



La clause de non concurrence dans l'espace OHADA : cas de la RDC

publié le 10/03/2016, vu 11343 fois, Auteur : [professeur Don José Muanda](#)

En droit OHADA, la clause de non-concurrence n'est explicitement réglementée dans un aucun acte uniforme, cependant la clause de non-concurrence est très présente en droit des affaires. En droit commercial par exemple, on le remarque souvent dans certains contrats tels que le contrat de distribution, l'intermédiation commerciale, la vente de fonds de commerce, la location-gérance, la franchise, l'agence commerciale, le contrat de commission, le contrat de cession de clientèle ou encore la cession de parts sociales ou d'actions.

En droit OHADA, la clause de non-concurrence n'est explicitement réglementée dans un aucun acte uniforme, cependant la clause de non-concurrence est très présente en droit des affaires.

En droit commercial par exemple, on le remarque souvent dans certains contrats tels que le contrat de distribution, l'intermédiation commerciale, la vente de fonds de commerce, la location-gérance, la franchise, l'agence commerciale, le contrat de commission, le contrat de cession de clientèle ou encore la cession de parts sociales ou d'actions.

1. Notions définitionnelles sur la clause de non-concurrence

La clause de non-concurrence a pour objet de préserver l'entreprise ou le commerçant personne physique contre une éventuelle concurrence d'un partenaire avec lequel il est en relation d'affaires ou d'un ancien dirigeant ou actionnaire (pour les SA, SARL, SAS issues de l'OHADA) pendant une certaine période et généralement dans un certain secteur géographiquement déterminé, d'exercer une activité professionnelle pouvant causer du dommage en de concurrence déloyale l'autre partie.

Dans la pratique la non-concurrence aux fins d'être valable, doit remplir impérativement un certain nombre de conditions. Ainsi, les parties au contrat sont libres de fixer l'étendue de l'interdiction de non-concurrence.

2. Conséquences liées au non respect de la clause de non-concurrence en droit commercial

Il est constaté par les cours et tribunaux que le non-respect de la clause entraîne l'application des sanctions prévues par les parties au contrat. Clairement il s'agit de verser de dommages-intérêts au profit de la partie lésée ou du partenaire économique qui en est victime. On peut penser à la violence économique !

Les conditions impératives de validité d'une clause de non-concurrence ne sont pas définies par le droit issu de l'OHADA. C'est la jurisprudence qui est à la base de cette théorie, c'est-à-dire les juges qui ont posé les règles par leurs jugements et arrêts sur la question.

En droit français par ailleurs, certaines clauses de non-concurrence sont réglementées par la loi. Tel est le cas de celle prévue pour les agents commerciaux, qui doit être limitée à une période de 2 ans après la cessation du contrat et ne concerner que le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confié à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation.[1]

Cette position du droit français peut inspirer le législateur de l'OHADA quant au contrat de l'agence commerciale car ce dernier est réglementé par le législateur de l'OHADA en ce qui concerne l'intermédiation commerciale (contrat de commission, contrat de courtage et contrat d'agence commerciale). En attendant, les praticiens et les professionnels du droit commercial peuvent légitimement s'y référer sans violer l'esprit de l'acte uniforme du 15 décembre 2016 portant droit commercial général dans l'espace OHADA.

La clause de non-concurrence insérée dans un contrat ne devra être valable à notre avis que si elle est indispensable à la protection légitime des intérêts de l'une des parties sans porter atteinte aux avantages de l'autre partie. Cette clause limitée dans le temps et dans l'espace, souvent, se voit assortir d'une contrepartie financière puisqu'elle porte en quelque sorte atteinte à la liberté d'exercice de la profession d'intermédiaire de commerce en particulier et d'exercer le commerce en général.

Pour les tribunaux congolais, il est important que les juges maîtrisent bien cette clause désormais présente dans le droit du commerçant et des actes de commerce.

Ils doivent savoir que la clause de non-concurrence doit, pour être valable, être justifiée et fondée sur l'impératif de l'ordre public économique de protéger les intérêts légitimes de son bénéficiaire et doit donc être proportionnée à l'objet du contrat auquel elle se rapporte. Ainsi, elle ne doit pas procurer un avantage excessif ou anormal à celui au profit duquel elle est stipulée. Étant précisé qu'il revient aux juges d'apprécier, au cas par cas, si cette condition est satisfaite. (Voir Maître Anthony Bem (2014, *Conditions et effets des clauses de non concurrence en droits du travail et des affaires*, <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/conditions-effets-clauses-concurrence-droits-14639.htm#.VuE-6UBZtLM>).

Pour éluder des difficultés éventuelles pouvant surgir dans l'exécution du contrat ayant une clause de non-concurrence, les experts (professeurs docteurs en droit) en droit des affaires, parmi les plus respectés en RDC nommément les professeurs Masamba Makela R, Kola Gonze R, Buabua wa Kayembe M, Kumbu ki- Ngimbi J.M, Muanda Nkole wa Yahve D.J, Lokolongele E, et bien d'autres experts congolais non repris dans la liste, mais qui partagent cette opinion :

« La clause de non-concurrence doit forcément être limitée dans son objet, cela revient à affirmer qu'elle ne doit pas interdire purement et simplement l'exercice par l'intéressé de son activité professionnelle, ce qui, en toute logique juridique, constituerait une atteinte à sa liberté d'entreprendre. Elle ne peut que restreindre cette liberté, mais hélas ! Pas la supprimer ».[2]

A cet effet, serait nulle la clause qui déposséderait un commerçant franchisé, propriétaire de son fonds de commerce, de toute sa clientèle et qui l'empêcherait d'exercer sa profession. Enfin, l'obligation posée par la clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps et/ou dans l'espace.[3]

Une clause de non-concurrence édictée à l'occasion de la vente d'un fonds de commerce ou de la rupture d'un contrat de franchise peut ainsi valablement interdire au vendeur ou au franchisé de se réinstaller pendant un certain délai et/ou sur un territoire déterminé (une ville, une région, une zone déterminée, un rayon de quelques kilomètres à vol d'oiseau).

La clause de non-concurrence qui n'est pas conforme à ces conditions est susceptible d'être annulée par un tribunal. Les juges congolais doivent être prudents face à cela, car ils sont habilités à dire le droit et non à se laisser emporter par des plaidoiries sans fondement jurisprudentiel, doctrinal ou légal.

Rappelons qu'en droit commercial, l'existence d'une contrepartie financière n'est pas une condition de validité de la clause de non-concurrence. Mais n'empêche que cela figure pour la sécurité du bénéficiaire.

Dès lors qu'elle répond aux conditions de validité que nous venons de lister, les parties au contrat sont libres de déterminer l'étendue de l'obligation de non-concurrence.

Sachant qu'en cas de litige sur sa portée ou sur ses modalités d'application, une clause de non-concurrence doit faire l'objet d'une interprétation stricte de la part des tribunaux congolais.

Sous d'autres cieus, les tribunaux ont estimé qu'un fabricant de pantalons pour hommes qui s'était engagé à ne pas vendre de pantalons pour femmes peut valablement vendre des pantalons pour hommes à une clientèle féminine.[\[4\]](#)

Pour éviter toute difficulté, la clause doit donc définir précisément la liste des activités interdites ou, au moins, le domaine d'activité dans lequel l'intéressé s'oblige à ne plus exercer. Mais très souvent, la clause se contente d'interdire l'exploitation « d'une activité similaire » ou « d'un fonds de même nature » que celui (celle) transmis(e) ; formule imprécise qui est appréciée par les juges en cas de contentieux.

La clause de non-concurrence doit également déterminer avec précision les modes d'exercice qui sont interdits. Là encore, très souvent, la clause se borne à interdire à l'intéressé « la poursuite de son activité de quelque manière que ce soit, ou de s'intéresser directement ou indirectement à cette activité ». Ce qui oblige les juges saisis d'un litige à interpréter la portée de cette clause en recherchant l'intention commune des parties.

Les juges estiment que le vendeur d'un fonds de commerce qui s'était interdit de s'intéresser directement ou indirectement à un fonds de même nature pouvait exercer une activité salariée ou de représentant de commerce, ou encore participer à l'exploitation d'un fonds concurrent appartenant à sa compagne.

En revanche, il a été jugé que le vendeur d'un fonds de commerce ne peut pas exploiter un même fonds par personne interposée.

La clause de non-concurrence profite évidemment à celui pour lequel elle a été stipulée, c'est-à-dire l'acquéreur en cas de vente d'un fonds de commerce, le franchiseur en cas de rupture du contrat de franchise, la société dont les titres sont cédés en cas de cession de droits sociaux?

L'obligation de non-concurrence est, en principe, transmise aux héritiers du bénéficiaire décédé qui sont donc en droit de continuer de la faire respecter. Et elle profite également au sous-acquéreur du fonds de commerce dès lors que l'acte de revente le prévoit.

À l'inverse, la clause de non-concurrence oblige celui qui l'a contractée, c'est-à-dire le vendeur du fonds de commerce, le franchisé, l'agent commercial ou encore l'ancien dirigeant ou associé d'une société?

L'obligation de non-concurrence est transmise aux héritiers du débiteur décédé qui devront donc continuer à la respecter. En revanche, si elle vise une société, ses dirigeants et ses associés ne sont pas tenus par l'obligation, la société ayant sa propre personnalité juridique distincte de celle de ses membres.

Enfin, la violation d'une clause de non-concurrence donne lieu aux sanctions prévues par les parties dans le contrat, c'est-à-dire en général au versement de dommages-intérêts au profit de celui qui en est victime. Le juge peut également interdire la poursuite de l'activité illicitement exercée.

La clause de non-concurrence permet à celui qui en bénéficie de ne pas avoir à apporter la preuve d'une faute ou d'une déloyauté de son cocontractant. Il lui suffit d'établir que ce dernier a exercé une activité qui lui était interdite par la clause. Le juge peut également octroyer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait du non-respect de la clause de non-concurrence.

Conclusion

Pour Maître Anthony, la clause de non concurrence est une atteinte à la liberté de travail et d'entreprendre mais vise à protéger les intérêts d'une entreprise contre une éventuelle concurrence de la part d'un salarié, un partenaire, un dirigeant ou un associé en leur interdisant, pendant un certain temps et/ou dans un certain secteur géographique, d'exercer une activité professionnelle susceptible de concurrencer l'entreprise en question.

Si la clause de non-concurrence est souvent présente dans les contrats de travail, elle peut aussi être prévue dans les contrats commerciaux tels que ceux de location-gérance, de franchise, d'agent commercial, de cession de fonds de commerce, de clientèle, de parts sociales ou d'actions. Les clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de travail ne sont valables que si elles sont indispensables à la protection légitime des intérêts de l'employeur.

Concrètement, selon le droit du travail, les clauses de non concurrence des salariés doivent être limitées dans leur objet. Elles ne peuvent donc pas interdire l'exercice par le salarié de son activité professionnelle de manière absolue.

Elles doivent donc être limitées quant à la mission de travail précisément pour laquelle le salarié a été embauché. Elles doivent aussi être limitées dans le temps, dans l'espace et être assorties d'une compensation financière.

Cependant, si le droit du travail prévoit des conditions de validité de la clause de non concurrence des salariés ces conditions sont distinctes de celles du droit commercial. En effet, certaines clauses de non-concurrence telles que celle prévue pour les agents commerciaux doivent être limitées à une période de 2 ans après la cessation du contrat et ne concerner que le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confié à l'agent commercial ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation.

Ainsi, pour être valable, une clause de non-concurrence insérée dans un contrat commercial doit être justifiée par la nécessité de protéger les intérêts légitimes de son bénéficiaire, c'est-à-dire être proportionnée à l'objet du contrat auquel elle se rapporte et être limitée dans le temps et/ou dans l'espace.

Pour éviter toute difficulté, la clause de non-concurrence doit définir précisément la liste des activités interdites ou, au moins, le domaine d'activité dans lequel l'intéressé s'oblige à ne plus exercer.

En tout état de cause, elle ne doit pas procurer un avantage excessif ou anormal à celui au profit duquel elle est stipulée et les juges apprécient, au cas par cas, si les conditions de validité sont remplies ou non.

Souvent, les clauses de non-concurrence contiennent des formules imprécises qui se contentent d'interdire l'exploitation « *d'une activité similaire* » ou « *d'un fonds de même nature* » que celui (celle) transmis(e) et qui contraignent les juges à devoir les interpréter en cas de contentieux.

De la même manière, les clauses de non-concurrence doivent déterminer avec précision les modes d'exercice qui sont interdits et ne pas se contenter d'interdire à l'intéressé « *la poursuite de son activité de quelque manière que ce soit, ou de s'intéresser directement ou indirectement à cette activité* ».

Ainsi, la jurisprudence annule les clauses de non-concurrence édictées à l'occasion de cessions de fonds de commerce ou de la rupture d'un contrat de franchise qui déposséderaient un commerçant, propriétaire de son fonds de commerce, de toute sa clientèle et qui l'empêcherait d'exercer sa profession.

En tout état de cause, en droit commercial, l'existence d'une contrepartie financière n'est pas une condition de validité de la clause de non-concurrence. Si la clause de non-concurrence est valable, celui qui en bénéficie n'a pas à apporter la preuve d'une faute ou d'une déloyauté de la part son cocontractant.

Il lui suffit d'établir que ce dernier a exercé une activité qui lui était interdite par la clause. Le juge peut également octroyer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait du non-respect de la clause de non-concurrence.

Le non respect d'une clause de non-concurrence donne lieu aux sanctions prévues par les parties dans le contrat, soit généralement au versement de dommages-intérêts au profit de celui qui en est victime. Le juge peut également interdire la poursuite de l'activité illicitement exercée.

La chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. Soc. 2 décembre 2015 no 14-19.029) donne une nouvelle illustration de sa jurisprudence selon laquelle la clause de non concurrence qui laisse le salarié dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler est illicite, le salarié pouvant prétendre à l'indemnisation de son préjudice.

En l'espèce, la clause contractuelle de non concurrence du salarié réservait la faculté à l'employeur de la lever à tout moment, avant et pendant toute la période d'interdiction, sans être enserrée dans un délai déterminé.

Or, la clause contractuelle de non concurrence ne peut être modifiée pendant l'exécution du contrat de travail sans l'accord préalable écrit du salarié.

Et une fois la rupture du contrat de travail notifiée, l'employeur ne peut lever unilatéralement la clause que si le contrat et/ou la convention collective le permettent et en tout état de cause dans un délai déterminé. En particulier, la levée de la clause, qui permet à l'employeur de se libérer du paiement de la contrepartie financière, ne peut intervenir qu'au plus tard lors de la rupture effective du contrat (dès la fin du préavis ou, si le salarié est dispensé de l'exécution de son préavis, au plus tard à la date de son départ effectif de l'entreprise).

L'employeur a tenté de faire valoir que la clause de non concurrence ne devait pas pour autant être annulée dans son ensemble, la clause litigieuse devant seule être réputée non écrite. Mais la chambre sociale de la Cour de cassation a rejeté son pourvoi, confirmant que la clause de non concurrence devait être annulée dans son ensemble en raison de l'atteinte portée à la liberté du travail du salarié.

Au final, non seulement l'employeur n'a pu faire appliquer la clause de non concurrence à l'égard du salarié démissionnaire, qui a pu librement travailler pour une entreprise concurrente, mais il a en outre été condamné à lui verser des dommages et intérêts pour réparer son préjudice.^[5]

[1] (http://www.sfmexpertise.fr/site/_actualite_detail.php?cat=ensavoirplus&id_actualite=45).

[2] Voir http://www.sfmexpertise.fr/site/_actualite_detail.php?cat=ensavoirplus&id_actualite=45

[3] Idem.

[4] http://www.sfmexpertise.fr/site/_actualite_detail.php?cat=ensavoirplus&id_actualite=45

[5] http://www.sfmexpertise.fr/site/_actualite_detail.php?cat=ensavoirplus&id_actualite=45