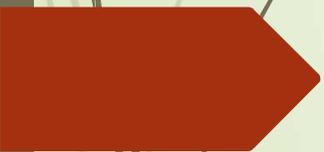


FORMATION CFE CGC

# LA CLAUSE DE NON CONCURRENCE



Cabinet Sidonie Leblanc

22 23 Novembre 2021

# LA CLAUSE DE NON CONCURRENCE

## Introduction

### Distinction avec autres clauses

- I) Conditions de validité
- II) Régime juridique de la clause
- III) Clause illicites : conséquences
- IV) Mise en œuvre de la clause
- V) Renonciation de l'employeur au bénéfice de la clause
- VI) Violation de la clause de non-concurrence



# Introduction

- **Distinction entre clause de non-concurrence et obligation générale de fidélité ou de loyauté**
- **Objet de la clause de non-concurrence**

## L'obligation de loyauté pendant le contrat

La clause de non concurrence ne doit pas être confondue avec l'obligation générale de loyauté à laquelle le salarié est soumis pendant l'exécution de son contrat de travail et qui lui interdit de se livrer à une activité concurrente de celle de son employeur.

Cette « obligation de fidélité » ou « obligation de loyauté », est inhérente au contrat de travail lui-même, même en l'absence de contrat écrit ou même si le contrat ne contient aucune clause à ce sujet.

Pendant toute la durée de son contrat, le salarié n'a pas le droit d'exercer, pour son propre compte ou pour le compte d'une autre entreprise, une activité concurrente de celle de son employeur.

Pendant les périodes de suspension de son contrat de travail, le salarié reste tenu envers son employeur d'une obligation de loyauté. (arrêt maladie)

**Distinction avec la clause de confidentialité (aussi dénommée clause de discrétion ou de réserve)** applicable aussi bien au cours de l'exécution du contrat de travail qu'après l'expiration de celui-ci si elle le prévoit expressément.

Chaque salarié est soumis dans le cadre de son contrat de travail à une obligation de discrétion et de réserve. Il n'a pas le droit de divulguer les informations auxquelles ses responsabilités lui donnent accès.

Outre cette obligation générale de discrétion qui incombe à chaque salarié, il est possible de prévoir dans le contrat de travail une clause lui interdisant de divulguer les projets, techniques ou méthodes sur lesquels il est amené à travailler. L'insertion de ce type de clause dans le contrat de travail assure à l'entreprise une protection plus spécifique sur des sujets clairement identifiés. Il s'agit alors d'une clause de secret professionnel, ou de confidentialité.

Cette clause ne doit pas pour autant permettre d'instaurer par ce biais une clause de non-concurrence déguisée et sans contrepartie financière.

Tel serait le cas d'une clause de confidentialité interdisant au salarié, ou d'être recruté par un concurrent, ou d'exercer sous quelque forme que ce soit une activité concurrente, pour ne pas révéler les « secrets » de la maison.

### **Distinction avec la clause de non-détournement de clientèle :**

Le juge peut la requalifier en clause de non-concurrence.

Une clause insérée pour une auxiliaire de vie selon laquelle « 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 ». Cass.soc., 15 mars 2017, n°15-28.142

Une clause baptisée « clause de protection de clientèle », qui interdisait au salarié, durant une période déterminée, d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle qu'il avait démarchée lorsqu'il était au service de son ancien employeur, n'est en fait qu'une clause de non-concurrence qui ne dit pas son nom et doit être annulée, faute de répondre aux conditions de validité énoncées par la jurisprudence (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 08-43.609 ; Cass. soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002).

### **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.

La chambre commerciale précise 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°517FS-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

## Objet de la clause de non-concurrence

Interdire au salarié, après la rupture de son contrat de travail, d'entrer au service d'une entreprise concurrente ou d'exercer, sous quelque forme que ce soit, une activité concurrente à celle de son ancien employeur.

*Contrats susceptibles de contenir une clause de non-concurrence*

Tout contrat de travail peut contenir une clause de non-concurrence :

- ✓ contrat à durée indéterminée qu'il soit à temps plein ou à temps partiel,
- ✓ contrat d'apprentissage (Cass. soc., 19 oct. 1966, n° 65-40.545),
- ✓ contrat de formation en alternance (Circ. min. CDE n° 90-53, 25 sept. 1990),
- ✓ contrat de travail à durée déterminée (Cass. soc., 5 janv. 1995, n° 90-45.732),
- ✓ contrat de travail temporaire, etc.

# I) Conditions de validité

## a) Condition de forme

Sauf rarissimes exceptions où la clause de non-concurrence résulterait de dispositions impératives d'un accord collectif, cette clause doit être stipulée dans le contrat de travail. Il en résulte donc que cette clause doit être écrite et que la clause ou le contrat doit avoir été **signé** par le salarié (Cass. soc., 1<sup>er</sup> avr. 2020, n° 18-24.472).

## b) Conditions de fond

Aucune disposition légale; définies au fil des ans par la jurisprudence.

La clause de non-concurrence doit, pour être valable, obéir **cumulativement** aux conditions suivantes :

- être justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise ;
- tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié ;
- être limitée dans le temps et l'espace ;
- comporter une contrepartie pécuniaire.

**Ces conditions sont cumulatives. L'absence de l'une d'entre elles entraîne la nullité de la clause.**

La validité s'apprécie à la date de sa conclusion. Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-68.537.

### **Prise en compte des spécificités de l'emploi du salarié**

Tant pour fixer la durée et l'étendue territoriale ou professionnelle de l'interdiction que pour apprécier la proportionnalité de la contrepartie financière.

Le juge s'attachera au degré à la fois théorique et pratique de spécialisation du salarié et à l'existence d'autres branches d'activité ou d'autres activités de la même branche dans lesquelles le salarié pourra exercer sa profession.

Il s'agit de s'assurer de l'équilibre de la clause.

Le juge peut également restreindre l'application d'une clause si celle-ci s'avère nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, mais lui paraît excessive, en redéfinissant son champ d'application ainsi que les obligations du salarié.

## Exemples de clauses licites

- une clause limitée dans le temps et dans l'espace interdisant à un salarié, titulaire d'un BTS d'électronique, d'entreprendre toute activité concurrente dans le domaine de la vente et de l'entretien de matériel électro-médical, (Cass. soc., 11 oct. 1984, n° 83-10.767) ;
- une clause interdisant à un salarié, diplômé en chimie générale, d'exercer une activité concurrente pendant deux ans sur tout le territoire européen, l'interdiction de concurrence ne concernant que certains produits chimiques et le salarié, qui avait déjà travaillé dans différentes branches de l'industrie chimique conservant la possibilité de trouver un autre emploi en France dans l'une de ces branches (Cass. soc., 18 déc. 1986, n° 84-41.753) ;
- une clause interdisant pendant 12 mois à un directeur marketing employé dans le secteur de la parfumerie/cosmétique d'entrer au service d'une maison fabriquant des produits similaires en France et dans l'UE, le salarié conservant la possibilité d'exercer les mêmes types de fonctions dans toute autre entreprise relevant d'un secteur différent (Cass. soc., 30 janv. 2002, n° 99-45.455) ;
- une clause limitée dans le temps interdisant à une salariée, possédant la qualification professionnelle spécialisée d'ambulancière diplômée, de s'établir ou de s'employer dans la même branche d'activité d'ambulance, dans un rayon de 15 km (Cass. soc., 27 janv. 1988, n° 86-41.847) ;

## **Exemples de clauses illicites**

— 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 vêtement et de matériels de sport grand public alors que cette clause ne permettait pas à la salariée 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)

— une clause interdisant à un salarié chargé de la vente de produits financiers d'exercer directement ou indirectement une activité similaire pendant 2 ans sur tout le territoire, ce qui l'obligeait à s'expatrier pour exercer son métier, et lui faisant perdre une expérience professionnelle de 7 ans ;(Cass. soc., 30 oct. 1997, n° 95-43.721)

— Une clause interdisant à un salarié de chez Darty de s'intéresser directement ou indirectement à toute entreprise ayant en tout ou partie une activité semblable ou assimilable (vente ou distribution grand public d'articles ou de services de l'audiovisuel, de l'électronique ou de l'équipement ménager) pendant 2 ans sur l'ensemble du territoire et des départements français à l'exception des départements d'outre-mer alors que ce salarié avait effectué toute sa carrière au sein de cette société, il n'avait pas d'autre expérience que celle qu'il avait acquise. (Cass. soc., 27 nov. 2002, n° 00-45.369)

— une clause interdisant au salarié d'effectuer des opérations d'assurance de même catégorie que celle de son portefeuille avec toute la clientèle effective comme avec la clientèle potentielle, ce dernier étant ainsi mis dans l'impossibilité d'exercer l'activité dans laquelle il s'était spécialisé, même si sa formation initiale était plus large (Cass. soc., 23 janv. 2001, n° 98-45.578).

## Intérêts légitimes de l'entreprise

### a) Critères d'appréciation

Il faut que l'entreprise soit susceptible de subir un préjudice réel au cas où le salarié viendrait à exercer son activité professionnelle dans une entreprise concurrente. Sa validité, doit s'apprécier au regard de l'activité réelle de l'entreprise et non par rapport à la définition statutaire de son objet social (Cass. soc., 14 oct. 1998, n° 96-43.261 ; Cass. soc., 5 déc. 2001, n° 99-44.407). Les juges ne peuvent donc se fonder sur l'objet social inscrit très généralement dans les statuts ni aux indications fournies par l'extrait K bis du Registre du commerce. (Cass. soc., 14 oct. 1998, n° 96-43.261)

**À défaut de satisfaire à cette condition de légitimité, la clause est entachée de nullité.**

Cependant, lorsque cette condition de fond est remplie, et pour autant que la clause comporte une contrepartie financière et une limitation spatiale et temporelle, le juge peut procéder à une correction de certains paramètres s'il les juge excessifs.

## **b) Exemples de clauses légitimes**

Ont été considérées comme indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, les clauses de non-concurrence suivantes :

- une clause interdisant, pendant une durée d'un an, à un salarié électromécanicien d'une entreprise de manutention et de stockage industriel, de travailler dans toute entreprise susceptible de concurrencer son employeur, le salarié ayant acquis, durant quatorze ans d'activité professionnelle, un savoir-faire spécifique que l'employeur avait un intérêt légitime à protéger (Cass. soc., 14 févr. 1995, n° 93-43.898) ;
- une clause interdisant à un garçon de café, en contact direct avec la clientèle, d'entrer au service, pendant un an, d'une entreprise de café-brasserie dans la seule ville où l'ancien employeur était installé (Cass. soc., 1<sup>er</sup> mars 1995, n° 93-42.754
- une clause interdisant à un chef de département travaillant pour un institut d'études des médicaments d'entrer, en cas de cessation de son contrat, au service d'une société concurrente pendant deux ans, dès lors que le salarié à la tête du département, occupait une fonction importante, (Cass. soc., 28 juin 2000, n° 97-44.620) ;

### c) Exemples de clauses illégitimes

N'ont pas été considérées comme indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise :

- une clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail d'un salarié engagé par un concessionnaire automobile en qualité de magasinier, aucune qualification spécialisée et pas de contact avec la clientèle (Cass. soc., 19 nov. 1996, n° 94-19.404) ;
- une clause interdisant à un ouvrier électricien d'effectuer, chez un client de l'employeur où il était intervenu personnellement, tous travaux d'installation, d'entretien ou de réparation en électricité industrielle pendant les 12 mois suivant la rupture de son contrat dans un rayon de 100 kilomètres à partir du siège de la société, cette clause interdisant « à un simple ouvrier, dont la fonction se borne à une mission d'exécution purement technique et manuelle chez un client avec lequel il n'avait pas d'autre rapport, l'exercice du seul métier qu'il connaisse » (Cass. soc., 31 mai 2000, n° 99-42.859) ;
- une clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail d'une secrétaire dactylographe qui ne s'est vu confier que des tâches de pure exécution, ne nécessitant pas pour leur accomplissement qu'elle sût quelle était la politique des prix pratiqués par la société ni qu'elle fût exactement renseignée sur l'identité et la solvabilité des clients (CA Lyon, 5<sup>e</sup> ch., 30 nov. 1992, Landanger c/ Dumont) ;
- une clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail d'un médecin salarié d'une maison de retraite, alors que l'activité de l'employeur était l'accueil, l'hébergement et la fourniture de diverses prestations à des personnes âgées et non l'exercice de la médecine (Cass. soc., 24 oct. 1995, n° 94-41.442).

## Limitation dans le temps et dans l'espace

### a) *Notion « d'espace »*

En principe, la limitation dans l'espace a une **dimension géographique** : l'activité concurrentielle est interdite dans une zone territoriale donnée, une clause interdisant au salarié l'exercice d'une profession concurrente dans le monde entier n'était pas limitée dans l'espace (Cass. soc., 8 avr. 2021, n° 19-22.097).

### b) *Cumul des deux limitations (temps et espace)*

À peine de nullité, la clause de non-concurrence doit nécessairement être limitée **à la fois** dans l'espace et dans le temps (Cass. soc., 31 oct. 2005, n° 04-46.219).

Ainsi ont été jugées illicites les clauses de non-concurrence suivantes :

- une clause illimitée dans l'espace aboutissant à priver le salarié de toute possibilité de travail pendant un an dans sa branche spécialisée d'activité (Cass. soc., 11 mai 1994, n° 90-40.312) ;
- une clause ne précisant ni son étendue dans l'espace ni le type d'activité prohibée et interdisant au salarié, attaché de direction, de reprendre un emploi dans la même spécialité, la seule référence aux entreprises se livrant aux mêmes activités et susceptibles de concurrencer l'employeur ne suffisant pas à caractériser la limitation dans l'espace et le type d'activité prohibée (Cass. soc., 12 oct. 1983, n° 81-41.341).

### **Ont été jugées équilibrées :**

- une clause, limitée à deux années et à un seul département, interdisant au salarié adjoint au responsable d'agence du Crédit agricole d'exercer l'activité pour laquelle il avait reçu une formation (crédits, produits d'épargne et vente d'assurances et de voyages) (Cass. soc., 13 févr. 1996, n° 94-41.256) ;
- une clause interdisant au salarié de diriger une affaire ayant la même activité (commerce de viande en gros) ou de louer ses services, durant une période de cinq années, dans un rayon déterminé par le département des Bouches-du-Rhône et les départements limitrophes (Cass. soc., 10 oct. 1990, n° 89-43.739) ;
- 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

### **En revanche ont été jugées illicites :**

- une clause conclue avec un représentant recruté par un imprimeur lui interdisant pendant deux ans toute activité similaire dans un rayon de 100 kilomètres (Cass. soc., 7 avr. 1998, n° 95-42.495) ;
- une clause interdisant à un chef boucher travaillant pour une chaîne de supermarchés de s'intéresser directement ou indirectement à toute activité de commerce de détail de denrées alimentaires pendant deux ans et dans un rayon de 15 kilomètres d'un des points de vente de la société qui regroupe de nombreuses enseignes sur le territoire national. En effet, si le rayon de 15 kilomètres peut paraître « raisonnable » de prime abord, la Cour de cassation a considéré que l'atteinte à la liberté du travail était caractérisée « compte tenu du fait que les commerces alimentaires sont en général regroupés dans les agglomérations et que le groupe (...) jouit d'une vaste implantation sur le plan national, que les commerces susceptibles de faire appel à un chef de rayon boucherie distant de plus de 15 kilomètres d'un point de vente de la société sont de ce fait peu nombreux » (Cass. soc., 23 oct. 2001, n° 99-44.219).

## e) Incidences des dispositions conventionnelles

Pour autant qu'elles soient opposables, sachant que celles conclues au niveau de l'entreprise (de l'établissement, de l'UES du groupe ou de l'interentreprises) priment sur celles de la branche (C. trav. art. L. 2253-3), **les dispositions conventionnelles s'imposent et se substituent aux dispositions moins favorables insérées dans le contrat.** Ainsi, lorsque la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de travail ne comporte aucune limitation dans le temps alors que la convention collective en comporte une, la Cour de cassation décide que les dispositions conventionnelles doivent s'appliquer (Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.035).

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

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 si celui-ci ait été informé de l'existence de la convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance.

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. Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.018.

## Contrepartie financière de la clause de non-concurrence — Caractère obligatoire

**a)** *La clause de non-concurrence doit obligatoirement comporter une contrepartie financière*  
Cette condition de validité résulte de trois arrêts de la Cour de cassation du 10 juillet 2002 :  
« Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives » Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.3879 ; Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334 ; Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135.

**b)** *Conséquences de l'absence de référence à une contrepartie financière dans le contrat*  
**1. Nullité en cas d'absence de contrepartie ou de montant dérisoire**  
Le défaut de référence expresse dans la clause à une contrepartie financière constitue **une cause de nullité de la clause de non-concurrence**, à moins que des dispositions conventionnelles applicables prévoient une telle contrepartie. Une clause prévoyant une contrepartie dérisoire encourt la même sanction.

**2. Disposition réputée non écrite en cas de modulation illicite de la contrepartie**  
La clause de non-concurrence minorant la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute n'est pas nulle, mais doit être réputée non écrite en ses seules dispositions prévoyant cette minoration (Cass. soc., 8 avr. 2010, n° 08-43.056 ; Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13-25.847).

## Sort des clauses de non-concurrence rédigées avant le 10 juillet 2002

Les clauses de non-concurrence, conclues sous l'empire de la jurisprudence antérieure, qui ne comportent pas de contrepartie pécuniaire sont nulles et non avenues. (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.387 ; Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334 ; Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135) : elles. En effet, **le revirement dispose non seulement pour l'avenir, mais aussi pour toute situation passée. Son effet est pleinement rétroactif.**

La Cour de cassation a renoncé, dans un arrêt du 25 mai 2016, à sa jurisprudence selon laquelle le défaut de contrepartie pécuniaire cause nécessairement un préjudice au salarié (Cass. soc., 11 janv. 2006, n° 03-46.933). Il appartient donc au juge du fond d'en apprécier la réalité et l'importance (Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578).

Par ailleurs, l'exécution d'une clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière étant de nature à caractériser un trouble manifestement illicite, le juge des référés, sans annuler la clause, a le pouvoir de la déclarer inopposable au salarié (Cass. soc., 25 mai 2005, n° 04-45.794). En l'espèce, le salarié, qui avait effectivement commis des actes de concurrence, avait préféré prévenir tout litige en demandant en référé l'inopposabilité de la clause, et non sa nullité.

## Montant et versement de la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence

### Principe de proportionnalité

Rien n'est précisé sur le montant de cette indemnisation, si ce n'est qu'il doit respecter le principe de proportionnalité en fonction de l'importance de la contrainte imposée et notamment des difficultés accrues dans la recherche d'un nouvel emploi. Par référence à ce qui a été négocié dans les branches professionnelles, ce montant peut par exemple être fixé, selon les cas, à 33 %, 50 % de la rémunération mensuelle, voire aux deux tiers et plus dans certains cas exceptionnels. En principe, le montant de l'indemnité compensatrice est calculé sur la base du salaire brut (Cass. soc., 12 oct. 1993, n° 90-42.120). Une somme représentant 15 % du salaire de base mensuel brut n'est pas une somme suffisante (Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-71.567).

Le montant de la contrepartie pécuniaire ne peut dépendre de la durée d'exécution du contrat de travail (Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45.511)

Le juge n'a pas compétence pour fixer le montant de la contrepartie financière. Pas plus pour la modérer que pour l'augmenter, et ce au motif qu'il ne s'agit pas d'une clause pénale (Cass. soc., 19 juill. 1988, n° 85-43.719 ; Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-12.059), mais d'un salaire.

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

Une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie. A ainsi été jugée illicite la clause d'interdiction de concurrence pendant deux ans dans le département et dans les trois départements limitrophes, avec comme contrepartie financière 2,4 mois de salaire (Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721). De même, une somme représentant 1,14 mois de salaire en contrepartie de six mois d'interdiction de concurrence est dérisoire quand il est constaté que les contreparties financières à la clause de non-concurrence dans le secteur considéré correspondaient en général à un minimum de 33 % du salaire moyen des 12 derniers mois (Cass. soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760).

### ***Montant identique quel que soit le motif de la rupture***

Selon la Cour de cassation (Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13-25.847), la contrepartie pécuniaire doit être la même quel que soit le mode de rupture du contrat, licenciement, démission ou rupture conventionnelle, car l'atteinte à la liberté du travail est la même dans tous les cas. Ce principe conduit la Cour de cassation, en face d'une rupture conventionnelle individuelle, à décider que la clause de non-concurrence est licite lorsqu'elle fait référence à une convention collective qui, donnant la liste des modes de rupture qui mettent en jeu la clause de non-concurrence, ne mentionne que le licenciement et la démission. Puisque, de toute façon, le montant de la contrepartie pécuniaire ne peut être différencié en fonction des circonstances de la rupture, la contrepartie prévue en cas de licenciement, qui est généralement la plus élevée, s'applique à la rupture conventionnelle individuelle et le salarié ne peut donc prétendre que sa clause est illicite (Cass. soc., 18 janv. 2018 n° 15-24.002).

## **Date et modalités de versement**

Diverses et librement déterminées par les parties, sauf si un accord collectif opposable prévoit des dispositions particulières. La contrepartie consiste habituellement en une indemnité forfaitaire versée à l'expiration du contrat.

### *1. Date de paiement en cas de dispense de préavis*

La clause de non-concurrence liant le salarié dès son départ effectif de l'entreprise, c'est à compter de cette date que l'indemnité de non-concurrence doit lui être versée et non à l'expiration du préavis dont l'employeur a dispensé le salarié (Cass. soc., 19 juin 1991, n° 86-45.504 ; Cass. soc., 15 juill. 1998, n° 96-40.866 ; Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-24.471).

### *2. Paiement anticipé*

Une majoration du salaire ne peut plus tenir lieu de contrepartie financière (Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 09-42.389 ; Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-71.567).

La clause qui prévoit le versement en sus du salaire, d'une somme à titre d'avance sur la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence déduites du montant total du lors de la rupture est **nulle** (Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 09-42.389 ; Cass. soc., 15 janv. 2014, n° 12-19.472).

### *3. Paiement reporté à la fin de la période de non-concurrence*

La clause de non-concurrence prévoyant le versement de la contrepartie financière à la fin de la période de non-concurrence est illicite. L'employeur ne peut pas différer le paiement de la contrepartie à l'issue de l'obligation de non-concurrence (Cass. soc., 2 mars 2005, n° 03-42.321).

## Contrepartie de la clause de non-concurrence — Droit à l'indemnité

### ❖ **L'indemnité est due quels que soient les motifs de la rupture**

Lorsque la clause de non-concurrence vise tous les cas de rupture, le salarié doit percevoir le montant de la contrepartie pécuniaire **quels qu'en soient les motifs**. Pas d'exonération pour faute grave du salarié (Cass. soc., 28 juin 2006, n° 05-40.990)

### ❖ **Violation de la clause de non-concurrence**

Si le salarié manque dès la rupture de son contrat de travail, même momentanément, à son obligation de non-concurrence, il perd son droit à indemnité (Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-46.261) même si le salarié cesse ensuite l'activité concurrente.

Si la contrepartie pécuniaire a été indûment perçue, le salarié doit la rembourser (Cass. soc., 6 déc. 1995, n° 92-41.812).

En revanche, si dans un premier temps le salarié respecte son engagement puis l'enfreint par la suite, ce n'est pas de toute l'indemnité de non-concurrence qu'il est privé mais de la seule partie correspondant à la période à partir de laquelle il y a eu violation de la clause contractuelle (Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-41.992 ; Cass. soc., 18 févr. 2003, n° 01-40.194).

Lorsque le salarié a respecté l'interdiction de non-concurrence dans un premier temps sans que l'employeur ne lui verse la moindre contrepartie, mais a ensuite enfreint la clause : il n'a droit au paiement de la contrepartie pécuniaire que pour la période pendant laquelle il a respecté son obligation de non-concurrence, et peut prétendre à des dommages et intérêts du fait de l'inexécution par l'employeur de son obligation de lui verser la contrepartie (Cass. soc., 25 févr. 2003, n° 00-46.263 ; Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-45.031).

## ❖ Manquement de l'employeur à son obligation de versement de la contrepartie pécuniaire

Si l'employeur ne verse pas l'indemnité prévue par le contrat, l'ancien salarié est libéré de son obligation de non-concurrence (Cass. soc., 5 oct. 1999, n° 97-42.999 ; Cass. soc., 12 mars 1997, n° 94-43.326 ; Cass. soc., 3 oct. 1991, n° 89-43.375).

Mais la Cour de cassation exige que le salarié soit de bonne foi. Un ingénieur commercial, qui prend argument d'un retard de quelques jours dans le paiement de la contrepartie financière après son départ de l'entreprise et en tire argument pour se déclarer libéré de son interdiction de non-concurrence et entrer immédiatement au service d'un concurrent, est condamnable pour violation de sa clause (Cass. soc., 26 nov. 2013, n° 12-20.074).

Le refus de l'employeur de payer la contrepartie financière, 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.

Dès lors, le juge des référés est compétent pour libérer le salarié de la clause de non-concurrence et mettre fin au trouble ainsi constaté (Cass. soc., 22 févr. 2000, n° 98-43.005).

La résistance de l'employeur à exécuter son obligation de payer la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence cause au salarié un préjudice moral dont le juge du fond établit souverainement l'étendue et dont l'employeur doit réparation (Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-21.150).



## ❖ **Nature juridique et régime social de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence**

Étant allouée en raison d'un travail antérieur, la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence a le caractère de salaire et non pas d'indemnité ni de clause pénale. Soc. 13 oct. 2021, FS-B, n° 20-12.059 La contrepartie financière de l'obligation de non – concurrence ayant la nature d'une indemnité compensatrice de salaires, ouvre droit à congés payés. Cass.27 mai 2021 n° 19-23.984



## **II) REGIME JURIDIQUE DE LA CLAUSE**

- **Date à laquelle peut être conclue la clause de non-concurrence**
- **Régularisation des clauses de non-concurrence non conformes**
- **Incidence des dispositions conventionnelles**

## Date à laquelle peut être conclue la clause de non-concurrence

En général au moment de l'embauche du salarié.

A tout moment, par un avenant au contrat. Mais il s'agit alors d'une modification du contrat de travail. Le refus du salarié de l'accepter ne peut donc constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement (Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 96-40.256 ; Cass. soc., 16 déc. 1998, n° 96-41.845 ; Cass. soc., 15 juin 2000, n° 98-43.723).

A l'occasion de la rupture du contrat de travail dans le cadre d'une transaction, par exemple.

## Rédaction de la clause de non-concurrence dans une entreprise appartenant à un groupe

La jurisprudence considère que la clause de non-concurrence ne profite qu'à la société qui l'a prévue contractuellement et ne peut être étendue à une autre entité du groupe

## Régularisation des clauses de non-concurrence non conformes

- **Existence d'un accord collectif antérieur à la clause**

Avant toute chose, il faut préciser qu'une clause contractuelle illicite, car ne prévoyant pas de contrepartie pécuniaire, peut être en quelque sorte « rattrapée » par un accord collectif lorsque celui-ci comporte une telle contrepartie. La contrepartie financière à la clause de non-concurrence prévue par un accord collectif s'applique de plein droit (Cass. soc., 2 nov. 2005, n° 03-46.026 ; Cass. soc., 5 mai 2010, n° 09-40.710) Si la clause de non-concurrence a été signée sans contrepartie financière, à une époque où aucune disposition conventionnelle applicable à l'entreprise ne réglait ce point, l'intervention ultérieure d'un accord collectif prévoyant une contrepartie ne suffit pas à valider, *a posteriori*, la clause nulle (Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-68.537).

- **Négociation collective – Effet sur les contrats antérieurs**

L'employeur qui opterait par un accord collectif pour l'application automatique de l'obligation de non-concurrence ne pourrait agir qu'envers les nouveaux embauchés. Des dispositions conventionnelles postérieures ne peuvent pas introduire une obligation de non-concurrence à l'égard des salariés ayant contracté avant la signature de l'accord collectif (Cass. soc., 17 oct. 2000, n° 98-42.018)

## Incidence des dispositions conventionnelles

En présence de telles dispositions, la clause doit être rédigée de telle sorte que tous ses éléments tiennent compte du cadre fixé par l'accord collectif opposable. En effet, le non-respect de ces dispositions peut conduire le juge à en imposer l'application (Cass. soc., 24 févr. 1982, n° 80-40.283), voire à annuler purement et simplement la clause (Cass. soc., 13 janv. 1998, n° 95-41.480 : cas d'une contrepartie pécuniaire dérisoire fixée à un niveau bien inférieur à celui de l'accord).

Par ailleurs, la Cour de cassation considère que la contrepartie financière à la clause de non-concurrence prévue par accord collectif s'applique de plein droit dès lors que le contrat de travail, qui comporte une telle clause, se réfère à cet accord (Cass. soc., 10 mars 2004, n° 02-40.108 ; Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-48.599).

### *Dispositions conventionnelles à caractère impératif*

Lorsque l'accord collectif institue, de manière obligatoire, une clause de non-concurrence, la jurisprudence considère que cette clause s'impose au salarié, même si le contrat de travail ne comporte aucune disposition reprenant les stipulations de l'accord.

**Il est impératif que le salarié ait été informé de l'existence de cet accord et ait été mis en mesure d'en prendre connaissance**



### III) CLAUSES ILLICITES : CONSEQUENCES

- *Cas de nullité*
- *Nullité relative*
- *Effets de la nullité de la clause*
- *Action en nullité : juridiction compétente et délai pour agir*
- *Action en dommages-intérêts*
- *Correction de la clause de non-concurrence par le juge*

## **Cas de nullité**

À défaut d'être justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise, de tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié, de prévoir une contrepartie financière ou encore de comporter une limitation dans la durée et dans l'espace, la clause de non-concurrence est nulle (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.334 ; Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.335 ; Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 99-43.336). La clause peut également être déclarée nulle si elle porte trop gravement atteinte à la liberté du travail, ou si elle ne respecte pas l'encadrement conventionnel ou les principes régissant ses modalités de paiement de la contrepartie financière et son montant.

## **Nullité relative**

Cette nullité est une nullité relative, seul le salarié peut l'invoquer. L'employeur n'est pas en droit de se prévaloir de la nullité de la clause pour constater son inexistence dans le cas où il estime qu'elle n'est pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. En effet, cette nullité étant une « *nullité relative* », seul le salarié peut l'invoquer (en ce sens, voir Cass. soc., 17 juill. 1997, n° 95-40.869 ; Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-43.646 ; L'AGS peut se prévaloir de la nullité d'une clause de non-concurrence (Cass. soc., 13 juin 2001, n° 99-42.614).

## **Effets de la nullité de la clause**

La nullité produit au profit du salarié les mêmes effets que si la clause n'avait jamais existé. Celui-ci est donc libéré de son obligation de non-concurrence. Il ne peut pas, par exemple, être condamné pour violation de la clause (Cass. soc., 22 janv. 2003, n° 01-41.602 ; voir n°850), mais il est en principe également privé du bénéfice de la contrepartie pécuniaire qu'elle prévoit.

**Remarques** L'employeur ne peut pas obtenir le remboursement des sommes déjà versées au salarié pendant la période où il a respecté l'interdiction contestée (Cass. soc., 28 oct. 1997, n° 94-43.792). L'intérêt du salarié est de demander des dommages-intérêts pour le préjudice qu'il a forcément subi.

## **Action en nullité : juridiction compétente et délai pour agir**

Le conseil de prud'hommes est compétent pour les actions en nullité des clauses de non-concurrence.

La prescription de douze mois applicables aux actions portant sur la rupture du contrat de travail ne concerne pas celles relatives à la validité ou à l'exécution de la clause de non-concurrence, car il s'agit, avant tout, d'une problématique relevant des obligations imposées par le contrat de travail. La prescription triennale de l'action en paiement de salaire ne semble pas non plus applicable dans le cas de l'action en nullité, car la réclamation du salarié ne porte pas sur le paiement de la contrepartie pécuniaire, mais sur des dommages-intérêts. C'est donc la prescription biennale qui doit être retenue.

## **Action en dommages-intérêts**

En plus de la nullité, le salarié peut parfaitement intenter une action en dommages-intérêts. Par exemple salarié qui pendant la durée de son contrat s'est interdit de quitter l'entreprise pour exercer une activité prohibée à tort par la clause ou le salarié qui a respecté scrupuleusement la clause à l'expiration de son contrat et s'est ainsi privé de chances supplémentaires de retrouver rapidement un emploi (Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-45.135).

Pas de préjudice automatique : appréciation de l'existence et de l'évaluation du préjudice éventuellement subi par le salarié (Cass. soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578).

Si le salarié a exercé, après la rupture de son contrat de travail, l'activité interdite par la clause, il ne justifie d'aucun préjudice et ne peut donc prétendre au versement de dommages-intérêts (Cass. soc., 12 oct. 2005, n° 03-46.752). Mais il ne peut pas, pour autant, être condamné à payer à son ancien employeur une indemnité pour violation de la clause (Cass. soc., 30 mars 2005, n° 02-46.114 ; voir n°855). Et dès lors qu'il a respecté cette clause durant une certaine période après la rupture du contrat de travail, le salarié est en droit de percevoir des dommages-intérêts au titre de cette période (Cass. soc., 15 mars 2006, n° 03-45.031). Les juges du fond peuvent souverainement fixer les dommages-intérêts au montant de la somme prévue par le contrat, au profit de l'employeur, en cas de violation de la clause par le salarié (Cass. soc., 29 avr. 2003, n° 01-42.026).

## Correction de la clause de non-concurrence par le juge

### **Réfaction des clauses licites mais excessives**

Lorsque les conditions de licéité des clauses de non-concurrence sont remplies, la Cour de cassation considère que le juge peut réduire la portée de cette clause si elle lui paraît **excessive**, : « Le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités » (Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904).

Cela signifie, en clair, que seules les clauses répondant aux conditions énoncées par les arrêts du 10 juillet 2002 à savoir être justifiées par les intérêts légitimes de l'entreprise tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié prévoir une contrepartie financière et comporter une limitation dans la durée et dans l'espace sont susceptibles de réfaction.

Les clauses ne répondant pas, même partiellement, aux exigences précitées sont nulles. Le juge ne peut que les effacer. Il ne peut pas les rectifier.

Ainsi, le juge n'a pas compétence pour fixer le montant de la contrepartie financière, pas plus pour la modérer que pour l'augmenter « le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée (...) » (Cass. soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760).

## ***Demande de réfaction***

Comme pour la nullité, la révision des paramètres d'une clause de non-concurrence ne peut être demandée que par le salarié, et non par l'employeur. Le juge compétent est le conseil de prud'hommes

## ***Motifs de réfaction***

Le juge peut modifier les clauses qui ne permettent pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et son expérience professionnelle. Par ex. lorsque le champ d'application géographique est trop large (Cass. soc., 25 mars 1998, n° 95-41.543) ou vise la totalité du secteur professionnel dans lequel le salarié, compte tenu de ses compétences, est susceptible de travailler (Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 00-42.904).

La portée de la clause de non-concurrence peut également être réduite aux limites de la convention collective lorsque celle-ci prévoit une clause de non-concurrence (Cass. soc., 9 oct. 2002, n° 00-45.540).

## ***Effets de la réfaction***

À la différence de la nullité, la révision laisse survivre la clause. Ce qui a pour effet, d'une part, de maintenir pour l'entreprise une protection indispensable à ses intérêts et, d'autre part, de conserver au salarié le bénéfice de la contrepartie financière.



## IV) Mise en œuvre de la clause

- Si le contrat de travail ou les dispositions conventionnelles applicables ne subordonnent la mise en œuvre de la clause de non-concurrence à aucune cause, ou à aucun mode particulier de rupture, celle-ci doit recevoir application dans tous les cas.

## **Licenciement abusif**

Dès lors que la clause de non-concurrence est limitée dans le temps et dans l'espace et que les termes utilisés relatifs aux causes de la rupture du contrat de travail sont généraux, elle doit recevoir application, même lorsque cette rupture résulte d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 25 oct. 1995, n° 93-45.442). En d'autres termes, l'absence de cause réelle et sérieuse ne dispense pas les parties de respecter la clause de non-concurrence découlant de leur convention (Cass. soc., 6 déc. 1984, n° 81-42.872 ; Cass. soc., 22 oct. 1997, n° 94-45.186).

## **Prise d'acte ou résiliation judiciaire**

La prise d'acte de la rupture ne dispense pas le salarié de respecter sa clause de non-concurrence mais, interrompant brutalement le contrat de travail, elle pose un problème en ce qui concerne le délai de renonciation.

Lorsqu'une résiliation judiciaire a été prononcée, c'est à cette date que court l'interdiction de non-concurrence, et ce même si le jugement est frappé d'appel (Cass. soc., 6 mai 2009, n° 07-44.692).

## Rupture conventionnelle

En présence d'une clause stipulant une interdiction de concurrence quel que soit le motif de rupture, la rupture conventionnelle entraînera sa mise en œuvre. Si la clause énumère les circonstances mettant en jeu la clause de non-concurrence, celle-ci semble devoir s'appliquer même si la rupture conventionnelle ne figure pas dans la liste. (Cass. soc., 18 janv. 2018, n° 15-24.002).

## Salarié en préavis

Si dispense de préavis, l'obligation de non-concurrence entre en vigueur **dès le départ effectif** du salarié.

## Retraite — Préretraite

La mise à la retraite du salarié ne remet pas en cause l'application de la clause de non-concurrence (Cass. soc., 21 juin 1995, n° 94-40.059). Il en est de même en cas de départ en retraite anticipé dans le cadre d'un plan social (Cass. soc., 7 juill. 1993, n° 89-45.493).



## V) Renonciation de l'employeur au bénéfice de la clause de non-concurrence

- Date de la renonciation
- Dispositions conventionnelles
- Renonciation expresse
- Conséquences renonciation inopérante

La renonciation peut se faire sans formalisme particulier. Néanmoins, elle doit être explicite et non équivoque. C'est la date de l'envoi par l'employeur de cette lettre.

La Cour de cassation a précisé que les dispositions propres à la computation des délais de procédure ne s'appliquent pas au calcul du délai de renonciation à la clause de non-concurrence. Ainsi, le délai qui expire un samedi ne peut donc pas être prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant en application de l'article 642 du nouveau Code de procédure civile (Cass. soc., 3 juill. 2002, n° 00-44.114). En effet, ce délai est exprimé en jours calendaires, il s'impute de date à date (Cass. soc., 4 mars 2003, n° 00-44.922 ; Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-43.956), sans qu'il y ait lieu de déduire les samedis, dimanches et jours fériés (Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-43.956).

La levée de la clause de non-concurrence doit intervenir au plus tard **à la date du départ effectif** de l'intéressé de l'entreprise, « *nonobstant stipulations ou dispositions contraires* ».

Ainsi, ni une disposition conventionnelle, ni une clause contractuelle, ne peuvent valablement prévoir la possibilité pour l'employeur de renoncer à la clause de non-concurrence après le départ effectif du salarié de l'entreprise. Même si cette renonciation intervient pendant le préavis, elle est inopposable au salarié dès lors que celui-ci est dispensé de l'exécuter (Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-21.150 ; Cass. soc., 21 janv. 2015, n° 13-24.471). (sauf prise d'acte ou démission)



## Dispositions conventionnelles

Les accords collectifs prévoient très fréquemment des modalités particulières de renonciation : délai dans lequel l'employeur pourra renoncer à la clause de non-concurrence, nécessité d'une renonciation écrite, exigence d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, etc. La convention collective des ingénieurs et cadres de la Métallurgie contient également des dispositions contraignantes. Ainsi, en cas de rupture conventionnelle, elle impose d'indiquer la levée de l'interdiction de concurrence dans la convention de rupture. Si cette mention ne figure pas comme prévu dans la convention de rupture, l'employeur ne peut pas, par la suite, se libérer du versement de la contrepartie pécuniaire (Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-25.451).

## **Manifestation non équivoque de renoncer à la clause de non-concurrence**

La renonciation par l'employeur à l'obligation de non-concurrence ne se présume pas et ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer. Même rédigée en termes généraux et de large portée, la clause d'un accord de rupture conventionnelle ne peut en tenir lieu, faute de renonciation expresse. Cass. soc., 6 févr. 2019, pourvoi n° 17-27.188, arrêt n° 177 F-D

## **Renonciation à la clause de non-concurrence inopérante : conséquences**

Lorsque la renonciation à la clause de non-concurrence par l'employeur est inopérante, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice, tant qu'il respecte l'interdiction de non-concurrence.

Ainsi, il a été jugé que le salarié, qui n'avait pas été libéré de la clause dans le délai conventionnel, avait droit à l'intégralité de l'indemnité compensatrice (Cass. soc., 8 juill. 1992, n° 89-41.409). La renonciation tardive de l'employeur ne le dispense pas de son obligation de verser au salarié la totalité de la contrepartie pécuniaire. Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-10.718. En revanche, dès lors que le salarié trouve un emploi dans une entreprise concurrente, il perd ce droit. (Cass. soc., 13 sept. 2005, n° 02-46.795).

## VI) Violation de la clause de non-concurrence

Seule une clause de non-concurrence valable est susceptible d'entraîner une condamnation du salarié pour violation de cette clause.

- **Charge de la Preuve**
- **Matérialité des actes de concurrence**
- **Action en violation de la clause de non-concurrence :  
Compétence juridictionnelle/ Délai de recours / référé**
- **Cessation de l'activité concurrente — Astreinte**
- **Responsabilité du salarié en cas de violation de la clause de non-concurrence**

## Charge de la Preuve

C'est à l'employeur qu'il appartient d'apporter la preuve d'une éventuelle violation de la clause de non-concurrence par le salarié (Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-42.674 ; Cass. soc., 9 mars 2011, n° 09-43.136). La clause contractuelle prévoyant une disposition contraire est inopérante (Cass. soc., 25 mars 2009, n° 07-41.894).

## Matérialité des actes de concurrence

La portée de la clause doit s'apprécier par rapport à l'activité réelle de l'entreprise et non par rapport à son objet social défini dans les statuts (Cass. soc., 18 déc. 1997, n° 94-45.548 ; Cass. soc., 5 déc. 2001, n° 99-44.407). Et par rapport à l'activité réelle du salarié sans s'arrêter à la dénomination de l'emploi.

Lorsque la violation de la clause est caractérisée, l'employeur n'a pas à justifier d'un préjudice actuel et certain.

Si la clause interdit au salarié d'exercer directement ou indirectement pour son propre compte ou pour le compte d'une entreprise une activité le plaçant en concurrence avec son précédent employeur, la Cour de cassation considère que l'intéressé ne viole pas ladite clause dès lors que sa fonction chez le nouvel employeur, concurrent du précédent, ne porte pas sur cette activité concurrente (Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-40.082 ; Cass. soc., 16 nov. 2005, n° 03-43.312).

## **Action en violation de la clause de non-concurrence — Compétence juridictionnelle**

En cas de violation de la clause de non-concurrence, le litige opposant le salarié à l'ancien employeur relève de la compétence de la juridiction prud'homale. Quant au litige opposant l'ancien employeur au nouvel employeur complice du salarié, il relève du tribunal judiciaire.

## **Action en violation de la clause de non-concurrence — Délai de recours**

### ❖ *Action de l'employeur contre son ancien salarié*

Dans la mesure où la clause de non-concurrence figurait dans le contrat de travail, il s'agit d'une action relative à l'exécution du contrat de travail relevant de la prescription biennale.

### ❖ *Action du salarié contre son ancien employeur*

L'action du salarié réclamant tout ou partie de la contrepartie financière relève de la prescription triennale.

## **Action en violation de la clause de non-concurrence — Référé**

La violation d'une clause de non-concurrence constitue un trouble manifestement illicite auquel le juge des référés peut, en application de l'article R. 1455-6 du Code du travail, mettre fin en adressant au salarié une injonction de cesser sa collaboration avec son nouvel employeur (Cass. soc., 29 mai 1990, n° 86-43.567 ; Cass. soc., 15 févr. 1995, n° 93-42.793 ; Cass. soc., 6 févr. 2001, n° 98-46.069) ou en lui ordonnant de cesser l'activité qu'il exerçait en qualité de gérant de la société concurrente qu'il a créée (Cass. soc., 12 nov. 1987, n° 85-45.937).

## Cessation de l'activité concurrente — Astreinte

En cas de violation de la clause de non-concurrence, les tribunaux peuvent ordonner toutes mesures propres à faire cesser la concurrence. Le salarié peut de cette manière se voir condamné sous astreinte à cesser l'activité concurrente. Si tel est le cas, l'ancien employeur ne pourra demander la liquidation de l'astreinte qu'après avoir rapporté la preuve de la violation de l'interdiction mise à la charge du salarié (Cass. soc., 13 nov. 1990, n° 87-40.890).

### Responsabilité du salarié en cas de violation de la clause de non-concurrence

Le salarié qui viole la clause perd définitivement son droit à la contrepartie financière (Cass. soc., 5 mai 2004, n° 01-46.261). Faute de démontrer que le salarié a violé la clause de non-concurrence pendant les deux années durant lesquelles elle s'est effectivement appliquée avant la constatation judiciaire de la nullité, l'employeur ne peut demander la restitution des sommes versées au titre de cette clause (Cass. soc., 28 oct. 1997, n° 94-43.792).

La violation de la clause de non-concurrence peut par ailleurs se traduire par l'octroi de dommages-intérêts à l'ancien employeur. Elle n'implique pas nécessairement l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute. Ainsi, l'employeur doit apporter la preuve d'un préjudice réel. À défaut, les juges peuvent rejeter sa demande en dommages et intérêts (Cass. soc., 14 juin 2000, n° 98-43.699), ou lui allouer seulement une somme symbolique (Cass. soc., 9 févr. 2000, n° 97-44.896).