

## LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE : DU CONTRAT DE TRAVAIL AU CONTRAT COMMERCIAL

La Cour de cassation s'est attachée ces dernières années à façonner le régime des clauses de non-concurrence afin qu'il ne soit pas porté atteinte au principe fondamental de la liberté du travail. Des éléments restent encore à affiner, la cohérence des décisions des chambres sociale et commerciale qui se dessine n'étant pas totalement aboutie.

Deux arrêts majeurs rendus par la Cour de cassation en mars dernier sont venus sensiblement modifier les principes sur lesquels se reposaient les entreprises. Ils constituent un bouleversement « culturel » quant aux domaines d'application des clauses de non-concurrence et à leur indemnisation notamment.

### I. L'interdiction de débauchage entre deux sociétés commerciales : une clause de non-concurrence ?

Les engagements réciproques, ou unilatéraux, entre deux sociétés commerciales visant à éviter le débauchage de leur personnel, sont assez classiques. Ils sont parfois convenus lors d'une acquisition de société par exemple, le cédant et/ou le repreneur s'engageant à ne pas recruter de salariés-clés de son cocontractant pendant une certaine période post-acquisition. Ils existent également souvent entre une société et son prestataire de services, la société utilisatrice s'engageant à ne pas recruter les salariés mis à sa disposition par le prestataire.

Il a été considéré que, convenus entre deux sociétés commerciales, ces engagements étaient parfaitement valables et ne constituaient pas un empêchement au principe fondamental de la liberté du travail, qu'en tout état de cause, ils ne concernaient pas le salarié qui était tiers au contrat commercial et n'avait pris aucun engagement de non-concurrence. La chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens, considérant que « la clause de non-sollicitation (...) ne constitue pas une clause de non-concurrence dont elle n'est ni une variante, ni une précision de celle-ci... » (1).

De son côté, sans se prononcer sur la nature de la clause, la chambre sociale de la Cour de cassation a, par un arrêt en date du 2 mars 2011 (2), jugé que constituait un frein à la liberté de travailler du salarié une clause insérée dans un contrat commercial entre deux sociétés, par laquelle « chacun contracte vis-à-vis de l'autre l'obligation de ne pas embaucher certains salariés faisant partie de l'effectif de son cocontractant ». La Cour a considéré que le salarié devait être indemnisé du préjudice subi résultant de l'atteinte à la liberté du travail, la société liée par la clause n'ayant pu l'engager pendant une certaine période après la rupture de son précédent contrat de travail.

Si la chambre sociale n'a pas le pouvoir d'invalider une clause figurant dans le contrat commercial entre deux sociétés, la chambre commerciale ne peut pas, de son côté, déterminer l'étendue du préjudice subi par le salarié qui n'est pas partie au contrat commercial et n'est pas un commerçant.

Contrairement à sa position en matière de clause de protection de clientèle dans les contrats de travail (3), la chambre sociale n'est pas allée jusqu'à considérer la clause de non-sollicitation dans un contrat commercial comme une clause de non-concurrence ; elle se contente de relever que cette clause conduit nécessairement à causer un préjudice au salarié. La considérer comme une clause de non-concurrence poserait d'ailleurs difficulté car, par voie de conséquence, elle devrait alors appliquer à la clause commerciale de non-sollicitation les conditions applicables à la clause de non-concurrence ce qui n'est pas en son pouvoir.

La plupart des conditions de validité de la clause de non-concurrence pourraient être étendues à la clause de non-sollicitation : protection des intérêts légitimes de la société bénéficiaire, ne pas avoir pour effet d'empêcher chaque salarié visé de retrouver un emploi conforme à ses compétences, limitation dans le temps et dans l'espace, détermination de l'activité visée...

S'il était décidé, en outre, d'accorder au salarié touché par l'effet de la clause de non-sollicitation, en cas de rupture de son contrat de travail, une compensation financière pour la restriction à ses facultés d'embauche par la société cocontractante de son employeur, quelle forme pourrait prendre un tel engagement de l'employeur, sachant que les salariés ne sont pas parties à l'accord commercial de non-sollicitation entre les deux sociétés ? Un avantage unilatéral octroyé au salarié au moment de la rupture du contrat de travail ? Quelle en serait la nature ? Salaire ou indemnité ? Comment l'évaluer ? Peu d'employeurs risquent d'être prêts à s'engager dans cette voie pour l'instant. Gageons qu'ils préfèrent prendre le risque d'avoir à verser à un salarié déterminé des dommages-intérêts pour préjudice subi, d'autant que les réclamations ne seront pas nécessairement fréquentes. En tout cas, une décision de la chambre mixte serait utile pour éviter des contentieux en dommage et intérêts.

### II. La clause de non-concurrence dans un pacte d'actionnaires : une clause de non-concurrence « comme les autres » ?

Il est fréquent que les salariés de haut niveau se voient attribuer des actions de l'entreprise dans laquelle ils travaillent, ou d'une société du groupe, souvent de la société mère, soit à titre gratuit soit pour un prix très faible. Il leur est généralement demandé de signer un « pacte d'actionnaires » dans lequel figure une clause de non-concurrence.

(1) Cass. soc., 10 mai 2006, n° 04-10149 - Cass. soc., 11 juill. 2006, n° 04-20438.

(2) Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-40547.

(3) Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-40618 - Cass. soc., 27 oct. 2009, n° 08-41501 - Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-41668 - Cass. soc., 2 mars 2011, n° 08-43609.

Mandataires sociaux détenteurs d'un contrat de travail, mais aussi détenteurs d'actions au titre d'un plan d'actionnariat ou d'un plan d'options, détenteurs de « parts C » dans le cadre des fonds d'investissements, le cas des salariés actionnaires est loin d'être rare. Il est possible aussi qu'avec le développement de l'auto-entrepreneuriat et des TPME, les clauses de non-concurrence se développent dans les cessions d'actions ou de parts par le créateur d'entreprise qui reste salarié après cession de la majorité de sa détention capitalistique.

Pour éviter les strictes conditions applicables à la clause de non-concurrence en droit du travail, et surtout celle relative à l'obligation d'une contrepartie financière, les entreprises insèrent souvent la clause de non-concurrence dans le pacte d'actionnaires plutôt que dans le contrat de travail, voire la suppriment dans le contrat de travail pour la transférer dans le pacte d'actionnaires avec l'accord du salarié, au moment où celui-ci reçoit les actions.

Exercice difficile d'ailleurs que la rédaction d'une clause de non-concurrence dans un pacte d'actionnaires : bien souvent, la clause de non-concurrence prend effet au moment où l'actionnaire cesse d'être salarié, quelles qu'en soient les raisons, si bien que la déconnexion entre le pacte d'actionnaires et le contrat de travail s'avère plutôt artificielle. En effet, tant que l'actionnaire est employé par l'entreprise, l'existence d'une clause de non-concurrence n'offre aucun intérêt ; s'il cède ses actions mais reste salarié, la clause de non-concurrence n'est pas nécessaire. Ce ne sera que lorsqu'il aura quitté ses fonctions que l'entreprise souhaitera lui interdire certaines activités.

Autre nouveauté essentielle apportée par la chambre commerciale de la Cour de cassation en mars dernier : lorsque le signataire d'un pacte d'actionnaires se trouve être également salarié de l'entreprise dont il est associé ou actionnaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation considère que « Lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de non-concurrence signée par lui, 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 la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives » (4). Jugé au cas d'espèce qu'à défaut de rémunération et de limite géographique, la clause de non-concurrence était nulle.

En cela, la chambre commerciale applique à la clause de non-concurrence contenue dans un pacte d'actionnaires liant un salarié, les mêmes conditions que celles imposées par la chambre sociale pour les clauses de non-concurrence dans un contrat de travail, alors que jusqu'à présent, non seulement elle refusait d'imposer une limitation temporelle et spatiale aux clauses de non-concurrence, mais considérait que la contrepartie financière n'était pas requise.

La cour ne précise cependant ni la nature de la contrepartie financière à verser, ni la période à laquelle cette contrepartie doit être

versée. La cour d'appel avait jugé que l'attribution d'actions au salarié avait été faite pour un prix symbolique, en déduisant que ce prix dérisoire constituait en soi une contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence. Or la chambre commerciale relève que l'attribution des actions avait été « réalisée en contrepartie de ses bons et loyaux services, de son implication personnelle et de l'activité déployée par lui dans l'activité et le développement de la société » ce qui excluait que le prix éventuellement dérisoire des actions constitue la contrepartie à l'obligation. Si l'employeur n'avait pas précisé les motifs de l'attribution des actions, le prix dérisoire aurait-il été validé par la chambre commerciale ?

La contrepartie financière doit-elle être une somme d'argent ou peut-elle être, comme en droit social, constituée par un avantage autre dès lors qu'il est quantifiable ? Cette rémunération doit-elle intervenir durant l'exécution par le salarié de son obligation de non-concurrence ou peut-elle être octroyée auparavant et dans ce cas, sous quelle forme ? La jurisprudence de la chambre sociale imposant une rémunération uniquement au moment où la clause prend effet, c'est-à-dire après la rupture des relations de travail s'appliquerait-elle ? Autant de questions laissées en suspens par cet arrêt.

Faut-il à l'avenir, introduire systématiquement les clauses de non-concurrence des associés ou actionnaires dans leur contrat de travail lorsqu'ils sont salariés ? Ou bien faudra-t-il rédiger les clauses de non-concurrence dans les pactes d'actionnaires de manière similaire à ce qui est pratiqué en droit du travail ?

En tout état de cause, dorénavant donc, la jurisprudence de la chambre commerciale est alignée sur celle de la chambre sociale comme on pouvait s'y attendre. C'est le cas du moins pour les salariés-actionnaires. La décision de la chambre commerciale découle à l'évidence de l'existence du contrat de travail, et vise à éviter un détournement de la jurisprudence de la chambre sociale ; l'attendu se réfère expressément au fait que la clause a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie. Pour autant, peut-on envisager par la suite une extension de cette jurisprudence à toutes les clauses de non-concurrence, y compris lorsque la personne qui s'y oblige n'est pas salariée de l'entreprise ?

Quelle différence y a-t-il en effet entre un salarié et une autre personne ? Si atteinte il y a au principe fondamental de la liberté du travail, l'atteinte est la même que l'on soit salarié ou non, et les restrictions au rétablissement professionnel causent tout autant un préjudice qui devrait être indemnisé, non pas *a posteriori* par des dommages-intérêts mais *a priori* par l'octroi d'une contrepartie, que celle-ci soit pécuniaire ou non d'ailleurs, comme l'admet la chambre sociale.

Tel est le cas par exemple du mandataire social qui n'est pas parallèlement détenteur d'un contrat de travail ; tel est le cas bien sûr de tout actionnaire ou associé qui ne se limite pas à détenir une

(4) Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-13824.

part du capital, mais exerce une fonction au sein de l'entreprise ou du groupe, fut-ce en tant que consultant par exemple.

Puisque la chambre sociale soumet les clauses de non-concurrence aux mêmes conditions que celles posées par la chambre sociale, les précisions apportées par cette dernière depuis plus de dix ans devraient également s'appliquer. Rappelons les principales avancées de ces dernières années.

### III. La clause de non-concurrence dans le contrat de travail : des principes clairs

Si la loi ne régit pas la clause de non-concurrence en droit du travail, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est chargée d'en poser l'ensemble des limites depuis de nombreuses années (5), jurisprudence qu'elle continue régulièrement d'affiner, comme le prouvent les jurisprudences de ces dernières années.

Ainsi, en droit du travail, à peine de nullité, la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail est soumise à plusieurs conditions cumulatives strictes, maintenant bien connues (6) :

— être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise : la nécessité de la clause doit être appréciée au regard du risque réel qu'une concurrence de la part du salarié ferait prendre à l'entreprise ; on tiendra compte des fonctions exercées par le salarié, de sa qualification, de son expérience et de son ancienneté, déterminant ainsi son niveau de connaissance et d'implication au sein de l'entreprise ; en pratique, un salarié occupant un emploi subalterne et n'ayant pas accès à des informations spécifiques ou à caractère confidentiel ne peut se voir opposer une clause de non-concurrence, seul un certain niveau de connaissances techniques ou commerciales est susceptible de légitimer l'existence d'une clause de non-concurrence ;

— ne pas empêcher le salarié de retrouver un emploi qui corresponde à sa formation et à ses connaissances : les juges s'appuient sur le concept de proportionnalité (7), équilibre entre les intérêts divergents du salarié et de l'entreprise ; il est essentiel de noter que cette appréciation se fera nécessairement au moment de la rupture du contrat de travail, lorsque la clause prendra effet ; ainsi, une clause *a priori* valable au moment de sa rédaction, pourra être jugée excessive plusieurs années plus tard, une fois que l'âge, l'ancienneté et l'expérience professionnelle du salarié dans l'entreprise rendront sa reconversion dans un autre secteur difficile, voire impossible ; il est donc nécessaire de se projeter dans l'avenir pour

s'assurer que la clause est rédigée de manière à rester valide malgré l'écoulement du temps, ou d'envisager de négocier des modifications de temps en temps pour s'assurer que la clause demeure au plus près des besoins de l'employeur ;

— être limitée dans le temps (et notamment respecter les dispositions de la convention collective applicable lorsqu'elles fixent la durée maximale de la clause), la durée de la restriction devant être envisagée au plus juste, en fonction des besoins réels de l'entreprise ;

— être limitée dans l'espace de manière précise et ce dès la signature de la clause : la clause ne peut se contenter de se référer aux « territoires dans lesquels l'entreprise exercera son activité lors de la rupture du contrat de travail » ; le territoire doit être clairement déterminé au moment de la signature du contrat, si bien que l'employeur ne peut couvrir par avance l'évolution de sa propre activité ; il devra obtenir l'accord du salarié pour modifier l'étendue géographique de la clause si nécessaire ; ici encore, l'étendue de la clause doit être déterminée en fonction du cas d'espèce et ne pas être excessive au risque d'empêcher le salarié de retrouver un emploi conforme à ses compétences — une interdiction portant sur la France entière pourra être reconnue valable si l'intéressé est en mesure d'exercer une « activité conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle » (8) ; en revanche, une interdiction couvrant l'Europe entière, voire plusieurs régions du monde comme l'on voit parfois, risque d'être excessive et pourra être soit annulée soit restreinte en justice ;

— tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié : ceci implique, notamment, que la clause ne peut valablement interdire au salarié de concurrencer l'activité de toutes les sociétés du groupe ; la clause doit être limitée à la protection des intérêts légitimes de la seule société qui emploie le salarié (9) ;

— déterminer la contrepartie financière due au salarié pendant toute sa durée : depuis les arrêts précités du 10 juillet 2002, la Cour de cassation impose la rémunération de la clause de non-concurrence pendant toute sa durée à peine de nullité de la clause ; cette indemnité de non-concurrence, sauf lorsqu'elle est fixée par la convention collective, doit être déterminée par les parties en fonction des sujétions imposées par l'employeur au salarié ; elle s'impose quel que soit le motif de la rupture du contrat de travail (y compris en cas de faute grave par exemple) (10) — sauf en cas de décès du salarié (11) ; en l'absence d'une telle compensation, non seulement la clause est nulle, mais le salarié qui l'a néanmoins respectée peut

[5] V. Stulz, « La clause de non-concurrence, le point après deux années de jurisprudences évolutives » : LPA 24 oct. 2003, p. 9 et s.

[6] Quatre arrêts de principe rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation synthétisent à eux-seuls une grande partie de ces règles : Cass. soc., 10 juill. 2002, nos 99-43334, 99-43336, 00-45135 et 00-45387.

[7] C. trav., art. L. 1121-1 : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

[8] Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 08-44847.

[9] Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-41719.

[10] Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 05-40876.

[11] Cass. soc., 29 oct. 2008, n° 07-43093.

avoir droit à des dommages-intérêts pour préjudice subi (12), et ce même si le salarié n'a pas eu à la respecter (reclassement groupe) (13), ou encore si la clause est annulée en justice en même temps que le contrat est résilié (14); la Cour de cassation impose en outre que cette rémunération (qui constitue un salaire, soumis à cotisations sociales et emportant droit à indemnité compensatrice de congés payés) soit versée mensuellement durant l'exécution de la clause : elle ne peut être payée d'avance, durant la vie du contrat ni être considérée comme incorporée dans le salaire (15); si la clause prévoit qu'une partie de sa rémunération est incorporée au salaire et qu'une autre partie est versée postérieurement à la rupture du contrat de travail, seule cette partie postérieure est prise en compte pour l'évaluation de son montant (16); à noter qu'un arrêt très récent vient préciser que la clause entre en vigueur et doit être rémunérée dès la cessation du travail effectif en cas de dispense de préavis (17). Cette position, logique en ce sens que le salarié doit respecter l'engagement qu'il a pris dès qu'il est en droit de rechercher un nouvel emploi, pose un problème majeur quant à la rémunération du salarié : durant le préavis dispensé, le salarié perçoit sa rémunération normale, comme s'il travaillait. La clause de non-concurrence prenant immédiatement effet, quelle rémunération perçoit-il durant le préavis ? L'indemnité compensatrice de préavis représentant la totalité de son salaire ? Ou l'indemnité de non-concurrence ne représentant généralement qu'une portion de son salaire ? Ou a-t-il le droit aux deux sommes cumulées ? ;

— être rédigée par écrit ; la clause de non-concurrence ne se présume pas : en l'absence de clause contractuelle de non-concurrence, la convention ou l'accord collectif qui impose une telle obligation ne peut être opposé au salarié que si cette convention ou cet

accord est antérieur à la signature du contrat de travail et si le salarié a été informé de son existence ; à défaut, le contrat de travail antérieur ne contenant pas d'obligation de non-concurrence prime sur la convention ou l'accord ultérieur qui en imposerait une ; en tout état de cause, les conventions collectives de branche imposent généralement que la clause de non-concurrence figure expressément dans la lettre d'engagement ou dans un accord écrit entre les parties, voire par avenant ultérieur, la convention collective se contentant d'en fixer les conditions maximales (18) ;

— éventuellement, sous réserve que la convention collective applicable ne l'interdise pas, prévoir la faculté pour l'employeur de la dénoncer unilatéralement et les conditions de cette dénonciation notamment en termes de délai ; faute pour la clause de le permettre et d'en fixer le délai, l'employeur ne peut unilatéralement renoncer à la clause de non-concurrence ni pendant l'exécution du contrat de travail (il s'agit d'une modification contractuelle qui requiert l'accord écrit du salarié) ni après le terme du contrat de travail (19).

En droit du travail donc, la situation est assez claire et les limites posées à la validité de telles clauses, si elles continuent d'évoluer régulièrement, ne posent pas de difficultés fondamentales.

Dès lors que la chambre commerciale adopte les mêmes conditions pour une clause de non-concurrence stipulée dans un pacte d'actionnaires, les précisions apportées par la chambre sociale devraient pouvoir être également appliquées par la chambre commerciale, pour assurer alors une parfaite cohérence de la jurisprudence.

**Viviane STULZ**

*Avocat à la cour, spécialisée en droit social  
Associée, cabinet Actance*

(12) Cass. soc., 18 mars 2003, n° 00-46358.

(13) Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70306.

(14) Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 08-45280 - Cass. soc., 30 mars 2011, n° 09-70336.

(15) Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45511.

(16) Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-71567.

(17) Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-68762.

(18) Cass. soc., 3 juill. 2001, n° 98-44139.

(19) Cass. soc., 13 juill. 2010, n° 09-41626.