REVUE D'ÉCONOMIE INDUSTRIELLE

Revue d'économie industrielle

125 | 1er trimestre 2009
Varia

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

The use of covenants non to compete in employment contracts

Christian Bessy

OpenEdition Journals

Édition électronique
URL : https://journals.openedition.org/rei/3946
DOI : 10.4000/rei.3946
ISSN : 1773-0198

Éditeur
De Boeck Supérieur

Édition imprimée
Date de publication : 15 mars 2009
Pagination : 9-40
ISSN : 0154-3229

Référence électronique
Christian Bessy, « L'usage des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail », *Revue d'économie industrielle* [En ligne], 125 | 1er trimestre 2009, document 1, mis en ligne le 15 mars 2011, consulté le 28 juin 2024. URL : http://journals.openedition.org/rei/3946 ; DOI : https://doi.org/10.4000/rei.3946

Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-ND 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

Christian BESSY
IDHE, ENS-Cachan, CNRS

L'USAGE DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE DANS LES CONTRATS DE TRAVAIL (*)

Mots-clés : clause de non-concurrence, contrat de travail, innovation, actifs immatériels, diffusion des connaissances.

Key words : Covenant Non To Compete, Employment Contract, Innovation, Intangible Assets, Knowledge Spillovers.

Au cours de la période contemporaine, la concurrence par l'innovation a accru les enjeux en termes d'appropriation des actifs immatériels au sein des entreprises entre les employeurs et les salariés les plus entreprenants. Ces derniers peuvent se voir obliger d'abandonner tout droit de propriété sur les résultats de leur travail ou empêcher d'exercer une activité concurrente à celle de l'entreprise pendant ou après la rupture du contrat de travail. Ces obligations peuvent avoir des bases légales comme l'ensemble des dispositifs législatifs relatifs aux créations intellectuelles des salariés, relayés parfois par le droit conventionnel, qui attribuent à l'employeur les droits de propriété sur ces créations réalisées à partir des moyens de l'entreprise, à quelques exceptions près. Mais ces obligations peuvent être également négociées au moment de la conclusion du contrat de travail, et il en va ainsi lorsque l'employeur introduit une clause de non-concurrence (CNC par la suite) qui interdit au salarié de travailler pour un autre employeur concurrent pendant une période qui est généralement limitée à deux ans.

Ce type de clause vise à protéger directement la clientèle de l'entreprise ou l'investissement dans la formation des salariés. D'une façon générale, il en

(*) Nous remercions Emmanuel Raynaud et deux référées anonymes de la revue pour leurs critiques stimulantes d'une première version de ce texte. Nous restons cependant seuls responsables des lacunes qui pourraient subsister dans la présente version.

résulte une tension entre la liberté du salarié à exercer une activité au profit d'un autre employeur, à valoriser son « capital productif » y compris en se mettant à son propre compte, et l'investissement de l'employeur. En cas de litiges, les tribunaux sont appelés à trancher. Leur décision a suscité des controverses autour du bien-fondé et de l'étendue des clauses de non-concurrence, et s'il faut plutôt privilégier la mobilité du travail ou plutôt protéger les intérêts des employeurs.

Ces controverses se sont particulièrement développées aux États-Unis aussi bien dans le milieu académique que juridique. Les conditions juridiques de validité des clauses de non-concurrence sont d'ailleurs différentes suivant les États américains. Un auteur (juriste) comme M.-B. Callahan (1985) fait état de ces controverses et expose en particulier deux lignes d'argumentation pouvant motiver l'intervention du juge américain dans la sphère contractuelle suivant la « rule of reason » (1). D'une part, la clause de non-concurrence restreint à la fois la mobilité des travailleurs qualifiés et la diffusion des connaissances essentielle à une économie concurrentielle. D'autre part, ces accords peuvent être considérés comme injustes parce que les employés n'ont pas toujours un pouvoir de négociation suffisant pour obtenir une pleine compensation des restrictions à la mobilité.

On retrouve d'ailleurs ces deux lignes d'argumentation dans les débats jurisprudentiels français (Vatinet, 2002). Sur le premier point, l'arbitrage entre l'exigence de mobilité du salarié et l'intérêt de l'entreprise va donner lieu au principe de proportionnalité. Sur le second point, notons que la jurisprudence de 2002 va conditionner la validité juridique d'une clause de non-concurrence au versement d'une contrepartie financière. Cette nouvelle jurisprudence constitue une façon de reconnaître l'asymétrie des pouvoirs de négociation dans le contrat de travail. En France, comme aux États-Unis, les professionnels du droit soulignent la forte imprévisibilité de la décision des tribunaux, bien que la CNC ait d'autant plus de chances d'être validée que la restriction à la mobilité du salarié est faible (Whitmore, 1990).

Aux États-Unis, le débat académique a été relancé plus récemment à partir de travaux analysant les liens entre dynamiques d'innovation et institutions du travail et de la propriété intellectuelle. Ces travaux reprennent l'argumentation défendant la mobilité des salariés et la diffusion des connaissances (Gilson, 1999).

(1) Notons que l'auteur conclut sur le fait que ces deux lignes d'argumentation ne sont pas très pertinentes, en particulier que les clauses de non-concurrence ont des effets anti-compétitifs que dans des cas exceptionnels. Le contrôle de ces clauses par les tribunaux, suivant la « rule of reason », est considéré comme trop coûteux et incertain. Ce qui fait dire à l'auteur que les comportements abusifs peuvent très bien être tranchés par le droit commun des contrats ou la législation anti-trust.

Dans cet article, notre propos n'est pas de se focaliser sur les dynamiques d'innovation dans une aire d'activité en référence à des facteurs juridiques en matière de propriété intellectuelle ou de clauses qui réduisent la mobilité des salariés. Il est de mieux comprendre, d'une façon plus générale, les raisons qui peuvent pousser les entreprises à introduire ou non des clauses de non-concurrence dans une configuration institutionnelle où elles ont cette possibilité, comme c'est le cas de la France et de la plupart des pays européens. Cet objectif va nous conduire à prendre en compte différentes configurations productives et un plus large spectre d'institutions permettant de gérer tout à la fois la mobilité des salariés et les investissements des entreprises. En particulier, cela pose la question du rôle que peuvent jouer dans cette régulation des règles professionnelles ou des règles issues de la négociation collective au sein de chaque branche d'activité. Plus généralement, nous allons mettre l'accent sur la question du respect des contrats et de l'intervention des tribunaux (Masten 1997, Klein 1996).

Dans une première partie, nous présentons différentes perspectives théoriques à partir desquelles nous avançons des propositions explicatives de recours à ce type de clause dans les contrats de travail. Trois types de facteur sont analysés : le degré d'appropriation des actifs immatériels, la politique de diffusion des connaissances technologiques des entreprises, ainsi que la distribution des connaissances en leur sein. Dans la deuxième partie, nous exposons les spécificités du droit français en ce domaine. La troisième partie est consacrée à l'exploitation d'une base de plus de 400 contrats de travail. Nous y présentons les résultats d'une analyse économétrique permettant d'estimer les facteurs explicatifs de la probabilité de recours à une clause de non-concurrence. Nous discutons ces résultats, dans une quatrième partie, et avançons des arguments pour alimenter le débat sur le bien fondé de ces clauses, avant de conclure sur les développements futurs de notre recherche.

I. — PERSPECTIVES THÉORIQUES

Comme nous l'avons rappelé dans l'introduction, la clause de non-concurrence pose le problème de l'appropriation des actifs immatériels et du partage de la rente associée à ces actifs dont la constitution repose en partie sur l'activité des travailleurs (Holmstrom et Milgrom, 1994). Du fait de la pluralité des actifs immatériels qui contribuent à la valorisation des « produits » sur les marchés (de la conception à la vente en passant par la production), l'objectif de la clause de non-concurrence peut être multiple et dépend des spécificités productives des entreprises.

Nous allons présenter la littérature économique qui s'est principalement développée aux États-Unis afin d'entrevoir à la fois les enjeux attachés aux obligations de non-concurrence et ce qui peut pousser les entreprises à les introduire dans les contrats de travail. Nous allons commencer par les approches en termes de contrat incomplet, puis nous passerons à celles qui mettent l'accent sur les dynamiques d'innovation. Nous donnons ensuite plus

d'extension à ces analyses pour prendre en compte la diversité des configurations productives. Nous terminerons cette partie en proposant une synthèse des différentes hypothèses que l'on peut retenir pour expliquer le recours à CNC. Nous complétons ces hypothèses en mettant l'accent sur le rôle des réseaux professionnels et de certains dispositifs institutionnels.

1.1. Investissement et contrat de travail incomplet

Il existe dans la littérature économique plusieurs approches qui mettent l'accent sur le caractère incomplet des contrats du fait de l'existence de coûts de transaction (Masten, 1999). Ces coûts renvoient en particulier aux coûts de négociation et de rédaction des contrats, ou de leur respect, du fait du caractère coûteux de l'intervention des tribunaux lorsqu'il s'agit de vérifier les investissements réalisés par les parties (Williamson, 1985). L'incomplétude contractuelle conduit à analyser les problèmes de sous-investissement liés à des risques de « hold-up » et à proposer les « arrangements contractuels » les plus efficaces.

La spécificité du contrat de travail

Une des caractéristiques du contrat de travail est que l'employeur, bien qu'il investisse dans la formation des salariés, ne peut pas s'approprier le capital humain. Le salarié est libre de valoriser le capital humain général là où il l'entend. Cela constitue une différence importante avec les autres actifs sur lesquels peuvent être définis des droits résiduels de contrôle (de l'usage des actifs et donc de droits de propriété) qui permettent de compléter les contrats au cours du temps et de l'apparition de certains événements imprévisibles au moment de la signature du contrat (Hart & Moore, 1988).

Lorsque les investissements en « capital humain » sont particulièrement importants et facilement redéployables dans d'autres entreprises, les risques de hold-up par le salarié augmentent. Ce dernier peut chercher à négocier son salaire à la hausse ou encore à se faire embaucher par un autre employeur. L'abandon contractuel par le salarié de tout droit de propriété intellectuelle (DPI par la suite) ou sur la clientèle de l'entreprise est une façon de prévenir ce risque de hold-up (Hart, 1995). Mais il existe tout un ensemble d'actifs immatériels qui restent difficilement appropriables et qui participent à la construction du patrimoine technologique ou à l'image de marque de l'entreprise. Ces actifs perdent de leur valeur lorsqu'ils tombent dans les mains des concurrents.

La CNC peut constituer un moyen de protection du capital humain ou plus généralement des actifs intangibles pour lesquels les DPI sont faibles (2). En cas de litiges portés devant les tribunaux, en particulier aux États-Unis, le

(2) Notons que ce n'est pas à proprement parler une spécificité du contrat de travail et qu'on retrouve ce type de clause dans les *joint-ventures* de recherche, dans les accords de *clustering* ou de franchise, ou encore les contrats de licence de technologie, entre différentes entreprises qui opèrent sur le même marché (Bessy et Brousseau, 1998).

risque de hold-up lié à l'investissement dans la formation des salariés fait l'objet de moins de considération que la protection des autres actifs intangibles qui sont facilement appropriables par les concurrents (secret professionnel, information confidentielle, clientèle). Lorsqu'il est pris en compte, les juges sont peu enclins à restreindre la mobilité des travailleurs. C'est pour attirer l'attention des juges sur ce type de hold-up par le salarié que Posner *et alii* (2004) se sont intéressés à l'usage des CNC dans le contrat de travail.

CNC et protection de l'investissement en capital humain

Depuis les travaux de G. Becker (1964), l'idée est que ce sont les employeurs qui doivent financer la formation générale et alors recouvrir leur investissement en payant un salaire inférieur à la contribution productive du salarié. Le problème est que la mobilité de ce dernier peut empêcher le recouvrement entier de l'investissement qui peut se faire dans un laps de temps assez court. Suivant cette perspective, Rubin et Shedd (1981) justifient alors l'usage de CNC. Mais ces auteurs ne disent rien sur l'efficience *ex post* pour un travailleur de se mettre au service d'un autre employeur, du fait qu'il va mieux valoriser son capital humain.

Afin d'éclairer le jugement des tribunaux en matière de CNC, l'analyse de Posner *et alii* (2004) traite à la fois de l'efficience *ex post* (mobilité du travail) et *ex ante* (investissement en capital humain). Il compare les CNC avec les remèdes alternatifs à la rupture du contrat que sont les clauses de « specific performance » (exécution forcée) ou de « liquidated dommages » (dommages et intérêts), en les considérant comme des clauses hybrides. Un des résultats est que lorsque les CNC peuvent être renégociées, cela conduit à des performances et des investissements optimaux.

Dans leur modèle, les auteurs partent de l'idée que lorsque le facteur de travail est mobile, le capital humain se dirige vers l'utilisation qui le valorise le mieux (entreprise concurrente ou non à la firme initiale), mais les employeurs sont alors peu enclins à investir dans la formation de leurs employés car elle risque d'être captée par d'autres employeurs. La valeur du travail du salarié dépend de l'investissement en formation de la firme et d'un paramètre qui est la valeur d'une variable d'état aléatoire au temps et qui rend compte des avantages comparatifs du salarié à travailler dans différents types d'entreprise (firme initiale, firme concurrente comme un nouvel entrant, firme non concurrente). On suppose que les valeurs de cet investissement et de ce paramètre sont observables par le salarié et les différentes firmes, mais que ces valeurs ne sont pas vérifiables par le tribunal. Ainsi ce dernier ne peut pas vraiment estimer les montants des dommages et ne peut pas donc faire respecter un contrat contingent complet. *A contrario*, le tribunal peut facilement vérifier dans quelle firme le salarié travaille réellement à un moment donné et, quand une CNC est spécifiée, quelle firme est dans le champ de prohibition de cette clause.

En termes de recommandations juridiques, les auteurs exhortent les tribunaux à mieux évaluer le risque de hold-up et apprécier l'intérêt des CNC, en

particulier lorsque les coûts de renégociation sont très faibles. Selon eux, cette possibilité de renégociation est une hypothèse réaliste qui est confortée par l'observation de pratiques courantes de suspension des CNC en échange d'une compensation monétaire offerte par le salarié partant pour la concurrence. Il faut néanmoins contrôler l'étendue spatiale de la CNC afin de limiter, au cours du processus de renégociation, l'extraction du surplus par la firme initiale, et de favoriser la meilleure valorisation du travail.

Le principal intérêt de l'analyse de Posner *et alii* est donc de relier l'usage des CNC à l'importance de l'investissement en formation des entreprises qui risque d'être capté par d'autres employeurs. Cet investissement constitue une source d'explication, de l'usage des CNC, différente de celle basée uniquement sur la protection des actifs intangibles qui sont difficilement appropriables par les entreprises.

1.2. Processus d'innovation et institutions régulant la mobilité des salariés

Nous allons voir maintenant comment la littérature sur les dynamiques d'innovation donne un autre éclairage du débat sur l'usage des clauses de non-concurrence. D'une part, cette littérature cherche à mieux spécifier l'appropriation des actifs immatériels suivant les structures organisationnelles des entreprises, les processus d'innovation et les différents instruments du droit de la propriété intellectuelle (Levin *et alii*, 1987). D'autre part, elle analyse aussi cette question en fonction des stratégies de diffusion des connaissances technologiques des entreprises et de leur localisation géographique. Une série de travaux s'est développée récemment autour de l'analyse plus globale des systèmes nationaux ou régionaux d'innovation en relation avec le cadre institutionnel. Dans leur ouvrage sur les « variétés du capitalisme », Hall et Soskice (2001) ont ainsi cherché à expliquer les modèles d'innovation propres à chaque pays suivant la nature du cadre institutionnel, et en particulier les institutions du marché du travail (3). Suivant une autre approche, qui s'inscrit plus dans l'analyse traditionnelle des districts industriels, l'accent est mis sur le rôle joué par la localisation des entreprises (et des universités) dans l'explication de leurs performances, mesurées en nombre de brevets, liées aux effets des « spillovers technologiques », en particulier de diffusion de connaissances tacites (Jaffe, 1986).

Dynamique d'innovation dans les districts et mobilité du travail

L'intérêt pour notre sujet des travaux de Ronald Gilson (1999) est d'analyser l'impact des clauses de non-concurrence sur la dynamique d'innovation d'un district industriel. Son analyse s'appuie sur la comparaison entre deux districts, celui de la « Silicon Valley », dans l'État de Californie, et celui de la

(3) Sur le cas allemand du développement du secteur des biotechnologies, voir Casper (1999).

« Route 128 », dans l'État du Massachusetts (4). Le cadre d'analyse retenu met l'accent sur les problèmes de coordination interentreprises pour faire émerger un cycle d'innovation dans un district.

Avant d'analyser finement ce problème de coordination interentreprises, Gilson montre la différence entre la protection des connaissances propres à l'entreprise par la voie du « secret commercial » (*trade-secret*) et par l'introduction d'une CNC. Alors que dans le premier cas, la diffusion ou l'usage est tout simplement interdit, dans le second cas c'est le mécanisme même de diffusion des connaissances qui est bloqué. L'employé est contraint de ne pas concurrencer son ancien employeur pour une période de temps donnée et une aire géographique qui correspond au marché dans lequel l'employeur est actif. En conséquence, l'usage étendu des CNC ralentit la mobilité des employés jusqu'au point où le niveau de diffusion des connaissances est trop bas pour supporter un cycle d'innovation d'envergure (5).

L'auteur en arrive à l'interprétation suivante. Dans l'État du Massachussets, le recours à la clause de non-concurrence a eu pour effet de favoriser les carrières au sein d'une même entreprise (avec un système de promotion à l'ancienneté), l'intégration verticale et en dernier ressort l'innovation en interne plutôt que l'innovation au sein d'un district. Ceci, de façon complémentaire avec la culture des affaires et les institutions propres à cet État qui, une fois établi, conduit à un équilibre auto entretenu.

Dans l'État de Californie, la quasi-interdiction des clauses de non-concurrence conduit à un autre équilibre. Elle permet de faire converger l'intérêt privé des entreprises et l'intérêt collectif, au sens où les profits joints inhérents au cycle d'innovation dans un district supplantent les coûts liés à la dilution de la propriété intellectuelle. Les « spillovers technologiques » induits par la mobilité des salariés conduisent à diminuer le coût de la connaissance et permettent aux entreprises nouvelles entrantes d'en profiter et de se spécialiser dans un morceau de la technologie requise pour le développement de produits commercialisables (facteur marshallien d'externalité de marché). Gilson met l'accent sur le fait que cet équilibre est auto-émergent au sens où les entreprises n'ont pas besoin de négocier de façon explicite pour évaluer le fait que les restrictions à la mobilité ne sont pas efficaces.

En résumé, la possibilité d'utiliser des CNC est considérée par l'auteur comme le principal élément d'explication de la différence entre les deux modèles d'emploi et de carrière des salariés, de diffusion des connaissances interentreprises, et, par suite, des performances économiques des deux districts. Historiquement, et

(4) Cette comparaison avait été initialement réalisée par Saxenian, auteur qui mettait l'accent sur les différences de culture des affaires pour expliquer la réussite de la Silicon Valley et l'échec de la Route 128.

(5) Gilson met l'accent sur le fait que la période maximum de deux ans reflète la durée limitée de la valeur de ce type de connaissance du fait du cycle de vie des produits.

en suivant un raisonnement en terme de « path dependency », il construit la possibilité juridique de recourir à une clause de non-concurrence comme un petit événement (« small event ») capable de faire basculer une configuration productive sur une trajectoire de développement plutôt que sur une autre.

L'analyse de Gilson a été récemment critiquée par Gorga et Halberstam (2005) qui mettent l'accent sur le fait que les entreprises « High-Tech » de la Silicon Valley ont besoin également de protéger leur patrimoine technologique en fidélisant leurs salariés détenteurs de connaissance tacite. Dans cette perspective, ces auteurs expliquent le développement des pratiques de plans de Stock-Option (SO par la suite) comme un moyen alternatif de rétention des connaissances au sein de ces entreprises « High-Tech », en l'absence de la possibilité de recourir à des clauses de non-concurrence dans cette région. Par ailleurs, ces plans de SO constituent un dispositif d'attachement des connaissances bien adapté pour les « Start-up » dans un contexte d'une concurrence active pour recruter les employés bien formés et créatifs.

1.3. Extension de l'analyse à différentes configurations productives

Notre objectif dans ce texte n'est pas d'expliquer des dynamiques d'innovation dans une aire d'activité suivant l'existence de certains dispositifs juridiques. Il est de mieux comprendre ce qui peut pousser les entreprises à introduire ou non des CNC dans une configuration où les entreprises ont cette possibilité, en faisant varier les configurations productives. On peut alors chercher à donner plus de généralité aux propositions précédentes.

La politique de diffusion des connaissances technologiques des entreprises

Par rapport au modèle de Posner *et alii* (2004), basé sur les tensions entre mobilité du travail et protection de l'investissement en formation, l'intérêt de l'analyse de Gilson est de montrer que, dans le cas de la dynamique d'innovation autour d'une nouvelle technologie, investissement en formation et mobilité du travail ne sont pas forcément contradictoires. L'introduction d'une clause de non-concurrence est alors peu efficace. On peut d'ailleurs faire le même raisonnement en ce qui concerne l'utilisation de clauses de confidentialité interdisant au salarié de diffuser des informations considérées comme confidentielles. On touche ici à une tension forte pour les entreprises en matière de gestion des ressources humaines et d'innovation, car cette dernière peut être dépendante de l'intégration des salariés à des communautés de savoir « extérieures » à l'entreprise dans laquelle ils travaillent (David 2001, Rot 2005) (6).

(6) Ce genre de tension se retrouve dans le cas spécifique des chercheurs et de l'arbitrage entre les incitations à ce qu'ils contribuent à la recherche académique et celles qui les poussent à développer les produits de l'entreprise. Il y a donc un compromis à trouver par l'employeur entre la récompense de la production scientifique du chercheur, qui lui permet un bon ancrage dans l'académie, et de la prise de brevet à partir de son travail d'innovation technologique. Pour un tel type d'analyse, voir Cockburn *et alii* (2001).

Chacun a intérêt de bénéficier des développements des autres pour assurer l'hégémonie du collectif ainsi formé et de la technologie associée. Dans cette configuration, la mobilité des salariés est valorisée car elle est la source de la diffusion du savoir technologique difficilement codifiable.

On peut même étendre le raisonnement aux connaissances technologiques qui pourraient être protégées sous le sceau du « secret commercial », ou, même encore, en référence au brevet ou au droit d'auteur. Les pratiques extensives de licence de brevet, sinon de licence gratuite, permettent d'assurer alors l'émergence d'un standard technologique (Bessy et Brousseau, 1998). À l'inverse, lorsque l'entreprise cherche à conserver sa position de monopole sur le marché des technologies, elle aura une stratégie plus agressive de défense de ses titres de propriété, de ses informations confidentielles, et cherchera à réduire la mobilité de ses salariés.

En dehors de la recherche d'un « standard technologique », une telle pratique de la diffusion des connaissances basées sur la mobilité des salariés se retrouve dans certaines activités de prestation de services dites « intensive knowledge activities » qui cherchent à défendre la qualité de leur service en se regroupant par profession (7). Cela constitue une autre forme d'externalité positive de marché basée sur la diffusion de connaissances peu codifiées (8). Chacune des entreprises participe à la formation des nouveaux entrants qui sont par ailleurs encouragés à se mettre à leur compte, la profession participant également à la formation initiale et continue de ses membres. Par ailleurs, la possibilité laissée au salarié d'exploiter les connaissances accumulées a l'avantage de pouvoir attirer des salariés (novices ou experts), sachant qu'ils pourront redéployer leur expertise dans une autre entreprise ultérieurement. Ainsi, l'absence de restriction à la mobilité permet non seulement de mutualiser les dépenses de formation au sein d'un marché professionnel, de création et de diffusion des connaissances, mais aussi, d'encourager l'esprit d'entreprise et le recrutement de salariés à « fort potentiel », retentissant en retour sur l'image de la profession.

(7) Étudiant de près le fonctionnement des cabinets d'avocats d'affaires US, un auteur comme E. Lazega (2002) montre que l'entretien de la qualité des prestations juridiques est basé, non seulement, sur la mobilité des avocats, mais aussi, sur des réseaux de conseils intercabinets dont les modalités d'échange sont encadrées par des règles professionnelles contraignantes (existence d'un Ordre).

(8) Une autre forme d'externalité positive peut être inhérente à la création de marchés locaux du travail qui améliorent la qualité des appariements et la diffusion des connaissances technologiques. Les travaux de Combes *et alii* (2008) montrent que si le marché final est grand, les biens très différenciés et les travailleurs assez homogènes, les entreprises choisissent de se localiser dans la même région, pratiquent le débauchage et ne cherchent pas à fidéliser leurs employés en augmentant les salaires. Cela conduit à un marché du travail local très actif et propice aux *spillovers* technologiques.

La distribution des connaissances au sein des entreprises

Entre les configurations productives où les connaissances technologiques sont incorporées dans des équipements et des outils, facilement protégeables par des DPI, et celles où ces connaissances sont détenues par les employés, et donc difficilement appropriables par l'entreprise (savoirs pratiques, connaissance des clients et des réseaux professionnels), on peut distinguer les configurations productives dans lesquelles les savoirs sont plutôt incorporés dans des « routines organisationnelles » (Nelson et Winter, 1982).

Dans cette configuration « intermédiaire », le savoir organisationnel est distribué entre tous les membres de l'organisation. Ces derniers sont remplaçables un à un et l'entreprise peut tolérer un certain *turnover* et n'a donc pas besoin de recourir à des clauses de restriction à la mobilité. L'hypothèse faite par Gorga et Halberstam (2005) est que, du fait des coûts inhérents à l'action collective, les employés peuvent difficilement se coordonner pour démissionner en groupe. Signalons qu'on peut faire une hypothèse différente basée sur la possibilité pour des « individus clefs » de se coaliser et de partir pour fonder une entité concurrente. Cette possibilité est accrue en période de haute conjoncture dans le secteur d'activité car les opportunités d'installation sont démultipliées et moins risquées. Une parade pour l'employeur est alors d'inclure dans le contrat une clause de non-débauchage.

On peut faire le même raisonnement en ce qui concerne la clientèle. La possibilité qu'un salarié, ou une équipe, s'attache une clientèle en son nom propre constitue ainsi un facteur explicatif important de l'implémentation d'une clause de non-concurrence dans le contrat de travail. *A contrario*, lorsque la clientèle est attachée à l'entreprise, à sa marque de fabrique, cela ne rend pas nécessaire le recours à une clause de non-concurrence. Nous avons pu le constater dans le cas des commerciaux de grandes entreprises automobiles dont les contrats de travail n'incorporent pas un tel type de clause (Bessy, 2007).

Plus généralement, on peut étendre le raisonnement à tous les actifs immatériels. Dans les configurations où les salariés peuvent difficilement s'approprier ces actifs, parce que la clientèle ou le savoir-faire de l'entreprise sont fortement distribués parmi l'ensemble de ses membres, le recours à une CNC serait rarement envisagé. Cette configuration serait plutôt le cas des grandes entreprises ou des organisations dont les processus de production sont caractérisés par d'intenses interactions supportées par des routines organisationnelles difficilement appropriables par un seul salarié (9). *A contrario*, dans les petites structures, la distribution des connaissances (technologie, clientèle) est concentrée sur un plus petit nombre d'individus qui peuvent facilement passer à la concurrence, en particulier en se mettant à leur compte, lorsque les oppor-

(9) L'étude de G. Rot (2005) sur les chercheurs dans une grande entreprise de l'industrie pétro-chimique, montre que l'introduction de CNC n'est pas courante du fait de la co-production des connaissances technologiques.

tunités commerciales s'accroissent. Les coûts de gestion associés à une trop grande rotation du personnel peuvent conduire alors à utiliser des CNC.

1.4. Plusieurs facteurs d'explication du recours aux CNC

À partir des développements analytiques précédents, on peut retenir au moins trois types d'hypothèse pour expliquer le recours à une CNC dans un contrat de travail. Ce dernier serait d'autant plus important que :

Le risque d'appropriation par le salarié des investissements en actifs immatériels des entreprises (connaissances techniques, clientèle, méthodes d'organisation,…) est important.

La distribution des connaissances non appropriables par l'entreprise est concentrée sur un petit nombre de salariés, accroissant leur possibilité de passage à la concurrence.

Les entreprises d'un même secteur d'activité ne profitent pas d'externalités positives de marché ou encore de profits joints liés au développement du secteur.

Ces hypothèses sont propres à la CNC, ou encore pourraient servir de cadre d'analyse des obligations de non-concurrence au cours de la relation de travail, comme les clauses d'exclusivité. Il est important aussi de mentionner des facteurs explicatifs plus généraux.

Le pouvoir de négociation des salariés sur le marché du travail

Lorsque les entreprises anticipent une période durable de haute conjoncture ou l'accroissement de la concurrence dans leur « localité », cela peut les pousser à inclure une CNC dans les contrats de travail pour réduire la mobilité de leurs salariés. Mais ce type de pratique risque de détourner les salariés les plus compétents ayant de nombreuses possibilités d'emploi. En effet, un salarié ayant un fort pouvoir de négociation sur le marché du travail peut refuser la CNC ou alors l'accepter en imposant à l'employeur une importante contrepartie financière, au-delà des minimaux fixés par les conventions collectives.

Nos données empiriques disponibles ne permettent pas de vérifier ce type d'hypothèse. Il faudrait en particulier avoir un indicateur de tension du marché du travail par type de métier permettant d'approximer le pouvoir de négociation des salariés. Néanmoins, pour montrer la portée sans doute limitée de ce type d'argument, il est important de revenir à la nature de la garantie offerte par la CNC, en s'appuyant sur l'analyse des clauses contractuelles proposée par les approches des « contrats incomplets ». Le modèle de Posner *et alii* (2004) met l'accent sur le caractère « vérifiable » par les tribunaux de la clause de non-concurrence. Mais, ce modèle ne nous dit rien sur l'acceptation d'une telle clause par le salarié, à l'exception qu'il peut demander une contre-

partie financière suivant un calcul parfaitement rationnel du coût d'opportunité à accepter une telle clause.

La pluralité des règles institutionnelles

L'intérêt de l'approche institutionnaliste (en particulier de la Nouvelle Économie Institutionnelle) est justement de mieux faire comprendre les conditions sociales d'acceptation d'une telle clause, en relâchant l'hypothèse d'une rationalité substantielle. C'est dans cette perspective qu'un auteur comme S. Masten (1997) a cherché à analyser les différences entre les termes nominaux des contrats et les intentions réelles des parties. À partir de l'exemple de contrats de distribution entre un grand constructeur de matériel informatique et ses distributeurs, l'auteur montre le caractère formel d'une clause contractuelle qui interdit la « sous-vente » à des détaillants qui ne sont pas autorisés par le constructeur (10). Dans la pratique, cette clause, qui conduit à la rupture du contrat, est peu activée. Ainsi, chacune des parties a bien conscience de l'existence d'une zone de tolérance du fait de leur expérience des pratiques contractuelles dans ce domaine d'activité émergent. Ce sont les usages, les règles implicites partagées au sein d'un même réseau professionnel sur ce qu'est un comportement vraiment déloyal, qui font que les distributeurs de matériel informatique acceptent le contrat, même en présence d'une clause prohibitive.

Masten reprend d'une certaine façon l'argument de Williamson (1985) concernant les règles juridiques, à savoir que ces règles ne constituent qu'une forme de règlement institutionnalisé des conflits. Les relations contractuelles de long terme reposent sur des règles informelles de coopération inspirant une certaine forme de loyauté et de confiance mutuelle dans le fait que chacune des parties ne fera pas un usage stratégique des règles formelles. On peut appliquer le même type de raisonnement à l'implémentation d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail. Cette dernière ne serait activée par l'employeur que dans les cas où la concurrence inhérente à l'activité de l'ancien salarié nuirait gravement à ses intérêts. L'existence d'une marge de tolérance permet en retour que la présence d'une telle clause dans le contrat ne dissuade pas totalement le salarié de participer à la création d'actifs intangibles.

Le caractère d'exception de la CNC est largement corroboré par l'étude des pratiques qui montre que, dans le cas français, les employeurs font rarement jouer cette clause et attaquent peu un salarié, en partance pour la concurrence, devant les tribunaux (voir *infra* § 2.3). Par ailleurs, il faut souligner que l'ac-

(10) Pour illustrer son raisonnement, Masten prend l'exemple de la politique d'IBM visant, durant les années 1980, à limiter les ventes de ses « ordinateurs personnels » (PC) à des détaillants autorisés qui perçoivent des rabais lorsque le nombre de PC vendus augmente (le « bootlegging »). Il met l'accent sur le fait que dans certains cas IBM a intérêt à développer un « marché gris » constitué de détaillants non autorisés, mais qui assurent avec un certain succès la formation d'un public peu familiarisé avec les pratiques informatiques.

ceptation d'une clause de non-concurrence par le salarié est d'autant plus probable que, comme nous allons le voir ensuite, les modalités de cette clause sont codifiées par certaines conventions collectives de branche. Cette codification assure ainsi des garanties juridiques au salarié (mais aussi à l'employeur) en matière de définition et d'application de la clause, et de contrepartie financière.

La dernière question que l'on peut se poser est de savoir quel est le seuil de « confiance » qu'il faut atteindre pour que les parties ne s'entourent d'aucune garantie juridique. On peut supposer que seule l'existence de mécanismes puissants de réputation au sein d'un réseau de relations professionnelles peut limiter la recherche de garanties juridiques, en particulier le recours à une CNC (11). On se rapproche des règles propres à une profession, un district industriel, ou un « système productif local » dans lequel coexistent des coopérations et des relations de compétition (Grossetti, 2004). Ces règles jouent un rôle aussi bien dans la diffusion des connaissances permettant l'innovation que dans l'arbitrage des litiges en matière de comportements jugés déloyaux. En l'état actuel de notre base, l'absence de données sur la structure des réseaux sociaux, ou encore sur l'existence de « clusters technologiques », dans lesquels s'ancrent les entreprises, ne permet pas de tester ce type d'hypothèse.

II. — LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE EN DROIT FRANÇAIS

Juridiquement, la clause de non-concurrence a été importée du droit commercial et concernait traditionnellement les travailleurs indépendants. Elle ne fait l'objet d'aucune disposition légale spécifique et est donc régie par le droit commun des contrats. De ce point de vue, le droit français se rapproche du droit nord-américain ou britannique et se distingue du cas allemand, pays dans lequel une loi du Code du commerce réglemente l'usage des CNC. Au cours de ces dernières années, il n'y a pas eu de changement profond du droit français en la matière, à l'exception de l'obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière, obligation définie en 2002 par la jurisprudence.

2.1. Les principes généraux

Historiquement, avec le développement du salariat, la CNC s'est étendue aux salariés dont l'activité consistait à assurer un service, une vente auprès de la clientèle de l'entreprise (garçons coiffeurs, chauffeurs ambulanciers, gérants salariés de fonds de commerce, représentants). Elle permettait donc principalement de protéger la clientèle de l'entreprise lorsque le salarié se mettait à son compte ou travaillait pour un concurrent. L'usage de ce type de clause s'est progressivement diffusé ensuite aux ingénieurs et aux cadres possédant une certaine expertise, la jurisprudence acceptant même plus difficilement cet

(11) Ce point est bien analysé par de B. Klein (1996).

usage pour les salariés les moins qualifiés, mais sans les exclure dans l'absolu (12). Elle peut être prévue par tout type de contrat, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée, à temps partiel ou d'apprentissage.

Par ailleurs, un juriste comme A. Supiot (1999) nous dit que cette clause était tolérée par la jurisprudence au nom de la force obligatoire des conventions. Son usage a été ensuite de plus en plus restreint au nom de la liberté d'entreprendre (pour l'indépendant ou de la liberté du travail pour le salarié). Aujourd'hui elle est considérée comme licite que si elle fait l'objet d'une compensation financière, suite à un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 2002. Ce critère, qui reconnaît l'asymétrie du pouvoir de négociation dans le contrat de travail, s'ajoute aux critères de limitation dans le temps et dans l'espace de la clause traditionnellement retenus par la jurisprudence. Ces trois conditions de validité étant cumulatives. Par ailleurs, la clause doit être indispensable à l'intérêt de l'entreprise et tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié.

Comme nous l'avons souligné dans l'introduction, la validité d'une telle clause peut être remise en cause suivant le principe de proportionnalité entre la liberté de travail du salarié et l'intérêt légitime de l'entreprise (Vatinet, 2002). Notons que, à l'instar des États-Unis, l'incertitude sur l'issue des procès, du fait de la marge d'interprétation des tribunaux en ce qui concerne la limitation ou non de la concurrence, conduit certains juristes à prohiber ce type de clause. Il suffirait de s'en remettre au droit commun des contrats et au principe de la responsabilité civile délictuelle sanctionnant une concurrence déloyale (Serret, 1994) (13).

2.2. Les modalités des CNC

Les conventions collectives peuvent prévoir les conditions auxquelles doivent satisfaire les clauses de non-concurrence, en particulier la nécessité de recourir à un écrit ou l'obligation pour l'employeur de verser une contrepartie financière, le contrat de travail pouvant contenir néanmoins des dispositions plus favorables (14). Notons que certaines conventions collectives (exemple

(12) Ainsi la Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour d'appel relevant notamment que le salarié, en l'occurrence un vendeur-livreur d'un grossiste en fleurs, n'avait pas une qualification très spécialisée (*Liaisons sociales*, 1991).

(13) À cet égard, J.-J. Serret fait référence à la réglementation de la profession des avocats (la loi du 31 décembre 1990) qui dispose que « le contrat de collaboration ou le contrat de travail ne doit pas comporter de stipulation limitant la liberté d'établissement ultérieure du collaborateur ou du salarié », tout en réservant implicitement l'application des règles de la concurrence déloyale.

(14) Voir le dossier consacré à la clause de non-concurrence par *Liaisons sociales* (1991). À partir de l'examen de 249 conventions collectives, les auteurs montrent que 20,3 % de ces conventions contiennent des dispositions relatives à ce type de clause. Parmi celles-ci, les trois quarts prévoient une contrepartie financière chiffrée et une toute petite minorité (quatre cas) exclut expressément du champ d'application de la clause certains cas de rupture.

des moniteurs d'auto-école) prévoient que tout contrat de travail comporte une clause de non-concurrence ; dans ce cas l'employeur peut en principe en invoquer le respect même en l'absence de clause particulière dans le contrat. Symétriquement, certaines réglementations professionnelles, comme celle qui codifient les conditions de travail des avocats ou des médecins salariés, interdisent le recours à la clause de non-concurrence.

Même si la CNC est déjà codifiée par la convention collective, il est obligatoire de faire figurer la clause dans le contrat de travail, suite à une décision jurisprudentielle de 1987. D'une façon générale, cette obligation d'information écrite du salarié par l'employeur va être renforcée par la directive européenne de 1991 (voir annexe). Mais, ce développement du formalisme va aussi s'accroître au fur et à mesure de l'accroissement des litiges, portés par les salariés devant les conseils de prud'hommes, en matière de licenciement pour motif individuel (Bessy, 2007).

Au-delà des restrictions temporelle et spatiale, ainsi que de la contrepartie financière, la plupart des CNC intègrent une clause de dommages et intérêts en cas de non-respect par le salarié (60 % des cas). Cette clause pénale agit comme un moyen de pression sur le salarié, un montant élevé l'incitant à la respecter. La rédaction de la CNC peut aussi inclure la date de prise d'effet de la clause ou les conditions de renonciation totale ou partielle de l'employeur, les contraintes d'information qui pèsent sur le salarié. Par exemple, l'obligation pour le salarié de révéler l'identité de son nouvel employeur permet à son « patron » initial d'en contrôler son respect.

2.3. Les litiges inhérents aux CNC

Soulignons que les conditions de renonciation par l'employeur à la CNC font l'objet de nombreux litiges et constituent un grief courant adressé par le salarié lorsqu'il est licencié et qu'il demande d'obtenir le versement de la contrepartie financière (*La revue*, 2007). Mais, dans bien des cas, l'objet du litige tient aussi à la définition du périmètre ou de l'espace de non-concurrence. Le litige peut porter sur le secteur d'activité prohibé ou les fonctions interdites et/ou les entreprises concurrentes, ou encore sur la limitation géographique : une aire en « X km », une région ou la France entière. Des restrictions excessives peuvent amener le juge à prononcer la nullité totale ou partielle de la clause, suivant le principe de proportionnalité entre les intérêts légitimes de l'entreprise et la possibilité pour le salarié d'exercer normalement son activité.

Nous ne possédons pas de statistiques précises sur les litiges en la matière qui sont portés devant les tribunaux. Néanmoins, nous pouvons citer une étude portant sur 223 dossiers de litiges « cadres », répartis sur toute la France et pour l'année 2002, qui montre que les litiges suite à la rupture du contrat de travail (licenciement) représentent la grande majorité des recours aux prud'hommes (Fontaine, 2003). Parmi les motifs de litiges qui nous intéressent,

l'étude ne recense que neuf cas de litiges, à l'initiative des employeurs, portant sur la clause de non-concurrence. Les employeurs obtiennent gain de cause dans un tiers des cas, en particulier lorsqu'ils réussissent à prouver que le salarié avait une véritable intention de nuire à leurs intérêts. Signalons, néanmoins, que les litiges en la matière peuvent aussi se régler à partir de modes alternatifs de résolution des litiges tels que les transactions, ce qui est particulièrement le cas des salariés cadres (Melot, 2003).

III. — L'ANALYSE ÉCONOMÉTRIQUE DE LA CNC À PARTIR D'UNE BASE DE CONTRATS DE TRAVAIL

Nous proposons de tester certaines des hypothèses avancées précédemment à partir d'une base de contrats de travail qui représentent différents types d'emploi et d'entreprise, et qui dans plus de 85 % des cas ont été signés après l'année 1992 (n=403). En premier lieu, nous mentionnons comment nous avons effectué notre codage des clauses de non-concurrence dans le cadre de notre analyse économétrique. Vient ensuite la justification des facteurs explicatifs. Enfin, nous donnons les résultats d'une régression logistique cherchant à expliquer la probabilité de recours à une CNC dans un contrat de travail. Les aspects méthodologiques et statistiques de notre base de contrats sont présentés en annexe.

3.1. Le codage de la CNC

Dans notre travail de codage des contrats de travail, nous avons pris le parti de relever toutes les fois que le salarié s'engage à respecter une obligation de « non-concurrence » après la rupture du contrat, avec une mention précise de sa durée et de son étendue territoriale. En tout, 21,1 % des contrats contiennent une telle clause avec ce type de précision. La durée maximale d'application de la clause est de deux ans dans la très grande majorité des cas.

Les obligations de non-concurrence

Nous nous en tenons à cette définition pour définir la variable dépendante de notre analyse et la présentation de nos résultats statistiques suivant différentes variables (voir tableau 3 de l'annexe statistique). Signalons qu'il ne faut pas confondre la CNC avec d'autres obligations de non-concurrence, obligations qui pèsent sur le salarié dans le cours de l'exécution du contrat de travail. Il s'agit principalement des clauses d'exclusivité (présentes dans 44 % des contrats de l'échantillon) qui interdisent aux salariés de travailler pour un autre employeur, et des clauses de fidélité (24 %) qui cherchent à les dissuader d'avoir des « intérêts » dans des entreprises concurrentes. Notons que les premières (Coefficient de Corrélation de Pearson, CCP = 0.30) et, dans une moindre mesure, les secondes (CCP = 0.25), sont positivement corrélées avec les clauses de non-concurrence. Ces corrélations peuvent témoigner du fait que les entreprises cherchent à se protéger de l'appropriation des actifs immatériels par les salariés, à la fois pendant l'exécution du contrat de travail et après sa rupture.

Signalons que la clause de non-concurrence peut être complétée par une clause de non-débauchage qui empêche le salarié, après la rupture du contrat de travail et pendant une certaine durée, de débaucher des salariés de son ancienne entreprise. Cette clause que l'on trouve traditionnellement dans des « contrats de sous-traitance » ne se trouve que dans 5,5 % des contrats de notre échantillon. Mais 64 % des contrats contenant des clauses de non-débauchage intègrent également une CNC.

Enfin, la plupart des clauses de non-concurrence mentionnent le fait que le salarié n'ait aucun droit sur la clientèle qu'il a aidé à constituer et qu'elle reste la propriété exclusive de l'entreprise. Cette clause de « non-sollicitation de la clientèle » est présente dans 12,9 % des contrats de notre base, mais 88,5 % d'entre eux, qui contiennent ce type d'obligation, le font dans l'article contractuel consacré à la CNC.

Pour conclure, nous retenons une définition assez stricte de la clause de non-concurrence.

CNC et contrepartie financière

Nous ne prenons pas en compte, dans notre analyse économétrique, le fait que la clause puisse inclure une contrepartie financière. Cette proportion est trop faible. En effet, seulement 8,4 % des contrats mentionnent une telle clause avec une contrepartie financière au bénéfice du salarié, ce qui renvoie au critère jurisprudentiel récent de validité de la clause de non-concurrence. Cette nouvelle contrainte de validité est donc respectée dans 40 % des contrats qui implémentent une clause de non-concurrence.

Par ailleurs, le versement d'une contrepartie financière peut prendre des modalités différentes, ce qui complexifie l'analyse. On peut distinguer les cas où cette indemnité est versée (mensuellement) au salarié lors de l'exécution de son contrat (36 % des contrats prévoyant une compensation financière), y compris les contrats où il est fait mention explicitement que le salaire versé intègre cette contrepartie, des cas où elle prend la forme d'une indemnité versée pendant la période de non-concurrence, si l'employeur ne renonce pas à la clause après la rupture de la relation de travail (64 %). Dans la plupart des conventions collectives, cette contrepartie est fixée à 50 % du salaire moyen calculé sur les trois derniers mois de présence du salarié dans l'entreprise. Dans certains cas, le salarié peut même obtenir une contrepartie financière lorsque la clause n'est pas appliquée à la suite de la rupture du contrat (15). Ce dernier type de contrepartie peut être interprété comme une façon de compenser le coût d'opportunité du salarié lorsqu'il s'engage dans une telle relation

(15) Dans notre corpus, nous avons relevé un cas de maintien partiel de l'indemnité en cas de renonciation de l'employeur (« L'indemnité est payée pendant trois mois à dater de l'expiration du préavis »).

contractuelle, relativement à un contrat sans CNC ou à une mise à son compte en indépendant.

3.2. Les facteurs explicatifs de la CNC

Dans notre analyse économétrique, le choix des « facteurs explicatifs » est évidemment limité par les données de notre base sur les caractéristiques des emplois et des entreprises. Concernant les emplois, nous avons retenu, à titre explicatif principal, le type de métier (« famille professionnelle ») exercé par le salarié dans son entreprise (« RD, études, conseils, informatique », « commerce et vente », « production »,…). Cela permet de tester notre première hypothèse concernant le risque d'appropriation des actifs immatériels par les salariés. Les autres caractéristiques des emplois sont plutôt des variables de contrôle rendant compte du degré d'engagement du salarié dans la relation de travail et donc de sa capacité d'appropriation de ces actifs : *la catégorie hiérarchique* au sens des conventions collectives (« Ouvriers », « ETAM », « Ingénieurs et cadres »), la nature du contrat de travail, à savoir la *durée du contrat* (CDI/CDD), et si celui-ci est à *temps complet ou partiel*.

En ce qui concerne les caractéristiques des entreprises, nous avons retenu en premier lieu leur *taille* en distinguant trois modalités suivant le nombre de salariés (<100, entre 100 et 500, >500 salariés). C'est à notre avis une bonne « proxy » de la distribution des connaissances dans l'entreprise. Plus la taille de l'entreprise est petite, plus le risque d'appropriation des connaissances serait grand. En sens inverse, la petite taille de l'entreprise peut freiner le recours à une CNC du fait de son caractère coûteux : versement d'une contrepartie financière, rémunération d'un conseil juridique du fait de l'incertitude concernant la décision du tribunal en cas de litige sur ce type de clause (voir *supra*).

Une autre variante de la régression logistique (modèle (ii)) va prendre en compte l'importance du *turnover* (« faible » ou « fort ») déclaré par l'enquêté sur la catégorie d'emploi concernée (voir annexe). Cette variable permet d'introduire l'idée que l'employeur peut chercher à se protéger contre le risque de diffusion des connaissances, dans une configuration marquée par une forte rotation du personnel. Notons qu'il s'agit bien du *turnover* associé à la catégorie d'emploi concerné et non pour l'ensemble de l'entreprise. Ce qui permet d'éviter le risque de corrélation avec la taille de l'entreprise. L'inconvénient est que cette information n'a été recueillie que pour 245 contrats.

Nous n'avons pas pris en compte la convention collective (mentionnée dans le contrat) ou le secteur d'activité d'appartenance de l'entreprise, pour des raisons techniques liées à la définition de modalités. En effet, parmi les 20 modalités retenues dans la construction de notre base (voir annexe), certaines d'entre elles ne contiennent aucune ou très peu de CNC. Notons que l'élimination de ce type de variable a sans doute peu d'importance car dans notre échantillon nous n'avons aucune convention collective qui rend obligatoire la CNC dans le contrat de travail (cas des moniteurs d'auto-école) ou, au contrai-

re l'interdit (les avocats salariés) (16). Le principal inconvénient est de se priver d'une information sur l'intensité de la concurrence dans chaque secteur. L'idée est que d'une façon générale l'intensité de la concurrence accroîtrait le recours à la CNC.

Un autre moyen est de retenir une mesure de la *concentration des emplois* des entreprises rendant compte de la disparité de leur taille par secteur d'activité. Un indice de Gini a été calculé permettant de distinguer différentes modalités de concentration (voir annexe). Un tel indicateur est utilisé ici comme une variable de contrôle, faute d'avoir des données précises sur la concentration spatiale des entreprises afin de prendre en compte la mobilité imparfaite du travail.

Enfin, nous avons introduit comme variable de contrôle la période durant laquelle le contrat a été signé en distinguant trois sous-périodes : 1970-1992, 1993-2001, 2002-2004. Les années charnières correspondent à des évolutions sensibles du droit français du contrat de travail, en général, et en matière de CNC, en particulier (voir annexe).

3.3. Les résultats économétriques

Certaines variables explicatives ont été retirées des modèles car elles n'ont pas d'effet significatif au seuil de 5 % (17). C'est le cas de la « catégorie hiérarchique » et de la « concentration des emplois » pour le premier modèle (i), ainsi que de la taille de l'entreprise et de la durée du contrat (CDI/CDD) pour le second modèle (ii) testant en plus l'effet du *turnover*.

Les résultats de la première régression logistique (tableau 1, page suivante) montrent que le métier exercé par le salarié constitue un facteur explicatif important du recours à une clause de non-concurrence. L'effet est positif et significatif (au seuil de 1 %) pour le métier « Commerce et vente » et, dans une moindre mesure, pour « RD, études, conseil, informatique ». Les autres métiers tels que « Manutention, nettoyage, gardiennage, logistique », « Production et installation » ont un effet négatif, mais qui est peu significatif pour le second.

La taille de l'entreprise est également un facteur discriminant. Les entreprises de plus grande taille diminuent la probabilité de recourir à une clause de

(16) La seule exception est les contrats de travail de médecins salariés pour lesquels les CNC sont déclarées illicites par le Conseil de l'Ordre qui est chargé de les contrôler et d'arbitrer certains litiges. Ce que nous avons pu constater à la lecture de trois contrats de ce type dans notre échantillon.

(17) Il s'agit de la procédure LOGISTIC du logiciel SAS reposant sur un modèle « logit » avec une procédure d'élimination arrière (« Backward elimination ») des variables pour lesquelles le test de l'hypothèse nulle n'est pas significatif au seuil de 5 %.

TABLEAU 1 :
Modèle logit : probabilité d'utiliser une clause de non-concurrence

	(i)		(ii)	
	Estim.	**Std**	**Estim.**	**Std**
Constante	-2,926***	0.376	3.467***	0.606
Taille de l'entreprise				
< 100 salariés	0.078	0.243		
Entre 100 et 500	*Ref*			
> 500	- 0.484**	0.200		
CDI	0.610**	0.282		
CDI	*Ref*			
Emploi à temps complet	0.905***	0.232	1.460***	0.535
Emploi à temps partiel	*Ref*		*Ref*	
Type de métier				
Production, installation, maintenance	-0.739	0.484	-0.471	0.917
Manutention, nettoyage, gardiennage, logistique	-1.145***	0.428	-1.842**	0.892
Administration, gestion, comptabilité, droit	*Ref*		*Ref*	
Commerce et vente	1.351***	0.266	1.562***	0.391
RD, études, conseil, informatique	0.7670**	0.308	1.162**	0.450
Autres (Santé, soin aux personnes, communicat)	-0.063	0.497	-0.482	0.694
Périodes				
1970-1992	-0.357	0.321	0.291	0.395
1993-2001	*Ref*		*Ref*	
2002-2004	-0.309	0.269	-0.820**	0.366
Turnover fort			0.513**	0.207
Turnover faible			*Ref*	
% de bonnes prédictions	81.5[a]		83.2	
Nombre d'observations	403		245	

* statistiquement significatif au seuil de 10 %
** statistiquement significatif au seuil de 5 %
*** statistiquement significatif au seuil de 1 %
[a] : « 81.5 » veut dire que le modèle retenu (ensemble des variables prises en compte) permet de prédire dans 81,5 % des cas si le contrat contient ou non une CNC
Les modalités en italique sont les modalités de référence (Ref) pour évaluer l'effet de chaque variable

non-concurrence, et ceci de manière significative (au seuil de 5 %). Il en va de même pour les emplois sous CDD et à temps partiel, et pour ces derniers de façon très significative (au seuil de 1 %). Enfin, la prise en compte de la période de signature du contrat n'a pas vraiment d'effet significatif.

Lorsque l'on introduit dans la régression l'influence du *turnover*, son effet est positif (au seuil de 5 %), c'est-à-dire qu'une forte rotation du personnel sur la catégorie d'emploi considérée accroît la probabilité de recourir à une clause de non-concurrence (voir le modèle (ii) du tableau 1). Le rôle discriminant

du métier exercé par le salarié reste inchangé, ainsi que l'effet très positif de l'emploi à temps complet (significatif au seuil de 1 %). Mais la durée du contrat et la taille de l'entreprise n'exercent plus d'effet significatif.

Par contre, les contrats signés au cours de la dernière période (2002-2004) ont un effet négatif sur le recours à une CNC, effet qui est significatif au seuil de 5 %. Cet effet négatif de cette sous-période est également présent dans le modèle (i), mais il n'est pas significatif. On pourrait en conclure que l'obligation jurisprudentielle d'introduire une contrepartie financière à la CNC, à partir de 2002, a découragé les entreprises d'utiliser de type de clause pour protéger leurs actifs. Mais il faudrait prendre en compte d'autres types de variable (comme la conjoncture économique) et consolider notre échantillon pour en inférer un tel type de conclusion.

IV. — DISCUSSIONS DES RÉSULTATS

Nous allons maintenant voir comment ces résultats confirment ou non nos hypothèses de départ. Nous compléterons ces résultats statistiques par l'apport de données plus monographiques sur certains métiers.

4.1. Le risque d'appropriation des actifs immatériels par les salariés

Les résultats des deux régressions logistiques tendent à confirmer l'hypothèse suivant laquelle moins le salarié est à même de s'approprier certains actifs immatériels de l'entreprise, moins il est probable que l'employeur ait recourt à une clause de non-concurrence. Cela tient au type de métier que le salarié exerce et à la taille de l'entreprise dans laquelle il opère et s'engage de façon plus ou moins intense.

Les métiers du commerce et de la vente sont traditionnellement ceux pour lesquels le contrat de travail incorpore une CNC, l'employeur cherchant principalement à protéger la clientèle de l'entreprise plutôt que d'autres actifs intangibles. Par contre pour les métiers « RD, études, conseils et informatiques », on peut penser que la CNC vise la protection, non seulement, de la clientèle de l'entreprise avec laquelle les salariés tissent des liens privilégiés, mais aussi, de tout un ensemble de connaissances plus ou moins tacites qui sont facilement redéployables dans d'autres entreprises.

À « intensité concurrentielle » égale, les entreprises de grande taille diminueraient ce risque d'appropriation du fait de la plus forte distribution des connaissances entre les membres de l'organisation. Chaque membre pris individuellement présenterait un faible risque d'appropriation des actifs immatériels, aussi bien en ce qui concerne les connaissances technologiques que pour l'actif organisationnel ou la clientèle. On peut penser également que les grandes entreprises disposent de plus de possibilités de promotion et de mobilité professionnelle pour fidéliser leurs salariés.

Notons qu'on aurait pu s'attendre à ce que la catégorie hiérarchique soit corrélée positivement avec l'usage d'une CNC, les « ingénieurs et cadres » étant *a priori* les plus à même de s'approprier les actifs immatériels de l'entreprise. Par ailleurs, les tribunaux étant plus enclins à faire respecter ce type de clause dans le cas des salariés qui ont un certain pouvoir de négociation à l'embauche, les employeurs seraient plus rétifs à faire usage d'une CNC pour les salariés les « moins qualifiés ». Or, l'analyse toutes choses égales par ailleurs montre que la catégorie hiérarchique n'a pas d'effet significatif (18). Par contre, travailler à temps partiel, et dans une moindre mesure, en CDD, limite les possibilités d'appropriation des actifs intangibles et donc diminue la probabilité de recourir à une CNC.

L'introduction de la variable *turnover* dans la régression logistique (modèle (ii)) a pour conséquence de rendre statistiquement moins significatif l'effet lié à la taille de l'entreprise. Mais, c'est un effet de nature équivalente qui est capté, à savoir la possibilité pour les salariés de passer à la concurrence, en particulier en se mettant à leur compte et en redéployant les connaissances qu'ils ont accumulées en matière de savoir-faire et de clientèle. C'est parce que les employeurs, dans un contexte de forte rotation du personnel, anticiperaient ce genre de fuite des connaissances, qu'ils auraient recours à une CNC.

4.2. Le rôle des clauses de protection des DPI

Un effet qui reste difficile à contrôler dans notre analyse est la substitution éventuelle entre la CNC et les clauses par lesquelles le salarié inventif cède tout droit de propriété intellectuelle à son employeur (15,0 % des contrats de notre échantillon) ou, encore, s'engage au secret professionnel et à la confidentialité concernant les connaissances technologiques de l'entreprise (33,5 %). L'idée est que, « toutes choses étant égales par ailleurs », la CNC serait moins utile dans les cas où l'employeur réussit à protéger son patrimoine technologique par l'intermédiaire des DPI ou encore à imposer au salarié une obligation de restitution des « biens de l'entreprise » qui incorporent des connaissances technologiques (documentation technique, logiciel, fichier ou base de données, échantillons), après la rupture du contrat de travail (28,0 %).

Dans notre base, la CNC va souvent de pair avec une clause sur le secret professionnel et l'obligation de confidentialité (Coefficient de Corrélation de Pearson = 0,38). Il en va de même avec les clauses obligeant le salarié à céder les droits de propriété intellectuelle sur les inventions qu'il a réalisées (CCP = 0,38) et, dans une moindre mesure, avec les clauses de restitution des « biens de l'entreprise » (CCP = 0,22). Ces corrélations très positives mon-

(18) L'étude de Withmore (1990), à partir d'un échantillon d'une centaine de cas portés devant les tribunaux américains, au cours des années 1960 et 1980, montre que le recours au tribunal est indépendant de la catégorie de qualification des salariés soumis à une clause de non-concurrence.

trent qu'il n'y a pas de mécanisme de substitution entre ces différents types de clause (19).

On peut faire deux types d'interprétation qui ne sont pas antagoniques. D'un côté, c'est parce que les clauses visant la protection en référence à des DPI peuvent être jugées peu efficaces, en particulier la clause de secret professionnel, que les employeurs cherchent à renforcer leurs garanties juridiques par la CNC. D'un autre côté, en cas de litiges portés devant le tribunal, leur utilisation concomitante peut servir de preuve au fait que les enjeux en matière de secret professionnel et de propriété intellectuelle sont importants. Cela pousserait les juges à reconnaître le bien-fondé et la validité de la CNC (Whitmore, 1990).

Ce type de considération liée à l'intervention des tribunaux ne doit pas complètement évacuer l'idée que le recours à une CNC serait moins utile dans les cas où les entreprises réussissent à définir des DPI « forts » sur leurs actifs intangibles (Bessy et Brousseau, 1998). L'analyse d'un tel effet de substitution supposerait de construire un indicateur de la force des DPI.

4.3. Mobilité du travail et diffusion des connaissances

Ce genre d'indicateur permettrait également de saisir des configurations productives dans lesquelles on pourrait tester, suivant l'argument de Gilson (1999), l'hypothèse du « standard technologique » qui se base sur une politique active de diffusion des connaissances technologiques favorisée par la mobilité des salariés sur une aire géographique donnée. Pour aller plus loin dans cette direction, il faudrait introduire un indicateur de concentration spatiale des activités pour identifier un effet de « cluster technologique ».

Tout ce que l'on peut dire, à partir de notre base actuelle, est que cette hypothèse de diffusion des connaissances par la mobilité des salariés, rendant inutile l'usage des CNC, ne semble pas corroborée pour les activités liées aux nouvelles technologies de l'information. Si on raisonne en termes de secteurs d'activité, les « activités informatiques » (Code 72 de la NAF élaborée par l'INSEE) représentent le secteur dans lequel le taux de recours aux clauses de non-concurrence est le plus élevé (67,5 %). Évidemment, on peut penser que ces clauses ne sont que très peu mobilisées au sens où les employeurs y renon-

(19) C'est que ce que nous observons à partir de la construction d'une typologie, basée sur notre base de contrats de travail, avec l'identification d'un type de contrats caractérisés par des liaisons statistiques fortes entre l'ensemble des clauses cherchant à protéger les actifs immatériels de l'entreprise. C'est la configuration dans laquelle le formalisme du contrat est le plus développé, en lien avec une relation de travail individualisée et à la frontière entre « travail salarié » et « travail indépendant ». Pour plus d'information sur cette typologie, voir Bessy (2007).

cent souvent en cas de rupture du contrat de travail, mais il faudrait des données précises sur ce point.

On peut donner plus d'extension à l'hypothèse de Gilson en retenant des externalités positives de marché liées à la défense d'une activité ou d'une profession dans laquelle la qualité du produit ou de la prestation de service dépend de la diffusion des connaissances. Ce qui est le propre des activités de conseil dites à « savoir intensif » (SSII, cabinets de conseil en organisation, en stratégie, en ressources humaines, …). Au niveau professionnel, la relation de travail salariée est régulée par la convention collective de branche « Bureau d'études et conseils ». Or, c'est la branche dans laquelle les CNC sont le plus souvent utilisées (58 %). Par ailleurs, plus encore que dans d'autres activités, les contrats de travail contiennent dans près d'un cas sur cinq (18 %) une clause de non-débauchage. La présence de ce type de clause pourrait témoigner de la difficulté à organiser des « marchés professionnels » conduisant les employeurs à limiter leur pratique de « poaching », en ne débauchant pas systématiquement les salariés formés par d'autres employeurs (Marsden, 1999). Les études faites dans le secteur des SSII confirment les difficultés d'une mise en place d'une régulation collective pour gérer au mieux la mobilité professionnelle des salariés (Fondeur et Sauviat, 2002).

A contrario, dans les professions les plus organisées, dans lesquelles il existe un statut de collaborateur salarié (avocat, médecin,…), la formation par les employeurs et la mobilité des travailleurs peuvent aller de pair, car elles contribuent à la défense de la profession et de la qualité des services qu'elle rend. Dans ces professions, les CNC sont d'ailleurs interdites et les collaborateurs sont incités traditionnellement à se mettre à leur compte. Par ailleurs, les litiges en matière de concurrence déloyale peuvent être réglés par les « ordres professionnels » qui offrent des procédures d'arbitrage bien ajustées aux spécificités du travail dans chaque profession (Favereau *et alii*, 2008).

4.4. Alternatives à la CNC et pouvoir de négociation des parties au contrat de travail

Enfin, notre matériel empirique ne permet pas de tester l'effet de moyens alternatifs à la clause de non-concurrence, autres que les DPI. Signalons en premier lieu que les employeurs qui investissent fortement dans la formation de leur salarié peuvent se protéger en introduisant une clause de dédit-formation. Ils sont alors indemnisés en cas de rupture de contrat de travail du fait du salarié. Ce type de clause est relativement rare dans notre échantillon, car elle n'est mentionnée que dans 2,5 % des contrats (contrats de pilotes d'avion, de conseillers en assurance, d'ingénieurs d'une SSII). À l'exception d'un cas, elle se substitue à la CNC pour des profils d'emploi pointus qui peuvent être très recherchés en période de haute conjoncture. On peut penser que ces profils d'emploi très spécialisés rendent très délicate l'insertion

d'une CNC qui risque de priver le salarié d'exercer son activité professionnelle.

En second lieu, pour estimer l'alternative à la CNC passant par des compensations financières, il faudrait pouvoir accéder aux pratiques de distribution de bonus de fin d'année ou de distribution de SO pour chaque entreprise. Il est fait parfois mention dans les contrats de l'attribution de bonus, mais cela reste assez rare. Il en va de même pour l'attribution de SO. Notons néanmoins que parmi les six contrats qui précisent une telle attribution, un seul contient une clause de non-concurrence. Mais le nombre d'observations est trop faible pour tester une telle hypothèse.

Les pratiques d'attribution de bonus afin de fidéliser les salariés experts font courir à l'entreprise un risque important de « hold-up » à partir du moment où ces derniers peuvent jouer de leur pouvoir de négociation pour revendiquer des bonus exorbitants. L'étude d'O. Godechot (2004) sur les « traders » dans le secteur de la finance en donne une bonne illustration. Les bonus les plus importants sont accordés aux traders qui jouent un rôle clé dans l'accumulation des actifs immatériels (ingénierie financière et clientèle). L'auteur montre par ailleurs que les clauses de non-concurrence sont peu courantes dans les contrats de ces « golden boys » qui passent pourtant souvent à la concurrence. Il évoque deux types de facteurs. D'une part, la forte spécialisation des « traders » sur un produit financier particulier risquerait de l'empêcher d'exercer son métier s'il était limité par une clause de non-concurrence sur son activité de prédilection. Et c'est justement leur forte spécialisation qui leur confère une position d'expert et un important pouvoir de négociation sur le marché du travail. D'autre part, l'obligation de non-concurrence sur un espace donné risque de s'avérer peu efficace à partir du moment où le « trader » peut très facilement exercer son activité à Londres ou à Francfort, du fait de la globalisation des activités financières. Néanmoins, l'auteur donne l'exemple de certaines banques qui commencent à intégrer une CNC dans les contrats de leurs traders si convoités. Cette évolution est cohérente avec l'idée, avancée par Gilson (1999), que la stabilisation de la « technologie » rend moins stratégiques les savoir-faire des experts qui voient ainsi diminuer leur pouvoir de négociation à l'embauche.

Comme nous venons de le voir, le pouvoir de négociation à l'embauche des salariés sur le marché du travail peut les amener à refuser une CNC. Sinon, une fois acceptée, l'obligation de non-concurrence après la rupture du contrat de travail leur fait perdre ensuite une partie de leur pouvoir de négociation. L'employeur peut d'ailleurs profiter de cet attachement en cas de litige en matière de licenciement, pour décourager le salarié de porter le litige devant les tribunaux (Bessy, 2007). Dans un pays comme la France, où la protection en matière de licenciement est forte, c'est une hypothèse qui mériterait d'être considérée en faisant une comparaison avec d'autres pays, dans lesquels la législation est moins protectrice des salariés.

CONCLUSION

Les résultats de cette étude exploratoire, à partir d'une base française de contrats de travail, montrent que l'utilisation d'une clause de non-concurrence est une pratique relative courante et, ceci, d'autant plus qu'il s'agit de salariés ayant le pouvoir de redéployer les actifs immatériels de l'entreprise, qu'ils ont contribués à constituer, dans des activités concurrentes. Ces résultats montrent aussi la diversité des visées des CNC et l'importance de les resituer dans l'ensemble des clauses du contrat de travail et de l'environnement institutionnel de l'entreprise (intervention des tribunaux).

Dans notre échantillon, l'usage de moyens alternatifs à la clause de non-concurrence, comme les plans de SO, est peu répandu. Par ailleurs, l'usage fréquent de ce type de clause, dans le secteur des activités informatiques, montre que les entreprises françaises de ce secteur cherchent à contrôler par cette garantie juridique la mobilité de leurs salariés. Il en va de même pour toutes les activités de conseil basées sur un usage intensif de connaissances tacites.

Dans le futur, il est prévu d'améliorer la spécification de la régression logistique. Plusieurs voies sont possibles à condition aussi d'accroître la taille de notre échantillon, à partir du moment où l'on crée des variables explicatives plus détaillées. D'une part, il serait utile de construire des indicateurs permettant de mieux caractériser les technologies mises en œuvre dans les entreprises, et en particulier leur degré d'appropriation, et les solutions alternatives à la clause de non-concurrence. Suivant cette seconde perspective, il faudrait distinguer les moyens propres à l'entreprise, comme les dispositifs incitant le salarié à être fidèle, de solutions plus collectives débouchant sur l'adoption de règles professionnelles au sein d'un domaine ou sur la création d'un marché du travail actif.

Une autre voie serait de chercher à recueillir des données sur le taux de chômage par catégorie de métiers ou de familles professionnelles afin d'avoir une « proxy » du pouvoir de négociation du salarié sur le marché du travail. Les observations monographiques faites dans certains métiers montrent que les salariés ayant un fort pouvoir de négociation (comme les traders) n'acceptent pas d'être contraints par une CNC. Un autre type d'approfondissement, dans la lignée des études sur les districts industriels, serait d'introduire des données sur la localisation géographique des entreprises permettant de cerner leur intégration ou non dans des « clusters technologiques » ou « pôles de compétitivité » (encouragés par les pouvoirs publics). On rejoint alors la perspective précédente de l'émergence de règles de régulation de la concurrence au sein d'un espace professionnel.

Par ailleurs, il serait intéressant de distinguer différents types de CNC en prenant en compte le versement d'une indemnité compensatrice qui peut prendre des modalités diverses. Cette prise en compte suppose aussi d'étendre notre échantillon afin de descendre à des niveaux d'agrégation plus fins pour certaines variables telles que le secteur ou le métier. Une enquête complémen-

taire consisterait aussi à analyser dans quelles conditions les CNC sont vraiment activées, les litiges qu'elles occasionnent, ainsi que leur mode de résolution. Cela conduirait à mieux évaluer l'importance des réseaux sociaux dans cette régulation des transitions et des règles professionnelles qui en émergent.

D'un point de vue de la réforme du droit du travail français, il est important de souligner que le relâchement de la protection en matière de licenciement économique devrait aussi s'accompagner d'une restriction accrue de l'usage des CNC et, plus généralement, d'une transformation du régime juridique gouvernant les « inventions des salariés », qui est actuellement peu favorable à ces derniers. Ces transformations pourraient être négociées au niveau des branches d'activité ou de certaines professions, ou encore espaces territoriaux, afin d'avoir des garanties juridiques bien adaptées à chaque type d'activité. Les professions réglementées, comme celle des avocats, donnent un bon exemple d'un modèle qui facilite la transition entre une situation de dépendance du collaborateur et la mise à son compte. Ces réformes mériteraient aussi d'être abordées au niveau européen avec l'ouverture à la concurrence de nombreux secteurs.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

G. BECKER, 1964, « Human Capital : a Theorical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education », Chicago, University of Chicago Press.

P. BERRET, 2005, « Les entreprises de services : concentration accrue sous l'influence des groupes », *Insee Première*, n° 1038, septembre.

C. BESSY, 2007, « La contractualisation de la relation de travail », LGDJ, collection Droit et Société, Paris.

C. BESSY, E. BROUSSEAU, 1998, « Licensing of Technology : Various Contracts for Diverse Transactions », *International Review of Law and Economics*, vol. 18, pp. 451-489.

M.-B. CALLAHAN, 1985, « Post Employment Restraint Agreements : A reassessment », *The University of Chicago Law review*, vol. 52, n° 3, pp. 703-728.

S. CASPER, 1999, « High Technology Governance and Institutional Adaptiveness », WP W.Z.B., Berlin, june.

I. COCKBURN, H. HENDERSON, S. STERN, 2001, « Balancing incentives : The tension between basic and applied research », Working paper series, NBER.

P.-P. COMBES, G. DURANTON, L. GOBILLON, 2008, « Le rôle des marchés locaux du travail dans la concentration spatiale des activités économiques », *Revue de l'OFCE*, n° 104, pp. 141-177.

P. DAVID, 2001, « Notes on "trading in trade secrets" and the economics of "double agent" », Research Memorandum, SIEPR Project on Organization and Viability of Open Source Software.

O. FAVEREAU (directeur scientifique), F. BESSIS, C. BESSY, C. CHASERANT, S. HARNAIS, E. LAZEGA, 2008, « Les avocats entre ordre professionnel et ordre marchand », rapport pour le CNB, septembre.

P. FONTAINE, 2003, « Étude sur le contentieux prud'homal cadres », *Action Juridique - Prud'homme Info*, n° 163, novembre.

Y. FONDEUR, C. SAUVIAT, 2002, « Normes d'emploi et marché du travail dans les métiers liés aux technologies de l'information », rapport pour la Dares, n° 63.

R. GILSON, 1999, « The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts : Silicon Valley, Route 138, and Covenants not to Compete », *New-York University Law Review*, vol. 74, n° 3, pp. 575-629.

O. GODECHOT, 2004, « L'appropriation du profit - politiques des bonus dans l'industrie financière », thèse du Conservatoire National des Arts et Métiers.
E. GORGA, M. HALBERSTAM, 2005, « How legal institutions affect firm structure and market exchanges by shaping Knowledge transactions : the influence of restrictive covenants and stock options on high tech firms », ISNIE conference, Barcelona, (http://www.isnie.org/).
M. GROSSETTI, 2004, « Concentration d'entreprises et innovation : esquisse d'une typologie des systèmes productifs locaux », *Géographie, économie, société*, vol. 6, n° 2.
P.-A. HALL, D. SOSKICE, 2001, Varieties if capitalism : The Institutional Foundations of Comparative Advantages. Oxford : Oxford University Press.
O. HART, 1995, « Firms, contracts, and financial structure », Oxford University Press, Clarendon Lectures in Economics.
O. HART, J. MOORE, 1988, « Incomplete Contracts and Renegotiation », *Econometrica*, vol. 56, n° 4, pp.755-785.
B. HOLMSTROM, R. MILGROM, 1994, « The Firm as an incentive system », *American Economic Review*, vol. 84, n° 4, pp. 972-991.
A. JAFFE, 1986, « Technological opportunity and spillovers of R&D : evidence form firm's patents, profits and market value », *American Economic Review*, vol. 76, n° 5, décembre.
B. KLEIN, 1996, « Why hold-ups occur : the self-enforcing range of contractual relationships ». *Economic Inquiry*, In Honor of Armen Alchian, n° 34, pp. 444-463.
R. LEVIN, A. KLEVORIC, R. NELSON, S. WINTER, 1987, « Appropriating the results the Returns to Industrial R and D », Brooking Papers on economic activity, 1987-3.
LA REVUE (éditée par le cabinet Capstan), 2007, « La renonciation par l'employeur à une clause de non-concurrence », n° 7-8, août-septembre.
E. LAZEGA, 2002, « Networks, distributed knowledge and economic performance : Evidence from corporate legal services », in Jean GADREY and Faïz GALLOUJ (eds.), « Productivity, innovation and knowledge in services », Cheltenham, UK : Edward Elgar.
LIAISONS SOCIALES, 1991, « Obligation de non-concurrence – Clause de non-concurrence », numéro spécial, n° 10886, février.
D. MARSDEN, 1999, « A theory of Employment systems », Oxford University Press, Oxford.
S.E. MASTEN, 1997, « Nominal Terms, Real Intentions, and Contract Interpretation », W.P., University of Michigan Business School.
S.E. MASTEN, 1999, « Contractual Choice », B. BOUKAERT et G. De GEEST (ed.), « Encyclopedia of Law & Economics », Edward Elgar Publishing and the University of Ghent.
R. MELOT, 2003, « Entre contrat et procès : enquête sur les transactions entre employeur et salarié », thèse de l'Ens-Cachan.
K. MOUSSALAM, 1999, « Le poids des grandes entreprises dans l'emploi. Baisse dans l'industrie et augmentation dans les services et le commerce », *Insee Première*, n° 683, novembre.
R. NELSON, S. WINTER, 1982, « An Evolutionary Theory of Economic Change », Harvard University Press, Cambridge, MA.
E.A. POSNER, A. TRIANTIS, G.G. TRIANTIS, 2004, « Investing in Human Capital : The Efficiency of Covenants Not to Compete », WP, University of Virginia Law School, n° 11.
G. ROT, 2005, « Le Knowledge Management et l'économie spontanée du partage des connaissances, Propos sur un désinvestissement de forme », *Économie et Société*, série « Socio-économie du travail », n° 25, pp. 675-698.
P. RUBIN, P. SHEDD, 1981, « Human Capital and Covenants not to Compete », *Journal of Legal Studies,* 10, pp. 93-110.
J.-J. SERRET, 1994, « Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié », *Droit social*, n° 9/10, pp. 759-766.
A. SUPIOT (éd.), 1999, « Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du travail en Europe », rapport pour la Commission européenne, Flammarion.
R. VATINET, 2002, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio », *Droit social*, n° 11, pp. 949-954.
O.E. WILLIAMSON, 1985, « The Economic Institutions of Capitalism : Firms, Markets, Relational Contracting, Macmillan », The Free Press, New-York.
P. WHITMORE, 1990, « Statistical Analysis of non Competition Clauses in Employment Contracts », *Journal of Corporation Law*, 15, pp. 483-533.

ANNEXE 1
ASPECTS MÉTHODOLOGIQUES ET STATISTIQUES

Notre base de données est constituée de 403 textes de « contrats de travail » provenant de plus de 300 entreprises appartenant à différents secteurs d'activité. Les « contrats » collectés directement auprès des employeurs ne représentent qu'un peu plus du quart de notre échantillon (28,3 %). Nous avons diversifié notre mode de collecte auprès de différents interlocuteurs (tableau 2) qui nous ont également renseigné sur l'environnement du contrat de travail (caractéristique des entreprises et des emplois). La nature de l'enquête n'introduit pas de biais dans le type de contrat de travail collecté. Pour plus de précision voir Bessy (2007).

TABLEAU 2 : Les sources de collecte des contrats de travail

Contrats recueillis auprès de	Effectifs	%
Responsables RH	114	28,3
Salariés	128	31,8
Inspecteurs du travail	47	11,7
Avocats en droit social	81	20,1
Syndicats de salariés	33	8,2
Total	**403**	**100**

Nous abordons ici le problème de la représentativité de notre base. Nous donnons aussi des précisions sur les caractéristiques des emplois et des entreprises.

La représentativité de notre base

La question de la représentativité de notre base est délicate et ne reste importante que si on raisonne en évolution à partir des trois périodes que nous avons distinguées : 1970-1992 (14 %), 1993-2001 (58 %) et 2002-2004 (28 %). L'année 1993 a été retenue comme première date charnière, car elle correspond à une contrainte accrue d'écriture des CDI dans le cas français, en particulier avec la directive européenne de 1991, obligeant les employeurs à fournir un document écrit d'information sur les conditions de travail. Cette obligation a commencé à s'appliquer à partir de 1993. Concernant la CNC, l'obligation générale d'écriture date d'un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1987 même si cette clause est déjà codifiée dans la convention collective. Mais nous avons préféré retenir l'année 1993 car elle témoigne d'un changement profond dans l'écriture des contrats et du développement de la contractualisation de la relation de travail (Bessy, 2007). Cela tient également à la contrainte statistique d'avoir assez de contrats pour la première sous-période 1970-1992.

L'année 2002, seconde date charnière, correspond au changement de jurisprudence rendant obligatoire une compensation financière de la clause de non-concurrence.

Dans le cadre de notre raisonnement « toutes choses égales par ailleurs », la question de la représentativité est moins problématique. Nous donnons néanmoins par la suite quelques indications en matière de « représentativité » à partir des caractéristiques des emplois et des entreprises de notre base, jugées les plus déterminantes du

contenu de contrat de travail : CDI/CDD, temps complet/partiel, catégories hiérarchiques et conventions collectives ou secteur d'activité d'appartenance de l'entreprise.

Les caractéristiques des emplois et des entreprises

C'est parce que les différents types de contrat obéissent à des contraintes de formes différentes, mais aussi correspondent à des choix de gestion de la main-d'œuvre, que nous avons cherché à être « représentatif » en la matière sur l'ensemble de notre échantillon. Ainsi 17 % des contrats de notre base sont des CDD et 23 % des contrats à temps partiel, ce qui est proche de la moyenne nationale au cours des dernières années pour les premiers (11 % en 2000, enquête Emploi de l'INSEE) et pour les seconds (part qui serait de l'ordre de 17 %).

Pour les catégories hiérarchiques, nous n'avons pas cherché à être « représentatif » dans la constitution de notre base. Notons que la part de contrats signés par des « cadres », au sens des conventions collectives de branche, est nettement sur-représentée (44 %). N'ayant pas de chiffre sur la population mère en ce qui concerne ce mode de classement, on peut rapporter ce chiffre à la part de la catégorie « cadres et professions intellectuelles supérieures » dans la population active totale (non compris les agriculteurs et les artisans), qui est de l'ordre de 15 % en 1999 (recensement de la population, INSEE).

Une autre caractéristique des emplois que nous avons retenue est le type de métier ou famille professionnelle associée à l'emploi. Pour cette dernière variable, nous avons retenu un jeu de six modalités. Ce type de distinction basée sur le « métier » exercé par le salarié nous est apparu important pour expliquer les clauses de protection des actifs immatériels.

Concernant les informations sur l'entreprise, nous avons sa taille en distinguant trois modalités (<100, entre 100 et 500, >500 salariés) avec une forte sous-représentation des petites entreprises par rapport à la population mère.

Une autre caractéristique d'entreprise est l'importance du *turnover* du personnel sur la catégorie d'emploi concernée par le contrat. La question posée aux enquêtés permet de distinguer principalement un « *turnover* élevé » et un « *turnover* faible ». Il s'agit d'une réponse du point de vue de l'enquêté (responsable des ressources humaines le plus souvent) et qui ne s'appuie pas toujours sur une connaissance objective en référence au calcul d'un taux. L'information n'a pu être recueillie que pour 245 contrats.

Enfin, nous avons construit une variable permettant de caractériser la convention collective de branche ou le « statut », dans lequel s'inscrit le contrat de travail. Dans les cas où l'effectif est trop faible nous avons fait des regroupements. Les modalités ainsi constituées prennent alors sens par rapport à un secteur d'activité qui regroupe des entreprises renvoyant à des conventions collectives différentes.

Toutes les statistiques des caractéristiques mentionnées sont regroupées dans le tableau 3, qui présente aussi les tris croisés avec la clause de non-concurrence.

La mesure de la concentration des emplois des entreprises

Cette mesure se heurte au problème de l'évolution de la concentration sectorielle au cours de l'ensemble de la période que recouvre notre base de contrats. En effet, celle-

TABLEAU 3 : Caractéristiques de notre base de contrats de travail (en %)

Caractéristiques des emplois	Ensemble	Clause de non-concurrence
Nature juridique des contrats		
CDI	82.6	24.5*
CDD	17.4	4.4
	100.0	
Temps partiel	23.0	7.5
Catégories hiérarchiques		
Ouvriers	8.2	6.1
ETAM	48.4	13.3
Cadres	43.4	32.5
	100.0	
Taille de l'entreprise		
< 100 salariés	21.3	20.9
Entre 100 et 500	24.1	26.8
>500 salariés	54.6	18.6
	100.0	
Turnover		
faible	31.3	14.3
fort	29.5	18.5
NSP	39.2	28.5
	100.0	
Convention collective ou secteur		
Statut (anc. entreprises publiques)	2.9	8.0
Statut professionnel	2.9	8.3
Agro-alimentaire	3.7	46.7
CC UIMM région parisienne	5.2	4.8
CC Ingénieurs et Cadres Métal	5.7	26.1
Autres industries	7.2	10.3
CC Commerce denrées alimentaires	5.4	22.7
Autres commerces	7.7	16.1
CC Hôtel-café-restaurant	3.9	0.0
Autres activités de restauration	2.7	0.0
CC Transports routiers	7.0	14.3
CC Transports aériens (au sol)	2.5	0.0
CC Banques	4.7	21.1
CC Assurances	2.7	18.2
Autres activités financières	2.2	44.4
CC Bureau d'études et de conseil	12.4	58.0
Autres services aux entreprises (conseil)	3.0	58.3
Autres services aux entreprises (standard)	2.7	0.0
Éducation, santé et action sociale	7.2	10.3
Activités récréatives et culturelles	4.2	5.9
Autres services	3.7	13.3
	100.0	
Type de métier		
Production, installation, maintenance	9.2	10.8
Nettoyage, gardiennage, logistique, accueil	25.3	4.9
Gestion, comptabilité, administration	19.6	17.7
Commerce, vente, technico-commercial	23.8	39.6
R-D, études, conseils, informatiques	13.4	37.1
Autres (santé, soin aux personnes, communication et documentation)	8.9	11.4
	100	
Période		
1970-1992	14.1	12.3
1993-2001	58.1	27.8
2002-2004	27.8	11.6
	100	

* lecture : « 24.5 » signifie que 24,5 % des CDI contiennent une clause de non-concurrence.

ci a beaucoup évolué depuis les années 1980 (Berret 2005, Moussalam 1999). Un travail de codage précis supposerait de retenir une mesure de la concentration sectorielle pour chaque année, en descendant à un niveau d'agrégation sectorielle assez fin. Ce qui représente un travail de codage très lourd. Nous avons choisi de retenir une mesure de la concentration sectorielle au cours des deux dernières sous périodes, en nous appuyant sur les données de l'enquête annuelle d'entreprise menée par l'INSEE (1993, 2003). Pour mesurer la disparité des tailles des entreprises, nous prenons appui sur le calcul de l'indice de Gini qui met en relation la part cumulée du nombre d'entreprises d'un secteur (NAF au niveau 100) avec celle des emplois. Cinq modalités de la valeur de l'indice ont été retenues allant des secteurs très faiblement concentrés (« services personnels ») aux secteurs très fortement concentrés (« production et distribution d'électricité »).