

## QUESTION DE DROIT SOCIAL

# Les aléas de la clause de non-concurrence

P our fidéliser les meilleurs collaborateurs en leur fermant le marché sur lequel ils ont le plus de chances de se reclasser à un meilleur prix, certains contrats de travail contiennent une clause de non-concurrence à l'exceptionnelle particularité : elle n'est pratiquement effective qu'à la mort du contrat qui l'a fait naître. Elle ne vise donc que l'après-contrat, alors qu'au nom de la loyauté contractuelle, une obligation de non-concurrence s'impose naturellement au salarié pendant toute l'exécution de celui-ci : sous peine de licenciement pour faute, on ne peut être à la fois collaborateur et concurrent. La simple création à l'insu de son employeur d'une entreprise directement concurrente, même en l'absence d'actes de concurrence déloyale ou de détournement de clientèle, constitue même une faute grave (Cass. Soc. 30 novembre 2017).

Choquée par certaines de ces clauses de non-concurrence (par exemple, quatre ans pour un laveur de vitres) qui provoquent parfois une longue période de chômage, la Cour de cassation a reviré le 10 juillet 2002. Au visa du « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle » (pas seulement salariale), elle exige une durée et un périmètre raisonnables, et, sous peine de nullité, l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière pendant toute la durée de l'interdiction. Des entreprises ont alors cherché à contourner l'obstacle en leur donnant une autre dénomination : « clause de respect de la clientèle », interdisant à une assistante juridique, par exemple, d'« exercer directe-

ment ou indirectement une activité d'assistance juridique pendant trente-six mois suivant la cessation de ses fonctions » dans l'arrêt du 18 janvier 2018. La dénomination a été requalifiée en clause de non-concurrence, avec versement de la contrepartie financière prévue par la convention collective : 39 147 euros.

### Renoncement de l'employeur

Cet arrêt apporte deux précisions importantes. Si le contrat de la collaboratrice ne prévoyait aucune clause, la convention collective applicable, expressément évoquée dans son contrat, l'évoquait pour ce type de poste : la salariée était donc liée. Le montant de la contrepartie peut-il varier selon la nature de la rupture ? Dans le cas de l'assistante juridique : 25 % du salaire moyen des douze derniers mois en cas de démission, mais 10 % en cas de licenciement ? Non, indique la Cour : « son montant ne pouvant être minoré en fonction des circonstances de la rupture », le montant le plus élevé sera alors appliqué par le juge.

Ce coût parfois astronomique (75 % du salaire plus cotisations salariales et patronales versé pendant toute la durée de l'interdiction) conduit des employeurs à souhaiter renoncer à la clause de non-concurrence. Tout dépend alors des stipulations conventionnelles ou contractuelles : délai de renonciation juste avant ou après la rupture, modalités formelles. En leur absence, l'accord entre l'employeur et le salarié doit nécessairement intervenir dans un délai proche de la rupture effective. ■

J  
**Jean-Emmanuel Ray,**  
professeur  
à l'école de droit  
de Paris-I-Pan-  
théon-Sorbonne