

## Droit du travail

# La clause de non-concurrence en droit du travail : un outil à manier avec précaution

Exception aux principes de la libre concurrence et de la liberté du travail, la clause de non-concurrence permet d'interdire l'exercice d'une activité concurrente. Utilisée également dans le cadre des contrats commerciaux (contrat de distribution, contrats de partenariat commercial, cessions de parts sociales ou d'actions, etc.), elle est fréquemment stipulée dans les contrats de travail, interdisant ainsi à un salarié, à la suite de la rupture de son contrat, de travailler pour une entreprise concurrente de son ancien employeur.

Il convient d'apporter une attention particulière à la rédaction d'une telle clause, sauf à prendre le risque de quelques désagréments. En effet, en l'absence de texte légal ou réglementaire fixant le régime de la clause de non-concurrence, la jurisprudence a progressivement encadré ses conditions de validité (I), la possibilité pour l'employeur de renoncer à cette clause (II) ainsi que les modalités de son exécution (III).

### I. LES CONDITIONS DE VALIDITE

Les conditions de validité de la clause de non-concurrence ont été fixées par la jurisprudence mais doivent toujours être appréciées au regard des stipulations de la convention collective applicable qui peut en préciser le régime juridique.

*Toujours vérifier si la convention collective applicable traite de la clause de non-concurrence.*

Dans un arrêt de principe, l'arrêt « Barbier » du 10 juillet 2002, la Cour de cassation a subordonné la validité de la clause de non-concurrence à quatre conditions. Si les trois premières étaient déjà posées par la jurisprudence précédente, en revanche la quatrième est nouvelle.

#### 1. L'obligation de non-concurrence doit être justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise

L'insertion de la clause de non-concurrence doit être nécessaire. Elle doit pouvoir être justifiée par les fonctions exercées par le salarié : accès à des informations confidentielles dont la divulgation serait préjudiciable à son ancien employeur, relation privilégiée entretenue avec les clients ou les partenaires clés de l'entreprise.

Ainsi ont été jugées illicites car injustifiées par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, les clauses de non concurrence stipulées dans le contrat d'un laveur de vitre ou d'un magasinier n'ayant pas de contact avec la clientèle.

#### 2. L'obligation de non-concurrence doit être limitée dans le temps et dans l'espace

La clause de non-concurrence doit cumulativement être limitée dans le temps et dans l'espace.

S'agissant de la limitation dans le temps, il convient d'éviter de stipuler une durée supérieure à une ou deux années, sous réserve des éventuelles stipulations de la convention collective.

S'agissant de la limitation dans l'espace, elle nécessite de prendre en considération à la fois le marché réellement exploité par l'entreprise et le secteur d'intervention du salarié. Il est fréquent de limiter la clause à un ou plusieurs départements ou à une ou plusieurs régions. Certains emplois permettent cependant de retenir un champ d'application national compte tenu du caractère itinérant de l'emploi occupé par le salarié. La Cour de cassation a également accepté de reconnaître la validité de la clause de non-concurrence s'appliquant sur le territoire de plusieurs pays dès lors que le salarié concerné intervenait effectivement dans ces différents pays.

#### 3. L'obligation de non-concurrence doit laisser au salarié la possibilité d'exercer son activité professionnelle

La clause de non-concurrence ne doit pas empêcher le salarié d'exercer l'activité professionnelle pour laquelle il est formé et expérimenté.

Pour apprécier le respect de cette condition les juges prennent notamment en considération la durée pendant laquelle le salarié a exercé l'activité concernée, ainsi que le degré de spécialisation de cette activité qui doit être apprécié au regard du domaine d'activité visé par la clause de non-concurrence.

Ainsi, il n'est pas possible d'interdire à un salarié l'exercice d'une activité très spécialisée (exemple : un spécialiste des méthodes de fabrication des enduits de peinture ne peut pas se voir interdire cette activité). A l'inverse, si le salarié exerce une activité lui permettant d'exercer dans des secteurs d'activité autres que ceux visés par la clause de non concurrence, cette dernière sera valable (exemple : un électronicien dont la clause de non-concurrence vise exclusivement le milieu médical, ce salarié pouvant exercer ses compétences dans d'autres domaines).

**A défaut de respecter les conditions susvisées, la clause de non-concurrence est nulle :**  
- le salarié n'est pas tenu au respect de la clause ;  
- le salarié qui respecte une clause nulle subit nécessairement un préjudice ouvrant droit à des dommages et intérêts.

#### 4. La clause doit prévoir une contrepartie pécuniaire

La clause doit impérativement prévoir le montant de l'indemnité de non-concurrence que percevra le salarié. Les conventions collectives sont de plus en plus nombreuses à préciser le montant minimal de cette contrepartie pécuniaire à l'obligation de non-concurrence.

A défaut de précision dans la convention collective, il est conseillé de prévoir une contrepartie pécuniaire correspondant au minimum à un tiers du salaire brut qu'aurait dû percevoir le salarié pendant toute la période durant laquelle il est soumis à l'obligation de non-concurrence. Cette contrepartie doit impérativement être versée postérieurement à la rupture du contrat de travail. La Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 15 janvier 2014, que la clause de non-concurrence stipulant le versement d'une contrepartie pécuniaire en cours d'exécution du contrat de travail est nulle : le salarié n'est soumis à aucune obligation de non-concurrence et conserve les sommes versées par son employeur, qui ne peut en obtenir la restitution.

La contrepartie pécuniaire constitue une indemnité de salaire assujettie à ce titre aux cotisations sociales et ouvrant droit à une indemnité compensatrice de congés payés.

### II. La faculté de renonciation

Alors que la clause de non-concurrence est une stipulation synallagmatique profitant tant à l'employeur (créancier de l'obligation de non-concurrence) qu'au salarié (créancier de la contrepartie pécuniaire), la Cour de cassation admet que l'employeur puisse organiser contractuellement une faculté de renonciation unilatérale à la clause de non concurrence.

Il est donc indispensable de prévoir cette faculté de renonciation unilatérale et de déterminer avec soin ses modalités d'exercice. La faculté de renonciation précise notamment le délai durant lequel l'employeur pourra user de cette faculté, qui doit nécessairement intervenir à bref délai. A défaut de précision, la renonciation doit intervenir au plus tard au moment de la rupture du contrat ou lors du départ effectif de l'entreprise s'il intervient avant, ce qui sera notamment le cas si le salarié est dispensé d'exécuter un préavis.

Cette faculté de renonciation doit être utilisée avec grandes précautions. D'une part, si l'employeur oublie de l'exercer dans les temps, le salarié sera en droit de réclamer l'indemnité compensatrice. D'autre part, il n'est pas certain que la Cour de cassation maintienne à l'avenir une telle faculté. Elle a, en effet, adopté une position très restrictive s'agissant de la faculté de modification unilatérale du contrat de travail que croyait pouvoir se réserver l'employeur par une stipulation contractuelle. Il convient donc de ne stipuler une clause de non-concurrence que lorsqu'elle est strictement nécessaire.

### III. La mise en œuvre de la clause de non-concurrence

Si l'employeur ne renonce pas à la clause de non-concurrence, il doit acquitter la contrepartie pécuniaire dans les conditions susvisées. Le salarié est alors tenu au respect de l'obligation de non-concurrence et engage sa responsabilité à l'égard de son ancien employeur en cas de violation de cette obligation.

Afin de renforcer l'efficacité de l'obligation de non-concurrence, il est opportun d'assortir cet engagement d'une clause pénale fixant de manière forfaitaire la somme que devra verser le salarié à son ancien employeur en cas de violation de la clause de non-concurrence. Le montant de cette indemnité pourra toutefois être réduit par le juge s'il est manifestement excessif.

**Attention à l'application de la clause dans le cadre d'un groupe de sociétés :** dans un arrêt du 29 janvier 2014, la Cour de cassation a considéré que la clause ne s'applique pas en cas d'embauche du salarié débiteur de l'obligation de non-concurrence par une société appartenant au même groupe économique que son ancien employeur, dès lors qu'il existe une entente entre lui et ses deux employeurs successifs. En revanche, dans ce cas, la clause de non-concurrence conclue avec le premier employeur reprend ses effets normaux à partir du jour où le contrat de travail avec le second employeur est rompu. Le premier employeur doit alors, ou bien dénoncer l'application de la clause de non-concurrence s'il ne l'a pas fait lors de la rupture du premier contrat travail, ou bien payer la contrepartie pécuniaire.

[Article rédigé par  
Maître Sophie Wattel  
de CADRA, cabinet d'avocats  
en droit des affaires]

