

Les clauses de non- concurrence

Pr. Jean-Baptiste Seube

IJLS

Janvier 2020

Plan du séminaire

- Introduction
 - Définition/domaine/enjeux
 - Distinctions d'avec des clauses voisines
- Condition de validité de la clause et sanction en cas d'invalidité
 - Limitation dans le temps et/ou l'espace
 - Limitation quant à l'activité interdite
 - Proportionnalité aux intérêts du créancier
 - Assortie d'une contrepartie financière ?
 - Sanction : nullité ? réduction ? réputée non écrite ?
- Rédaction des clauses
 - Clauses expresses/leur rédaction et leur interprétation
 - Clauses implicites ?
- Transmission de la clause
 - Transmission passive
 - Transmission active
- Sanction de l'inexécution de l'engagement de non-concurrence
 - Contre le débiteur de concurrence
 - Contre un tiers complice ?

INTRODUCTION (1/2)

- Définition : La clause de non-concurrence a pour objet d'interdire au débiteur d'exercer une activité économique similaire à celle du créancier.
- Domaine :
 - Domaine matériel : On la retrouve dans de très nombreux contrats : contrats de travail, contrats de distribution, contrats de société, cession de parts sociales...
 - Domaine temporel : Elle peut concerner tant la période contractuelle (CNC pesant sur un associé) que la période post-contractuelle (CNC pesant sur un salarié).
- Enjeux : La clause oscille entre la liberté contractuelle et la préservation de la liberté de travail ou de la liberté d'entreprendre du débiteur. Interventions de plus en plus fréquentes du législateur
 - Exemple d'interdiction absolue : L. 31 décembre 1971, art. 7 sur la profession d'avocat : « *le contrat de collaboration ne doit pas comporter de stipulation limitant la liberté d'établissement ultérieure du collaborateur* ».
 - Exemple d'interdiction relative : C. com., art. L. 341-2-1 sur les réseaux de distribution : « *I.- Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à [l'article L. 341-1](#), de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite. II.- Ne sont pas soumises au I du présent article les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes : 1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I ; 2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ; 3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ; 4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1* ».

Introduction (2/2) : distinction d'avec des clauses voisines

- **Clause de non-rétablissement.** La clause de non-rétablissement ou de non-réinstallation est la clause qui, dans le cadre d'une cession, interdit au vendeur de se réinstaller à proximité. Elle obéit aux règles de la clause de non-concurrence mais, parce qu'elle participe de la délivrance et de la garantie, peut être tacite (cf. infra).
- **Clause de confidentialité.** La clause de confidentialité, ou de secret, ou de non-divulgaration, est celle par laquelle une personne s'interdit de communiquer aux tiers des informations qui lui ont été transmises par une autre personne. Elle n'interdit donc pas au débiteur d'exercer une activité. Toutefois, si la clause a un objet très large, elle peut produire le même effet qu'une CNC.
- **Clause de non-sollicitation.** La clause de non-sollicitation est celle par laquelle le débiteur s'interdit de contacter certaines personnes attachées au créancier. Elle est très fréquente dans les contrats de travail, faisant interdiction à l'ancien salarié de contacter les clients de son ancien employeur. Il convient alors de distinguer deux hypothèses :
 - Le plus souvent, les clauses de non-sollicitation interdisent seulement au débiteur de contacter des salariés ou des collaborateurs du créancier. La Cour considère alors qu'elle ne se confond pas avec une CNC puisque le débiteur reste libre d'exercer son activité (Cass. com., 11 juillet 2006, n°04-20438 : « la clause de non-sollicitation ne constitue pas une CNC dont elle n'est ni une variante, ni une précision »).
 - Mais les clauses de non-sollicitation peuvent, dans certains cas, s'apparenter à une CNC et en épouser alors le régime.
 - La Cour a ainsi jugé que « ayant relevé que la clause de clientèle contenait une interdiction, y compris dans les cas où les clients de l'employeur envisageraient spontanément, en dehors de toute sollicitation, de contracter directement ou indirectement avec l'ancienne salariée, et retenu que dans ce cas, il ne peut être reproché à l'intéressé un manque de loyauté à l'égard de son ancien employeur, la cour en a exactement déduit que cette clause s'analysait en une CNC illicite car dépourvue de contrepartie financière et non limitée dans le temps et l'espace » (Cass. soc., 27 octobre 2009, CCC 2009, comm., n°288).
 - La clause insérée dans la cession d'une clientèle civile (notaire) prévoyant que le cédant doit orienter les personnes vers le cessionnaire est nulle car porte atteinte à la liberté de choix du client (Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2012, n°11-16439).
- **Clause de non-réaffiliation.** La clause de non-réaffiliation n'interdit pas au débiteur d'exercer une activité concurrence ; elle lui interdit seulement de s'affilier à une enseigne concurrente à celle du créancier. Elle devrait donc échapper à l'interdiction des CNC (Cass. com., 28 sept. 2010, n°09-13888). Pourtant, dans certains secteurs, il est nécessaire de s'affilier à une enseigne nationale : ainsi, la distribution des produits alimentaires nécessite une affiliation car les distributeurs font leur marge sur les MDD. Dès lors, la clause de non-réaffiliation est assimilée à une CNC (Aut. Conc., 15 février 2011, n°11-D-03).

Conditions de validité de la clause et sanction en cas d'invalidité.

- En principe, la clause est valable en raison du principe de l'autonomie de la volonté : « *Attendu que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'une clause de non-concurrence est en principe licite* » (Cass. soc., 6 décembre 1967, Bull. civ. IV, n°761).
- Cependant, elle doit être :
 - limitée dans le temps et/ou l'espace
 - Limitée quant à l'activité interdite
 - Proportionnée aux intérêts du créancier
 - Assortie d'une contrepartie financière ?

Limitation dans le temps et/ou l'espace

- Arrêt de principe : « *La liberté de faire le commerce ou d'exercer une industrie peut être restreinte par les conventions particulières, pourvu que ces conventions n'impliquent pas une interdiction générale et absolue, c'est-à-dire illimitée quant au temps et quant au lieu* » (Cass. civ., 2 juillet 1900, DP 1901, 1, p. 294).
- Limitation dans le temps :
 - Clause limitée à 30 ans valable (Cass. com., 20 février 1979, n°77-13653)
 - Clause limitée à 99 ans annulée comme perpétuelle (CA Reims, 12 octobre 1976, D. 1977, p. 278).
- Limitation dans l'espace : attention sur une île car on a vite fait de rendre l'exercice de l'activité impossible tout en prévoyant une limitation spatiale qui, à Paris ou à Londres, aurait été acceptable.
- Temps et lieu ? Temps ou lieu ?
 - « *La restriction est valable lorsque, librement consentie, elle est perpétuelle, mais limitée à un lieu déterminé, comme aussi, lorsque, s'étendant à tous les lieux, elle ne doit être observée que pendant un certain temps* » (Cass. civ., 2 juillet 1900, préc. ; Cass. com., 15 juillet 1987, n°86-11272).
 - « *attendu que l'arrêt relève que la clause de non-concurrence litigieuse n'est pas limitée dans l'espace ; que de cette seule constatation, et peu important que cette clause fût limitée dans le temps, la cour d'appel a... exactement déduit* » la nullité de la clause (Cass. com., 12 février 2013, n°12-13726 ; Cass. com., 11 mars 2014, n°12-12074; Cass. com., 24 novembre 2009, n°08-17650).

Limitation quant à l'activité interdite

- La clause ne doit pas interdire au débiteur toute activité salariée ou professionnelle (cela serait une atteinte intolérable à la liberté du travail ou du commerce et de l'industrie).
- La clause doit permettre au débiteur d'exercer une activité dans son champ de compétence (Cass. com., 29 mai 1980, 79-10323).
- Par exemple, la clause ne peut pas interdire à un agent commercial d'exercer son activité, mais elle peut lui interdire de l'exercer dans tel ou tel domaine.

Proportionnalité à l'intérêt du créancier

- La clause doit être proportionnée à l'intérêt à protéger. Il faut donc que la clause serve réellement les intérêts du créancier et ne soit pas juste un moyen d'« ennuyer » le débiteur, sans apporter aucun intérêt au créancier. Par exemple, on ne peut pas interdire à un agent de service d'exercer son activité chez les concurrents.
- Dans un contrat conclu entre une centrale radio et un chauffeur de taxi, la clause interdisait au chauffeur l'activité de taxi pendant 3 ans, 30kms autour de Versailles « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la clause litigieuse, même limitée dans le temps et dans l'espace, n'était pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. com., 4 janvier 1994, n°92-14121).
- contrat de franchise : Cass. com., 1^{er} juillet 2003, n°02-11381
- contrat d'agence commerciale : Cass. com., 4 juin 2002, n°00-14688

Assortie d'une contrepartie financière ?

- En droit du travail : « *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* » (Cass. soc., 10 juillet 2002, n°99-43334 – CSM, Skywave Ltd v. Persunoo 2018 SCJ 39).
 - Application de la solution dans le temps
 - Application de la solution à tous les salariés, quelque soit le support où figure la clause (Cass. com., 8 octobre 2013, n°12-25984, clause figurant dans un pacte d'actionnaires liant un associé, qui avait aussi la qualité de salarié).
 - Application au-delà ?

Assortie d'une contrepartie financière ?

- Arguments pour et contre l'extension
 - Contre : le droit du travail est un droit protecteur des salariés, sans application aux commerçants.
 - Pour : que la clause porte atteinte à la liberté du travail ou à la liberté du commerce et d'industrie, elle porte atteinte à un droit fondamental et doit donc être assortie d'une contrepartie financière.
- Solutions françaises :
 - Refus d'extension
 - Agent commercial : « *Mais attendu que le législateur n'a pas entendu que l'obligation de non-concurrence soit indemnisée lorsque la clause qui la stipule est conforme aux dispositions de l'article L. 134-14 du code de commerce* » (Cass. com., 4 décembre 2007, n°06-15137)
 - Mandat d'assurance : « *Au regard du caractère exclusivement libéral de l'activité de mandataire de l'intéressé, la validité de la clause litigieuse n'était pas subordonnée à l'octroi d'une contrepartie financière* » (Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2013, n°12-22846)
 - Contrat de franchise (Cass. com., 23 octobre 2012, n°11-21978)
 - En pratique : peur d'un revirement, rédaction volontaire de clause.

Sanction

- Normalement : nullité de la clause (interrogation, théorique, sur la nullité éventuelle du contrat si la clause était déterminante).
- Tendances à la réduction de la clause : « le juge, en présence d'une clause de non-concurrence peut en restreindre l'application en limitant les effets dans le temps, dans l'espace, ou ses autres modalités » (Cass. soc., 18 septembre 2002, n°00-42903).
- Réputé non écrit ?
 - C. com., art. L. 341-2 « toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation (d'un contrat de réseau de distribution), de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant... est réputée non écrite ».
 - Différence d'avec la nullité ? (voir Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n°17-23169 : « la demande tendant à voir réputer les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande de nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale »)
 - Imprescriptibilité ?
 - Délai butoir ? Action en répétition ?
- Est-il possible, par des clauses, d'encadrer l'office du juge ?
 - Blue pencil clause/reformation clause : clause par laquelle les parties demandent au juge de conserver les effets de la clause dans son étendue la plus large possible.
 - Step down provision : clause par laquelle les parties demandent au juge de descendre la clause d'un cran : de la France à la région parisienne, ou à Paris, ou à tel arrondissement.

Rédaction des clauses : expresse ou tacites ? (1/2)

- Principe : clause doit être expresse. Vigilance du rédacteur car son interprétation sera stricte en raison du principe de liberté du commerce et d'industrie.
- Interprétation stricte des actes constitutifs d'une violation
 - La clause interdisant « de se rétablir et de s'intéresser directement ou indirectement dans un commerce de même nature » n'empêche pas de se faire embaucher comme salarié, faute de stipulation expresse en ce sens (Cass. com., 22 janvier 1991, n°88-14915).
 - La clause interdisant « de participer à l'exploitation d'un restaurant » n'interdit pas le débiteur d'être un salarié du restaurant (Cass. com., 21 janvier 2004, n°02-11543)
- Interprétation stricte de l'identité du débiteur
 - La concubine du débiteur n'est pas tenue par la clause (Cass. com., 4 mai 1993, n°91-10374)
 - Une filiale n'est pas tenue de respecter la clause signée par la société mère, sauf fraude (Cass. soc., 22 mai 1995, n°93-41719).
 - Une personne morale, composée des mêmes associés, ayant le même capital, le même objet... que celle qui a signé la clause de non-concurrence, n'en est pas tenue (Cass. com., 15 décembre 1992, n°90-15552).
 - Mais la clause souscrite par une personne morale peut obliger son dirigeant, personne physique (Cass. com., 5 décembre 2000, 98-20706)

Rédaction des clauses : expresses ou tacites ? (2/2)

- Exceptions : la CNC peut être sous-entendue (on parle de « devoir » ou d'obligation implicite).
 - Devoir de non-concurrence fondé sur la loyauté : dirigeants sociaux (Cass. com., 24 février 1998, n°95-21730)
 - Seulement tant qu'ils sont en fonction (Cass. com., 12 novembre 1996, n°94-16216)
 - Et les associés ? (Cass. com., 15 novembre 2011, n°10-15049 – CA Paris 21 octobre 1957, JCP CI 1958, II, 62793 : « un associé, simple porteur de parts sociales de SARL, n'exerçant aucune fonction de gérance ou d'emploi salarié dans la société, est libre, à défaut d'interdiction statutaire ou d'engagement particulier, de s'intéresser à une entreprise ayant un objet analogue ou susceptible de concurrencer la première »)
 - Devoir de non concurrence fondé sur la garantie
 - Cession :
 - Vente : C. civ., art. 1628 : « Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle » (Cass. civ. 1^{ère}, 15 octobre 2014, n°13-24948 : un avocat avait vendu sa clientèle et s'était réinstallé, conservant les clients « vendus »)
 - Apport : C. civ., art. 1843-3 al. 3: « Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur ».
 - Location (C. civ., art. 1719, obligation de délivrance). Question : Le bailleur peut-il louer un local à proximité de son locataire, exerçant la même activité ?
 - Réponse : il lui doit seulement la jouissance des lieux, pas la rentabilité du commerce. Donc, à moins qu'il n'ait pris un engagement d'exclusivité, il peut (Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 1976, n°74-10593)
 - Illustration dans les ensembles immobiliers : « le locataire bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter la clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation » (Cass. civ. 3^{ème}, 4 mai 2006, n°04-10051).

Transmission de la clause : passive (1/2)

- Principe : absence de transmission.
 - Transmission universelle : un fils, vétérinaire comme son père défunt, n'est pas tenu de la clause de non-concurrence qu'il a signée (Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, n°93-17875)
 - Transmission à un ayant-cause particulier : l'acquéreur d'un fonds de commerce n'est pas lié par l'engagement de non-concurrence souscrit par son vendeur au profit d'un tiers (Cass. com., 18 juillet 1989, n°87-12023).
- Recours à la servitude de non-concurrence ?
 - Une personne, propriétaire de deux locaux contigus, vend le local n°1 où est exploité un garage en prenant l'engagement de ne pas exploiter cette activité dans le local n°2. Il vend le local n°2, l'acte de vente reprenant la clause stipulée. Les acquéreurs ouvrent un garage. La Cour d'appel annule la clause car elle emporte une interdiction permanente d'exploiter un fonds, ce qui est contraire au principe de liberté du commerce.
 - Cass. com., 15 juillet 1987, n°86-11272 : « Vu l'article 686 du Code civil et la loi des 2-17 mars 1791 ; Attendu que l'interdiction faite à l'acquéreur d'un fonds de l'affecter à un usage déterminé peut revêtir le caractère d'une servitude établie par le fait de l'homme attachée au fonds dans l'intérêt d'un autre fonds et est valable pourvu que ce service n'ait rien de contraire à l'ordre public ».
 - Conditions pratiques : deux immeubles (le fonds de commerce est-il un immeuble ?), une publicité.

Transmission de la clause : active

- Question : A vend un fonds à B en prenant l'engagement de ne pas se réinstaller. B revend le fonds à C. A se réinstalle. C peut-il l'interdire à A ?
- Principe : le sous-acquéreur (C) ne peut exiger de A le respect des obligations souscrites au bénéfice de B (principe de l'effet relatif du contrat, C. civ., art. 1165).
- Atténuation n°1 : la responsabilité: *«le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »* (Cass. Ass. plén., 6 octobre 2006, n°05-13255 et Cass. Ass. plén., 20 janvier 2020, n°17-19963)
- Atténuation n°2 : l'idée d'accessoire : le fonds étant vendu avec ses accessoires, y compris incorporels, la clause de non-concurrence en fait partie (Cass. civ., 29 juin 1908, DP 1909, 1, p. 281). Même solution pour les professions libérales (Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, n°95-10913). Justification : cela permet à l'acquéreur d'une entreprise de bénéficier des clauses de non-concurrence (signées par les anciens salariés par exemple) dont disposait son vendeur.

Sanction de l'inexécution de l'engagement de non-concurrence (1/2)

- CONTRE LE DEBITEUR DE CONCURRENCE
- Dommages et intérêts
 - Faut-il démontrer un préjudice ?
 - « Mais attendu que... la cour d'appel a pu juger que, en l'absence de préjudice, ils étaient sans intérêt à agir en exécution de la clause contractuelle » (Cass. civ. 1^{ère}, 19 novembre 1996, n°94-20207).
 - Une CA avait débouté le créancier de la CNC au motif qu'il ne démontrait pas de préjudice . Cassation : « Vu l'article 1145 du code civil ; Attendu que, si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention » (Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, n°05-19978)
 - En pratique :
 - Bien distinguer ce qui relève de la force obligatoire du contrat (cessation de l'activité) et de l'indemnisation (nécessité, alors de prouver le préjudice)
 - Penser à stipuler une clause pénale pour « forfaitariser » les préjudices.
- Exécution forcée sous astreinte
 - Cass. com., 12 mars 1991, n°89-13734
- Résolution du contrat ?
 - Absence de clause : C. civ., art. 1184
 - Clause résolutoire

Sanction de l'inexécution de l'engagement de non-concurrence (2/2)

- CONTRE UN TIERS
- Hypothèse : A, employeur, conclut un contrat de travail avec B, salarié, contenant une clause de concurrence post-contractuelle. B se fait embaucher par C qui lui assure qu'il prendra en charge les éventuelles conséquences d'une action de A. A peut-il agir contre B ? Sur quel fondement ?
- Solution :
 - principe de l'article 1165 du Code civil : A ne peut exiger de C, tiers au contrat, qu'il en respecte les clauses. Donc, C n'est pas tenu par la clause de non-concurrence.
 - Mais la Cour de cassation a admis la responsabilité du tiers complice de l'inexécution contractuelle : « Toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles pesant sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction » (Cass. com., 11 octobre 1971, D. 1972, p. 120).
 - Donc, possibilité pour A de demander des dommages et intérêts à B et C : « On ne saurait faire grief aux juges du fond d'avoir condamné in solidum le complice de la violation d'obligations contractuelles et le contractant en faute à réparer l'entier dommage que le concours des fautes contractuelle et délictuelle a causé à la victime » (Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1970, Bull. civ. I, n°241).