Lire cet article en ligne

Clause de non-concurrence et clause de non-sollicitation de clientèle : l’entreprise doit dorénavant les traîter à l’identique

Depuis le revirement de jurisprudence de juillet 2002, rendant obligatoire la contrepartie pécuniaire des clauses de non-concurrence, les entreprises se sont naturellement tournées vers les clauses beaucoup plus restreintes, interdisant au salarié de solliciter les seuls clients, et éventuellement les prospects, de son ancien employeur à l’issue de son contrat de travail.

Ces clauses de non-sollicitation de clientèle ont été longtemps admises sans aucune contrepartie de l’employeur, le salarié ayant toute latitude pour travailler, y compris au sein d’une entreprise concurrente à celle de son ancien employeur ; il semblait donc que sa liberté de travailler n’était de ce fait pas entravée.

On pouvait cependant s’attendre à ce que l’évolution jurisprudentielle en la matière aille encore un peu plus loin. La Cour de Cassation a confirmé, dans un arrêt du 27 octobre 2009 (n° 08-4501) sa position en matière de clause de non-sollicitation de clientèle, qu’elle assimile totalement aux clauses de non-concurrence.

1. Rappel des conditions de validité d’une clause de non-concurrence :

Le Code du travail ne prévoit aucune disposition relative à la clause de non-concurrence dont les conditions de validité sont le résultat de l’évolution jurisprudentielle. La seule disposition du Code du travail que l’on pourrait évoquer en la matière est l’article L.1121-1, très général, qui dispose : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

La Cour de Cassation a repris ces deux conditions et les a complétées, estimant notamment que la restriction apportée à la liberté du salarié avait nécessairement un prix.

A ce jour, les quatre conditions de validité d’une telle clause sont donc les suivantes :

- Etre justifiée par les intérêts légitimes de l’entreprise,

© 2025 - **SOULIER Avocats** Tous droits réservés

- Tenir compte des spécificités de l'emploi occupé par le salarié,
- Etre limitée dans le temps et dans l'espace,
- Etre assortie d'une contrepartie pécuniaire au profit du salarié.

Depuis juillet 2002 et cette obligation de contrepartie pécuniaire, on constate que peu d'accords de branche ont été conclus sur le sujet. Dès lors, la contrepartie doit être négociée lors de la conclusion du contrat de travail ou de l'avenant instituant une obligation de non-concurrence. Dans la pratique, cette compensation se situe entre 1/4 et 2/3 du salaire brut mensuel moyen du salarié. A ce titre, il sera rappelé que la clause se doit d'être très précise, et dès sa rédaction initiale, sur la base de calcul à retenir. Ainsi un salarié pourra être recruté avec une rémunération fixe mais voir ses conditions de rémunération évoluer dans le temps pour être complétées par des primes sur objectifs, des primes exceptionnelles, des bonus, etc. L'entreprise a donc tout intérêt à faire mention qu'il s'agira du salaire brut de base, ou du salaire brut fixe et limiter la période prise en compte pour, par exemple, la limiter au dernier mois complet travaillé, au lieu de la moyenne des 3 ou des 12 derniers mois.

2. La nature de la clause de non-sollicitation de clientèle :

Il sera rappelé que si le salarié a une obligation générale de loyauté vis-à-vis de son employeur :

- en vertu du Code Civil dont l'article 1134 qui dispose : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre ceux qui les ont faites (…). Elles doivent être exécutées de bonne foi »,
- en vertu du Code du travail dont l'article L.1222-1 qui dispose : « Le contrat de travail est exécuté de bonne foi »,

cette obligation n'a vocation à s'appliquer que durant l'exécution du contrat de travail et non pas après.

Or les clauses de non-concurrence comme de non-sollicitation de clientèle ne prennent effet qu'après la cessation du contrat de travail.

Les clauses de non-sollicitation de clientèle, on ne peut plus légitimes pour l'employeur qui ne souhaite que préserver son portefeuille de clients voire de prospects dûment enregistrés comme tels, pourraient alors apparaître comme une simple prolongation de cette obligation de loyauté, sans réelle contrainte pour le salarié qui a toute liberté pour occuper un emploi dans toute entreprise, même concurrente, voire pour créer lui-même une entreprise concurrente à celle de son ancien employeur. Sa seule obligation est alors de ne pas solliciter les clients de ce dernier.

La Cour de Cassation ne l'entend pas ainsi …

Ainsi, dès le 20 décembre 2006, la Chambre Sociale (n°05-45365) constatait qu'une clause dénommée « de concurrence » interdisant à un salarié d'entreprendre « *une action visant à se substituer directement ou indirectement (…) dans l'une quelconque des exploitations ou [il] a été employé ainsi que dans l'une des exploitations gérées par le groupe à la date de (…) départ de la société*» (…) *constituait* ***une atteinte certaine et importante à la liberté de travail du salarié*** ».

© 2025 - **SOULIER Avocats** Tous droits réservés

Le 30 mai 2007, la Chambre Sociale (n° 06-40655) précise, au regard d'une clause de « protection de clientèle », « *qu'une clause selon laquelle il est fait interdiction à un salarié, durant une période déterminée, d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle qu'il avait démarchée lorsqu'il était au service de son ancien employeur* ***est*** *une clause de non-concurrence* », et qu'en conséquence elle était soumise aux mêmes conditions de validité. Cet attendu a été repris très précisément dans un arrêt du 19 mai 2009 (n° 07-40222) au sujet d'une clause de non captation de clientèle.

L'arrêt du 27 octobre 2009 a une spécificité en ce qu'il fait mention que la clause incriminée fait interdiction à la salariée de contracter directement ou indirectement avec les clients de son ancien employeur, y compris en cas de demande spontanée desdits clients, en dehors de toute sollicitation ou tout démarchage. La conclusion n'en reste pas moins la même : cette clause est une clause de non-concurrence et elle est nulle, étant dépourvue de limitation dans le temps et l'espace et de toute contrepartie pécuniaire.

L'argument principal retenu par la Cour de cassation est bien la limitation du salarié dans l'exercice de ses activités professionnelles. Dès lors qu'une clause a pour conséquence une telle restriction, si minime puisse-t-elle paraître, elle se devra donc de répondre aux exigences requises pour les clauses de non-concurrence.

3. Conséquences pratiques :

Nous ne pouvons que vivement conseiller aux entreprises ayant prévu de telles clauses de non-sollicitation de clientèle de réviser ces clauses par avenant en y apportant les limitations dans le temps et l'espace nécessaires et en négociant une contrepartie pécuniaire.

Il reste à déterminer le niveau raisonnable de cette contrepartie. Peut-on considérer qu'elle est nécessairement réduite par rapport aux standards pratiqués en matière de non-concurrence « totale » interdisant purement et simplement au salarié de travailler chez un concurrent ?

Si l'entreprise occupe une place prépondérante sur son marché, il est probable que les tribunaux feraient l'assimilation pure et simple. Ainsi, la contrepartie d'une clause interdisant à un salarié d'être en contact avec les clients de son ancien employeur alors que lesdits clients représentent la majeure partie du marché devrait être appréciée comme une clause de non-concurrence « totale » dont la contrepartie devrait alors être à proportion de la réelle entrave pour le salarié.

Si par contre, les clients de l'entreprise ne sont pas particulièrement significatifs sur le marché local et que le salarié ne souffre pas de réelle contrainte, pourra-t-on se contenter d'une faible contrepartie, par exemple 10% de sa rémunération brute pendant la durée d'application de la clause ? Ce montant avait été considéré comme très insuffisant pour une clause de non-concurrence « totale ». Il nous faudra attendre les prochaines décisions pour apprécier ce point.

Dans l'attente, il nous apparaît que chaque clause devra être étudiée au cas par cas aux fins de prévoir une contrepartie qui puisse être considérée comme parfaitement proportionnée aux contraintes que connaîtra le salarié du fait de son application.

© 2025 - **SOULIER Avocats** Tous droits réservés

Il n’en reste pas moins que cette clause pourra s’appliquer bien longtemps après cette estimation initiale et qu’en conséquence, la clause devra être réactualisée au cours de l’exécution du contrat de travail afin de conserver la proportionnalité après quelques années d’évolution du salarié comme de celle de l’entreprise.

Par ailleurs, si une clause de non-sollicitation de clientèle est totalement assimilée à une clause de non-concurrence, une entreprise soumise à une obligation conventionnelle correspondant à un pourcentage élevé (les conventions collectives prévoient souvent 1/2 ou 2/3 du salaire brut moyen), peut faire courir à l’entreprise le risque de se voir réclamer des sommes importantes pour des clauses de non sollicitation de clientèle passées. En effet, d’anciens salariés pourraient fort bien réclamer réparation pour le préjudice subi du fait de leur respect d’une clause illicite !

L’évolution de la jurisprudence en termes de clause de non-sollicitation de clientèle nous entraîne logiquement à nous interroger sur les clauses de non-sollicitation de salariés, telles qu’on peut les trouver soit dans certains contrats commerciaux, soit dans certains contrats de travail. On relèvera à ce titre que la Cour d’Appel de Versailles a octroyé, le 4 décembre 2008, une indemnité de 15.000 euros à un salarié qui avait demandé réparation du préjudice que lui avait causé l’impossibilité pour un potentiel employeur lié par une telle clause, de procéder à son recrutement, cette réparation étant ordonné du fait que « la liberté de travailler du salarié a été amputée sans contrepartie ».

Il convient donc d’être prudents avec de telles clauses, dans l’attente d’une position jurisprudentielle claire sur le sujet, si les entreprises ne veulent être exposées à des demandes de dommages et intérêts de la part de salariés indirectement entravés dans leur possibilité de choix d’un employeur. La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation a de son côté énoncé que face à une telle clause, « seul le salarié peut se prévaloir du trouble qu’est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contrepartie financière. »

Soulier Avocats est un cabinet d'avocats pluridisciplinaire proposant aux différents acteurs du monde industriel, économique et financier une offre de services juridiques complète et intégrée.

Nous assistons nos clients français et étrangers sur l'ensemble des questions juridiques et fiscales susceptibles de se poser à eux tant dans le cadre de leurs activités quotidiennes qu'à l'occasion d'opérations exceptionnelles et de décisions stratégiques.

Chacun de nos clients bénéficie d'un service personnalisé adapté à ses besoins, quels que soient sa taille, sa nationalité et son secteur d'activité.

Pour plus d’informations, nous vous invitons à consulter notre site internet : www.soulier-avocats.com.

Le présent document est fourni exclusivement à titre informatif et ne saurait constituer ou être interprété comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation qui pourrait être faite des informations qu'il contient.