CLAUSE DE NON CONCURRENCE (CNC)

La concurrence est la situation dans laquelle se trouve une personne ou une entreprise par rapport à une ou plusieurs autres lorsque, tout en faisant des profits, elle peut rivaliser avec elles en offrant un service ou un produit au moins équivalent pour un prix au moins égal.
Le mot "concurrence" s'applique aux activités de production, aux activités commerciales, comme aux services et même lorsque ces activités ont un caractère civil.

1. Définitions :

Clause de non concurrence :

Engagement par laquelle une partie à un contrat s'interdit d'exercer pendant une période et dans une zone géographique déterminées une activité professionnelle susceptible de concurrencer celle de l'autre partie.

Désigne une clause du protocole d'accord, parfois intégrée dans la lettre d'intention, destinée à empêcher le cédant de relancer une activité concurrente à celle du repreneur après cession de l'entreprise.

La clause de non concurrence est une clause permettant à un employeur de se protéger contre la concurrence que pourrait lui faire un salarié à l'expiration de son contrat de travail.

Elle comprend donc l'interdiction d'exercice en libéral ou salarié sous toutes les formes, et une interdiction d'installation.

Obligation de loyauté :

Pendant la durée d'exécution d'un contrat, une partie est tenue envers l'autre d'une obligation de loyauté qui lui interdit de se livrer à des actes le concurrençant.

Clause de non réinstallation :

C'est une interdiction de s'installer physiquement dans un périmètre ou un lieu donné.

2. Obligations légales :

Le principe du libre exercice professionnel et de proportionnalité affirmé par l'article L 1121-20 du code du travail détermine suivant la cour de cassation les 5 conditions cumulatives de la licéité des clauses de non-concurrence :

- **Etre limité dans le temps** : souvent 2 ans, le caractère abusif est apprécié par le juge.

- **Etre limité dans l'espace** : le caractère abusif est apprécié par le juge, ainsi nous vous conseillons en milieu urbain 1 à 2 Km et extra-urbain 5 à 10 Km. Sauf si l'activité est très spécifique comme une rééducation effectuée par une technique ou un matériel rare, alors le juge en tiendra compte pour une notion de territoire plus grand.

- **Doit tenir compte des spécificités de l'emploi.**
  La CNC doit définir l'activité interdite :
  Ne pas avoir une incidence excessive sur la liberté économique individuelle de son débiteur, donc la possibilité pour celui-ci de continuer compte tenu de la CNC à exercer l'activité pour laquelle il a été formé
  Proportionnalité de la CNC à l'égard du droit :
  Art L 1121-1 du code du travail qui impose une proportionnalité pour toutes les limitations apportées au principe de liberté du travail

- **Etre indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise** : clientèle, fichier, savoir-faire
  Il faut justifier d'un intérêt légitime pour être protégé par une CNC, il est trouvé dans le souci de protéger directement ou indirectement la clientèle.

- **Doit comporter une contrepartie financière**.
  La Cour suprême a ajouté cette contrepartie financière
  Attention contrepartie financière pour respect de la CNC pour les salariés, mais pas pour les libéraux (arrêt chambre commerciale de la cour de cassation du 04/06/2002)
  Pour les libéraux seul le titulaire lésé peut prétendre à une contrepartie financière

Cour de cassation :
4 arrêts précisent la licéité de la CNC :
10/07/02 (n°99-43334,n°99-43335,n°99-43336)
18/09/02 (n°00-42.904)

3. Limite du préavis :

Dans les contrats il est impératif d'introduire un préavis (généralement 3 à 6 mois) pour rompre celui-ci.
Ce préavis est notifié par lettre recommandée (LRAR) 15 jours au minimum avant sa date d'effet (code du travail)

Mais une CNC pour une période inférieure à trois mois est illégale pour un remplacement :
Art. 4321-130.-Le masseur-kinésithérapeute qui a remplacé un de ses confrères, pendant au moins trois mois, consécutifs ou non, ne doit pas, pendant une période de deux ans, s'installer dans un cabinet où il puisse entrer en concurrence directe avec le masseur-kinésithérapeute remplacé et avec les masseurs-kinésithérapeutes qui, le cas échéant, exercent en association avec ce dernier, à moins qu'il n'y ait entre les intéressés un accord qui doit être notifié au conseil départemental.
Une CNC pour un contrat d'assistanat ou de collaboration pour une activité inférieure à trois mois, même si elle reste légale, sera considéré comme abusive par le juge.
Nous vous conseillons donc d'introduire une CNC qu'à partir de trois mois.

4. D'une manière générale les contrats sont régis par les dispositions du code civil :

- **Article 1134 du code civil** Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
  Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
  Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
  Elles doivent être exécutées de bonne foi.

- **Article 1142 du code civil** « toute obligation de faire ou ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

Comme toutes obligations, le non-respect d'une CNC implique une pénalité (article 1142 du CC), il n'est pas obligatoire que cette pénalité soit définie contractuellement**, mais c'est de très loin préférable.**
A défaut, il appartient à la partie lésée d'apporter devant le juge civil la preuve chiffrée du préjudice subit, ce qui est quasiment impossible.
Le paiement d'une indemnité définie contractuellement par les deux parties dédommage le titulaire de son préjudice patrimonial.
Aucun montant minimum n'a été déterminé pour que la contrepartie financière soit valable par une jurisprudence, les parties sont donc libres.
Toutefois il est entendu que l'indemnité pour respect de la CNC est de 30 à 50 % du salaire ou du CA.
Soit pour une activité libérale : 30000 à 50000 euros
Le manquement à une obligation de ne pas faire peut donner lieu à des dommages et intérêts en dépit de l'absence de préjudice, la cour de cassation le 30 mai 2007 rappelle les dispositions de l'article 1145 du code civil qui prévoit que « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention ».
Le professionnelle de santé victime n'a donc pas obligation d'établir l'existence d'un préjudice.

Cette interprétation n'est pas retenue par les juges et on demande d'en apporter la preuve.

Le principe de rattachement de la patientèle à un praticien déterminé et non à un cabinet est établi par la jurisprudence.

Dans un contrat, pour la CNC c'est le principe fondamental de la liberté contractuelle qui s'applique, le code civil et le code de déontologie peuvent y introduire des restrictions ou des obligations.

En raison du principe de libre choix du praticien par le patient :
Article L. 1110-8 du CSP : Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire.
Un titulaire ne peut empêcher par la suite son ex-collaborateur de revoir des patients qu'il a connu au cours de leur collaboration.

5. Le principe de liberté du travail demeure une liberté fondamentale :

Article L1121-1 : 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.
Maintien de la possibilité de travailler :
Une jurisprudence décide « que pour être valable une CNC doit laisser au salarié la possibilité d'exercer l'activité qui lui est propre »(cass soc 18/10/52) et ne doit pas porter « gravement atteinte à la liberté de travail »(cass soc 4/3/70)

Article 2044 Créé par Loi 1804-03-20 promulguée le 30 mars 1804
La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.
Ce contrat doit être rédigé par écrit.

6. Les différents cas de clauses de non-concurrence :

- **Le remplacement** : la clause de non concurrence est licite pour un remplacement supérieur à 3 mois consécutifs ou non sur une année.
  Art.R. 4321-130.-Le masseur-kinésithérapeute qui a remplacé un de ses confrères, pendant au moins trois mois, consécutifs ou non, ne doit pas, pendant une période de deux ans, s'installer dans un cabinet où il puisse entrer en concurrence directe avec le masseur-kinésithérapeute remplacé et avec les masseurs-kinésithérapeutes qui, le cas échéant, exercent en association avec ce dernier, à moins qu'il n'y ait entre les intéressés un accord qui doit être notifié au conseil départemental.

- **Acte de vente total de clientèle ou de parts sociales de SCP** : ces contrats contiennent nécessairement une clause de non-concurrence qui permet de garantir à l'acheteur que le vendeur ne viendra pas détourner la clientèle vendue.

On rappelle qu'une jurisprudence n'impose pas cela pour les SCM

CLAUSE DE NON CONCURRENCE ET SCM

(CC°, ch.cciale,01/03/2011)

Invalidité d'une clause de non concurrence insérée dans le règlement intérieur d'une SCM.

Un arrêt important a été rendu par le Cour de cassation le 1er mars 2011 concernant un litige entre masseurs-kinésithérapeutes. En l'espèce, le règlement intérieur annexé aux statuts de la SCM prévoyait que « en cas de départ de l'un des associés, celui-ci s'interdirait d'exercer la profession de masseur-kinésithérapeute à titre libéral ou salarié, pendant trois ans et dans un rayon de vingt kilomètres du cabinet, sauf autorisation des associés restants ». L'un des associés de la SCM s'est retiré et n'a pas respecté cette clause de non réinstallation. Il a été assigné par ses confrères. La Cour de Cassation a confirmé la Cour d'appel de Riom (16/12/2009) dans cet arrêt du 1er mars 2011, et a débouté les associés au motif que cette clause de non concurrence contredisait les statuts de la SCM laquelle a pour objet exclusif « la mise en commun de tous les moyens matériels et utiles à l'exercice de sa profession de ses membres ». Ainsi, « la clause de non concurrence contenue dans le règlement intérieur ne peut être considérée comme conforme aux objectifs ainsi développés, que son application aboutirait à restreindre considérablement les droits des associés manifestant la volonté de se retirer, voire à vider de leur substance les dispositions statutaires qui régissent cette faculté de retrait. Cette disposition litigieuse du règlement intérieur apportant des restrictions au libre exercice de leur profession par les associés retirés de la SCM, est incompatible avec les statuts de cette dernière dans la mesure où celle-ci a pour seul but de faciliter l'exercice de l'activité de chacun de ses membres ». Attention, cet arrêt ne remet pas en cause les clauses de non concurrence insérées dans les contrats d'association, SELARL, SCP…

- **Contrats de collaboration et d'assistanat** : seul l'article 18 de la loi du 2 août 2005 applicable à tous les collaborateurs libéraux est opposable à notre profession, or ce texte reste muet sur la clause de non concurrence, donc il est tout à fait légal d'insérer une clause de non-concurrence dans ce type de contrat.
  Assistant : oui, sauf pendant la période d'essai de trois mois.
  Collaborateur :
  - Non en général car s'oppose au principe même de ce contrat
  - Oui si le titulaire rachète la clientèle au collaborateur
  - On peut ne stipuler qu'une clause de non réinstallation

7. Respect de la CNC :

En droit, le consentement engage et que l'on doit respecter les engagements contractuels que l'on a souscrits.
La cour de cassation dans sa décision 10/05/2005, elle dit que le simple fait de ne pas respecter une CNC était fautif et en tant que tel était condamnable même si le bénéficiaire n'avait subi aucun préjudice

En se fondant sur le principe du libre exercice prof et le principe de proportionnalité affirmé par art L 1121-20 du CT :
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.

Cass soc 17/12/2004 n°03-40.008 : tranche le fait que la jurisprudence du 10/07/2002 sur la CNC s'applique avant et après cette date, il y a donc un effet rétroactif

Cour de cass dans son arrêt du 18/09/2002 a posé le principe du pouvoir du juge de restreindre l'application d'une CNC, le juge contrôle donc la validité, la légitimité et la proportionnalité de la CNC

8. Les limites du principe de la liberté de la concurrence :

Si certaines jurisprudences ou certains juges peuvent annuler des CNC considérées comme licites, la liberté de réinstallation des dirigeants non salariés ou des praticiens libéraux trouve sa limite dans le principe de l'interdiction de la concurrence déloyale.
Celle-ci ne peut résulter que de la commission de faits, tel que le détournement de clientèle, le débauchage de salariés, la confusion entretenue volontairement entre les deux entreprises, ou le dénigrement des produits ou de la politique d'une société ou d'un employeur.
A défaut la concurrence n'est pas déloyale.
Article R.4127-262 CSP : Le détournement ou la tentative de détournement de clientèle est interdit

Cass.com 15 janvier 2002 n° 99-18799.
En l'absence de preuve active de concurrence déloyale, la cour de cassation fait prévaloir le principe de la liberté d'installation.
Dans le code de déontologie et le code de la santé publique il n'existe pas un principe général qui interdit la concurrence entre praticiens libéraux, au contraire la liberté d'installation étant la règle.
Comme toute clause restreignant la liberté d'installation des membres des professions libérales, la clause de non-réinstallation ne peut porter atteinte de manière excessive à la liberté d'exercice ou d'installation.

Loi du 2 août 2005 : le collaborateur se constituant sa clientèle personnelle, une clause de non concurrence pourrait dès lors être considérée par un juge comme un moyen de le détourner de cette possibilité.
Les sanctions récentes prononcées par la cour de cassation portent sur l'impossibilité (matérielle et économique) pour le collaborateur de se constituer sa clientèle personnelle.

Arrêt du 25 mai 2007 : le conseil d'état a confirmé une décision du conseil national de l'ordre des médecins considérant que le successeur d'un praticien remplacé ne pouvait se prévaloir d'une clause de non concurrence à l'encontre du remplaçant.
La clause de non concurrence est donc incessible par son bénéficiaire.
Ceci est vrai car le remplaçant n'a pas la possibilité de se constituer une clientèle personnelle.

9. L'obligation de non concurrence ne se présume pas, elle doit être prévue dans les contrats.

La notion d'espace doit être bien déterminée (département, arrondissement, commune, plans) afin d'éviter toute ambiguïté résultant d'une notion de rayon ou de distance (par route, à vol d'oiseau) souvent sujette à contestation.

En cas de non respect d'une clause de non concurrence :

- Demander au juge des référés de condamner dans un délai très rapide le contrevenant à cesser d'exercer dans le secteur interdit sous peine d'une condamnation sous astreinte par jour de retard ou infraction constatée. Cette procédure est plus efficace et plus rapide, toutefois le juge des référés se déclarer incompétent s'il estime que la clause de non concurrence est contestable.
- Une procédure dite « au fond » devant le TGI peut être engagée pour obtenir des dommages et intérêts en fonction du préjudice subit (baisse de clientèle, baisse du chiffre d'affaire).
- Une conciliation doit être demandée auprès du CDOMK afin de tenter de régler ce différent.

L'ordre ne peut prononcer une sanction pécuniaire en cas de non respect d'une clause de non concurrence mais pour détournement de clientèle ou manquement à la confraternité peut prononcer une sanction disciplinaire.

10. CNC et domicile :

Avec une clause de non installation, l'exercice à domicile est possible.
Mais avec une clause de non concurrence ou d'interdiction d'exercer les actes à domicile effectués dans le périmètre concerné sont impossible (cour de cass arrêt du 6 juin 2001).
Toutefois, le libre choix du praticien par le patient s'oppose à l'interdiction d'exercer sur un territoire qu'une clause de non concurrence peut stipuler et donc annule cette CNC.

Code civil : les contrats

Article 1101 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Article 1102 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Article 1107 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.

Article 1108 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :
Le consentement de la partie qui s'oblige ;
Sa capacité de contracter ;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
Une cause licite dans l'obligation.

Article 1109 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

Article 1123 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

Article 1124 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 Modifié par Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 - art. 2
Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :
Les mineurs non émancipés ;
Les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code.

Article 1126 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire

Article 1129 Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804
Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.
La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

Article 1130 Modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 29 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007

Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.