

La clause de non-concurrence

BEYNOST – 25 novembre 2021

Une obligation contractuelle qui prend le relais de l'obligation de loyauté

- ▶ Pendant toute la durée de l'exécution de son contrat de travail, le salarié est tenu de ne pas exercer d'activité concurrente de celle de l'entreprise qui l'emploie.
- ▶ Cette obligation du salarié appelée obligation de loyauté est inhérente au contrat de travail lui-même.
- ▶ Elle trouve son fondement sur l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail.
- ▶ Après la rupture de son contrat, le salarié retrouve en principe sa liberté ce qui lui permet soit de travailler auprès d'une autre entreprise soit de s'établir à son propre compte.
- ▶ Toutefois, l'employeur peut avoir intérêt à se protéger d'éventuels risques concurrentiels de son ancien salarié après la rupture de son contrat de travail. C
- ▶ 'est la raison pour laquelle il est fréquent qu'un contrat de travail prévoit une clause de non-concurrence qui prend effet après la rupture du contrat de travail.

OBJET ET DISTINCTION AVEC D'AUTRES CLAUSES

Définition de la clause de non-concurrence

- ▶ On appelle « clause de non-concurrence » (ou « obligation de non-concurrence ») une disposition écrite figurant dans un contrat de travail (ou dans une convention collective) dont l'objet est d'interdire à un ancien salarié, pendant une certaine durée après son départ de l'entreprise et dans un certain espace géographique, l'exercice d'une activité professionnelle concurrente qui porterait atteinte aux intérêts de son ancien employeur.
- ▶ Une clause de non-concurrence constitue une restriction au libre exercice de leur profession par les salariés, puisqu'elle leur interdit de rechercher certains emplois.
- ▶ Elle interdit également de fait, à un salarié de créer sa propre entreprise dans le même domaine d'activité que celle pour laquelle il a été employé.
- ▶ Il en résulte que cette clause n'est licite que si elle ne fait pas totalement échec au principe de la liberté du travail du salarié et qu'elle est justifiée par un intérêt légitime de l'entreprise.
- ▶ Par ailleurs, cette clause ayant pour objet la protection des intérêts de l'employeur, celui-ci peut y renoncer sous certaines conditions mais il ne peut pas se prévaloir de sa nullité.

Pas de restriction tenant à la nature ou à la forme juridique de l'entreprise

- ▶ Tout employeur, quelle que soit la forme juridique de son activité (entrepreneur individuel, société, profession libérale) ou sa nature (industrielle, commerciale, prestations de services) est en droit de prévoir une clause de non-concurrence dans les contrats de travail qu'il conclut avec ses salariés.
- ▶ Les associations peuvent aussi en conclure : « aucune disposition légale n'interdisant à une association qui a une activité économique de faire des bénéfices dès lors que ces bénéfices ne sont pas répartis entre les sociétaires, l'activité d'une entreprise exerçant sous la forme associative peut être l'objet d'une concurrence ».
- ▶ Cass. soc., 27 sept. 1989, n° 86-45.103, n° 3141 P : Bull. civ. V, n° 544 Cass. soc., 4 mars 1992, n° 88-41.014, n° 1181 P : Bull. civ. V, n° 152

Une clause possible pour tous les contrats de travail sauf pour les contrats de travail temporaire

- ▶ Si tous les contrats, sauf les contrats de travail temporaire sont *a priori* éligibles à prévoir une clause de non-concurrence, encore faut-il que l'entreprise justifie d'intérêts légitimes à protéger avant de l'introduire dans le contrat.
- ▶ **1° Pas de restriction liée à la nature du contrat *a priori***
 - ▶ C'est dans les contrats à durée indéterminée (qu'ils soient à temps plein ou à temps partiel) que se rencontrent généralement les clauses de non-concurrence.
 - ▶ Mais un contrat à durée déterminée peut également contenir une interdiction de concurrence.
 - [Cass. soc., 5 janv. 1995, n° 90-45.732, n° 96 P : Bull. civ. V, n° 4](#)
 - ▶ Il a été également admis qu'une clause de non-concurrence puisse figurer :
 - dans un contrat d'apprentissage ;
 - [Rép. min. n° 9888 : JOAN CR, 24 mars 1979, p. 1951](#)
 - ▶ dans un contrat de formation en alternance (anciens contrats d'adaptation, contrat de qualification).
 - [Circ. n° 90/53, 25 sept. 1990, § 55 : BO TEP, n° 90/21 Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-45.798](#)

Interdiction pour les contrats de travail temporaire

- ▶ Le contrat conclu entre une ETT (Entreprise de travail temporaire) et un salarié qu'elle embauche pour le mettre à la disposition provisoire d'entreprises utilisatrices doit obligatoirement mentionner « que l'embauche du salarié par l'utilisateur à l'issue de la mission n'est pas interdite ».
 - ▶ C. trav., art. [L. 1251-16](#)
- ▶ Une clause interdisant à un intérimaire d'entrer au service de l'entreprise où il a été détaché est donc illégale. En revanche, la clause lui interdisant d'être réembauché par une autre entreprise de travail temporaire serait licite.
- ▶ [Cass. soc., 27 sept. 1989, n° 86-45.103, n° 3141 P : Bull. civ. V, n° 544](#) [Cass. soc., 4 mars 1992, n° 88-41.014, n° 1181 P : Bull. civ. V, n° 152](#)

Une clause qui n'engage que les seules parties au contrat

- ▶ Une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail engage les seules parties à ce contrat.
- ▶ Elle ne peut donc porter atteinte à la liberté du travail d'un tiers, fût-il le conjoint du salarié ou uni à lui par un lien de parenté ou d'alliance si celui-ci travaille pour le compte d'entreprises concurrentes.
 - ▶ Cass. soc., 4 juin 1998, n° 95-43.133, n° 2740 P
- ▶ De même au sein d'un groupe de société, la clause de non-concurrence ne peut concerner que la société avec laquelle le salarié a contracté.
 - ▶ Cass. soc., 22 mai 1995, n° 93-41.719, n° 2243 P + B : Bull. civ. V, n° 162

Distinction de la clause de non-concurrence avec la clause de confidentialité

- ▶ Ne peut être qualifiée de clause de non-concurrence, la clause de confidentialité qui interdit seulement à un salarié de divulguer certaines informations portées à sa connaissance par son employeur : informations expressément identifiées comme confidentielles et de nature à permettre le développement d'un programme spécifique. En effet, un tel accord ne comporte aucune interdiction de s'engager au service d'une entreprise concurrente après avoir quitté la société. Il ne s'applique que pendant l'exécution du contrat de travail.
- ▶ Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, n° 4164 FS - P + B + R + I : Bull. civ. V, n° 291 Toutefois, la clause de confidentialité peut trouver à s'appliquer après la cessation du contrat de travail si elle le prévoit expressément (v. n° 19).
- ▶ Dans ce cas, l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité après son départ de l'entreprise le rend responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci, même en l'absence de faute lourde.
- ▶ Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.322

Distinction de la clause de non-concurrence avec la clause de confidentialité

- ▶ La clause de confidentialité se distingue, dans son régime de la clause de non-concurrence, en ce qu'elle ne nécessite pas de contrepartie financière. Prolongation de l'obligation de loyauté elle ne porte pas atteinte au principe fondamental de la liberté du travail.
 - ▶ [Cass. soc., 15 oct. 2014, n° 13-11.524, n° 1799 FS - P + B](#)
- ▶ Par la suite, la Cour de cassation a appliqué le même raisonnement à une clause de non-dépôt de brevet.
- ▶ La clause interdisant à un salarié, après la rupture de son contrat de travail, de faire breveter en son nom ou au nom d'un tiers, une invention créée pendant l'exécution du contrat de travail, et de faire publier aucun article scientifique et à ne diffuser aucune information commerciale ni aucun renseignement technique. N'étant pas assimilable à une clause de non-concurrence, elle n'ouvre pas droit au paiement d'une contrepartie financière.
 - ▶ [Cass. soc., 3 mai 2018, n° 16-25.067, n° 664 FS - P + B](#)

Distinction avec la clause de non-détournement de clientèle

- ▶ La clause de non-détournement de clientèle a pour objet d'interdire à un salarié, suite à la rupture de son contrat de travail, de démarcher ou de détourner la clientèle de son employeur.
- ▶ Contrairement à la clause de non-concurrence, elle n'interdit pas au salarié de rechercher un emploi dans une société concurrente ou de créer lui-même une telle société.
- ▶ La jurisprudence se montre vigilante sur l'application de ces clauses de non-détournement de clientèle.
- ▶ Elle a, à plusieurs reprises, requalifié certaines d'entre elles en clause de non-concurrence au motif qu'elles constituaient une atteinte à la liberté du travail du salarié.
- ▶ Ont été requalifiées en clause de non-concurrence:
 - ▶ la clause de non-détournement de clientèle au libellé très large et imprécis d'un ingénieur d'études. Cette clause aboutissait en fait à interdire au salarié l'accès aux entreprises oeuvrant dans son secteur d'activité et donc l'exercice d'une formation conforme à sa formation et à son expérience professionnelle. Pour les juges elle devait s'analyser en une clause de non-concurrence déguisée illicite puisque dépourvue de contrepartie financière ;
 - ▶ [Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-40.618](#)

Distinction avec la clause de non-détournement de clientèle

- ▶ La clause qui contenait une interdiction, y compris dans le cas où des clients de l'employeur envisageraient spontanément, en dehors de toute sollicitation ou démarchage, de contracter directement ou indirectement avec un ancien salarié. Il ne s'agit pas d'une simple clause de non-détournement de clientèle mais d'une clause de non-concurrence illicite. L'employeur doit la limiter dans le temps et dans l'espace et verser au salarié une contrepartie financière ;
 - ▶ [Cass. soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, n° 2077 F - P + B : Bull. civ. V, n° 232](#)
- ▶ la clause de clientèle qui interdit à un salarié de démarcher ou de détourner la clientèle de son ancien employeur et ce même si l'intéressé fait l'objet de sollicitations de la part des clients. La Cour de cassation a estimé qu'en réalité cette clause consistait en une interdiction générale, illimitée dans le temps comme dans l'espace, d'entrer en contact directement ou indirectement avec tous les clients de l'entreprise ou d'exploiter d'une quelconque façon la clientèle de cette société et non une interdiction limitée aux clients du site sur lequel travaillait la salariée ;
 - ▶ [Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-41.668](#)
- ▶ la clause dite « obligation de loyauté » d'une auxiliaire de vie selon laquelle « en cas de rupture du présent contrat, la salariée s'interdira d'exercer toutes activités directement ou indirectement au profit des clients de la société auprès desquels elle sera intervenue dans le cadre de l'exécution de son contrat de travail ». Pour la Cour de cassation, il s'agit en réalité d'une clause de non-concurrence puisqu'il est fait interdiction au salarié d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle auprès de laquelle il était intervenu lorsqu'il était au service de son ancien employeur.
 - ▶ [Cass. soc., 15 mars 2017, n° 15-28.142](#)

Distinction avec la clause de non-sollicitation

- ▶ Une clause de non-sollicitation peut être insérée dans une convention entre deux entreprises (l'une prestataire, l'autre cliente) notamment en cas de mise à disposition de salariés pour des missions ponctuelles. Cette clause a pour objet d'interdire au client du prestataire de « solliciter » autrement dit d'embaucher les salariés de celle-ci.
- ▶ L'insertion d'une telle clause dans le contrat de travail du salarié concerné pose un problème juridique.
- ▶ La clause de non-sollicitation n'est pas une clause de non-concurrence même si elle lui ressemble. Elle ne crée pas d'obligation à la charge du salarié mais du client. Elle porte atteinte de façon indirecte à la liberté du travail du salarié dans la mesure où celui-ci ne peut se faire embaucher par l'entreprise cliente.
- ▶ La jurisprudence reconnaît au salarié le droit de s'en prévaloir pour demander des dommages-intérêts à son employeur.

Distinction avec la clause de non-sollicitation

- ▶ La chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité d'une clause de non-sollicitation dans une affaire où des salariés embauchés en CDD et mis à disposition d'une entreprise cliente dans le cadre d'une mission d'assistance technique en informatique avaient été recrutés à la fin de leur contrat par le client bien que celui-ci ait été lié à l'employeur par une clause de non-sollicitation.
 - ▶ La cour d'appel avait rejeté les demandes en dommages-intérêts formées par l'ancien employeur fondées sur la violation de la clause de non-sollicitation au motif qu'elle était disproportionnée et qu'elle n'était pas compensée par une indemnité pour le salarié. La Cour de cassation casse l'arrêt en indiquant que seul le salarié peut se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contrepartie financière.
 - ▶ [Cass. com., 10 mai 2006, n° 04-10.149, n° 582 F - P + B : Bull. civ. IV, n° 116](#)
 - ▶ Par la suite, la chambre commerciale a fait évoluer sa jurisprudence sur la clause de non-sollicitation. Elle a précisé que pour être licite, une telle clause devait être proportionnée aux intérêts légitimes à protéger compte tenu de l'objet du contrat.
 - ▶ [Cass. com., 27 mai 2021, n° 18-23.261, n° 517 FS – P](#)
 - ▶ De son côté la chambre sociale a confirmé la possibilité pour le salarié de demander réparation auprès de son employeur en présence d'une telle clause.
 - ▶ [Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-40.547](#)

CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

Pas de réglementation légale de la clause de non-concurrence

- ▶ Il n'existe aucun texte légal ou réglementaire définissant les conditions de validité et d'application des clauses de non-concurrence : celles-ci sont prévues soit par les contrats individuels de travail, soit par les conventions collectives. La jurisprudence définit le régime juridique des clauses de non-concurrence et en assure le contrôle.
 - ▶ [Rép. min. n° 54047 : JOAN Q, 25 mai 1992, p. 2374](#)

Conditions cumulatives de licéité dégagées par la jurisprudence

- ▶ En l'absence de dispositions légales, la jurisprudence a défini les conditions de validité des clauses de non-concurrence et les a soumises à des conditions de plus en plus restrictives.
- ▶ Sous le double visa du principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article [L. 1121-1](#) du code du travail selon lequel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », la Cour de cassation subordonne la validité d'une clause de non-concurrence au respect de cinq conditions, dont l'octroi d'une contrepartie financière au profit du salarié. C'est ainsi qu'une clause de non-concurrence doit pour être licite :
 - être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ;
 - être limitée dans le temps ;
 - être limitée dans l'espace ;
 - tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié ;
 - comporter pour l'employeur l'obligation de verser au salarié une contrepartie financière.

Conditions cumulatives de licéité dégagées par la jurisprudence

- ▶ Ces conditions sont cumulatives. L'absence de l'une d'entre elles entraîne la nullité de la clause.
- ▶ Par ces différents arrêts, la Haute Cour a restreint les conditions d'utilisation des clauses de non-concurrence. Elle a opéré un revirement de jurisprudence en octroyant à tout salarié soumis à une obligation de non-concurrence le bénéfice d'une contrepartie financière.

Acceptation claire et non équivoque de la clause

- ▶ Pour être valable, la clause de non-concurrence doit avoir été acceptée par le salarié pour pouvoir lui être opposable. A défaut, celle-ci lui est inopposable.
- ▶ Il a été jugé que la clause de non-concurrence figurant dans un contrat de travail qui n'avait pas été signée par le salarié était inopposable à celui-ci. Peu importait le fait qu'il ait perçu une contrepartie pécuniaire après la rupture du contrat de travail. Cela ne suffisait pas à démontrer l'existence de son consentement à la clause de non-concurrence.
- ▶ [Cass. soc., 1^{er} avr. 2020, n° 18-24.472](#)

Appréciation de la validité de la clause

- ▶ La validité d'une clause de non-concurrence s'apprécie à la date de sa conclusion.
 - ▶ [Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-68.537, n° 1767 FS - P + B](#)
- ▶ Il découle de ce principe énoncé par la Cour de cassation qu'une disposition conventionnelle postérieure ne peut pas pallier la carence existant au moment de la conclusion du contrat de travail

**LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE DOIT ÊTRE
ÉCRITE**

Nécessité d'un écrit

- ▶ Dans la mesure où elle déroge au principe de la liberté du travail, la clause de non-concurrence ne se présume pas. Elle doit donc nécessairement être rédigée par écrit, afin notamment que soient déterminées de manière incontestable ses conditions d'application (activité, durée, secteur géographique, contrepartie financière pour le salarié...).
- ▶ Cet écrit est le plus souvent inclus dans le contrat de travail ou dans la convention collective.

Conventions collectives imposant expressément une obligation de non-concurrence

- ▶ Quelques conventions collectives indiquent formellement que tout salarié quittant l'entreprise ne devra pas exercer une activité concurrente, et fixent avec précision la durée et le champ d'application territorial de cette interdiction.
- ▶ **1° Application directe de la convention collective**
- ▶ Lorsqu'une convention institue de manière impérative une clause de non-concurrence, celle-ci s'applique de plein droit même en l'absence de clause particulière dans le contrat de travail.
 - ▶ [Cass. soc., 9 juill. 1976, n° 75-40.662 : Bull. civ. V, n° 451](#)
- ▶ Pour que cette obligation de non-concurrence, en l'absence de mention dans le contrat de travail, soit opposable au salarié, il faut que celui-ci ait été informé de l'existence de la convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance.
 - ▶ [Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 93-44.009, n° 37 P + F : Bull. civ. V, n° 8](#)
- ▶ La validité des clauses de non-concurrence édictées par les conventions collectives a été contestée, dans la mesure où une convention collective peut contenir des dispositions plus favorables aux salariés que les dispositions légales mais ne peut pas leur imposer des obligations plus lourdes que celles prévues par la loi : comme la loi ne prévoit nulle part que la liberté de rechercher un emploi puisse être restreinte, on pourrait penser que la convention collective ne peut pas valablement imposer une telle restriction si celle-ci n'a pas été expressément acceptée par le salarié.
- ▶ En outre, les clauses de ces conventions collectives ne nous paraissent désormais valables que si elles prévoient une contrepartie financière au profit du salarié.

Accord collectif postérieur : primauté du contrat de travail

- ▶ Un salarié embauché sans clause de non-concurrence dans son contrat de travail ne peut pas se voir opposer une interdiction de concurrence instituée par un accord collectif de travail conclu après son recrutement.
- ▶ Cela constituerait une modification du contrat de travail nécessitant l'accord exprès du salarié. En l'espèce, le salarié en cause avait été embauché sans contrat écrit.
- ▶ [Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.018, n° 4098 FS - P : Bull. civ. V, n° 334](#)

Conventions collectives renvoyant au contrat de travail

- ▶ La plupart des conventions collectives qui traitent de la non-concurrence prévoient simplement :
 - ▶ que l'employeur a la faculté d'instituer une interdiction de concurrence à l'égard d'un salarié ;
 - ▶ que la clause correspondante devra être précisée par écrit, dans le contrat de travail ;
 - ▶ et, éventuellement, que la clause de non-concurrence devra respecter certaines règles et limites posées par la convention collective.
- ▶ Ainsi, lorsqu'une convention collective prévoit la possibilité d'insérer une clause de non-concurrence dans le contrat de travail pour une catégorie précise de salariés, l'employeur ne peut imposer une telle clause à d'autres salariés que ceux prévus par la convention collective.
 - ▶ [Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 94-42.665, n° 4134 P : Bull. civ. V, n° 370](#)
- ▶ Si la convention collective dispose que, pour être valable, la clause de non-concurrence doit préciser la durée de l'interdiction et le montant de l'indemnité compensatrice due au salarié, la simple référence faite dans le contrat à cette disposition, non complétée par les précisions exigées par la convention, ne constitue pas une clause de non-concurrence valable.
 - ▶ [Cass. soc., 17 mars 1970, n° 69-40.223 : Bull. civ. V, n° 198](#)

Articulation entre le contrat de travail et la convention collective

- ▶ En cas de contradiction entre les dispositions d'une convention collective et celles du contrat de travail, l'employeur doit appliquer la disposition la plus favorable au salarié en application du principe de faveur.
- ▶ **1° Cas où le contrat de travail est plus favorable**
- ▶ La clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail ne peut pas comporter des dispositions moins favorables pour le salarié que celles figurant dans la convention collective.
- ▶ Si la clause de non-concurrence incluse dans le contrat de travail est plus favorable au salarié que celle prévue par la convention collective, c'est elle qui s'applique.
 - ▶ [Cass. soc., 31 oct. 2000, n° 98-43.697](#)

-
- ▶ **2° Cas où le contrat de travail est moins favorable**
 - ▶ Une clause contractuelle de non-concurrence ne peut avoir un champ d'application plus étendu et imposer une obligation plus contraignante pour le salarié que l'obligation définie par la convention collective applicable.
 - ▶ [Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.035, n° 1682 F - P + B](#)

**PROTECTION D'UN INTÉRÊT LÉGITIME DE
L'ENTREPRISE ET ABSENCE D'ATTEINTE À LA LIBERTÉ
DU TRAVAIL**

Existence d'un risque réel pour l'entreprise

- ▶ Pour être valable, la clause de non-concurrence doit avant tout être indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise. Elle doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié. Il semble en effet normal que l'obligation de non-concurrence ne soit imposée qu'à des salariés dont les connaissances techniques ou commerciales risqueraient de causer à l'employeur un préjudice important si elles étaient « apportées » à une entreprise concurrente.
- ▶ L'administration avait ainsi indiqué que les clauses de non-concurrence ne devraient concerner que « des emplois de grande qualification nécessitant une formation particulière et susceptibles d'entraîner une véritable concurrence ».
- ▶ [Rép. min. n° 9888 : JOAN CR, 24 mars 1979, p. 1951](#)

Existence d'un risque réel pour l'entreprise

- ▶ Pourtant, la Cour de cassation a longtemps admis qu'une clause de non-concurrence pouvait être imposée à un salarié n'ayant pas une spécialisation poussée ou particulière, et que les juges ne pouvaient pas substituer leur appréciation à celle de l'employeur quant à l'utilité pour ce dernier d'imposer une interdiction de concurrence (**Cass. soc., 13 oct. 1988 : Bull. civ. V, n° 494**).

Existence d'un risque réel pour l'entreprise

- ▶ Mais elle a modifié ensuite sa jurisprudence, dans une affaire concernant un laveur de vitres dont le contrat contenait une clause de non-concurrence d'une durée de quatre ans applicable dans le département de l'employeur et les départements limitrophes : « ayant fait ressortir qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, la cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause ».
- ▶ [Cass. soc., 14 mai 1992, n° 89-45.300 : Bull. civ. V, n° 309](#)

Appréciation des intérêts légitimes de l'entreprise

- ▶ Le contrôle du respect de la protection des intérêts légitimes de l'entreprise s'exerce au regard de l'activité réelle de l'entreprise et non par rapport :
 - ▶ à la définition statutaire de son objet, lequel peut être plus large ;
 - ▶ [Cass. soc., 18 déc. 1997, n° 94-45.548 : Bull. civ. V, n° 458 Cass. soc., 5 déc. 2001, n° 99-44.407](#)
- ni aux indications fournies par l'extrait K *bis* du Registre du commerce.
 - ▶ [Cass. soc., 14 oct. 1998, n° 96-43.261](#)

Clauses indispensables à la protection des intérêts de l'entreprise

- ▶ Clause interdisant à un électricien itinérant d'une société de manutention et de stockage de matériel industriel, pour une durée d'un an à compter de son départ de l'entreprise, de travailler dans toute entreprise susceptible de concurrencer son employeur, assortie d'une clause pénale : le domaine d'activité de la société d'origine était spécialisé et le salarié y avait acquis, après 14 ans d'activité professionnelle un savoir-faire spécifique qu'elle entendait protéger.
En outre, compte tenu de la qualification d'électromécanicien du salarié, comme son niveau de compétences et de responsabilités, la clause de non-concurrence ne lui interdisait pas de trouver du travail en dehors du secteur particulier de la maintenance et de la manutention ;
(Cass. soc., 14 févr. 1995, n° 93-43.898)
Clause interdisant à un garçon de café, en contact direct avec la clientèle, en cas de cessation du contrat pour quelque cause que ce soit, pendant un an, d'entrer au service d'une entreprise concurrente exerçant la même activité café-brasserie sur le territoire de Maubeuge (seule ville où l'ancien employeur exploitait son établissement) avec une clause pénale ;
(Cass. soc., 1^{er} mars 1995, n° 93-42.754)
Clause interdisant à un VRP dans le commerce de gros de pièces détachées automobiles d'entrer dans une société concurrente pendant 2 ans dans les départements des Bouches-du-Rhône et du Vaucluse, en qualité d'employé, de représentant ou à toutes autres fins ;
(Cass. soc., 18 déc. 1997, n° 95-43.409 : Bull. civ. V, n° 459)
Clause insérée dans un contrat de formation. La salariée présentait pour l'entreprise un risque sérieux de concurrence puisqu'elle avait bénéficié durant la période de formation, de conditions propres à l'aider à développer une activité concurrentielle à son détriment après la cessation du contrat ;
(Cass. soc., 25 mars 1998, n° 94-20.780, n° 1688 P : Bull. civ. V, n° 176)
Clause interdisant à un attaché commercial d'une société commercialisant des pièces détachées servant à la fabrication de mobilier de bureau, pendant 2 ans de s'intéresser directement ou indirectement à toute fabrication similaire ou connexe et à tout commerce pouvant concurrencer les matériels produits ou articles fabriqués, vendus, loués ou représentés par la société.
(Cass. soc., 28 juin 2000, n° 98-43.729)

Clauses non- indispensables à la protection des intérêts de l'entreprise

- ▶ Clause de non-concurrence interdisant à un magasinier employé par une société concessionnaire d'une marque automobile, en cas de cessation de son contrat de travail pour une cause quelconque, d'entrer au service d'une entreprise concurrente ou de s'intéresser directement ou indirectement à tout commerce pouvant concurrencer les produits vendus par elle.
Les fonctions de magasinier du salarié ne correspondaient pas en effet à une qualification spécialisée et n'exigeaient pas qu'il soit en contact avec la clientèle. En outre, l'activité de son ancien employeur étant la vente, la réparation et l'entretien de véhicules, elle ne correspondait qu'indirectement et de manière accessoire à la vente de pièces détachées, activité de la société créée par l'intéressé et dont il était le gérant ;
(Cass. soc., 19 nov. 1996, n° 94-19.404, n° 4358 P : Bull. civ. V, n° 392)
Clause accompagnée d'une clause de rachat conférant au salarié la faculté d'être libéré de son obligation avec l'accord de l'employeur, moyennant le versement d'une somme forfaitaire ;
(Cass. soc., 7 avr. 1998, n° 95-42.495 : Bull. civ. V, n° 202)
Clause d'un négociateur immobilier chargé de négocier l'achat et la vente de fonds de commerce, qui compte tenu de sa durée de 3 ans, était manifestement excessive dans un domaine où il n'existait pas à proprement parler de clientèle attachée au cabinet et exploitée régulièrement par celui-ci dans le domaine d'activité de l'employeur de sorte que les intérêts légitimes de la société n'étaient pas menacés ;
(Cass. soc., 16 déc. 1998, n° 96-42.538)
Clause concernant un salarié occupant un emploi subalterne et n'ayant pas accès à des informations spécifiques ou à caractère confidentiel susceptibles de constituer un trouble dans l'exercice normal de la concurrence pour son ancien employeur ;
(Cass. soc., 13 janv. 1999, n° 97-40.023)
Clause interdisant à une salariée d'une entreprise de travail temporaire de se faire embaucher pendant deux ans par d'autres sociétés d'intérim alors que la salariée avait des fonctions limitées et n'était jamais en contact avec les clients employeurs ;
(Cass. soc., 9 avr. 2008, n° 07-41.289)
Clause d'un salarié occupant un emploi subalterne et qui n'avait pas accès à des informations spécifiques ou à caractère confidentiel susceptibles de constituer un trouble dans l'exercice normal de la concurrence de son ancien employeur.
(Cass. soc., 13 janv. 1999, n° 97-40.023)

LIMITATION DANS LE TEMPS ET L'ESPACE

Conditions cumulatives

- ▶ Depuis les arrêts du 10 juillet 2002, la jurisprudence considère que les limitations dans le temps et dans l'espace doivent obligatoirement figurer dans une clause de non-concurrence. Il s'agit de conditions cumulatives. L'absence de l'une ou l'autre de ces deux conditions entraîne la nullité de la clause de non-concurrence.
 - ▶ [Cass. soc., 31 oct. 2005, n° 04-46.119](#)
- ▶ Ces limites doivent toutefois être proportionnées au risque concurrentiel auquel l'employeur s'expose en raison de la nature de son activité et de celle du salarié.
- ▶ Face à une clause illimitée ou de durée trop longue, le juge prud'homal peut décider de l'annuler ou de la réduire s'il la juge excessive, et ce, même si celle-ci est justifiée

Limitation dans le temps

- ▶ **Fixation de la durée de l'interdiction**
- ▶ Une clause de non-concurrence doit indiquer une durée limitée pendant laquelle le salarié est tenu à une interdiction de concurrence.
- ▶ **1° Si une convention collective est applicable**
- ▶ Lorsqu'une convention collective prévoit une durée maximum, la clause contractuelle ne peut fixer une durée supérieure. A défaut, elle encourt une révision par le juge.
- ▶ **2° En l'absence de convention collective**
- ▶ En l'absence de dispositions conventionnelles, aucune limite de durée n'est fixée. L'employeur a alors toute latitude pour la définir.
- ▶ Pour cela, il doit tenir compte des autres éléments de la clause comme l'étendue géographique, la nature de l'activité et les spécificités des fonctions occupées par le salarié. La durée de l'interdiction peut varier en fonction de la qualification du salarié, plus longue pour les salariés qualifiés, plus courte pour les salariés moins qualifiés.
- ▶ En pratique, la durée de 2 ans est souvent retenue par référence à de nombreuses conventions collectives.
- ▶ Cependant, la durée de l'interdiction de concurrence peut être plus longue si le champ d'application territorial de cette interdiction est fort réduit ou si les connaissances professionnelles du salarié lui permettent de retrouver sans difficulté un emploi dans une autre branche professionnelle

Exemples de clauses jugées valables

- ▶ Ont ainsi été jugées valables les durées suivantes :
 - ▶ 10 ans pour une interdiction s'étendant pourtant à tout le territoire français ; cette durée n'a pas été jugée excessive car il n'existait en France aucune entreprise similaire susceptible d'embaucher le salarié, qui avait par ailleurs retrouvé une activité dans une entreprise différente ;
 - ▶ [Cass. soc., 3 janv. 1964, n° 62-40.847 : Bull. civ. IV, n° 5](#)
 - ▶ 5 ans pour une interdiction portant sur le département de l'employeur et les départements limitrophes ;
 - ▶ [Cass. soc., 6 mai 1982, n° 79-42.739 : Bull. civ. V, n° 279](#)
 - ▶ 3 ans sur le département et les trois départements limitrophes ;
 - ▶ [Cass. soc., 17 mai 1973, n° 72-40.606 : Bull. civ. V, n° 309](#)
 - ▶ 2 ans sur les huit départements de la région parisienne.
 - ▶ [Cass. soc., 25 sept. 1991, n° 88-41.995, n° 3028 P + F : Bull. civ. V, n° 379](#)

Exemples de clauses jugées non valables

- ▶ En revanche, une durée de deux ans sur tout le territoire français, applicable à un ingénieur chimiste, a été déclarée nulle malgré sa limitation dans le temps : le salarié « s'étant spécialisé depuis 10 ans dans les méthodes de contrôle et de fabrication des enduits de peinture, la clause de non-concurrence avait pour résultat de lui interdire en fait l'exercice de l'activité professionnelle qui était devenue la sienne en l'empêchant de travailler en France à quelque poste que ce soit dans toute société dont l'activité pourrait concurrencer son ancien employeur, même indirectement, c'est-à-dire même en dehors de la spécialité qu'il avait acquise ».
 - ▶ [Cass. com., 15 nov. 1988, n° 87-11.032 : Bull. civ. IV, n° 304](#)
- ▶ De même, à propos d'une clause de non-concurrence d'une durée de 5 ans à compter du jour de l'embauche, imposée à un laveur de vitres qui, après une tentative infructueuse de reconversion, a été réembauché par une entreprise concurrente, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir « retenu que la durée dans le temps de la clause était excessive, eu égard à la nature de l'emploi » : les juges pouvaient donc « décider, sans être tenus d'en prononcer la nullité, qu'à la date de la nouvelle embauche du salarié, postérieure de plus de trois ans à sa prise d'effet, ladite clause ne pouvait plus recevoir application ».
 - ▶ [Cass. soc., 7 mai 1991, n° 87-43.470](#)

Limitation dans l'espace

▶ Délimitation géographique de l'interdiction

- ▶ Le secteur géographique où s'applique l'interdiction de concurrence doit être, en principe, précisément défini. A défaut, la clause de non-concurrence peut être déclarée nulle. Ainsi, la clause de non-concurrence d'une directrice de magasin lui interdisant d'exercer pendant 3 ans une activité concurrente dans les départements où était implantée la société est nulle en raison notamment de sa délimitation imprécise qui ne permettait pas au moment de la conclusion du contrat de travail de connaître réellement le secteur protégé.
 - ▶ [Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 97-45.868](#)
- ▶ D'une façon générale, la clause doit être limitée aux secteurs géographiques dans lesquels le salarié, du fait de son activité nouvelle, est susceptible de concurrencer son employeur.
- ▶ Elle ne doit pas avoir pour effet d'empêcher le salarié d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle.
- ▶ Il a été jugé que la validité d'une clause de non-concurrence n'avait pas à être appréciée au regard de la clause de mobilité. Ainsi, n'est pas une atteinte excessive au libre exercice d'une activité professionnelle, la clause de non-concurrence, limitée dans l'espace à toute une région d'activité du salarié alors que son contrat prévoyait en plus une clause de mobilité sur tout le territoire national.
 - ▶ [Cass. soc., 26 sept. 2018, n° 17-16.020](#)

Limitation dans l'espace

▶ 1° Si une convention collective est applicable

- ▶ Lorsqu'une convention collective délimite une interdiction, la clause insérée dans un contrat de travail ne peut pas définir un espace géographique de non-concurrence supérieur à celui de la convention collective. A défaut, elle encourt la nullité partielle.

▶ 2° En l'absence de convention collective applicable

- ▶ En l'absence de dispositions conventionnelles, l'employeur a toute liberté pour définir le secteur géographique où s'applique l'interdiction de concurrence à condition de tenir compte des critères de validité que sont la limitation dans le temps, la nature de l'activité et les spécificités des fonctions occupées par le salarié.

Exemples jurisprudentiels

- ▶ Le secteur où s'applique la clause de non-concurrence peut être de dimensions très variables, par exemple :
 - un kilomètre autour de l'emplacement de l'ancien employeur, pour une coiffeuse ;
 - Cass. soc., 9 oct. 1985, n° 83-46.113 : Bull. civ. V, n° 442
 - Paris et les départements limitrophes ;
 - Cass. com., 18 déc. 1979, n° 78-11.393 : Bull. civ. IV, n° 340
 - le Maine-et-Loire et les départements limitrophes (soit au total neuf départements) ;
 - Cass. soc., 3 juill. 1985, n° 82-42.603
 - au territoire de la Corse (pendant un an).
- ▶ Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-29.865

Exemples jurisprudentiels

- ▶ La clause comportant une interdiction de concurrence s'étendant à l'ensemble du territoire français n'est pas systématiquement frappée de nullité. En effet, la seule extension du champ d'application géographique de la clause à l'ensemble du territoire français ne rend pas en soi impossible l'exercice par le salarié d'une activité professionnelle. La clause sera valable si elle n'a pas pour effet d'empêcher le salarié d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle.
- ▶ En l'espèce, les juges auraient dû rechercher si compte tenu de la limitation de l'interdiction de l'activité de conseil en management rémunérée selon les résultats dégagés et aux clients et fournisseurs de l'employeur, le salarié se trouvait dans l'impossibilité d'exercer une activité conforme à sa formation, à ses connaissances et son expérience professionnelle.
- ▶ Si c'est le cas, la clause est frappée de nullité ; dans le cas contraire, elle peut s'appliquer.
- ▶ [Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 08-44.847](#)

**LIMITATION QUANT À LA NATURE DE L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE
ET LES SPÉCIFICITÉS DE L'EMPLOI DU SALARIÉ**

Libellé de l'activité interdite dans la clause de non-concurrence

▶ 1° Principes généraux à prendre en compte

- ▶ En fonction des intérêts légitimes que l'entreprise entend protéger, il est nécessaire de définir précisément dans la clause de non-concurrence les actes de concurrence interdits au salarié après la rupture de son contrat de travail. Cette restriction doit, pour être valable, être en relation avec l'activité de l'entreprise mais aussi avec celle du salarié. Il ne saurait être question de prévoir une interdiction empêchant le salarié de retrouver un emploi conforme à sa formation et son expérience professionnelle, sous peine de nullité de la clause de non-concurrence.

- ▶ [Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 99-46.136, n° 2722 FP - P : Bull. civ. V, n° 273](#) [Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904, n° 2726 FP - P + B + R + I : Bull. civ. V, n° 272](#)

▶ Définition des actes de concurrence interdits

- ▶ Dans le respect des principes ci-dessus, la définition des actes de concurrence que le salarié s'interdit d'exercer pendant la durée de la clause peut être plus ou moins étendue.
- ▶ Il peut lui être simplement interdit d'entrer au service d'une entreprise concurrente pour y exercer les mêmes fonctions que celles qu'il occupait précédemment.
- ▶ L'obligation peut aussi être beaucoup plus large : il peut lui être interdit d'entrer au service d'un concurrent, en qualité de salarié ou de non-salarié, de s'intéresser directement ou indirectement à une entreprise concurrente et de créer une telle entreprise.
- ▶ Lorsque la clause interdit à un salarié d'accepter un emploi similaire dans une entreprise concurrente, elle lui interdit également d'exercer le même emploi dans une entreprise créée par lui, le mot « emploi » ayant le sens général de « fonction » et n'impliquant pas nécessairement l'embauchage par une tierce personne.
 - ▶ [Cass. soc., 5 janv. 1984, n° 81-41.765](#)

EXISTENCE D'UNE CONTREPARTIE FINANCIÈRE

Caractère obligatoire de la contrepartie financière

- ▶ **Caractère indispensable de la contrepartie financière sous peine de nullité**
 - ▶ Parmi les conditions cumulatives de validité des clauses de non-concurrence figure l'existence d'une contrepartie pécuniaire.
 - ▶ Jusqu'en juillet 2002, la jurisprudence admettait la validité d'une clause de non-concurrence en l'absence de contrepartie financière en faveur du salarié
 - ▶ ([Cass. soc., 20 oct. 1993, n° 90-45.045](#)).
 - ▶ Elle considérait en effet, que « les parties peuvent valablement convenir, lors de la conclusion d'un contrat de travail, d'une clause de non-concurrence qui, sauf, convention ou accord collectif contraire, n'aurait pas de contrepartie financière »
 - ▶ ([Cass. soc., 11 oct. 1990, n° 86-45.320, n° 3732 P : Bull. civ. V, n° 459](#)).
 - ▶ Par revirement de jurisprudence, la Cour de cassation précise dans plusieurs arrêts du 10 juillet 2002 qu'« une clause de non-concurrence n'est licite que si elle (...) comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ».
 - ▶ [Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135, n° 2723 FP - P + B + R + I : Bull. civ. V, n° 239](#) [Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.387, n° 2724 FP - P + B + R + I : Bull. civ. V, n° 239](#)
 - ▶ Tout salarié soumis à une obligation de non-concurrence doit donc bénéficier d'une contrepartie financière.
 - ▶ A défaut, la clause contractuelle doit être considérée comme nulle.
 - ▶ [Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334, n° 2725 FP - P + B + R + I : Bull. civ. V, n° 239](#) [Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 00-44.882, n° 227 FS - P : Bull. civ. V, n° 27](#)

Contrepartie obligatoire quels que soient l'auteur et la cause de la rupture

- ▶ La contrepartie financière à la clause de non-concurrence est due quel que soit l'auteur (employeur ou salarié) ou les circonstances de la rupture.
 - ▶ Est nulle la clause de non-concurrence qui ne prévoit le paiement de la contrepartie financière qu'en cas de rupture du contrat :
 - ▶ à l'initiative de l'employeur ;
 - ▶ [Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-44.598, n° 1424 FS - P + B](#)
 - ▶ à l'initiative du salarié (par exemple, en cas de démission comme en l'espèce).
 - ▶ [Cass. soc., 27 févr. 2007, n° 05-44.984, n° 392 F - P](#)
 - ▶ Il n'est pas possible de dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation. Celle-ci est due quels que soient les motifs de la rupture. Ainsi :
 - ▶ le contrat de travail ne peut pas exclure le bénéfice de l'indemnité compensatrice en cas de licenciement pour faute grave ou lourde ;
 - ▶ [Cass. soc., 28 juin 2006, n° 05-40.990, n° 1672 F - P + B](#) [Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-41.791](#)
 - ▶ la convention collective ne peut pas non plus déroger à la loi pour interdire, en cas de faute grave, au salarié soumis à une clause de non-concurrence de bénéficier d'une contrepartie financière.
 - ▶ [Cass. soc., 4 juin 2008, n° 04-40.609, n° 1072 FS - P + B](#)

Indemnisation résultant exclusivement de la convention collective

- ▶ Dans le cas où la contrepartie financière à la clause de non-concurrence est seulement prévue par la convention collective applicable, celle-ci s'applique de plein droit dès lors que le contrat de travail fait expressément référence à cet accord.
 - ▶ [Cass. soc., 10 mars 2004, n° 02-40.108, n° 518 F - P + B : Bull. civ. V, n° 83](#)
- ▶ La convention collective qui comporte une contrepartie financière est en effet plus favorable que le contrat de travail qui en est dépourvu.
 - ▶ [Cass. soc., 5 mai 2010, n° 09-40.710](#)

Fixation du montant de l'indemnité compensatrice de non-concurrence

- ▶ **Fixation de l'indemnité de non-concurrence dans le respect du principe de proportionnalité**
- ▶ En l'absence de dispositions conventionnelles relatives à cette contrepartie, son montant est librement déterminé par les parties. Toutefois, il doit être fixé en proportion des contraintes imposées au salarié après la rupture de son contrat de travail. L'indemnité doit donc être mesurée, c'est-à-dire ni excessive ni dérisoire, faute de quoi le juge pourra prononcer l'annulation de la clause.
- ▶ L'indemnité peut être fixée de façon forfaitaire (c'est-à-dire sans référence au salaire) soit par rapport à un pourcentage de salaire (cas le plus courant).
- ▶ En aucun cas le montant de l'indemnité peut être établi uniquement en référence à la durée d'exécution du contrat de travail car cela reviendrait à le faire dépendre uniquement de l'ancienneté du salarié. Ce qui était le cas en l'espèce où la clause de non-concurrence était d'une durée de 2 ans pour une ancienneté supérieure à 5 ans.
 - ▶ [Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45.511, n° 554 FP - P + B + R Cass. soc., 4 févr. 2009, n° 07-44.291](#)

Pas de montant variable selon les motifs de la rupture

- ▶ Le montant de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence doit être identique quelle que soit la cause de la rupture du contrat de travail. La jurisprudence considère en effet que les parties ne peuvent pas dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation.
- ▶ La clause de non-concurrence qui prévoit une modulation du montant de l'indemnité de non-concurrence en fonction des motifs de la rupture du contrat n'est pas nulle. Elle est réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie. Le salarié reste donc tenu de respecter l'interdiction de concurrence. Il peut aussi prétendre au versement de l'intégralité de la contrepartie financière.
- ▶ La Cour de cassation a précisé qu'il n'est pas possible de minorer le montant de la contrepartie financière :
 - ▶ en cas de licenciement pour faute grave ou lourde ;
 - ▶ [Cass. soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.056, n° 759 FS - P + B](#)
 - ▶ en cas de démission du salarié que cette minoration soit prévue par une disposition dans le contrat de travail
 - ▶ ([Cass. soc., 25 janv. 2012, n° 10-11.590, n° 247 FS - P + B](#)) ou résulte d'une disposition conventionnelle ([Cass. soc., 14 avr. 2016, n° 14-29.679, n° 834 F - P + B](#)) ;
 - ▶ en cas de rupture conventionnelle ([Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13-25.847, n° 635 FS - P + B](#)). Par la suite, elle a confirmé sa position en l'étendant à l'hypothèse où le contrat de travail prévoit une clause de « respect de la clientèle » s'analysant en une clause de non-concurrence (
 - ▶ [Cass. soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002, n° 71 FS - P + B](#)).

Une limite : le montant de l'indemnité ne peut être dérisoire

- ▶ **1°Appréciation du montant dérisoire**
- ▶ Une indemnité compensatrice dérisoire équivaut à une absence de contrepartie. La clause étant illicite, celle-ci peut être annulée pour ce motif.
- ▶ Cass. soc., 13 janv. 1998, n° 95-41.480, n° 145 P : Bull. civ. V, n° 6 Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, n° 2592 FS - P + B
- ▶ Ainsi, a été annulée une clause de non-concurrence :
- ▶ fixée dans le contrat de travail à un montant dérisoire car en deçà du montant minimal prévu par la convention collective ;
- ▶ Cass. soc., 13 janv. 1998, n° 95-41.480, n° 145 P : Bull. civ. V, n° 6
- ▶ prévoyant une indemnité qui ne s'élevait qu'à 2,4 mois de salaire pour une durée de non-concurrence de 24 mois. Cette contrepartie a été jugée dérisoire, eu égard aux importantes restrictions auxquelles était soumis le salarié, disproportionnées par rapport à l'indemnité mensuelle qui devait en être la contrepartie.
- ▶ Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, n° 2592 FS - P + B

Une limite : le montant de l'indemnité ne peut être dérisoire

- ▶ Pour apprécier si le montant de la contrepartie financière est ou non dérisoire, seul doit être pris en compte l'indemnité versée après la rupture du contrat.
- ▶ Il en a été ainsi décidé à propos d'une salariée dont le contrat de travail comportait une clause de non-concurrence prévoyant le versement pendant toute la durée du contrat de travail d'une majoration de salaire ainsi qu'après la rupture du contrat d'une somme versée mensuellement pendant la durée effective d'exécution de cette clause.
- ▶ La salariée avait contesté la licéité de la clause en raison du montant dérisoire de la contrepartie financière. Les juges du fond ont rejeté son argumentation considérant la clause licite au motif que la contrepartie financière versée pendant l'exécution du contrat de travail et après la rupture n'était pas dérisoire.
- ▶ La Cour de cassation n'est pas de cet avis : le paiement de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence ne pouvant intervenir avant la rupture du contrat, seul devait être pris en compte le montant qu'il était prévu de verser après la rupture.
- ▶ [Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-71.567, n° 1497 FS - P + B](#)

Rôle du juge en présence d'une contrepartie financière dérisoire

- ▶ Lorsque la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence est dérisoire, le juge peut accorder au salarié des dommages-intérêts calculés en fonction du préjudice subi pour application d'une clause illicite. Il ne peut pas fixer lui-même le montant de l'indemnité compensatrice de non-concurrence, qui relève de l'accord des parties.
- ▶ [Cass. soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, n° 1245 F - P + B](#)

Le montant de l'indemnité ne peut être modifié

- ▶ L'indemnité compensatrice de non-concurrence est la contrepartie d'une obligation. Elle n'a pas le caractère d'une peine au sens de l'article [1231-5](#) (anc. art. 1152) du code civil et ne peut donc pas être réduite ni augmentée par les juges.
- ▶ [Cass. soc., 4 juill. 1983, n° 80-41.906 : Bull. civ. V, n° 380](#) [Cass. soc., 26 mai 1988, n° 85-45.074 : Bull. civ. V, n° 318](#) [Cass. soc., 19 juill. 1988, n° 85-43.179 : Bull. civ. V, n° 461](#)
- ▶ Au contraire, la clause pénale (fixant à l'avance les dommages-intérêts dus par le salarié en cas de violation de la clause de non-concurrence) constitue une peine et peut donc être modifiée par les juges.
- ▶ Toutefois, aucune disposition légale ou conventionnelle n'interdit aux parties de modifier, dans le cadre d'une transaction, le montant de la contrepartie financière.

Base de calcul de l'indemnité de non-concurrence

- ▶ L'indemnité compensatrice de non-concurrence peut faire l'objet d'un forfait (donc sans référence au salaire). Mais le plus souvent le montant de cette indemnité est fixé en pourcentage de salaire (un tiers, la moitié ou les deux tiers...).
- ▶ Toutefois, il peut varier selon les conventions ou les contrats en fonction de la durée de l'interdiction.
- ▶ Il est généralement admis que la base de calcul de l'indemnité compensatrice doit être le salaire brut.
 - ▶ [Cass. soc., 13 janv. 1998, n° 95-41.467, n° 120 P : Bull. civ. V, n° 8 \(2^e moyen\) Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-41.616](#)
- ▶ L'indemnité compensatrice est le plus souvent calculée sur la base du salaire moyen des 3 ou des 12 derniers mois d'activité.
- ▶ En cas de licenciement avec dispense de préavis, la date à laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de la contrepartie financière est celle du départ effectif du salarié de l'entreprise (notification du licenciement).
 - ▶ [Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-68.762, n° 1494 FS - P + B](#)

Nature et régime juridique de l'indemnité compensatrice de non-concurrence

- ▶ **Caractère salarial de l'indemnité compensatrice de non-concurrence**
- ▶ La contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence n'a pas le caractère de dommages-intérêts ni celui d'une clause pénale. Cette indemnité, prévue par le contrat de travail, est « un élément de rémunération destiné à compléter forfaitairement le salaire nouveau réduit en raison de la restriction imposée par la clause de non-concurrence à l'activité professionnelle de l'intéressé pendant un certain temps ».
- ▶ [Cass. soc., 2 févr. 1972, n° 70-13.634 : Bull. civ. V, n° 89](#)
- ▶ Elle a « quelle que soit la qualification contractuelle que lui donnent les parties, la nature compensatrice d'un salaire ».
- ▶ [Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 00-40.461, n° 2668 FS - P + B : Bull. civ. V, n° 283](#)
- ▶ La jurisprudence a confirmé son analyse en précisant que la contrepartie à la clause de non-concurrence est stipulée en conséquence de l'engagement du salarié de ne pas exercer, après la cessation du contrat de travail, d'activité concurrente à celle de son ancien employeur. Elle ne constitue pas une indemnité forfaitaire prévue en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle.
- ▶ [Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-12.059, n° 1130 FS – B](#)

Nature et régime juridique de l'indemnité compensatrice de non-concurrence

- ▶ Autres conséquences du caractère « salarial » de l'indemnité compensatrice de non-concurrence :
 - ▶ elle ouvre droit à congés payés ;
 - ▶ [Cass. soc., 28 nov. 2001, n° 99-46.032](#) [Cass. soc., 3 nov. 2004, n° 02-45.279](#) [Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47.597, n° 1232 FS - P](#) [Cass. soc., 10 oct. 2007, n° 05-45.657](#) [Cass. soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233, n° 1318 F - P + B](#)

- ▶ la contrepartie financière à la clause de non-concurrence a la nature d'une indemnité compensatrice de salaire : elle a été stipulée en conséquence de l'engagement du salarié de ne pas exercer, après la cessation du contrat de travail, d'activité concurrente à celle de son ancien employeur. Elle ne s'agit pas d'une clause pénale car ce n'est pas une indemnité forfaitaire prévue en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle ([Cass. soc., 13 oct. 2021, n°20-12.059](#)).

-
- ▶ elle est soumise à l'impôt sur le revenu ;
 - ▶ CGI, art. [80 duodecies Instr. 31 mai 2000 : BOI 5 F-8-00](#)
 - ▶ elle est saisissable et cessible dans les mêmes proportions que le salaire ;
 - ▶ C. trav., art. [L. 3252-2](#) et [R. 3252-2](#)
 - ▶ elle est soumise au délai de prescription applicable aux salaires ;
 - ▶ [Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 00-40.461, n° 2668 FS - P + B : Bull. civ. V, n° 283](#)
 - ▶ elle doit figurer sur le bulletin de paie et parmi les salaires à déclarer dans la DADS.
 - ▶ Si le salarié est contraint d'intenter une action en justice pour obtenir le paiement de cette contrepartie, les intérêts légaux sont dus sur cette indemnité à compter de la date de l'assignation et non à compter de la décision des juges.
 - ▶ [Cass. soc., 19 juill. 1988, n° 85-43.179 : Bull. civ. V, n° 461](#)

Prise en charge par l'AGS

- ▶ L'indemnité compensatrice de non-concurrence fait partie des sommes couvertes par l'AGS. La contrepartie financière à la clause de non-concurrence payée mois par mois est prise en charge par l'AGS, peu importe que toutes les échéances ne soient pas encore exigibles au moment de la rupture.
- ▶ [Cass. soc., 20 juin 2006, n° 04-48.493, n° 1643 FS - P + B](#)

Versement périodique de l'indemnité compensatrice pendant toute la durée d'application de la clause

- ▶ Le plus souvent en pratique, l'indemnité compensatrice est versée mensuellement, à la fin de chaque mois, pendant toute la durée d'application de la clause de non-concurrence. Dans un tel cas, « la créance du salarié prend naissance mois par mois au cours de la période considérée » : les juges peuvent donc condamner l'employeur au versement immédiat de l'indemnité compensatrice pour la période allant du départ du salarié à la date de leur décision mais non pour la période restant à courir jusqu'à la fin de l'interdiction de concurrence.
- ▶ Cass. soc., 19 déc. 1990, n° 87-45.486, n° 5010 P : Bull. civ. V, n° 700
- ▶ Si l'employeur s'abstient de payer l'indemnité mensuelle contractuellement prévue, ce manquement à son obligation contractuelle a pour conséquence de libérer l'ancien salarié de sa propre obligation
- ▶ Cass. soc., 3 oct. 1991, n° 89-43.375, n° 2959 P : Bull. civ. V, n° 389

Versement périodique de l'indemnité compensatrice pendant toute la durée d'application de la clause

- ▶ Par ailleurs, la jurisprudence a admis la compétence du juge des référés pour délier le salarié de son engagement. Le refus de l'employeur de payer la contrepartie financière de la clause de non-concurrence alors qu'il ne pouvait reprocher au salarié aucun acte de concurrence postérieur au licenciement constitue une inexécution flagrante de la clause contractuelle et caractérise un trouble manifestement illicite auquel il appartient au juge des référés de mettre fin.
- ▶ [Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 98-43.005](#)

Droits à des dommages et intérêts

- ▶ En cas de non-paiement de la contrepartie financière, le salarié ne pourra bénéficier du paiement de l'indemnité compensatrice que pour la période pendant laquelle il a effectivement respecté son obligation. Le cas échéant, le salarié pourra, en outre, prétendre au versement de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution par l'employeur de son obligation de verser la contrepartie financière.
- ▶ [Cass. soc., 25 févr. 2003, n° 00-46.263, n° 599 FS - P + B + R + I : Bull. civ. V, n° 65](#)

Renonciation à la clause de non-concurrence

- ▶ renonciation tardive sur le paiement de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence. Elle traite de la nature juridique de cette contrepartie dans un deuxième arrêt.
- ▶ **Renonciation tardive de l'employeur : dans quelles conditions la contrepartie financière reste-t-elle due ?**
- ▶ Si l'employeur a la faculté de renoncer à l'application d'une clause de non-concurrence, cette renonciation doit être faite dans le délai fixé par la convention collective ou le contrat de travail. A défaut de respecter ce délai, la jurisprudence considère cette renonciation comme tardive. L'employeur reste alors tenu de verser au salarié la contrepartie financière à cette clause.
- ▶ Dans l'affaire rapportée, le contrat de travail du salarié prévoit une clause de non-concurrence ainsi que la faculté pour l'employeur de renoncer à l'application de celle-ci.
- ▶ Il est licencié le 16 mai 2016 sans que sa clause ne soit levée. Il réclame le paiement de la totalité de la contrepartie financière, soit depuis la date de son licenciement, en arguant du fait qu'il avait respecté la clause.
- ▶ Au cours de l'audience du conseil des prud'hommes, les parties décident d'un commun accord de renoncer à l'application de celle-ci.
- ▶ Dès lors, l'indemnité compensatrice doit-elle être versée en totalité ou partiellement ?
- ▶ Pour le conseil des prud'hommes, l'indemnité est due seulement en partie, soit de la date de fin du préavis (en l'espèce du 22 juin 2016) au 18 novembre 2016 inclus (date de l'accord des parties de levée de la clause intervenu au cours de l'audience) soit sur une période de 150 jours.
- ▶ La cour d'appel et la Cour de cassation considèrent, au contraire, que la totalité de la contrepartie prévue au contrat doit être versée au salarié et ce pour plusieurs raisons :
- ▶ - l'employeur avait renoncé tardivement à l'application de la clause de non-concurrence. La renonciation était intervenue non pas au moment du licenciement mais au cours d'une audience du conseil de prud'hommes d'un commun accord des parties suite à la demande du salarié) ;
- ▶ - le salarié avait respecté la clause pendant toute la durée nécessaire. Il était donc logique qu'il perçoive l'intégralité de la contrepartie financière ([Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-10.718](#)).
- ▶ Solution conforme à la jurisprudence antérieure. La Cour de cassation avait déjà indiqué qu'en cas de renonciation tardive, le salarié pouvait prétendre à bénéficier de la contrepartie financière prévue en totalité s'il avait respecté la clause (Cass. soc., 12 avril 2012, n° 10-27 075) ; à défaut, partiellement pour la seule période pendant laquelle il a respecté la clause (Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 02-46 795).

ANNULATION ET RÉVISION DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

L'action en nullité de la clause

▶ Une action réservée au salarié

- ▶ Lorsqu'une clause de non-concurrence porte gravement atteinte à la liberté du travail de l'ancien salarié, celui-ci est seul habilité à en demander l'annulation en justice.
- ▶ L'employeur ne peut pas invoquer la nullité d'une clause de non-concurrence dans le but, notamment, d'éviter les conséquences pécuniaires de celle-ci, c'est-à-dire le paiement de l'indemnité compensatrice prévue par le contrat ou la convention collective.
 - ▶ Cass. soc., 24 févr. 1982, n° 80-40.283 : Bull. civ. V, n° 119 Cass. soc., 7 juill. 1988, n° 85-44.180 : Bull. civ. V, n° 423 Cass. soc., 3 mai 1989, n° 86-41.452, n° 1848 P : Bull. civ. V, n° 324 Cass. soc., 17 juill. 1997, n° 95-40.869, n° 3176 P : Bull. civ. V, n° 280

L'action en nullité de la clause

- ▶ **Une action réservée au salarié**
- ▶ Lorsqu'une clause de non-concurrence porte gravement atteinte à la liberté du travail de l'ancien salarié, celui-ci est seul habilité à en demander l'annulation en justice.
- ▶ L'employeur ne peut pas invoquer la nullité d'une clause de non-concurrence dans le but, notamment, d'éviter les conséquences pécuniaires de celle-ci, c'est-à-dire le paiement de l'indemnité compensatrice prévue par le contrat ou la convention collective.
 - ▶ [Cass. soc., 24 févr. 1982, n° 80-40.283 : Bull. civ. V, n° 119](#) [Cass. soc., 7 juill. 1988, n° 85-44.180 : Bull. civ. V, n° 423](#) [Cass. soc., 3 mai 1989, n° 86-41.452, n° 1848 P : Bull. civ. V, n° 324](#) [Cass. soc., 17 juill. 1997, n° 95-40.869, n° 3176 P : Bull. civ. V, n° 280](#)
- ▶ L'employeur n'est pas recevable à demander la nullité d'une clause qui ne comporte pas de contrepartie financière, seul le salarié est habilité à se prévaloir de celle-ci.
 - ▶ [Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-43.646, n° 283 F - P : Bull. civ. V, n° 25](#)
- ▶ Le nouvel employeur ne peut former, en invoquant la nullité de la clause, tierce opposition au jugement qui a statué sur cette action.
 - ▶ [Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 04-41.004, n° 329 FS - P + B : Bull. civ. V, n° 56](#) [Cass. soc., 4 juill. 2007, n° 05-17.520](#)

L'AGS peut aussi demander l'annulation de la clause de non-concurrence

- ▶ En revanche, l'AGS a la possibilité de se prévaloir de la nullité d'une clause de non-concurrence en vertu d'un droit propre pour contester le principe et l'étendue de sa garantie, dans tous les cas où les conditions de celles-ci ne paraissent pas remplies.
 - ▶ [Cass. soc., 13 juin 2001, n° 99-42.977](#)

Compétence exclusive des prud'hommes

- ▶ Les litiges portant sur la validité ou l'exécution d'une clause de non-concurrence doivent être portés devant le conseil de prud'hommes. En effet, bien que ces litiges se situent après la cessation du contrat de travail, ils portent justement sur un élément de ce contrat.
 - ▶ [Cass. soc., 15 mai 1974, n° 72-13.582 : Bull. civ. V, n° 297](#)
- ▶ C'est donc le conseil de prud'hommes qui doit être saisi :
 - ▶ par le salarié qui veut faire annuler la clause de non-concurrence ;
 - ▶ ou par l'employeur qui entend faire sanctionner la violation de la clause par le salarié (celui-ci pouvant alors, par demande reconventionnelle, tenter d'en obtenir l'annulation).
- ▶ En outre, le juge des référés du conseil des prud'hommes est compétent :
 - ▶ pour déclarer inopposable au salarié une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière ;
 - ▶ en cas de violation d'une clause de non-concurrence

Contrôle et pouvoirs du juge en matière de nullité

- ▶ Depuis les arrêts du 10 juillet 2002, la clause de non-concurrence doit remplir 5 conditions cumulatives pour être licite.
- ▶ Si les juges constatent qu'une telle clause ne répond pas à ces exigences, ils peuvent la déclarer illicite c'est-à-dire l'annuler. Le contentieux récent porte le plus souvent sur des actions en nullité pour défaut de contrepartie financière, mais ce n'est pas le seul.
- ▶ Ainsi par exemple, la clause interdisant à un salarié d'entrer au service, en France et pendant un an, d'une entreprise ayant pour activité principale ou secondaire la vente au détail de vêtements et matériel de sport grand public est illicite et doit donc être annulée, car elle ne permet pas à l'intéressé de retrouver un emploi conforme à son expérience professionnelle.
- ▶ [Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 99-46.136, n° 2722 FP - P : Bull. civ. V, n° 273](#)

Contrôle et pouvoirs du juge en matière de nullité

- ▶ Lorsqu'un contentieux leur est soumis, les juges procèdent à un contrôle de proportionnalité au regard du droit des salariés. Ils vont vérifier les différents paramètres de la clause et le dosage de chacun d'eux au cas par cas. Dans la mesure où une clause de non-concurrence constitue une entrave à la liberté du travail, elle est d'interprétation stricte et ne peut être étendue au-delà de ses prévisions. Les juges restent donc strictement tenus par son libellé.
- ▶ Ne viole pas la clause de non-concurrence le salarié qui exerce, chez son nouvel employeur, une activité ne portant pas sur une activité concurrente alors que cette clause interdisait au salarié d'exercer directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte de son employeur, une activité le plaçant en concurrence avec celui-ci.
 - ▶ [Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-40.082, n° 3045 P : Bull. civ. V, n° 309](#)

EFFETS DE LA NULLITÉ

Disparition de l'obligation de non-concurrence

- ▶ Lorsqu'une clause de non-concurrence a été annulée, celle-ci est considérée comme n'ayant jamais existé. Le salarié se trouve alors délié de son obligation de non-concurrence. Il perd aussi son droit à la contrepartie financière. Toutefois, si celui-ci s'est livré à des actes de concurrence à l'égard de son ancien employeur, ce dernier peut toujours intenter une action en concurrence déloyale contre son ancien salarié. La nullité d'une clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à une telle action.

Perte du droit à la contrepartie financière en cas de nullité de la clause

- ▶ Lorsqu'une clause de non-concurrence est annulée, le salarié perd son droit à l'indemnité compensatrice. En revanche, l'employeur ne peut pas réclamer au salarié le remboursement de la contrepartie financière déjà versée jusqu'au moment de la décision d'annulation de cette clause par le juge.
- ▶ Toutefois, il importe que pendant toute la période précédant l'annulation (c'est-à-dire sa période d'application), le salarié ait respecté cette clause.
 - ▶ [Cass. soc., 28 oct. 1997, n° 94-43.792, n° 4043 P + B : Bull. civ. V, n° 342](#)

L'action en dommages-intérêts

- ▶ **Respect de la clause malgré la nullité : droit à réparation pour le salarié**
 - ▶ **1° Action en dommages-intérêts par le salarié**
 - ▶ Outre l'action en nullité de la clause, le salarié peut introduire à l'encontre de l'employeur une action en dommages-intérêts après la rupture du contrat de travail alors que la clause est en cours d'exécution.
 - ▶ La jurisprudence qui s'est prononcée dans des cas de nullité liés à l'absence de contrepartie financière, considérait jusqu'à présent que le respect par un salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui causait nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue. Il n'avait pas à en prouver l'existence pour obtenir réparation ([Cass. soc., 22 mars 2006, n° 04-45.546, n° 834 FS - P + B](#) [Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 08-45.280, n° 5 FS - P + B](#)).
 - ▶ Il importait peu alors que le salarié ait ou non respecté cette clause nulle ([Cass. soc., 20 nov. 2013, n° 12-16.049](#)).

L'action en dommages-intérêts

- ▶ Dans un arrêt du 25 mai 2016, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence. Désormais, le salarié qui demande réparation doit démontrer l'existence d'un préjudice résultant de la nullité de la clause. Il relève du pouvoir souverain des juges du fond d'apprécier la réalité et l'entendue de celui-ci.
- ▶ [Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578, n° 1031 F - P + B](#) Le salarié qui a participé à la rédaction de sa clause de non-concurrence est admis à contester la licéité de celle-ci. La situation peut se rencontrer dans des circonstances particulières lorsque le salarié occupe des fonctions de responsable des ressources humaines par exemple.
- ▶ [Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-10.987](#)

Évaluation des dommages-intérêts

- ▶ Les dommages-intérêts auxquels le salarié peut prétendre sont évalués souverainement par les juges du fond.
- ▶ Le montant de l'indemnisation du salarié peut, par exemple, être fixé en se référant à la pénalité, prévue par le contrat de travail, en cas de violation par le salarié de la clause de non-concurrence.
- ▶ [Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 01-42.026, n° 1226 F - P : Bull. civ. V, n° 143](#)

Caractère indemnitaire

- ▶ L'indemnité destinée à réparer le préjudice né d'une clause de non-concurrence nulle n'a pas la nature d'une indemnité compensatrice de salaire. Elle n'ouvre pas droit à congés payés.
 - ▶ [Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-10.987](#)

TNAVOCATS

Téléphone : 04.37.57.11.40

Mail : contact@tnavocats.com

Adresses :

26 Rue de la République | 2 rue de Poissy
69002 LYON | 75005 PARIS