

Publication : Les grands arrêts du droit du travail, 4e édition 2008, p. 240  
Type de document : 44-46

Décision commentée : Cour de cassation, soc., 08-05-1967 n° 65-12.776

Décision commentée : Cour de cassation, soc., 14-05-1992 n° 89-45.300

Décision commentée : Cour de cassation, soc., 10-07-2002 n° 00-45.387

Indexation

## CONTRAT DE TRAVAIL

1. Clause de non-concurrence
2. Validité
  3. Limitation dans l'espace et dans le temps
    4. Qualification professionnelle
    5. Recherche nécessaire
  3. Intérêt légitime de l'entreprise
    4. Qualification professionnelle
  3. Contrepartie financière
    4. Constatation nécessaire

## 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 **Jammaud**, 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  
2

### 44. Soc. 8 mai 1967

#### ***Bedaux c. Testaud***

(Bull. civ. IV, n° 373 ; D. 1967. 690, note G. Lyon-Caen)

### Arrêt

Vu l'article 1134 du Code civil et l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ;

Attendu qu'une clause de non-concurrence est en principe licite et ne doit être annulée que 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 ;

Attendu qu'il résulte des énonciations de la décision attaquée que par le contrat qu'il avait conclu avec la Société anonyme Bedeaux spécialisée dans les travaux d'organisation industrielle, commerciale, administrative et sociale pour le compte d'établissements publics ou privés, Annereau, ingénieur des arts et manufactures, s'était engagé, pour une durée de deux ans, et en contrepartie d'une indemnité sur tous les territoires où une société dépendant de l'Internationale Bedeaux ou de la

Fondation Bedeaux exercerait son activité au moment de la cessation du contrat, à ne prendre aucun emploi auprès d'une entreprise concurrente de l'organisation Bedeaux, ni à se livrer à une concurrence quelconque vis-à-vis de la Société Bedeaux ; qu'il était précisé que le fait de prospector les clients de la Société Bedeaux ou d'effectuer des travaux d'organisation pour ces clients serait considéré comme une concurrence déloyale, les clients visés étant ceux ayant donné lieu à prospection ou applications au cours des douze mois précédant le départ de l'ingénieur et qu'en outre celui-ci ne devait entrer au service d'aucun des clients de la Société Bedeaux avec lesquels il avait été en rapport durant le temps qu'il avait passé chez celle-ci, pour y exercer une fonction ou y effectuer des travaux d'organisation ; que congédié le 30 septembre 1963 Annereau a assigné son ancien employeur devant la juridiction commerciale où il a demandé notamment que soit déclarée nulle la clause de non-concurrence ;

Attendu que, pour faire droit à cette demande, l'arrêt attaqué a considéré que l'engagement souscrit par Annereau constitue une atteinte à la liberté du travail en ce qu'elle interdit à un ingénieur spécialisé dans l'organisation de la productivité d'accepter sur toute l'étendue du territoire national un emploi dans la branche d'activité qui correspond le mieux à sa formation professionnelle ; qu'en statuant ainsi *sans rechercher si la clause litigieuse interdisait à Annereau de façon absolue pendant deux ans d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation et à ses connaissances ou si, au contraire, elle lui laissait la possibilité de travailler dans un domaine autre ou pour d'autres employeurs que des formes d'organisation du travail*, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

*Par ces motifs, casse et annule, (...).*

## **45. Soc. 14 mai 1992**

### ***Godissart c. Soulhiol***

*(Bull. civ. V, n° 309, p. 193 ; JCP 1992. II. 21889, note J. Amiel Donat ; D. 1992. 350, note Y. Serra ; Dr. soc. 1992. 967, chron. D. Corrigan Carsin)*

### **Arrêt**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Agen, 19 sept. 1989) et la procédure, que le 22 septembre 1980, M. Jean-Pierre Soulhiol a été engagé comme laveur de vitres par M. Henri Godissart, gérant libre de l'entreprise de nettoyage Marietta à Cahors ; que le 1<sup>er</sup> février 1983 est intervenu entre eux un contrat contenant une clause de non-concurrence faisant interdiction au salarié d'exploiter directement ou indirectement une entreprise identique ou similaire à l'entreprise Marietta, pendant quatre années dans le département du Lot, les départements limitrophes, et dans tous les autres départements où l'entreprise Marietta créerait et exploiterait une agence ; que le 29 octobre 1987, M. Jean-Pierre Soulhiol démissionnait et qu'il était engagé par la société Labruyère exerçant à Cahors une activité identique à celle de l'entreprise Marietta ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré que la clause de non-concurrence était illicite, alors que, selon, le moyen, d'une part la clause de non-concurrence destinée à protéger des intérêts légitimes de l'employeur est licite, si elle ne porte pas gravement atteinte à la liberté du travail en raison de son étendue dans le temps et dans l'espace, compte tenu de la nature de l'activité du salarié ; que tel est le cas de la clause insérée au contrat d'un responsable laveur de vitres, limitant l'obligation de non-concurrence à une durée de quatre ans et aux départements du Lot et ceux limitrophes, l'employeur n'ayant qu'une seule agence à Cahors ; que d'autre part ladite clause ne mettait pas le salarié, qui exerçait d'ailleurs initialement la profession de boucher, dans l'impossibilité de gagner sa vie ;

qu'enfin en décidant néanmoins que le salarié démissionnaire pouvait se faire immédiatement embaucher par l'entreprise de nettoyage concurrente située dans la même ville car la clause de non-concurrence était illicite, la cour d'appel a violé l'article 1 1 34 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause ; qu'elle a par ce seul motif, légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi (...).

## **46. Soc. 10 juillet 2002**

### ***Barbier c. Maine Agri SA***

(Bull. civ. V, n° 239, 2<sup>e</sup> esp., n° 2724 ; D. 2002. 2491, note Y. Serra ; D. 2002, Somm. 3111, obs. J. Pélissier ; Dr. soc. 2002. 954, obs. R. Vatinet)

### **Arrêt**

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<sup>er</sup> 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 (...).

### **Observations**

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<sup>re</sup> esp. et *Molines c. Sté MSAS cargo international*, Bull. civ. V, n° 239, 3<sup>e</sup> 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 n° 45*) 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<sup>er</sup> 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<sup>e</sup> siècle. Il aura fallu attendre le début du XXI<sup>e</sup> 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.

Fin du document