

**Université Paris II Panthéon-Assas
Institut de Droit Comparé**

**Master 2 Recherche de Droit Européen Comparé
Dirigé par M. Louis Vogel
2014-2015**



Université Panthéon-Assas
Paris II

**LES CLAUSES DE CONFIDENTIALITE
ET DE NON-CONCURRENCE
DANS LES CONTRATS FRANCAIS ET AMERICAINS**

**Mémoire rédigé sous la direction du
Professeur Laurent CONVERT**

ALIX GOUHIER DE FONTENAY



**HARVARD
LAW SCHOOL**

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

À Monsieur le Professeur Laurent Convert,
pour avoir accepté de diriger ce mémoire et pour ses suggestions pertinentes.

À Monsieur le Professeur Christopher Taggart, enseignant à l'université d'Harvard,
pour nos longues et passionnantes discussions et son aide dans mes recherches.

À Monsieur le Professeur Oren Bar-Gill, enseignant à l'université d'Harvard,
pour son intérêt pour mon sujet et sa bienveillance.

À Monsieur le Professeur Louis Vogel ainsi qu'à l'ensemble des enseignants du Master,
pour leurs cours captivants et leur accessibilité.

À l'université Panthéon-Assas
pour ces cinq années de droit pas toujours reposantes.

À mes trois colocataires et demi, qui se reconnaîtront,
pour ces mois inoubliables passés à Boston.

À ma maman et à mes amies Julie, Emilie, Fleur et Justine,
pour leurs encouragements et leur soutien constant.

RÉSUMÉ

Dans notre monde actuel, les entreprises utilisent, pour se prémunir de toute atteinte et protéger au maximum leurs intérêts, des instruments élaborés par le droit et la jurisprudence, notamment la clause de confidentialité (*non-disclosure agreement*) et la clause de non-concurrence (*non-compete clause*). La première impose au débiteur une obligation de discrétion renforcée, tandis que la seconde lui interdit de concurrencer son ancien employeur.

On constate tout d'abord que le champ d'application des clauses de confidentialité et de non-concurrence est éminemment variable, et ce à un double niveau. Dans les deux pays, les obligations sont loin d'être uniformes, dans la mesure où les sources de ces clauses ne sont ni figées, ni homogènes, notamment aux Etats-Unis. Etant en effet composé d'un État fédéral auquel se superposent 50 Etats fédérés, on y trouve des conceptions multiples (et parfois très différentes) des clauses de confidentialité et de non-concurrence. Par ailleurs, le système français relevant du droit romano-germanique, les sources sont écrites, tandis que le droit américain, issu de la *Common law*, est par essence un droit non-codifié, fondé sur la jurisprudence, et qui ignore de plus la théorie générale des obligations.

Des conditions spécifiques sont requises par les deux pays afin d'assurer un équilibre entre les intérêts contradictoires des parties, ceux des entreprises, et ceux des individus. Le droit américain semble, du fait de son histoire et de la mentalité de sa société, favoriser davantage l'entrepreneuriat, tandis que le droit français accorde plus d'importance à l'individu. Ces intérêts s'opposent également, aux Etats-Unis, à l'intérêt général.

Enfin, on observe des divergences dans la mise en œuvre des clauses de confidentialité et de non-concurrence. Leur application s'avère délicate, dépendant pour une grande part de la précision de leur rédaction et de l'interprétation du juge (plus subjective aux Etats-Unis qu'en France). En cas de non-respect des obligations contractées, les parties sont sanctionnées proportionnellement à l'importance du préjudice causé, qui reste néanmoins difficile à évaluer. Et les sanctions sont parfois lourdes !

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE 1. DES CLAUSES AU CHAMP D'APPLICATION VARIABLE

CHAPITRE 1. Une absence d'obligation standard : des sources fluctuantes et hétérogènes en France comme aux Etats-Unis

- Section 1. Un champ d'application personnel facilement délimité
- Section 2. Une délimitation complexe du champ matériel
- Section 3. Un champ d'application spatio-temporel péniblement cerné

CHAPITRE 2. L'exigence de conditions spécifiques visant à assurer l'équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux du salarié

- Section 1. L'ambiguïté de la notion d'« intérêt légitime de l'entreprise »
- Section 2. Des solutions divergentes pour la contrepartie requise
- Section 3. L'hypothèse de la renonciation à la clause

PARTIE 2. DES DIVERGENCES DANS LA MISE EN ŒUVRE

CHAPITRE 1. L'interprétation des clauses et leur application

- Section 1. L'exercice complexe et décisif de la rédaction
- Section 2. Le rôle primordial des juges dans l'interprétation des clauses
- Section 3. Les obstacles à leur mise en œuvre

CHAPITRE 2. Les conséquences du non-respect des clauses

- Section 1. Des sanctions classiques variables selon l'importance du préjudice causé
- Section 2. Des instruments relativement efficaces pour dissuader ou limiter la violation
- Section 3. La perspective d'une répression plus lourde

Conclusion

Bibliographie

Annexes

Table des matières

ABRÉVIATIONS

ABA	American Bar Association
ALI	American Law Institute
Bull.	Bulletin
C/	Contre
C.A.	Civil Action
Cass.	Cour de cassation
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Co.	Company
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
LLC	Limited Liability Company
LLP	Limited Liability Partnership
NDA	Non-Disclosure Agreement
NCC	Non-Compete Clause
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
UCC	Uniform Commercial Code
U.S.	United States
UTSA	Uniform Trade Secrets Act
V.	Versus

INTRODUCTION

« *Construire peut être le fruit d'un travail long et acharné. Détruire peut être l'œuvre d'une seule journée* »¹. Winston Churchill ne pensait probablement pas aux intérêts des entreprises quand il a prononcé ces mots. Cependant, dans notre monde actuel, les entreprises florissantes sont le fruit d'un long processus, ponctué de choix stratégiques habiles, de savoir-faire reconnus, d'un travail d'équipe bien huilé, et de secrets bien gardés. Il suffirait donc d'un rien, d'un « acte inconsidéré », d'un petit grain de sable pour enrayer cette machine complexe ou la faire dérailler. Pour se prémunir de toute atteinte et protéger au maximum l'entreprise, le droit a élaboré des instruments aujourd'hui indispensables au monde des affaires : les clauses de confidentialité et les clauses de non concurrence. Aux-Etats-Unis, on les trouve sous les noms de *non-disclosure agreement* (NDA) et *non-compete clause* (NCC).

Ces clauses sont très prisées dans les contrats liant les professionnels entre eux, et on les retrouve dans de multiples domaines. Peu importent les formes qu'elles recouvrent, elles sont très courantes. On s'intéressera principalement aux clauses présentes dans les contrats de travail et notamment à la relation employeur-salarié, sans pour autant négliger les autres intervenants du monde des affaires (comme les relations entre entreprises partenaires). On exclura toutefois de l'étude les contrats de franchise et les contrats de sous-traitance, qui relèvent d'une trop grande spécificité.

Il est aussi important de noter d'emblée la particularité des systèmes juridiques que l'on s'apprête à étudier. Dans les systèmes de droit continental, tels qu'en France, toutes les branches du droit ont leur code écrit, et c'est le principe législatif qui domine. Le droit américain est au contraire inspiré du système anglais de *Common law*, qui est un droit non-codifié, fondé sur la jurisprudence.

¹ « *To build may have to be the slow and laborious task of years. To destroy can be the thoughtless act of a single day.* », Sir Winston Churchill (1874-1965).

Les Etats-Unis étant par ailleurs un État fédéral, on retrouve d'une part un droit fédéral américain (dont la plus haute juridiction est la Cour suprême), et d'autre part un droit particulier à chacun des 50 Etats fédérés². La méthode et le raisonnement juridiques séparent encore la *Common law* du droit romano-germanique et, nulle part mieux que dans le droit des contrats, ces différences ne ressortent avec plus d'éclat.

La clause de confidentialité³ est une clause contractuelle dont l'objet est d'imposer une obligation de discrétion au débiteur sur les informations précisément visées par le secret. Son utilisation la plus courante en France concerne le droit du travail, où elle est souvent insérée dans le contrat de travail : par son insertion, l'employeur interdit au salarié de divulguer des informations stratégiques qui pourraient porter atteinte à l'entreprise.

C'est la même chose aux Etats-Unis, où en revanche l'accent est davantage mis sur la relation particulière de confidentialité qui s'instaure entre les parties. Il est important de préciser que le droit américain ignore la théorie générale des obligations, les contrats spéciaux, ainsi que la distinction entre les contrats civils et commerciaux. Par ailleurs, le droit des contrats américain fait une distinction spécifique entre la *unilateral* ou *one-way NDA*, par laquelle une seule des parties est soumise à l'obligation de confidentialité, et la *bilateral* ou *mutual NDA*, par laquelle les deux parties s'échangent des informations confidentielles et s'engagent à ne pas les divulguer. Cette dernière se retrouve surtout dans les cas de joint-venture⁴ et de fusion. Aux Etats-Unis, de nombreuses entreprises exigent régulièrement de leurs employés et entrepreneurs indépendants de signer des clauses de confidentialité. Sabeer Bhatia, co-fondateur d'Hotmail, en est le parfait exemple : en deux ans il a rassemblé plus de 400 clauses de confidentialité imposées à ses employés, amis et colocataires. Ses efforts pour maintenir les secrets de sa startup lui permirent d'être leader sur le marché pendant six mois, et il revendit finalement Hotmail à Microsoft pour la « modique » somme de 400 millions de dollars... Dans d'autres domaines, les enjeux

² Auxquels s'ajoutent le District de Columbia et plusieurs autres territoires non incorporés.

³ Aussi appelée « clause de non-divulgateion », « clause de secret », « clause de discrétion », ou « accord de confidentialité » en France ; *confidential disclosure agreement* (CDA) ou *secrecy agreement* aux Etats-Unis.

⁴ Anglicisme désignant un partenariat entre plusieurs entreprises qui acceptent de poursuivre ensemble un but précis pour une durée limitée.

revêtus par cette clause sont encore plus importants (c'est particulièrement le cas dans le domaine de la propriété industrielle).

La clause de non-concurrence⁵ en revanche se situe sur le seul terrain de l'emploi. C'est une disposition contractuelle insérée dans le contrat de travail, par laquelle l'employeur limite ou interdit au salarié⁶ de travailler pour une entreprise concurrente, ou d'exercer lui-même une activité concurrente, lorsqu'il quitte l'entreprise. Cette clause peut également figurer dans une convention collective en France⁷, ou dans un *Employee Handbook* aux Etats-Unis (sorte de règlement intérieur). Cette clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace, et prévoir une contrepartie. Il est important de noter qu'il n'existe en droit français aucun texte légal ou réglementaire qui en fixe le régime. Celui-ci est donc une pure construction jurisprudentielle. La clause de non-concurrence est également très utilisée en droit commercial, en particulier dans certains contrats tels que la vente de fonds de commerce, la location-gérance, la franchise, l'agence commerciale, la cession de clientèle ou encore la cession de parts sociales ou d'actions.

Juridiquement parlant cependant, ces deux clauses ne sauraient en aucun cas se confondre. En France, la Cour de cassation l'a réaffirmé en 2001. La cour d'appel avait en l'espèce énoncé que l'interdiction de divulguer des informations confidentielles revenait à interdire au salarié de s'engager en sa qualité d'ingénieur-géomètre chez un concurrent, et que la clause de confidentialité devait donc produire les effets d'une clause de non-concurrence. La Cour de cassation a jugé que les juges avaient « *dénaturé la clause de confidentialité en lui donnant une portée qu'elle n'avait pas* », et que contrairement à la clause de non concurrence, la clause de confidentialité n'interdisait pas au salarié de s'engager au service d'une entreprise concurrente après avoir quitté la société⁸.

⁵ Appelée *non-compete clause* ou *covenant not to compete* en droit américain.

⁶ Le terme de salarié n'est pas utilisé aux Etats-Unis : c'est la notion d'*employee* (employé) qui y est retenue.

⁷ Par exemple, l'article 28 de la Convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972 (modifié par accord du 21 juin 2010) prévoit les principes et conditions de mise en œuvre de la clause de non-concurrence. On ne se penchera cependant pas davantage dans notre analyse sur l'articulation spécifique du régime entre conventions collectives et clauses de non-concurrence.

⁸ Cass. Soc. *Société Nikon France SA c/ M. X.*, 2 octobre 2001, n° 99-42942, Bull. 2001 V, n° 291, p. 233.

En pratique, du fait de la rédaction ambiguë de ces deux clauses et de la connexité de leurs objets, il n'est pas toujours aisé de les distinguer. Par exemple, une clause interdisant de « *faire profiter directement ou indirectement, sous quelque forme que ce soit, une entreprise concurrente des connaissances acquises à l'occasion de vos fonctions* » constitue-t-elle une obligation de confidentialité, ou une obligation de non-concurrence ? Il arrive parfois que la clause de confidentialité soit intégrée dans la clause de non-concurrence elle-même.

La clause de confidentialité interdit au salarié ou au partenaire la *communication* d'informations sensibles à des tiers, et peut se voir appliquée *avant* (par exemple durant les négociations), *au cours de*, voire *après* le contrat. La clause de non-concurrence en revanche interdit au salarié d'*exploiter* ce qu'il a appris et d'*exercer* certaines activités pouvant nuire à son employeur (par exemple en créant sa propre société dans le même domaine ou en allant travailler dans une entreprise concurrente), et ne se mettra en œuvre qu'*après* le terme du contrat.

Afin de cerner au mieux l'objet de ces clauses, il peut être judicieux de les mettre en perspective avec d'autres notions qui leur sont connexes, afin de mettre en lumière leurs principales caractéristiques et de prévenir certaines confusions.

En principe, il n'est nul besoin qu'une clause de confidentialité figure dans son contrat de travail pour que le salarié ou le partenaire se voie opposer l'obligation de ne pas divulguer des informations. En France, pèse en effet sur les épaules du salarié, et ce tout au long de la relation contractuelle, une obligation de discrétion qui, elle-même, trouve à s'inscrire dans un champ plus large : celui de l'obligation générale de loyauté. Ces obligations sont une création jurisprudentielle, issue de l'interprétation des dispositions du Code civil, et notamment des articles 1134 et 1135. Il a été jugé qu'une obligation de discrétion avait été violée par un cadre supérieur qui avait fait part au personnel et à des tiers des difficultés financières de l'entreprise⁹ ; ou encore par un employé qui avait fait copier un document décrivant une technique de fabrication et comportant une liste de clients¹⁰.

⁹ Cass. Soc. *Société des établissements Marais c/ M. X.*, 30 juin 1982, n° 80-41.114, Bull. Soc., n° 425.

¹⁰ Cass. Soc. *Mouret*, 26 octobre 1964, n° 60-40.699, Bull. Civ. I, n° 700.

L'obligation de loyauté recoupe également la clause de non-concurrence, par l'interprétation des dispositions du Code civil ainsi que celles du Code du travail¹¹. Les illustrations de comportements jugés déloyaux sont légion : il est ainsi prohibé de débaucher du personnel ou des clients de l'entreprise, d'effectuer pour son propre compte des travaux chez les clients de son employeur¹², ou encore de critiquer l'entreprise sur internet.

Aux Etats-Unis, le *duty of loyalty* (devoir de loyauté) présente encore davantage d'importance, en particulier pour les personnes occupant un poste à haute responsabilité. La notion de *good faith* (bonne foi) est un standard juridique reconnu¹³ et quelque peu illimité. Il est en effet établi depuis 1954 que : « *Les employés ont un devoir de loyauté envers leur employeur, et doivent exercer avec bonne foi, loyauté et obéissance au cours de leur relation de travail* »¹⁴. La personne doit agir exclusivement dans l'intérêt de l'entreprise, ne divulguer aucune information sensible, et ne pas concurrencer son employeur. Les juges utilisent souvent cette notion pour condamner les contrevenants à de sévères amendes.

Pour nous résumer, l'obligation de loyauté consiste à ne pas nuire aux intérêts de l'entreprise. On peut cependant remarquer que les contours de cette obligation de loyauté (que l'on pourrait qualifier de « minimum standard ») ne sont pas très précis. Aux Etats-Unis, les parties peuvent également se retrouver obligées à travers un accord verbal ou une conduite implicite, mais qui restera néanmoins difficile à établir. Pour affiner ses exigences et par souci de sécurité, l'employeur ou le partenaire aura donc tout intérêt à se servir des outils juridiques mis à sa disposition, à savoir les clauses de confidentialité et de non-concurrence, afin de contractualiser ces obligations.

¹¹ Art. L. 1222-1 du Code du travail, voir annexes.

¹² Cass. Soc. *Société Expertise informatique c/ Mme X.*, 17 mars 2010, n° 08.44248, non publié au Bull. : « *La clause de non-concurrence aux termes de laquelle le salarié est tenu de ne pas démarcher, pour son propre compte ou celui d'un tiers, la clientèle de son employeur, constitue le rappel explicite de loyauté pesant sur le salarié* ».

¹³ U.S. Court of Appeals, 4th Circuit, *National Legal Research Group v. Lathan*, 30 novembre 1994, n° 93-1844.

¹⁴ « *Employees have a duty of loyalty to their employer and must exercise the utmost good faith, loyalty and obedience during the employment relationship* ».

En droit français, la clause de confidentialité est distincte de l'interdiction légale (sévèrement sanctionnée) de révéler un secret de fabrication¹⁵ ou une information à caractère secret¹⁶. Le secret de fabrication s'entend, à défaut de définition légale, comme un procédé de fabrication ignoré des concurrents, sans que celui-ci soit nécessairement breveté. Le fait qu'il présente un intérêt pratique ou commercial est en soi suffisant¹⁷.

En droit américain en revanche, la limite est plus floue. La protection des *trade secrets* semble englobée dans les clauses de confidentialité comme de non-concurrence, et sa définition est entendue très largement. Tom Lin, professeur de droit à la Temple Law School, considère en effet qu'il s'agit « *d'une formule, d'une pratique, d'un procédé, d'un design, d'un instrument, d'un modèle, d'une méthode commerciale, ou d'une compilation d'informations, qui n'est pas généralement connu ou raisonnablement déterminable par le public, et par lequel une entreprise peut obtenir un avantage économique sur des concurrents ou des clients* »¹⁸. L'intérêt de ce secret est qu'il peut durer indéfiniment s'il est bien gardé. C'est par exemple le cas de la formule du Coca-cola, boisson plus que centenaire conçue à l'origine par un pharmacien d'Atlanta, loin de se douter à l'époque que sa découverte allait devenir un des symboles culturels phare des États-Unis. Sa composition fait l'objet d'un secret industriel, conservé de façon quasi militaire¹⁹.

En réalité, les informations élevées au niveau de *trade secrets* sont protégeables, dans la majorité des Etats, par l'*Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, instrument juridique relevant du *soft law* (voir *infra*). Les clauses de confidentialité permettent d'imposer au débiteur une obligation de discrétion renforcée sur des informations qui, étant importantes pour l'entreprise, peuvent ne pas tomber sous la qualification de *trade secret* selon la loi de l'Etat applicable en l'espèce.

¹⁵ Art. L. 1227-1 du Code du travail, voir annexes.

¹⁶ Art. L. 226-13 du Code pénal, voir annexes.

¹⁷ Cass. Crim. 12 juin 1974, n° 73-90.724, Bull. Crim. n°218, p. 561.

¹⁸ T. C. W. Lin, « Executive Trade Secrets », *Notre Dame Law Review*, volume 87, 28 avril 2012.

¹⁹ La formule du célèbre breuvage dort toujours dans un coffre à Atlanta, et seuls quelques élus y ont accès.

La clause de confidentialité telle qu'on l'entend dans cette analyse se différencie également du secret professionnel, imposé par le législateur en France, et qui est institué pour garantir la confidentialité concernant les clients ou usagers de certaines professions, telles que les avocats et les médecins.

Distinguons également la clause de non-concurrence d'autres clauses dont certains éléments pourraient porter à confusion :

— La clause de loyauté (française) : cette clause se contente de rappeler l'obligation de loyauté qui prévaut *pendant* la durée du contrat, sans imposer aucune contrainte particulière au salarié après la fin du contrat, tandis que la clause de non-concurrence concerne des dispositions qui prennent effet *après* la rupture du contrat de travail, et ce quelle qu'en soit la cause ;

— La clause d'exclusivité (française) : cette clause interdit au salarié le *cumul* de son emploi en cours et d'une autre activité professionnelle, salariée ou non, pour son compte ou pour celui d'un autre employeur ;

— La clause de clientèle²⁰ : ce n'est ni une variante, ni un complément apporté à la clause de non-concurrence. Cette clause interdit à l'ancien salarié de contracter, directement ou indirectement, avec d'anciens clients, même si ceux-ci l'envisagent spontanément (c'est-à-dire en dehors de toute sollicitation ou démarche). En France, le contenu de cette clause de clientèle s'apparente curieusement à celui d'une clause de non-concurrence, mais elle ne comporte pas en revanche de contrepartie financière dans sa mise en œuvre. Rédigée de manière large et imprécise, elle représente en réalité souvent des engagements de non-concurrence déguisés. Par ce procédé, les entreprises tentent de se soustraire au régime contraignant et coûteux de la clause de non-concurrence. Le subterfuge est néanmoins réprimé par les juges : c'est ce que l'on appelle grossièrement « la chasse aux clauses de non-concurrence déguisées » !

Certaines de ces clauses sont donc régulièrement requalifiées par la jurisprudence en clauses de non-concurrence et, en l'absence de contrepartie financière, déclarées

²⁰ Également appelée « clause de non-sollicitation », « clause de non-captation de la clientèle », « clause de non-démarchage », ou encore « clause de protection de la clientèle ».

illicites : « *une clause selon laquelle il est fait interdiction à un salarié, durant une période déterminée, d'entrer en relation, directement ou indirectement, 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, laquelle, en l'absence de contrepartie financière, est nulle et ne peut donc être opposée au salarié* »²¹. Cette jurisprudence est constante et a été récemment rappelée en 2013²². Il est cependant intéressant de noter que les deux clauses (clause de non-concurrence et clause de clientèle), pour avoir la même finalité, à savoir la protection des intérêts de l'entreprise et plus particulièrement de sa clientèle, n'apportent pas la même restriction à l'exercice de l'activité professionnelle (la clause de clientèle étant a priori moins pénalisante pour le salarié)²³.

Le droit américain connaît également cette clause, sous le nom de *non-solicitation agreement*. Souvent intégrée au sein de la clause de non-concurrence elle-même, elle est cependant perçue comme moins restrictive, en ce sens que le salarié, auquel il est interdit de solliciter les clients de son ancien employeur, est immédiatement autorisé à travailler dans le même secteur d'activité et le même secteur géographique après son départ de l'entreprise. Les juges américains sont plus favorables à cette clause de clientèle car elle est perçue comme imposant des conditions plus raisonnables, suffisantes pour protéger les intérêts de l'entreprise, et permettant au salarié de pouvoir continuer à travailler dans son champ d'expertise. Cela ne les empêche pas néanmoins de condamner sévèrement le contrevenant en cas de violation de la clause. Par exemple, un groupe d'employés, courtiers d'assurances, avaient démissionné de l'entreprise B pour laquelle ils travaillaient, et avaient été immédiatement réembauchés pour travailler pour l'entreprise C. La difficulté est survenue lorsque, après leur départ, plus de 20 clients avait transféré leurs comptes de l'entreprise vers l'entreprise C. L'ancien employeur a soutenu que ses employés avaient « *entrepris un effort calculé et concerté pour bouleverser [son] entreprise, en démissionnant le même jour, et en tentant d'entraîner un certain nombre de clients à les suivre et à changer de courtier d'assurances* ».

²¹ Cass. Soc. *Société Ufrance patrimoine c/ M.X.*, 19 mai 2009, n° 07-40222, non publié au Bull.

²² Cass. Soc. *Association Cigamac c/ Mme X.*, 3 juillet 2013, n° 12-19465, non publié au Bull.

²³ P. Antonmattei, « Les clauses du contrat de travail », éditions Liaisons, 2009, p. 94.

La Cour suprême de Pennsylvanie a condamné ces employés à payer une amende de 6,9 millions de dollars à leur ancien employeur pour violation de leur *non-solicitation agreement*²⁴.

Si par conséquent les employés peuvent librement changer d'emploi, ils ne peuvent le faire d'une manière qui viole les obligations contractées vis-à-vis de leur ancien employeur. Cette préférence des clauses de clientèle est également partagée par les juges canadiens : ceux-ci considèrent la clause de non-concurrence comme une « arme bien plus radicale »²⁵, et l'invalident généralement si une clause de clientèle est suffisante en l'espèce pour protéger les intérêts de l'entreprise.

Ainsi, les clauses de confidentialité et de non-concurrence présentent un intérêt essentiel pour les entreprises. Mais on peut se demander aujourd'hui quelle est leur véritable portée, et si les systèmes français et américains illustrant cette étude sont réellement si différents dans leur approche qu'il n'y parait de prime abord.

Les clauses de confidentialité et les clauses de non concurrence protègent-elles ainsi mieux les intérêts de l'entreprise en droit américain, issu de la *Common Law* et dualiste, ou en droit français, qui appartient au système romano-germanique, et qui est soumis à l'influence constante du droit de l'Union Européenne ?²⁶

Si ces clauses ont un champ d'application variable malgré l'application de conditions strictes, on verra par ailleurs que leur mise en œuvre est complexe, notamment dans leur interprétation et les sanctions qu'elles prévoient.

²⁴ Superior Court of Pennsylvania, *B.G. Balmer & Co. Inc. v. Frank Crystal & Co*, 21 septembre 2006, n° 2003-09686.

²⁵ « *Non-competition agreements are much more drastic weapons* »; « *a non-competition agreement is invalid when a non-solicitation agreement would have been sufficient to protect the company's interests* », Ontario Court of Appeal, *Lyons v. Multari*, 21 septembre 2000, 50 O.R (3rd) 52.

²⁶ La référence à l'Union Européenne est surtout ici faite dans le but de montrer que la France peut, sous cet angle, se rapprocher du système fédéral américain. On ne fera cependant pas d'analyse en profondeur du droit européen.

PARTIE 1

DES CLAUSES AU CHAMP D'APPLICATION VARIABLE

Le système juridique français correspond à celui d'un Etat unitaire qui comporte un centre unique d'impulsion politique auquel sont soumis uniformément sur le territoire tous les individus et toutes les entreprises.

Les Etats-Unis, au contraire, sont organisés sur le mode fédéraliste. C'est un Etat « à double étage », composé de plusieurs collectivités politiques autonomes (appelées Etats fédérés) auxquelles il se superpose, et dont les compétences sont réparties par la Constitution de 1787. Malgré le fédéralisme, les Etats fédérés disposent d'une large compétence pour légiférer. Les Etats-Unis étant divisés en 50 Etats, il existe une très grande variété de règles, que ce soit en matière de droit civil, de droit commercial, de droit pénal, de droit fiscal etc.

En parallèle, depuis le Traité de Maastricht signé en 1992, la France fait partie de l'Union Européenne. Peut-on en conclure pour autant qu'elle est devenue un Etat fédéré au même titre que ceux composant les Etats-Unis ? On pourrait considérer que l'Union Européenne est un Etat fédéral produisant du droit communautaire dérivé qui s'applique aux Etats membres, lesquels conservent une certaine marge de manœuvre quant à l'élaboration de leur législation nationale dans certains domaines bien définis.

Selon certains, l'Union Européenne serait responsable d'une très large part de la législation française, soit entre 60% et 80% selon des statistiques non-officielles.

Un simple pourcentage ne saurait cependant pas suffire à expliquer l'impact de l'Union sur les activités législatives nationales et cette question, qui oppose les partisans d'une conception souverainiste et les partisans d'une conception fédéraliste de l'Union Européenne, relève d'un autre débat que du nôtre.

Pour résumer sommairement notre étude, on peut dire que les Etats-Unis ne connaissent pas de réglementation uniforme concernant les clauses de confidentialité et de non-concurrence. On se penchera sur ce qui est communément admis dans la plupart des Etats américains, en notant bien sûr les plus grandes divergences entre eux, et par rapport au droit français plus homogène.

CHAPITRE 1

Une absence d'obligation standard : des sources fluctuantes et hétérogènes en France comme aux Etats-Unis

Il faut bien comprendre la difficulté inhérente à notre étude : à la différence de la France, il n'existe pas aux Etats-Unis d'ensemble unique de droit du travail codifié applicable à tous les employeurs de droit privé.

Pour schématiser, on peut dire que le droit gouvernant les relations de travail aux Etats-Unis résulte d'un mélange de droit constitutionnel et de droit commercial, et dérive notamment d'une multitude de sources :

— Les *federal statutes* sont des lois fédérales s'appliquant à tous les employeurs engagés dans un commerce interétatique. Elles fixent les exigences et protections minima requises relatives aux conditions de travail (tels que le salaire ou le temps de travail) ;

— Les *state statutes* sont en revanche les lois des Etats fédérés qui ne sont applicables qu'à l'intérieur des frontières propres de chacun des Etats. Elles traitent généralement les droits non couverts par les lois fédérales concernant la protection des employés, et fixent l'allocation chômage et l'indemnisation des travailleurs malades ou blessés ;

— Les *local statutes*, lois promulguées par les villes et les municipalités, sont souvent plus protectrices des droits des salariés que celles prévues par les lois fédérales ou celles des Etats fédérés ;

— La jurisprudence : à travers leurs décisions, les cours américaines interprètent les lois et règlements issus de ces différents niveaux (fédéral, fédéré et local) et les appliquent à chaque espèce. Elles citent par ailleurs régulièrement de nombreuses décisions antérieures sur lesquelles elles estiment justifié de fonder leurs décisions, beaucoup plus que sur la loi elle-même (on voit donc la différence considérable qui existe avec les juridictions françaises). C'est ce qu'on appelle la règle du précédent : les décisions des cours d'appels

s'imposent toujours en principe aux cours inférieures. On rappelle que les *U.S. District Courts* (dont on citera des décisions au cours de notre étude) sont des juridictions fédérales.

S'il n'existe pas aux Etats-Unis de codification de l'ensemble du droit du travail (mais cela ne saurait tarder (*voir infra.*)), on en trouve néanmoins quelques-unes en droit des contrats. Le *Restatement (Second) of the Law of Contracts* (1981) est un traité de droit élaboré par l'American Law Institute (ALI). Il n'a pas force de loi, mais demeure une source puissante, et celle qui est la plus fréquemment citée par les avocats et les juges en matière contractuelle.

L'ALI élabore également depuis 2002 un *Restatement (Third) of Employment*, qui pourrait donner de solides bases au régime juridique des clauses de confidentialité et de non-concurrence. Cette source de soft law n'a cependant pas encore été adoptée définitivement.

L'*Uniform Commercial Code* (abrégé UCC, publié en 1952), contenant quelques dispositions concernant les contrats, a été conçu par une organisation non gouvernementale afin de promouvoir l'uniformité des lois entre les Etats fédérés (qui ont adopté ce code en tant que loi). On s'efforcera donc de comparer autant que faire se peut les conceptions française et américaine des clauses de confidentialité et de non-concurrence, sans pour autant négliger les spécificités propres à chaque Etat fédéré.

Selon une définition générique, on pourrait dire que le contrat de travail est un acte de droit privé par lequel une personne (le salarié) s'engage à effectuer un travail pour un autre (l'employeur) moyennant une rémunération. Le contrat est établi sous forme de clauses qui régissent les différents droits et obligations des parties.

Cependant, le droit du travail aux États-Unis est distinct du droit français en ce qu'il est caractérisé par son imbrication entre lois fédérales et lois des États fédérés, une primauté caractérisée de la volonté des parties, ainsi que par la grande flexibilité du marché du travail (notamment en matière de licenciement).

L'*at-will employment*²⁷ par exemple est une spécificité américaine qui permet en principe à l'employeur comme à l'employé de mettre un terme à leur relation de travail quand ils le désirent, sans avoir à en justifier la raison (dès lors que celle-ci n'est pas discriminatoire). Dans l'Etat de Virginie, où l'*at-will employment* est particulièrement présent, le taux de chômage est l'un des plus bas des Etats-Unis (4,5% en moyenne sur les trente dernières années ; 5,5% en 2013), et la concentration de travailleurs qualifiés dans les secteurs de haute technologie l'une des plus forte.

Nous pourrions voir en ce type d'emploi une sorte de « retour aux origines » de la relation contractuelle : celui de l'accord entre deux volontés libres, toujours susceptible d'être remis en cause par l'une des parties. C'est le pari de la liberté qui est pris.

On retrouve cette différence de conception dans l'histoire et l'économie des deux pays, au travers notamment du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En France, le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 a posé le principe fondamental de la liberté du commerce, entendu comme la liberté d'exercice d'un métier : « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'il trouvera bon* ».

Mais il n'existe pas en droit français de définition précise de la liberté du travail. De plus, la signification du principe français a évolué. Créée en réaction aux entraves du régime corporatif à l'activité professionnelle, la liberté du travail avait, au XIX^e siècle, un contenu essentiellement économique (liberté de s'engager et de travailler pour vivre). Depuis l'affirmation du droit à l'emploi dans le Préambule de la Constitution de 1946²⁸ (auquel renvoie celle du 4 octobre 1958), la liberté du travail réside dans la faculté reconnue à tout homme de gagner sa vie en exerçant la profession de son choix. On suppose par conséquent que chaque salarié a le droit de changer d'emploi et est libre de conclure un nouveau contrat de travail avec l'employeur qu'il souhaite. Cela rentre-t-il en contradiction avec les clauses de non-concurrence ?

²⁷ *At-will employment*, littéralement « emploi à la volonté ». L'employé peut être licencié « *for good cause, or bad cause, or no cause at all* » (« pour une bonne raison, une mauvaise raison, ou pas de raison du tout »).

²⁸ Préambule de la Constitution de 1946, article 5 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ».

Aux Etats-Unis, le principe général veut que l'exercice d'une profession soit libre. On n'y rencontre rien, ressemblant de près ou de loin, aux anciennes corporations d'arts et métiers que la Révolution de 1789 a renversées en France. Il semblerait même que rien de semblable n'ait jamais existé aux États-Unis, et l'eût-on voulu, on ne l'aurait pu. En effet l'esprit d'indépendance des colons n'était pas la seule raison à cette impossibilité : la division du travail, que suppose le système des corporations, est impraticable dans un Etat naissant ayant une population limitée, et où chacun devait se suffire à lui-même.

L'idée est donc que l'homme honnête et de bonne volonté jouit, dans l'emploi de ses facultés et dans la poursuite de ses moyens de subsistance, d'une liberté extrêmement étendue. Cependant il n'existe rien de formel dans la Constitution américaine de 1787 garantissant cette liberté. Ce silence est pour le moins surprenant. Est-ce une distraction du législateur, ou les rédacteurs de la Constitution ont-ils jugé que cette liberté était tellement ancrée dans les mœurs qu'il était superflu de l'inscrire dans la loi ? Furent-ils arrêtés, comme la doctrine et la jurisprudence françaises, par la difficulté de définir précisément la liberté du travail ?

La conception du contrat de travail n'étant pas en définitive la même entre ces deux pays, celle des clauses de confidentialité et de non-concurrence ne se caractérise pas non plus par son homogénéité, qu'il s'agisse de la délimitation de ses champs personnel, matériel, ou spatio-temporel.

SECTION 1. Un champ d'application personnel facilement délimité

Paragraphe 1. L'étape-clé de la signature

Les clauses de confidentialité et de non-concurrence, qu'elles soient françaises ou américaines, obligatoirement écrites, peuvent normalement être demandées et signées à n'importe quel stade de la relation contractuelle. Mais quel est le meilleur moment ?

— *Au stade des négociations* : une entreprise (ou un entrepreneur) engagée dans la négociation d'un contrat peut être conduite à révéler certaines informations sensibles, mais encourt ce faisant le risque de voir son partenaire potentiel rompre les pourparlers et communiquer ces données à un concurrent voire les utiliser lui-même.

On peut en prendre pour exemple une négociation de rachat d'entreprise. Afin de contracter en toute connaissance de cause, un acheteur potentiel voudra connaître certaines informations techniques et financières concernant l'entreprise avant de pouvoir faire une offre au vendeur. Ce dernier peut à l'inverse se montrer réticent à dévoiler ces informations, surtout si l'acheteur est un concurrent. Ainsi, l'acheteur potentiel ne fera pas de proposition d'achat sans ces informations, et le vendeur hésitera à donner ces informations sans avoir l'assurance que l'acheteur ne les utilisera pas dans son seul intérêt personnel. S'il le faisait, ce comportement déloyal pourrait être sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

Cependant la preuve est difficile à rapporter et les informations ayant déjà été révélées, le mal serait, pour ainsi dire, déjà fait. C'est pourquoi il est prudent, pour sécuriser cette phase précontractuelle, de faire signer à la personne concernée (l'acheteur dans notre exemple) une clause de confidentialité, qui lui interdira de révéler les informations confidentielles échangées au cours de la négociation. Cette clause peut également être insérée dans un avant-contrat de négociation (*preliminary agreement*).

Prenons un autre exemple : si une entreprise est détentrice d'une idée qu'elle comme considère unique et prometteuse, il est compréhensible qu'elle ne veuille pas donner à son interlocuteur la possibilité de s'approprier son projet (en partant le réaliser sans elle). Par ailleurs, la signature d'une clause de confidentialité ou de non-concurrence insérée dans un contrat s'effectue le plus souvent en fin de recrutement (c'est-à-dire au moment de l'embauche).

La signature manifeste l'acceptation de la clause et de tous ses effets par le salarié. En France, si une convention collective institue de manière impérative une clause de non-concurrence, la convention collective s'impose et il n'est pas indispensable d'inscrire la clause dans le contrat (ce qui est néanmoins fortement recommandé). Enfin, le contrat ne pourra pas prévoir de clauses plus restrictives que la convention collective éventuellement applicable.

— *Pendant l'exécution du contrat* : au cours de l'exécution du contrat de travail, l'employeur peut, pour différentes raisons, souhaiter ajouter une clause de confidentialité ou de non-concurrence au contrat initial. La difficulté réside dans le fait que l'insertion de toute nouvelle clause dans le contrat de travail requiert l'accord clair et non équivoque du salarié. Or la position du salarié sur la question peut évoluer avec le temps. Par exemple s'il pense démissionner dans les mois qui suivent et aller travailler chez un concurrent qui le rémunérera davantage, il sera très difficile de lui faire accepter une clause de non-concurrence. C'est pourquoi il est préférable de faire signer ces clauses le plus en amont possible de la relation contractuelle. Aux Etats-Unis, du fait de la très grande liberté contractuelle, il est « d'usage » de négocier dès le départ sur l'ensemble des éléments.

— *Après le contrat* : il est très rare de faire signer de telles clauses après la fin ou la rupture du contrat, car il sera autrement plus difficile de négocier et/ou d'imposer cette clause à ce moment-là. Mais tout peut dépendre de ce que l'on propose en compensation.

Il est donc préférable de prévoir ces clauses le plus tôt possible. Penchons-nous maintenant sur les personnes soumises à ces clauses : touchent-elles tout le monde ?

Paragraphe 2. La délimitation et la généralisation des catégories d'individus concernés

La clause de confidentialité sert à protéger les informations sensibles de l'entreprise. Elle peut en principe concerner n'importe quel poste de l'entreprise, du plus petit échelon jusqu'au sommet de la hiérarchie : des employés (telle une secrétaire), de simples cadres intermédiaires (comme par exemple un représentant du personnel²⁹, un chef du service de sécurité, un expert-comptable) aux plus hauts cadres de l'entreprise (comme un dirigeant ou un manager).

Mais la réalité est toute autre, et de fait plus subtile : ce type de clause n'est valable que si elle est proportionnée au but recherché et si elle est justifiée par la nature de la tâche confiée au salarié. On comprendrait en effet mal sur quel fondement un employeur imposerait une quelconque confidentialité à un salarié qui n'aurait aucun contact direct ou potentiel avec des données jugées confidentielles.

On observe ainsi que la pertinence de la clause de non-concurrence varie par ailleurs également selon les fonctions occupées par le salarié et les informations et données auxquelles il a accès. Si l'on peut estimer justifiée la clause de non-concurrence imposée à l'ingénieur détenteur de procédés de fabrication exclusifs, celle prévue au contrat d'un vendeur de matériel photographique au sein d'une grande enseigne le sera moins.

Chaque cas doit par conséquent être analysé en fonction de ses spécificités. Il se peut tout aussi bien qu'une secrétaire commerciale soit soumise à cette clause parce qu'elle détient, de par ses fonctions, un certain nombre d'informations jugées sensibles, et que le titulaire d'un poste d'encadrement ne le soit pas parce qu'il ne travaille pas sur des sujets considérés comme tels.

Aux Etats-Unis, on notera que les lois de certains Etats fédérés (tels que le Massachusetts, l'Alabama, le Texas ou encore le Delaware) interdisent au nom de l'intérêt général les clauses de non-concurrence à l'égard de certaines professions : c'est le cas des médecins³⁰,

²⁹ Equivalent aux Etats-Unis à un *union/employee representative*.

³⁰ Texas Business and Commerce Code, section 15.50b; Delaware Code, section 1761.

des infirmiers, des travailleurs sociaux ou encore des animateurs de radio et de télévision³¹. En dehors de ces personnes protégées, un article récent du New York Times³² attire l'attention sur le fait que les clauses de non-concurrence, traditionnellement réservées aux cadres supérieurs, apparaissent de plus en plus dans des secteurs inattendus : des professeurs de yoga, des coiffeurs, ou encore des animateurs de colonies de vacances sont désormais soumis à l'obligation de renoncer à leurs droits de se déplacer dans tel secteur (on parle ici d'une mobilité dans le travail, et non d'une mobilité géographique).

On retrouve ainsi dans le même temps une tendance à la généralisation de la clause de non-concurrence, et une limitation de son application à certaines catégories d'individus. Si le champ individuel tend à s'élargir, qu'en est-il de son intérêt ? Pour certains, comme Michele Grant, avocate à Philadelphie, « *what started out as a scalpel for companies to protect their very valuable trade secrets and customer lists has turned into a bludgeon that exploits all types of workers* »³³. Il est vrai que pour les entreprises, cette clause est un moyen de retenir leurs meilleurs éléments. Les salariés peuvent en effet être considérés comme un capital précieux.

Une autre question dérive alors de ces constats : ces clauses constituent-elles un bloc inébranlable, ou les personnes qui les signent peuvent-elles en négocier les termes ? Ont-elles même la possibilité de refuser de s'y soumettre ?

³¹ Massachusetts General Laws, Code 112, section 12X, 74D, et 135C.

³² Steven Greenhouse, « Non-compete Clauses Increasingly Pop Up in Array of Jobs », *The New York Times*, 8 juin 2014.

³³ « *Ce qui n'était au début qu'un instrument pour les entreprises pour protéger leurs secrets commerciaux de grande valeur et leurs listes de clients s'est transformé en une massue qui exploite tous les types de travailleurs* ».

Paragraphe 3. La possibilité de refuser les clauses ou d'en négocier les termes : illusion ou réalité ?

La liberté contractuelle est le principe selon lequel les individus doivent être libres de définir eux-mêmes les termes de leurs contrats, sans aucune interférence de la part d'autrui. C'est le principe directeur en matière de consentement, notamment en droit français. Aux Etats-Unis, le contrat étant considéré comme le cœur d'une économie libre de marché, la liberté contractuelle est également essentielle. Le droit américain laisse donc traditionnellement aux parties une très grande liberté pour négocier et déterminer les termes et conditions de leur contrat. Qu'en est-il lorsqu'intervient une clause de confidentialité ou de non-concurrence ? Nous avons vu qu'en théorie, personne ne peut être contraint à s'engager et à signer une clause contraire à sa volonté. Mais la réalité est toute autre...

Au stade des négociations, la clause de confidentialité est souvent une condition *sine qua non* permettant de discuter d'un projet. Il est donc impossible de la refuser sans perdre une opportunité. Quant aux clauses de non-concurrence, Robert Ottinger, avocat à New York City, les compare à de l'esclavage économique, dans les filets desquels les individus se retrouveraient piégés. C'est particulièrement vrai pour de jeunes professionnels qui cherchent à intégrer le monde du travail. Les entreprises françaises comme américains savent que de par leur absence ou leur manque d'expérience, et la gravité de la crise économique, certains de ces jeunes se trouvent en position de faiblesse telle qu'ils seraient capables d'accepter n'importe quoi. A l'inverse, d'autres individus plus expérimentés, et recevant de nombreuses offres d'emploi, auraient un fort pouvoir de négociation sur le marché du travail, et pourraient se permettre de refuser la clause de non-concurrence, ou de l'accepter moyennant une contrepartie financière plus élevée. Tout le monde ne dispose donc pas du luxe de refuser une telle clause. Cette culture de la négociation est par ailleurs bien plus ancrée aux Etats-Unis qu'en France.

Dans le droit français, si le salarié est déjà embauché, la réponse est plus nuancée. Il s'agira en effet de savoir si on se trouve en présence d'une modification essentielle du contrat de travail (auquel cas le salarié est en droit de la refuser) ou, au contraire, d'un simple changement des conditions de travail (ne permettant alors pas au salarié de s'y opposer).

En l'état actuel de la jurisprudence, il est particulièrement difficile d'apporter une réponse fiable à ce sujet pour la clause de confidentialité, la Cour de cassation n'ayant encore jamais rendu de décision sur ce point. Toutefois, on estime que l'insertion d'une telle clause devrait nécessairement être considérée comme une modification essentielle du contrat de travail. La solution est différente s'agissant de la clause de non-concurrence. La Cour de cassation a jugé que « *l'insertion d'une clause de non-concurrence au cours de l'exécution du contrat de travail constitue une modification de ce contrat, et le refus d'une telle modification par un salarié ne peut légalement constituer une cause (réelle et sérieuse) de licenciement* »³⁴.

Aux Etats-Unis, la question de savoir si un salarié en poste peut être licencié s'il refuse une clause de confidentialité ou une clause de non-concurrence n'est pas nettement tranchée. Certaines cours valident un tel licenciement, d'autres comme celles de l'Etat de Californie estiment le licenciement injuste dans cette hypothèse, et allouent de forts dommages et intérêts au salarié. Le problème demeure en suspens dans quelques Etats, notamment le Connecticut. Il est néanmoins vivement conseillé à l'employeur d'agir prudemment. La question peut en effet être posée différemment. Celle-ci ne se poserait donc pas dans les termes suivants : « est-ce que l'employeur peut licencier un salarié qui refuse de signer la clause », mais plutôt « l'employeur veut-il vraiment licencier ce salarié, et causer une perte que la clause était ab initio supposée éviter » ? Les parties doivent donc trouver un compromis.

Si l'insertion d'une nouvelle clause résulte d'un accord de volonté entre les parties, alors aucune difficulté ne se posera a priori. Afin de prévenir un éventuel contentieux, il est néanmoins fortement recommandé à l'employeur de formaliser l'acceptation de la modification par le salarié par la rédaction d'un avenant³⁵. Il est par ailleurs superflu de rappeler qu'avant de signer quoi que ce soit, il faut veiller à bien lire ces clauses, et surtout à en définir précisément les contours.

³⁴ Cass. Soc. *M. Z. c/ Mme X. et Mlle Y.*, 7 juillet 1998, n° 96-40.256, Bull. 1998 V, n° 367, p. 278.

³⁵ Convention écrite constituant un accessoire du contrat principal, et dont l'effet est de modifier les conditions ou les modalités des engagements prévus dans la convention initiale. On retrouve son équivalent aux Etats-Unis sous les termes d'*additionnal clause* ou *amendment*.

SECTION 2. La complexité de la délimitation du champ matériel

Paragraphe 1. La circonscription du périmètre de la confidentialité

La clause de confidentialité, souvent qualifiée de « *boilerplate clause* »³⁶ aux Etats-Unis, peut concerner tous types de contrat. Son insertion n'est pas conditionnée par la nature du contrat de travail. Si la protection des intérêts de l'entreprise l'exige, on peut aussi bien la retrouver dans un contrat à durée déterminée (CDD/*fixed-term/temporary employment contract*) que dans un contrat à durée indéterminée (CDI/*permanent employment contract*) ou dans un contrat à temps complet (*full-time*) comme dans un contrat à temps partiel (*part-time*).

La clause détermine quelles sont les informations -ou le type d'informations- que les parties contractantes auront entendu couvrir, ainsi que les conditions dans lesquelles le salarié entre en possession de ces données. L'étendue de la confidentialité est délimitée en principe par le titulaire du secret. En ce qui concerne la nature des informations, il s'agit de tout ce qui est jugé secret pour l'entreprise. Si l'employeur décide de restreindre la clause à certains types d'informations seulement, on dit que la clause est spécifique. Mais il est libre s'il le souhaite d'étendre cette clause à l'ensemble des informations et données dont le salarié est amené à disposer, auquel cas, la clause est qualifiée de générale. On peut considérer d'une part qu'il est préférable pour l'employeur d'établir une clause de confidentialité en des termes très larges, car cela lui permettra d'amplifier le champ de la clause. Cependant, il prendra ainsi le risque d'être exposé, si ce champ est trop large, à ce que la clause soit considérée comme abusive.

En outre, des termes trop vagues rendraient plus difficile la mise en œuvre elle-même de la clause. En effet, en cas de flou rédactionnel, une interrogation pourra toujours s'élever sur ce qui est susceptible d'être ou non couvert par la clause. Et, en tout dernier lieu, ce sera au juge de trancher. Une bonne clause spécifie également la manière dont le salarié entre en

³⁶ Littéralement « clause standard » ou « clause passe-partout ».

possession de ces données : dans les documents qu'on lui remet, pendant les réunions, par hasard, par écrit ou par oral, etc.

Enfin, le silence sur ces données est entendu être respecté aussi bien en externe (vis-à-vis des tiers, comme les concurrents), qu'en interne (vis-à-vis des autres employés de l'entreprise). La clause peut cependant prévoir que les données ainsi protégées pourront être dévoilées à la suite d'une autorisation expresse.

Mais de quelles informations s'agit-il précisément ? Il peut s'agir de divers éléments sensibles et importants pour l'entreprise, tels que :

- Ses informations financières, tels les chiffres d'affaires et ou la rémunération des dirigeants ;
- Ses secrets commerciaux ou technologiques, ainsi de ses secrets de fabrication (par exemple, la composition d'un parfum ou d'une boisson) ou du développement de ses produits ;
- Sa stratégie commerciale, avec notamment des rapports de consultants et d'audits ;
- La liste de ses clients, avec des données sur leurs portefeuilles ;
- Sa politique de gestion des ressources humaines, tels que des plans sociaux ou des propositions de rachat.

Nous avons vu que les salariés français et américains étaient soumis, même sans clause, à une obligation générale de discrétion et de loyauté (*duty of loyalty*). Il est cependant préférable d'utiliser une clause de confidentialité. En effet, l'employeur aura la faculté grâce à cette clause de préciser de manière plus détaillée le type d'informations et de données qu'il entend garder secrètes. Ainsi, non seulement le champ de la protection pourra se trouver plus étendu mais, en outre, la clause facilitera la reconnaissance de sa violation potentielle par le salarié « trop bavard ».

Les clauses de confidentialité, comme nous l'avons mentionné, peuvent se retrouver dans de nombreux domaines. Elles sont particulièrement importantes aux Etats-Unis pour les sociétés cotées en bourse souhaitant éviter les délits d'initié de la part de leurs employés,

ainsi que dans les sociétés spécialisées dans les secteurs informatiques et des nouvelles technologies.

La différence entre les clauses de confidentialité et de non-concurrence est parfois floue, notamment lorsque les salariés sont ultra spécialisés. Si la clause de confidentialité concerne des informations d'ordre stratégique propres à l'entreprise comme les parts de marché, les fournisseurs, ou les calculs de prix, il ne semble pas que la clause porte atteinte à la liberté de travail du salarié. En revanche, si la clause concerne le savoir faire du salarié, ce qui est difficilement différenciable de l'expérience et des compétences qui lui sont propres, alors la clause de confidentialité s'assimile à une clause de non-concurrence, dans la mesure où le salarié se voit en pratique limité dans sa liberté de travail.

Paragraphe 2. La détermination des fonctions et spécialités visées par la clause de non-concurrence

La clause de non-concurrence est susceptible de figurer également dans tout type de contrat de travail. En France, on peut théoriquement la trouver dans un contrat à temps partiel, un contrat à durée déterminée, un contrat d'apprentissage, ou encore un contrat de travail temporaire. Aux Etats-Unis, elle s'applique aussi bien à un salarié à plein temps qu'à un salarié à temps partiel ou à un cocontractant indépendant.

Que ce soit en droit français ou américain, la clause de non-concurrence doit néanmoins être limitée dans son objet, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas interdire purement et simplement l'exercice par l'intéressé de son activité professionnelle, ce qui constituerait une atteinte à sa liberté d'entreprendre. Elle ne peut que restreindre cette liberté, mais non la supprimer. Serait nulle par exemple la clause qui priverait un commerçant propriétaire de son fonds de commerce de toute sa clientèle, et l'empêcherait d'exercer sa profession.

De même dans les deux pays, la clause de non-concurrence doit nécessairement, pour être licite, viser à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. En conséquence, elle doit être proportionnée et justifiée par la nature de l'emploi occupé.

Le but de ce type de clause consiste en effet à protéger un savoir-faire³⁷ très particulier, qui représente globalement un bien économique important pour l'entreprise. Ainsi, le salarié qui ne serait détenteur d'aucune connaissance spécifique liée à son emploi dans l'entreprise ne pourrait se voir imposer une telle clause.

Conformément au contenu écrit de la clause, la restriction porte en partie, ou tout à la fois, sur :

– Des fonctions précises :

Exemple : interdiction de se faire embaucher pour exercer des fonctions de chef de cuisine dans toutes les autres brasseries d'une ville déterminée ;

– Une spécialité professionnelle :

Exemple : interdiction de se faire embaucher par des cliniques privées ou de créer une clinique privée dans un certain rayon kilométrique pour exercer telle spécialité chirurgicale ;

– Des connaissances et/ou un savoir-faire particulier :

Exemple : interdiction de se faire embaucher par un constructeur automobile lorsque l'on est designer industriel en carrosserie ;

– La possession d'informations financières et/ou commerciales :

Exemple : interdiction de se faire embaucher comme commercial ou de s'installer en qualité d'agent commercial pour prospecter une clientèle dans un certain rayon kilométrique ;

– Un domaine d'activité économique :

Exemple : interdiction de se faire embaucher chez tous les employeurs de la filière « alimentation du bétail » dans un certain rayon kilométrique.

En pratique, on retrouve fréquemment ces clauses de non-concurrence dans les contrats portant sur les fonds de commerce, ainsi que dans des secteurs très compétitifs, tels que les technologies de l'information, la mode, ou l'industrie textile.

³⁷ *Know-how* aux Etats-Unis.

La confusion entre l'objet de la clause de non-concurrence et celui de la clause de confidentialité est cependant récurrente. On donnera un exemple pratique permettant de mieux les distinguer : dans l'hypothèse où un employé quitterait l'entreprise A et irait travailler dans une entreprise B ou pour son propre compte, en utilisant la listes de clients de l'entreprise A, ses secrets de fabrication, ou toute autre information acquise pendant sa période de travail, il paraît évident que cela causerait un préjudice non négligeable à l'entreprise A. La clause de non-concurrence, à la différence de la clause de confidentialité, ne prohibe donc pas la *communication* des informations sensibles de l'entreprise A, mais l'*utilisation* de ces informations par le salarié après son départ.

Ces clauses ne sont donc valables qu'à certaines conditions. Les conditions que nous allons désormais aborder sont sujettes à de vifs débats.

SECTION 3. Un champ d'application spatio-temporel péniblement cerné

S'agissant des clauses de non-concurrence, il est de jurisprudence constante dans les deux pays que la durée et la délimitation géographique de ces clauses ne doivent pas être disproportionnées.

En France, si cette limite spatio-temporelle présentait à l'origine un caractère alternatif, la Cour de cassation a jugé dans trois arrêts du 10 juillet 2002³⁸ qu'elles présentent désormais un caractère cumulatif, devant être apprécié en fonction de la proportionnalité entre l'intérêt légitime de l'entreprise et la liberté du travail du salarié, après la cessation du contrat de travail. Aux Etats-Unis, la solution est identique : les cours des Etats retiennent généralement que les restrictions géographiques doivent être « *realistic and reasonable* » (réalistes et raisonnables).

³⁸ Cass. Soc. 10 juillet 2002 : *Moline et a. c/ Société MSAS Cargo International*, n°99-43334 et 99-43336 ; *Salembier c/ Société La Mondiale SA*, n° 00-45135 ; *Barbier c/ Société Maine Agri SA*, n° 00-45387. Tous publiés au Bull. 2002 V n° 239, p. 234, voir annexes.

Paragraphe 1. La portée géographique, une question factuelle et évolutive

Cette question ne se pose que pour les clauses de non-concurrence.

En France, la loi n'a pas fixé de champ géographique maximum. La Cour de cassation retient depuis 1994³⁹ qu'à peine de nullité, la zone géographique doit être déterminée de façon précise dans la clause de non-concurrence, sous peine de priver le salarié de pouvoir se livrer à une recherche d'emploi, corollaire du principe de liberté de travail. La limite doit donc correspondre au secteur géographique dans lequel l'exercice de l'activité du salarié serait réellement susceptible de faire concurrence à celle du précédent employeur.

Pour analyser la clause, le juge doit se fonder sur l'activité réelle et l'activité géographique de l'entreprise, et non sur son objet social⁴⁰. La jurisprudence a en outre estimé qu'est nulle la clause de non-concurrence par laquelle l'employeur réserverait à sa seule convenance la faculté d'étendre la portée de la clause de non-concurrence dans l'espace⁴¹.

Le seul fait que le champ d'application soit très vaste n'entraîne pas nécessairement la nullité de la clause : par exemple, si la clause prévoit l'ensemble du territoire français, mais que le salarié peut retrouver un emploi conforme à ses qualifications, sa formation et ses connaissances, alors la clause sera licite⁴². En revanche, si elle interdit au salarié « *d'exercer un emploi conforme à l'expérience professionnelle dans laquelle il avait acquis une technicité et une compétence particulières, non seulement sur le territoire français, mais également dans tout autre pays européen où l'employeur, qui avait une implantation internationale, pourrait exercer ses activités* », elle est de nature à porter une entrave excessive à la liberté de travail, et doit être annulée⁴³. Le champ géographique doit être délimité de manière précise, comme par exemple circonscrire la clause à « *la région Ile-de-*

³⁹ Cass. Soc. *Société Fermiers c/ Mlle X.*, 28 avril 1994, n° 91-42180, Bull. 1994 V n° 150, p. 100.

⁴⁰ Cass. Soc. *Société Britex c/ M. X.*, 14 octobre 1998, n° 96-43261, non publié au Bull.

⁴¹ Cass. Soc. *Société Lypsis c/ M. X. et société Effi*, 23 octobre 2013, n° 12-16050, non publié au Bull.

⁴² Cass. Soc. *Société Alma Consulting Group c/ M. X.*, 15 décembre 2009, n° 08-44847, non publié au Bull.

⁴³ Cass. Soc. *Société Dent Wizard c/ M. X.*, 13 juillet 2005, n° 03-45586, non publié au Bull.

France » ou « *la France métropolitaine* » (la référence à des distances « à vol d'oiseau » étant proscrite).

Au Etats-Unis, la portée géographique de la clause de non-concurrence est généralement ce sur quoi achoppe l'employeur. En principe, l'employé ne peut voir limité son périmètre de travail que dans la zone dans laquelle l'entreprise opère ou pourrait opérer. Il est donc d'usage d'établir une zone géographique « *restreinte et raisonnable* », mais des variations peuvent survenir du fait de la compétitivité du secteur dont est issue l'entreprise.

Certaines clauses aux Etats-Unis établissent la limite en termes de villes, d'Etats ou de régions dans laquelle l'entreprise exerce son activité, tandis que d'autres estiment la zone restreinte en termes de distance, comme par exemple « *jusqu'à 50 kilomètres autour de Boston* ». Dans les deux cas, une zone trop étendue peut réduire la clause à néant. C'est le cas par exemple si la zone des 50 kilomètres couvre trois villes dans lesquelles l'entreprise n'exerce aucune activité, ou si elle prévoit une zone régionale telle que la Nouvelle-Angleterre mais que l'Etat du Maine (un des six Etats composant cette région) ne fait pas partie du socle de clientèle de l'entreprise, ou encore si la restriction couvre tout le Connecticut, mais que l'entreprise n'exerce son activité que dans les comtés de Hartford et de New Haven.

En revanche, si l'entreprise opère au niveau mondial, une clause de portée nationale peut être considérée comme raisonnable. Il n'y a donc pas de norme standard concernant la restriction géographique, mais il est certain que « *n'importe où à l'ouest du Mississipi* » désignera une zone trop vaste, et rendra la clause inapplicable. Tout revient donc à l'appréciation des juges, qui se fait au cas par cas.

En réalité, chacun des Etats a ses lois et sa jurisprudence bien établis pour déterminer ce qui constitue ou non une zone géographique raisonnable.

Dans l'affaire *Simplexity, LLC, v. Zeinfeld*⁴⁴ par exemple, les juges de l'Etat du Delaware ont estimé que la restriction géographique d'une clause de non-concurrence n'était pas exorbitante, même si elle s'appliquait à « *l'ensemble des Etats-Unis et à tout autre pays*

⁴⁴ Delaware Court of Chancery, *Simplexity, LLC. v. Zeinfeld*, 5 avril 2013, C.A. n° 8171-VCG.

dans lequel l'entreprise a exercé, exerce, ou envisage actuellement d'exercer ses activités », car la partie cherchant à faire appliquer la clause était une entreprise de commerce électronique opérant sur Internet (elle a donc un marché virtuellement indélimitable).

Les juges de l'Etat de l'Illinois ont pour leur part jugé en 2013⁴⁵ qu'une clause de non-concurrence pouvait être valide même avec une très large restriction géographique, pour autant que la restriction concerne une zone où opère l'employeur, en citant à l'appui de leur assertion une autre décision de cour d'appel établissant que « *les cours doivent généralement regarder si la zone de restriction est coextensive de la zone dans laquelle l'employeur conduit ses affaires* »⁴⁶.

Les juges de l'Etat du Michigan considèrent quant à eux qu'« *en dehors du champ géographique restrictif, la clause doit être bien ajustée, de sorte que sa portée ne soit pas plus importante que ce qui est raisonnablement nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur* »⁴⁷.

Dans l'Etat de Floride, une loi prévoit que les cours de Floride appliquent les clauses de non-concurrence, dès lors que celles-ci sont « *raisonnables dans le temps, la zone géographique et le secteur d'activité* »⁴⁸. Si cette loi fournit des indices pour apprécier ces critères, elle ne prévoit cependant pas de norme pour la zone géographique. La section 542.335 (1) (c) dispose en outre que : « *Si une personne cherchant à faire appliquer la clause établit de prime abord que cette restriction est raisonnablement nécessaire, c'est à la partie adverse que revient la charge d'établir que la restriction géographique contractuellement prévue est excessive, déraisonnable et non nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* ».

⁴⁵ District Court of the Northern District of Illinois, *Fisher/Unitech, Inc., v. Computer Aided Technology, Inc.*, 9 avril 2013, n° 13C 02090.

⁴⁶ Appellate Court of Illinois, *Cambridge Engineering, Inc., v. Mercury Partners*, 7 décembre 2007, n° 1-06-0798.

⁴⁷ District Court, West District Michigan, *Whirlpool Corp. v. Burns*, 27 septembre 2006, n° 1:06-CV-634.

⁴⁸ Non-Compete Florida Statute §542.335 (1): « *Florida courts will enforce non-compete agreements which are reasonable in time, area and line of business* ».

Malheureusement, les juges de la plupart des Etats ne remanieront pas systématiquement une clause au champ géographique mal délimité (*voir infra.*) ; ils la déclareront simplement inapplicable. Il est ainsi vital que ce champ soit bien précisé dès le début.

Il est par conséquent fondamental que ce champ soit rédigé avec soin. Tous les scénarios sont envisageables, et il n'y a pas de standards en la matière.

Selon un rapport de l'American Bar Association de 2013⁴⁹, il est toutefois fréquent que les cours valident les restrictions géographiques dans les cas suivants :

- L'employé travaillait à l'échelle mondiale ;
- L'employé était haut-placé ou manipulait des informations jugées très sensibles ;
- La clause ne restreignait l'employé que vis-à-vis de clients, produits, ou services particuliers.

L'appréciation du champ géographique peut en outre se trouver étroitement liée à celle du champ temporel de la clause. En effet, une restriction couvrant une large zone sera estimée raisonnable si elle est effective pour un temps court ; tandis qu'une restriction prévue pour une plus longue période peut être considérée comme raisonnable si elle ne couvre qu'une zone très réduite. On pourrait en déduire qu'il existe une corrélation entre les deux délimitations.

⁴⁹ ABA, Section of Labor and Employment Law, « Stretching Beyond the Sea Shore: Non-Compete Geographic Restrictions in a Virtual World », [Titre 2] « *Are geographic limitations in restrictive covenants obsolete?* », 2013.

Paragraphe 2. La disparité des solutions concernant la délimitation temporelle

La première question à se poser consiste à savoir *pendant combien de temps* les clauses de confidentialité et de non-concurrence ont vocation à être appliquées. La seconde consiste à déterminer *à partir de quand* elles sont censées l'être.

S'agissant de la clause de confidentialité, on conçoit aisément le peu d'utilité qu'elle aurait s'il devenait loisible au salarié de faire état des informations confidentielles à peine aurait-il quitté l'entreprise, à plus forte raison si son départ a été conflictuel.

En France, la solution est donc simple : la clause peut s'appliquer *ad vitam æternam*. En effet, depuis l'arrêt de principe de la Cour de Cassation en 2008⁵⁰, la clause de confidentialité est valable pendant toute la durée de la relation de travail du salarié au sein de l'entreprise, et peut même se prolonger après son départ, sans limitation de durée ! En l'espèce, l'affaire opposait un célèbre guide gastronomique à l'un de ses salariés lié par une clause de confidentialité rédigée en ces termes : « *M.X. s'engage à ne faire aucune révélation au sujet de tout ce qu'il aura vu ou appris pendant son séjour à la Société, touchant les méthodes et procédés qui y auraient été employés ou étudiés avant sa sortie, à ne prendre ni emporter aucune note ou documents concernant les opérations de la Société et à n'en donner communication à personne soit pendant, soit après son séjour* ».

Menaçant de publier un livre révélant les procédés d'élaboration du guide, le salarié avait été licencié pour faute grave. A la différence des juges du fond, la Cour de cassation a estimé que l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rendait responsable du préjudice qui en résultait pour celle-ci, et ce même en l'absence de faute lourde⁵¹. Cette décision valide donc les clauses prévoyant une survie de l'obligation de confidentialité même après la rupture du contrat de travail.

⁵⁰ Cass. Soc. *Société Michelin c/ M.X.*, 19 mars 2008, n° 06-45322, non publié au Bull.

⁵¹ La faute grave est celle qui résulte d'un ou de plusieurs faits imputables au salarié constituant une violation d'une obligation contractuelle ou un manquement grave à la discipline, tandis que la faute lourde est une faute d'une extrême gravité qui révèle la volonté de nuire à l'employeur ou à l'entreprise. Leur gravité est hiérarchisée et leurs effets sont différents.

Le droit américain retient-il la même solution que le droit français s'agissant de la durée de la clause de confidentialité pendant ou après la fin du contrat de travail ? La réponse est nuancée. La clause est principalement valable pendant toute la durée de la relation de travail du salarié, mais elle peut aussi être prolongée après son départ, en fonction de l'intérêt à protéger. La majorité des Etats requièrent une limitation temporelle « raisonnable ». La durée communément admise est de 1 ou 2 ans s'agissant d'informations confidentielles ne relevant pas du statut spécial des *trade secrets*. Au-delà, il convient de prouver que la limitation temporelle est nécessaire à la protection des intérêts de l'entreprise. Quelques Etats cependant, telle la Géorgie, sont plus libéraux, et n'exigent pas de limitation temporelle⁵². L'une des questions principales pour les entreprises sera donc de savoir si les informations qu'elles entendent protéger relèvent du statut de *Confidential information* ou de *trade secret* en vertu du droit applicable, ce dernier permettant une bien meilleure protection (pouvant s'étaler sur des dizaines d'années).

S'agissant de la clause de non-concurrence, le législateur français n'a pas fixé de durée minimum ou maximum. C'est à l'employeur qu'il revient de fixer l'étendue de cette obligation, et pour cela, la qualification du salarié est prise en compte. La durée doit être raisonnable et ne pas porter une entrave excessive à la liberté de travail⁵³. En pratique, la clause de non-concurrence est le plus souvent limitée à une durée de 2 ans, cette durée pouvant être réduite ou au contraire étendue selon les cas. La Cour de cassation a en effet validé une clause prévoyant une interdiction d'activité concurrente pendant une durée d'1 an pour le directeur d'une société commerciale⁵⁴, mais déclaré illicite celle établie pour une durée de 5 ans⁵⁵. La clause de non concurrence s'applique en cas de rupture du contrat de travail, et ce quelle que soit généralement la cause de la rupture (licenciement, démission, retraite, ou rupture durant la période d'essai). Il peut être cependant prévu par les deux parties que la clause ne jouera que si la rupture du contrat se fait à l'initiative du salarié.

⁵² James H. Bisson III, « *A New Day for Georgia Non-Compete and Confidentiality Agreement* », critique de l'amendement constitutionnel modifiant le Georgia Restrictive Covenants Act, 2 novembre 2010.

⁵³ Cass. Soc. *Société Dent Wizard c/ M. X.*, 13 juillet 2005, *op. cit.*

⁵⁴ Cass. Soc. *Société Rubinstein c/ M. X.*, 16 décembre 1988, n° 96-42849, non publié au Bull.

⁵⁵ Cass. Soc. *Société Jupiter GSF c/ M. Y.*, 30 octobre 1991, n° 87-44600, non publié au Bull.

La clause trouve donc son point de départ à la date de cessation effective des fonctions du salarié. En pratique, si la clause est contenue dans un CDI, il s'agira du lendemain du dernier jour du préavis s'il est exécuté par le salarié, ou du premier jour de la période de dispense de préavis si l'employeur a dispensé le salarié de préavis. En revanche si la clause est prévue dans un CDD, la clause sera mise en œuvre le lendemain du dernier jour d'exécution du contrat de travail par le salarié. En cas de désaccord sur ce critère temporel, les juges du fond ont une appréciation souveraine et peuvent restreindre la portée de la clause⁵⁶.

Aux Etats-Unis, il est communément admis pour les clauses de non-concurrence que celles-ci s'ont mises en œuvre à la rupture du contrat et que, pour être applicables, elles doivent prévoir une durée raisonnable en relation avec le secteur concerné. Les cours de l'Etat du Massachusetts par exemple valident ordinairement les clauses prévues pour des durées de 1 ou 2 ans. Une loi de l'Etat de Floride fournit quant à elle des présomptions réfragables en ce qui concerne le critère temporel : elle dispose que les cours « *devraient présumer* » qu'une clause est raisonnable si elle est prévue pour une durée de 6 mois ou moins, et qu'elle est excessive si elle est prévue pour une durée de plus de 2 ans⁵⁷. Chaque Etat apprécie donc différemment cette limite temporelle. Cette dernière peut cependant varier selon le secteur visé par la clause. Si on prend pour exemple une clause prévoyant une durée d'1 an : celle-ci sera considérée comme raisonnable si elle concerne les industries traditionnelles (où le développement d'une clientèle peut prendre des années) mais déraisonnable si elle vise les nouvelles industries (où la technologie et l'information évoluent plus rapidement et deviennent publiques).

Si les clauses de confidentialité et de non-concurrence servent indéniablement à protéger les entreprises, elles restreignent respectivement deux libertés fondamentales du salarié : sa liberté d'expression, et sa liberté de travailler. Admises généralement dans les deux pays, il n'en reste pas moins que ces clauses sont soumises à de strictes conditions de fond pour être opposables.

⁵⁶ Cass. Soc. *Société GAN-vie c/ M.X.*, 18 septembre 2002, n° 00-42904, Bull. 2002 V n° 272, p. 262.

⁵⁷ Non-Compete Statute of Florida §542.335 (2) : « *A court shall presume reasonable in time any restraint 6 months or less in duration and shall presume unreasonable in time any restraint more than 2 years in duration* ».

CHAPITRE 2

L'exigence de conditions spécifiques visant à assurer un équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux du salarié

Il est communément admis dans les deux pays que la clause de confidentialité doit justifier de sa nécessité, c'est-à-dire des raisons pour lesquelles elle est indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise, et délimiter précisément les types d'informations qu'elle doit protéger ainsi que la durée pour laquelle elle s'applique.

La validité de la clause de non-concurrence paraît en revanche, en France comme aux Etats-Unis, être plus fermement encadrée, notamment au regard des intérêts spécifiques de chacune des parties.

En France, la Cour de cassation a rappelé le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, et a posé en ces termes, dans trois arrêts du 10 juillet 2002, l'ensemble des conditions de validité requises pour les clauses de non-concurrence: « *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* »⁵⁸.

Si ces conditions sont clairement établies en France, elles le sont en revanche beaucoup moins aux Etats-Unis. Comme on l'a vu, les réglementations peuvent être très variables d'un Etat à un autre. Les clauses de confidentialité sont acceptées dans tous les Etats.

⁵⁸ Cass. Soc. 10 juillet 2002, *op. cit.*

S'agissant en revanche des clauses de non-concurrence, on peut répartir les réglementations des Etats en trois catégories :

- Celles qui interdisent de manière générale les clauses de non-concurrence (avec de très rares exceptions) : c'est par exemple le cas de la Californie⁵⁹, qui se montre très hostile à ces clauses, et du Dakota du Nord⁶⁰ ;
- Celles qui interdisent ces clauses uniquement pour certaines professions, comme on l'a vu pour le Massachusetts ou le Texas ;
- Celles qui les autorisent de manière générale, mais sous conditions.

Indépendamment des critères de délimitation des champs matériel et spatio-temporel étudiés ci-dessus, familiers aux deux clauses et aux deux pays, il existe entre ces derniers une autre condition commune : les clauses doivent être nécessaires à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

SECTION 1. L'ambiguïté de la notion d'« intérêt légitime de l'entreprise »

Les droits français et américain font tous deux référence à l'intérêt légitime de l'entreprise, appelé « *legitimate business interest* » aux Etats-Unis (abrégié couramment en « *LBI test* »), pour contrôler la validité des clauses de confidentialité et de non-concurrence.

S'agissant de la clause de non-concurrence, la notion d'intérêt légitime est étroitement liée en France à celle de la spécificité de l'emploi (condition également requise par la jurisprudence), tandis qu'aux Etats-Unis cette notion englobe une multitude d'autres critères propres à chaque Etat.

⁵⁹ California Business and Professions Code, Section 16600, voir annexes.

⁶⁰ North Dakota Century Code, Section 9-08-06.

Paragraphe 1. L'imbrication des notions d'intérêt légitime et de spécificité de l'emploi dans la jurisprudence française

Si la clause de confidentialité ne pose pas de problème majeur (le juge exige une contrepartie sérieuse, même implicite), la clause de non-concurrence en revanche pose une difficulté intrinsèque, car elle vise des intérêts opposés. D'une part, elle prévient les atteintes qui pourraient être portées aux intérêts de l'entreprise, mais de l'autre elle menace directement les intérêts du salarié, et limitant notamment sa liberté de travailler, car elle en limite la portée. Il faut donc, pour parvenir à un équilibre entre ces deux intérêts, exercer un contrôle de proportionnalité.

En France, l'article L. 1121-1 du Code du travail dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

A l'inverse de cette disposition légale, l'intérêt légitime de l'entreprise est une notion jurisprudentielle ancienne, établie par l'arrêt dit du « laveur de vitres » de 1992⁶¹, qui est régulièrement utilisé pour analyser la validité de toutes les clauses des contrats de travail. Cependant, cette notion même d'intérêt légitime n'est pas clairement définie, laissant aux juges une large marge d'appréciation. Il apparaît à la lecture des décisions que c'est l'intérêt économique et commercial de l'entreprise qui est visé.

La clause de non-concurrence doit donc être indispensable à la protection de cet intérêt économique ou commercial, et ne pas procurer un avantage excessif ou anormal à l'entreprise. Il faut en outre que cette dernière soit susceptible de subir un préjudice réel au cas où le salarié viendrait à exercer son activité professionnelle dans une entreprise concurrence⁶². Le contact avec la clientèle, l'accès à des informations sensibles ou à un savoir-faire propre sont des indices permettant de déduire un risque de concurrence.

⁶¹ Cass. Soc. *Godissart c/ Soulhiol*, 14 mai 1992, n° 89-45300, Bull. 1992 V n° 309, p. 193.

⁶² *Ibid.*

Plus les fonctions du salarié sont stratégiques, plus l'intérêt légitime de l'entreprise est susceptible d'être caractérisé. Ainsi, les juges français, qui apprécient ce critère au cas par cas, ont estimé « *qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence [interdisant pendant 4 ans à un laveur de vitres d'entrer au service d'une entreprise concurrente du département du Lot] n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* »⁶³. En revanche, un serveur peut parfaitement entraîner sa clientèle habituelle dans un autre établissement : les juges ont donc estimé que « *le salarié exerçant des fonctions de serveur le mettant en contact direct avec la clientèle, le conseil de prud'hommes qui a relevé que la clause de non concurrence était limitée dans le temps et à la seule ville où l'ancien employeur exploitait son établissement, a fait ressortir qu'elle était indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et a pu décider qu'elle était opposable au salarié* »⁶⁴. On observe que dans d'autres métiers, la coiffure par exemple, de telles clauses ne sont pas exceptionnelles tant les relations tissées avec les clientes peuvent être fortes.

La clause de non-concurrence doit donc, pour être valable, être indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise. L'employeur doit spécifier en quoi cette clause est nécessaire, le secteur concurrentiel étant pris en compte, mais insuffisant à lui seul. La particularité des fonctions exercées par le salarié (risque de concurrence), de la spécificité de son emploi, est également indispensable pour justifier la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Les deux notions, étroitement mêlées dans leurs concepts et notre analyse, sont néanmoins distinguées par la jurisprudence.

La clause doit en effet tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et de la possibilité pour lui de retrouver un emploi. Si par exemple la spécialisation d'un salarié dans le nucléaire ne lui permet de travailler que pour deux sociétés, alors une clause de non-concurrence lui interdisant de travailler pour l'autre société serait disproportionnée.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Cass. Soc. *Société Mabuse c/ M. X.*, 1^{er} mars 1995, n° 93-42754, non publié au Bull.

La Cour de cassation, affirmant dans son attendu que « *la clause de non-concurrence n'est licite que dans la mesure où la restriction de liberté qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise* » a jugé dans un arrêt en date de 1996 que la clause imposée en l'espèce au magasinier travaillant auprès d'un concessionnaire automobile « *qui de surcroît n'était pas en contact de la clientèle, ne correspondait pas à une qualification spécialisée, et que de ce fait, la clause n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, ce qui entraînait sa nullité* »⁶⁵. A contrario, la clause soumettant un salarié électromécanicien d'une entreprise de stockage industriel, ayant acquis au cours de ses quatorze années d'activité professionnelle un savoir-faire spécifique, a été jugée indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise⁶⁶. Que recouvre cependant cette notion d'intérêt légitime outre-Atlantique ?

Paragraphe 2. La conception américaine des « *legitimate business interests* » et les critères disparates qu'elle regroupe

L'exécution des clauses de confidentialité et de non-concurrence dépend aux Etats-Unis de la loi de chaque Etat et de son interprétation. Si la quasi-totalité des Etats l'admettent, nous avons cependant pu repérer quelques réfractaires parmi eux, le récalcitrant le plus marqué étant la Californie. La législation et les cours californiennes sont en effet réputées pour accorder plus d'importance à la mobilité et à l'esprit d'entreprise des employés qu'à la doctrine protectionniste.

Traditionnellement, les cours évaluent le caractère raisonnable des clauses de non-concurrence à travers le « *LBI test* ». Elles contrôlent en effet l'étendue du caractère restrictif corrélé à quatre facteurs, généralement entendus comme :

⁶⁵ Cass. Soc. *Société Auto Service 34 c/ M. X.*, 19 novembre 1996, n° 94-19404, Bull. 1996 V n° 392, p. 280.

⁶⁶ Cass. Soc. *Société Puma c/ M. X.*, 14 février 1995, n° 93-43898, non publié au Bull.

- La protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Il s'agit également de l'intérêt économique et stratégique qui est visé ici. Les juges regarderont si le salarié a eu accès aux *trade secrets*, à des informations confidentielles, ou avait une relation étroite avec la clientèle⁶⁷ ;
- La restriction spatio-temporelle (*voir supra.*) ;
- Le droit de l'employé de travailler et d'assurer ses moyens de subsistance ;
- L'intérêt général ou la politique publique de la liberté de la concurrence et du commerce.

Ces critères sont tantôt requis séparément, tantôt englobés sous le même chapeau des intérêts légitimes. Cependant, ne pouvant dresser ici la liste des positions de chaque Etat en la matière, nous nous contenterons d'analyser quelques exemples représentatifs.

La loi de l'Etat de Floride prévoit expressément que « *toute clause de non-concurrence non cautionnée par un intérêt légitime de l'entreprise est illicite, nulle et inopposable* »⁶⁸.

Les cours de l'Etat d'Alabama sont également réticentes à admettre les clauses de non-concurrence. La législation en elle-même interdit les contrats freinant le commerce⁶⁹. La jurisprudence a donc posé des conditions strictes en 1983, affirmant que « *le juge n'appliquera une clause de non-concurrence que si (1) l'employeur a un intérêt à protéger ; (2) la restriction est proportionnée à cet intérêt ; (3) la restriction est raisonnable dans le temps et l'espace ; (4) la restriction n'impose pas une privation excessive à l'employé* »⁷⁰.

Les cours de Virginie sont quant à elles moins hostiles à ces clauses, notamment si « *la restriction n'est pas plus grande que ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitime de l'employeur ; la clause n'est pas excessivement sévère ou oppressive dans la*

⁶⁷ Massachusetts Superior Court, *Marine Contractors v. Hurley*, 8 mai 1974, 365 Mass. 280.

⁶⁸ Florida Statutes, Section 542.335 (1) (b).

⁶⁹ Code of Alabama, § 8-1-1 : « *Every contract by which anyone is restrained from exercising a lawful profession, trade, or business of any kind otherwise than is provided by this section is to that extent void* ».

⁷⁰ Supreme Court of Alabama, *James S. Kempler & Co v. Cox & Associates*, 1er juillet 1983, 434 So.2d 1380.

*limitation qu'elle apporte à la capacité pour l'employé de trouver un autre travail ou de gagner sa vie ; la clause n'enfreint pas la politique publique de l'Etat »*⁷¹.

Par cette notion de *public policy*, il est entendu que les restrictions apportées par la clause ne doivent ni causer un monopole des services, ni une pénurie des compétences tel(le)s que celles et ceux fourni(e)s par l'employé⁷². Les cours du Massachusetts énoncent que les clauses doivent être « *en accord avec l'intérêt général* », celles du Connecticut qu'elles ne sauraient « *interférer avec l'intérêt public* », et celles de l'Illinois (dans un arrêt de cette année) qu'elles ne peuvent « *être nuisibles à l'intérêt public* »⁷³.

Cette notion relative à l'intérêt général se retrouve également dans le *Restatement (Second) of the Law of Contracts*. La section 179 dispose en effet que cet intérêt peut provenir aussi bien d'une législation que du besoin de protection du bien-être public, ou de la restriction du commerce.

La jurisprudence américaine tente donc de trouver un équilibre non seulement entre les intérêts de l'entreprise et ceux du salarié, mais également entre leurs intérêts respectifs et l'intérêt général.

Il est curieux de constater que cet aspect de l'intérêt public n'est pas du tout envisagé dans le système français. En revanche, les deux pays partagent la même conviction que la clause de non-concurrence entrave la liberté du salarié. Pour y remédier, il faut faire peser une compensation dans le poids de la balance. Malgré tout, les conceptions qu'ont les deux pays de cette notion sont différentes.

⁷¹ Supreme Court of Virginia, *Paramount Termite Control v. Rector*, 9 juin 1989, 238 Va. 171, 174, n° 870723.

⁷² Supreme Court of Virginia, *Blue Ridge Anesthesia v. Gidick*, 2 mars 1990, 389 S.E.2d 467, n° 890531.

⁷³ Appellate Court of Illinois, *McInnis v. OAG Motorcycle Ventures, Inc.*, 25 juin 2015, IL App (1st), n° 1142644.

SECTION 2. Des solutions divergentes pour la contrepartie requise

La France et les Etats-Unis retiennent des solutions relativement discordantes sur le point de savoir si les clauses de confidentialité et de non-concurrence doivent ou non s'accompagner d'une contrepartie financière, et sur le montant de celle-ci.

Paragraphe 1. Le principe même d'une contrepartie différemment perçu en France et aux Etats-Unis

En France, la Cour de cassation avait timidement commencé par énoncer en 2001 que la clause de confidentialité obligeant le salarié à ne pas divulguer certaines informations confidentielles ne le privait absolument pas de la possibilité de pouvoir travailler dans une entreprise concurrente⁷⁴. Elle n'en avait cependant pas tiré les conclusions qui s'imposaient.

C'est dans un arrêt récent, du 15 octobre 2014, que la Cour de cassation a énoncé : « *la clause de confidentialité ne portant pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle, et se bornant à imposer la confidentialité des informations, elle n'ouvre pas droit à contrepartie financière* »⁷⁵, et ce même si elle a un caractère illimité.

A contrario, lorsqu'existe une atteinte à la liberté du travail du salarié, une contrepartie financière est nécessaire. C'est ce que la Cour a expressément affirmé lors du revirement de jurisprudence spectaculaire de 2002 précédemment cité, déclarant que les clauses de non-concurrence, pour être valables, doivent désormais comporter une contrepartie financière au profit du salarié⁷⁶. Deux mois plus tôt, la même chambre avait déclaré (dans l'indifférence générale...) que « *l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence*

⁷⁴ Cass. Soc. *Société Nikon France SA c/ M. X.*, 2 octobre 2001, *op. cit.*

⁷⁵ Cass. Soc. *Société SCAM c/ M. X.*, 15 octobre 2014, n° 13-11524, Bull. 2014 V, n° 240.

⁷⁶ Cass. Soc. 10 juillet 2002, *op. cit.*

répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle »⁷⁷.

Il n'y a donc pas d'alignement du régime juridique de la clause de confidentialité sur celui de la clause de non-concurrence. Cette jurisprudence clairement posée emporte des effets financiers importants pour l'employeur comme pour le salarié, qui sont en tant que tels sources de nombreux contentieux.

C'est donc l'atteinte à cette liberté du travail qui justifie l'ouverture du droit à une contrepartie financière. On pourrait en déduire que si une clause de confidentialité interdisait de façon beaucoup plus stricte d'utiliser le savoir-faire acquis par le salarié auprès de son ancien employeur, cette clause serait sans doute assimilable à une clause de non-concurrence, entraînant en tant que telle une nécessaire contrepartie financière, car elle restreindrait le salarié dans ses démarches pour trouver un nouvel employeur.

Aux Etats-Unis, aucune jurisprudence ne fait de références explicites à une quelconque contrepartie financière en tant que condition expresse de validité de ces clauses. La majorité des cours font néanmoins allusion à une absence ou une insuffisance d'« *adequate consideration* » pour juger la clause invalide. Or le terme « *consideration* » peut être entendu de plusieurs manières. Traduit littéralement, il peut signifier « rémunération [ou] rétribution ». Mais il désigne également l'un des éléments essentiels à la formation du contrat en *Common law*. En effet, la *consideration* se caractérise par « *something of value given by both parties to a contract that induces them to enter into the agreement to exchange mutual performances* »⁷⁸. Elle est donc généralement entendue comme un droit, un intérêt, un profit ou un avantage, à la source de l'engagement des parties au contrat, ce qui se rapprocherait de la cause en droit français. Chaque partie au contrat doit promettre de donner ou de faire respectivement quelque chose. Cette exigence de *consideration* illustre bien l'idée de *bargain* (marché, échange économique entre les parties) que renferme la conception du droit de la *Common law*.

⁷⁷ Cass. Soc. *Société Centre France publicité c/ M. X.*, 10 mai 2012, n° 09-72348, non publié au Bull.

⁷⁸ « *Quelque chose de valeur donné par les deux parties à un contrat, qui les entraîne à conclure un accord afin d'échanger des performances mutuelles* ».

La cause et la *consideration*, toutes deux conditions de formation du contrat, touchent intrinsèquement à la notion d'équilibre contractuel. On remarque que droit français et droit américain utilisent ces notions, évoquant l'idée de contreparties réciproques, non seulement pour contrôler la validité de la formation du contrat, mais aussi pour exercer un contrôle subjectif du caractère équitable et de l'équilibre contractuel. Cela a notamment été le cas dans une affaire américaine de 1902, dans laquelle la notion de *consideration* a été utilisée afin d'apprécier la licéité d'une modification contractuelle consentie par une des parties ayant contracté sous la menace⁷⁹.

Dans le cadre des clauses de non-concurrence, il s'agirait vraisemblablement plus d'un bénéfice, d'une contrepartie à l'engagement du salarié de travailler dans l'entreprise. Comme nous l'avons appris du professeur Christopher Taggart, enseignant le droit des contrats à l'université d'Harvard, « *consideration is not always \$\$\$* » ! Elle ne constitue pas toujours une compensation financière... Dès lors, à quoi les salariés américains peuvent-ils s'attendre lorsqu'ils doivent signer des clauses de confidentialité ou de non-concurrence ?

Paragraphe 2. Les caractéristiques et modalités de cette contrepartie

Toutes les cours américaines s'accordent à dire que l'employé doit recevoir à un certain moment une « *adequate consideration* »⁸⁰ (« *une consideration adéquate* »), c'est-à-dire quelque chose de valeur en échange de son engagement.

Prenons un exemple concernant la clause de confidentialité : l'entreprise A révèle le secret d'une de ses inventions à monsieur B, potentiel titulaire d'une licence d'exploitation, ce dernier promettant de ne pas révéler cette information. Où se situe la *consideration* ? Le bénéfice de monsieur B consiste à connaître des secrets de l'invention de l'entreprise A, information qu'il n'aurait pas pu avoir sans avoir promis de la garder secrète.

⁷⁹ United States Court of Appeals 9th Circuit, *Alaska Packers' Ass'n v. Domenico*, 26 mai 1902. 117 F.99, n° 789.

⁸⁰ Appellate Court of Illinois, *Fifield v. Premier Dealer Services*, 24 juin 2013, 993 N.E. 2d 938, n° 1-12-0327.

Pour l'entreprise A, il réside dans le fait qu'en échange de révéler l'information à monsieur B, ce dernier promet de la garder secrète.

Qu'en est-il des clauses de non-concurrence ? Les exigences de la *consideration* divergent généralement selon que la clause est signée au moment de l'embauche, ou pendant la période de travail. On donnera des exemples pour ces deux hypothèses.

Dans le premier cas, la seule promesse d'embauche peut constituer une *consideration*. Les cours de l'Illinois requièrent cependant un engagement dans la durée, et exigent une promesse d'emploi d'au moins 2 ans pour constituer une « *adequate consideration* » à la clause de non-concurrence⁸¹. Dans l'Etat d'Alabama en revanche, que l'on sait réticent à admettre la validité des clauses de non-concurrence, les juges ont récemment annulé une clause signée pendant la phase précontractuelle, déclarant qu'elle n'était pas valide car la promesse d'emploi n'est pas une *consideration* suffisante⁸².

C'est néanmoins dans le second cas de figure que la notion de *consideration* pose le plus de problèmes. Il peut arriver que l'employeur demande au salarié en poste de signer une clause de non-concurrence, ne le menaçant de manière implicite ou explicite d'un licenciement qu'en cas de refus.

Les cours de certains Etats résolvent cette question en affirmant que, s'il s'agit d'un *at-will employment*⁸³ (comme c'est souvent le cas), le seul maintien dans l'emploi par l'entreprise après la signature de la clause constitue une *consideration* suffisante. Il y a quelques mois, les juges hawaïens l'ont expressément affirmé en ces termes : « *La Cour suprême hawaïenne n'exigera pas de consideration supplémentaire au delà de la continuité de l'emploi [pour les clauses de non-concurrence]* »⁸⁴.

⁸¹ Appellate Court of Illinois, *McInnis v. OAG Motorcycle Ventures, Inc.*, 25 juin 2015, *op. cit.*

⁸² Southern District Court of Alabama, 11th Circuit, *Dawson v. Ameritox LTD.*, 6 janvier 2014, C.A n°13-0614 : « *Prospective employment is not sufficient consideration for a non-compete agreement* ».

⁸³ Rappel: *At-will employment* signifie littéralement « *emploi à la volonté* ». L'employé peut être licencié « *for good cause, or bad cause, or no cause at all* » (« *pour une bonne raison, une mauvaise raison, ou pas de raison du tout* »).

⁸⁴ U.S. District Court of Hawaï, *Standard Register v. Keala*, 8 juin 2015, D. Haw Civ. n° 14-00291 JMS-RLP: « *The Hawaii Supreme Court would not require additional consideration beyond continuing at-will employment for [post-employment] restrictive covenants* ».

La majorité des autres cours en revanche, comme celles de Pennsylvanie, ne suivent pas ce raisonnement. Elles requièrent expressément « *a new consideration* » (« *une nouvelle consideration* ») pour permettre que la clause signée par un salarié déjà en poste soit valable, et acceptent par exemple de manière générale, séparément ou dans un « *package* »⁸⁵ :

- Une promesse d’emploi stable sur un certain nombre d’années (habituellement environ 2 ans), ou une transition de *mi-employment* initial en *continued employment* ;
- Une promotion, ou un changement de statut (par exemple d’entrepreneur indépendant à salarié) ;
- Une augmentation de salaire dans les mois à venir, ou un bonus en fin d’année ;
- Des avantages sociaux supplémentaires, tels que la couverture d’assurance maladie ;
- Un paiement compensatoire dès le départ de l’entreprise (appelée souvent « *staying-out-of-the-game compensation* »⁸⁶). Si en France cette compensation financière constitue une obligation, aux Etats-Unis, ce n’est qu’une modalité parmi d’autres.
- Des indemnités de licenciement et des indemnités de chômage (plus ou moins élevés).

Les cours de l’Etat de Washington ont pour leur part déclaré inapplicable une clause de non-concurrence qui n’était pas soutenue par une « *independent consideration* » (« *consideration indépendante* »), en faisant une application très stricte de la *pre-existing duty rule*. Cette dernière est un concept juridique issu de la *Common law*, voulant que toute modification contractuelle, pour être valable, soit être assortie par de nouvelles contreparties réciproques. En d’autres termes, la poursuite d’un acte qu’une partie est déjà contractuellement obligée d’effectuer ne constitue pas une contrepartie suffisante à la modification du contrat. Dans un arrêt de la Cour suprême de Washington, les juges ont

⁸⁵ Superior Court of Pennsylvania, *Davis & Warde, Inc. v. Tripodi*, 18 décembre 1992, 420 Pa.Super 450, 616 A.2d 1384 : « *the proposition that a package of additional new benefits, taken together, might be sufficient new consideration, even though none of the benefits within the package would be sufficient new consideration in and of itself* ».

⁸⁶ « *Compensation pour rester en dehors du jeu* ».

estimé nulle la modification du contrat de travail (auquel avait été ajoutée une clause de non-concurrence) en raison du manque d'« *independent consideration* »⁸⁷.

Pour nous résumer, la jurisprudence française a clairement posé l'obligation pour l'employeur de prévoir une contrepartie financière à la clause de non-concurrence, sous peine de nullité, et a également exclu cette condition s'agissant des clauses de confidentialité. Si le droit américain requiert une « *adequate consideration* » dans toutes les clauses restrictives de liberté, il laisse cependant une large marge de manœuvre sur le contenu de la contrepartie en question.

En France, la contrepartie financière est généralement appelée « indemnité de non-concurrence ». Elle constitue une des conditions de fond requises par la jurisprudence depuis les célèbres arrêts du 10 juillet 2002 plusieurs fois cités dans cette étude. Il convient de noter que ce revirement jurisprudentiel entraîne une certaine insécurité juridique, notamment pour les clauses signées antérieurement au 10 juillet 2002 ne prévoyant pas de contrepartie financière, car ces dernières, si elles sont contestées, sont nulles.

L'indemnité doit être payée lorsque les trois conditions suivantes sont remplies :

- Le salarié a cessé son activité ;
- L'employeur n'a pas renoncé à l'application de la clause ;
- Le salarié respecte son obligation de non-concurrence.

Le montant de l'indemnité sera celui qui est prévu au contrat ou, le cas échéant, dans la convention collective. Cette indemnité est déterminée en fonction de l'atteinte qui est portée à la liberté du salarié à qui l'employeur interdit d'exercer une activité concurrente pendant un temps donné et sur une zone précise.

Les obstacles pouvant se dresser ont été levés un par un par la jurisprudence.

La Cour de cassation a tout d'abord affirmé que le salarié n'avait pas à prouver que l'application de la clause lui causait un quelconque préjudice⁸⁸. Le fait par exemple qu'il ait

⁸⁷ Supreme Court of Washington, *Labriola v. Pollard Group, Inc.*, 10 novembre 2004, 152 Wash. 2d 828, n°74002-0.

retrouvé un emploi après la rupture de son contrat est sans incidence sur le paiement de la contrepartie prévue. La Cour a également énoncé que les motifs de la rupture du contrat étaient sans incidence sur le versement de l'indemnité, et que ce paiement ne pouvait être soumis à aucune condition. En effet, à partir du moment où le salarié est lié, dans le cadre d'une clause, par une obligation de non-concurrence, il doit percevoir la contrepartie financière qui y est attachée : « *L'employeur et le salarié ne peuvent en aucun cas dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation* »⁸⁹. La stipulation du contrat minorant la contrepartie financière en cas de démission⁹⁰ ou de faute⁹¹ du salarié est réputée non écrite.

Un arrêt très récent du 9 avril 2015 a rappelé cette absence de corrélation entre le montant de l'indemnité et le mode de rupture du contrat : « *doit être réputée non écrite la minoration par les parties, dans le cas d'un mode déterminé de rupture du contrat de travail, de la contrepartie pécuniaire d'une clause de non-concurrence* »⁹².

Par ailleurs, jusqu'en 2007, deux modalités de versement de la contrepartie financière étaient envisageables : le versement, en cours d'exécution du contrat, d'un supplément de salaire apparaissant sur une ligne distincte du bulletin de salaire, et le paiement postérieur à la rupture du contrat de travail. Dorénavant, seule cette dernière modalité -à savoir le paiement postérieur à la rupture du contrat de travail- est admise par la jurisprudence. La Cour a en effet affirmé que le but de l'indemnité devait véritablement être de compenser les limites imposées par la clause de non-concurrence à la liberté du salarié dans la recherche d'un nouvel emploi.

En découlent deux principes : le montant de la contrepartie est indépendant de la durée du contrat, et le paiement de la contrepartie ne peut intervenir qu'après la rupture des relations

⁸⁸ Cass. Soc. *Société Prisme c/ Mme X.*, 11 janvier 2006, n° 03-46933, Bull. 2006 V, n° 8, p. 5.

⁸⁹ Cass. Soc. *Société Panofrance Méditerranée c/ M. X.*, 28 juin 2006, n° 05-40.990, Bull. 2006 V, n° 231, p. 221.

⁹⁰ Cass. Soc. *Société Comimob c/ Mme X.*, 25 janvier 2012, n° 10-11590, Bull. 2012 V, n° 20.

⁹¹ Cass. Soc. *Société Samse c/ Mme X.*, 8 avril 2010, n° 08-43056, Bull. 2010 V, n° 92.

⁹² Cass. Soc. *Société Fidecompta c/ M. X.*, 9 avril 2015, n° 13-25847, publié au Bull.

de travail⁹³. Cette ancienne pratique de verser chaque mois au salaire un pourcentage, condamnée par les juges, conduisait en effet, d'une part à priver le salarié d'indemnité lorsqu'il en avait effectivement besoin (lors de la recherche d'un nouvel emploi), et d'autre part à indexer le montant final de l'indemnité, non sur le caractère plus ou moins contraignant de la clause, mais sur le temps passé par le salarié dans l'entreprise (ce qui la rendait contraire au but même de l'indemnité). Les juges ont également précisé « *qu'une contrepartie financière dérisoire à la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de travail équivaut à une absence de contrepartie* »⁹⁴. Pour contrôler le caractère dérisoire ou non de la contrepartie, il est interdit de prendre en compte les sommes versées pendant l'exécution du contrat de travail et postérieurement à la rupture du contrat. En effet, seule doit être prise en compte pour en apprécier la suffisance la fraction du versement de la clause de non concurrence effectuée à partir de la rupture du contrat⁹⁵.

Il faut noter néanmoins que la jurisprudence n'a pas fixé de contrepartie minimale. La situation doit s'apprécier au cas par cas. Si de très nombreuses clauses prévoient le versement d'1/3 du salaire, le montant de l'indemnisation semble se situer généralement entre 30% et 50% du salaire, et varie suivant l'étendue de la clause de non-concurrence dans le temps et dans l'espace. Certaines conventions collectives prévoient même une indemnisation à hauteur de plus de 60%.

Enfin, une décision de la Cour de cassation rendue il y a quelque mois précise qu'en cas de rupture du contrat de travail avec dispense d'exécution du préavis par le salarié, « *la date à partir de laquelle celui-ci est tenu de respecter l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de la contrepartie financière, et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette indemnité, sont celles du départ effectif de l'entreprise* »⁹⁶. Mais il est possible que l'entreprise, n'ayant plus d'intérêts à restreindre la liberté du salarié, souhaite renoncer à la clause de non-concurrence.

⁹³ Cass. Soc. *Société Pierre Johanet et fils c/ Mme X.*, 7 mars 2007, n° 05-45511, Bull. 2007 V, n° 44.

⁹⁴ Cass. Soc. *Société Comasud c/ M. X.*, 15 novembre 2006, n° 04-46721, Bull. 2006 V, n° 341, p. 330.

⁹⁵ Cass. Soc. *Société Isor c/ Mme X.*, 22 juin 2011, n° 09-71567, Bull. 2011 V, n° 159.

⁹⁶ Cass. Soc. *Société Todd c/ M. X.*, 21 janvier 2015, n° 13-24471, publié au Bull.

SECTION 3. L'hypothèse de la renonciation à la clause

L'employeur peut-il renoncer à faire usage d'une clause de non-concurrence prévue dans le contrat de travail ? Et si oui, dans quelles conditions ? La jurisprudence sur ce point est beaucoup plus fournie en France qu'aux Etats-Unis.

La première question à se poser est celle de savoir *si l'employeur peut ou non lever la clause de non-concurrence en cas de silence du contrat sur ce point*. La plupart du temps, et dans les deux pays, l'employeur prévoit cette possibilité de renonciation en même temps qu'il instaure la clause elle-même.

En France, la Cour de cassation a affirmé que l'employeur ne saurait renoncer unilatéralement à la clause de non-concurrence, dès lors qu'une telle faculté n'est pas prévue dans le contrat de travail ou la convention collective applicable⁹⁷. Si par ailleurs ni le contrat ni la convention collective ne prévoient de possibilité de renonciation, celle-ci ne sera alors possible qu'avec l'accord du salarié. Aux Etats-Unis, l'employeur prévoit presque toujours une dispense (*a waiver*), c'est-à-dire une possibilité de renoncer, au moment de la signature de la clause. Le salarié peut alors s'engager, si la dispense est mise en œuvre, à renoncer à son indemnité ou à d'autres bénéfices.

La seconde question qui se pose est celle de savoir *quel est le délai de renonciation minimum*.

La jurisprudence française refuse les dispositions par lesquelles l'employeur se réserve le droit de mettre fin, sans délai, à une clause de non-concurrence. Pour la Cour de cassation en effet, le salarié ne peut être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler. Ainsi, la clause par laquelle l'employeur se réserverait la faculté, après la rupture du contrat de travail, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci, doit être réputée non écrite. La Cour affirme qu'« *en l'absence de disposition contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur, ce dernier ne peut être dispensé de verser l'indemnité que s'il libère le salarié de son*

⁹⁷Cass. Soc. *Société Gidi c/ M.X.*, 22 février 2006, n° 04-45406, non publié au Bull. et Cass. Soc. *Société SMF c/ M. X.*, 22 septembre 2010, n° 09-41635, non publié au Bull.

obligation de non-concurrence au moment du licenciement »⁹⁸. Aux Etats-Unis, les parties prévoient ces cas en des termes précis dans les clauses de non-concurrence.

La troisième question qui se présente est relative au *point de départ de ce délai de renonciation*. En France, ce point de départ peut varier selon le moment de rupture du contrat de travail et les précisions contenues dans la clause. Généralement, en présence d'une clause de non-concurrence prévoyant que l'employeur peut en libérer le salarié dans un certain délai suivant la notification de la rupture du contrat de travail, le point de départ de la renonciation est la date de rupture du contrat et donc, techniquement, la date d'envoi de la lettre notifiant la rupture du contrat⁹⁹. Aux Etats-Unis, le point de départ est également la date de rupture du contrat de travail.

Un dernier point doit enfin être précisé : l'employeur s'exposera à devoir payer au salarié l'indemnité de non-concurrence correspondant à la période pendant laquelle celui-ci aura respecté la clause, s'il ne notifie *pas* la renonciation, la notifie *en retard*¹⁰⁰, ou la notifie *mal*. L'intention de renonciation ne peut ni se présumer, ni se déduire d'autres actes. Elle doit être exprimée par écrit, et de manière non équivoque. Ainsi, la formule « *libre de tout engagement vis-à-vis de l'entreprise* » ne caractérise pas, selon la Cour de cassation, une volonté claire et non équivoque de la part de l'employeur de renoncer à se prévaloir de la clause de non-concurrence¹⁰¹.

Aux Etats-Unis, les cours régulent au cas par cas le moment et la modalité par laquelle un employeur peut renoncer à une clause de non-concurrence. Il est certain que les entreprises préfèrent avoir la liberté de renoncer à cette clause (et ainsi économiser de l'argent), notamment si la fin du contrat de travail de l'employé est due à des circonstances ne représentant pas un risque pour elles (comme par exemple le départ à la retraite, l'entrée dans les ordres, ou tout autre changement radical de carrière).

⁹⁸ Cass. Soc. *Société Dyneff c/ Mme X.*, 13 juillet 2010, n° 41-626, Bull 2010 V, n° 174.

⁹⁹ Cass. Soc. *Société Kohler France c/ M. X.*, 30 mars 2011, n° 09-41583, Bull. 2011 V, n° 85.

¹⁰⁰ Cass. Soc. *Société Papeteries de Navarre c/ M. X.*, 13 septembre 2005, n° 02-46795, Bull. 2005 V, n° 251, p. 220.

¹⁰¹ Cass. Soc. *Société Editions du nouveau France soir c/ M. X.*, 8 juin 2011, n° 10-12.736, non publié au Bull.

Ainsi, les clauses de confidentialité et de non-concurrence visent à protéger les intérêts de l'entreprise. On a vu qu'il résultait une tension entre ces intérêts et la liberté du salarié à s'exprimer, à exercer une activité au profit d'un autre employeur, et à valoriser son savoir-faire et son « capital productif », y compris en se mettant à son propre compte.

La mise en œuvre de ces clauses dépend très largement dans la pratique de la manière dont elles sont rédigées. En cas de litige, les tribunaux seront appelés à trancher, et l'interprétation comme l'application qu'ils en font sont différentes en France et aux Etats-Unis.

PARTIE 2

DES DIVERGENCES DANS LEUR MISE EN ŒUVRE

Les clauses de confidentialité et de non-concurrence font l'objet d'un contentieux très dense dans chacun des deux pays.

Le manque de précision législative sur le sujet en France, et l'absence de délimitation claire et unanime aux États-Unis, ont conduit les juges à définir eux-mêmes les contours de ces instruments. La plupart de leurs décisions ont suscité des controverses sur le bien-fondé et l'étendue de ces clauses. Ces controverses se sont particulièrement développées aux États-Unis, où la validité est jugée de façon différente dans chacun des 50 États, notamment en ce qui concerne la clause de non-concurrence.

Certains juristes estiment en effet que la clause de non-concurrence restreint tout à la fois la mobilité des travailleurs qualifiés, et la diffusion des connaissances essentielles à une économie concurrentielle.

D'autre part, cette clause est souvent considérée comme injuste et léonine, car les employés n'ont pas toujours un pouvoir de négociation suffisant pour obtenir une pleine compensation des contraintes qui leur sont imposées.

L'arbitrage entre intérêts de l'entreprise et libertés du salarié passe donc désormais par les cours de justice. Mais en France, comme aux États-Unis, les professionnels du droit soulignent la forte imprévisibilité des décisions des tribunaux, entraînant une insécurité juridique permanente fort regrettable.

CHAPITRE 1

L'interprétation de ces clauses et leur application

En France, certaines mentions du contrat et des clauses de confidentialité et de non-concurrence sont imposées par la loi ou par la jurisprudence. De plus, les juges, penchants vers une politique très interventionniste, protectionniste de la partie considérée a priori comme la plus faible, encadrent strictement la relation contractuelle et les obligations qui en découlent.

Aux Etats-Unis, en revanche, c'est traditionnellement l'inverse qui prévaut : le principe est que les parties sont assez responsables et informées pour s'autogérer et savoir ce qui est préférable pour elles. Chacune des parties bénéficie de plus de souplesse et de flexibilité dans la négociation et l'encadrement contractuel de leurs relations professionnelles réciproques. Néanmoins, les juges interviennent de plus en plus dans leur sphère. Une des particularités américaines réside dans le fait que des jurés populaires (*jury*) peuvent également être conduits à juger des relations et des conflits entre employeurs et salariés, notamment dans le cas de l'allocation des dommages et intérêts punitifs (*voir infra.*). Enfin, l'absence de cadre strict provoque des situations dans lesquelles les avocats sont en première ligne et « mènent la danse ». La liberté prime donc aux Etats-Unis, mais il est fort recommandé de l'apprivoiser.

S'il est aujourd'hui rare de ne pas recourir aux clauses de confidentialité et de non-concurrence, la pratique montre qu'il est très délicat de les rédiger, et que leur mise en œuvre est complexe.

SECTION 1. L'exercice complexe et décisif de la rédaction

Les clauses de confidentialité comme de non-concurrence peuvent desservir l'une ou l'autre des parties si elles sont mal ajustées. Il convient par conséquent d'être des plus rigoureux dès la rédaction de la clause et de se livrer à un exercice de « couture fine » et « adaptée aux épaules » de l'entreprise à protéger. La rédaction, spécifique à chaque situation, doit en outre nécessairement tenir compte de la relation particulière qui se noue entre les parties.

Paragraphe 1. L'écriture de la clause de confidentialité

Si l'on souhaite se prémunir de tout risque, et s'assurer que la clause sera la plus efficace et dissuasive possible, une rédaction très soignée s'impose.

Par ailleurs, l'expression de la volonté des parties ne s'établit pas de la même manière dans les contrats français et américains.

En France, on trouve généralement une clause de confidentialité dans deux situations¹⁰² :

- **Hypothèse n° 1.**

Cette première hypothèse concerne une clause entre deux entreprises en relation d'affaires, qui fait l'objet d'un document spécifique.

Dans ce cas, le nom de la clause figure toujours en haut du document (« *Accord de confidentialité* » ou « *Clause de confidentialité* »).

La rédaction en sera très détaillée, et s'attachera à prendre en compte toutes les éventualités.

¹⁰² Hormis les situations que l'on a exclues de cette étude, comme par exemple le contrat de franchise.

- **Hypothèse n° 2.**

On se situe dans une relation employeur-salarié et la clause est insérée dans le contrat de travail. Rappelons qu'en France, cette hypothèse est la plus courante utilisation de la clause de confidentialité.

On la trouve alors sous forme d'un paragraphe court, inséré au milieu du contrat (derrière un numéro ou le mot « *Confidentialité* »).

Sa rédaction est moins élaborée que dans notre première hypothèse. Elle est généralement formulée en des termes très simples, tels que : « *M. X. s'engage à observer la discrétion la plus stricte sur toutes les informations se rapportant aux activités de la société auxquelles il a accès à l'occasion et dans le cadre de ses fonctions* ».

On établira un tableau en abordant les étapes de la rédaction de la clause que l'on doit retrouver dans ces deux hypothèses, avec des remarques et des exemples pour chacune. Ceci ne reste cependant qu'un simple canevas puisque, on le rappelle, chaque clause doit être rédigée au plus près des besoins et des spécificités de l'entreprise qui la requiert, au cas par cas.

<p>CLAUSE DE CONFIDENTIALITE FRANCAISE</p>	<p>Hypothèse n° 1</p>	<p>Hypothèse n° 2</p>
<p>Date/Lieu</p>	<p>Mentions pouvant figurer en haut et/ou en bas du document</p>	<p>Mentions pouvant figurer en haut et/ou en bas du contrat de travail</p>
<p>Désignation des parties</p>	<p>— « <i>Entre les soussigné(e)s :</i> <i>La société X, dont le siège est situé d'une part,</i> <i>Et la société Y, dont le siège est situé d'autre part. »</i></p> <p>— « <i>La société X et la société Y seront ci-après individuellement ou collectivement désignées par « la Partie » ou « les Parties ». »</i></p>	<p>(Dénomination générale) <i>« Le salarié »</i> <i>« L'entreprise/la société »</i></p> <p>ou</p> <p>(Dénomination personnelle) <i>« Monsieur / Madame X »</i> <i>« L'entreprise/la société Y »</i></p>

<p>Justification de la clause</p>	<p><i>« Preamble :</i></p> <p><i>Dans le cadre de</i></p> <p><i>[exemple : d'une consultation des Parties en vue de mettre en place un projet commun de recherche et développement],</i></p> <p><i>les Parties vont être amenées à s'échanger des informations et documents confidentiels.</i></p> <p><i>La communication de ces informations est réalisée dans les conditions définies ci-après. »</i></p>	<p>Mention du contexte professionnel, ou de la nature spécifique des fonctions exercées par le salarié</p> <p><i>« Compte tenu des fonctions et/ou des responsabilités exercées par le salarié... »</i></p>
--	--	---

Définitions Délimitation des informations/données : leur objet, leur forme, et les moyens par lesquels les Parties entrent en leur possession	Choix entre : * Définition active/recensement générique : sélection ciblée selon un critère, par exemple la source, ou le degré de confidentialité. * Définition passive/recensement par exception : on convient que tout sera confidentiel, sauf ce qui est listé de manière limitative dans le contrat.	
	<p style="text-align: center;"><i>« Informations confidentielles :</i></p> <p style="text-align: center;"><i>informations et données de toute nature, notamment technique, scientifique, économique, financière, commerciale, comptable, tout plan, étude, prototype, matériel, audit, données expérimentales et de tests, savoir-faire, expérience, logiciels et programmes, quels qu'en soient la forme, le support ou le moyen, incluant, sans limitation, les communications orales, écrites ou fixées sur un support quelconque, que les Parties sont amenées à se communiquer dans le cadre du [projet], se rapportant directement ou indirectement au [projet]. »</i></p> <p>[Suite optionnelle : liste en annexe, ou précision que les informations seront désignées comme confidentielles par un tampon ou une légende]</p>	<p>(Mention générale très large)</p> <p><i>« Tous les faits intéressants l'entreprise »</i></p> <p>ou <i>« L'ensemble des données ou informations que le salarié pourrait être amené à connaître, directement ou indirectement, que celles-ci soient ou non en rapport avec ses fonctions. »</i></p> <p>ou</p> <p>(Mention particulière)</p> <p><i>« Les informations concernant l'entreprise telles que ses données financières, comptables, commerciales, stratégiques technologiques auxquelles le salarié a accès à l'occasion et dans le cadre de ses fonctions. »</i></p>

<p>Exceptions / Limites</p>	<p>« <i>Exceptions :</i> <i>Toutefois, les dispositions prévues au présent accord ne s'appliqueront pas aux informations pour lesquelles la Partie X/Y pourra prouver :</i></p> <p><i>* qu'elle les possédait avant la date de communication par la Partie Y/X, ou</i></p> <p><i>* que ces informations étaient du domaine public avant la date de communication par la Partie Y/X ou qu'elles y sont entrées par la suite sans qu'une faute puisse être imputée à la X/Y, ou</i></p> <p><i>* qu'elle les a reçues sans obligation de secret d'un tiers autorisé à les divulguer.</i></p> <p><i>* que ces informations ont été expressément mentionnées comme étant non confidentielles par la Partie Y/X. »</i></p>	<p>En général, non mentionnées.</p> <p>Si l'employeur le souhaite, il peut intégrer les mêmes termes que ceux ci-contre</p>
--	---	---

<p>Mention des personnes à qui ces informations doivent ou ne doivent pas être divulguées</p>	<p style="text-align: center;"><i>« [La Partie X/Y s'engage à garder strictement confidentielles et à ne pas divulguer ou communiquer] à des tiers, par quelque moyen que ce soit, les informations qui lui seront transmises par la Partie Y/X.</i></p> <p style="text-align: center;"><i>La Partie X/Y s'engage à ne communiquer lesdites informations qu'aux membres de son personnel appelés à en prendre connaissance et à les utiliser. »</i></p> <p style="text-align: center;">(Possible demande d'autorisation)</p> <p style="text-align: center;"><i>« La Partie X/Y s'engage, dans l'hypothèse où il s'avérerait indispensable de divulguer à des tiers l'information ou une partie de l'information, à demander à la Partie Y/X une autorisation écrite préalable mentionnant les tiers concernés et l'information à divulguer. »</i></p>	<p style="text-align: center;">(Ciblée)</p> <p style="text-align: center;"><i>« Cette obligation s'applique tant à l'égard des tiers que des personnes salariées de l'entreprise. »</i></p> <p style="text-align: center;">Les tiers désignent toute personne qui n'est pas partie à la clause (famille, amis, concurrents, public, etc.)</p> <p style="text-align: center;">ou</p> <p style="text-align: center;">(Plus large)</p> <p style="text-align: center;"><i>« A qui que ce soit »</i></p>
--	---	---

<p>Engagements de confidentialité</p>	<p><i>« Engagements de confidentialité : Les Parties s'engagent à observer et à faire observer la plus stricte confidentialité à l'égard des informations confidentielles, et à prendre toutes mesures nécessaires pour en préserver la confidentialité. Les Parties conviennent que la présente clause présente pour eux un caractère substantiel.</i></p> <p><i>A cet effet, les Parties s'engagent à :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>*ce que les informations confidentielles soient protégées et gardées confidentielles ;</i> <i>*ce que les informations confidentielles reçues soient traitées avec le même degré de précaution et de protection que celui accordé à leurs propres informations confidentielles ;</i> <i>*ne pas utiliser les informations confidentielles dans un but autre que [la mise en place et/ou l'exécution du projet] ;</i> <i>*signaler le caractère secret des informations confidentielles aux membres de leur personnel</i> 	<p>Plusieurs formulations possibles : <i>le salarié...</i></p> <p><i>« s'engage à observer la discrétion la plus absolue quant aux informations »</i></p> <p><i>« s'engage formellement à ne divulguer aucune des informations confidentielles »</i></p> <p><i>« s'engage à ne communiquer lesdites informations à personne »</i></p> <p><i>« s'engage à faire preuve d'une discrétion absolue sur l'ensemble des données ou informations »</i></p>
--	--	---

<p>Engagements de confidentialité</p>	<p><i>devant en avoir connaissance et à tous les tiers impliqués [dans la mise en place et/ou l'exécution du projet], dès la communication de ces informations ;</i></p> <p><i>*maintenir les formules de copyright, de confidentialité, d'interdiction de copie, ou toutes autres mentions de propriété ou de confidentialité, figurant sur les différents éléments communiqués, qu'il s'agisse des originaux ou des copies.</i></p> <p><i>En outre, les Parties s'interdisent :</i></p> <p><i>*de procéder à toute divulgation quelle qu'elle soit, à quelque tiers que ce soit, des informations confidentielles, sauf accord écrit exprès et préalable de la Partie titulaire</i></p> <p><i>*d'utiliser et/ou d'exploiter en tout ou en partie les Informations confidentielles à d'autres fins que [la mise en place et/ou l'exécution du projet] ;</i></p> <p><i>*d'effectuer des copies, reproductions ou duplications de tout ou partie des informations confidentielles, sauf accord écrit exprès et préalable de la Partie titulaire. »</i></p>	<p><i>« Il/elle s'interdit également d'utiliser le matériel et les documents de la société à des fins personnelles. »</i></p>
--	---	---

<p>Restitution (souvent oubliée !)</p>	<p><i>« Les Parties s'engagent à restituer spontanément, sans délai, l'ensemble des informations confidentielles qui lui ont été transmises. »</i></p>	<p><i>« Il/elle s'engage également à restituer à la société tout document ou autre support appartenant à celle-ci. »</i></p>
<p>Durée et entrée en vigueur</p>	<p>Options pour la durée :</p> <p><i>« La présente clause de confidentialité s'impose aux Partenaires pendant toute la durée du [projet] et aussi longtemps que les informations confidentielles n'auront pas été rendues publiques. »</i></p> <p>ou</p> <p><i>« La présente clause s'impose aux Parties pendant toute la durée du [projet] et, après la fin de celui-ci, pour la durée prévue en annexe. »</i></p> <p><i>« La présente clause entrera en vigueur au jour de sa signature par tous les Partenaires. »</i></p>	<p><i>« La clause s'appliquera pendant toute la durée d'exécution du contrat de travail de Monsieur/Madame X, y compris pendant les périodes de suspension, et se prolongera après la rupture de ce contrat de travail de celui/celle-ci, quelle qu'en soit la raison. »</i></p>

<p>Modification</p>	<p><i>« Toute modification des termes de la clause doit faire l'objet d'un courrier recommandé avec accusé de réception à la Partie concernée. »</i></p>	<p>Non mentionnée car on sait que la modification d'une telle clause du contrat de travail requiert l'accord express du salarié</p>
<p>Loi applicable</p>	<p><i>« Le présent accord est régi par la loi française. »</i></p>	<p>Non mentionnée dans la clause en elle-même, mais généralement à la fin du contrat de travail lui même</p>
<p>Clause de litige</p>	<p><i>« En cas de difficultés sur l'interprétation ou l'exécution de la clause, les parties s'efforceront de résoudre leur différend à l'amiable. En cas de désaccord persistant, les différends seront portés devant le tribunal compétent. »</i></p>	<p>Non mentionnée dans la clause en elle-même, mais généralement à la fin du contrat de travail lui même</p>
<p>Mécanismes conventionnels</p>	<p>Non mentionnée</p>	<p>Si une convention collective prévoit un formalisme particulier et des conditions spécifiques de confidentialité, la clause devra en tenir compte et les intégrer</p>

<p>Divers</p>	<p>Tout autre précision jugée importante que les Parties souhaiteraient préciser (par exemple les sanctions possibles, ou le rappel que les Parties doivent respecter leurs obligations de bonne foi)</p>	
<p>Signatures</p>	<p><i>Fait à [lieu]</i> <i>Le [date]</i></p> <p><i>En [un nombre] exemplaires originaux, dont un exemplaire est remis à chaque partenaire.</i></p> <p><i>Société X</i> <i>Signature précédée de la mention « Lu et approuvé »</i></p> <p><i>Société Y</i> <i>Signature précédée de la mention « Lu et approuvé »</i></p>	<p><i>Fait à [lieu]</i> <i>Le [date]</i></p> <p><i>En double exemplaire, dont un pour chaque partie.</i></p> <p><i>Le salarié</i> <i>Signature précédée de la mention « Lu et approuvé »</i></p> <p><i>L'entreprise/société X</i> <i>Signature précédée de la mention « Lu et approuvé »</i></p>
<p>Annexes (option)</p>	<p><i>« Annexe 1 : Liste des informations confidentielles Annexe 2 : Liste des tiers pouvant avoir accès aux informations confidentielles. »</i></p>	

Comparons maintenant avec le mode de rédaction d'une clause de confidentialité aux Etats-Unis. En général, les clauses américaines sont beaucoup plus élaborées que les clauses françaises, se caractérisant par une volonté manifeste d'encadrer toutes les éventualités. Il n'existe pas de format spécifique. De plus la rédaction de la clause varie d'un Etat à l'autre. On essaiera d'en donner un aperçu global, tout en opérant une distinction entre la *mutual NDA* (hypothèse n° 1) et la *one-way NDA* (hypothèse n° 2).

<p>CLAUSE DE CONFIDENTIALITE AMERICAINE</p>	<p>Hypothèse n° 1</p>	<p>Hypothèse n° 2</p>
<p><i>Designation of the Parties</i> (Désignation des parties)</p>	<p>« <i>This Non-Disclosure Agreement (the “Agreement”)</i> <i>is entered into as of [date] by and between:</i></p> <p><i>Company X, having its principal place of business located at [address, state],</i> <i>and Company Y, having its principal place of business located at [address, state],</i> <i>(each of X and Y referred to as the “Party” and, together, the “Parties”).</i></p> <p><i>Accordingly, the parties hereto agree as follows: »</i></p>	<p>« <i>This Non-Disclosure Agreement (the “Agreement”)</i> <i>is entered into as of [date] by and between:</i></p> <p><i>X (hereinafter referred to as “Disclosing Party”),</i> <i>located ...</i> <i>and Y (referred to as “Receiving Party”),</i> <i>located ...</i> <i>(collectively referred to as the “Parties”)</i></p> <p><i>Accordingly, the parties hereto agree as follows: »</i></p>

<p><i>Purpose / Background Recitals</i></p> <p>(Objectif / Considérations générales)</p>	<p>Exemple :</p> <p><i>« The Parties wish to explore a business opportunity of mutual interest and in connection with this opportunity, each Party may disclose to the other Party certain confidential technical and business information which the Disclosing Party desires the Receiving Party to treat as confidential. »</i></p>	<p>Exemple :</p> <p><i>« For the purpose of preventing the unauthorized disclosure of Confidential Information as defined below, the Parties agree to enter into a confidential relationship with respect to the disclosure of certain proprietary and confidential information (“Confidential Information”). »</i></p>
<p><i>Confidential Information</i></p> <p>(Définition/délimitation des informations confidentielles)</p>	<p><i>« “Confidential Information” means: any information disclosed by either party to the other party, either directly or indirectly, in writing, orally or by inspection of tangible objects, including without limitation documents, prototypes, samples, plant and equipment, research, product plans, products, services, customer lists, software, developments, inventions, processes, designs, drawings, engineering, hardware configuration, marketing materials, finances and financial projections, and current or future business plans and models, regardless of whether such information is designated as “Confidential Information” at the time of its disclosure.</i></p> <p><i>Information communicated orally shall be considered Confidential Information if such information is confirmed in writing as being Confidential Information within a reasonable time after the initial disclosure.</i></p> <p><i>Confidential Information may also include information disclosed to a disclosing Party by third parties. »</i></p>	

<p style="text-align: center;">Exclusions</p> <p style="text-align: center;">(Exclusions)</p>	<p><i>« The Parties hereto agree that information shall not be deemed to be Confidential Information, and the Parties shall have no obligation with respect to any such information which:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>i. was in the public domain at the time it was disclosed or subsequently becomes in the public domain without breach by one of the Parties of this Agreement;</i> <i>ii. is available on a non-confidential basis before or after its disclosure to one of the Parties from a source who is not, to the best of one of the Parties' knowledge, subject to a confidentiality obligation to one of the Parties;</i> <i>iii. was independently developed without reference to the Confidential Information;</i> <i>iv. was known to one of the Parties at the time of disclosure, with the burden on one of the Parties to show by clear and convincing evidence that it knew such information at the time of disclosure;</i> <i>v. is disclosed on a non-confidential basis with the prior written approval of the other party.»</i> 	<p><i>« Confidential Information shall not, however, include any information which:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>i. was publicly known and made generally available in the public domain prior to the time of disclosure by the Disclosing Party;</i> <i>ii. is already in the possession of the Receiving Party at the time of disclosure by the Disclosing Party as shown by the Receiving Party's files and records immediately prior to the time of disclosure;</i> <i>iii. is obtained by the Receiving party from a third party without a breach of such third party's obligations of confidentiality;</i> <i>iv. is disclosed by Receiving Party with Disclosing Party's prior written approval;</i> <i>v. is independently developed by the Receiving Party without use of or reference to the Disclosing Party's Confidential Information;</i> <i>vi. is required by law to be disclosed by the Receiving Party. »</i>
--	--	--

<p><i>Disclosure required by law</i></p> <p>(Divulgateion requise par la loi)</p>	<p><i>« Nothing in this Non-Disclosure Agreement will prevent one of the Parties from making any disclosure of the Confidential Information required by law.</i></p> <p><i>If of the Parties is required by law to disclose Confidential Information, as soon as the Party is notified of the legally required disclosure (such as subpoena or court order) and prior to disclosing any Confidential Information, the other Party shall immediately notify her in writing of the legally required disclosure so that she may take appropriate legal action to protect her Confidential Information. »</i></p>	
<p><i>Duty of Confidentiality / Non-Disclosure and Use / Obligations of Receiving Party</i></p> <p>(Engagement de confidentialité / Non-divulgateion et utilisation/ Obligations de la partie soumise à la clause)</p>	<p><i>« The Parties agree that from the date of disclosure, they shall not disclose any Confidential Information received from the other Party to any other person without the express prior written consent of the disclosing Party;</i></p> <p><i>The Parties shall not use the other’s Confidential Information for any purpose other than the Purpose of Disclosure and shall use the same degree of care to avoid unauthorized disclosure and unauthorized use of such Confidential Information as it employs with respect to its own confidential and proprietary information, and at a minimum to exercise reasonable care. »</i></p>	<p><i>« The Receiving Party shall hold and maintain the Confidential Information in strictest confidence for the sole and exclusive benefit of the Disclosing Party;</i></p> <p><i>The Receiving Party agrees to use the same degree of care as with its own confidential information, but not less than reasonable care;</i></p> <p><i>The Receiving Party shall not, without prior written approval of Disclosing Party, use for Receiving Party’s own benefit, publish, copy, or otherwise disclose to others, or permit the use by others for their benefit or to the detriment of Disclosing Party, any Confidential Information. »</i></p>

<p style="text-align: center;">Third-Party Information</p> <p style="text-align: center;">(Information des tiers)</p>	<p style="text-align: center;"><i>« Each one of the Parties shall limit disclosure of Confidential Information within its own organization to its directors, officers, partners, members and/or employees having a need to know and shall not disclose Confidential Information to any third party (whether an individual, corporation, or other entity) without prior written consent. »</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>« The Receiving Party shall carefully restrict access to Confidential Information to employees, contractors and third parties as is reasonably required and shall require those persons to sign non-disclosure restrictions at least as protective as those in this Agreement. »</i></p>
<p style="text-align: center;">Term and Termination / Time Periods</p> <p style="text-align: center;">(Durée)</p>	<p style="text-align: center;"><i>« As to all other Confidential Information, the above duties to protect shall remain for a period of [number] years after receipt. »</i></p> <p style="text-align: center;"><i>or</i></p> <p style="text-align: center;"><i>« The obligations of the parties herein shall be effective without limitation in time. »</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>« The non-disclosure provisions of this Agreement shall survive the termination of this Agreement and Receiving Party's duty to hold Confidential Information in confidence shall remain in effect until the Confidential Information no longer qualifies as a trade secret or until Disclosing Party sends Receiving Party written notice releasing Receiving Party from this Agreement, whichever occurs first. »</i></p> <p style="text-align: center;"><i>or</i></p> <p style="text-align: center;"><i>« This Non-Disclosure Agreement does not have any time, geographical, or territorial restrictions. Receiving Party must keep all Information confidential and must not disclose or use, in any way, the Confidential Information at all times. »</i></p>

<p>Relationships (Relations)</p>	<p><i>« Nothing contained in this Agreement shall be deemed to constitute either Party a partner, joint venturer or employee of the other Party for any purpose. »</i></p>	<p><i>« This Agreement is not intended as a teaming, agency, partnership, joint venture, or other such arrangement. »</i></p>
<p>IP Ownership and Licence (Droits de propriété intellectuelle et licence)</p>	<p><i>« Each Party shall retain ownership of all Confidential Information and intellectual property it had before discussions under this Agreement. Nothing contained herein shall be construed as granting or conferring any rights by license or otherwise in any Confidential Information.»</i></p>	<p><i>« Nothing in this Agreement is intended to grant any rights to the Receiving Party under any patent, mask work right or copyright of the Disclosing Party, nor shall grant the Receiving Party any rights in or to the Confidential Information of the Disclosing Party except as expressly set forth herein. »</i></p>
<p>Return of Materials (Retour des supports d'informations confidentielles)</p>	<p><i>« All documents and other tangible objects containing or representing Confidential Information which have been disclosed by either Party to the other Party, and all copies thereof which are in the possession of the other Party, shall be and remain the property of the disclosing Party and shall be promptly returned to the disclosing Party upon her written request. »</i></p>	<p><i>« Upon termination or expiration of the Agreement, or upon written request of the Disclosing Party, the Receiving Party shall promptly return to the Disclosing Party all documents and other tangible materials representing her Confidential Information and all copies thereof. The Disclosing Party shall notify immediately the Receiving Party upon discovery of any loss or unauthorized disclosure of the Confidential Information. »</i></p>

<p><i>Integration</i> (Intégration des accords antérieurs)</p>	<p><i>« This Agreement expresses the complete understanding of the Parties with respect to the subject matter and supersedes all prior proposals, agreements, representations and understandings. »</i></p>
<p><i>Severability</i> (Clause de sauvegarde)</p>	<p><i>« Any provisions of this Agreement that are determined to be invalid under applicable law are deemed severable, without affecting the remaining provisions. »</i></p> <p><i>or</i></p> <p><i>« If a court of law holds any provision of this Agreement to be illegal, invalid or unenforceable, that provision shall be deemed amended to achieve an economic effect that is as near as possible to that provided by the original provision, and the legality, validity and enforceability of the remaining provisions of this Agreement shall not be affected. »</i></p> <p><i>or</i></p> <p><i>« If a court finds any provision of this Agreement invalid or unenforceable, the remainder of this Agreement shall be interpreted so as best to effect the intent of the parties. »</i></p> <p><i>or</i></p> <p><i>« If any term of this Agreement is held by a court of competent jurisdiction to be invalid or unenforceable, then this Agreement, including all of the remaining terms, will remain in full force and effect as if such invalid or unenforceable term had never been included. »</i></p>

<p style="text-align: center;">Waiver / Modification / Amendments</p> <p>(Renonciation / Modification / Amendements)</p>	<p style="text-align: center;"><i>« No change, modification, or addition to or waiver of any provision of this Agreement shall be binding unless in writing and signed by both Parties;</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Either Party's failure to insist in any one or more instances upon strict performance by the other Party of any of the terms of this Agreement shall not be construed as a waiver of any continuing or subsequent failure to perform or delay in performance of any term hereof. »</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>« This Agreement may not be amended except in a writing signed by both Parties;</i></p> <p style="text-align: center;"><i>The failure to exercise any right provided in this Agreement shall not be a waiver of prior or subsequent rights. »</i></p>
<p style="text-align: center;">Injunction (specific performance)</p> <p>(Injonction) (voir infra.)</p>	<p style="text-align: center;"><i>« The Parties agree that, in the event of breach or threatened breach or intended breach of the Agreement, each Party may seek injunctive or equitable relief without the necessity of posting bond or proving that it has no adequate remedy at law. »</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>« The Disclosing Party shall be entitled to a temporary restraining order and/or preliminary injunction from any court of competent jurisdiction enjoining and restraining any violation of any or all of the provisions contained in this Non-Disclosure Agreement, by the Receiving Party or any person or entity with whom the Receiving Party is indirectly breaching, assisting or conspiring to breach this Non-Disclosure Agreement. »</i></p>

<p><i>Legal and Equitable Remedies</i></p> <p>(Voies de recours légales et en equity)</p>	<p><i>« The Parties understand that the continued confidentiality of the Confidential Information is critical to the disclosing Party and essential to the ultimate success and profitability of the disclosing Party and that such confidentiality goes to the essence of this Agreement;</i></p> <p><i>Accordingly, both Parties agree that use or disclosure of the Confidential Information in a manner inconsistent with the Agreement will cause the disclosing Party irreparable damage and that the remedy at law of the disclosing Party for any actual or threatened breach of this Agreement will be inadequate and that the disclosing Party shall be entitled, as a matter of right, to seek all legal remedies and any damages which she may be legally entitled to recover, together with reasonable expenses of litigation, including attorneys and paralegal fees, court costs, and other expenses incurred in connection therewith. »</i></p>	<p><i>« The Receiving Party acknowledges that her breach of this Non-Disclosure Agreement, including all subparts, will cause irreparable harm and damage to the Disclosing Party. The Receiving Party acknowledges that money damages would not be a sufficient remedy for any breach of this Agreement;</i></p> <p><i>Therefore, in the event of any such breach, in addition to any other remedies at law or in equity that a party may have, it shall be entitled to equitable relief, including injunctive relief or specific performance, or both (although neither Party shall be entitled to any special, consequential, indirect, punitive or exemplary damages as a result of a breach of this Agreement, whether a claim is asserted in contract, tort, or otherwise);</i></p> <p><i>The Receiving Party agrees to pay the Disclosing Party all monies, profits, and compensation of any kind that she received, earned, or was paid in connection with her disclosure and/or use, in any way, of the Confidential Information. (...)</i></p>
--	---	--

<p><i>Legal and Equitable Remedies</i></p>		<p><i>(... The Receiving Party agrees to reimburse the Disclosing Party for any loss or expense incurred by the Disclosing Party as a result of such use or unauthorized disclosure or attempted disclosure, including without limitation court costs and reasonable attorney's fees incurred by the Disclosing Party in enforcing the provisions hereof. Such remedies, however, shall not be deemed to be the exclusive remedies for any breach of this Agreement but shall be in addition to all other remedies available at law or equity. »</i></p>
<p><i>Governing Law, Venue and Jurisdiction</i></p> <p>(Loi applicable et juridiction compétente)</p>	<p><i>« The validity, performance, construction and enforcement of this Agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of the State of [State], U.S.A., excluding its conflict of laws rules ;</i></p>	<p><i>« This Non-Disclosure Agreement, in all respects, shall be governed by, construed, and interpreted according to the laws of the U.S.A. and the State of [State], without giving effect to any choice of law or conflict of law rules or provisions that would cause the application of the laws of any other jurisdiction.</i></p>

<p style="text-align: center;">Governing Law, Venue and Jurisdiction</p> <p>(Dans l'hypothèse où le salarié a la possibilité de travailler dans un autre Etat que celui de son employeur, cette provision permet à l'employeur de choisir la loi applicable en cas de litige sur l'interprétation ou l'application de la clause.)</p>	<p style="text-align: center;"><i>Any dispute arising out of this agreement shall be subject to the exclusive jurisdiction of the courts located in the State of [State]. »</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>Any claim or dispute arising out or relating to this Agreement, including but not limited to its legality, interpretation, or enforceability shall be heard and determined exclusively by the state and federal courts of [State].</i></p> <p style="text-align: center;"><i>The Parties expressly submit and consist in advance to the exclusive personal jurisdiction of such courts in any action or suit commenced in such court, and each party hereby waives any objection that it may have based upon lack of personal jurisdiction, improper venue or forum non conveniens. »</i></p>
<p style="text-align: center;">Miscellaneous</p> <p style="text-align: center;">(Divers)</p>	<p style="text-align: center;"><i>Exemple : « Any notices required to be given under this agreement shall be deemed given upon the earlier of receipt of [number] days after mailing by certified mail, return receipt requested, or hand delivery by messenger or express service, to the addresses stated on the first page. »</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>Exemple : « Nothing contained in this Agreement creates a contractual right to a continued employment for a definite term. »</i></p>

<p>Counterparts, Facsimile and Electronic Signatures</p> <p>(Doubles, Télécopies et Signatures Electroniques)</p>	<p><i>« This Agreement may be executed in one or more counterparts, each of which shall for all purposes be deemed to be an original, but all of which together shall be considered one and the same agreement.</i></p> <p><i>Delivery of executed signature pages by electronic or facsimile transmission will constitute effective and binding execution and delivery of this Agreement. »</i></p>									
<p>Opportunity to Consult with Counsel</p> <p>(Possibilité de recours à un avocat-conseil)</p>	<p><i>« Each Party acknowledges and represents that they had an opportunity to consult with legal counsel regarding all of the provisions contained in this Non-Disclosure Agreement, and that they fully understand its terms and conditions. »</i></p>	<p><i>« The Receiving Party acknowledges that she had carefully read and understood the provisions of this Agreement, and understood that she has the right to seek independent advice or to propose modifications prior to signing the Agreement. »</i></p>								
<p>Signatories</p> <p>(Signatures)</p>	<p><i>« IN WITNESS WHEREOF, each Party to this Agreement has caused it to be executed at [place of execution] on the date indicated below: »</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Date</i> _____</p> <table style="width: 100%; border: none;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">_____</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">_____</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Signature</i></td> <td style="text-align: center;"><i>Signature</i></td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">_____</td> <td style="text-align: center;">_____</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;"><i>Typed or Printed Name</i></td> <td style="text-align: center;"><i>Typed or Printed Name</i></td> </tr> </table>		_____	_____	<i>Signature</i>	<i>Signature</i>	_____	_____	<i>Typed or Printed Name</i>	<i>Typed or Printed Name</i>
_____	_____									
<i>Signature</i>	<i>Signature</i>									
_____	_____									
<i>Typed or Printed Name</i>	<i>Typed or Printed Name</i>									

Paragraphe 2. L'écriture de la clause de non-concurrence

La rédaction de la clause de non-concurrence, tout comme celle de la clause de confidentialité, doit être adaptée à chaque situation. Cette clause qui, on le rappelle, permet d'aménager et de garantir une confiance entre les parties au moment de la signature du contrat, ne doit pas être excessive, et elle doit être justifiée par un intérêt légitime appuyé sur la réalité des risques encourus par celui qui l'impose. Sa rédaction doit être précise et rigoureuse afin d'éviter toute contestation future. Le tableau ci-dessous est un exemple de rédaction d'une clause de non-concurrence insérée dans des contrats de travail français et américains. On exclura de cette analyse la clause de non-concurrence insérée dans un contrat américain entre deux entreprises. Par ailleurs, aux Etats-Unis, les spécificités de la loi et de la jurisprudence de l'Etat dans lequel la clause est appelée à être appliquée peuvent influencer grandement la rédaction (le rédacteur est donc appelé à les prendre en compte au moment de l'élaboration de la clause).

	Clause française	Clause américaine
Désignation des parties, date et lieu <i>Designation of the Parties</i>	<p>La clause étant nécessairement contenue dans le contrat de travail, les noms des parties figurent en haut dudit contrat. Il en est de même pour la date et le lieu de conclusion du contrat.</p> <p>Le salarié est désigné dans la clause sous son nom propre, ou sous la dénomination « le salarié ».</p> <p>La clause peut également être rédigée à la 2^e personne du pluriel, employant le « vous ».</p>	<p><i>« This Non-Compete Agreement (“the Agreement”) is entered into this [date] day of [month/year] by and between:</i></p> <p><i>- [Company name] (“the Employer”), located ...</i></p> <p><i>- and [Employee name] (“the Employee”).</i></p> <p><i>Employer and Employee may each be referred to herein as a “Party”, and may collectively be referred to herein as the “Parties”. »</i></p>

<p>Justification de la clause</p> <p><i>Aknowledgement / Background recitals</i></p>	<p>« <i>Compte tenu des fonctions de [...] exercées par le salarié et</i></p> <p><i>[par exemple, « lui donnant accès à des informations et données sensibles de l'entreprise / lui conférant un savoir-faire spécifique en matière de ... / liées au cœur de métier de l'entreprise »],</i></p> <p><i>le salarié s'engage : » (...)</i></p>	<p><i>« Employee acknowledges that the services to be rendered to Employer have a significant and material value to Employer, the loss of which cannot adequately be compensated by damages alone.</i></p> <p><i>In view of the significant and material value to Employer of the services of Employee for which Employer has employed Employee;</i></p> <p><i>and the confidential information obtained by or disclosed to Employee,</i></p> <p><i>and as a material inducement to Employer to employ Employee and to pay to Employee compensation for such services rendered for Employer by Employee,</i></p> <p><i>Employee covenants and agrees as follows: »</i></p>
<p>Précision sur l'absence d'incidence du mode de rupture du contrat</p>	<p><i>(...) « en cas de rupture du présent contrat à quelque époque et pour quelque cause que ce soit. »</i></p>	<p><i>(...) « notwithstanding the cause or reason for termination. »</i></p>

<p>Obligation de non-concurrence</p> <p><i>Duty not to compete</i></p>	<p>« <i>Le salarié s'interdit de s'intéresser à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, à toute entreprise ayant une activité susceptible de concurrencer en tout ou partie celle de l'entreprise. »</i></p> <p>ou</p> <p>« <i>Le salarié s'engage à ne pas exercer une activité concurrente à celle de l'entreprise, soit pour son propre compte, soit pour celui d'une autre entreprise ».</i></p>	<p>« <i>The Employee shall not own, manage, operate, consult or be employed in a business substantially similar to, or competitive with, the present business of the Company or such other business activity in which the Company may substantially engage during the term of employment the undersigned. »</i></p> <p>or</p> <p>« <i>The Employee shall not directly or indirectly compete with the Employer by serving as an officer, owner, partner, director, agent, employee or consultant to any firm or entity substantially engaged in a business similar or competitive to the business of the Employer. »</i></p>
<p>Restriction géographique</p> <p><i>Geographic scope</i></p>	<p>« <i>Cette interdiction est limitée à la zone géographique suivante : [ville, département, région, pays, ou distance kilométrique]. »</i></p>	<p>« <i>This Non-Compete agreement shall extend</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>for a radius of [ex, 40] miles of the Employer's present location »</i>, or - <i>to the State of [ex, Oregon] »</i>, or - <i>within 40 miles of [ex, Boston] city limits. »</i>

<p>Restriction temporelle</p> <p><i>Duration</i></p>	<p><i>« Cette interdiction de concurrence est limitée à une période de [durée en semaines, mois, années], à compter de la cessation effective du contrat de travail. »</i></p>	<p><i>« This Non-Compete Agreement shall be in full force and effect during the period of employment, and for [duration, ex “1 year”] following employment termination. »</i></p>
<p>Contrepartie</p> <p><i>Consideration</i></p>	<p>La Cour de cassation exige une contrepartie financière non dérisoire :</p> <p><i>« En contrepartie de cette obligation de non-concurrence, le salarié percevra pendant toute la durée d’application de cette interdiction une indemnité mensuelle égale à [ex, 40% du salaire moyen brut des [ex, 3] derniers mois d’activité. »</i></p> <p>ou</p> <p><i>« En contrepartie de cette interdiction, le salarié percevra une indemnité forfaitaire égale à [montant] euros. »</i></p>	<p>On a vu que dans certains Etats, la promesse d’embauche ou le maintien de l’emploi suffisent à constituer une « consideration ».</p> <p>D’autres Etats requièrent davantage, notamment si la clause est signée après l’embauche (comme une promotion, une augmentation, ou un bonus).</p> <p><i>« In consideration of the Employee’s execution of this Agreement, the Employee shall hold the position of [ex, “Director of Marketing in the Corporate Communications department”], and shall receive future wages and employment benefits, payment of which during the period of your employment is a condition of this Agreement. The Employee acknowledges the receipt and sufficiency of this consideration. »</i></p>

<p style="text-align: center;">Contrepartie (bis)</p>	<p>+ Précisions sur les modalités de versement (qui peuvent être définies par la convention collective applicable à l'entreprise) :</p> <p style="text-align: center;"><i>« Cette indemnité fera l'objet d'un versement unique selon les modalités suivantes : [date ou moment du versement]. »</i></p> <p style="text-align: center;"><i>ou</i></p> <p style="text-align: center;"><i>« Cette indemnité fera l'objet de versements fractionnés selon les modalités suivantes : [montant et périodicité des versements]. »</i></p>	<p>Dans le contexte économique actuel, le versement de primes, bonus, ou tout autre paiement compensatoire se produit de plus en plus rarement.</p> <p>Néanmoins, certaines cours, comme celles du Minnesota, exigent le paiement du (ou une portion du) salaire de l'employé, tant que celui-ci est tenu de ne pas travailler pendant la période prévue. La « consideration » est alors considérée comme plus raisonnable dans ces circonstances.</p>
<p style="text-align: center;">At-Will Status</p> <p style="text-align: center;">(uniquement aux Etats-Unis, cependant rarement inclus)</p>		<p style="text-align: center;"><i>« The Employee acknowledges and agrees that nothing in this Agreement is a guarantee or assurance of employment for any specific period of time. Rather, the Employee understands that he/she is an at-will employee and that the Employer may terminate the Employee's employment at any time for any reason. The Employee is similarly free to resign at any time for any reason. »</i></p>

<p>Modification de la clause et renonciation</p> <p><i>Modification ; Waiver</i></p>	<p><i>« L'entreprise pourra libérer le salarié de l'interdiction de concurrence ou en réduire la durée</i></p> <p><i>sous réserve de l'en informer de manière explicite et non équivoque par lettre recommandée avec accusé de réception</i></p> <p><i>dans les [nombre] jours qui suivent la notification de la rupture du contrat de travail.</i></p> <p><i>Dans ce cas, l'entreprise sera libérée du versement de l'indemnité spéciale et forfaitaire prévue en contrepartie de l'obligation de non-concurrence. »</i></p>	<p><i>« If the Employer waives any term, provision or Employee's breach of this Agreement, such waiver shall not be effective unless it is in writing and signed by the Employer. No such waiver shall constitute a waiver of any other or subsequent breach by the Employee.</i></p> <p><i>This Agreement may not be amended except by a writing signed by both parties. »</i></p>
<p>Sanctions</p> <p><i>Remedies in law and equity</i></p>	<p><i>« Toute violation de la clause par le salarié lui fait perdre son droit à l'indemnité compensatrice correspondante. Il devra rembourser les sommes déjà perçues et sera redevable du versement, au profit de l'employeur, de l'intégralité de ce qu'il aurait perçu à ce titre. »</i></p>	<p><i>« The Employer may pursue any and all remedies available, and the pursuit of one remedy will not be deemed to exclude any other remedies, including, but not limited to recovery of damages and reasonable attorneys fees. (...)</i></p>

<p style="text-align: center;">Sanctions</p> <p style="text-align: center;"><i>Remedies in law and equity</i></p> <p style="text-align: center;">(bis)</p>	<p>Une clause pénale peut également être insérée. Elle prévoit qu'à chaque violation de la clause, le salarié sera redevable d'une pénalité dont le montant est fixé forfaitairement :</p> <p style="text-align: center;"><i>« Outre le remboursement de l'indemnité de non-concurrence déjà perçue, le salarié devra payer à l'entreprise une pénalité fixée dès à présent forfaitairement à [x nombre de mois de salaire moyen brut, ou montant précis en euros].</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Le paiement de cette pénalité ne porte pas atteinte aux droits de la société de poursuivre le salarié en remboursement du préjudice subi et de faire ordonner sous astreinte la cessation de l'activité concurrentielle. »</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>(...) The Employer shall have the right to injunctive relief to restrain and enjoin any actual or threatened breach of the provisions contained in this Agreement.</i></p> <p>Une clause d'arbitrage peut également être incluse :</p> <p style="text-align: center;"><i>« Arbitration and Equitable Relief : The Parties agree that any dispute or controversy arising out of, in relation to, or in connection with this Agreement, or the making, interpretation, construction, performance or breach thereof, shall be finally settled by binding arbitration under the then current rules of the American Arbitration Association by one arbitrator appointed in accordance with such rules. The arbitrator may grant injunctive or other relief in such dispute or controversy. The decision of the arbitrator shall be final, conclusive and binding on the parties to the arbitration. Judgment may be entered on the arbitrator's decision in any court of competent jurisdiction. The Parties agree that, any provision of applicable law notwithstanding, they will not request, and the arbitrator shall have no authority to award, punitive or exemplary damages against any Party. The costs of the arbitration, including administrative and arbitrator's fees, shall be shared equally by the Parties. »</i></p>
---	--	---

<p><i>Governing Law ; Dispute Resolutions</i></p> <p>(uniquement aux Etats-Unis)</p> <p>(Loi applicable ; Résolutions des litiges)</p>		<p><i>« The Parties agree and acknowledge that all provisions of this Agreement shall be governed by, construed, and enforced solely and exclusively in accordance with the laws of the State of [State], U.S.A., without reference to conflict of law principles.</i></p> <p><i>Any and all disputes under this Agreement must be brought solely and exclusively in the state courts and the Federal courts located in [County, State], U.S.A, and the parties hereby irrevocably consent to the personal jurisdiction and venue of these courts. »</i></p>
<p><i>Severability</i></p> <p>(uniquement aux Etats-Unis)</p> <p>(Clause de sauvegarde)</p>		<p><i>« If any provision in this Agreement is deemed to be invalid or unenforceable for any reason, it will not affect the remaining provisions and those provisions will continue to be valid and enforceable. »</i></p>
<p><i>Headings</i></p> <p>(uniquement aux Etats-Unis)</p> <p>(Titres)</p>		<p><i>« The headings used herein are for the convenience of the Parties only, and shall not be used to define, enlarge or limit any term of this Agreement. »</i></p>

<p><i>Entire Agreement</i></p> <p>(uniquement aux Etats-Unis)</p> <p>(Clause d'intégralité)</p>		<p><i>« This Agreement contains the entire agreement and understanding by and between of the Parties, with respect to the covenant against competition herein referred to, and no representations, promises, agreements or understandings, written or oral, not herein contained shall be of any force or effect. »</i></p>
<p>« Divers »</p> <p><i>Miscellaneous</i></p>	<p>Précision supplémentaire, exemple :</p> <p><i>« La présente clause ne s'applique pas en cas de rupture du contrat pendant la période d'essai. »</i></p>	<p><i>« This Agreement may be executed in counterparts, each of which will be deemed an original, but all of which together will constitute one and the same instrument.</i></p> <p><i>Delivery of executed signature pages by electronic or facsimile transmission will constitute effective and binding execution and delivery of this Agreement. »</i></p>

Signatures	<p>« Fait à [lieu] Le [date]</p> <p>En [un nombre] exemplaires originaux, dont un exemplaire est remis à chacune des parties. »</p>	<p>« IN WITNESS WHEREOF, each Party to this Agreement has caused it to be executed at [place of execution] on the date indicated below: »</p>	
	<p>L'entreprise/la société X (ou son représentant) :</p> <p>Signature précédée de la mention « Lu et approuvé »</p> <p>_____</p>	<p>Date _____</p> <p>_____</p>	<p>Signature of the Company</p> <p>_____</p>
Signatories	<p>Le salarié :</p> <p>Signature précédée de la mention « Lu et approuvé »</p> <p>_____</p>	<p>Typed or Printed Name</p> <p>_____</p>	<p>Typed or Printed Name</p> <p>_____</p>

En vertu des principes de la liberté d'expression et de la liberté du travail, les tempéraments conventionnels que représentent les clauses de confidentialité et de non-concurrence sont interprétés de manière stricte par les juges.

SECTION 2. Le rôle primordial des juges dans l'interprétation des clauses

Paragraphe 1. Une interprétation stricte des tribunaux

On connaît peu de jurisprudence française ou américaine en matière de clauses de confidentialité, car en principe les contentieux eux-mêmes sont réglés de manière confidentielle. En effet, le caractère public des débats publics accentuerait le préjudice lié à la divulgation de l'information confidentielle. Les modes alternatifs de résolution des litiges (médiation, conciliation ou arbitrage) sont donc privilégiés. Un arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis a par ailleurs rappelé récemment que l'application des conventions d'arbitrages insérées dans les clauses de non-concurrence relevait du *Federal Arbitration Act*. En l'espèce, un tribunal de l'Etat d'Oklahoma avait annulé deux clauses de non-concurrence dans lesquelles les parties avaient inséré une convention prévoyant expressément que toute dispute entre l'entreprise et l'employé devrait être réglée par arbitrage. En tranchant donc une question de fond qui aurait dû être jugée par un arbitre en première instance, le tribunal a violé un principe fondamental du droit de l'arbitrage¹⁰³.

En ce qui concerne les clauses de non-concurrence, un article récent du Wall Street Journal¹⁰⁴ dévoile que le contentieux est en hausse permanente. En effet, de plus en plus d'entreprises imposent ces clauses à leurs nouveaux salariés. Aux Etats-Unis, le nombre de décisions (publiées) en la matière s'élevait à 760 en 2012 (soit 61% de plus qu'en 2002). Il ne s'agit que du chiffre officiel, car on sait que la plupart des litiges sont réglés en dehors des tribunaux (notamment par l'arbitrage, qui représente une alternative moins coûteuse et généralement plus sûre, car les arbitres sont moins hostile aux clauses de confidentialité et de non-concurrence que les tribunaux.

La jurisprudence française a, au fil des années, reconnu au bénéfice des juges du fond un pouvoir de contrôle de la clause de non-concurrence (validité ou nullité) et, depuis quelques années, le

¹⁰³ Supreme Court of the United States, *Nitro-Lift Technologies, LLC v. Howard*, 26 novembre 2012 (n°11-1377).

¹⁰⁴ Ruth Simon ; Angus Loten, « Litigation Over Non-Compete Clauses Is Rising », *Wall Street Journal*, 14 août 2013.

pouvoir d'en modifier même les termes : « *Les juges en présence d'une clause de non-concurrence même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peuvent, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation, et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en en limitant l'effet dans l'espace, le temps, ou ses autres modalités* »¹⁰⁵.

L'interprétation des clauses de non-concurrence se veut donc stricte, et les juges ont le pouvoir soit d'annuler la clause, soit de la modifier en en les effets. Les conséquences financières importantes pour l'employeur comme pour le salarié sont également source de nombreux contentieux, et on peut noter que les décisions sont souvent rendues en faveur des salariés. Il ne semble cependant pas, au regard de la jurisprudence, que les juges puissent modifier à la hausse la contrepartie financière initialement convenue entre l'employeur et le salarié si celle-ci est trop faible ou dérisoire.

Prononcée par le juge français, l'annulation est l'anéantissement rétroactif de la clause, dont l'une des conditions essentielles de validité n'est pas remplie. On considère donc que la clause n'a jamais existé, même si elle a commencé à produire des effets. Généralement, les cours préfèrent supprimer les éléments illicites pour permettre le maintien de la clause. La Cour de cassation a en effet jugé dans une affaire que « *la clause de non-concurrence n'était pas nulle, mais devait être réputée non-écrite [en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de faute]* »¹⁰⁶.

Aux Etats-Unis par ailleurs, une distinction est faite, en vertu de la *Common law*, entre une clause *void* (nulle), *voidable* (annulable, révocable) ou *unenforceable* (inapplicable, inopposable) :

- *Void* : la clause est nulle et n'a aucun effet juridique car il lui manque un élément essentiel ;
- *Voidable* : la clause est apparemment valide car elle regroupe tous les éléments requis, mais elle comporte un défaut qui permettrait à l'une des parties de demander sa nullité (la clause est donc juridiquement contraignante, mais peut être frappée de nullité) ;

¹⁰⁵ Cass. Soc. *Société GAN-vie c/ M. X.*, 18 septembre 2002, *op. cit.*

¹⁰⁶ Cass. Soc. *Société Satas c/ M. X.*, 24 septembre 2008, n° 07-40098, Bull. 2008 V, n° 176.

— *Unenforceable* : la clause est valide, mais inapplicable. Cela peut arriver par exemple si les termes de la clause sont ambigus. Si les parties respectent la clause, elle sera valide, mais un juge ne pourra pas forcer les parties à exécuter une telle clause.

Mais les juges américains, à l’instar des juges français, ont-ils le pouvoir de modifier les termes de la clause ?

Paragraphe 2. La marque du juge américain : *blue, red, or purple pencil* ?

Les cours regroupent un faisceau d’éléments pour apprécier la validité de la clause de non-concurrence (comme par exemple le caractère raisonnable de la clause, ou la bonne foi de l’employeur). L’un des points essentiels réside également dans la question de savoir si la clause contient ou non une *severability clause* (clause de sauvegarde). En *Common law*, l’invalidité de certaines parties d’un contrat n’entraîne pas forcément la nullité du contrat entier. Selon la doctrine de la *severability* développée par la jurisprudence, un contrat est maintenu si la partie viciée peut être supprimée sans que le juge soit par ailleurs obligé de modifier le contrat, et que l’accord entre les parties n’en soit pas affecté de manière substantielle.

Cette doctrine est appliquée aux clauses de non-concurrence. Les entreprises ayant des activités dans plusieurs Etats différents doivent être assurées que leurs clauses de non-concurrence seront applicables dans ces différents Etats. Or, on l’a vu, chaque Etat a sa propre conception des clauses en question. De même, chaque Etat autorise ou non ses juges à modifier une clause défectueuse :

— Si les Etats adhèrent à ce qu’on appelle la doctrine du *red-pencil test*¹⁰⁷ (aussi appelée « *all or nothing* », c’est-à-dire « *tout ou rien* »), le fait qu’une des dispositions de la clause soit approximative ou excessive conduit les juges à rejeter et rendre inapplicable la totalité de la clause. Ces Etats sont en pratique les plus réfractaires à la reconnaissance des clauses (*voir carte*).

¹⁰⁷ « Test du stylo rouge ».

— A l'inverse, si les Etats adhèrent à la doctrine du *blue-pencil test*¹⁰⁸ (également appelée *divisibility doctrine*), les juges ne réécrivent pas la clause. Si une partie seulement de la clause est inapplicable, les juges, à l'issue d'un exercice délicat, supprimeront le ou les termes du texte qui posent problème. Si la partie restante est encore cohérente en elle-même, elle est maintenue. La clause est alors *enforceable* (applicable, opposable). Dans le cas contraire, la clause entière est annulée. Cette appréciation est donc limitée à la suppression de termes : les juges ne peuvent pas ajouter des mots ou des phrases¹⁰⁹.

— Entre ces doctrines rouge et bleue, on trouve également celle de la *reformation*, que l'on appellera celle du « stylo violet » (*purple pencil test*¹¹⁰) : les Etats qui y adhèrent permettent à leurs juges de corriger, voire de substituer des éléments valides aux termes litigieux. Ils peuvent réécrire et ajuster la clause pour la rendre applicable.

La différence entre ces trois doctrines est très subtile. Sur la carte ci-dessous, on observe l'absence d'uniformité sur la question. La plupart des cours retiennent cependant la doctrine de la *reformation* (ou *purple-pencil test*).

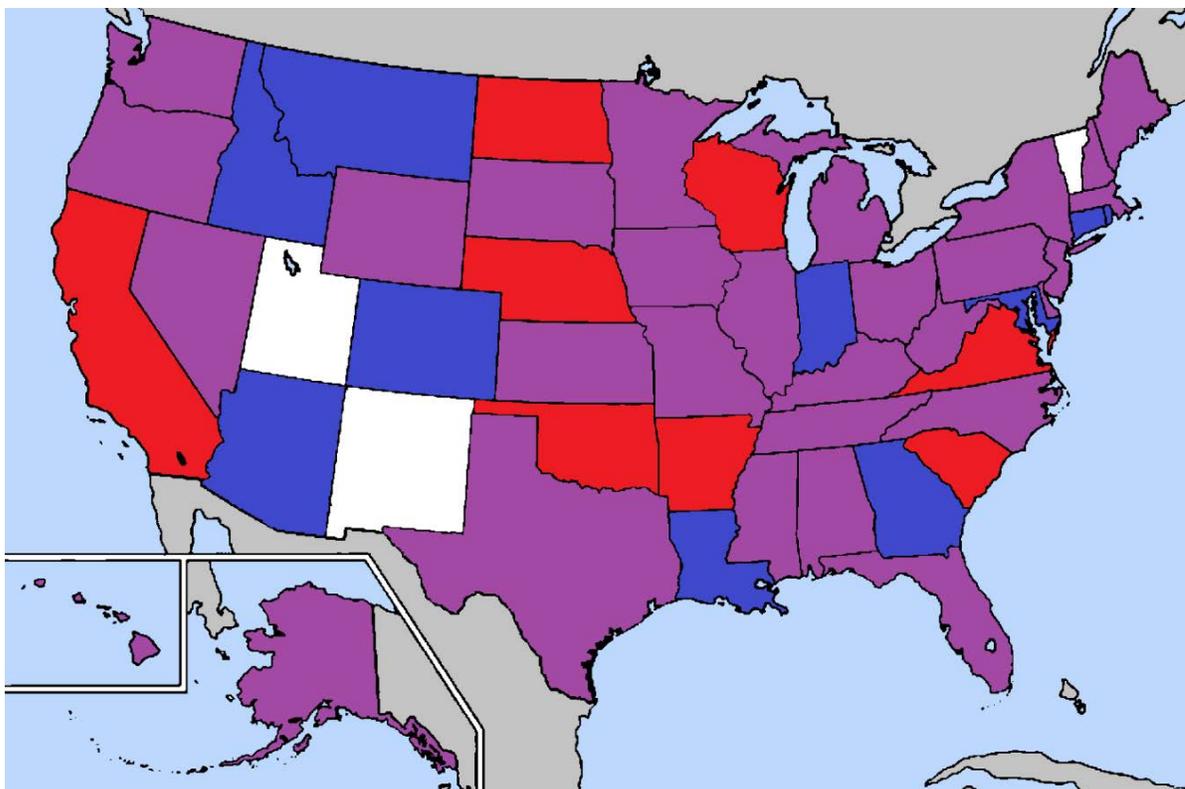
¹⁰⁸ « Test du stylo bleu ».

¹⁰⁹ Court of Special Appeals of Maryland, *Fowler v. Printers II, Inc.*, 3 décembre 1991, 598 A.2nd 794.

¹¹⁰ « Test du stylo violet », expression employée par Hannesson Murphy, Esq., avocat aux Etats-Unis.

« How The 50 States Differ On Revising Non-Competes:
Different Strokes for Different Folks »¹¹¹

© 2015 Barnes & Thornburg LLP



► **Etats en rouge : *red-pencil doctrine***

(Californie, Dakota du Nord, Nebraska, Oklahoma, Arkansas, Wisconsin, Virginie, Caroline du sud)

► **Etats en bleu : *blue-pencil doctrine***

(Montana, Idaho, Colorado, Arizona, Louisiane, Indiana, Rhode Island, Connecticut, Maryland, Géorgie)

► **Etats en violet : *purple-pencil doctrine***

(Washington, Oregon, Nevada, Wyoming, Dakota du sud, Kansas, Texas, Minnesota, Iowa, Missouri, Michigan, Illinois, Kentucky, Tennessee, Mississippi, Alabama, Floride, Caroline du nord, Virginie occidentale, Ohio, Pennsylvanie, Hawaï, New York, Massachusetts, New Jersey, Delaware, New Hampshire, Maine, Alaska)

► **Etats en blanc : *position indéterminée***

(Utah, Nouveau-Mexique, Vermont)

¹¹¹ Hannesson Murphy, Esq. « How The 50 States Differ On Revising Non-Competes: Different Strokes for Different Folks (or Red, Blue, and Purple-Pencil America) », *The National Law Review*, 7 janvier 2014.

Cette carte permet de mettre en évidence la nécessité pour les entreprises de rédiger leurs clauses avec beaucoup de soin, en respectant notamment les exigences des juridictions de chacun Etat pouvant être amenées à se prononcer sur la validité de la clause.

Les Etats ayant différentes approches, le fait qu'une clause soit valide et applicable dans un Etat ne garantit pas qu'elle le soit dans un autre. Certains Etats ne tiennent même pas compte de l'insertion d'une *severability clause* dans la clause elle-même.

De plus, en France comme aux Etats-Unis, la marge d'interprétation des tribunaux et l'incertitude qui en découle sur l'issue du procès conduit certains juristes à refuser ce type de clauses. D'autres obstacles à la reconnaissance et à la mise en œuvre des clauses peuvent également être cités et étudiés.

SECTION 3. Les obstacles à leur mise en œuvre

Dès que la clause de non-concurrence prend effet, le salarié doit respecter immédiatement les restrictions et/ou interdictions auxquelles il s'est soumis. En contrepartie, l'employeur lui verse aussitôt l'indemnité de non-concurrence. À défaut, le salarié peut se considérer comme libéré de l'interdiction de non-concurrence et peut se livrer, sans restriction, aux activités mentionnées dans la clause. Mais qu'en est-il si la clause est illicite ?

Paragraphe 1. La question des clauses illicites et leurs conséquences sur les parties

En France, seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la clause de non-concurrence, et les juges qui ont à la connaître ont la possibilité de modifier une clause de non-concurrence. Une clause peut être annulée intégralement si l'entreprise n'a pas d'intérêt légitime à l'imposer au salarié.

La question de l'absence ou du caractère dérisoire de la contrepartie financière reste toutefois problématique. Qu'elle ait été mise en œuvre à la suite de la rupture du contrat de travail, ou qu'elle n'ait jamais été mise en œuvre, une clause de non-concurrence illicite cause nécessairement un préjudice au salarié. Quelles en sont alors les conséquences ?

Si la clause a été respectée, des dommages et intérêts sont dus au salarié pour la période pendant laquelle celui-ci l'a respectée. Ce dernier n'a d'ailleurs pas à démontrer la réalité du préjudice subi¹¹². Si l'employeur estime que le salarié n'a pas respecté ladite clause, c'est à lui que revient la charge de la preuve : *« le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice ; il incombe à l'employeur qui s'oppose à la demande en paiement de dommages-intérêts de ce chef de prouver que le salarié n'a pas respecté cette clause »*¹¹³.

¹¹² Cass. Soc. *Société Prisme c/ Mme X.*, 11 janvier 2006, *op. cit.*

¹¹³ Cass. Soc. *Société Aseca-Orfac c/ Mlle X.*, 22 mars 2006, n° 04-45546, Bull. 2006 V, n° 120, p. 113.

Qu'en est-il si la clause a été annulée avant d'avoir été mise en œuvre ? La Cour de cassation estime que la simple stipulation dans le contrat de travail d'une clause illicite cause nécessairement un préjudice au salarié. Ce dernier dispose donc d'une action en responsabilité contractuelle à l'encontre de son employeur fautif d'avoir inséré dans le contrat une clause qu'il savait illicite. Cette faute contractuelle ouvre droit à des dommages et intérêts¹¹⁴. C'est au juge qu'il revient d'apprécier le montant de ces dommages et intérêts en fonction du préjudice subi¹¹⁵.

Aux Etats-Unis, en fonction de la doctrine adoptée par l'Etat compétent, les juges pourront soit modifier la disposition litigieuse et rendre le reste de la clause illicite applicable, soit la déclarer nulle dans son ensemble.

Paragraphe 2. Un temps de mise en œuvre variable et des difficultés probatoires faisant obstacle à leur efficience

L'employeur sera souvent confronté à des difficultés probatoires. Par nature, la communication contractuellement prohibée d'informations sensibles (généralement à des tiers extérieurs à l'entreprise) sera difficile à établir en ce qui concerne la clause de confidentialité puisque, dans la plupart des cas, cette communication ne se fera pas au grand jour. Au-delà de cet aspect des choses, s'ajoutera le risque de la charge de la preuve qui, en cas de licenciement, ne pourra que peser sur les épaules de l'employeur.

Concernant à présent la clause de non-concurrence : si l'ancien employeur a des doutes sur les actions de son ancien salarié, c'est à lui d'apporter la preuve de la violation de la clause. Et il ne peut en aucun cas se fonder uniquement sur la nature du nouveau contrat de travail. Il faut que l'accusation soit factuelle, donc qu'elle soit concrètement constatée. Or l'ancien employeur ne peut contraindre son ancien salarié à lui fournir son nouveau contrat de travail. Seul un juge pourrait l'y contraindre, mais celui-ci n'engagera ce genre de démarche que si l'ancien employeur lui apporte déjà des preuves justifiant sa plainte.

¹¹⁴ Cass. Soc. *Société Group 4 Securicor c/ M. X.*, 12 janvier 2011, n° 08-45280, Bull. 2011 V, n° 15.

¹¹⁵ Cass. Soc. *Société Imprimeries Centre France c/ M. X.*, 26 janvier 2005, n° 03-40200, non publié au Bull.

De manière générale, la clause de non-concurrence est plus complexe à mettre en œuvre aux Etats-Unis : d'un côté en effet, la plus grosse partie de la législation du travail est protectrice des entreprises, mais de l'autre cependant, la liberté d'entreprendre de toute personne est un principe considéré comme sacré dans ce pays. On sait que la Californie, connue pour son économie extrêmement dynamique, interdit formellement les clauses de non-concurrence. En effet, depuis 1872, l'article 16600 du Californian Business and Professions Code dispose que, en dehors de très rares exceptions, « *every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void* »¹¹⁶. Si une clause de non-concurrence est insérée dans un contrat de travail soumis à la loi californienne, la clause sera donc considérée comme nulle par les tribunaux californiens. La jurisprudence applique cette interdiction de façon stricte.

La Cour Suprême de Californie a affirmé en 2008 que « *les californiens ont le droit de se déplacer d'une entreprise à l'autre, ou de monter leur propre entreprise, et ne peuvent être interdits par leur employeur de travailler pour un concurrent dans leur emploi suivant* »¹¹⁷.

Certaines entreprises ont tenté (mal leur en a pris !) de contourner cette règle en soumettant le contrat de travail d'un résident californien travaillant sur le territoire de Californie au droit d'un autre Etat reconnaissant la validité des clauses de non-concurrence¹¹⁸. La Cour Suprême de Californie condamne sévèrement ces détournements et invalide systématiquement ces clauses, qu'elle considère contraires à l'intérêt général.

Le choix de la loi applicable a également une influence sur la reconnaissance ou non de la clause de non-concurrence, et peut en lui-même être source de contentieux. En l'absence de choix fait par les parties, on peut trouver des indices pour déterminer la loi applicable à la clause en question à la section 188 du *Restatement (Second) of the Law of Contracts*.

¹¹⁶ « *Tout contrat par lequel une personne est empêchée de se livrer à une profession licite, du commerce, ou des affaires de toute nature, est pour cette seule raison nul* ».

¹¹⁷ California Supreme Court, *Edwards v. Arthur Andersen*, 7 août 2008, n° BC 294853 : « *Californians have the right to move from one company to another or start their own business and can't be prohibited by their employer from working for a competitor in their next job* ».

¹¹⁸ Court of Appeal of California, First District, *Application Group Inc. v Hunter Group, Inc.*, 23 février 1998, 61 Cal.App.4th 881, n° A071528. En l'espèce, le choix de la loi applicable désignait la loi du Maryland.

CHAPITRE 2

Les conséquences du non-respect des clauses

Les obligations résultant de la clause de confidentialité et de la clause de non-concurrence sont de nature contractuelle, puisqu'elles consistent en une obligation de ne pas faire. L'exécution forcée ne présente ici pas d'intérêt, dans la mesure où les conséquences dommageables résultent d'un acte prohibé (divulguer des informations/exercer une activité concurrente).

En France, les sanctions qui peuvent être infligées par l'entreprise au salarié pour non-respect de ses obligations au cours de l'exécution de son contrat de travail doivent être distinguées de celles que le juge peut être amené par la suite à prononcer. Les sanctions peuvent en effet être prévues contractuellement dans la clause, et/ou décidées par les tribunaux appelés à connaître du litige. En l'absence de dispositions conventionnelles prévoyant des sanctions pour violation de la clause, la charge de la preuve incombe au demandeur. L'entreprise doit en principe apporter la preuve de cette violation, et démontrer également qu'un préjudice en est résulté pour elle.

Aux Etats-Unis, il convient que les sanctions soient prévues spécifiquement dans les clauses elles-mêmes. Si l'on se reporte aux tableaux établis ci-dessous, on peut constater que des dispositions relatives aux *legal and equitable remedies* sont toujours introduites.

Ces sanctions prises à l'encontre du salarié peuvent être disciplinaires, civiles, mais également pénales. Le terrain délictuel (hors contrat) prévoit lui aussi quelques sanctions en cas d'imprécision de la clause (entraînant à sa nullité) ou en cas de situation extracontractuelle. Il faut également noter que les juges tiennent compte dans leur appréciation du niveau de responsabilité du contrevenant dans leur application des sanctions.

SECTION 1. Des sanctions classiques variables selon l'importance du préjudice causé

La violation de la clause de confidentialité est avérée à n'importe quel moment de la relation contractuelle lorsque le salarié (ou l'entreprise) tenu(e) à l'obligation de confidentialité a divulgué directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, intentionnelle ou non, les informations définies comme confidentielles dans la clause. Encore faut-il arriver à prouver cette divulgation.

La violation de la clause de non-concurrence est établie pour sa part dès lors que le salarié exerce une activité excédant les limites fixées par la clause. En France, cette violation suppose l'accomplissement d'actes positifs, concrets.

Ainsi, le salarié qui se contente de postuler dans une entreprise concurrente ne viole pas son obligation. C'est ce qu'a retenu la jurisprudence en 2004 : *« le fait pour un salarié d'avoir sollicité un emploi similaire auprès d'une société concurrente ne caractérise pas, à lui seul, une violation de la clause de non-concurrence figurant dans son contrat de travail »*¹¹⁹.

De même, le salarié qui effectue dans une entreprise concurrente un simple stage ou une formation¹²⁰, ou qui *« entretient des contacts avec une société concurrente »* ne viole pas non plus la clause à laquelle il est tenu¹²¹.

Enfin, beaucoup d'employeurs sont tentés de faire jouer la clause lorsque le salarié quitte leur société pour rejoindre une autre entreprise appartenant au même groupe. Les juges considèrent dans ce cas que la clause ne peut pas jouer, car les entreprises concernées ne sont pas concurrentes. Il faut donc que l'embauche soit effective, et que l'entreprise soit réellement concurrente.

¹¹⁹ Cass. Soc. *Mme X. VRP exclusive*, 12 mai 2004, n° 02-40490, Bull. 2004 V, n° 133, p. 122.

¹²⁰ Cass. Soc. *Société Roadis c/ M. X.*, 18 décembre 2001, n° 99-46065, non publié au Bull.

¹²¹ Cass. Soc. *Société Hays BTP et immobilier c/ Mme X.*, 2 avril 2014, n° 12-29693, non publié au Bull.

Paragraphe 1. Les sanctions propres à l'entreprise

En cas de violation d'une clause de confidentialité ou de non-concurrence, des sanctions spécifiques propres à l'entreprise sont susceptibles d'être mises en œuvre en cas de violation. Le règlement interne de l'entreprise (ou *Employee Handbook* aux Etats-Unis) peut en effet prévoir des amendes, des avertissements, voire d'autres sanctions disciplinaires plus radicales, pouvant aller jusqu'à la rupture du contrat de travail.

Aux Etats-Unis, on sait que la plupart des contrats sont *at-will*, et qu'il est relativement facile de licencier un salarié. Ce point n'est donc pas vraiment sujet à contentieux.

En France en revanche, le licenciement pour faute grave ou faute lourde est encouru en cas de manquement important à l'obligation de confidentialité établi pendant l'exécution du contrat de travail. On rappelle que sur la faute lourde constitue l'échelon le plus haut dans l'échelle des motifs de licenciements disciplinaires. Ce motif de licenciement est invoqué dans le cas où l'intention de nuire à l'employeur ou à son entreprise est établie, et il prive le salarié fautif de ses droits de préavis ni d'indemnités. La lettre de licenciement doit dûment préciser les motifs de ce licenciement.

Si le salarié viole la clause de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise -et si cette dernière a prévu son caractère applicable dans un tel cas de figure- le salarié pourrait être reconnu civilement responsable du préjudice causé, et ce même en l'absence de faute lourde : « *l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rend responsable du préjudice subi par celle-ci, même en l'absence de faute lourde* »¹²².

Par ailleurs, la cour d'appel de Bordeaux a eu à connaître en 2012 d'une situation où, sans même aucune divulgation d'informations confidentielles, la violation de la clause avait été reconnue par les juges. Reprenons les faits : en l'espèce, un salarié pressenti d'un licenciement imminent avait détourné 261 dossiers confidentiels en les transférant de sa boîte mail professionnelle à sa boîte personnelle. L'entreprise, leader mondial d'un procédé de fabrication, avait porté plainte pour vol et licencié le salarié pour faute grave. Les juges du fond ont énoncé que : « *En violant*

¹²² Cass. Soc. *Société Michelin c/ M.X.*, 19 mars 2008, *op. cit.*

délibérément les clauses de confidentialité de son contrat de travail et du règlement intérieur, en conservant par devers lui les documents détournés, même sans les divulguer, M. X. a commis une faute rendant impossible son maintien dans l'entreprise ; la faute grave qui lui est reprochée est donc caractérisée, et le licenciement pour faute grave confirmé »¹²³. Cet arrêt ne remet pas en cause la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en 2009, avait jugé que la production en justice de documents couverts par la clause de confidentialité (ou le secret professionnel) peut être justifiée par l'exercice des droits de la défense¹²⁴. Cependant, le salarié n'est pas autorisé à violer la clause de confidentialité en amont dans le but de préparer sa défense pour un éventuel futur litige avec son employeur. La violation de la clause dans ces conditions doit être consécutive ou concomitante, et non préalable à une action en justice, et elle n'est justifiée que lorsqu'elle concerne les informations exclusivement nécessaires à la défense du salarié.

D'autres sanctions sont également prévues en ce qui concerne la clause de non-concurrence (qui, on le rappelle, est appelée à être mise en œuvre à la fin du contrat de travail). Le salarié qui ne respecte pas ses obligations n'a plus droit à l'indemnité que représente la contrepartie financière de la clause, et l'employeur peut, soit interrompre le versement, soit en demander au juge le remboursement intégral¹²⁵. L'entreprise n'a pas besoin de démontrer l'existence d'une faute ou d'un comportement déloyal de son cocontractant¹²⁶ : il lui suffit d'établir que ce dernier a exercé une activité prohibée par la clause. Enfin, si le salarié n'a que partiellement exécuté son obligation de non-concurrence, la contrepartie financière n'est due que pour la période au cours de laquelle il a respecté la clause.

Qu'en est-il lorsque l'entreprise cesse son activité au cours de la durée de validité de la clause ? Selon une jurisprudence bien établie, la cessation d'activité de l'employeur, volontaire ou non, n'a pas pour effet de décharger de plein droit le salarié de son obligation de non-concurrence, de sorte qu'il doit pouvoir prétendre au paiement de la contrepartie financière¹²⁷. La Cour vient

¹²³ Cour d'appel de Bordeaux, Soc. Section A, *Société Epsilon Composite c/ M. X.*, 27 mars 2012.

¹²⁴ Cass. Soc. *Société Alain Afflelou c/ M. X.*, 18 novembre 2009, n° 08-42498, non publié au Bull.

¹²⁵ Cass. Soc. *Société Solyphar c/ M. X.*, 9 avril 2008, n°06-46523, non publié au Bull.

¹²⁶ Cass. Soc. *Société Cabinet Saint-Gilles c/ Mme X.*, 25 mars 2009, n°07-41894, Bull. 2009 V, n° 85.

¹²⁷ Cass. Soc. *Société TGCP c/ M. X.*, 5 avril 2005, n° 02-45540, Bull. 2005 V, n° 118, p. 103.

d'appliquer il y a quelques mois ce raisonnement s'agissant de l'obligation de l'employeur de verser cette contrepartie dans le cadre d'une procédure collective : quand bien même il serait déclaré en liquidation judiciaire, l'employeur, s'il veut être dispensé de payer la contrepartie financière, doit en tout état de cause procéder à la levée de la clause dans les conditions prévues par le contrat ou la convention collective. Dans le cas contraire, le salarié est justifié à demander le paiement de la contrepartie au prorata de la durée d'exécution de son obligation de non-concurrence¹²⁸.

Enfin, le salarié engage également sa responsabilité civile en cas de préjudice pour l'entreprise, ce qui peut se traduire par d'importantes sanctions financières. Aux Etats-Unis, le salarié n'a pas à rendre la *consideration* : la sanction la plus classique retenue est l'allocation de *damages* (dommages et intérêts).

Paragraphe 2. L'engagement de la responsabilité contractuelle et financière du contrevenant

En France comme aux Etats-Unis, le salarié ne respectant pas ses obligations de confidentialité ou de non-concurrence engage sa responsabilité contractuelle et financière. En effet, l'entreprise lésée en raison du non-respect de la clause de confidentialité peut, pendant la durée du contrat de travail, et voire après, réclamer des dommages et intérêts (*monetary damages*) au salarié.

En France, la responsabilité est toutefois limitée pendant l'exécution du contrat de travail, car le salarié ne peut être tenu pour responsable que de son comportement ou de sa faute grave. En cas de faute mineure, il ne pourra en être rendu responsable que si la faute n'est pas fortuite. En outre, après la fin du contrat de travail ou pour les actes ne relevant pas de leur relation professionnelle, l'employeur qui n'aura pas prévu de clause pénale (*voir infra.*) ne pourra réclamer de dommages et intérêts au salarié que sur la base des dispositions de droit commun, et notamment des articles 1142 et 1147 du Code civil¹²⁹.

¹²⁸ Cass. Soc. *M. Y. c/ Mme X.*, 21 janvier 2015, n° 13-26374, publié au Bull.

¹²⁹ Voir annexes.

Enfin, la Cour de cassation a précisé, dans un arrêt *Intel Corporation* rendu en 2014, que la violation par le salarié de son obligation de confidentialité pouvait entraîner sa condamnation à indemniser l'entreprise, même en référé¹³⁰. Dans cette affaire, trois ans après son licenciement économique, un salarié avait publié une thèse largement illustrée par ses retours d'expérience au sein de son ancienne entreprise et notamment par des informations qu'il avait obtenues dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail. L'entreprise a engagé une action en référé devant le Conseil de Prud'hommes, sollicitant le versement d'une provision des dommages et intérêts qu'elle estimait dus en raison du préjudice subi de par la divulgation des informations sensibles auxquelles cette thèse faisait référence, et de la violation de la clause de confidentialité, laquelle participait à la protection légitime du savoir-faire de l'entreprise. Les juges du fond ont débouté l'entreprise de sa demande, estimant que la formation de référés n'était pas compétente pour statuer sur cette question. La Cour de cassation a cassé cette décision, estimant que cela relevait bien de la compétence du juge des référés, conformément aux dispositions de l'article R. 1455-7 du Code du travail¹³¹.

Le non-respect de la clause de non-concurrence entraîne également la condamnation du salarié au versement de dommages et intérêts à l'entreprise si cette dernière parvient à prouver l'existence d'un préjudice résultant de la concurrence¹³². Une telle condamnation est fondée sur l'article 1142 du Code civil, qui dispose que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* », et peut parfois atteindre des sommes très élevées.

Par jugement en date du 28 septembre 2010, le Tribunal de commerce de Paris a ainsi sanctionné la société GS1 à verser la somme de 3 millions d'euros de dommages et intérêts à la société Traceval pour avoir violé plusieurs clauses de confidentialité, de propriété intellectuelle et de non-concurrence. En l'espèce, les juges ont relevé que la divulgation à grande échelle de documents à des sociétés extérieures dans le cadre d'un appel d'offres avait entraîné l'affaiblissement de la compétitivité de la société Traceval, porté atteinte à son image sur le

¹³⁰ Cass. Soc. *Société Intel corporation c/ M. X.*, 12 février 2014, n°11-27899, non publié au Bull.

¹³¹ Voir annexes.

¹³² Cass. Soc. *Société Aseca-Orfac c/ Mlle X.*, 22 mars 2006, *op. cit.*

marché, permis à l'un de ses concurrents de gagner l'appel d'offres à son détriment, et constituait donc une violation de ses engagements de confidentialité et de non-concurrence¹³³.

La quasi-totalité des clauses américaines contiennent une disposition prévoyant le versement de *damages* par le salarié reconnu coupable de la violation ses obligations contractuelles (*voir infra*). Ces *damages* sont définis comme : « *the monetary compensation that is awarded by a court in a civil action to an individual who has been injured through the wrongful conduct of another party* »¹³⁴, et peuvent recouvrir différentes formes propres à la *Common law* (*general, special, nominal, substantial, punitive, liquidated, or unliquidated damages, etc.*). Leur montant peut être plus ou moins élevé selon l'importance du préjudice que l'entreprise arrive à prouver. Le *Restatement (Second) of Contracts* donne des indices quant à la méthode d'évaluation des dommages et intérêts¹³⁵.

Le préjudice de l'entreprise peut revêtir dans les deux pays une forme pécuniaire et/ou morale. Le préjudice économique est indéniable au vu de la valeur économique de l'information protégée, mais difficilement quantifiable. Il pourra parfois s'analyser en un manque à gagner, ou une perte de chiffre d'affaires. Le préjudice peut également être moral lorsqu'il y a atteinte à l'image ou à la réputation de l'entreprise (notamment en cas de dénigrement).

On peut à titre d'exemples citer quelques jurisprudences concernant la réparation du préjudice moral de l'entreprise. Un arrêt récent de la Cour de cassation a en effet démontré que les clauses de confidentialité n'étaient pas de simples clauses de style. En l'espèce, une clause de confidentialité avait été conclue au cours d'une transaction entre un célèbre journaliste et son ancien employeur, prévoyant que les deux parties s'interdisaient de se critiquer et de se dénigrer mutuellement. Le journaliste avait publié par la suite un ouvrage critique à l'encontre de l'entreprise. Celle-ci avait saisi le Conseil des Prud'hommes, qui avait retenu le manquement du salarié à son obligation de confidentialité, et l'avait condamné à payer 400 000 euros de dommages et intérêts. Les juges du fond ont confirmé cette décision, mais le journaliste a soutenu

¹³³ Tribunal de commerce de Paris, 16ème chambre, *Société Traceval c/ Société GSI France*, 28 septembre 2010.

¹³⁴ Les dommages et intérêts sont « la compensation monétaire attribuée dans une action civile par un tribunal à la personne qui a été lésée par le comportement fautif d'une autre partie ».

¹³⁵ *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, Section 347, voir annexes.

devant la Cour de cassation que la clause de confidentialité était contraire au principe de la liberté d'expression. La Cour a estimé que des restrictions pouvaient être apportées à ce principe afin d'assurer la protection de la réputation et des droits d'autrui, dès lors que lesdites restrictions étaient précises et proportionnées au but recherché. Elle a relevé que la clause était précise dans son objet, sa durée (dix-huit mois) et relativement aux réalisations de l'entreprise et aux personnes physiques et morales que le journaliste s'interdisait de critiquer. Elle a donc confirmé la condamnation¹³⁶.

La clause de confidentialité est également un outil de protection de l'e-réputation d'une entreprise. La Cour d'appel de Douai a jugé que la mise en ligne par un ex-salarié d'informations très critiques relatives à l'activité de son ancien employeur engage sa responsabilité pour violation de son obligation de confidentialité, quelle que soit la véracité des propos publiés sur son blog¹³⁷.

Le dédommagement de ces préjudices laissé à l'appréciation des juges français et américains est généralement très difficile à évaluer avec justesse. Le montant des dommages et intérêts est souvent limité à 1 euro symbolique en France en raison de l'absence de preuve du préjudice subi par l'entreprise. Ce qui montre tout l'intérêt de l'insertion d'une clause pénale, dont l'équivalent aux Etats-Unis est la *liquidated damages clause*.

¹³⁶ Cass. Soc. *France Télévision 1 (TF1) c/ M. X.*, 14 janvier 2014, n° 12-27284, Bull. 2014 V, n° 6.

¹³⁷ Cour d'appel de Douai, chambre 1, section 1, *Access From Everywhere c/ M. X.*, 16 avril 2012.

SECTION 2. Des instruments relativement efficaces pour dissuader ou limiter la violation

Rupture du contrat, paiement de dommages et intérêts... ces sanctions sont-elles vraiment efficaces ? Le mal est en réalité déjà fait, et le préjudice délicat à évaluer. Il est beaucoup plus important pour l'entreprise de chercher à éviter toute éventuelle violation de la clause, plutôt que de prévoir les sanctions applicables en cas de violation, en d'autres termes de prévenir que de guérir !

Fixer par anticipation les sanctions encourues par le salarié ou le partenaire contrevenant à son obligation contractuelle de confidentialité ou de non-concurrence présente deux intérêts essentiels : le rappeler dès le départ à ses obligations en l'avertissant à l'avance des risques qu'il pourrait encourir, mais également s'assurer d'une plus grande sécurité quant à la décision judiciaire en cas de contentieux (pour autant que les clauses ne sont pas disproportionnées). L'insertion d'une clause pénale, ainsi que la possibilité d'obtenir une injonction de la part du juge, sont des solutions retenues en France comme aux Etats-Unis.

Paragraphe 1. Le caractère persuasif de la clause pénale

Une clause pénale est une clause contractuelle ayant pour but de déterminer à l'avance la sanction pécuniaire applicable dans l'hypothèse où l'une des parties ne respecterait pas ses obligations. Malgré sa dénomination, il s'agit d'une sanction civile. Aux Etats-Unis, la clause pénale se retrouve dans les *liquidated damages*.

La *liquidated damages clause* ne doit pas être confondue avec ce qui est appelé (et est source de grande confusion) la *penalty clause*, qui désigne de façon péjorative une clause pénale estimée excessive par le juge car ne reflétant pas la réalité du dommage et sa juste réparation (et a de ce fait vocation à être déclarée nulle).

Les entreprises ont souvent recours à ces *liquidated damages* car il leur est difficile de prouver le préjudice réel et la perte causée par la violation de la clause de confidentialité ou de non-concurrence.

L'intérêt de cette clause pénale en France comme aux Etats-Unis réside par conséquent dans le caractère forfaitaire des dommages et intérêts encourus, qui sont alors évalués par avance. L'entreprise n'aura à démontrer ni l'existence, ni l'étendue de son préjudice. Elle peut prévoir une clause d'un montant très élevé afin de dissuader au maximum son contractant investi de l'obligation de toute violation de la clause confidentialité ou de non-concurrence. En droit commercial, cette pratique n'est toutefois pas très répandue dans les clauses de confidentialité. Les praticiens hésitent en effet à introduire ce type de clause, craignant de créer un climat de défiance entre les parties dès le début de leur collaboration, au détriment de leur future relation commerciale.

L'insertion d'une clause pénale permet donc une automaticité du versement de dommages et intérêts. Si son effet dissuasif est certain, son efficacité est cependant relative, car elle dépend de l'aval du juge. En effet, cette clause doit être rédigée en termes clairs et précis, et le montant est soumis au pouvoir modérateur des juges français et américains (du moins ceux dont l'Etat retient la *purple-pencil doctrine*). Ils peuvent donc moduler la somme prévue s'ils la trouvent excessive ou manifestement dérisoire.

En France, ce pouvoir modérateur des juges a été exceptionnellement reconnu par des lois de 1975 et 1985¹³⁸, qui ont ajouté les dispositions suivantes à l'article 1152 du Code civil : « *le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ». Le juge, pour procéder à cette révision, doit constater une disproportion « *manifeste* », sans que la justification de la réduction ou de l'augmentation puisse se limiter à l'absence d'équivalence entre la peine et le préjudice.

Aux Etats-Unis, les juges s'attacheront tout particulièrement à déceler l'intention des parties. Le traitement de cette clause pénale est cependant différent selon les Etats. Les cours requièrent généralement deux critères pour la considérer comme applicable : la difficulté avérée à estimer le

¹³⁸ Lois n°75-597 du 9 juillet 1975 et n°85-1097 du 11 octobre 1985.

préjudice subi, et le caractère raisonnable du montant prévu. Si ces deux éléments ne sont pas établis, la clause est considérée comme une *penalty clause*, et dès lors annulée.

L'approche américaine de ces dommages et intérêts est illustrée à la fois dans l'UCC et le *Restatement (Second) of the Law of Contracts*. La section 2-718(1) de l'UCC dispose en effet que « *il est possible de prévoir les dommages et intérêts en cas de violation de la clause par l'une des parties, mais seulement si leur montant est raisonnable au regard du préjudice prévu ou actuel, au vu des difficultés de preuve du préjudice, et l'inconvénient ou l'impossibilité d'obtenir de toute autre façon un remède adéquat ; une clause fixant des dommages et intérêts déraisonnables et trop élevés est nulle en tant que pénalité* »¹³⁹. On retrouve la même idée, en des termes quasiment identiques, dans le *Restatement (Second) of the Law of Contracts*¹⁴⁰.

En dehors de la clause pénale, il existe un autre procédé que les entreprises peuvent utiliser, et qui ne peut être mis en œuvre qu'au moment de la violation de la clause de confidentialité ou de non-concurrence : les injonctions.

Paragraphe 2. Les injonctions

Les dommages et intérêts sont parfois une solution inadéquate. L'entreprise prévoit donc qu'elle pourra solliciter une injonction à l'encontre du salarié contrevenant. Une injonction est un ordre du juge obligeant une partie à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Que cela se passe dans le cadre d'une clause de confidentialité ou dans celui d'une clause de non-concurrence, l'entreprise peut par conséquent demander au juge d'interdire au salarié la poursuite de l'activité illicite qui lui cause préjudice.

L'*injunction* se classe en droit américain dans les *equitable remedies* (distincts des *judicial remedies*), et demeure la sanction la plus fréquente (en complément des *damages*)¹⁴¹.

¹³⁹ *Uniform Commercial Code*, Section 2-718(1).

¹⁴⁰ *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, Section 356, voir annexes.

¹⁴¹ Appellate Court of Illinois, *Milliard Maintenance Service Co. v. Bernero*, 20 décembre 1990, 207 Ill. App.3d 736, n° 1900155, et *Northwest Podiatry Center, Ltd. v. Ochwat*, 8 mai 2013, IL App (1st), n° 120458.

L'injonction peut revêtir deux formes :

— La *preliminary injunction* est une injonction préliminaire (accordée avant le procès), dès lors que le juge dispose de toutes les preuves nécessaires pour prononcer interdiction au salarié de poursuivre les activités illicites en cause. L'objectif de cette interdiction est de permettre le maintien d'un statu quo tout au long du procès. L'entreprise devra démontrer qu'elle est susceptible de gagner le procès¹⁴².

— La *permanent injunction* consiste quant à elle en une injonction permanente (accordée après le procès). Les cours de chaque Etat requièrent souvent différentes conditions pour l'accorder. La condition généralement admise dans l'ensemble des Etats est celle qu'en l'absence d'injonction, le demandeur souffrirait d'un « *préjudice irréparable pour lequel il n'existe pas de réparation adéquate en droit* »¹⁴³. Le juge met donc en balance les intérêts respectifs des parties. D'autres cours exigent que l'injonction ne desserve pas l'intérêt général¹⁴⁴.

Aux Etats-Unis, une partie qui ne se soumet pas à l'injonction qui lui est adressée doit faire face à des sanctions non seulement civiles (financières), mais également pénales, pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement. Cette partie peut également être inculpée de *contempt of court* (outrage à la cour) et être en conséquence condamnée à de lourdes peines (pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement).

En France, le salarié peut se voir interdire en référé, parfois sous astreinte, de poursuivre les actes constitutifs d'une violation de ses obligations. Dans l'arrêt *Intel Corporation* susmentionné, l'entreprise avait en l'espèce fait jouer sa clause de confidentialité, et obtenu du juge des référés qu'il ordonne au salarié de retirer sa thèse de tous les sites Internet sur lesquels il l'avait publiée, et ce dans les 8 jours, sous astreinte de 150 euros par jour de retard. Les juges d'appel ont pour leur part estimé que la confidentialité était nécessaire à la protection des intérêts de l'entreprise.

¹⁴² Court of Appeals of the State of New York, *Doe v. Axelrod*, 22 novembre 1988, 73 N.Y.2d 748, 750.

¹⁴³ U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, *Ticor Title Insurance Co. v. Cohen*, 31 mars 1999, n° 98-7904.

¹⁴⁴ U.S. Supreme Court, *eBay Inc. v. MercExchange, LLC*, 15 mai 2006, 547 U.S. 388, n° 05-130.

La Cour de cassation a confirmé cet arrêt, estimant en l'espèce qu'il résultait de la violation de la clause de confidentialité un « *trouble manifestement illicite auquel il fallait mettre fin* »¹⁴⁵.

En cas de violation d'une clause de non-concurrence, française comme américaine, l'entreprise peut non seulement requérir une injonction à l'encontre du salarié, mais également à l'égard du nouvel employeur concurrent. Le juge français peut enjoindre à ce dernier (également sous astreinte) de rompre le contrat de travail conclu avec le salarié. Le fait que ce salarié ait caché l'existence de la clause de non-concurrence justifierait un licenciement pour faute grave.

Par ailleurs, la responsabilité du nouvel employeur pourra être engagée pour négligence fautive s'il n'a pas vérifié la situation contractuelle antérieure du salarié lors de son embauche. La situation est plus grave encore pour l'entreprise qui aurait sciemment embauché un salarié en violation d'une clause de non-concurrence, car cela constituerait de sa part un acte de concurrence déloyale. La responsabilité du nouvel employeur et l'ouverture du droit à réparation n'est cependant engagée que si l'ancien employeur parvient à prouver que ce nouvel employeur avait connaissance de la clause de non-concurrence (ce qui n'est pas toujours aisé).

Ainsi, les entreprises peuvent requérir devant la majorité des cours américaines, tout à la fois une injonction (*preliminary* ou *permanent injunction*), ainsi que des dommages et intérêts (*damages*), sans préjudice de la mise en œuvre d'une clause pénale (*liquidated damages*)¹⁴⁶.

L'entreprise peut-elle néanmoins obtenir encore davantage ?

¹⁴⁵ Cass. Soc. *Société Intel corporation c/ M. X.*, 12 février 2014, *op. cit.*

¹⁴⁶ U.S. District Court for the District of Columbia, *Meeker v. Stuart*, 21 octobre 1961, 188 F. Supp. 272, ou encore Court of Special Appeals of Maryland, *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Hart*, 6 janvier 1988, 73 Md. App. 406, 534 A.2d 999.

SECTION 3. La perspective d'une répression plus lourde

Paragraphe 1. L'interdiction de concurrence déloyale et l'engagement de la responsabilité délictuelle

Le principe de liberté du travail en France veut qu'à l'issue de son contrat de travail, le salarié soit libre de travailler pour un autre employeur ou de créer son activité, cette liberté s'exerçant dans les limites fixées par la clause de non-concurrence, mais aussi dans celles découlant du principe général d'interdiction de concurrence déloyale. Que la clause soit valide, nulle ou inexistante, la concurrence déloyale est condamnable sur la base des articles 1382 et 1383 du Code Civil, qui consacrent la responsabilité civile délictuelle. L'abus de concurrence ne répond cependant à aucune définition précise. Il est constitué par un comportement fautif de l'ancien salarié (en l'absence de toute intention de nuire) qui cause un préjudice à son ancien employeur. Il peut être reconnu par les juges dans le cas de comportements fautifs, tels que : détournement de clientèle, débauchage de salariés de l'ancien employeur, dénigrement de l'entreprise, ou encore confusion volontairement entretenue entre les entreprises de l'ancien et du nouvel employeur.

Il existe des hypothèses dans lesquelles, outre la clause de confidentialité, le secret est protégé par la loi elle-même. En France comme aux Etats-Unis, le cas le plus connu concerne le secret de fabrique, pour la violation duquel les législateurs prévoient de lourdes peines. Ces sanctions répriment l'auteur de l'infraction, mais ne sont généralement que symboliques pour l'employeur qui, à la suite d'un tel acte, voit s'effondrer tout l'équilibre économique de son entreprise.

En l'absence d'une clause contractuelle prévoyant la confidentialité, il convient de s'assurer que les connaissances divulguées correspondent bien à la définition du secret de fabrique et du savoir-faire, protégé contre les agissements déloyaux des concurrents. Cette qualification est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Aux Etats-Unis, l'*Uniform Trade Secrets Act (UTSA)* publié par l'Uniform Law Commission en 1979 est un instrument juridique ayant pour but de protéger de manière plus efficace les *trade secrets* des entreprises américaines exerçant leurs activités dans différents Etats. L'*UTSA* vise notamment à codifier et à harmoniser les sanctions

contre l'appropriation frauduleuse des *trade secrets* au niveau fédéré. L'UTSA était en vigueur l'année dernière dans 47 Etats sur 50.

En France, dévoiler un secret de fabrication est sanctionné par l'article L 152-7 du Code du travail, qui prévoit une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Le juge peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du Code pénal pour une durée de cinq ans au plus.

Paragraphe 2. La question des *punitive damages* aux Etats-Unis

2,9 millions de dollars pour s'être renversé un café brûlant sur les jambes : ce sont les dommages et intérêts qu'une femme a réussi à obtenir en 1994 aux États-Unis. Cette affaire reste 20 ans plus tard la plus souvent citée, comme symbole du fossé existant entre les deux systèmes juridiques d'allocations de dommages et intérêts.

En effet, les systèmes français et américains sont souvent opposés l'un à l'autre : tandis que le premier cherche à réparer le dommage, « *tout le dommage mais rien que le dommage* », le second vise non seulement à compenser le dommage, mais également à punir son auteur si les circonstances le justifient, allouant des *punitive damages* (dommages et intérêts exemplaires/punitifs).

Cette différence s'explique par les deux conceptions distinctes de la fonction des dommages et intérêts au sein de la société. En effet, dans les systèmes de droit romano-germanique tels que la France, l'attribution de dommages et intérêts a pour but de réparer ou de compenser le dommage subi par une personne, tandis que dans les systèmes de *Common law*, à l'instar des États-Unis, l'allocation de dommage et intérêts doit dissuader à l'avenir toute personne d'adopter une telle conduite fautive. Ces *punitive damages* sont inconnus du Code civil et de la législation française en général, qui n'autorise ni n'interdit explicitement ce genre de réparation.

Aux États-Unis, ils sont définis comme étant « *les dommages mis à la charge d'une personne dans le but de sanctionner sa conduite outrageante et de dissuader toute personne de se conduire de la sorte à l'avenir* »¹⁴⁷. Ils se distinguent de tous les *damages* étudiés ci-dessus.

Plus concrètement, aux États-Unis, la Cour (et notamment le jury, c'est-à-dire un ensemble de citoyens de toutes conditions et origines, sans formation juridique) peut, à sa discrétion, décider d'infliger des *punitive damages* dans les cas où la conduite du défendeur reflète un mépris conscient, téméraire, volontaire, injustifié une volonté d'opprimer les droits ou les intérêts de la victime. Dans l'imaginaire collectif, c'est le montant des *punitive damages* qui fait leur spécificité, que ce soit leur importance quantitative, ou leur caractère aléatoire.

Il n'existe cependant pas d'uniformité dans le traitement des *punitive damages*. La coexistence des lois fédérales et des lois des 50 Etats produit une diversité aussi bien dans la forme que dans le contenu de ces *punitives damages*, sans préjudice d'être purement et simplement interdits dans cinq Etats (Louisiane, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire et Washington).

Les entreprises vont souvent jusqu'à se demander si les clauses de confidentialité valent encore le papier sur lequel elles sont rédigées. Dans un arrêt de 2008, le groupe de distribution américain *Sears, Roebuck and Company* a reçu une réponse à cette question. En l'espèce, la violation de sa clause de confidentialité et l'appropriation frauduleuse de *trade secrets* a valu à cette entreprise d'être condamnée à payer la « modique » somme de 25 millions de dollars (dont 8 millions de *punitive damages*)¹⁴⁸.

Il convient néanmoins de préciser que les entreprises décident le plus souvent d'écarter les *punitive damages* de manière explicite des termes de leurs clauses. Du fait de leur nature, ces sanctions sont en effet rarement admises dans le domaine de la responsabilité contractuelle.

¹⁴⁷ *Second Restatement of Torts*, §908.

¹⁴⁸ United States District Court of Illinois, *RRK Holding Co. v. Sears, Roebuck and Co.*, 27 mai 2008, 563 F.Supp.2d 832, n° 04C3944.

CONCLUSION

On remarque que les conceptions différentes de la société et du droit se retrouvent dans les approches diverses qu'ont les deux pays de ces instruments juridiques. Si ces clauses sont indispensables aux entreprises françaises comme américaines, et leur utilisation très fréquente, leur mise en œuvre est cependant très délicate.

Les clauses de confidentialité et de non-concurrence sont un bon exemple illustrant l'extrême diversité du droit américain, porteur à notre sens d'insécurité juridique, et généralement favorable à l'entreprise, par rapport au droit français codifié et unifié, qui est relativement plus « sûr » pour les parties.

La diversité des règles applicables s'est également accompagnée d'une construction jurisprudentielle, ayant abouti à l'érection d'un régime général des clauses de confidentialité et de non-concurrence, mais qui constitue en réalité un ensemble faramineux de décisions confuses, contradictoires, et fluctuantes.

En France comme aux Etats-Unis, nous avons pu constater que le juge était plus intrusif et répressif à l'égard de ces clauses que 20 ans auparavant, les appréciant, les modifiant, les validant ou les annulant à son gré, sans toujours tenir compte de la volonté des parties. D'un côté, le juge américain tend à renforcer les libertés de travail et d'initiative économique essentielles en période de crise, au détriment parfois de la loi et du principe de liberté contractuelle (faisant parfois primer l'intérêt général sur les intérêts des parties). Les décisions sont fondées, non sur des principes neutres et clairement établis, mais sur des éléments spécifiques propres à chaque Etat et à ses tribunaux. De l'autre côté, le juge français révèle dans son interprétation du droit une volonté de limiter l'application de ces clauses. Le droit du travail français est notamment caractérisé par une protection accrue de la partie réputée la plus faible (le salarié). On a également pu noter que les arrêts de la Cour de cassation de 2002 sur la clause de non-concurrence créaient une situation très délicate pour les clauses privées de contrepartie financière élaborées avant 2002 (car elles ont vocation à être annulées).

En outre, les clauses de confidentialité et de non-concurrence sont plus élaborées et détaillées aux Etats-Unis qu'en France. En effet, en raison de l'absence de toute loi nationale ou d'un standard général régissant l'exécution des clauses de confidentialité et de non-concurrence aux Etats-Unis, les parties s'impliquent davantage dans leur rédaction. Devant respecter les impératifs légaux et jurisprudentiels (parfois contradictoires !) spécifiques à chaque Etat concernant les critères de validité des clauses, les parties tentent également de prévoir la loi applicable à leurs clauses et les juridictions compétentes en cas de litige. Notre étude a montré l'étendue et la disparité des réponses fournies par les différents tribunaux sur la question des critères de validité. Mais il faut noter également que la détermination par les parties de la loi applicable peut avoir en définitive un impact déterminant sur l'applicabilité ou la nullité de ces clauses, même si elles sont bien rédigées. Les 50 Etats se divisant sur le point de savoir s'il appartient ou non au juge de modifier les clauses (*red, blue or purple pencil*), les entreprises ne peuvent s'y fier entièrement. L'application des clauses de confidentialité et de non-concurrence aux Etats-Unis est donc imprévisible, car intimement liée à la subjectivité du juge saisi.

Si les clauses de confidentialité et de non-concurrence ont pour fonction de protéger les intérêts de l'entreprise, elles sont sujettes, telles qu'elles se présentent et s'appliquent, à une évolution permanente, dans la loi, dans les différents types de contrats dans lesquels elles sont insérées, ou encore dans la jurisprudence. Ces clauses ne sont pas toujours efficaces, et sont porteuses de davantage d'incertitudes juridiques au fil du temps. Elles ne sont synonymes, ni d'intérêt économique réel pour l'entreprise, ni de sécurité juridique absolue pour les parties. Dès lors, quel est leur avenir ?

S'agissant de la clause de non-concurrence, on observe que la mondialisation et la crise économique tendent à faire dépasser aux individus les limites géographiques de l'emploi (les déplacements étant plus faciles), et les limites de leurs professions au cours de leur vie (les reconversions n'étant pas rares).

Selon Patricia Jehlen, sénatrice du Massachusetts, « *les entreprises devraient être capables de se protéger contre la divulgation [de leurs informations secrètes], mais les clauses de non-concurrence semblent entraver l'avancement des affaires et des particuliers* ». Elle démontre par ailleurs qu'en Californie, les entreprises « survivent », malgré l'interdiction des clauses de non-concurrence, et que l'Etat est caractérisé par un fort environnement entrepreneurial.

Un véritable « business » entoure la clause de non-concurrence. Les occasions ne manquent pas à nos collègues américains de tirer un profit financier de toute situation concurrentielle. Le marché est par ailleurs extrêmement lucratif pour les avocats américains. Un site est même dédié exclusivement à ce thème : www.breakyournoncompete.com, ou comment se libérer de sa clause de non-concurrence !

Les intérêts respectifs des entreprises et des salariés pourraient à notre sens être plus raisonnablement protégés si l'on échangeait la présomption actuelle de validité des clauses de non-concurrence (avec un contrôle puissant et aléatoire), contre une présomption d'invalidité des clauses. Celles-ci devraient n'être qu'exceptionnelles, dans la mesure où elles restreignent parfois de manière déraisonnable la mobilité des individus et provoquent un déséquilibre de la balance des pouvoirs et des intérêts entre entreprises et salariés. Enfin, ces clauses ne sont pas en phase avec les changements économiques actuels.

Il serait par conséquent souhaitable que les tribunaux redéfinissent leur analyse des règles concernant les *trade secrets*. Les autres intérêts légitimes de l'entreprise (non-divulgence des informations confidentielles, du savoir-faire, absence de sollicitation des anciens clients etc.) seraient suffisamment protégés par des clauses de confidentialité et des clauses de clientèle (*non-solicitation agreement*).

Si on ignore encore où cela va nous mener, on sait que le monde juridique est en pleine effervescence et spéculer allègrement sur le sujet. Amy Mastrobattista, avocate à Boston, est optimiste. Elle affirme que « *le changement est en cours, et la pression économique est un carburant favorisant la révision du moteur de la machine* ».

BIBLIOGRAPHIE DROIT FRANCAIS

I. OUVRAGES

ANTONMATTEI, Paul-Henri

Les clauses du contrat de travail

Collection Droit vivant, Editions Liaisons, 2005

DELCOURT, Olivier

La pratique de la clause de non-concurrence

E-theque, Droit des affaires, 4^e édition, 2014

SUSSMANN, Françoise ; BERCOFF, Maurice

Guide du négociateur d'affaires, Eléments contractuels pour un accord durable

Editions d'organisations, 2006

TEYSSIE, Bernard ; JEANSEN, Emeric ; PAGNERRE, Yannick

Guide des clauses du contrat de travail

LexisNexis/Litec, édition 2014

VANNES, Viviane

Clauses spéciales du contrat de travail : utilité, validité, sanction

Bruylant, 2003

WANTIEZ, Claude

Les clauses de non-concurrence et le contrat de travail

Editions de droit social Larcier, 2^e édition, 2001

II. ARTICLES ET PUBLICATIONS

BELMA, Julie

« Nullité de la clause de non-concurrence et préjudice du salarié »

Legavox.fr, février 2011

BESSY, Christian

« L'usage des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail »

Revue d'économie industrielle n° 125, janvier 2009, pp. 9-40

CORDIER, Gaëtan

« Un point-clé des accords de confidentialité : le contrôle par le communicant des informations communiquées »

Revue LexisNexis Jurisclasseur Communication, Commerce électronique, avril 2008

DEPINCE, Malo

« La clause de non-concurrence post-contractuelle et ses alternatives »

Revue Trimestrielle du Droit commercial, Dalloz, juin 2009

DUMAS, Romain

« Transparence du patrimoine et protection du secret des affaires »

Revue Lamy droit des affaires n° 68, février 2012

ELESSA, Jessica

« La recherche d'un équilibre dans les rapports entre l'employeur et le salarié lors de la rupture de la relation de travail »

Site internet du cabinet d'avocats Picovschi, juillet 2014

HAGEL, Francis

« Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères »

Revue LexisNexis Jurisclasseur, Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, janvier 2012

LECLERC, Olivier

« Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail »

Droit social, Librairie technique et économique, 2005, pp.173-180

LOKIEC, Pascal

« La validité de la clause de confidentialité n'est pas subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière »

Lexbase, La lettre juridique n° 590, 13 novembre 2014

MOREAU, A.

« La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité »

Droit et patrimoine n° 69, 1999

PORACCHIA, Didier

« Secret et confidentialité dans les rapports de travail »

SSL, n° 1352, 2008

III. JURISPRUDENCE (PRINCIPALE)

Cass. Soc. *Société des établissements Marais*, 30 juin 1982, pourvoi n° 80-41114

Cass. Soc. *Godissart c/ Soulhiol*, 14 mai 1992, pourvoi n° 89-45300

Cass. Soc. *Société Nikon France SA.*, 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42942

Cass. Soc. 10 juillet 2002 *Société MSAS Cargo International*, pourvois n°99-43334-6 ;
Société La Mondiale SA, pourvoi n° 00-45135 ; *Société Maine Agri SA*, pourvoi n° 00-45387
(voir annexes)

Cass. Soc. *Société GAN-vie*, 18 septembre 2002, pourvoi n° 00-42904

Cass. Soc. *Société Dent Wizard*, 13 juillet 2005, pourvoi n° 03-45586

Cass. Soc. *Société Prisme*, 11 janvier 2006, pourvoi n° 03-46933

Cass. Soc. *Société Aseca-Orfac*, 22 mars 2006, pourvoi n° 04-45546

Cass. Soc. *Société Comasud*, 15 novembre 2006, pourvoi n° 04-46721

Cass. Soc. *Société Michelin*, 19 mars 2008, pourvoi n° 06-45322 (voir annexes)

Cass. Soc. *Société Dyneff*, 13 juillet 2010, pourvoi n° 41-626

Cass. Soc. *Société Group 4 Securicor*, 12 janvier 2011, pourvoi n° 08-45280

Cour d'appel de Bordeaux, Soc. Section A, *Société Epsilon Composite*, 27 mars 2012

Cass. Soc. *France Télévision 1 (TF1) c/ PPDA*, 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-27284

Cass. Soc. *Société Intel corporation*, 12 février 2014, pourvoi n°11-27899

Cass. Soc. *Société SCAM*, 15 octobre 2014, pourvoi n° 13-11524

Tribunal de commerce de Paris, 16ème chambre, *Société Traceval c/ Société GSI France*, 28 septembre 2010

IV. RÉGLEMENTATION

Code civil

Code pénal

Code du travail

Lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985

V. DIVERS

LEPAGE, Agathe

« Le droit de savoir »

Rapport de la Cour de Cassation, 2010

CHARAF, Mohammed

« La clause de non-concurrence au carrefour du droit des contrats et du droit de la concurrence »

Thèse de doctorat sous la direction de Monsieur le Professeur Robert WINTGEN, 2013

BIBLIOGRAPHIE DROIT AMÉRICAIN

I. OUVRAGES

FILIPP, Mark

Covenants not to compete

Wolters Kluwer Law & Business, 2005

JACKSON, Rob

Post-Employment Restraint of Trade: The competing interests of an ex-employee, and ex-employer and the public good

The Federation Press, 2014

KNAPP Charles ; CRYSTAL, Nathan ; PRINCE, Harry

Problems in Contract Law: Cases and Materials

Aspen Casebook, 7th Edition, 2007

LEVASSEUR, Alain

Le contrat en droit américain

Dalloz, 1996

Mc. DONALD, Scott ; JOHNSON LITCHY, Jacqueline

Drafting and enforcing covenants not to compete

BNA Books, A Division of Bureau of National Affairs; 1st edition, 2009

SCHEIBER, Harry

The State and Freedom of Contracts

Hardcover, Stanford University Press, American Society of Comparative Law, 1999

II. ARTICLES ET PUBLICATIONS

BLACKMER, Scott

« NDA's : Worth the effort ? »

InfoLawGroup, 16 novembre 2009

FRANK, David

« Critics blast bill banning non-compete agreements »

Massachusetts Lawyers Weekly, 26 juin 2009

GREENHOUSE, Steven

« Non-Compete Clauses Increasingly Pop Up in Array of Jobs »

The New York Times, 8 juin 2014

HARRIS, Barbara

« Restrictive covenants in the US: navigating the quagmire of enforceability »

PracticalLaw, 1er août 2012

HARTZELL, Julianne

« Time Limits in Confidentiality Agreements »

Intellectual Property Litigation, volume 20, n° 3, 2009

JAMES, Ben

« 4 Non-Compete Cases You Might Have Overlooked In 2014 »

Law360, New York, 8 janvier 2015

KIRKPATRICK, Brian

« Non-Disclosure Agreement Misconceptions »

Mondaq Business Briefing, 28 octobre 2014

KIRSNER, Scott

« Non-Compete Clauses may be making us non-competitive »

The Boston Globe, 19 janvier 2009

KLEIN, Jeffrey ; PAPPAS, Nicolas

« California Curbs Enforceability of Non-Competition Pacts »

New York Law Journal, Volume 240, n° 68, 6 octobre 2008

KNOPF, Gary ; HAWKINS, Charles

« Risky Business : The Dangers of Overbroad Confidentiality Agreements »

Employment in the Law, juin 2012

Mc. ELHINNEY, David

« Drafting an Enforceable Non-Compete Agreement »

Site internet du cabinet d'avocats Lewis Roca Rothgerber LLP, 23 juin 2015

MEREDITH, Stephen ; Edwards & Angell, LLP

« NDA's Should Not be Taken Lightly »

Venture Capital Journal, 1^{er} mars 2004

METZGER, David ; RICHTERS, Edwards

« Guide to Non-Compete Agreements: Are they right for your business? »

Connecticut Business & Industry Association, 2015

MILLER, John

« Forty-five Non-Disclosure Agreement Review Tips »

Contract Management, novembre 2006

MURPHY, Hannesson

« How The 50 States Differ On Revising Non-Competes: Different Strokes for Different Folks »

The National Law Review, 7 janvier 2014

PIETRAFESA, Gianfranco

« United States: The Importance of Confidentiality Agreements and Letters of Intent »

Mondaq Business Briefing, 17 novembre 2003

PRATT, Mary

« Economy likely to force changes to non-compete pacts »

Boston Business Journal, 6 mars 2009

RIGSBY, Cynthia

« Failure to adhere to terms of a Non-Disclosure Agreement can cause significant loss of rights »
Mondaq Business Briefing, 6 novembre 2013

WEBB, Jere

« The Departing Employee: Competitive Restrictions, Trade Secrets, Domain Names and Confidentiality Agreements »
Advising Oregon Businesses, 2007

WITMAN, Paul ; JOHNSON, Kapp

« A Guide to Non-Disclosure Agreements for Researchers »
IGI Global, 2009

III. JURISPRUDENCE (PRINCIPALE)

Alaska Packers' Ass'n v. Domenico

U.S. Court of Appeals, 9th Circuit (117 F.99), 26 mai 1902

Meeker v. Stuart

U.S. District Court for the District of Columbia (188 F. Supp. 272), 21 octobre 1961

Marine Contractors v. Hurley

Massachusetts Superior Court (365 Mass. 280), 8 mai 1974

James S. Kempler & Co v. Cox & Associates

Supreme Court of Alabama (434 So.2d 1380), 1er juillet 1983

Nationwide Mut. Ins. Co. v. Hart

Court of Special Appeals of Maryland (73 Md. App. 406, 534 A.2d 999), 6 janvier 1988

Doe v. Axelrod

Court of Appeals of the State of New York (73 N.Y.2d 748, 750), 22 novembre 1988

Paramount Termite Control v. Rector

Supreme Court of Virginia (238 Va. 171, 174), 9 juin 1989

Fowler v. Printers II, Inc.

Court of Special Appeals of Maryland (89 Md. App. 448, 598 A.2d 794), 3 décembre 1991

National Legal Research Group v. Lathan

U.S. Court of Appeals, 4th Circuit (42 F.3d 1386), 30 novembre 1994

Application Group Inc. v Hunter Group, Inc

Court of Appeal of California, First District (61 Cal.App.4th 881), 23 février 1998

Labriola v. Pollard Group, Inc.

Supreme Court of Washington (152 Wash. 2d 828), 10 novembre 2004

Ebay Inc. v. MercExchange, LLC.

U.S. Supreme Court (547 U.S. 388), 15 mai 2006

RRK Holding Co. v. Sears, Roebuck and Co.

U.S. District Court of Illinois (563 F.Supp.2d 832), 27 mai 2008

Edwards v. Arthur Andersen LLP.

Supreme Court of California (44 Cal. 4th 937, 946), 7 août 2008

Nitro-Lift Technologies, LLC v. Howard

U.S. Supreme Court (n°11-1377), 26 novembre 2012

Simplexity, LLC. v. Zeinfeld

Delaware Court of Chancery (C.A. n° 8171-VCG), 5 avril 2013

Dawson v. Ameritox LTD.

- U.S. District Court of Alabama (C.A n°13-0614), 6 janvier 2014

- U.S. Court of Appels, 11th Circuit (No. 14-10084), 10 juillet 2014

Standard Register v. Keala

U.S. District Court of Hawaii (D. Haw Civ. n° 14-00291 JMS-RLP), 8 juin 2015

McInnis v. OAG Motorcycle Ventures, Inc.

Appellate Court of Illinois (IL App. 1st 142644), 25 juin 2015

IV. RÉGLEMENTATION

Uniform Commercial Code (1952)

Uniform Trade Secrets Act (1979)

Restatement (Second) of Torts (1979)

Restatement (Second) of the Law of Contracts (1981)

Restatement (Third) of Employment (avant-projet, annoncé en 2002, toujours débattu en 2014)

California Business and Professions Code

Code of Alabama

Delaware Code

Florida Statutes

Georgia Restrictive Covenants Act

Massachusetts General Laws

North Dakota Century Code

Texas Business and Commerce Code

V. DIVERS

AMERICAN CORPORATE COUNSEL ASSOCIATION

« What every in-house lawyer should know about Non-Disclosure Agreements: Protecting Company Intellectual and Strategic Non-public Business Information »

Ninth Annual Conference of Global Corporate Counsel Association, Trianon Palace, Versailles, France, 24-25 juin 2002

BECK, Russell

« Employee Non-Competes, A State by State Survey »

Tableau récapitulatif sur le site internet du cabinet d'avocats Beck Reed Riden LLP, 2013

BISHOP, R. Doak ; DIMITROFF, Sashe ; MOHR, Kevin

« *Non-Compete, Confidentiality Agreements, and Trade Secrets* »

24th Annual Advanced Civil Trial Course, 2001

BREAK MY NON-COMPETE BLOG

<http://www.breakmynoncompete.com/>

Blog contenant des articles sur les clauses de confidentialité et de non-concurrence, et notamment sur les différentes manières d'y échapper ou de les rompre

COVENANTS NOT TO COMPETE AND TRADE SECRETS SUBCOMMITTEE

« *Stretching Beyond the Sea Shore: Non-Compete Geographic Restrictions in a Virtual World* »

Colloque de l'A A, Section of Labor and Employment Law, Miami Beach, Floride, 19-23 mars 2013

SPITZER, Delia

« *La pratique des contrats américains* »

Animation d'une formation annuelle à l'EFE, décembre 2013

WALTON, Leigh

« *Confidentiality Agreement, Representing the Growing Business: Tax, Corporate, Securities and Accounting Issues* »

ALI-ABA reports, 2001

ANNEXES

TEXTES

CODE CIVIL FRANÇAIS

*Article 1134

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

*Article 1135

« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

*Article 1142

« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

*Article 1147

« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

*Article 1382

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

* Article 1383

« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

CODE DU TRAVAIL FRANÇAIS

Article L120-2

« 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 ».

Article L. 1222-1

« Le contrat de travail est exécuté de bonne foi » ;

- Rép. min. n° 12211, JO AN 24 août 1998 : *« L'obligation de loyauté interdit au salarié de développer, directement ou indirectement, pour son compte ou pour celui d'un tiers, tout acte de concurrence à l'encontre de l'entreprise qui l'emploie ».*

*Article L. 1227-1 (repris dans l'article L. 621-1 du Code de la propriété intellectuelle)

« Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros ».

*Article R. 1455-7

« Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, la formation de référé peut accorder une provision au créancier ».

CODE PENAL FRANÇAIS

*Article L. 226-13

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

CALIFORNIA BUSINESS AND PROFESSION CODE

§ 16600. « *Except as provided in this chapter, every contract by which anyone is restrained from engaging in a lawful profession, trade, or business of any kind is to that extent void.* »

« *En dehors des exceptions prévues dans ce chapitre, tout contrat par lequel une personne est empêchée de se livrer à une profession licite, du commerce, ou des affaires de toute nature, est pour cette seule raison nul* ».

RESTATEMENT (SECOND) OF THE LAW OF CONTRACTS

§ 347. Measure Of Damages In General

« *Subject to the limitations stated in §§ 350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by*

- (a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus*
- (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less*
- (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform. »*

§ 347. Calcul Des Dommages et intérêts En Général

« *En dehors des limitations prescrites aux sections 350 à 353, la partie lésée a droit à des dommages et intérêts basés sur ses intérêts attendus, tels que mesurés par :*

- (a) la perte pour elle de la valeur de la performance de l'autre partie, causée par son non-respect ou son insuffisance, surtout*
- (b) toute autre perte, y compris la perte indirecte ou directe, causée par la violation, moins*
- (c) tout coût ou toute autre perte qui aurait pu être évitée en n'ayant pas à exécuter ».*

RESTATEMENT (SECOND) OF THE LAW OF CONTRACTS.

§ 356. Liquidated Damages end Penalties

« (1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.

(2) A term in a bond providing for an amount of money as a penalty for non-occurrence of the condition of the bond is unenforceable on grounds of public policy to the extent that the amount exceeds the loss caused by such non-occurrence. »

§ 356. Liquidated Damages et pénalités

« (1) Les dommages-intérêts pour la violation par l'une des parties peuvent être établis dans l'accord, mais seulement à un montant qui est raisonnable à la lumière de la perte anticipée ou réelle causée par la violation, et les difficultés de preuve du préjudice. Une disposition fixant des dommages-intérêts excessivement élevés est inapplicable pour des raisons d'ordre public comme une pénalité.

(2) Une disposition dans un engagement prévoyant une somme d'argent à titre de sanction pour la non-survenance de la condition de l'engagement est inapplicable pour des raisons d'ordre public, dans la mesure où le montant dépasse le préjudice causé par cette non-survenance ».

JURISPRUDENCE

Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 10 juillet 2002, « La Mondiale »

« La Cour de cassation, chambre sociale, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu que M. X... est entré au service de la société d'assurance La Mondiale le 1^{er} décembre 1993 ; qu'il occupait un emploi d'agent producteur ; que, le 7 mars 1995, l'employeur lui a ordonné de remettre le matériel professionnel dont il disposait et de cesser d'exécuter le contrat de travail en lui reprochant de s'être introduit irrégulièrement, en août 1994, dans le bureau de son supérieur hiérarchique ; que, le 5 avril 1995, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes d'une demande tendant au paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de dommages-intérêts pour clause de non-concurrence,

(...) Mais sur le premier moyen, relatif à l'indemnité pour clause de non-concurrence :

Vu le 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 pour rejeter la demande de dommages-intérêts pour clause de non-concurrence, la cour d'appel a énoncé que la clause litigieuse était licite et régulière ; qu'elle ne comportait aucune contrepartie financière, ce qui était conforme à la convention collective applicable ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, en déclarant licite une 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 ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en sa disposition rejetant la demande de dommages-intérêts pour clause de non-concurrence, l'arrêt rendu le 28 juin 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Reims. »

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	- 5 -
PARTIE 1 - DES CLAUSES AU CHAMP D'APPLICATION VARIABLE	- 14 -
CHAPITRE 1. Une absence d'obligation standard : des sources fluctuantes et hétérogènes en France comme aux Etats-Unis	- 16 -
SECTION 1. Un champ d'application personnel facilement délimité	- 20 -
§1. L'étape-clé de la signature	- 20 -
§2. La délimitation et la généralisation des catégories d'individus concernés	- 22 -
§3. La possibilité de refuser les clauses ou d'en négocier les termes : illusion ou réalité ?	- 24 -
SECTION 2. La complexité de la délimitation du champ matériel	- 26 -
§1. La circonscription du périmètre de la confidentialité	- 26 -
§2. La détermination des fonctions et spécialités visées par la clause de non-concurrence	- 28 -
SECTION 3. Un champ d'application spatio-temporel péniblement cerné	- 30 -
§1. La portée géographique, une question factuelle et évolutive	- 31 -
§2. La disparité des solutions concernant la délimitation temporelle	- 35 -

CHAPITRE 2. L'exigence de conditions spécifiques visant à assurer un équilibre entre les intérêts de l'entreprise et ceux du salarié	- 38 -
SECTION 1. L'ambiguïté de la notion d'« intérêt légitime de l'entreprise »	- 39 -
§1. L'imbrication des notions d'intérêt légitime et de spécificité de l'emploi dans la jurisprudence française	- 40 -
§2. La conception américaine des « <i>legitimate business interests</i> » et les critères disparates qu'elle regroupe	- 42 -
SECTION 2. Des solutions divergentes pour la contrepartie requise	- 45 -
§1. Le principe même d'une contrepartie différemment perçu en France et aux Etats-Unis	- 45 -
§2. Les caractéristiques et modalités de cette contrepartie	- 47 -
SECTION 3. L'hypothèse de la renonciation à la clause	- 53 -
PARTIE 2 - DES DIVERGENCES DANS LEUR MISE EN ŒUVRE	- 56 -
CHAPITRE 1. L'interprétation de ces clauses et leur application	- 57 -
SECTION 1. L'exercice complexe et décisif de la rédaction	- 58 -
§1. L'écriture de la clause de confidentialité	- 58 -
§2. L'écriture de la clause de non-concurrence	- 82 -
SECTION 2. Le rôle primordial des juges dans l'interprétation des clauses	- 92 -
§1. Une interprétation stricte des tribunaux	- 92 -
§2. La marque du juge américain : <i>blue, red, or purple pencil</i> ?	- 94 -

SECTION 3. Les obstacles à leur mise en œuvre	- 98 -
§1. La question des clauses illicites et leurs conséquences sur les parties	- 98 -
§2. Un temps de mise en œuvre variable et des difficultés probatoires faisant obstacle à leur efficacité	- 99 -
CHAPITRE 2. Les conséquences du non-respect des clauses	- 101 -
SECTION 1. Des sanctions classiques variables selon l'importance du préjudice causé	- 102 -
§1. Les sanctions propres à l'entreprise	- 103 -
§2. L'engagement de la responsabilité contractuelle et financière du contrevenant	- 105 -
SECTION 2. Des instruments relativement efficaces pour dissuader ou limiter la violation	- 109 -
§1. Le caractère persuasif de la clause pénale	- 109 -
§2. Les injonctions	- 111 -
SECTION 3. La perspective d'une répression plus lourde	- 114 -
§1. L'interdiction de concurrence déloyale et l'engagement de la responsabilité délictuelle	- 114 -
§2. La question des <i>punitive damages</i> aux Etats-Unis	- 115 -
Conclusion	- 117 -
Bibliographie	- 120 -
Annexes	- 131 -
Table des matières	- 136 -

