclusion. La cause de l'obligation ne doit avoir qu'une qualité : son existence. Elle joue un « rôle de protection individuelle [;] [e]lle est un instrument d'équité, permettant de délier de son engagement celui qui ne l'avait pris qu'en vue d'obtenir un résultat qui s'avère inaccessible ». Il est, par conséquent, inutile de parler de *licéité* de la cause de l'obligation ou encore de *erreur* sur la cause. De deux choses l'une : ou la cause de l'obligation existe ou elle n'existe pas. Si la cause de l'obligation fait défaut, la convention doit subir la nullité relative. Le contrôle de la *qualité* de la cause n'est donc en rien pertinent, à moins de se tourner vers le second sens accordé à celle-ci—subjectif celui-là.<sup>501</sup>

(Références omises)

Dès lors, une question s'impose : existe-t-il une raison objective et indépendante de toute considération personnelle justifiant que des employés octroient sans contrepartie monétaire une obligation future de non-concurrence post-emploi à leur employeur, renonçant à l'avance à leur liberté de travail dans un domaine où ils ont acquis des habiletés, des connaissances et de l'expérience? Si on utilise l'analyse de Lluelles et Moore, la réponse à cette question dépendra notamment de la qualification de l'obligation de non-concurrence comme découlant d'un contrat synallagmatique ou d'un contrat unilatéral à titre gratuit. À mon avis, l'obligation de non-concurrence fournie sans contrepartie est issue d'un contrat unilatéral à titre gratuit, dans l'hypothèse où l'obligation de non-concurrence peut être divisée et vue séparément des prestations du contrat de travail en droit québécois.

Le décalage dans le temps entre l'application des obligations du contrat de travail et l'obligation de non-concurrence post-emploi, ainsi que le fait que c'est la solution retenue par le droit français, militent à mon avis en faveur d'une telle division<sup>502</sup>. Jean Pélissier écrit à ce sujet, à propos du droit français :

Enfin, pour une partie de la doctrine, il est possible de considérer que la clause de non-concurrence est divisible du reste du contrat. Cette doctrine s'appuie sur le fait que la clause demeure obligatoire alors que le contrat est résilié.

Elle semble aujourd'hui entérinée par la Cour de cassation, qui précise que la contrepartie financière est bien exclusivement causée par l'obligation de non-concurrence. Elle n'est ni

---

<sup>499</sup> *Ibid*, à la p 577.

<sup>500</sup> Art 1422 CcQ.

<sup>501</sup> *Ibid*, aux pp 577-8.

<sup>502</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 71.

une récompense pour bons et loyaux services, ni une récompense pour l'ancienneté passée.<sup>503</sup>

Or, il semble y avoir ici une contradiction dans l'état actuel du droit québécois sur l'absence de nécessité d'une contrepartie monétaire : si l'obligation de non-concurrence est divisible du reste du contrat de travail, tous les employés qui ne reçoivent aucune contrepartie monétaire pendant l'application de l'obligation de non-concurrence post-emploi l'offriraient objectivement gratuitement, en exécution d'une obligation « naturelle » de quelqu'un qui se considère comme endetté envers le créancier *par la nature des choses*<sup>504</sup> ou encore par intention libérale<sup>505</sup>? Il n'y a aucune raison de le croire, et ce, en raison de la nature des rapports entre un employeur et un employé. Ainsi, si l'obligation de non-concurrence découle d'un contrat unilatéral à titre gratuit, car elle peut être divisée du reste du contrat de travail, je suis d'avis qu'elle serait nulle et réputée n'avoir jamais existé, faute de cause objective. En effet, l'employé est obligé envers son ancien employeur et limité dans sa capacité à gagner sa vie comme bon lui semble, sans qu'il n'y ait de cause réelle et sérieuse justifiant une telle obligation<sup>506</sup>.

Plusieurs argumenteront sans doute que la cause de l'obligation de non-concurrence est l'ensemble des prestations de l'employeur selon les termes du contrat de travail ou encore la possibilité d'être embauché par l'employeur. Ils plaideront ainsi contre la possibilité de diviser le contrat de travail de l'obligation de non-concurrence. L'obligation de non-concurrence naîtrait alors d'un contrat synallagmatique. Mais même en refusant la division du contrat de travail et de l'obligation de non-concurrence, comment déterminer si une cause sérieuse et réelle est présente? Devrait-on automatiquement présumer que les prestations de l'employeur selon le contrat de travail et l'emploi sont la cause de l'obligation de non-concurrence de l'employé, même si, par définition, l'obligation de non-concurrence post-emploi entre en vigueur seulement après que le contrat de travail et les prestations de l'employeur se soient éteints? On parle bien de la renonciation à une liberté importante, voire fondamentale, qui est au minimum protégée

---

<sup>503</sup> Pélissier, *supra* note 420, à la p 249.

<sup>504</sup> Lluelles, *supra supra* note 477, aux pp 16-7 : « Une obligation naturelle implique un rapport préexistant entre deux personnes, qui ne repose pas sur un contrat ou sur un texte de loi, rapport qui justifie qu'une personne se sente, en conscience, tenue à une prestation : le rapport existe sans doute, mais il est incomplet. », citant l'exemple de proches qui s'entraident, même s'ils n'ont pas l'obligation civile de le faire. Lluelles et Moore mentionnent également que l'obligation naturelle peut aussi être une obligation civile dégénérée, comme une dette prescrite ou un débiteur libéré par la faillite, où l'ancien débiteur peut, par son honneur, se considérer obligé.

<sup>505</sup> *Ibid*, à la p 573, à la note de bas de page 188.

<sup>506</sup> Voir Berthold, *supra* note 474, à la note de bas de page 41 : « "S'obliger sans but", écrivait Capitant, "ne pourrait être que l'acte d'un fou" ».

par l'ordre public. Cela milite à mon avis dans ce contexte très précis en faveur d'une interprétation de la cause qui soit plus restreinte et partielle, limitée à la « contreprestation » (que l'on pourrait comparer à la « consideration » en common law), plutôt qu'à une interprétation plus large généralement acceptée de la cause voulant que « dans le contrat synallagmatique “les obligations réciproques se servent mutuellement de cause” »<sup>507</sup>. Si cette interprétation plus restreinte de la cause était retenue par les tribunaux, l'obligation de non-concurrence ne serait donc pas nécessairement présumée avoir été faite à titre onéreux, simplement parce qu'elle serait théoriquement amalgamée aux obligations du contrat de travail.

Dans la même veine, plusieurs avanceront peut-être qu'une partie de la rémunération totale du salarié le dédommage pour sa clause de non-concurrence et que cela constitue donc la « contreprestation » directe de celle-ci, même si la ventilation n'est pas explicite dans le contrat de travail. D'abord, il existe une très forte, voire irréfragable présomption que la rémunération payée par l'employeur l'est en échange de la prestation de travail de l'employé. Cela découle de la nature du contrat de travail qui « est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail »<sup>508</sup>. Mais même si on acceptait que cette présomption puisse être réfutée, comment déterminer si le salaire est véritablement plus élevé parce qu'une clause de non-concurrence est octroyée en début d'emploi? Premièrement, dans le cas d'un employé qui démissionnerait très peu de temps après le début de l'emploi, le montant reçu à titre de salaire dont une partie constituerait la « contreprestation » de la clause de non-concurrence pourrait très bien être dérisoire par rapport à l'obligation de non-concurrence qui continuera de s'appliquer pour une période qui pourrait bien être beaucoup plus longue que la durée de l'emploi. Deuxièmement, comme on l'a vu, la clause de non-concurrence est susceptible d'influencer la rémunération de l'employé à la baisse, en diminuant son pouvoir de négociation<sup>509</sup>. On ne peut donc pas présumer que le marché récompensera par une rémunération à la hausse les employés qui auront souscrit une obligation de non-concurrence, toutes choses étant par ailleurs égales. En plus, toute clause de non-concurrence est susceptible d'avoir des effets différents selon la situation particulière de chaque employé pendant toute la durée de la relation d'emploi, menant à des variations d'effets difficiles à évaluer lorsque l'on se place d'un point de vue objectif pour déterminer l'existence d'une cause à l'obligation.

Même en l'absence de division théorique entre les obligations du contrat de travail et de la clause de non-concurrence, cela milite à mon avis contre toute présomption de cause réelle et sérieuse à l'obligation de

---

<sup>507</sup> Berthold, *supra* note 474, aux pp 9-11.

<sup>508</sup> Art 2085 CcQ.

<sup>509</sup> Voir Arnow-Richman *supra* note 17.

non-concurrence sans contrepartie monétaire payable après l'emploi, durant l'application de l'obligation de non-concurrence post-emploi. Comme on l'a vu précédemment, le droit français prévoit que le paiement de la contrepartie doit intervenir pendant l'application de la clause de non-concurrence et non durant la relation d'emploi. Dans ce dernier cas, le paiement sera considéré sans lien avec l'obligation de non-concurrence<sup>510</sup>.

Même dans le cas où l'on spécifierait explicitement au contrat que le salaire d'un employé est par exemple 10 000 \$ plus élevé en raison de la clause de non-concurrence qu'il ne l'aurait été en temps normal, ce montant doit être mis en perspective avec la diminution de son pouvoir de négociation pendant l'emploi, le préjudice monétaire causé en cas d'impossibilité de travailler pendant la durée de la clause, l'impact sur la carrière de l'employé à long terme, ainsi qu'avec les frais directs et indirects liés à une éventuelle réorientation de carrière. Ainsi, même en cas de contrepartie versée régulièrement et de manière concurrente à la rémunération régulière de l'employé durant l'emploi, il peut y avoir au final une perte nette pour lui à l'expiration de l'obligation de non-concurrence post-emploi. La contrepartie pourrait bien ainsi être *dérisoire*, et le critère d'une cause *réelle et sérieuse* ne pas être rempli.

De plus, faire du contrat de travail la cause de l'obligation de non-concurrence pose un problème de cohérence quant aux clauses qui sont signées en cours d'emploi sans contrepartie. Si les prestations de l'employeur sont déjà toutes offertes en vertu d'un contrat de travail sans clause de non-concurrence, comment ces mêmes prestations pourraient-elles soudainement devenir une cause autonome réelle et sérieuse d'une obligation de non-concurrence sans autre contrepartie? C'est d'ailleurs le raisonnement utilisé par la doctrine et les tribunaux français pour exiger une contrepartie monétaire qui est distincte du salaire versé en échange de la prestation de travail. Voir à ce sujet ce qu'en dit Jean Pelissier :

Cette exigence de contrepartie apparaît pleinement justifiée. La position antérieure qui voyait dans la relation de travail passée et dans le salaire perçu la contrepartie de l'obligation de non-concurrence est effectivement difficilement acceptable. Elle s'accordait mal aux espèces dans lesquelles la clause est amenée à s'appliquer alors même que le contrat a été rompu au cours de l'essai (Soc. 17 juillet 1997, Dr. soc. 1997, 972 obs C. Roy-Loustaunau), ce qui rend la supposée contrepartie dérisoire. De plus, la faculté reconnue aux parties de créer par avenant au contrat de travail une clause de non-concurrence, sans modifier simultanément le salaire, laisse bien entendre que ce dernier n'est que la contrepartie du travail et non celle d'une absence future de concurrence.<sup>511</sup>

---

<sup>510</sup> Voir Blanc-Jouvan, *supra* note 415, au par 74; Pélissier, *supra* note 420, à la p 250.

<sup>511</sup> Pélissier, *supra* note 420, à la p 249.

Considérant ce qui précède, la rémunération reçue pendant l'emploi compense à mon avis avant tout la prestation de travail et non une obligation future de non-concurrence. Elle ne peut donc être une cause autonome de l'obligation de non-concurrence.

Finalement, même dans le cas d'une promotion, celle-ci est davantage octroyée par l'employeur en échange de la prestation de travail passée de l'employé dont il est grandement satisfait et de celle qu'il anticipe pour l'avenir, pas en échange de l'obligation de non-concurrence. Du point de vue de l'employé, l'obligation de non-concurrence souscrite au moment de la promotion pourrait-elle avoir pour cause les avantages qui y sont liés (nouvelles responsabilités, rémunération bonifiée, etc.)? À mon avis, l'analyse développée ci-dessus pour la clause signée au début de l'emploi trouve aussi application dans le cas d'une promotion. Sans contrepartie monétaire versée durant l'application de l'obligation de non-concurrence, il n'y a pas de cause réelle et sérieuse à cette obligation.

En somme, il appert que l'absence de cause à l'obligation de non-concurrence contractée sans contrepartie monétaire payable après la fin de la relation d'emploi pourrait constituer un argument juridique sérieux pour attaquer sa validité, simplement sur la base des règles actuelles du droit civil québécois. Cela nécessiterait néanmoins que les tribunaux se penchent sur la question, puisqu'il n'existe à ma connaissance aucun précédent jurisprudentiel en droit québécois qui analyse la validité d'une clause de non-concurrence sous le prisme de la cause de l'obligation.

## CONCLUSION

L'hypothèse qui a été à la base de ce mémoire est que la clause de non-concurrence au Québec suit un parcours historique similaire à celui qu'elle suit en Angleterre, décrit par le professeur Harlan Blake<sup>512</sup> : elle émerge lorsqu'elle devient utile pour contrôler la mobilité de certains travailleurs suivant la transformation de l'économie, du marché du travail et la tombé en désuétude de précédents mécanismes juridiques de contrôle de la mobilité des travailleurs. Et après la revue historique des outils juridiques du contrôle du libre accès au travail et du contexte dans lequel les premiers jugements québécois portant sur des clauses de non-concurrence émergent, je crois que l'on peut en effet affirmer que la clause de non-concurrence québécoise apparaît dans des circonstances qui ne sont pas identiques, mais qui sont analogues à celles de l'Angleterre.

Plutôt que de remplacer le cadre juridique des guildes d'artisans de l'Angleterre, la clause de non-concurrence au Québec vient en quelque sorte se substituer progressivement au long contrat de travail à durée déterminée pour les fins du contrôle du libre accès au travail. Il s'agit d'une innovation juridique par rapport aux précédents mécanismes de contrôle du libre accès au travail qui a permis de conserver la flexibilité du contrat de travail à durée indéterminée assurant aux employeurs un meilleur contrôle des coûts de la main-d'œuvre, tout en maintenant une emprise sur le libre accès au travail lorsque cela est utile pour eux. Cela est d'autant plus vrai que les tribunaux québécois ont jusqu'à présent toléré que la clause de non-concurrence soit octroyée sans contrepartie monétaire, malgré la séparation dans le temps des obligations du contrat de travail et de l'obligation de non-concurrence. Il s'agit à mon avis d'une aberration juridique : d'abord selon les règles du droit des obligations relatives à la cause de l'obligation pour les raisons avancées à la fin du chapitre 3, mais aussi par rapport à tous les précédents mécanismes de contrôle du libre accès au travail que nous avons vus au chapitre 2, qui avaient tous ceci en commun que la liberté du travailleur de gagner sa vie était seulement restreinte que lorsqu'il était juridiquement tenu de fournir sa prestation de travail au bénéficiaire de sa force de travail. Il y a d'ailleurs tout lieu de croire que le fait que les employeurs puissent obtenir une telle obligation de non-concurrence sans aucun coût additionnel ait permis que la pratique de stipuler ce genre de clause prenne l'ampleur qu'elle a aujourd'hui. Ainsi, la portée de la protection garantie au libre accès au travail par l'ordre public virtuel, le droit constitutionnel ou le droit des obligations tel qu'interprétés par les tribunaux a certainement eu une incidence sur l'émergence et la prolifération des clauses de non-concurrence dans les rapports de travail

---

<sup>512</sup> Voir Blake, *supra* note 19.

au Québec. On peut penser que si le droit québécois avait exigé dès le départ qu'une contrepartie monétaire soit versée à l'employé durant la période d'application de la clause de non-concurrence comme c'est présentement le cas en France, les enjeux que posent aujourd'hui les clauses de non-concurrence dans les rapports de travail seraient bien différents. À cet égard, il serait pertinent de vérifier quel impact le changement du droit français sur la question de la contrepartie a pu avoir sur les pratiques des employeurs, point sur lequel je ne me suis pas attardé dans ce mémoire.

Ceci dit, identifier une seule véritable cause à l'émergence et au déploiement des clauses de non-concurrence me semble illusoire. Plusieurs facteurs jouent certainement un rôle dans ce phénomène juridique et social. On ne doit pas à mon avis sous-estimer le rôle des avocats et conseillers juridiques des employeurs dans la recherche de ces facteurs causaux<sup>513</sup>. Ils peuvent suggérer à leurs clients d'adopter certaines pratiques contractuelles, selon les demandes ou les besoins perçus. L'avocat à qui l'on demande de rédiger un modèle de contrat de travail à durée indéterminée peut prendre l'initiative d'y ajouter une clause de non-concurrence, ayant constaté cette possibilité dans un autre dossier, dans un jugement ou un article récent, en discutant avec un collègue ou en ayant en tête la clause de non-concurrence qu'il venait de rédiger dans une convention de vente d'entreprise. Au fur et à mesure que la pratique d'insérer une clause de non-concurrence dans les contrats de travail prend de l'ampleur, cela peut devenir presque un automatisme pour les avocats d'y avoir recours pour certains types d'employés. À ce titre, les avocats

---

<sup>513</sup> Voir Katharina Pistor, *The Code of Capital – How the law creates wealth and inequality*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2019, aux pp 159, 160 et 162 :

« Lawyers are commonly described as legal service providers. This description, however, greatly understates the contribution that lawyers make in the coding of capital, and through it, to the creation and distribution of wealth in society. It may well be the case that the majority of practicing attorneys continue to offer mostly basic legal advice for a fee; but the true masters of the code use their legal know-how, which they built over years of practice in exchange with clients and their professional kin, to craft new capital and in this process often *make* new law from existing legal material.

Their tool kit consists of the modules of the code: the rules of property and collateral law, the principles of trust, corporate, and bankruptcy law; and contract law; the most malleable of them all. These modules have been around for centuries. (...)

Rather, coding capital is a work that requires expert legal knowledge in order to identify opportunities for legal innovation while also guarding against legal risk. The masters of the code don't just use and apply existing law; they actively fashion new law—subject only to ex post scrutiny by a court, or, if they so choose, by private arbitrators, many of whom, of course, are their peers ».

ne sont pas seulement des experts de la norme juridique, ils contribuent aussi à son émergence et à sa diffusion<sup>514</sup>.

On peut également penser qu'avec l'arrivée au Québec de grands employeurs britanniques et étatsuniens au 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup> siècle exploitant de grandes manufactures, les pratiques contractuelles de ces entreprises dans d'autres juridictions peuvent très bien avoir commencé à être importées au Québec. La clause de non-concurrence a pu en quelque sorte se répliquer et se répandre comme un virus, ayant trouvé en la juridiction du Québec un hôte qui était prêt à l'accueillir à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup> siècle<sup>515</sup>. Confrontés à la clause de non-concurrence, la doctrine et les tribunaux québécois pouvaient facilement consacrer sa légitimité et appuyer leur analyse sur la base de la jurisprudence issue du Royaume-Uni.

Il reste néanmoins un contre-argument à ma conclusion principale que je juge important de réfuter, soit que la clause de non-concurrence est avant tout un outil qui émerge dans les rapports de travail pour protéger la propriété intellectuelle, les secrets de commerce et la clientèle des employeurs avec la montée de l'industrialisation. À ce titre, elle ne serait donc pas une recomposition ou la continuité de la fonction des précédents mécanismes de contrôle du libre accès au travail abordé au chapitre 2, mais plutôt une réponse aux nouvelles réalités du marché du travail du 20<sup>e</sup> siècle, où l'employé est susceptible de quitter chez un concurrent après avoir été exposé à des informations confidentielles de grande valeur chez son employeur.

La professeure Catherine L. Fisk avance qu'au-delà du contexte économique, le développement du droit qui a permis l'émergence de la clause de non-concurrence aux États-Unis s'explique par un changement

---

<sup>514</sup> *Ibid.*

<sup>515</sup> La métaphore du virus est empruntée au professeur Finn Makela qui l'utilise pour expliquer le traitement juridique des tests de dépistage en milieu de travail au Canada qui a en quelque sorte été « contaminé » par la jurisprudence des États-Unis. Voir Finn Makela, « The Drug Testing Virus » (2008) 43 :3 RJT 651, à la p. 685 :

« The *Hutchinson* and *Keal* decisions demonstrate how the viral metaphor accounts for the migration of drug testing norms. Arbitrator Picher explicitly recognizes that no Canadian legislature decided to import the American norms. Yet they were transmitted to Canada. First, by the railways themselves, who implemented testing after relying on U.S. data to conclude that testing was necessary. Second, the U.S. *Regulations* and jurisprudence provided the framework within which Arbitrator Picher could conclude that drug testing was legitimate. Third, the immediate reliance on *Hutchinson* in *Keal* without reference to the American norms demonstrates that once a “host” legal system is infected, the virus can replicate and spread laterally across the jurisprudence ».

d'attitude des tribunaux qui reconnaissent davantage la nécessité pour les employeurs de protéger ces actifs incorporels (propriété intellectuelle, les secrets de commerce et l'information liée à la clientèle) dont les employés obtiennent une connaissance intime dans le cadre de leur emploi<sup>516</sup>. Elle avance que « Today, noncompete covenants are widely used against former employees to protect trade secrets or other "proprietary information" by preventing the employee from working in any other occupation requiring the knowledge or skill which the employer seeks to control »<sup>517</sup>. Les tribunaux des États-Unis auraient permis l'utilisation des clauses de non-concurrence pour permettre de prévenir la dissémination de l'information confidentielle des employeurs chez leurs concurrents. Fisk avance qu'avant l'apparition des clauses de non-concurrence dans les rapports de travail à la fin des années 1860, les employeurs aux États-Unis ne disposaient pas d'outils juridiques les protégeant contre une utilisation de l'information confidentielle acquise par les employés suivant la fin du contrat :

At the beginning of the nineteenth century, the law recognized few ways that the employer could restrict their employees' use of knowledge in subsequent employment. Enticement prohibited hiring away another's employee, but it did not prevent a free employee from leaving and taking his knowledge with him. An action for enticement lay irrespective of whether the employee possessed any valuable knowledge. Enticement protected the employer's right to the employee's labor, not to his or her knowledge. The existence of the action reflected judicial awareness of the economic costs of employee mobility. But, because employees could, at the end of a term of employment, freely depart with whatever skill and knowledge they had acquired, there was no legal protection for the value of employee knowledge.<sup>518</sup> (références omises)

L'investissement accru des entreprises dans la recherche et le développement à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup> siècle aurait ainsi alimenté la possibilité d'argumenter avec succès devant les tribunaux le droit de l'employeur d'imposer une clause de non-concurrence<sup>519</sup>.

La thèse de Fisk comporte à mon avis un certain mérite. Elle trouve assise dans le raisonnement des tribunaux et les arguments avancés par les employeurs pour justifier l'imposition d'une clause de non-concurrence. Il est également certainement vrai que les employeurs ont, selon les circonstances, avantage

---

<sup>516</sup> Catherine L. Fisk, « Working Knowledge: Trade Secrets, Restrictive Covenants in Employment, and the Rise of Corporate Intellectual Property, 1800-1920 » (2011) 52:2 *Harvard Law Journal* 441, aux pp 458 et 534 : « During the nineteenth century, trade secret doctrine was invented and the law of restrictive covenants was adapted to prevent employees from using workplace knowledge in ways that would have been unimaginable to E.I. du Pont in 1810 ».

<sup>517</sup> *Ibid*, à la p 453.

<sup>518</sup> *Ibid*, à la p 450.

<sup>519</sup> *Ibid*, à la p 512.

à empêcher un employé de quitter pour un concurrent et d'y utiliser les informations qu'il a apprises dans le cadre de son emploi, qu'il s'agisse de secrets commerciaux ou des informations relatives à la clientèle.

Par contre, l'émergence des clauses de non-concurrence et leur déploiement à plus large échelle au cours du 20<sup>e</sup> siècle au Québec ne peuvent à mon avis se résumer à cela.

Premièrement, comme on l'a vu, il y a historiquement une certaine concomitance au Québec entre l'émergence des clauses de non-concurrence et la transition vers le contrat de travail à courte durée indéterminée. Il s'agit seulement d'une corrélation et non une preuve d'une relation de cause à effet, mais il s'agit à mon avis d'un indice important de la nécessité pour les employeurs de trouver de nouvelles façons de conserver les nouveaux avantages du régime du contrat de travail à durée indéterminée permettant de contrôler les coûts de la main-d'oeuvre, tout en conservant la possibilité de contrôler au moins en partie la mobilité des travailleurs comme avant. Autrement dit, après avoir « libéré » les travailleurs des anciens mécanismes de contrôle du libre accès au travail, les employeurs recommencent progressivement à utiliser le même genre de pratique pour protéger leurs gains, mais sous une forme différente. Le travail non-libre se maintient en partie pour certaines catégories de travailleurs, mais se recompose en se présentant sous une autre forme juridique davantage adaptée au nouveau contexte économique :

The barriers to competition that guilds created were eventually dismantled in the name of free and competitive markets. In Polanyi's account, "deliberate action of the state in the fifteenth and sixteenth centuries foisted the mercantile system." In so doing, the state cleared the path for the rise of the market principle, subordinating society to it. Equally important, the changing organization of the workplace, from small shops that were individually owned to big factories with thousands of employees, fundamentally changed the old master-servant relationship. Freeing labor from bondage and destroying anticompetitive practices of the guilds set the stage for the emergence of large business operations with thousands of employees. Yet, these new businesses soon began to resort to guild-style practises, which they often defended successfully in court, in order to keep their employees from freely trading their knowledge on the labor market. Freedom, it seems, is a double-edge sword, and the winners of the last battle to free assets and their holders from the shackles of previous rules soon find themselves adapting these very rules to protect their own gains.<sup>520</sup>

Deuxièmement, la plupart des cas de la jurisprudence québécoise de 1913 à la fin des années 1960 abordés au chapitre 3 ne semble pas concerner des employés faisant partie de de la haute direction ou qui

---

<sup>520</sup> Voir Pistor, *supra* note 513, pp 128-9.

détiendraient des informations hautement confidentielles comme des secrets industriels ou de fabrication, mais plutôt des employés qui ont des contacts fréquents avec la clientèle, comme des vendeurs, livreurs ou agents. Il est néanmoins possible qu'à cette époque, ce soient surtout les dossiers où l'employeur risque de perdre une partie de sa clientèle qui justifient que l'employeur investisse dans des procédures judiciaires, ce qui pourrait expliquer une surreprésentation dans la jurisprudence de dossiers mettant en cause des employés ayant un lien avec la clientèle. Il est aussi possible que ce type d'employé soit plus susceptible de violer sa clause de non-concurrence, notamment s'il est rémunéré à commission, ce qui pourrait aussi expliquer une surreprésentation de ces cas dans la jurisprudence. Ceci étant, bien que l'émergence des clauses de non-concurrence au Québec est concomitante à une industrialisation accrue de l'économie, ce n'est à mon avis pas tant la nécessité de protéger des actifs intangibles comme des secrets industriels ou de fabrication davantage présents dans une économie industrialisée qui peuvent expliquer l'émergence des clauses de non-concurrence, mais plutôt la nécessité de contrôler la mobilité de certains types de travailleurs dont le départ risque d'entraîner du même coup le départ d'une partie de la clientèle. Au risque de me répéter, cette nécessité de contrôler ces travailleurs liés à la clientèle d'une nouvelle façon émerge alors que le contrat de travail à durée déterminée tombe progressivement en désuétude pour être remplacé par le contrat de travail à durée indéterminée. Contrairement au contrat à durée déterminée, l'employeur ne sait pas à quel moment l'employé lié par un contrat de travail à durée indéterminée pourrait démissionner pour aller travailler pour un concurrent. La clause de non-concurrence peut lui permettre de bénéficier d'un délai additionnel pour s'assurer de fidéliser sa clientèle après le départ de l'employé, mais avant qu'il ne se joigne à un concurrent.

Troisièmement, si la clause de non-concurrence n'a pour fonction que de protéger les informations confidentielles et la clientèle de l'employeur et que c'est ce qui explique son émergence et son déploiement, comment expliquer qu'elle soit aujourd'hui aussi répandue, touchant environ 30 millions de travailleurs aux États-Unis, dont une proportion importante au plus bas de l'échelle? Comment expliquer qu'elle soit aussi répandue, alors qu'il existe d'autres mécanismes juridiques disponibles pour protéger les informations confidentielles et la clientèle, comme des ententes de confidentialité ou de non-sollicitation de clientèle? À mon avis, pour qu'un phénomène contractuel se généralise à une telle échelle, il faut qu'il y ait des raisons économiques structurelles plus profondes pour l'expliquer. Comme on l'a vu, l'effet des clauses de non-concurrence est loin d'être aussi innocent que de permettre la protection des informations confidentielles ou la clientèle de l'employeur. Concrètement, elles ont notamment pour effet de réduire la mobilité de la main-d'œuvre et de mettre une pression à la baisse sur les salaires dans l'ensemble du marché, comme les précédents mécanismes de contrôle du libre accès au travail. Dans le cadre d'une

proposition de règlement publiée le 5 janvier 2023, la Federal Trade Commission des États-Unis l'avance explicitement pour justifier une abolition des clauses de non-concurrence :

About one in five American workers—approximately 30 million people—are bound by a non-compete clause and are thus restricted from pursuing better employment opportunities. A non-compete clause is a contractual term between an employer and a worker that blocks the worker from working for a competing employer, or starting a competing business, typically within a certain geographic area and period of time after the worker's employment ends. Because non-compete clauses prevent workers from leaving jobs and decrease competition for workers, they lower wages for both workers who are subject to them as well as workers who are not. Non-compete clauses also prevent new businesses from forming, stifling entrepreneurship, and prevent novel innovation which would otherwise occur when workers are able to broadly share their ideas. The Federal Trade Commission proposes preventing employers from entering into non-compete clauses with workers and requiring employers to rescind existing non-compete clauses. The Commission estimates that the proposed rule would increase American workers' earnings between \$250 billion and \$296 billion per year.<sup>521</sup>

(Mon emphase)

Certains argumentent *a contrario* que la clause de non-concurrence n'oblige pas vraiment un travailleur à rester chez un employeur. Voici comment Barnett et Sichelman soutiennent cette position :

To be clear, however, it is not precise to say (as is often said) that a noncompete “binds” an employee to a firm; rather, a noncompete requires that the employee or (more typically) a third party pay a fee demanded by the employer to obtain a waiver of the noncompete. Payments exchanged for waiver of a noncompete are mere wealth transfers without efficiency consequences from a short-term static perspective. Precisely understood, a noncompete is simply a mechanism by which resource-constrained employees can credibly commit to indirectly compensate their employer for training and knowledge leakage costs in the even employees depart for a competitor [Note 68 : Noncompetes may also relieve an employer from having to increase existing employees' compensation to match alternative employment opportunities (...)]. The employee's commitment is made credible by providing the employer with a contractual right that can be “sold” to the employee's next employer.<sup>522</sup>

Autrement dit, Barnett et Sichelman avancent que la clause de non-concurrence n'aurait pour effet « que » d'obliger un employé à racheter sa liberté de travail en payant le prix qui sera demandé par son ancien employeur pour le dédommager de ses coûts de formation et de la fuite d'information confidentielle. En droit civil québécois, cela ne serait pas vrai, car le créancier peut exiger l'exécution en nature de la clause de non-concurrence et obtenir une injonction, même si on lui proposait plutôt des

---

<sup>521</sup> Federal Trade Commission, *supra* note 19. Voir également la version finale du règlement de la Federal Trade Commission publiée le 23 avril 2024, *supra* note 40.

<sup>522</sup> Voir Barnett, *supra* note 15, à la p 973.

dommages et intérêts pour qu'il y renonce, puisque l'exécution en nature de l'obligation est le principe plutôt que l'exception et le choix de la sanction appartient au créancier<sup>523</sup>, contrairement à la *common law*<sup>524</sup>. Mais même si un employé avait l'option de « racheter » sa clause de non-concurrence, la façon dont Barnett et Sichelman nous présentent l'économie de la clause de non-concurrence ressemble à une forme de servitude pour dette : l'employé a le choix de continuer à travailler pour son employeur, de cesser de le faire et être alors privé de sa capacité à gagner sa vie<sup>525</sup> ou encore de « payer » sa dette (dont le montant est par ailleurs indéterminé) pour être libéré de sa clause de non-concurrence. À tout événement, ce mécanisme constitue vraisemblablement une façon détournée pour l'employeur d'exiger de l'employé de payer des frais liés aux opérations et aux charges sociales de l'entreprise, ce qui est habituellement prohibé par la *Loi sur les normes du travail*<sup>526</sup>.

Plutôt qu'un simple outil de protection des informations confidentielles et de la clientèle de l'employeur, je crois que la clause de non-concurrence doit être comprise comme perpétuant à ce jour une forme sournoise de travail non-libre pour des dizaines de millions de travailleurs à travers le monde, dans la continuité et avec des effets analogues aux instruments de contrôle du libre accès au travail qui l'ont précédée avant l'émergence du capitalisme et de l'industrialisation au Québec, notamment par les restrictions à la mobilité des travailleurs et la pression à la baisse sur les salaires sur le marché du travail.

Alors que le Québec est une société où chacun est soi-disant « libre », voire même responsable, de vendre sa force de travail au plus offrant et de s'épanouir par le travail de son choix, il y a ici une importante contradiction à résoudre dans l'état actuel du droit québécois. Face aux récentes réformes législatives en Amérique du nord et à l'évolution du droit français initié par les tribunaux, le droit civil québécois est en quelque sorte à la croisée des chemins sur cette question. Les enjeux soulevés par le régime québécois

---

<sup>523</sup> Art 1590 CcQ.

<sup>524</sup> Frédéric Levesque, « La libération progressive de l'octroi de l'exécution forcée en nature (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire Joli-Cœur c. Joli-Cœur Lacasse », (2013) 47-3 RJT 407, à la p 411; *Varnet Software Corp. c. Varnet U.K. Ltd.*, [1994] RJQ 2755, à la p. 2758. Par contre, selon l'art 1601 CcQ., c'est seulement « dans les cas qui le permettent » que le créancier peut demander que le débiteur soit forcé d'exécuter l'obligation en nature.

<sup>525</sup> Tout en étant par ailleurs fort possiblement dépourvu du droit de réclamer des prestations d'assurance-emploi si l'employé a démissionné sans motif sérieux ou a été congédié pour motif sérieux, soit les scénarios qui permettent l'application d'une clause de non-concurrence par l'employeur. Voir les art 2089 et 2095 CcQ *a contrario* et l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, LC 1996, c 23.

<sup>526</sup> Al 85.1 (3) de la *Loi sur les normes du travail*, c N-1.1 : « Un employeur ne peut exiger d'une personne salariée une somme d'argent pour payer des frais liés aux opérations et aux charges sociales de l'entreprise ».

actuel et la pénurie importante de travailleurs dans de nombreux secteurs de l'économie justifient que l'on s'interroge sur cette entrave à la mobilité de la main-d'œuvre. Deux grandes avenues se dessinent à l'horizon : l'interdiction des clauses de non-concurrence selon l'approche nord-américaine ou encore un modèle à l'image du droit français qui les autorise, tout en assurant une certaine forme de sécurité du revenu au débiteur de l'obligation de non-concurrence. Les outils pour permettre une évolution de ce régime sont disponibles aux acteurs concernés si la volonté de changement y est, que ce soit via une intervention législative pour modifier la *Loi sur les normes du travail*, le *Code civil du Québec* ou la Charte québécoise ou encore via une évolution de l'interprétation de l'ordre public virtuel, du droit des obligations ou du droit constitutionnel par tribunaux.

## BIBLIOGRAPHIE

### LÉGISLATION

*Act for Making more Effectual Provisions for the Government of the Province of Quebec in North America, 1774 (14 Geo III) c 83, s VIII (R-U).*

*Acte pour amender l'acte concernant les maîtres et serviteurs, dans les campagnes du Bas-Canada, Prov C 1849 (12 Vic), c 55.*

*Acte qui donne pouvoir aux Juges de Paix de faire, pour un tems limité, des Règles et Règlements pour la conduite des Apprentis et autres, B-C 1802 (42 Geo III), c 11.*

*Acte qui pourvoit à faire décider d'une manière plus facile et moins dispendieuse les différends qui s'élèvent entre les Maîtres et Maîtresses et leurs Serviteurs, Apprentis ou Engagés, dans les Campagnes de cette Province, B-C 1836 (6 Will IV), c 27.*

*Acte qui pourvoit plus efficacement au Règlement de la Police dans les Cités de Québec et de Montréal, et dans la Ville des Trois-Rivières: et aussi qui étend les Règlements de Police aux autres Villes et Villages en certains cas: et qui rappelle les Actes ou Ordonnances y mentionnés, B-C 1802 (42 Geo III).*

*Acte qui pourvoit plus efficacement au Règlement de la Police dans les Cités de Québec et de Montréal, et dans la Ville des Trois-Rivières, et pour d'autres fins, B-C 1817 (57 Geo III), c 16.*

*An Act to amend various statutes with respect to employment and labour and other matters, Statutes of Ontario, c 35, 2021 (Ontario).*

*Charte canadienne des droits et libertés de la personne, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11, art 6 (2)b) et 7.*

*Charte des droits et libertés de la personne, c C-12, art 1 et 46.*

*Code du travail, RLRQ c C-27, art 109.1 à 110.1.*

*Code du travail, art L. 1121-1 (L. 120-2) et 1251-44 (France).*

*Code civil du Bas Canada, art 13, 989, 990 et 1667.*

*Code civil du Québec, art 1371, 1380, 1381, 1410, 1411, 1422, 1590, 1601, 2085, 2089 et 2095.*

*Loi concernant les maîtres et les serviteurs, SRPQ 1941, c 328.*

*Loi limitant le recours aux services d'une agence de placement de personnel et à de la main-d'œuvre indépendante dans le secteur de la santé et des services sociaux, LQ 2023, c. 8.*

*Loi sur l'assurance-emploi, LC 1996, c 23, art 30.*

*Loi sur les normes du travail, c N-1.1, al 85.2 (3).*

*Loi visant à rendre le système de santé et de services sociaux plus efficace, LQ 2023, c. 34.*

*Loix de Police, Relevé des Édits, Déclarations, Arrêts Ec. des Rois de France, Réglemens du Conseil Supérieur, et des Intendants du Canada, qui ont eu force de loi dans toute la province de Québec, By a Select Committee of Canadian Gentleman, London, Charles Eyre et William Straham, 1772.*

Ministre de la Santé et des Services sociaux du Québec, arrêté 2022-030 du 31 mars 2022.

Projet de loi 51, *Loi modernisant l'industrie de la construction*, 1ère session, 43e législature, Québec, 2024.

*Règlement sur les agences de placement de personnel et les agences de recrutement de travailleurs étrangers temporaires, c N-1.1, r 0.1, par 23 (2).*

#### JURISPRUDENCE

*A. Roberge inc. c. Cormier*, 2010 QCCS 749.

*Aird c. Birss*, [1913] 14 RP 285.

*Asbestos Corporation limited c. Cook*, [1933] RCS 86.

*Asselin c. Industries Abex*, [1985] CA 72.

*Baker and Lebeau* (1884), 7 Legal News 299, par Ramsay J.

*Barbier c. Maine Agri SA*, Cass sociale, 10 juillet 2002, [2002] Bull civ V 239, n° 00-45.135 (France).

*Beau-T Stop Distribution inc. c. Mailhot*, 2001 CanLII 25376 (QC CS).

*Beneficial Finance Co. of Canada c. Ouellette*, [1967] BR 721.

*Boisjoly c. Centre d'accueil Domrémy-Montréal*, DTE 86T-132 (C.S.).

*Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd.*, [1971] RCS 148.

*Campeau c. Terrault*, [1959] CS 449.

*Capco Shoe Co. Ltd c. Chartré*, [1965] BR 836 (CA).

*Canadian Factors Corporation Ltd. c. Cameron*, [1966] BR 921.

*Caron-Jetté Limitée c. Drapeau*, [1943] BR 494.

*Commission des droits de la personne du Québec, c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan*, CS, Québec, no 150-05-000225-831, 29 juillet 1983, non rapporté.

*Concentrés scientifiques Bélisle inc. c. Lyrco Nutrition inc.*, 2007 QCCA 676.

*Dominion Blank Book Co. Ltd. c. Harvey*, [1941] 79 CS 274.

*Dupré Quarries Ltd. c. Dupré*, [1934] SCR 528.

*Elsley c. J.G. Collins Ins. Agencies*, [1978] 2 RCS 916.

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

*General Motors of Canada Ltd., c. Brunet*, [1977] 2 RCS 537.

*Guaranteed Pure Milk c. Limited c. Patry*, [1957] BR 54.

*Jean c. Omegachem inc.*, 2012 QCCA 232.

*Jean-Jacques Verreault & Associés inc. c. Larrivée*, REJB 1998-07990 (CS).

*Kishner c. Femme de Westmount*, [2000] RJDT 1067 (CT).

*Lajoie c. Canup*, [1954] CS 341.

*Lamothe v. Bissonnette* (1905), 12 Rev Jur 195.

*Laferrière c. Larry Faust Realities*, [1971] CS 203.

*Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

*Leblanc c. Borden Company Limited*, [1961] BR 804.

*Lemieux c. Aon Parizeau inc.*, 2018 QCCA 1346.

*Matharic PVM inc. (Boutiques Mercado 5 Étoiles) c. Cusson (Jack Bottes)*, 2017 QCCQ 5196.

*Marcoux c. Association de paralysie cérébrale du Québec Inc.*, DTE 87T-211 (C.Q.).

*Martel c. Commissaires d'Écoles de Wendover*, [1961] CS 491.

*Mitchel v. Reynolds* (1711) 1 P Wms 181 (R-U).

*Mount Royal Dairies, Ltd. c. Russman*, [1934] 72 CS 240.

*Mutual Life and Citizens Assurance Co., Ltd c. Picotte*, [1936] 61 BR 390.

*Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns & Ammunition Co.*, [1894] AC 535 (HL) (R-U).

*Parquets Dubeau ltée c. Lambert*, 2014 QCCA 423.

*Payette c. Guay inc.*, 2013 CSC 45.

*PCM Sales Canada Inc. c. Botero-Rojas*, 2017 QCCA 1874.

*PCM Sales Canada Inc. c. Francisco*, 2016 QCCA 1639.

*Pharmacie Jean-Sébastien Blais inc. c. Pharmacie Éric Bergeron et André Vincent inc.*, 2018 QCCA 1895.

*Pitl c. Grégoire*, 2018 QCCA 1879.

*Pitre c. Association athlétique d'amateurs nationale*, (1911) 20 BR 41.

*Renda c. Cité de Lachine*, DTE 83T-228 (CS).

*Rielle*, (1890) MLR 6 QB 53.

*Richstone Bakeries inc. c. Margolis*, [1953] RP 56.

*Rozon c. Ville de Pointe-Claire*, [1966] RDT 421 (CS).

*Sahlaoui c. 2330-2029 Québec inc. (Médecus)*, 2021 QCCA 1310.

*Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4.

*Société Pole-Lite Itée c. Cormier*, [1989] RJQ 1584 (CS).

*Sommer v. Waldman* (1905), 12 Rev Jur 94.

*Standard Electric Time Co. of Canada Ltd. c. Finagel*, [1965] CS 532.

*T. c. B.*, [1958] CS 587.

*Teinturerie Québec inc. c. Lauzon*, [1967] BR 41.

*The Canada Metal Company Limited c. Berry*, [1914] 15 RP 178.

*TQS inc. c. Pelletier*, 2009 QCCS 597

*UBI Soft Divertissements Inc. c. Champagne-Pelland*, 2003 CanLII 13559 (QC CA), JE 2003-1981

*Varnet Software Corp. c. Varnet U.K. Ltd.*, [1994] RJQ 2755.

*Ville de Jacques Cartier c. Tanguay*, [1963] B.R. 852 (C.A.)

#### DOCTRINE : MONOGRAPHIES

Arnoux, Mathieu, *Le temps des Laboureurs. Travail, ordre social et croissance en Europe (Xie-XIVe siècle)*, Albin Michel, Paris (FR), 2012.

Audet, Georges et al, *Le congédiement en droit québécois en matière de contrat individuel de travail*, 3<sup>e</sup> édition, Yvon Blais, Cowansville (Qc) (feuilles mobiles, mises à jour 26:2 au 1<sup>er</sup> mai 2018).

Aust, A. Edward, et al, *Executive Employment Law*, LexisNexis Canada, Toronto (On), (feuilles mobiles, mises à jour 102 en date du mois de mars 2019), ch 11.

Aust, A. Edward, et Thomas Laporte Aust, *Le contrat d'emploi*, 3<sup>e</sup> édition, Éditions Yvons Blais, Cowansville (QC), 2013.

Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2019)*, vol 459, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2019 (recueil).

Berthold, Gabriel-Arnaud, *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre? Essai sur la cause comme instruction de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, Montréal, Éditions Yvon-Blais, collection Minerve, 2016

Bich, Marie-France, « Le droit du travail québécois : genèse et génération » dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Les Éditions Yvons Blais inc., Cowansville (Qc), 1993, p 515.

Blanc-Jouvan, Guillaume, *JuriClasseur Travail Traité (France)*, « Clause de non-concurrence », fasc 18-25, 5 novembre 2012, mise à jour le 28 mars 2018.

Bonhomme, Robert, Clément Gascon et Laurent Lesage, *The Employment Contract under the Civil Code of Québec*, Les Éditions Yvon Blais, Cowansville (Qc), 1994.

Campbell, T., *Rights: A Critical Introduction*, Routledge, Abingdon and New York (É-U), 2006.

Caron, Vincent, et al, dir, *Les oubliés du Code civil du Québec*, chapitre par Louis Lebel et Gabriel Arnaud-Berthold, *La cause*, Montréal, Éditions Thémis, 2015.

Castel, Robert, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, Paris (FR), 1995.

Craig Heron and Robert Storey, *On the job – confronting the labour process in Canada*, McGill-Queen's University Press, Kingston et Montreal (ON et QC), 1986.

Craven, Paul, chapitre 5 « Canada, 1670-1935 » dans Hay Douglas, et Paul Craven, dir., *Masters, Servants, and Magistrates in Britain and the Empire, 1562-1955*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill (E-U) et London, 2004.

de Bonville, Jean, *Jean-Baptiste Gagnepetit : Les travailleurs montréalais à la fin du XIXe siècle*, Les Éditions de l'aurore Montréal, 1975.

Dechêne, Louise, *Habitants et marchands de Montréal au XVIIe siècle*, Les éditions du Boréal, Montréal (QC), 1988.

Faribault, Léon, *Traité de droit civil du Québec*, Tome 12, Wilson & Lafleur, Montréal (QC), 1951.

Gagnon, Robert P., *Le droit du travail du Québec*, 7<sup>e</sup> édition, Éditions Yvon Blais, Cowansville (QC), 2013.

Grenier, Benoît, *Brève histoire du régime seigneurial*, Les éditions du Boréal, Montréal (QC), 2012.

Hardy, Jean-Pierre et David-Thierry Ruddel, *Les apprentis artisans à Québec 1660-1815*, Les presses de l'Université du Québec, Montréal (QC), 1977.

L'Heureux, Nicole, *Précis de droit commercial du Québec*, 2<sup>e</sup> édition, Les presses de l'Université Laval, Québec (QC), 1975.

Langelier, François, *Cours de droit civil de la Province de Québec*, Tome 5, Wilson & Lafleur, Montréal (QC), 1909.

Laporte, Pierre, *La réintégration du salarié – Nouvelles perspectives*, Wilson & Lafleur, Montréal (QC), 1995.

Leuvrey, Nathalie, et al, *Droit du travail et sa jurisprudence commentée*, 2<sup>e</sup> éd, Éditions Tissot, Annecy-le-Vieux (FR), 2011.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> édition, Les Éditions Thémis, Montréal (QC), 2018.

Marx, Karl, *Le Capital*, Livre I, Gallimard, collection folio essais, Paris (FR), 2017.

Mignault, Pierre-Basile, *Droit civil Canadien*, Tome 7, Wilson & Lafleur, Montréal (QC), 1906.

Ollivier-Gobeil, Jeanne, *Les nouvelles formes de servitude et le rôle du droit : le cas de la privation de mobilité des travailleurs agricoles migrants au Canada*, Éditions Yvon Blais, Montréal (QC), 2018.

Ost, François, et Michel Van de Kerchove, « *De la scène au balcon. D'où vient la science du droit?* », dans François Chazel et Jacques Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris (FR), 1991.

Perrault, A., *Traité de droit commercial*, Tome 2, Éditions Albert Lévesque, Montréal (QC), 1936.

Pélissier, Jean, et al, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4<sup>e</sup> éd, , Éditions Dalloz, Paris (FR), 2008.

Piketty, Thomas, *Capital et Idéologie*, Éditions du Seuil, Paris (FR), 2019

Pistor, Katharina, *The Code of Capital – How the law creates wealth and inequality*, Pinceton University Press, Pinceton and Oxford (É-U), 2019.

Ribton-Turner, C.J., *A History of Vagrants and Vagrancy and Beggars and Begging*, Chapman and Hall, Londres (R-U), 1887.

Roux, Dominic, *Le principe du droit au travail, juridicité, signification et normativité*, Wilson & Lafleur, Montréal (QC), 2005.

Stanziani, Alessandro, *Les métamorphoses du travail contraint : Une histoire globale (XVIIIe-XIXe siècles)*, Presses de Sciences Po, Paris (FR), 2020.

Serra, Yves, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile (Droit interne et communautaire)*, Éditions Dalloz, Paris (FR), 1991.

Trudel, Marcel, *Deux siècles d'esclavage au Québec*, Bibliothèque québécoise, Canada, 2009.

Veneziani, B. « The Evolution of Contract of Employment », dans B. Hepple (dir.), *The Making of Labor Law in Europe – A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Bob Hepple éd., Mansell Publishing Limited, London (R-U), 1986.

Victor, Sandrine, *Les fils de Canaan – l'esclavage au Moyen Âge*, Vendémiaire, Paris (FR), 2019.

White, Ahmed, chapitre 17 « Marxism, Labour and Employment law, and the limits of legal reform in class society » dans Paul. O'Connell, *Research Handbook on Law and Marxism*, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton (R-U), 2021.

#### DOCTRINE : ARTICLES

Amir, On, et Orly Lobel, « Driving Performance: A Growth Theory of Noncompete Law » (2013) 16 Stan Tech L Rev 833.

Arnou-Richman, Rachel, « Cubewrap Contracts and Worker Mobility: the Dilution of Employee Bargaining Power via Standard Form Noncompetes » (2006) Mich St L Rev 963.

Barnett, Jonathan M., et Ted Sichelman, « The Case for Noncompetes » (2020) 87:4 U Chicago L Rev 953.

Beckhard-Cardoso, Judith, « Les clauses de non-concurrence en droit français - Protection légitime ou insécurité juridique? » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2011)*, vol 338, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, p 5.

Béliveau, Nathalie-Anne, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence dans les contrats d'emploi : synthèse » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents sur la non-concurrence (2008)*, vol 289, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2008.

Béliveau, Nathalie-Anne, Amélie Béliveau et Nicolas-Karl Perrault, « L'outrage au tribunal comme sanction de la violation d'une ordonnance d'injonctions en matière de non-concurrence » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2017)*, vol 432, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, p 33.

Béliveau, Nathalie-Anne, et Sébastien Lebel, « Les clauses de non-concurrence en matière d'emploi et en matière de vente d'entreprise : du pareil au même? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents sur la non-concurrence (2011)*, vol 338, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2011, p 115.

Bich, Marie-France, « La viduité post-emploi : loyauté, discrétion et clauses restrictives » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (2003)*, vol 197, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2003, p 245.

Bich, Marie-France, « Du contrat de travail en droit québécois: essai en forme de point d'interrogation », (1986) 17 R.G.D. 85.

Bishara, Norman D., et Evan Starr, « The Incomplete Noncompete Picture » (2016) 20 Lewis & Clark L Rev 497.

Blaikie, Peter M., « Restrictive Covenants : Conflicting Views in the Court of Appeal » (1968) 14 MCGill LJ 120.

Blake, Harlan M., « Employee Agreements not to Compete » (1960) 73 Harv L Rev 625.

Bouchard, Charlaïne, « Entreprise » (2009) 111:1 Revue *du notariat* 107.

Botte, Roger, « Les habits neufs de l'esclavage. Métamorphoses de l'oppression au travail » (2005) 45 :179-180 Cahier d'études africaines 651.

Cairns, John W., « Employment in the Civil Code of Lower Canada : Tradition and Political Economy in Legal Classification and Reform » (1987) 32 McGill L J 673.

Cardinal, J. G., « Clause restrictive quant à l'exercice d'une profession » (1958) 61 R du N 330.

Carpenter, Charles E., « Validity of Contracts Not to Compete » (1927-1928) 76:3 U Pa L Rev 244.

Cossette, A., « Clauses restrictives et prohibitives dans un contrat de louage de services » (1967) 69 R du N 390.

Crack, Yannick, et Danick Potvin, « Les clauses restrictives du genre "clauses par paliers" en matière de contrat de travail, qu'en est-il de leur validité ? » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (2005)*, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2005, p 213.

Courchesne Tardif, Émilie, et Jean Lemoine, « Le préjudice du créancier de l'obligation de non-concurrence : remèdes et quantification » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2011)*, vol 338, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, p 195.

Dau-Schmidt, Kenneth G., Sun, Xiaohan et Jones, Phillip J., « The American Experience with Employee Noncompete Clauses: Constraints on Employees Flourish and Do Real Damage in the Land of Economic Liberty » (2022) 42 Comparative Labour Law and Policy Journal 585.

Dépatie, Sylvie, « Maîtres et domestiques dans les campagnes montréalaises au XVIII<sup>e</sup> siècle : Bilan préliminaire » (2008) 27:4 Histoire, Économie & Société 51.

Echlin, Randall Scott, et Robert Tarantino, « The History of Employment Law in Canada : 200 years in its Development » dans *Annual Review of civil litigation*, Toronto, Carswell, 2011.

Fisk, Catherine L., « Working Knowledge: Trade Secrets, Restrictive Covenants in Employment, and the Rise of Corporate Intellectual Property, 1800-1920 » (2011) 52:2 *Haswtings LJ* 441.

Fisk, Catherine, et Adam Barry, « Contingent Loyalty and Restricted Exit: Commentary on the Restatement of Employment Law » (2012) 16 *Emp Rts & Emp Pol'y J* 413.

Flynn, Raquel, « Non-compete Agreement Got You Stuck in Sexual Harassment? #MeToo: An Analysis of the Correlation Between Non-Compete Agreements and Sexual Harassment », (2019) 49:1 *University of Baltimore Law Review* 95.

Fudge, Judy, et Eric Tucker, « The Freedom to Strike in Canada : A Brief Legal History » (2009) 15 *Canadian Lab & Emp LJ* 333.

Gallié, Martin, Elsa Galerand et Andrée Bourbeau, « Le droit à la liberté face aux formes modernes de travail "non-libre" : le cas de l'obligation de résidence chez l'employeur » (2015) 45 *RGD* 95.

Gascon, Clément, « Clauses restrictives : le tribunal peut-il en devenir le rédacteur ? » (1993-1994) 53-54 *R du B* 399.

Gascon, Clément, « Les récents développements en matière de clauses restrictives d'emploi » dans *Développements récents en droit du travail (1992)*, Cowansville (QC), Les Éditions Yvons Blais, 1992, p 109.

Gilson, R. J., « The Legal infrastructure of high technology industrial districts: Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete » (1999) 74:3 *NYUL Rev* 575.

Gomulkiewicz, Robert W., « Leaky Covenants-Not-to-Compete as the Legal Infrastructure for Innovation » (2015) 49 *UC Davis L Rev* 251.

Grenier, Maude, et Frédéric Desmarais, « Quand la clause de jardinage (« garden leave ») tombe dans le terrier du lapin civiliste : Alice est-elle au pays des merveilles? Histoire d'une clause potentiellement restrictive » dans *Barreau du Québec, Service de la formation continue, Développements récents en droit du travail (2020)*, vol 475, Montréal, (QC), Éditions Yvon Blais, 2020, p 181.

Hamilton, Gillian, « Enforcement in Apprenticeship Contracts : Were Runaways a Serious Problem? Evidence from Montreal » (1995) 55 :3 *The Journal of Economic History* 551.

Hamilton, Gillian, « The Decline of Apprenticeship in North America Evidence from Montreal » (2000) 60:3 *The Journal of Economic History* 627.

Jacoby, Sanford M., « The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis » (1982) 5:1 Comp Lab L 85.

Johnson, Matthew S., Kurt Lavetti et Michael Lipsitz, « The Labour Market Effects of Legal Restrictions on Worker Mobility », Social Science Research Network, 2020, en ligne : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3455381](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3455381)>.

Karim, Vincent, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation » (1999) 40 C de D 403.

Lainé, Mathieu J., « *Le droit et la société de classes : le contrat de travail dans Le Capital (1867) de Marx* » (2020) 61:3 C de D 679.

Leduc, François, « Le refus de signer une clause de non-concurrence en cours d'emploi : motif juste de congédiement ou contrepartie raisonnable » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en matière de cessation d'emploi et d'indemnités de départ (2012)*, vol 356, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2012, p 1.

Levesque, Frédéric, « La libération progressive de l'octroi de l'exécution forcée en nature (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire Joli-Cœur c. Joli-Cœur Lacasse » (2013) 47-3 RJT 407.

Lobel, Orly, « Gentlemen Prefer Bonds : How Employers Fix the Talent Market » (2020) 59:3 Santa Clara L Rev 663.

Marcoux, Y., « Covenants not to compete in Common Law » (1969) 10 C de D 251.

Makela, Finn, « The Drug Testin Virus » (2008) 43:3 RJT 651.

Marx, Matt, Deborah Strumsky et Lee Fleming, « Mobility, Skills, and the Michigan Non-Compete Experiment » (2009) 55:6 Management Science 875.

Mercier, Jason, « Perdu dans le labyrinthe et retrouvé dans le jardin : la problématique des clauses restrictives dans les contrats d'emploi dans les provinces de common law au Canada » (2016) 47:1 Ottawa L Rev 179.

Moogk, Peter N., « Apprenticeship Indentures : A Key to Artisan Life in New France » (1971) 6:1 Historical Papers 65.

Moogk, Peter N., « In the Darkness of a Basement: Craftsmen's Associations in Early French Canada » (1976) 57:4 Canadian Historical Review, 399.

Morissette, Elise, « *Les clauses restrictives d'emploi : le regard des travailleuses et travailleurs d'agences de placement* », dans *Développements récents en droit du travail (2020)*, vol 475, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2020.

Morrow, Rebecca N, « Noncompetes as Tax Evasion » (2018) 96 :2 Wash ULO 265.

Moulier Boutang, Yann, « Accumulation primitive. Préhistoire ou histoire continuée du capitalisme? » (2005) 45 :79-80 Cahier d'études africaines 1069.

Niort, Jean-François, « Aspects juridiques du régime seigneurial en Nouvelle-France » (2022) 32:3 RGD 443.

Otis, Louise, « L'ordre public dans les relations de travail » (1999) 40 C de D 381.

Perreault, A., « Liberté du commerce et du travail, a. 13, 989, 990, 1667 C.c. » (1943) 3 R du B 279.

Pilarczyk, Ian C., « "Too Well Used by His Master": Judicial Enforcement of Servants' Rights in Montreal, 1830-1845 », (2001) 46 McGill L J 491.

Pilarczyk, Ian C., « The Law of Servants and the Servants of the Law: Enforcing Masters' Rights in Montreal, 1830-1845 » (2001) 46 McGill L J 779.

Prescott, J.J., Norman D. Bishara et Evan Starr, « Understanding Noncompetition Agreements: The 2014 Noncompete Survey Project » (2016) Mich St L Rev 369.

Préfontaine, Éric, et Juliette Liu, « L'intérêt légitime comme contrôle en deux temps des clauses de non-concurrence » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2017)*, vol 432, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, p 169.

Rancourt, Gilles, et Gwenaëlle Thibault, « La légalité des stipulations de non-concurrence : le fragile équilibre entre le droit pour l'employé de gagner sa vie et la protection des intérêts commerciaux de l'entreprise » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en matière de cessation d'emploi et d'indemnités de départ (2014)*, vol 387, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2014, p 103.

Sheppard, C.A., « The Enforcement of Restrictive Covenants in Quebec law » (1963) 23 R du B 311.

Slawner, Abraham, « Restraint of Individual Liberty in Contracts of Employment » (1967) 13 MCGill LJ 521.

St-Pierre-Plamondon, Marianne, « Les nouvelles tendances de la jurisprudence en matière de clauses restrictives : quelles sont les leçons à tirer ? » dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la non-concurrence (2017)*, vol 432, Cowansville (QC), Éditions Yvon Blais, 2017, p 97.

Sullivan, Charles A., « Tending the Garden: Restricting Competition via Garden Leave » (2016) 37 BJELL 293.

Tremblay, Robert, « La formation matérielle de la classe ouvrière à Montréal entre 1790 et 1830 », (1979) 33:1 Revue d'histoire de l'Amérique française 39.

Wellman, Carl « Upholding Legal Rights » (1975) 86 Ethics 49.

Zoltvany, Yves F., « Esquisse de la Coutume de Paris », (1971) 25:3 Revue d'histoire de l'Amérique Française 365.

#### INTERNATIONAL

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976), art 6.

#### AUTRES SOURCES

Audet, Pierre H., *Apprenticeship in Early Nineteenth Century Montreal, 1790-1812*, thèse de maître en histoire, Université Concordia, 1975.

Balasubramanian, Natajaran, et al., « Locked In? The Enforceability of Covenants Not to Compete and the Careers of High-Tech Workers » (2017) US Census Bureau Center for Economic, Document de travail no CES-WP-17-09, en ligne : [<https://perma.cc/3SBZ-UJD8>].

Doorey, David J., « The Doctrine of Inequality of Bargaining Power and Non-Competition Clauses in Canadian Employment Law » (17 juillet 2023), disponible en ligne : <<https://ssrn.com/abstract=4513296>>.

É-U, Federal Trade Commission, « *Fact Sheet: FTC Proposes Rule to Ban Noncompete Clauses, Which Hurt Workers and Harm Competition* » (5 janvier 2023), en ligne : <<https://www.ftc.gov/legal-library/browse/federal-register-notice/non-compete-clause-rulemaking>>.

É-U, Office of Economic Policy, U.S. Department of the Treasury, « *Non-Compete Contracts : Economic Effects and Policy Implications* » (Mars 2016) à la p 6 (pdf), en ligne : <[https://home.treasury.gov/system/files/226/Non\\_Compete\\_Contracts\\_Economic\\_Effects\\_and\\_Policy\\_Implications\\_MAR2016.pdf](https://home.treasury.gov/system/files/226/Non_Compete_Contracts_Economic_Effects_and_Policy_Implications_MAR2016.pdf)>.

Hogg, Grace Laing, *The Legal rights of Masters, Mistresses and Domestic Servants in Montreal, 1816-1829*, thèse soumise à titre d'exigence partielle au diplôme de Maîtrise en Arts, département d'histoire, Université McGill, 1989 [non publiée].

Labour, Carolyn F., « "Sons of the Wilderness" : Work, Culture and Identity Among Voyageurs in the Montreal Fur Trade, 1780-1821 », thèse de doctorat en philosophie, présentée au département d'histoire de l'Université de Toronto, 1999 [non publiée].

Moogk, Peter Nicholas, *The Craftsmen of New France*, thèse de doctorat en histoire, Université de Toronto, 1973.

Roux, Dominic, *Le principe de droit du travail : juridicité, signification et normativité*, Tome I, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2005.

Starr, Evan, J.J. Prescott et Norman Bishara, « Noncompetes in the U.S. Labor Force » (2020) U of Michigan Law & Econ, Document de travail no. 18-013, 7 mai 2020, en ligne : [<https://ssrn.com/abstract=2625714>].

Tremblay, Robert, *La nature des procès de travail à Montréal entre 1790 et 1830*, Thèse de maîtrise en histoire, Université de Montréal, 1979.