

CLAUSE DE NON CONCURRENCE

Attention : ce n'est pas le libellé (clause de loyauté, clause de clientèle etc..) qui compte, mais le contenu :

15 mars 2017, 15-28.142, Inédit N° de pourvoi 15-28142

Vu l'article L. 1121-1 du code du travail ;

Attendu **qu'une clause selon laquelle il est fait interdiction à un salarié d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle auprès de laquelle il était intervenu lorsqu'il était au service de son ancien employeur est une clause de non-concurrence** ; que cette clause n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ;

Attendu que pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts au titre de l'illicéité de la clause de non-concurrence, l'arrêt retient que la clause « obligation de loyauté » insérée dans le contrat de travail est limitée aux seuls clients de la société auprès desquels la salariée a été amenée à intervenir et ne peut s'analyser en une clause de non-concurrence susceptible d'entraver sa liberté de travail et de lui créer un préjudice ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Il n'y a aucun texte légal concernant la clause de non concurrence (sauf en droit local Alsace Moselle..) qui pourtant existe depuis longtemps dans les relations de travail et fait l'objet d'un examen par certaines conventions collectives.

Au fil du temps, la jurisprudence s'est penchée sur la question puisque une clause de non concurrence constituait la violation de deux libertés fondamentales : la liberté de travailler et la liberté d'entreprendre, outre le développement de la protection des libertés individuelles en droit du travail :

Article L1121-1

Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.

D'abord assez souple, notamment parce que l'absence de contrepartie financière à la clause de non concurrence était admise, la jurisprudence s'est durcie et depuis 2002, le cadre juridique est fermement posé.

Soc. 10 juillet 2002 Barbier c. Maine Agri SA

Sur le moyen relevé d'office, pris de la violation du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 120-2 du Code du travail :

Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ;

Attendu que M. Barbier a été engagé le 1^{er} janvier 1993, en qualité de responsable de magasin, par la société Brossard, aux droits de laquelle vient la société Maine Agri ; que le contrat de travail comportait une clause de non-concurrence interdisant au salarié de s'installer à son compte « pendant 2 ans dans la même branche d'activité et dans le secteur d'activité des Etablissements Brossard » ; que M. Barbier a été licencié le 30 août 1996 ; qu'il a créé une entreprise le 10 mai 1997 ; que, se fondant sur un constat d'huissier établi le 18 novembre 1997, l'ancien employeur a saisi la juridiction prud'homale aux fins de condamnation de M. Barbier au paiement de l'indemnité contractuelle prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence ;

Attendu que pour faire droit à cette demande, la cour d'appel, statuant par motif adopté du conseil de prud'hommes, a retenu, essentiellement, que, contrairement à ce qui était allégué par M. Barbier, sauf si la convention collective le prévoit, l'existence d'une contrepartie pécuniaire n'est pas une condition de validité de la clause de non-concurrence ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, *en déclarant licite la clause de non-concurrence qui ne comportait pas de contrepartie financière, la cour d'appel a violé le principe ci-dessus énoncé et le texte susvisé ;*

Et attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627, alinéa 1, du nouveau Code de procédure civile, la cassation encourue n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué au fond du chef de la violation de la clause de non-concurrence ;

Par ces motifs :

Casse et annule, en ses dispositions relatives à la violation de la clause de non-concurrence (...).

On peut clairement poser qu'une clause de non concurrence sera valable si elle répond à 5 conditions cumulatives posées par la cour de cassation :

- La protection des intérêts légitimes de l'employeur

- La limitation dans le temps et l'espace
- Le respect de la liberté de travail et des spécificités de l'emploi
- L'exigence d'une contrepartie financière

Ces conditions sont appréciées par les juges du fond dans les faits.

Dans la même mesure, les pouvoirs des juges sont étendus par la cour de cassation : ils peuvent en référé constater un trouble illicite et considérer que la clause « apparemment » nulle est inopposable au salarié, ils peuvent au fond constater sa nullité, en réduire la portée, la faire indemniser ou réparer le préjudice résultant d'une clause nulle.

Pour le commentaire des conditions posées, on peut se référer à l'analyse reproduite ci-dessous, effectuée en suite des arrêts de 2002 par les professeurs PELISSIER, JEAMMAND , DOCKES et LYON CAEN :

Seront ajoutées des références jurisprudentielles plus récentes illustrant le maintien de ces principes.

Les clauses de non-concurrence

44. Soc. 8 mai 1967 - 45. Soc. 14 mai 1992 - 46. Soc. 10 juillet 2002

Jean Pélissier, Professeur émérite à l'Université Toulouse I Antoine Jeammaud, Professeur à l'Université Lumière-Lyon 2 Antoine Lyon-Caen, Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, Directeur d'études à l'EHESS Emmanuel Dockès, Professeur à l'Université Lumière-Lyon

Les clauses de non-concurrence sont des clauses par lesquelles un salarié se voit interdire certaines activités risquant de concurrencer son ancien employeur, après la rupture du contrat de travail qui le liait à celui-ci. Ces clauses sont généralement intégrées au sein des contrats individuels de travail, même si la jurisprudence admet, de manière limitée mais néanmoins fort discutable, qu'une clause contenue dans une convention collective peut, sous certaines conditions, être imposé aux salariés malgré le silence du contrat individuel (v. arrêt n° 165). Cette solution, de peu de poids, pourrait au demeurant être remise en cause à la suite de l'ANI du 11 janvier 2007 sur la modernisation du marché du travail.

La validité de ces clauses, qu'elles soient contractuelles ou conventionnelles, est aujourd'hui fermement encadrée. La suspicion de principe qui les frappe désormais résulte de leur objet.

Restreindre le champ des activités possibles d'un ancien salarié et ses possibilités de retrouver du travail, c'est aussi porter atteinte à plusieurs libertés fondamentales. Le principal objet des clauses de non-concurrence, qui est d'interdire au salarié d'être

réembauché par certaines entreprises ou sur certains emplois, porte directement atteinte à la liberté du travail, visée par l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966.

Est aussi en cause la liberté d'entreprendre, dont la valeur constitutionnelle a été maintes fois affirmée (v. not. Cons. const. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982, point 16). Et c'est un des intérêts de l'arrêt *Barbier* n° 46) de l'avoir expressément incluse dans le débat. L'arrêt vise en effet le « *libre exercice d'une activité professionnelle* », expression qui inclut plus clairement que le seul visa de la liberté du travail, la liberté pour le salarié de s'installer à son compte. Il faut encore mentionner la liberté de la concurrence. Celle-ci peut apparaître comme dérivée de la précédente, même si elle n'a, pour l'heure, été reconnue qu'en qualité de liberté publique (CE 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie, Lebon*, p. 308). Elle permet de rappeler que la concurrence est autorisée par le droit positif et qu'elle est juridiquement protégée comme liberté fondamentale.

Cet effet attentatoire aux libertés fondamentales des clauses de non-concurrence apparaît aujourd'hui évident. Elle a cependant été longtemps ignorée par la jurisprudence. Certes, dès l'arrêt *Bedaux* du 8 mai 1967 n° 44), la Cour de cassation a affirmé que *certaines* clauses de non-concurrence pouvaient porter atteinte à la liberté du travail. Cette atteinte n'était cependant reconnue qu'exceptionnellement, en cas de privation de toute liberté du travail. Seules les clauses qui par leur durée et la généralité de leurs champs d'application géographique et professionnel, revenaient à interdire « *de façon absolue* » à un salarié l'exercice d'une activité « *conforme à sa formation et à ses connaissances* » étaient alors invalidées comme attentatoires à la liberté du travail. La règle était clairement posée : « *une clause de non-concurrence est en principe licite* ».

De fait, à la suite de l'arrêt *Bedaux*, les clauses de non-concurrence furent très largement admises en jurisprudence, malgré les vives protestations doctrinales qu'elles pouvaient susciter. Il faudra attendre le début des années 1990 et l'arrêt *Godissart* (Soc. 14 mai 1992, n° 45) pour qu'un mouvement de recul s'esquisse, parallèlement à la montée en puissance de la problématique des droits de l'homme en droit du travail. Cette évolution a été complétée et synthétisée par l'arrêt *Barbier* du 10 juillet 2002 n° 46). Cet arrêt a posé les actuelles conditions de validité d'une clause de non-concurrence dans un attendu de principe, repris par deux arrêts du même jour (*Salambier c. SA La Mondiale*, Bull. civ. V, n° 239, 1^{re} esp. et *Molines c. Sté MSAS cargo international*, Bull. civ. V, n° 239, 3^e esp.) : « *une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* » (pour une reprise mot à mot de cet attendu, v. encore, not. Soc. 29 janv. 2003, Bull. civ. V, n° 27).

Comparativement à l'arrêt *Bedaux*, la distance franchie est considérable.

La question de la validité des clauses de non-concurrence est clairement inscrite au sein de la problématique des droits et libertés fondamentaux du salarié par le visa de l'article L. 120-2 de l'ancien Code du travail (art. L. 1121-1 nouv. C. trav.) et par celui « *du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* », visa dont la portée est renforcée par le fait que la Cour ait pris le soin de relever d'office le moyen qui en est tiré. Il en résulte logiquement que, d'un principe de licéité, on est passé à un principe d'illicéité : « *une clause de non-concurrence n'est licite que si...* », (en ce sens, v. déjà Soc. 19

nov. 1996, *Bull. civ. V*, n° 392). Et les conditions de cette licéité, clairement posée comme « *cumulatives* » sont strictement définies : par son objet, la clause doit être « *limitée dans le temps et dans l'espace* » et tenir « *compte des spécificités de l'emploi du salarié* » (A) ; elle doit être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » (B) ; elle doit enfin comporter « *l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière* » (C).

A. L'exigence d'une limitation dans le temps et l'espace, comme la prise en compte de l'emploi du salarié trouvent leur origine au sein de la jurisprudence antérieure. L'arrêt *Bedaux n° 44*) avait déjà remarqué en 1967 qu'une clause de non-concurrence pouvait être annulée « *dans la mesure où elle porte atteinte à la liberté du travail, en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace et quant à la nature de l'activité de l'intéressé* ».

Mais l'analyse du champ d'application temporel, géographique et professionnel de la clause de non-concurrence était alors strictement orientée vers l'étude d'une éventuelle atteinte à la liberté du travail, laquelle était alors perçue de manière fort restrictive.

Et la jurisprudence se contentait pour l'essentiel de vérifier si le salarié conservait une possibilité, même limitée, d'exercer sa profession. Elle validait ainsi des clauses illimitées dans le temps (Com. 7 nov. 1977, *Bull. civ. IV*, n° 250) ou dans l'espace (Soc. 29 mai 1991, *RJS 7/91*, n° 836) ou encore des clauses dont la limite professionnelle largement indéfinie « *ne portait pas atteinte à la liberté du travail* » du fait du « *caractère polyvalent* » de l'activité du salarié (Com. 7 nov. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 302). Les limites géographique, temporelle et professionnelle d'une clause de non-concurrence apparaissaient ainsi comme essentiellement alternatives.

C'est l'une des innovations marquantes de l'arrêt *Barbier*) que de revenir sur cette analyse. Désormais une clause de non-concurrence n'est licite « *que si elle est limitée dans le temps et dans l'espace, (et) qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié, [...] ces conditions étant cumulatives* ». L'existence de limites dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité sont désormais trois conditions cumulatives nécessaires à la validité d'une clause de non-concurrence.

Ce caractère cumulatif conduit notamment à accroître l'impact de la condition relative à l'activité. La clause de non-concurrence ne saurait en aucun cas empêcher le salarié « *d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle* » (Soc. 18 sept. 2002, *D. 2002. 3229*, note Y. Serra, et déjà, dans le même sens, Soc. 18 déc. 1997, *Dr. soc.* 1998. 194, obs. J. Savatier et Soc. 3 janv. 1998, *ibid.* 279, obs. J. Savatier).

Et cette interdiction est absolue. L'arrêt précité du 18 septembre 2002 le précise clairement en affirmant qu'un tel empêchement est exclu, même lorsqu'il apparaît « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ».

L'intérêt de l'employeur doit ici céder face à l'intérêt du salarié. Il existe ainsi un droit du salarié sur la qualification qu'il a acquise au cours de sa formation et de sa vie professionnelle, y compris celle qu'il a acquise auprès de son ancien employeur. Ce droit, auquel le salarié ne peut renoncer, est en quelque sorte le « *noyau dur* » irréductible de la liberté du travail. C'est une limite au-delà de laquelle aucune clause de non-concurrence ne saurait aller, et ce quelles que soient les justifications qui pourraient être apportées au soutien de la clause.

Lorsque la clause est jugée « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » tout en étant attentatoire à ce noyau dur de la liberté du travail, elle n'est pas

nécessairement nulle. La Cour de cassation reconnaît alors une faculté de réfaction judiciaire de la clause. Amputée de la part qui portait atteinte au droit du salarié sur sa qualification, la clause peut être sauvée. C'est le sens de l'arrêt précité du 18 septembre 2002. En l'espèce le salarié d'une société d'assurance s'était vu interdire de placer des assurances dans le département où il exerçait précédemment cette activité et ce pendant deux ans. Cette clause est jugée par la Cour « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur* » ; elle n'en est pas moins attentatoire au droit du salarié sur sa qualification, en ce qu'elle ne lui permet pas d'exercer une « *activité conforme à sa formation et son expérience professionnelle* ».

La Cour en déduit que la cour d'appel avait pu décider de réduire le champ d'application de cette clause, en la limitant à une prohibition pour l'ancien salarié de démarcher les clients qu'il avait apportés à son ancien employeur. La clause ainsi réduite, les intérêts de l'employeur ne sont pas nécessairement sauvegardés. Mais le salarié peut exercer un métier conforme à sa qualification et le « noyau dur » de la liberté du travail est sauvegardé. Ce sauvetage par réfaction d'une clause de non-concurrence, quoique critiqué en doctrine, est aussi reconnu lorsque les champs d'application géographique ou temporel sont excessifs (v. Soc. 25 mars 1998, deux arrêts, l'un portant sur une réduction de la durée et l'autre sur une réduction du champ d'application territorial, *Dr. soc.* 1998. 544, obs. R. Vatinet).

B. Une clause de non-concurrence est une atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle, même lorsqu'elle est convenablement limitée à la fois dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité du salarié. Cette atteinte, aussi minime soit-elle, ne peut être admise qu'à la condition d'obéir à une finalité légitime et d'être strictement proportionnée aux exigences de cette finalité. Cette condition a été posée pour la première fois par l'arrêt *Godissart* du 14 mai 1992 **n° 45**) aux termes duquel une clause de non-concurrence ne peut être valide que si elle est « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ». Elle a été depuis reprise, dans les mêmes termes, par de nombreux arrêts et notamment par l'arrêt *Barbier* (n° 45). Cette jurisprudence *Godissart* a réalisé une importante avancée comparativement à la jurisprudence antérieure. Encore en 1998 la Cour de cassation affirmait que l'utilité d'une clause de non-concurrence ne conditionnait en rien validité (Soc. 13 oct. 1988, *D.* 1989. 122, note Y. Serra).

Une telle position était cependant peu conciliable avec l'essor de la problématique des droits de l'homme. La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà affirmé, depuis longtemps, qu'une restriction à un droit fondamental ou à une liberté n'est admissible qu'à la double condition d'être justifiée par un but légitime et d'être strictement proportionnée à ce but. L'article L. 120-2 du Code du travail, issu de la loi du 31 décembre 1992 a expressément repris et généralisé en droit du travail ce raisonnement. La motivation issue de la jurisprudence retenue par la Cour de cassation en matière de clauses de non-concurrence en est l'application, ce qu'atteste au demeurant le visa exprès de l'article L. 1121-1 nouv. C. trav. (art. L. 120-2 du Code du travail). La « *protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » précise le but légitime que doit poursuivre une clause de non-concurrence. Le caractère « *indispensable* » exprime l'exigence de nécessité de la restriction faite à la liberté du salarié et de proportionnalité entre l'étendue de cette restriction et le but recherché (sur cette exigence de proportionnalité, v. aussi v. Com. 4 janv. 1994, *D.* 1995. 205, note Y. Serra, arrêt qui casse la décision d'une cour d'appel au motif que celle-ci n'avait pas recherché si la clause litigieuse « *n'était pas*

disproportionnée »). On notera de plus que, lorsqu'une clause de non-concurrence est assortie d'une faculté de rachat par le salarié, cette faculté acceptée par l'employeur, démontre à elle seule que la clause n'est pas, pour ce dernier, nécessaire ou « indispensable », ce qui suffit à condamner la clause (Soc. 7 avr. 1998, *Dr. soc.* 1998. 546).

Ce contrôle de nécessité et de proportionnalité, qui donne de grands pouvoirs d'appréciation aux juges, n'est plus spécifique à la question des clauses de non-concurrence. Par extension de la jurisprudence les concernant et par application de l'article L. 1121-1 nouv. C. trav. (art. L. 120-2 C. trav.) il s'applique à toute clause qui restreint les droits et libertés fondamentaux du salarié. On peut choisir, en ce sens, de citer un exemple proche de la question des clauses de non-concurrence, celui des clauses d'exclusivité. A leur sujet, quatre arrêts du 11 juillet 2000 (*Bull. civ.* V, n° 276 et n° 277) reprennent le même attendu de principe pour annuler de telles clauses

: « *Attendu que la clause par laquelle un salarié s'engage à consacrer l'exclusivité de son activité à un employeur porte atteinte à la liberté du travail ; qu'elle n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché* ».

L'exigence d'un intérêt de l'entreprise qui soit « *légitime* » conduit à une difficulté particulière en matière de clauses de non-concurrence. 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.

Au-delà d'un certain seuil, la restriction de la concurrence est même passible de sanctions pénales (art. L. 420-6 C. com.), au travers de la prohibition des ententes (art. 81 CE et L. 420-1 C. com.), des abus de position dominante (art. 82 CE et L. 420-2, al. 1 C. com.) ou des abus de dépendance économique (art. 420-2, al. 2 C. com.). Il faut en particulier citer l'article L. 420-1 du Code de commerce lequel prohibe expressément, sous peine de sanctions pénales, les « *conventions* » qui « *tendent à [...] limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises* ». 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. Cette protection vient s'ajouter à celle que procure l'article 1382 du Code civil contre la concurrence déloyale. L'intérêt des clauses de non-concurrence se situe donc dans la prohibition de comportement qui, sans être des actes de concurrence déloyale, vont au-delà du jeu normal de la concurrence.

Il y a là une question de mesure casuistique difficile. Peuvent être considérées comme légitimes les protections des secrets professionnels, des fichiers de clientèle ou même de certains savoir-faire spécifiques à l'entreprise. La jurisprudence accepte d'aller plus loin encore. Elle valide ainsi l'interdiction de retirer un avantage concurrentiel, pour lui-même ou pour son nouvel employeur, du rapport privilégié qu'il a pu nouer avec la clientèle de son ancien employeur (v. pour la reconnaissance de la validité d'une clause de non-concurrence applicable à un garçon de café, Soc. 1^{er} mars 1995, *RJS* 1995, n° 377 ; ou à un coiffeur, Soc. 2 déc. 1997, *Bull. civ.* V, n° 414). Il demeure que 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.

C. La dernière condition posée à la validité d'une clause de non-concurrence tient à l'existence d'une « *contrepartie financière* ». Cette dernière exigence a été posée par l'arrêt *Barbier n° 46*) et les deux autres arrêts rendus dans les mêmes termes le 10 juillet 2002 (*préc.*). Elle doit être comprise comme l'exigence d'une contrepartie suffisante et non dérisoire. Réclamée depuis longtemps par un fort courant doctrinal, cette exigence d'une contrepartie avait été posée pour la première fois par un arrêt du 24 janvier 1866 (*D. 1866. 1. 81*), avant d'être abandonnée par la Cour de cassation tout au long du XX^e siècle. Il aura fallu attendre le début du XXI^e siècle pour que la Cour revienne sur cette position, suivant ainsi l'opinion de la plus grande partie de la doctrine.

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 juill. 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. 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 une récompense pour bons et loyaux services, ni une récompense pour l'ancienneté passée. Ainsi la contrepartie due pour l'obligation de non-concurrence ne peut être réservée aux seuls cas de rupture à l'initiative de l'employeur (*Soc. 9 mai 2006, Bull. civ. V, n° 198 ; RDT 2006. 171, obs. G. Auzero ; Soc. 31 mai 2006, Bull. civ. V, n° 198*) ; ni à l'absence de faute grave (*Soc. 28 juin 2006, Bull. civ. V, n° 231*). Et son montant ne peut dépendre de l'ancienneté du salarié (*Soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-45.511, Bull. civ. V, n° 44 ; RDT 2007. 308, note G. Auzero*). Dans de tels cas, le salarié peut demander la nullité de la clause (*Soc. 9 mai 2006 ; Soc. 31 mai 2006 ; Soc. 7 mars 2007, préc.*). Mais il peut aussi demander le versement de la contrepartie que la clause lui refusait (*Soc. 28 juin 2006, préc.*).

La Cour précise que la contrepartie désormais exigée doit être « financière », ce qui vise le versement d'une somme d'argent. Le statut juridique de cette contrepartie est au demeurant connu depuis longtemps, la Cour de cassation ayant été amenée à régler le sort des contreparties financières fréquemment prévues au sein des conventions collectives, du temps même où elles n'étaient pas obligatoires. La contrepartie a « *la nature d'une indemnité compensatrice de salaire* » (*v. not. Soc. 26 sept. 2002, Bull. civ. V, n° 283 ; Soc. 10 octobre 2007, Dr. soc. 2008, p.251, obs. J. Mouly*), ce qui implique sa soumission aux principaux éléments du régime juridique du salaire : cotisations sociales (*Soc. 13 janv. 1998, Dr. soc. 1998. 278, obs. J. Savatier*), statut fiscal, application de la prescription quinquennale des salaires (*Soc. 26 sept. 2002, préc.*), application, limitée, des garanties de

l'AGS (Soc. 6 mai 1997, deux arrêts, *Dr. soc.* 1997. 751, obs. R. Vatinet), et même ouverture de droits à congés payés (Soc. 10 octobre 2007, *préc.*) ce qui est peut-être pousser un peu loin l'assimilation à un salaire.

On notera, en outre, que le rapport de causalité qui unit l'obligation de non-concurrence et sa contrepartie financière permet logiquement le jeu de l'exception d'inexécution : l'indemnité de non-concurrence cesse d'être due à compter de la violation par le salarié de ses obligations (Soc. 25 févr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 65) et réciproquement, le salarié est libéré de ses obligations si l'employeur cesse de verser la contrepartie (Soc. 3 oct. 1991, *préc.*). Enfin, l'indemnité ne peut être versée avant la rupture du contrat, un tel versement étant présumé sans lien avec l'exécution de l'obligation de non-concurrence (v. Soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-45.511, *Bull. civ. V*, n° 44 ; *RDT* 2007. 308, note G. Auzero).

Ce lien de causalité est également important lors de l'évaluation du montant nécessaire à la validité de l'indemnité. Cette contrepartie doit ne pas être dérisoire (pour un rejet du pourvoi formé contre une décision d'appel ayant qualifié de dérisoire une indemnité d'un dixième de mois de salaire par mois de non-concurrence : Soc. 15 novembre 2006, n° 04-46.721, *Bull. civ. V*, n° 341 ; *RDT* 2007. 95, obs. J. Pélissier). Et, parce qu'elle est destinée à compenser le préjudice que crée l'obligation de non-concurrence, elle ne saurait dépendre que de l'intensité de ce préjudice, et non de la durée de l'ancienneté (Soc. 7 mars 2007, *préc.*).

Enfin, les sanctions de ces règles sont efficaces. L'absence de contrepartie financière est un trouble manifestement illicite que le juge des référés a le pouvoir de faire cesser, en déclarant la clause de non-concurrence inopposable au salarié (Soc. 25 mai 2005, *Bull. civ. V*, n° 180). La responsabilité de l'employeur est engagée du fait de l'illicéité de la clause, l'existence d'une telle clause provoquant nécessairement un préjudice au salarié (Soc. 18 mars 2003, *Bull. civ. V*, n° 98 ; Soc. 11 janvier 2006, *Bull. civ. V*, n° 8 ; *Dr. soc.* 2007. 465-466, obs. J. Mouly ; *RTD civ.* 2006. 311, obs. J. Mestre et B. Fages ; Soc. 18 octobre 2006, pourvoi n° 05-42706 ; Soc. 15 novembre 2006, n° 05-46.721, *Bull. civ. V*, n° 341 ; *RDT* 2007. 95, obs. J. Pélissier).

En revanche, si le salarié souhaite bénéficier de la contrepartie financière d'une clause illicite, cette possibilité lui est offerte. La nullité de la clause est une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par le salarié (v. not. Soc. 17 juillet 1997, *Dr. soc.* 1997. 972, obs. C. Roy-Loustaunau).

La renonciation unilatérale de l'employeur à l'application de la clause n'est en principe plus valide, dès lors que la présence d'une contrepartie fait de cette clause un élément contractuel d'intérêt commun entre l'employeur et le salarié (Soc. 17 février 1993, *D.* 1993. 347, note Y. Serra ; Soc. 4 juin 1998, *RJS* 1998, n° 856). Toutefois, une clause contractuelle peut accorder expressément une faculté de renonciation à l'employeur. La validité d'une stipulation pourrait être contestée au nom de la prohibition des conditions potestatives. Elle semble cependant admise actuellement par la jurisprudence. La Cour de cassation se contente d'exiger que, lorsque la rupture du contrat de travail est un licenciement, la renonciation ait lieu au plus tard à la date de ce licenciement (Soc. 15 juill. 1998, *Bull. civ. V*, n° 382), afin que le salarié puisse immédiatement rechercher du travail en connaissance de cause. En cas de démission ou de prise d'acte de la rupture par le salarié, l'impossibilité pour l'employeur d'anticiper la rupture du contrat a conduit les juges à accorder à l'employeur un délai pour prendre sa décision de renoncer, ou non, à l'application de la

clause (Soc. 15 mars 2006, *Bull. civ. V*, n° 105, pour une démission, et Soc. 13 juin 2007, pourvoi n° 04-42.740, *RDT* 2007. 579-580, note J. Pélissier, pour une prise d'acte). Ce délai, qui court à compter de la date à laquelle l'employeur a eu connaissance de la rupture est, aux dires de la Cour, un délai « raisonnable ». Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 13 juin 2007 (préc.), l'employeur avait attendu près d'un mois à compter de la notification de prise d'acte de la rupture. Selon la Cour de cassation, un tel délai a pu être considéré comme « raisonnable » par la cour d'appel. Il est cependant permis de juger un tel délai fort long : il faut en effet rappeler que, dans l'attente de la décision de l'employeur, le salarié doit, à titre conservatoire, respecter la clause et qu'il ne peut, en conséquence, rechercher librement un nouvel emploi. Il aurait pu sembler plus « raisonnable » de n'accorder que quelques jours de délai à l'employeur, afin de ne pas laisser le salarié durablement dans l'ignorance de l'étendue du champ dans lequel il peut rechercher un emploi. Il faut surtout regretter la validité de ces facultés de renonciation unilatérale qui font du droit à la contrepartie financière un droit potestatif, qui dépend du bon vouloir de l'employeur.

Ces dernières solutions apparaissent relativement laxistes pour les employeurs. Mais elles ne doivent pas cacher que, dans l'ensemble, la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence est sévère. Ces clauses qui furent longtemps des clauses de style, sont désormais précisément contrôlées. Elles devraient devenir exceptionnelles. Ce qui peut apparaître comme la moindre des choses, s'agissant de clauses attentatoires aux libertés fondamentales.

JURISPRUDENCE RECENTE

- La protection des intérêts légitimes de l'employeur (le laveur de vitre de 1992...) et Le respect de la liberté de travail et des spécificités de l'emploi

La Cour de cassation a jugé le 30 octobre 2000 (n°98-43756) que la clause de non concurrence opposée à un assistant funéraire était nulle en raison du défaut de qualification du salarié et n'était dès lors pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

Un exemple de la chambre commerciale de la cour de cassation (contrat d'agent commercial) : 11-5-2017 n° 15-12872 :

Mais attendu qu'après avoir énoncé que pour être valable, une clause de non-concurrence doit être non seulement limitée dans le temps et dans l'espace, mais aussi proportionnée par rapport à l'objet du contrat et nécessaire à la protection des intérêts légitimes de son bénéficiaire, l'arrêt retient, d'abord, que le périmètre géographique de la clause de non-concurrence n'était ni circonscrit, ni déterminable au moment de la conclusion du contrat, mais appelé au contraire à s'étendre sans aucune limite à tout le territoire français au fur et à mesure de l'exécution de celui-ci, de sorte que la condition tenant à la limitation de la portée géographique de la clause n'était pas respectée ; qu'il retient, ensuite, que cette clause n'était pas proportionnée

à l'objet du contrat puisqu'elle n'avait pas pour but de protéger la clientèle du mandant, l'objet du contrat consistant en la réalisation de transactions ponctuelles, non ou peu renouvelables, auprès de la population nationale adulte indifférenciée, ce qui exclut toute fidélisation, notion inhérente au concept de clientèle ou même d'achalandage qui suppose une implantation géographique, inexistante en l'espèce ; qu'il retient, enfin, que la clause n'avait pour objectif que d'interdire l'accès au marché national à l'ancien cocontractant, en le privant de la possibilité de continuer à exercer l'activité qu'il avait déjà entreprise au moins de manière accessoire, avant la conclusion du contrat, ce qui ne caractérisait pas la protection d'un intérêt légitime ;

- La limitation dans le temps et l'espace

Qui sera analysée selon le degré d'impossibilité d'exercer une activité conforme à sa formation etc..

3 juillet 2019 N° de pourvoi: 18-16134

Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 1121-1 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme B... a été engagée par la société Christian Dior couture le 3 septembre 2007 en qualité de "trainee manager" ; que son contrat de travail stipulait une clause de non-concurrence en Europe pendant une durée de six mois ; que, par avenant du 23 avril 2012, la salariée a été nommée "Boutique manager" à Hong-Kong, avec une extension de sa clause de non-concurrence à la zone Asie-Pacifique ; qu'après avoir démissionné le 22 octobre 2013, la salariée a contesté le mode de calcul de l'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence ;

Attendu que pour déclarer nulle la clause de non-concurrence et condamner l'employeur à payer à la salariée des dommages-intérêts à ce titre, l'arrêt retient que la stipulation d'un champ d'application aussi vaste dans un premier temps qu'un continent, à savoir l'Europe, puis son extension à un deuxième continent, l'Asie, outre les Etats du Pacifique, constituait une limitation excessive à la liberté du travail ;

Qu'en se déterminant ainsi, au regard de la seule étendue géographique de la clause, sans rechercher si la salariée se trouvait dans l'impossibilité d'exercer une activité conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision

20 novembre 2013 **12-20074** Publié au bulletin

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel qui a examiné les nouvelles fonctions exercées par l'intéressé, sans s'arrêter à leur dénomination ni étendre le champ d'application de la clause au-delà de ses prévisions, a relevé qu'elles étaient de même

nature et correspondaient à celles exercées par le salarié à titre d'ingénieur commercial ; qu'ayant par ailleurs retenu que le salarié disposant d'une expérience professionnelle et d'une formation qui ne le limitaient pas au secteur de l'informatique des laboratoires médicaux, elle a pu déduire de ses constatations que la clause n'avait pas pour effet d'empêcher le salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience ; (ici : 1 an)

- L'exigence d'une contrepartie financière

Attention : aucune minoration selon le type de rupture (démission/licenciement : exemple : 27-9-2017 n° 16-17516), aucune limitation selon le mode de rupture (RCH) :

18 janvier 2018 N° de pourvoi: 15-24002 Publié au bulletin

Attendu que pour dire que la clause de respect de la clientèle s'assimile à une clause de non-concurrence illicite et condamner l'employeur à payer à la salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour le préjudice subi, l'arrêt retient que l'article 8-5-1 de la convention collective des experts-comptables qui s'applique aux parties, s'il prévoit des modalités relativement à la contrepartie financière des clauses de non-concurrence, n'envisage que les hypothèses de licenciement et de la démission et non de rupture conventionnelle en sorte que la salariée ne peut se prévaloir de ses dispositions ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le montant de la contrepartie financière à une clause de non-concurrence ne pouvant être minoré en fonction des circonstances de la rupture, il en résulte que la contrepartie prévue par la convention collective en cas de licenciement était applicable en l'espèce, la cour d'appel a violé les textes susvisés

La convention s'applique si elle est plus favorable que le contrat de travail (par exemple 15-12-2009 n°08-44847)

Au contraire :

13 janvier 1998 N° de pourvoi: 95-41480 publié au bulletin:

« Mais attendu que la cour d'appel a relevé qu'aux termes de l'article 7-4 de l'Accord national relatif aux salariés permanents des entreprises de travail temporaire du 23 janvier 1986, " la clause de non-concurrence comporte, en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur autre que dans l'hypothèse de faute grave ou lourde, pendant la durée de la non-concurrence, une contrepartie financière qui ne pourra, en tout état de cause, être inférieure à un montant mensuel égal à 20 % de la moyenne mensuelle de la rémunération du salarié au cours de ses trois derniers mois de présence dans l'entreprise, pour la première année... " ;

qu'ayant constaté que la clause du contrat de Mme X... réduisait ce versement à une indemnité mensuelle dérisoire par rapport au minimum prévu par ce texte, elle a pu décider que cette clause était nulle et en déduire, sans encourir les griefs du moyen, que la clause de non-concurrence n'étant pas applicable, à défaut de contrepartie, la salariée s'était trouvée libérée de l'interdiction de concurrence »

L'examen de la jurisprudence permet de constater que en moyenne les contreparties financières inférieures à 33% sont considérées comme insuffisantes. (source : Le contrat de travail et la clause de non concurrence. Par Cathy Neubauer, Avocate, article publié sur le site Village de la Justice, pièce 7) ;

Pour un autre auteur (cabinet LEHMAN et Associés), la contrepartie varie entre un quart et deux tiers du salaire, en fonction notamment de l'étendue de l'interdiction de concurrence

Exemples de contrepartie dérisoire:

- 15 % du salaire d'un chef de dépôt soumis à une interdiction de concurrence d'une durée d'un an sur trois départements (CA Montpellier, 25 mars 2009, n° 08-7428, cité par Me Christelle CERF, pièce 6)).
- indemnité de 2,4 mois de salaires pour 24 mois d'interdiction de concurrence (Cass.Soc, 15/11/2006 n° 04-46721, **arrêt publié**)
- indemnité de 1,14 mois sur la base du dernier mois travaillé pour six mois d'interdiction (Cass.Soc, 16/05/2012 n° 11-10760, **arrêt publié**)
- **indemnité de 2,4 fois le salaire mensuel pour toute la durée de la clause, CPH Bordeaux 11-7-2011**

Or, la Cour de Cassation a jugé le 15 novembre 2006 (n°04-46721) **qu'une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie** ce qui entraîne nécessairement la nullité de la clause.

LES POUVOIRS DES JUGES

1) Si la clause est nulle :

En référé :

La formation des référés est compétente pour déclarer inopposable une clause de non concurrence ne comportant pas de contrepartie financière (Cour de Cassation **25 mai 2005 N°04-45794** Publié au bulletin, CPH de Bordeaux, 5 juillet 2011).

Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la clause de non-concurrence insérée au contrat de travail de l'intéressé n'était assortie d'aucune contrepartie financière, en a exactement déduit que son exécution était de nature à caractériser un trouble manifestement illicite ;

Et attendu que le chef du dispositif de l'arrêt, qui, sans annuler la clause de non-concurrence, la déclare inopposable au salarié, constitue, au sens de l'article R. 516-31 du Code du travail, une mesure destinée à faire cesser ce trouble manifestement illicite ;

Au fond :

Le salarié, qui subit un préjudice en respectant une clause de non-concurrence illicite, peut être **indemnisé**.

Attention, la notion de préjudice « automatique » a été abandonnée, notamment en ce qui concerne ces clauses ;

Si la clause empêche le salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, **le juge peut la réviser** dans le temps, l'espace ou ses autres modalités (*Cour de Cassation, 18 septembre 2002, n°00-42.904 publié*):

Mais attendu que le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités ;

Et attendu que la cour d'appel ayant relevé que la clause litigieuse constituait, en raison de la spécificité de l'activité professionnelle de M. X..., une entrave à sa liberté de travailler, a pu décider qu'il y avait lieu d'en réduire le champ d'application à l'interdiction faite au salarié de démarcher les clients de la société GAN-vie ;

A défaut de contrepartie ou si elle est insuffisante ou si l'employeur ne paye pas la contrepartie (attention un simple retard ne suffit pas – 20/11/2013 12-20074), le salarié peut valablement:

- ne pas respecter la clause de non-concurrence,
- réclamer en justice des dommages et intérêts en réparation de son préjudice,
- réclamer en justice le paiement de la clause de non-concurrence tout le temps qu'elle a été respectée.

Mais le juge ne peut ni augmenter ni réduire le montant de la contrepartie pécuniaire, seulement annuler la clause (*chambre sociale de la Cour de cassation, 16 mai 2012, n° 11-10.760 publié*) :

Attendu que pour juger la clause de non-concurrence illicite et condamner l'employeur à payer au salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts, l'arrêt retient que la contrepartie financière prévue contractuellement et correspondant, pour six mois d'application de l'interdiction, à 1,14 mois sur la base du dernier mois travaillé est disproportionnée et dérisoire ; qu'ajoutant que les contreparties financières de non-concurrence correspondent en général au minimum à 33 % de la rémunération moyenne mensuelle brute sur les douze derniers mois, la cour d'appel a fixé le montant de la contrepartie financière sur cette base puis, prenant en compte la somme déjà perçue à ce titre par le salarié, elle lui a alloué le solde à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la clause illicite ;

Attendu cependant que si une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence équivaut à une absence de contrepartie rendant la clause nulle, le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée ;

2) Si la clause est valable :

La Cour de Cassation a clairement jugé le 30 mai 2013 n°12-14289, que

« Attendu, cependant, que, pas plus que le juge du principal, le juge des référés n'a le pouvoir, à la demande d'un tiers, d'ordonner la résiliation d'un contrat de travail ni de prendre une mesure entraînant la rupture de celui-ci ;

Qu'en ordonnant une mesure contraignant un ancien salarié à rompre le contrat de travail conclu avec un nouvel employeur, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs ;»

(voir aussi Cour de Cassation 13 mai 2003 N° de pourvoi: 01-17452 Publié au bulletin)

La preuve faite du non-respect de l'obligation de non-concurrence, la clause étant reconnue valide, l'ancien employeur a tout d'abord le droit d'obtenir :

- le remboursement de la contrepartie pécuniaire indûment perçue par le salarié depuis la date de son manquement,
- la condamnation du salarié au paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1142 du Code civil : l'employeur victime ne peut obtenir le dédommagement que du préjudice démontré

Ces dommages-intérêts répareront le préjudice matériel (c'est-à-dire la perte subie ou la privation de gain) et/ou moral du bénéficiaire de l'obligation de non-concurrence.

Le montant des dommages-intérêts auxquels peut être condamné le salarié est souvent limité au franc (à un euro) symbolique en raison du défaut de preuve de la part de l'ancien employeur du montant du préjudice subi.

C'est la raison pour laquelle, les clauses de non-concurrence sont souvent accompagnées d'une clause pénale fixant de façon forfaitaire les dommages-intérêts ou le plancher de ceux-ci qui seraient dus à l'employeur en cas de violation de l'obligation de non-concurrence par son ancien salarié.

Mais le juge n'est pas lié par ce type de clauses : il peut ramener le montant prévu à un montant inférieur s'il estime que la clause est disproportionnée au préjudice :

Nouvel article 1231-5 du code civil :

Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.

- la condamnation du nouvel employeur qui, en connaissance de cause, recrute un salarié tenu par une clause de non concurrence sur le fondement de la complicité de la violation d'une obligation contractuelle.

- la condamnation du salarié au paiement de dommages-intérêts pour concurrence déloyale, toujours interdite et ce même en cas de nullité d'une clause de non-concurrence pour défaut de contrepartie pécuniaire. La concurrence déloyale est constituée dès lors que l'ancien salarié use de moyens contraires aux usages et à la loyauté pour profiter des efforts de son ancien employeur (détournement de clientèle, utilisation de fichiers clients, diffamation, débauchage...):