

Les clauses de non-concurrence

par Marie Alaman

➔ Sachez-le vite

Les clauses de non-concurrence, insérées dans les contrats de travail des salariés, ne découlent pas de l'application d'une loi. Leur origine est contractuelle ou conventionnelle. Pour être valables, elles doivent viser à protéger les intérêts légitimes de l'entreprise. Elle doit donc encourir un véritable danger si le salarié venait à être embauché par une entreprise concurrente.

Pour autant, les clauses de non-concurrence ne doivent pas aboutir à interdire le droit au travail des salariés. L'interdiction doit donc être limitée dans le temps et dans l'espace. De même, la clause doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié. Par exemple, cela signifie que le salarié ne doit pas être contraint de s'expatrier dans un autre pays pour retrouver du travail conforme à sa formation et à son expérience professionnelle.

L'employeur a l'obligation de verser au salarié une contrepartie financière pendant toute la durée de l'interdiction. Il en résulte que le chef d'entreprise ne peut pas renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence sans obtenir l'accord du salarié. Le montant de la contrepartie est généralement fonction de l'étendue de l'interdiction.

Le versement de la somme peut être interrompu par l'employeur si le salarié cesse de respecter son obligation. Dans ce cas, le salarié s'expose au paiement d'une indemnité forfaitaire si une clause pénale a été prévue au contrat par l'employeur. Par ailleurs, le nouvel employeur du salarié peut être condamné au paiement de dommages-intérêts si celui-ci connaissait l'existence de la clause de non-concurrence et qu'il n'a pas réagi en conséquence.

Bien que les litiges apparaissent, dans la plupart des cas, après la rupture du contrat de travail, c'est le conseil de prud'hommes qui reste compétent car ces litiges portent sur un élément du contrat de travail.

Insérées dans les contrats de travail, les clauses dites de « non-concurrence » visent à interdire à des salariés de s'établir à leur compte ou de trouver un emploi dans une entreprise concurrente. Parfois, ces clauses prennent des appellations sournoises telles que clause de non-réembauchage, pour l'interdiction de trouver un emploi, et clauses de non-rétablissement, pour l'impossibilité de se mettre à son compte.

Quelle que soit l'appellation donnée, ces clauses tendent à restreindre le droit à la liberté du travail. En effet, à l'expiration du contrat de travail, l'application d'une clause de non-concurrence empêche le salarié, dans de nombreux cas, de retrouver un emploi dans l'activité qu'il exerçait et dans la région où il travaillait. À ceux qui rétorquent que le salarié n'est pas tenu de signer une telle clause, il faut rappeler que ce dernier n'a pas le choix. Dans un contexte économique de plus en plus fragile, avec plus de trois millions officiels de chômeurs, il est difficile de discuter et de résister aux exigences patronales.

Dans un premier temps, les clauses de non-concurrence ont concerné des salariés occupant une place importante dans la hiérarchie. Peu à peu l'appétit patronal a abouti à l'imposition de ces clauses à des emplois subalternes. Pourtant, dès 1979, l'administration avait indiqué que les clauses de non-concurrence ne devraient concerner que « des emplois de grande qualification nécessitant une formation particulière et susceptible d'entraîner une véritable concurrence » (1).

Les tribunaux, pour leur part, n'acceptent plus de cautionner systématiquement des clauses qui, dans le climat de raréfaction de l'emploi, aboutiraient à exclure des salariés du monde du travail. Les contours de la clause de non-concurrence ont été redéfinis : une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte désormais l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière (2). En effet, l'employeur ne doit pas porter une atteinte excessive au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle par le salarié.

(1) *Rep. Min., JO-AN-QR 24 mars 1979, p. 1951, n° 9.880.*

(2) *Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 00-45135, Sté La Mondiale SA, Dr. soc. 2002, n° 11, p. 949, note R. Vatinet; RPDS 2002, n° 691, p. 350, comm. M. Carles; Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 00-45387, SA Maine Agri; Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 99-43334, Sté MSAS cargo international.*

PLAN

1. Existence de la clause de non-concurrence

<p>A. Formation de la clause (118)</p> <p>a) Contrat de travail</p> <p>b) Convention collective</p> <p>1. Clause prévue obligatoirement par la convention collective</p> <p>2. Clause prévue facultativement par la convention collective</p> <p>B. Champ d'application (119)</p> <p>a) Type de contrat</p> <p>b) Prise d'effet à la rupture du contrat</p>	<p>C. Renonciation à la clause (120)</p> <p>a) Exigence d'un accord des parties</p> <p>b) Renonciation claire et non équivoque</p> <p>c) Délai de renonciation</p> <p>1. Prévu par la convention collective ou le contrat de travail</p> <p>2. Absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles</p>
<h3>2. Condition de licéité</h3>	
<p>A. Protection des intérêts de l'entreprise (123)</p> <p>B. Limitation dans le temps (124)</p> <p>C. Limitation dans l'espace (124)</p>	<p>D. Respect des spécificités de l'emploi du salarié (125)</p> <p>E. Contrepartie financière (126)</p> <p>a) Montant de la contrepartie</p> <p>b) Versement de la contrepartie</p> <p>c) Validité des clauses dépourvues de contreparties</p>
<h3>3. Pouvoir du juge</h3>	
<p>A. Annulation de la clause de non-concurrence par le juge (129)</p> <p>B. Modification de la clause par le juge (129)</p>	
<h3>4. Violation de l'obligation de non-concurrence par le salarié</h3>	
<p>A. Utilisation d'un potentiel personnel (131)</p> <p>B. Création d'une entreprise par le salarié (131)</p> <p>C. Détournement de clientèle (131)</p>	<p>D. Respect de la clause pendant une certaine période (132)</p> <p>E. Validité d'une clause pénale (132)</p>
<p>Encadrés</p> <p>— Clause subordonnée à la seule volonté de l'employeur (« clause en sommeil ») (119)</p> <p>— Clause de confidentialité et clause de non-sollicitation (120)</p> <p>— L'obligation de loyauté (122)</p>	<p>— Régime social de la contrepartie financière (126)</p> <p>— Non-paiement de la contrepartie financière par l'employeur (127)</p> <p>— Le référé et la clause de non-concurrence (130)</p> <p>— Responsabilité du nouvel employeur (133)</p>

1 Existence de la clause de non-concurrence

La clause de non-concurrence trouve son origine soit dans le contrat de travail, soit dans la convention collective. L'application de la clause subsiste qu'elle que soit la forme de rupture du contrat de travail. Mais une fois établie, l'employeur et le salarié peuvent toujours décider d'y renoncer.

A – Formation de la clause

L'existence d'une clause de non-concurrence n'est pas de source légale. Elle provient le plus souvent du contrat de travail. Toutefois, une convention ou un accord collectif peut aussi prévoir une clause de non-concurrence.

a) Contrat de travail

En principe, la clause de non-concurrence est insérée dans le contrat de travail dès l'embauche du salarié. Mais rien n'interdit aux parties de l'instituer ultérieurement, même après plusieurs années de travail⁽³⁾. Cette nouvelle clause entraîne la modification du contrat de travail par le biais d'un avenant au contrat de travail. Pour l'instituer, l'employeur est donc obligé d'obtenir l'accord du salarié.

En aucun cas le refus de l'insertion d'une telle clause au contrat de travail

ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement⁽⁴⁾. Le licenciement devra être fondé non pas sur le refus du salarié mais sur le motif qui a entraîné la modification du contrat de travail envisagé.

Par ailleurs, il est admis qu'une clause de non-concurrence puisse être instaurée à la rupture du contrat de travail en vertu, par exemple, d'un accord transactionnel régi par l'article 2044 du Code civil⁽⁵⁾ ou d'une rupture conventionnelle aux termes de l'article 1237-11 du Code du travail.

⁽⁴⁾ Cass. soc. 7 juil. 1998, n° 96-45047

⁽⁵⁾ Cass. soc. 20 juin 1995, n° 91-45261, *Sté Régie radio média*.

⁽³⁾ Cass. soc. 9 oct. 1985, n° 83-46113.

b) Convention collective

Les salariés peuvent aussi se voir imposer une clause de non-concurrence par un accord ou une convention collective. Toutefois, la clause de non-concurrence résultant d'un accord collectif conclu après l'embauche du salarié ne peut être imposée à ce dernier⁽⁶⁾. De même, la clause de non-concurrence doit être appréciée à la date de sa conclusion, la convention collective intervenue postérieurement ne peut avoir pour effet de couvrir la nullité qui affecterait la clause signée par les parties⁽⁷⁾.

Il convient alors de distinguer, selon que la convention impose une clause de non-concurrence ou en précise seulement les modalités:

1. Clause prévue obligatoirement par la convention collective

Dans de très rares cas, une clause de non-concurrence est instituée de manière obligatoire par la convention collective. Cette clause est valable dès lors que le contrat de travail qui comporte une telle clause se réfère à cette convention⁽⁸⁾. Il n'est pas obligatoire que le contrat de travail reprenne explicitement les stipulations de la convention collective. Toutefois l'employeur doit, d'une part, informer le salarié de l'existence de la convention collective et, d'autre part, le mettre en mesure d'en prendre connaissance⁽⁹⁾.

2. Clause prévue facultativement par la convention collective

Lorsque la convention collective prévoit seulement les modalités d'application de la clause de non-concurrence, l'employeur doit respecter les règles posées par la convention⁽¹⁰⁾. Le contrat de travail doit néanmoins comporter des clauses plus favorables que la loi ou la convention. Ainsi il a été jugé que —la simple référence faite dans le contrat de travail à une disposition de

la convention collective, non complétée par les précisions qu'elle exige, ne constitue pas une clause valable⁽¹¹⁾;

—lorsque la convention collective prévoit la faculté d'introduire une clause de non-concurrence pour une catégorie spécifique de salariés, les autres catégories ne peuvent se voir appliquer une telle clause⁽¹²⁾;

—la durée de l'obligation de non-concurrence insérée dans un contrat de travail ne peut pas être supérieure à la durée prévue par la convention collective⁽¹³⁾;

—le salarié ne peut pas se voir interdire de concurrence par son employeur sur une zone géographique plus large que celle prévue par la convention collective applicable dans l'entreprise⁽¹⁴⁾;

—lorsqu'un employeur impose dans le contrat de travail d'un salarié une clause de concurrence pendant deux ans, il ne peut se prévaloir de la convention collective, laquelle limitait l'interdiction à un an, pour échapper à l'obligation de verser la contrepartie financière pendant les deux ans de l'obligation de non-concurrence⁽¹⁵⁾.

(11) Cass. soc. 3 juil. 2001, n° 98-44139, Sté Satt Intérim.

(12) Cass. soc. 12 nov. 1997, n° 94-42665, CRCAM des Ardennes.

(13) Cass. soc. 11 oct. 1990, n° 87-41613, Sté Distemba.

(14) Cass. soc. 12 oct. 2011, n° 09-43155, Sté Moreau.

(15) Cass. soc. 24 juin 1992, n° 89-43950, SA Pierre Pont.

(6) Cass. soc. 17 oct. 2000, n° 98-42018, Centre de gestion et de comptabilité agricole de la Gironde.

(7) Cass. soc. 28 sept. 2011, n° 09-68537, Sté Pompes funèbres du Sud-Est.

(8) Cass. soc. 10 mars 2004, n° 02-40108, Sté Girardeau.

(9) Cass. soc. 8 janv. 1997, n° 93-44009, Sté Gras Savoie.

(10) Art. L. 2254-1 du Code du travail.

B – Champ d'application

Une clause de non-concurrence peut être conclue dans toutes les entreprises quelle que soit leur forme juridique (société, entrepreneur individuel, profession libérale...) et quelle que soit la nature de leur activité (industrielle, prestation de service, commerciale...). La clause prend effet à la cessation du contrat du travail et, ce, quel que soit le mode du rupture.

a) Type de contrat

Une telle clause peut être insérée dans tous les types de contrat de travail: — contrat à durée indéterminée; — contrat à durée déterminée⁽¹⁶⁾; — contrat d'apprentissage ou formation en alternance⁽¹⁷⁾.

Toutefois, les fonctions concernées par la clause doivent justifier par leur nature sa mise en place et le contrat doit avoir donné au salarié l'occasion d'acquérir un savoir-faire très particulier dont l'utilisation par la concurrence représente un véritable potentiel de nuisance.

Les contrats de travail temporaires doivent obligatoirement mentionner «que l'embauche du salarié par l'utilisateur à l'issue de la mission n'est pas interdite»⁽¹⁸⁾. De ce fait, un contrat de

(16) Cass. soc. 5 janv. 1995, n° 90-45732, Sté A. Coiffure.

(17) Cass. soc. 5 juin 2001, n° 98-45798, Sté Bibaa Plein Sud.

(18) Art. L. 1251-16 du Code du travail.

→ Clause subordonnée à la seule volonté de l'employeur (« clause en sommeil »)

Certains contrats de travail prévoient que la clause de non-concurrence pourra être mise en œuvre par l'employeur à la rupture du contrat si l'intérêt de l'entreprise le justifie. Jusqu'à récemment, ces clauses dites «en sommeil» étaient considérées comme valables. Mais depuis un arrêt rendu en 2002, la Cour de cassation estime que «la clause d'un contrat de travail

au terme de laquelle l'employeur se réserve la faculté, après rupture du contrat de travail, d'imposer au salarié une obligation de non-concurrence est nulle»⁽¹⁾. Par la suite, la jurisprudence a précisé que le salarié est en droit de percevoir des dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant du fait qu'il était resté dans l'incertitude quant à sa liberté de travail⁽²⁾.

(1) Cass. soc. 10 mars 2004, n° 01-47136, Sté d'Assurance mutuelle Groupama Loire-Bourgogne; Cass. soc. 12 fév. 2002, n° 00-41765, Sté Henri Maire; Cass. soc. 14 fév. 2007, n° 05-43752, Sté Cosmétique active France.

(2) Cass. soc. 22 janv. 2003, n° 01-40031, Sté Tradivin.

travail temporaire ne peut interdire l'embauche du salarié temporaire par l'entreprise utilisatrice.

b) Prise d'effet à la rupture du contrat

La clause de non-concurrence prend, par définition, effet après la rupture du contrat de travail. Elle s'applique quelle que soit la cause de départ du salarié. Ainsi, la clause doit aussi bien jouer en cas de licenciement que de démission⁽¹⁹⁾. La cause du licenciement ne peut pas influencer sur la validité de la clause. De même, si le licenciement du salarié est ultérieurement jugé comme abusif par les prud'hommes, le salarié reste tenu par sa clause de non-concurrence⁽²⁰⁾.

Cependant, l'employeur peut limiter l'application de la clause de non-concurrence à certains cas de rupture. Une clause de non-concurrence peut valablement stipuler qu'elle ne prendra effet qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié ou qu'elle ne s'appliquera pas en cas de licenciement quel qu'en soit le motif⁽²¹⁾. Ainsi, si le salarié démissionne, la clause s'applique et le salarié est donc interdit de toute activité concurrente et l'employeur tenu de verser une contrepartie financière. En revanche, si le salarié est licencié, la clause de non-concurrence ne s'applique pas, le salarié n'est lié par aucune obligation de non-concurrence et l'employeur.

La clause de non-concurrence prend effet même en cas de rupture de la période d'essai⁽²²⁾.

Par ailleurs, en cas de cessation d'activité de l'entreprise, le salarié demeure tenu de respecter la clause de non-concurrence même lorsque son contrat de travail a été rompu⁽²³⁾. En effet, l'entreprise peut toujours être re-

(19) Cass. soc. 25 juin 1981, n° 79-41963, SA Fabriques de Lampes réunies.

(20) Cass. soc. 25 oct. 1995, n° 93-45442, Sté des Établissements Cosset.

(21) Cass. soc. 6 janv. 2010, n° 08-41357, Sté Tiger.

(22) Cass. soc. 22 oct. 2008, n° 07-42581, Sté Harry Winston.

(23) Cass. soc. 7 mars 2007, n° 06-42262, SA Carpenter.

→ Clause de confidentialité et clause de non-sollicitation

Ne peut être qualifiée de clause de non-concurrence, la clause de confidentialité qui interdit au salarié de divulguer certaines informations dont il aurait eu connaissance lors de l'exécution de son contrat de travail. Une telle clause ne comporte aucune interdiction de s'engager au service d'une entreprise concurrente après avoir quitté la société⁽¹⁾.

Une clause de non-sollicitation peut être insérée dans une convention entre deux entreprises (prestataire et client). Cette clause a pour objet d'interdire au client du prestataire de solliciter, autrement dit d'embaucher les salariés

de ce dernier. La clause de non-sollicitation n'est donc pas une clause de non-concurrence même si elle lui ressemble. Toutefois, elle porte atteinte de façon indirecte à la liberté du travail du salarié dans la mesure où ce dernier ne peut se faire embaucher par l'entreprise cliente. La jurisprudence reconnaît au salarié le droit de se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation sans contrepartie financière⁽²⁾. La clause de non-sollicitation qui porte atteinte à la liberté de travailler du salarié justifie le paiement d'une indemnisation au regard du préjudice subi⁽³⁾.

(1) Cass. soc. 2 oct. 2001, n° 99-42942, Sté Nikon France.

(2) Cass. com. 10 mai 2006, n° 04-10149, Sté Metaware Technologies.

(3) Cass. soc. 2 mars 2001, n° 09-40547, Sté Reuters Financial Software.

prise et le fonds de commerce doit continuer d'être protégé.

Dans le cadre d'un CDI, la clause de non-concurrence prend effet le lendemain du dernier jour du préavis lorsqu'il est exécuté par le salarié ou le 1^{er} jour de la période de dispense de préavis si l'employeur a dispensé le salarié de préavis.

En cas de CDD, la clause s'applique le lendemain du dernier jour d'exécution du contrat de travail par le salarié.

C – Renonciation à la clause

La clause de non-concurrence prévue par le contrat de travail ou une convention collective peut toujours être remise en question par les parties. Toutefois, la dénonciation doit provenir d'un accord commun de l'employeur et du salarié dans un délai raisonnable. Cette renonciation doit être claire et non équivoque.

a) Exigence d'un accord des parties

La clause de non-concurrence comporte obligatoirement une contrepartie financière, la clause n'est donc pas seulement instituée dans l'intérêt de l'entreprise, mais aussi dans celui du salarié. Il en résulte que l'employeur et le salarié peuvent mettre fin à la clause par un accord commun. Pour pouvoir renoncer à la clause de non-concurrence

et échapper au paiement de la contrepartie pécuniaire, l'employeur a obligatoirement besoin de l'accord du salarié. L'employeur ne peut décider seul de supprimer la clause. Il doit payer la contrepartie jusqu'à ce que le salarié accepte de renoncer à la clause.

Toutefois, l'employeur peut renoncer unilatéralement à une clause de non-concurrence lorsque cette possibilité est expressément prévue par la convention collective ou le contrat de travail⁽²⁴⁾. Si une convention collective prévoit la possibilité pour l'employeur de renoncer unilatéralement de délier le salarié de son obligation de non-concurrence, le contrat de travail peut être muet à ce sujet, mais il doit obligatoirement se référer à la convention applicable⁽²⁵⁾.

Par exemple, l'employeur peut délier de son obligation de non-concurrence le salarié qui avait pris acte de la rupture de son contrat de travail, dès lors que le contrat de travail stipulait que l'employeur pouvait libérer le salarié de la clause de non-concurrence à l'occasion de la cassation du contrat de travail sous réserve de notifier sa décision par lettre recommandée dans les 15 jours calendaires suivant la notification de la rupture du contrat de tra-

(24) Cass. soc. 28 nov. 2001, n° 99-46032.

(25) Cass. soc. 28 mars 2007, n° 06-40293, Sté Gorcy La Roche.

vail⁽²⁶⁾. Cependant, si une convention collective prévoit que «la clause de non-concurrence peut à tout moment être résiliée à la suite d'un commun accord entre les parties», l'employeur ne peut y renoncer unilatéralement⁽²⁷⁾.

Les modalités de renonciation sont en règle générale prévues par la convention applicable ou le contrat de travail, l'employeur doit donc respecter ces modalités, sinon la renonciation sera sans effet⁽²⁸⁾. Le salarié pourra alors bénéficier de l'indemnité de non-concurrence à laquelle il a droit⁽²⁹⁾, celle-ci lui étant acquise, sans qu'il ait à établir un préjudice particulier⁽³⁰⁾.

b) Renonciation claire et non équivoque

La renonciation ne se présume pas. Elle doit résulter d'une volonté claire et non équivoque de l'employeur et du salarié de renoncer à se prévaloir de la clause de non-concurrence⁽³¹⁾.

La Cour de cassation estime qu'il ne résulte pas d'une transaction, par laquelle les parties se sont mises d'accord sur les solutions à apporter à tous les problèmes afférents à la rupture du contrat de travail, y compris l'application de la clause de non-concurrence, que l'employeur ait renoncé de façon claire et non équivoque à la clause de non-concurrence dans le délai prévu par la convention collective⁽³²⁾.

Pour se dégager de l'obligation de verser la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, certains employeurs n'ont pas non plus hésité à soutenir que la mention «libre de tout engagement» figurant sur le certificat de travail les délie de cette obligation.

Les juges ont eu l'occasion de donner leur opinion sur cette surcharge du certificat de travail, en précisant que l'employeur ne peut pas imposer au salarié des mentions sur le certificat de travail autres que celles prévues par le Code du travail (dates d'entrée et de sortie, nature de l'emploi ou des emplois occupés). Par conséquent, la mention de la clause de non-concurrence sur ce certificat est illicite⁽³³⁾.

De même, la mention dans le plan de sauvegarde de l'emploi de l'intention de l'employeur de lever systématiquement l'obligation de non-concurrence des salariés licenciés ne constitue pas, à l'égard de ces derniers, la manifestation claire et non équivoque d'une renonciation de l'employeur aux effets de cette clause, telle qu'elle était prévue dans le contrat de travail⁽³⁴⁾.

Il n'y a, par exemple, pas renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence lorsque la lettre de licenciement contient la mention «votre préavis fixé à trois mois débutant le 15 mai verra son terme le 15 août pour nous libérer réciproquement de tout engagement», car il ne résulte pas des termes de cette lettre une volonté claire et non équivoque de renonciation⁽³⁵⁾.

À l'occasion d'un changement d'activité du salarié, les employeurs ont également soutenu que la clause et sa contrepartie financière étaient devenues sans objet. Cependant, la clause de non-concurrence doit s'appliquer y compris en cas de modification du contrat de travail dès lors que les parties n'ont pas entendu modifier ou supprimer la clause⁽³⁶⁾. Il en est de même en cas de détachement du salarié. La clause reste en vigueur tant que le contrat n'est pas modifié par les lettres de détachement⁽³⁷⁾.

(33) Cass. soc. 4 mars 1992, n° 88-41041, Institut de formation aux techniques d'implantation.

(34) Cass. soc. 23 sept. 2008, n° 07-41649, Coopérative agricole Euralis Union.

(35) Cass. soc. 30 mai 1990, n° 87-40485, Sté Manu Meca.

(36) Cass. soc. 19 juil. 1995, n° 91-45691, SA Puma.

(37) Cass. soc. 10 juil. 1997, n° 94-43302, Sté Airgaz/Lemaux.

Par ailleurs, le seul fait qu'un contrat de travail à durée déterminée se soit transformé en contrat de travail à durée indéterminée ne peut, à lui seul, avoir pour effet de supprimer la clause de non-concurrence qui figurait dans le contrat de travail à durée déterminée⁽³⁸⁾.

En cas de rupture du contrat de travail suivie d'un réembauchage dans la même entreprise, l'employeur peut-il se prévaloir de la clause de non-concurrence insérée dans le premier contrat? Il a été répondu négativement à cette question à partir du moment où la clause n'était pas reprise dans le deuxième contrat de travail⁽³⁹⁾.

Cependant, quand un licenciement a été jugé nul, l'employeur ne peut se prévaloir des termes de la lettre de licenciement informant le salarié qu'il était libéré de la clause de non-concurrence, pour se libérer de l'application de cette dernière⁽⁴⁰⁾.

Dans le cadre de diverses cessations de l'entreprise, la clause de non-concurrence, insérée dans les contrats de travail, peut également être sujette à contestation. Puisque le transfert d'entreprise entraîne le transfert du contrat de travail⁽⁴¹⁾, la clause de non-concurrence insérée dans le contrat de travail initial demeure normalement applicable⁽⁴²⁾. Celle-ci doit être respectée, sauf si un avenant remet en cause la clause.

c) Délai de renonciation

1. Prévu par la convention collective ou le contrat de travail

L'employeur est tenu de respecter les délais prévus par le contrat de travail ou la convention collective applicable, à défaut, la renonciation est nulle et le salarié pourra réclamer le paiement de la contrepartie pécuniaire⁽⁴³⁾.

(38) Cass. soc. 5 janv. 1995, Sté A Coiffure.

(39) Cass. soc. 10 nov. 1998, n° 96-40910.

(40) Cass. soc. 3 fév. 2010, Sté Sofigram, n° 08-45105.

(41) Art. L. 1224-1 du Code du travail.

(42) Cass. soc. 16 oct. 1997, n° 94-43015, GIE Créno.

(43) Cass. soc. 10 mai 2006, n° 04-44860, Sté PAC.

(26) Cass. soc. 15 fév. 2012, n° 10-16025, Sté SFR.

(27) Cass. soc. 11 déc. 1990, n° 87-4429, SCRL.

(28) Cass. soc. 27 mars 2008, n° 07-40195, Sté Manitou.

(29) Cass. soc. 27 mars 2001, n° 99-40742, Sté GMC.

(30) Cass. soc. 24 janv. 2007, n° 04-47864, Sté SEM.

(31) Cass. soc. 12 juil. 1989, n° 86-41668, Sté Usine Merger.

(32) Cass. soc. 25 nov. 1992, n° 89-43920, Mars Actel.

Ainsi, la renonciation de l'employeur au cours de l'entretien préalable est inopérante lorsque la convention collective prévoit que celle-ci ne peut intervenir qu'à partir de la notification de la rupture ⁽⁴⁴⁾. De même, l'employeur ne peut renoncer à la clause postérieurement à la rupture du contrat de travail lorsque ce dernier, ou la convention collective, prévoit que c'est au moment de la rupture que l'employeur aurait dû le notifier ⁽⁴⁵⁾.

Si le contrat de travail, ou la convention collective, prévoit que le point de départ du délai applicable est la date de la rupture, il a été jugé que :

— en cas de démission, la date de sa notification constitue le point de départ du délai ⁽⁴⁶⁾ ;

— en cas de rupture de la période d'essai, c'est la date de notification de la lettre de rupture, remise en main propre, qui constitue le point de départ ⁽⁴⁷⁾ ;

— en cas de licenciement, le point de départ est la date à laquelle l'employeur a manifesté sa volonté de mettre fin au contrat de travail, c'est-à-dire le jour de

l'envoi de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception notifiant la rupture ⁽⁴⁸⁾ ;

— en cas de prise d'acte de rupture de son contrat par le salarié, la date de réception de la lettre de prise d'acte de la rupture par l'employeur est le point de départ du délai ⁽⁴⁹⁾ ;

— en cas de résiliation judiciaire, le délai commence à partir du prononcé du jugement ⁽⁵⁰⁾.

Toutefois l'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressée de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires ⁽⁵¹⁾.

Une clause par laquelle l'employeur se réserverait la faculté après la rupture de renoncer à tout moment à la clause de non-concurrence au cours de l'exécution de celle-ci est réputée non écrite. Le salarié ne peut pas être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler.

2. Absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles

En l'absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie financière de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement ⁽⁵²⁾. Ainsi si l'employeur renonce au bénéfice de la clause de non-concurrence après le licenciement, il restera tenu au paiement de la contrepartie financière.

Il appartient à l'employeur d'insérer au sein du contrat de travail une clause précisant expressément le délai de renonciation à l'obligation de non-concurrence (un délai d'un mois est jugé raisonnable). À défaut, l'employeur devra indiquer dans la lettre de licenciement s'il souhaite ou non libérer le salarié de l'application de la clause.

Si le délai de notification n'est pas respecté par l'employeur, celui-ci devra verser au salarié la totalité de l'indemnité prévue par la clause de non-concurrence.

(44) Cass. soc. 10 fév. 1998, n° 94-45279, Sté Narboni Imprimerie.

(45) Cass. soc. 19 juil. 2000, n° 98-42290, Sté Bresson et Rande.

(46) Cass. soc. 27 fév. 2001, n° 99-40436, Sté CFR.

(47) Cass. soc. 14 oct. 2009, n° 08-44052, Sté Studio press.

(48) Cass. soc. 18 janv. 2012, n° 10-16442, Sté SRI.

(49) Cass. soc. 13 juin 2007, n° 04-42740, Sté Argo Hytos.

(50) Cass. soc. 6 mai 2009, n° 07-44692, Sté AIS.

(51) Cass. soc. 13 mars 2013, n° 11-21150, Sté Secomat.

(52) Cass. soc. 13 juil. 2010, n° 09-41626, Sté Dyneff.

→ L'obligation de loyauté

Sans même qu'il y ait de clause spécifique dans le contrat de travail, les tribunaux estiment que le salarié est tenu à une obligation de loyauté au cours de l'exécution de son contrat de travail ⁽¹⁾.

Issue de l'article 1134 du Code civil, l'obligation de loyauté « interdit au salarié de développer directement ou indirectement, pour son compte ou pour celui d'un tiers, tout acte de concurrence à l'encontre de l'entreprise qui l'emploie pendant la durée du contrat de travail comme pendant la suspension de celui-ci » ⁽²⁾.

L'obligation de loyauté a donc vocation à s'appliquer pendant l'exécution du contrat de travail. À l'inverse, le salarié n'est soumis à la clause de non-concurrence qu'à compter de la rupture de son contrat de travail.

Par exemple, il a été jugé qu'un salarié, chef de fabrication, qui était encore employé dans la société et qui a préparé son départ de façon déloyale en commençant à détourner la clientèle de son employeur, soit par démarche, soit par détournement de matériel, a commis des manquements qui empêchent le maintien de

l'intéressé dans l'entreprise pendant la durée du préavis de licenciement car ces faits constituaient une faute grave ⁽³⁾.

Le caractère déloyal de la concurrence n'est pas retenu dans tous les cas. Ainsi a-t-il été jugé qu'un salarié qui a averti son employeur qu'il envisageait de créer une société indépendante a agi en toute clarté vis-à-vis de son employeur et n'a pas manqué à ses obligations contractuelles, ni commis d'actes de concurrence. Son comportement n'était donc pas constitutif d'une faute grave ⁽⁴⁾.

(1) Cass. soc. 5 mai 1971, Sté Bachkine, bull. p. 276, n° 327.

(2) Rép. Min. d° 12211, JO Ass. Nat. du 24 août 1998.

(3) Cass. soc. 16 nov. 1993, n° 90-44350, SA graphitec.

(4) Cass. soc. 3 mai 1994, n° 92-42660, SA Saunier-Duval.

2 Condition de licéité

Des points fondamentaux doivent transparaître dans la rédaction d'une clause de non-concurrence, le salarié ne doit pas être soumis à une impossibilité absolue d'exercer une activité professionnelle conforme à ses aptitudes, connaissances et formation professionnelle. De ce fait, des conditions cumulatives⁽⁵³⁾ doivent être respectées, ainsi les clauses de non-concurrence ne sont licites que si elles :

- sont indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise;
- sont limitées dans le temps;
- sont limitées dans l'espace;
- tiennent compte des spécificités de l'emploi du salarié concerné;
- comportent l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière.

A – Protection des intérêts de l'entreprise

Pour être valable, la Cour de cassation considère que la clause de non-concurrence doit être « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »⁽⁵⁴⁾. Elle ne doit pas seulement être nécessaire à la protection de l'entreprise, comme certains juges l'estimaient parfois⁽⁵⁵⁾. À défaut, la clause de non-concurrence est nulle.

Cette condition s'apprécie, d'une part, par rapport à la nature et à l'activité de l'entreprise en cause et, d'autre part, par rapport à la nature de l'emploi, de la qualification et des fonctions exercées par le salarié. En effet, l'entreprise doit craindre un véritable danger si le salarié venait à être embauché par une entreprise concurrente.

Ainsi, s'est posée la question de la licéité des clauses de non-concurrence liant les sociétaires d'une association.

(53) Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 99-43334 à n° 99-43336.

(54) Cass. soc. 10 juil. 2002 (3 arrêts), n° 00-45135, Sté La Mondiale SA; n° 00-4538, SA Maine Agri; n° 99-43334, Sté MSAS cargo international.

(55) Cass. soc. 24 avril 2001, n° 99-40796, Sté Informatis.

En principe, les associations ne sont pas censées faire de bénéfices. Pourtant aucune disposition légale n'interdit aux associations d'avoir une activité économique et de faire des bénéfices dès lors que ces bénéfices ne sont pas répartis entre les sociétaires. Une telle activité d'une entreprise exerçant sous la forme associative peut donc être l'objet d'une concurrence⁽⁵⁶⁾.

De plus, l'administration avait indiqué que les clauses de non-concurrence ne devaient concerner que « des emplois de grande qualification, nécessitant une formation particulière et susceptibles d'entraîner une véritable concurrence »⁽⁵⁷⁾.

Il s'agit, par exemple, d'un électrocinicien itinérant, embauché par une société de manutention et de stockage de matériel industriel. Pendant quatorze ans, le salarié avait eu le temps d'acquiescer un savoir-faire spécifique que la société entendait protéger⁽⁵⁸⁾. Dans ce cas, la clause de non-concurrence a été jugée légale.

Il a également été admis qu'une clause de non-concurrence puisse figurer dans des contrats de formation tels que les contrats d'apprentissage⁽⁵⁹⁾. En effet, les juges ont considéré dans une affaire qu'une salariée en formation pouvait représenter un risque sérieux de concurrence pour son ancienne entreprise puisqu'elle avait bénéficié, durant sa période de formation, de conditions propres à l'aider à développer une activité concurrentielle après la cessation de son contrat⁽⁶⁰⁾.

Par ailleurs, une clause de non-concurrence se justifie généralement pour des postes en contact direct et suivi avec la clientèle que le salarié pourrait ultérieurement détourner.

(56) Cass. soc. 4 mars 1992, n° 88-41014, Institut de formation aux techniques d'implantation.

(57) Rép. Min. n° 9880: JOAN Q, 24 mars 1979, p. 1951.

(58) Cass. soc. 14 fév. 1995, n° 93-43898, Sté Puma.

(59) Rep. Min., JO-AN-QR 24 mars 1979, p. 1951, n° 9.880.

(60) Cass. soc. 25 mars 1998, n° 94-20780.

Par conséquent, sont considérées comme justifiant les protections des intérêts de l'entreprise et donc licites les clauses insérées dans le contrat :

— d'un garçon de café, pendant un an, lui interdisant d'entrer au service d'une entreprise concurrente exerçant la même activité café brasserie dans la même ville⁽⁶¹⁾;

— d'une coiffeuse, applicable dans un rayon de 30 km autour de la ville où elle exerçait, pendant deux ans⁽⁶²⁾;

— d'un directeur des ventes spécialisé dans l'industrie du laser dentaire pour l'Europe lui interdisant toute activité concurrentielle pendant un an⁽⁶³⁾;

— d'un VRP exerçant dans le commerce de gros de pièces détachées lui interdisant d'entrer dans une société concurrente pendant deux ans dans les départements des Bouches-du-Rhône et du Vaucluse⁽⁶⁴⁾.

Encore faut-il que la clientèle soit bien réelle. Par exemple, la clause de non-concurrence imposée à un représentant négociateur de l'immobilier apparaît excessive dans la mesure où il n'existe pas, à proprement parler, de clientèle attachée au cabinet dans lequel le salarié exerçait. De même, n'a pas été jugée valable la clause interdisant à une salariée d'une entreprise de travail temporaire de se faire embaucher par d'autres sociétés d'intérim alors que la salariée avait des fonctions limitées et n'était jamais en contact avec les clients employeurs⁽⁶⁵⁾.

Ainsi, les salariés occupant un emploi subalterne et n'ayant pas accès à des informations spécifiques ou à caractère confidentiel ne peuvent, en principe, pas être liés par des clauses de non-concurrence⁽⁶⁶⁾.

(61) Cass. soc. 1^{er} mars 1995, n° 3-42754, SARL d'Exploitation du Marbuse.

(62) Cass. soc. 2 déc. 1997, n° 95-43672.

(63) Cass. soc. 13 janv. 1998, n° 95-40732, Sté American Dental Laser.

(64) Cass. soc. 18 déc. 1997, n° 95-43409, Sté Doutaves N. Bernard.

(65) Cass. soc. 9 avril 2008, n° 07-41289, Sté Synergie.

(66) Cass. soc. 13 janv. 1999, n° 97-40023, SA Locadour.

À l'évidence, un laveur de vitres ne représente pas une grande menace pour l'entreprise qui l'emploie. Pourtant, pendant plusieurs années, des clauses de non-concurrence étaient systématiquement insérées dans le contrat de travail des laveurs de vitres. Les juges ont mis un terme à cette pratique en interdisant aux employeurs de se prévaloir d'une clause de non-concurrence si, en raison des fonctions du salarié (laveur de vitres), la clause insérée dans son contrat de travail n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise qui l'emploie⁽⁶⁷⁾.

Suivant le même raisonnement, les juges ont estimé excessive la clause interdisant à un salarié, magasinier employé par une société concessionnaire d'une marque automobile, de s'intéresser directement ou indirectement à tout commerce pouvant concurrencer les produits qu'elle vend. Dans cette affaire, le salarié était devenu magasinier suite à la rupture de son contrat. Or, la fonction de magasinier ne correspond pas à une fonction spécialisée de l'entreprise et n'exige pas que le salarié soit en contact avec la clientèle. L'activité de l'ancien employeur étant la vente, la réparation et l'entretien de véhicules. Ce n'est donc que de façon indirecte et accessoire que le salarié concurrençait son employeur en vendant des pièces détachées⁽⁶⁸⁾.

Récemment, il a été jugé que l'intégration dans un même réseau de distribution ne suffit pas en elle-même à exclure l'existence d'un état de concurrence entre les entreprises qui en font partie.

Ainsi, il appartient au juge de vérifier concrètement l'existence d'une situation de concurrence entre les deux magasins concernés pour déterminer si le salarié a violé la clause⁽⁶⁹⁾.

Par conséquent, les juges évaluent, dans chaque affaire, le risque que représente concrètement le salarié pour

l'entreprise. Si le salarié ne constitue pas une réelle menace, la clause de non-concurrence doit être annulée car elle n'est pas indispensable pour l'entreprise.

B – Limitation dans le temps

Il n'existe pas de minimum ou de maximum en matière de limitation dans le temps. Toutefois, une clause de non-concurrence ne peut pas lier éternellement le salarié. De plus, si une disposition conventionnelle prévoit une durée maximum, la clause de non-concurrence doit respecter cette durée.

Les juges possèdent une grande latitude pour apprécier la régularité des clauses. Pour se faire, ils apprécient globalement la validité d'une clause de non-concurrence au regard de son étendue dans le temps et dans l'espace. Ils peuvent ainsi estimer qu'en raison de son étendue géographique, une clause est excessive dans le temps et ramener la durée de cinq ans à deux ans⁽⁷⁰⁾.

De même, les juges ont considéré comme valable une clause limitée à un an, sur la France et dans les autres pays de la communauté européenne, pour le directeur d'une société commercialisant des produits de beauté⁽⁷¹⁾.

Par le passé (1964), et dans un contexte économique différent, les juges ont approuvé une clause de non-concurrence s'étendant sur dix années à tout le territoire français. Cette durée n'avait 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⁽⁷²⁾.

Plus récemment, les juges ont admis qu'une clause de non-concurrence interdisant, en cas de rupture du contrat de travail, pendant trois ans et sur tout le territoire français, d'entrer au service d'une entreprise concurrente, est valide

dès lors qu'elle a été librement acceptée par le salarié qui, eu égard à sa formation et à son expérience professionnelle, n'était pas dans l'impossibilité d'exercer sa profession⁽⁷³⁾.

Cependant a été jugée illicite une clause interdisant toute activité de vente directe ou indirecte de produits financiers sur le territoire national pendant 2 ans, obligeant le salarié à s'expatrier et lui faisant ainsi perdre le bénéfice d'une expérience professionnelle de plusieurs années⁽⁷⁴⁾.

De même, la clause de non-concurrence figurant dans le contrat de travail d'un directeur des études et du développement lui interdisant d'exercer, sous quelque forme que ce soit, une activité concurrente à celle de l'entreprise pendant une durée de 36 mois, à compter de la cessation d'activité est excessive dans sa durée et a été réduite à 12 mois⁽⁷⁵⁾.

En pratique, la durée de 2 ans est souvent retenue en référence à de nombreuses conventions collectives.

Les juges peuvent également apprécier la durée de l'interdiction en fonction de la qualification et des connaissances professionnelles. La clause de non-concurrence peut être plus courte pour des salariés moins qualifiés, ou plus longue si les connaissances professionnelles du salarié lui permettent de retrouver sans difficulté un emploi dans une autre branche.

C – Limitation dans l'espace

Pour être valable, une clause de non-concurrence doit, en principe, être limitée de façon précise dans l'espace. Par exemple, la clause de non-concurrence d'une directrice de magasin lui interdisant d'exercer pendant trois 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

(67) Cass. soc. 14 mai 1992, n° 89-45300, Ets Marietta.

(68) Cass. soc. 19 nov. 1996, n° 94-19404, Sté Auto Service 34.

(69) Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10712, Sté Flandredis.

(70) Cass. soc. 30 oct. 1991, n° 87-44600, Sté Jupiter GSF.

(71) Cass. soc. 16 déc. 1998, n° 96-42849, Sté Hélène Rubinstein.

(72) Cass. soc. 3 janv. 1964, Ets Laplaud, bull p 3, n° 5.

(73) Cass. soc. 16 avril 1992, n° 91-40638, SA Le Silencieux.

(74) Cass. soc. 30 oct. 1997, n° 95-43721, Sté Uffrance Patrimoine.

(75) Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45280, Sté La Pac.

réellement le secteur protégé⁽⁷⁶⁾.

La zone d'interdiction ne doit donc pas être précisée au moment où l'employeur découvre que son ancien salarié est parti travailler dans une entreprise concurrente⁽⁷⁷⁾. En effet, le salarié doit connaître à l'avance le périmètre de l'interdiction.

Il n'existe pas de critères précis permettant de définir le périmètre d'interdiction. La clause doit simplement être restreinte en fonction du rayon d'action de l'entreprise ou du salarié lorsqu'il travaillait chez son employeur.

Ainsi, la zone d'interdiction peut être de dimension très variable :

— limitation au Maine-et-Loire et aux départements limitrophes pendant trois ans⁽⁷⁸⁾ ;

— limitation à l'ensemble du territoire métropolitain dès lors que le salarié conserve la possibilité d'exercer des activités correspondant à sa formation et à son expérience professionnelle, l'activité de la société étant limitée tant dans son objet que dans son secteur géographique⁽⁷⁹⁾ ;

— limitation à la France entière pour une durée de deux ans, dès lors que, compte tenu de « ses capacités, de la diversité et de la générosité de ses diplômés », la clause de non-concurrence n'interdisait pas à un directeur commercial d'exercer une activité professionnelle. En s'engageant malgré tout en tant que directeur commercial au service d'une société visant la même clientèle et susceptible de concurrencer son ancien employeur, le salarié a violé la clause de non-concurrence⁽⁸⁰⁾ ;

— limitation à une zone de dix kilomètres entourant le lieu de travail pendant cinq ans pour des salariées infirmières⁽⁸¹⁾ ;

(76) Cass. soc. 22 fév. 2000, n° 97-45868, SA Douglas Parfumerie France.

(77) Appel Paris, 18^e ch., 9 déc. 1994, Sté Cema informatique /M^{me} Foissier.

(78) Cass. soc. 3 juil. 1985, n° 2967 SARL Surveillance de l'Ouest.

(79) Cass. soc. 2 avril 1992, n° 88-42096, SA Insmatel.

(80) Cass. soc. 22 mai 1991, n° 89-45462, Reveillard /Camexim Cominser.

(81) Cass. soc. 8 juil. 1992, n° 91-41808, Association d'aide à domicile en milieu rural.

— limitation à la France entière et aux six pays du marché commun à condition que les limitations quant à la durée et à la nature de l'activité laissent au salarié la possibilité de retrouver un emploi. Un directeur technique peut ainsi être valablement tenu à une interdiction d'une durée de deux ans puisqu'elle ne l'empêchait pas de retrouver du travail, par exemple dans un magasin à grande surface⁽⁸²⁾.

En revanche, une clause qui, par sa généralité et l'étendue du secteur géographique interdit au salarié d'exercer son activité professionnelle, n'est pas valable. Par exemple, il en est ainsi de la clause figurant dans le contrat de travail d'un ingénieur commercial lorsqu'elle est applicable sur l'ensemble du territoire national⁽⁸³⁾.

De même, un employeur ne peut interdire à un salarié de travailler pendant un an sur tout le territoire français dans la vente d'articles concurrents à ceux qu'il commercialise⁽⁸⁴⁾.

Est également illicite une clause visant l'intégralité du territoire de la ville de Paris et qui était imposée à un médecin employé par un centre médical à Paris. En effet, compte tenu de l'étendue de cette ville, le champ d'application de la clause dépassait les limites des arrondissements limitrophes de celui où était situé le centre médical⁽⁸⁵⁾.

Par ailleurs, si le secteur géographique visé par une clause de non-concurrence a un champ d'application plus étendu que celui prescrit par la convention collective applicable, cette clause n'est pas nulle, mais elle est valable seulement pour le secteur géographique tel qu'il est délimité par la convention collective⁽⁸⁶⁾.

(82) Cass. soc. 28 avril 1976, n° 74-13809, SA Quelle.

(83) Cass. soc. 27 fév. 1996, n° 92-43469, Sté Siemens.

(84) Cass. soc. 7 juil. 2004, n° 02-43606, Sté Toul'embal; Cass. soc., 18 sept. 2002, n° 99-46136, Sté Go sport.

(85) Appel Paris 18^e ch E, 21 novembre 1991.

(86) Cass. soc. 22 oct. 2008, n° 07-42035, Sté Abrival.

D – Respect des spécificités de l'emploi du salarié

Toutes les clauses limitées dans le temps et dans l'espace ne sont pas pour autant justifiées. Elles doivent aussi tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié⁽⁸⁷⁾. En effet, la clause doit être restreinte à un secteur d'activité déterminé afin que le salarié conserve la possibilité d'exercer des activités correspondant à sa formation, ses connaissances et à son expérience professionnelle⁽⁸⁸⁾. Cette condition s'apprécie par rapport à l'activité réelle de l'entreprise et non en fonction de l'objet social défini dans les statuts ou par les indications fournies par l'extrait K bis⁽⁸⁹⁾. À défaut, la clause est considérée comme nulle.

Toutefois, la simple entrave au travail du salarié n'entraîne pas la nullité de la clause. Le salarié doit véritablement être placé dans l'impossibilité de retrouver du travail⁽⁹⁰⁾.

Dans ce but, les juges veillent à ce que l'étendue dans le temps et l'espace n'aboutisse pas à interdire tout travail au salarié. Par exemple, une clause n'est pas valable lorsqu'elle interdit à un vendeur de s'intéresser, pendant deux ans, en France, à toute entreprise ayant une activité similaire. En effet, le vendeur avait été engagé en raison de ses connaissances en électronique qu'il avait progressivement perdues à force de ne faire que de la vente. Il ne pouvait donc se reconvertir au moyen de sa formation initiale⁽⁹¹⁾.

Il en est de même :

— d'une clause d'une durée de deux ans et englobant l'ensemble du territoire français, dès lors que le salarié s'étant spécialisé depuis dix ans dans les mé-

(87) Cass. soc. 10 juil. 2002 (3 arrêts), Salembier /Sté La Mondiale SA, n° 00-45135, Barbier /SA Maine Agri, n° 00-45387; Moline et autres /Sté MSAS cargo international, n° 99-43334.

(88) Cass. soc. 4 déc. 1990, n° 89-12834, Sté Kristal et autres; Cass. soc. 7 juin 1995, n° 93-46776, SARL des chaussures Teddy.

(89) Cass. soc. 5 déc. 2001, n° 99-44407, société Créal aluminium.

(90) Cass. soc. 2 déc. 1997, n° 95-43672.

(91) Cass. soc. 27 nov. 2002, n° 00-45369, Sté Darty Rhône-Alpes.

➔ Régime social de la contrepartie financière

L'indemnité est considérée comme un élément du salaire. À ce titre :

- elle est soumise aux cotisations de sécurité sociale patronales et salariales, à la CSG, la CRDS et l'impôt sur le revenu ;
- elle ouvre droit à congés payés et entre donc dans l'assiette de calcul de l'indemnité de congés payés⁽¹⁾.

(1) Cass. soc. 17 mai 2006, n° 04-47597, Sté L'Oréal.

(2) Cass. soc. 20 juin 2006, n° 04-48523, Sté Pixtech.

thodes de contrôle 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 employeur, même, indirectement, c'est-à-dire même en dehors de la spécialité qu'il avait acquise⁽⁹²⁾ ;

— d'une clause ayant pour effet d'enlever irrémédiablement la liberté du travail d'un salarié, celle-ci lui interdisant d'apporter sa collaboration à toute entreprise française ou étrangère de rechapage, d'entreprendre pour son compte personnel ou par représentation ou association ou franchisage des activités susceptibles de concurrencer ses employeurs, alors que la spécialisation du salarié résidait essentiellement dans le rechapage de pneus, qu'il n'avait aucune autre qualification et que l'empêcher de travailler dans cette spécialité revenait, de fait, à le priver de travailler pendant deux ans consécutifs sur tout le territoire français dans la branche pour laquelle il avait été formé et qui lui avait permis d'acquérir la qualité de cadre ; la légitime protection des intérêts d'une entreprise ne pouvait avoir pour corollaire de contraindre un salarié à accepter un poste déqualifié, l'obligeant de surcroît à un autre emploi qui s'avérerait au demeurant des plus aléatoires⁽⁹³⁾ ;

(92) Cass. com. 15 nov. 1988, n° 87-11032, SA Fabenrev.

(93) Appel Paris, 18^e ch C, 8 juil. 1992, SNC Pneu Laurent /Marrouche.

L'AGS garantit le paiement de la créance due au titre de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence dès lors qu'elle résulte de la rupture du contrat de travail intervenue pendant le maintien provisoire de l'activité autorisé par le jugement de liquidation judiciaire de l'employeur, peu important que toutes les échéances ne soient pas exigibles⁽²⁾.

— d'une clause d'une durée de deux ans sans limitation dans l'espace, concernant un directeur commercial spécialisé dans l'exploitation de véhicules aménagés dits « antennes mobiles », qui lui interdit d'exercer sur le territoire français cette activité et même d'exercer toute activité d'achat, vente, location de véhicules ou structures mobiles ; cette interdiction revenait à contraindre l'intéressé à une reconversion dans un autre secteur ou à un chômage forcé pendant une longue période et était, à ce titre, contraire à la liberté du commerce et de l'industrie⁽⁹⁴⁾ ;

— d'une clause visant le territoire national pour une durée de deux ans qui, s'agissant d'un secteur professionnel très particulier, à savoir le commerce des vieux papiers pour la papeterie, aboutit à obliger le salarié à s'expatrier pour tirer de sa spécialité des moyens d'existence⁽⁹⁵⁾ ;

— d'une clause interdisant au salarié, engagé à la sortie d'une grande école, d'exercer toute activité similaire à celle exercée dans la société pendant trois ans en France et dans les pays limitrophes⁽⁹⁶⁾ ;

— d'une clause interdisant à un salarié, pour une durée de cinq ans, de s'intéresser à une maison de vins fins et spiritueux ou à une maison productrice de vins en France ou à l'étranger, cette clause ne comportant aucune limitation

(94) Appel Paris, 15^e ch B, 6 mars 1992, SARL Transtar /Relave.

(95) Cass. soc. 28 mai 1976, n° 75-40472, SA Cellulose de récupération.

(96) Cass. soc. 31 mars 1981, Sté Sova, bull p 210, n° 283.

dans l'espace et le salarié ayant acquis toute son expérience professionnelle dans ce domaine⁽⁹⁷⁾ ;

— d'une clause interdisant pendant quatre ans à une ancienne salariée d'exercer tout travail dans sa branche du commerce de fleurs artificielles sur tout le territoire national, ce qui avait obligé l'intéressée à s'expatrier en Suisse⁽⁹⁸⁾.

La clause de non-concurrence ne doit pas mettre le salarié dans l'impossibilité absolue d'exercer normalement une activité professionnelle conforme à sa formation et à son expérience professionnelle.

E – Contrepartie financière

Depuis juillet 2002, les clauses de non-concurrence ont pour corollaire le versement d'une contrepartie pécuniaire⁽⁹⁹⁾. Cette indemnité est due à l'ancien salarié dès lors qu'il respecte son obligation de ne pas concurrencer son ex-employeur.

a) Montant de la contrepartie

Aucune disposition légale ne fixe le montant de la contrepartie financière versée au salarié. La base de calcul de l'indemnité est librement fixée par les parties. Mais à défaut de précision dans la clause de non-concurrence, c'est le salaire brut qui sert de base de calcul⁽¹⁰⁰⁾. Le mode de calcul de la contrepartie financière inscrit dans la convention collective s'applique à l'employeur. Il peut être par exemple prévu que la contrepartie soit calculée sur la base de la moyenne des salaires, des avantages et gratifications contractuelles dont le salarié a bénéficié au cours de ses douze

(97) Cass. soc. 27 juin 1984, n° 81-42932, Sté Henri Maire.

(98) Cass. soc. 2 avril 1984, n° 1009, SA Petitjean.

(99) Cass. soc. 10 juil. 2002, Salembier /Sté La Mondiale SA, n° 00-45135, Dr. soc. 2002, n° 11, p. 949, note R. Vatinet ; RPDS 2002, n° 691, p. 350, comm.

M. Carles ; Cass. soc. 10 juil. 2002, Barbier /SA Maine Agri, n° 00-45387 ; Cass. soc. 10 juil. 2002, n° 99-43334, Moline et autres /Sté MSAS cargo international.

(100) Cass. soc. 13 jan. 1998, n° 95-41467, Sté Combettes cuisines.

derniers mois de présence, non compris les congés payés qu'il a reçus sur la même période⁽¹⁰¹⁾

L'employeur doit fixer le montant de la contrepartie à un niveau au moins égal à celui prévu par la convention collective applicable. Cependant, une clause de non-concurrence dont le montant de l'indemnité serait inférieur à celui établi dans l'accord collectif, ne serait pas nulle car les dispositions conventionnelles plus favorables s'appliquent automatiquement⁽¹⁰²⁾. Dans un tel cas, le salarié reste tenu de son obligation de non-concurrence et sera en droit d'obtenir le paiement de la contrepartie conventionnelle.

L'indemnité ne doit être ni excessive ni dérisoire. Elle doit être réelle⁽¹⁰³⁾. En pratique, le montant dépend de la durée d'interdiction, de la période de versement de l'indemnité et du motif de la rupture du contrat de travail. Par exemple, les juges ont considéré comme dérisoire le cas d'une indemnité équivalent à 10% de la rémunération⁽¹⁰⁴⁾.

Contrairement à la clause de dédit formation, le montant de la contrepartie financière ne peut pas être réduit par les juges s'ils l'estiment excessif⁽¹⁰⁵⁾. Les juges peuvent uniquement déclarer la clause nulle. Ainsi, si une clause de non-concurrence assortie d'une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie financière rendant la clause nulle, le juge ne peut substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties. Ainsi, après avoir décidé de l'annulation de la clause, il ne peut accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée⁽¹⁰⁶⁾.

Par ailleurs, bien que l'indemnité compensatrice de non-concurrence pos-

sède la nature de salaire, elle ne représente pas la contrepartie d'un travail. L'indemnité correspond à la contrainte acceptée par le salarié de ne pas concurrencer son ancien employeur. Le salarié est donc fondé à recevoir la contrepartie pécuniaire même s'il perçoit une indemnité de clientèle des VRP, des prestations de retraite ou une indemnité de préavis⁽¹⁰⁷⁾.

Le montant de l'indemnité de non-concurrence ne peut pas varier selon la nature de la rupture de contrat. Dans un tel cas, la clause n'est pas entachée de nullité mais la mention de minoration de l'indemnité est réputée non écrite. Le salarié peut ainsi prétendre au versement de l'indemnité de non-concurrence dans sa totalité⁽¹⁰⁸⁾. Il est donc interdit de minorer l'indemnité de non-concurrence pour faute ou en cas de démission. Dans une récente affaire, une clause de non-concurrence prévoyait une contrepartie financière mensuelle égale à un tiers de son salaire brut mensuel pendant la durée de l'interdiction en cas de licenciement, sauf faute grave ou lourde, ou en cas de force majeure, et à un sixième de ladite rémunération en cas de démission. Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, une telle clause de non-concurrence n'est pas nulle. Elle doit

être réputée non écrite, en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de démission. Elle s'applique donc, de sorte que l'employeur doit verser un tiers du salaire brut mensuel pendant la durée de l'interdiction⁽¹⁰⁹⁾.

La Cour de cassation a également considéré que, dès lors que la clause de non-concurrence minore la contrepartie financière en cas de rupture imputable au salarié, elle est réputée non écrite, de sorte que le salarié n'est pas tenu par une obligation de non-concurrence et peut dès lors conclure un contrat de travail avec une société concurrente⁽¹¹⁰⁾.

b) Versement de la contrepartie

Les modalités de versement de la contrepartie financière sont librement déterminées par les parties. La contrepartie pécuniaire peut être entièrement versée à la rupture du contrat ou mensuellement pendant toute la durée de la clause. Le versement de la contrepartie financière ne peut intervenir avant la rupture du contrat. Si l'indemnité de non-concurrence est incluse dans la rémunération du salarié, même individualisée clairement dans le contrat de travail ou le bulletin de paie, la clause est nulle⁽¹¹¹⁾.

(109) Cass. soc. 20 fév. 2013, n° 11-17941.

(110) Cass. soc. 3 mai 2012, n° 10-26701, Sté Imprimerie du Moulin à vent.

(111) Cass. soc. 17 nov. 2010, n° 09-42389, Sté Avenance Elior.

(107) Cass. soc. 15 juil. 1998, n° 96-40866, n° 96-41006, Sté Lee Cooper.

(108) Cass. soc. 8 avril 2010, n° 08-43056, Sté Samse.

→ Non-paiement de la contrepartie financière par l'employeur

Si l'employeur ne paie pas la contrepartie financière prévue, ce manquement a pour conséquence de libérer l'ancien salarié de son obligation de non-concurrence. En effet, l'employeur, qui n'a rien versé au titre de la clause de non-concurrence ne peut pas, à la fois, ne pas payer le montant de l'indemnité de non-concurrence et prétendre exiger le respect de la clause par le salarié⁽¹⁾. 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 à la fin du contrat de travail, constitue une inexécution flagrante de la clause contractuelle et caractérise un trouble manifestement illicite auquel il appartient au juge des référés de mettre fin⁽²⁾.

(1) Cass. soc. 26 nov. 1991, n° 88-41499, Sté Granitière de l'Ouest; Cass. soc. 12 mars 1997, n° 94-43326, Sté Merand.

(2) Cass. soc. 22 fév 2000, n° 98-43005, Sarl ORA.

(101) Cass. soc. 5 mai 2009, n° 07-44492, Sté Koni.

(102) Cass. soc. 15 déc. 2009, n° 08-44847, Sté Alma Consulting Group.

(103) Cass. soc. 13 janv. 1998, n° 95-41480, Sté SES.

(104) Cass. soc. 15 nov 2006, n° 04-46721, Sté Comasud.

(105) Cass. soc. 4 juil. 1983, n° 80-41906, Sté Rex-Rotary.

(106) Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10760, Sté TSAF.

Toutefois, si l'indemnité est versée pour partie avant la rupture du contrat de travail et pour partie après, la Cour de Cassation estime que seule l'indemnité de non-concurrence versée après la rupture du contrat de travail doit être retenue pour apprécier si le montant de l'indemnité n'est pas dérisoire. Les sommes versées pendant l'exécution du contrat de travail sont neutralisées⁽¹¹²⁾.

La clause de non-concurrence peut prévoir que le versement de la contrepartie financière interviendra progressivement. Récemment, la Cour de cassation a jugé valable la clause qui prévoyait un versement mensuel et progressif de la manière suivante: 10% de la moyenne du salaire mensuel perçu par le salarié sur les douze derniers mois de son activité pendant les six premiers mois d'exécution de la clause, puis 20% pendant la première année, 30% jusqu'à un an et demi et, enfin, 40% jusqu'à deux ans. Avec ce mode de calcul, l'essentiel de la contrepartie financière était versé au salarié au terme de l'obligation de non-concurrence, et équivalait à un quart de la rémunération précédemment perçue⁽¹¹³⁾.

Sauf clause contractuelle contraire, la contrepartie financière à la clause de non-concurrence est due en cas de rupture du contrat de travail pendant la période d'essai⁽¹¹⁴⁾.

La possibilité pour le salarié de reprendre ou non une activité concurrentielle ne peut influencer sur le mécanisme de la clause⁽¹¹⁵⁾. En effet, la question de la validité d'une clause de non-concurrence s'est posée en cas d'inaptitude, de chômage, de préretraite ou de retraite. Certains employeurs ont soutenu qu'une clause de non-concurrence ne pouvait pas se justifier lorsque le salarié n'exerçait plus son activité professionnelle. Ainsi, des employeurs ont estimé que

le versement d'une indemnité destinée à protéger l'entreprise contre des agissements concurrentiels n'a pas de sens ni de cause lorsqu'il est effectué au profit d'un salarié devenu inapte à son travail ou mis à la retraite. Toutefois, la Cour de cassation considère qu'à partir du moment où le salarié a bien respecté sa clause de non-concurrence dont la société ne l'a pas délié, il a bien droit à l'indemnité compensatrice⁽¹¹⁶⁾. De même, l'ancien salarié a droit à l'indemnité compensatrice de non-concurrence même s'il perçoit des allocations de chômage qui n'ont ni le même fondement, ni le même objet que l'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence⁽¹¹⁷⁾.

Enfin, les salariés mis en préretraite du Fonds national de l'emploi (FNE), sont fondés à prétendre au cumul de l'allocation spéciale de préretraite FNE et de l'indemnité compensatrice de clause de non-concurrence. En effet, le versement des allocations de préretraite peut être interrompu à tout moment par une reprise d'activité du salarié⁽¹¹⁸⁾.

De même, pour se dégager de leur obligation de verser une indemnité compensatrice de non-concurrence à un retraité, des employeurs ont soutenu que l'intéressé ayant mis fin à son activité professionnelle ne représente plus un risque de concurrence. Les juges ont répondu que le départ à la retraite du salarié ne prive pas d'objet la clause de non-concurrence. En conséquence, l'acceptation par le salarié du plan social élaboré par la société ne pouvait valoir renonciation à la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence⁽¹¹⁹⁾.

Par ailleurs, l'employeur ne peut pas subordonner le versement de l'indemnité de non-concurrence à la production, par le salarié, d'un document établissant qu'il respecte la clause de non-concurrence.

c) Validité des clauses dépourvues de contreparties

Depuis les arrêts de juillet 2002⁽¹²⁰⁾, les clauses de non-concurrence qui ne prévoient pas de contrepartie financière sont nulles et de nul effet. Il importe peu que la clause ait été conclue avant ou après le revirement de jurisprudence du 10 juillet 2002, les employeurs ne pouvant se prévaloir d'une jurisprudence antérieure⁽¹²¹⁾. Les salariés concernés sont donc libérés de leur obligation de non-concurrence. Toutefois, l'entreprise peut souhaiter maintenir l'obligation de non-concurrence du salarié.

Si la convention collective prévoyait une contrepartie pécuniaire et si le contrat de travail du salarié y fait référence, l'employeur peut maintenir l'interdiction. En effet, face à un VRP qui considérait que la clause de non-concurrence ne s'appliquait pas à son contrat de travail, la Cour de cassation a répondu que cette contrepartie était néanmoins prévue par l'article 17 de la convention collective nationale des VRP du 3 octobre 1975 et que le contrat de travail du salarié renvoyait à ladite convention. Dès lors, la contrepartie financière d'origine conventionnelle s'appliquait de plein droit⁽¹²²⁾.

Si aucune contrepartie n'est prévue par la convention collective ou si le contrat de travail du salarié n'y fait pas référence, l'employeur devra négocier individuellement avec chaque salarié. En effet, l'employeur ne peut pas fixer de manière unilatérale le montant de la contrepartie en ajoutant de sa seule initiative un avenant au contrat de travail. Cet ajout constitue une modification du contrat de travail du salarié qui nécessite son accord⁽¹²³⁾.

(120) Cass. soc. 10 juil. 2002 (3 arrêts), *Salembier /Sté La Mondiale SA*, n° 00-45135, *Barbier /SA Maine Agri*, n° 00-45387; *Moline et autres /Sté MSAS cargo international*, n° 99-43334.

(121) Cass. soc. 25 fév. 2004, n° 02-41306, *Sté Samse et a.*

(122) Cass. soc. 10 mars 2004, n° 02-40108, *Sté JP Girardeau*.

(123) Rép. Min. n° 16810, *JOANQ*, 16 mars 2004, p. 2016.

(112) Cass. soc. 22 juin 2011, n° 09-71567, *Sté Isor*.

(113) Cass. soc. 13 fév. 2013, n° 11-22603, *Sté Reso Lpi*.

(114) Cass. soc. 24 mars 2010, n° 9-40748, *Sté MTB*.

(115) Cass. soc. 10 oct. 2001, n° 99-42404, *Sté Perron Tortay*.

(116) Cass. soc. 13 nov. 1990, n° 87-42893, *Sté Fenwick-Linde*.

(117) Cass. soc. 27 fév. 1991, n° 89-40499, *Sté Ricard*.

(118) Cass. soc. 23 fév. 1994, n° 90-45243, *Sté Rhône-Poulenc*.

(119) Cass. soc. 7 juil. 1993, n° 89-45493, *Sté Michelin*.

3 Pouvoir du juge

Parfois, l'employeur ou le salarié ne respectent pas leurs obligations. Il arrive, par exemple, que l'employeur refuse de payer la contrepartie pécuniaire ou que le salarié viole la clause de non-concurrence. C'est le conseil des prud'hommes qui doit être saisi, soit par le salarié, qui veut faire annuler la clause de non-concurrence, soit par l'employeur, qui souhaite faire sanctionner la violation de non-concurrence par le salarié. Le juge peut restreindre l'application d'une clause de non-concurrence qu'il estime trop excessive dans le temps ou dans l'espace au regard de l'activité du salarié. Cependant, en l'absence de contrepartie financière ou si celle-ci est dérisoire, seul la nullité peut être invoquée. Toutefois, 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.

A – Annulation de la clause de non-concurrence par le juge

Une clause de non-concurrence est nulle lorsqu'elle n'est pas indispensable à la protection des intérêts de l'entreprise ou lorsqu'elle empêche le salarié d'exercer son activité professionnelle conformément à sa formation et son activité professionnelle. Seul le salarié est habilité à demander l'annulation de la clause en justice. L'employeur ne peut pas invoquer la nullité d'une clause de non-concurrence, notamment pour éviter les conséquences pécuniaires de celle-ci, soit le paiement de l'indemnité compensatrice prévue par le contrat ou la convention collective⁽¹²⁴⁾. De même, 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⁽¹²⁵⁾.

(124) Cass. soc. 24 février 1982, n° 80-40283, SA Poclair.

(125) Cass. soc. 25 janv. 2006, n° 04-43646, Sté Hygeco.

Si les juges constatent qu'une clause ne répond pas aux conditions cumulatives précédemment citées, ils peuvent la déclarer illicite et donc l'annuler. Lorsqu'un contentieux est ouvert, les juges effectuent un contrôle de proportionnalité au regard des droits du salarié. Lorsqu'une clause est annulée, celle-ci est déclarée comme n'ayant jamais existé. Le salarié est alors délié de son obligation de non-concurrence. Il perd également son droit à la contrepartie financière, mais l'employeur ne peut pas réclamer au salarié le remboursement de la contrepartie déjà versée jusqu'au moment de l'annulation. Toutefois, il est nécessaire que le salarié ait respecté la clause de non-concurrence durant toute la période précédant la décision d'annulation pour prétendre au versement de la contrepartie financière⁽¹²⁶⁾.

En plus de l'action en nullité, le salarié peut effectuer une demande de dommages-intérêts. Il n'a pas à en prouver l'existence pour obtenir réparation⁽¹²⁷⁾. Le montant des dommages-intérêts est souverainement évalué par les juges de fond. Le salarié qui a respecté une clause de non-concurrence illicite a droit à des dommages-intérêts pour la période pendant laquelle il a respecté la clause⁽¹²⁸⁾. La stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié et, peut importe que le salarié ait ou non respecté la clause de non-concurrence, la seule présence de cette clause dans son contrat de travail implique son dédommagement par son employeur⁽¹²⁹⁾.

(126) Cass. soc. 28 octobre 1997, n° 94-43792, Sté General Electric.

(127) Cass. soc. 11 janvier 2006, n° 03-46933, Sté Prisme.

(128) Cass. soc. 15 mars 2006, n° 03-45031, Sté Ahi Europe.

(129) Cass. soc. 12 janvier 2011, n° 08-45280, Sté Group 4 Securicor.

B – Modification de la clause par le juge

Le juge possède le pouvoir de restreindre l'application d'une clause de non-concurrence en limitant l'effet dans le temps ou dans l'espace lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle. Le juge peut en effet la déclarer valable tout en modifiant les conditions d'application afin d'en limiter les effets.

Dans une affaire jugée le 18 septembre 2002, un salarié chargé de mission avait été engagé par une société d'assurance-vie et il était lié par une clause lui interdisant, pendant deux années à compter de la cessation de ses fonctions, dans le département de la Vendée et dans les départements limitrophes, de représenter les sociétés d'assurance-vie de capitalisation ou d'épargne, de présenter au public, directement ou indirectement, des opérations d'assurance, de capitalisation ou d'épargne et de collaborer avec des courtiers ou agents généraux d'assurance. Cependant, cette clause constituait, en raison de la spécificité de l'activité professionnelle du salarié, une entrave à sa liberté de travailler. Son champ d'application pouvait donc être réduit par les juges à l'interdiction faite au salarié de démarcher les clients de son ancienne société⁽¹³⁰⁾.

De même, la Cour de cassation a admis la possibilité de réduire l'étendue géographique d'une clause de non-concurrence qui s'appliquait initialement à la France entière, à 26 départements⁽¹³¹⁾.

Toutefois, la clause qui semble excessive et qui devrait être réduite par les juges demeure valable. Il en résulte que le salarié reste au moins tenu d'observer l'interdiction dans un plus petit périmètre.

Par exemple, des juges avaient ap-

(130) Cass. soc. 18 sept. 2002, n° 00-42904, Sté Gan-Vie.

(131) Cass. soc. 25 mars 1998, n° 95-41543, Nordson France.

prouvé la validité d'une clause d'une durée de deux ans sur la France entière, tout en admettant que l'étendue dans l'espace de la clause était excessive et devait par la suite être réduite. Toutefois, le salarié s'était fait réengager aussitôt dans une entreprise concurrente, dans la même ville où il avait exercé ses précédentes activités⁽¹³²⁾. Dans la mesure où la clause était valable, le salarié

(132) *Cass. soc. 1^{er} déc. 1982, n° 80-41357, SA Transports de l'Ouest européen.*

n'aurait pas dû, au moins dans ce secteur, reprendre un emploi concurrent. La Cour de cassation a donc considéré que le salarié avait violé l'obligation de non-concurrence.

Ce pouvoir modérateur ne joue pas à l'égard de la contrepartie financière. L'indemnité compensatrice de non-concurrence est la contrepartie d'une obligation. Elle n'a donc pas le caractère d'une peine au sens de l'article 1152 du Code civil et ne peut donc ni être réduite ni être augmentée par les juges. Récem-

ment, la Cour de cassation est venue rappeler qu'une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie rendant la clause nulle que le juge ne peut pas changer pour sauver la clause⁽¹³³⁾.

Dans un arrêt du 12 octobre 2011⁽¹³⁴⁾, la formule «la cour d'appel [...] ne pouvait réduire le champ d'application de la clause de non-concurrence dès lors que seule sa nullité était invoquée par le salarié» peut laisser penser à la fin du pouvoir de réfaction du juge en la matière. En effet, dès lors que le salarié demande la nullité d'une clause de non-concurrence jugée abusive dans le temps et/ou l'espace, les juges ne peuvent en réduire le champ d'application et seule la nullité, ou non, de la clause peut être prononcée. Ainsi, si cette doctrine est reprise par la jurisprudence ultérieurement, elle pourrait marquer la fin des «validations-sanctions» des clauses de non-concurrence.

Lorsque la clause de non-concurrence ne respecte pas les termes de la convention collective, le juge peut imposer le respect de ces règles aux parties. La clause n'est pas annulée mais elle est mise en conformité avec la convention collective, elle ne sera valable que dans les limites fixées par la convention collective⁽¹³⁵⁾.

(133) *Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10760, Sté TSAF.*

(134) *Cass. soc. 12 oct. 2011, n° 09-43155, Dr. ouvrier janvier 2012, n° 762.*

(135) *Cass. soc. 22 octobre 2008, n° 07-42035, Sté Abrival.*

→ Le référé et la clause de non-concurrence

Le référé prud'homal est une procédure d'urgence permettant de réduire de manière significative le délai de la procédure. Cette dernière étant dispensée de la phase de conciliation. Le juge a un mois pour statuer au lieu des six à huit mois environ lors de la procédure ordinaire. Cette procédure rapide est possible⁽¹⁾ :

— dans tous les cas d'urgence: elle ordonne toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend.

— même en présence d'une contestation sérieuse, elle peut prescrire les mesures conservatoires (conservation de preuves, d'objets litigieux, maintien en l'état, désignation de conseillers rapporteurs...) ou de remise en l'état qui s'imposent (réintégration d'un salarié dans l'entreprise ou à son poste initial) pour

prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite ?

— lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, elle peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation.

Il s'avère qu'en matière de clause de non-concurrence, le salarié a tout intérêt à solliciter cette procédure rapide si la clause de non-concurrence n'est assortie d'aucune contrepartie pécuniaire. En effet, une telle clause est inopposable au salarié, c'est pourquoi la volonté de l'employeur de la faire exécuter constitue un trouble manifestement illicite⁽²⁾.

De même, dès lors que l'employeur refuse de verser la contrepartie financière pourtant prévue au contrat de travail, il est opportun pour le salarié de saisir le juge des référés⁽³⁾.

(1) *Art. R. 1455-5 et R. 1455-6 du Code du travail.*

(2) *Cass. soc. 25 mai 2005, n° 04-45794, Sté Piejac-Maingret.*

(3) *Cass. soc. 11 oct. 2006, n° 05-43909, Sté SPTD.*

4 Violation de l'obligation de non-concurrence par le salarié

En vertu de la clause, le salarié ne doit pas se livrer à des actes de concurrence à l'égard de son employeur. Le salarié ne peut donc pas accepter un emploi similaire dans une entreprise concurrente, ni exercer le même emploi dans une entreprise créée par lui, le mot «emploi» ayant ici le sens général de fonction et n'impliquant pas nécessairement l'embauchage par

une tierce personne. Il incombe à l'ancien employeur de rapporter la preuve de la violation de cette clause par le salarié⁽¹³⁶⁾. Lorsqu'un salarié quitte son entreprise pour aller immédiatement travailler chez un concurrent, l'employeur est fondé à invoquer la

(136) *Cass. soc. 13 mai 2003, n° 01-41646, Sté Gel-Pêche.*

violation de la clause de non-concurrence même s'il n'a pas eu le temps de verser la contrepartie financière. Par exemple, un salarié était entré au service d'une entreprise concurrente dès la prise d'effet de sa démission, de sorte qu'il n'avait jamais pu prétendre au paiement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence. Il estimait que la clause n'était pas va-

lable dans ces conditions. La Cour de cassation considère que si l'employeur ne lève pas la clause, celle-ci prend effet immédiatement au jour de la rupture et non au jour où l'employeur verse la contrepartie financière⁽¹³⁷⁾. Il peut prouver la violation de la clause par tout moyen. Le salarié qui organise une future activité concurrentielle ne viole pas forcément sa clause de non-concurrence⁽¹³⁸⁾, de même le fait pour un salarié de solliciter un emploi similaire dans une société concurrente ne caractérise pas, à lui seul, une violation de la clause de non-concurrence⁽¹³⁹⁾.

A – Utilisation d'un potentiel personnel

En principe, les connaissances acquises chez le précédent employeur ne peuvent pas être opposées au salarié.

Par exemple, il ne peut être reproché à des salariés d'utiliser les connaissances acquises auprès de leur ancien employeur, en l'espèce un laboratoire de produits pharmaceutiques et parapharmaceutiques, et de les appliquer à mettre en œuvre un produit nouveau par rapport à ceux à l'étude chez cet ancien employeur; il n'y a pas, dans ce cas, d'acte fautif de détournement de savoir-faire⁽¹⁴⁰⁾.

L'acte de concurrence n'est pas non plus retenu lorsqu'une personne, propriétaire d'un local, loue ce local à une entreprise concurrente de son ancien employeur, même si elle est liée par une clause lui interdisant pendant deux ans de s'intéresser, sous quelque forme que ce soit, à un concurrent. En effet, en consentant cette location, cette personne n'avait pas eu d'autres rapports que ceux entretenus entre un locataire et un propriétaire. Cet acte n'était pas visé par la clause de non-concurrence⁽¹⁴¹⁾.

(137) Cass. soc. 13 fév. 2013, n° 11-24356, Sté AED.

(138) Cass. soc. 17 janv. 2006, n° 04-41038, Sté Groupe Aline.

(139) Cass. soc. 12 mai 2004, n° 02-40490.

(140) Appel Paris, 4^e ch. B, 21 oct. 1993, SA Laboratoire 7B /SA Distriphar et autre.

(141) Cass. soc. 8 nov. 1989, n° 86-45299, n° 87-43919, Sté Nordec.

B – Création d'une entreprise par le salarié

Le mot d'ordre réitéré par les gouvernements qui se sont succédé a été d'inciter un certain nombre de salariés, notamment les chômeurs, à créer leur entreprise. Mais en présence d'une clause de non-concurrence, un tel projet n'est pas sans risque.

La création d'une société par d'anciens salariés d'une autre société ou leur appartenance concomitante à cette dernière peut constituer un acte de concurrence déloyale à partir du moment où sont mis en commun les moyens acquis auprès de l'ancien employeur ou actuel, afin de détourner la clientèle, s'approprier des secrets de fabrication, pratiquer un pillage systématique d'informations, projets, documents⁽¹⁴²⁾.

Par exemple, il a été jugé qu'il y a concurrence déloyale de la part d'une société lorsque l'animateur de celle-ci a utilisé sa parfaite connaissance de l'organisation technique et commerciale de son ancien employeur devenu son concurrent et les relations nouées avec un client dans le cadre de son activité salariée antérieure pour proposer à ce dernier des conditions plus avantageuses pour la fourniture de matériaux identiques avec une prestation de services équivalente, alors que de tels agissements excèdent la pratique normale du jeu de la libre concurrence entre entreprises et engagent tant la responsabilité de la société que celle de son animateur⁽¹⁴³⁾.

De même, un salarié a été condamné pour avoir créé une société ayant une activité similaire à celle de son ancien employeur et dont le siège social est situé à son ancienne adresse professionnelle afin de provoquer une confusion auprès des tiers⁽¹⁴⁴⁾.

Récemment, la Cour de cassation a affirmé que sans clause de non-

(142) Appel Versailles, 12^e ch., 24 nov. 1994, Sté Libre Service consigne /Sté delta concept.

(143) Appel Versailles, 13^e ch., 19 janv. 1995, Sté Cipec /Sté Acousystem et autre.

(144) Cass. soc. 5 mai 2004, n° 01-46261, Sté Fouasse.

concurrence, seule susceptible de priver le salarié de la faculté de créer, postérieurement à la rupture de son contrat de travail, une entreprise concurrente, le salarié démissionnaire est libre d'exercer l'activité professionnelle de son choix après avoir quitté l'entreprise⁽¹⁴⁵⁾.

C – Détournement de clientèle

Par la force des choses, de nombreux salariés occupant des postes «commerciaux» ont des relations suivies depuis des années avec la clientèle de leur employeur. La jurisprudence dominante impose à ces «commerciaux» de rompre tous contacts avec cette clientèle.

Il en est ainsi:

— d'un conseil juridique salarié, qui était passé au service d'une entreprise concurrente en conservant une partie de la clientèle qu'il suivait antérieurement⁽¹⁴⁶⁾;

— d'un salarié démissionnaire qui s'appropriant à mettre en exploitation une société concurrente, avait fait sortir de l'agence le fichier contenant des renseignements commerciaux, avait refusé de présenter son successeur à la clientèle et était à l'origine de la démission de la secrétaire de l'agence qu'il avait embauchée ultérieurement⁽¹⁴⁷⁾.

La question s'est posée de savoir si des salariés peuvent, lorsqu'ils sont embauchés par une société installée à l'extérieur de la zone géographique visée par la clause de non-concurrence, effectuer des travaux commandés par des clients de leur ancien employeur résidant dans le secteur géographique de l'interdiction. Selon la chambre commerciale, il importe peu que les salariés soient embauchés par une société située en dehors de la zone d'interdiction. Ces derniers doivent s'abstenir de tout acte de nature à détourner, directement ou indirectement, la clientèle de leur an-

(145) Cass. soc. 20 fév. 2013, n° 11-25694, Sté CTR.

(146) Cass. soc. 25 octobre 1990, n° 89-43163, Cabinet fiduciaire de Basse-Normandie.

(147) Cass. soc. 26 janv. 1994, n° 92-42852, SA ACBI Intérim.

cien employeur⁽¹⁴⁸⁾. Si cette solution se comprend aisément lorsque les salariés cherchent effectivement à détourner la clientèle de leur ancien employeur, elle semble toutefois moins se justifier lorsque les salariés se contentent seulement de répondre aux sollicitations des clients. En effet, en dehors de tout acte de concurrence déloyale, les salariés devraient pouvoir retrouver leur liberté de travailler et les consommateurs, celle de choisir le produit ou le service qu'ils souhaitent.

D – Respect de la clause pendant une certaine période

Il importe peu que l'activité concurrente exercée par le salarié ait été limitée dans le temps. En effet, un salarié, lié par une clause de non-concurrence d'une durée de deux ans, qui a repris un emploi concurrent pendant quatre mois seulement, puis a été licencié par son nouvel employeur, ne peut plus prétendre, même pour l'avenir, au bénéfice de l'indemnité convenue, contrepartie d'une obligation à laquelle il s'était soustrait⁽¹⁴⁹⁾.

Toutefois, si le salarié a respecté pendant une certaine durée son obligation de non-concurrence, il peut prétendre au paiement de l'indemnité de non-concurrence pour la période pendant laquelle il a respecté la clause.

En effet, dans une affaire où un VRP avait été licencié le 4 octobre 1996, la Cour de cassation a estimé que son employeur devait lui verser le montant de l'indemnité pour la période du 4 octobre 1996 au 15 janvier 1997, date à laquelle le salarié avait cessé de respecter son obligation⁽¹⁵⁰⁾. En outre, l'employeur s'expose au paiement de dommages-intérêts car le salarié a subi un préjudice du fait du non-paiement de la contrepartie pécuniaire.

Par ailleurs, il revient à l'employeur de prouver que le salarié a commis des

actes de concurrence concrets. Le seul fait pour un salarié d'avoir sollicité un emploi similaire auprès d'une société ne caractérise pas, à lui seul, la violation de la clause de non-concurrence figurant dans son contrat de travail⁽¹⁵¹⁾. L'exécution par le salarié de courte période de formation ne constitue pas non plus un acte de concurrence⁽¹⁵²⁾. De même, le fait pour un salarié d'être devenu actionnaire minoritaire d'une société concurrente ne constitue pas une infraction à la clause de non-concurrence susceptible de le priver du bénéfice de l'indemnité compensatrice⁽¹⁵³⁾.

Il arrive que l'acte de concurrence soit flagrant. Il en est ainsi lorsque le salarié, après avoir quitté son précédent employeur est entré, malgré la clause, dans le mois qui a suivi, avec une qualification pratiquement identique, au service d'une entreprise située dans le même département et déployant des activités similaires⁽¹⁵⁴⁾. Mais parfois, la frontière est plus floue.

E – Validité d'une clause pénale

On appelle clause pénale, la clause d'un contrat qui, conformément à l'article 1152 du Code civil fixe à l'avance le montant des dommages-intérêts qui seront dus par celui qui n'exécutera pas son obligation. La clause pénale, opposable au salarié et qui correspond parfois à des sommes importantes, est applicable dès lors qu'elle ne prive pas le salarié de son droit de mettre fin à son contrat de travail par sa seule volonté⁽¹⁵⁵⁾ et qu'elle ne constitue pas une amende ou une sanction pécuniaire⁽¹⁵⁶⁾.

Les juges du fond ont la faculté de modérer ou d'augmenter le montant prévu par la clause pénale, notamment si celle-ci est dérisoire. Par exemple, une indemnité forfaitaire égale à un

mois du dernier salaire d'un assistant comptable est un montant manifestement dérisoire par rapport au préjudice causé à l'employeur⁽¹⁵⁷⁾.

Sont considérées comme des clauses valables :

—la clause de «respect de la clientèle» figurant dans le contrat de travail d'un expert-comptable qui prévoit que sa violation entraînera, à titre de clause pénale, le paiement d'une somme qui ne peut être inférieure à deux fois le montant des derniers honoraires annuels facturés par la société aux clients qui l'ont quitté. Usant de leur pouvoir souverain d'appréciation, les juges du fond qui relèvent que l'expert a, après avoir démissionné, détourné une partie du personnel et de la clientèle de la société, ont jugé que cette somme minimale (en l'espèce 678678 francs) n'était pas manifestement excessive⁽¹⁵⁸⁾ ;

—la clause prévoyant qu'en cas de violation de celle-ci, le salarié devra verser des dommages-intérêts équivalents au préjudice subi et au moins égaux à la rémunération brute totale acquise par le salarié au cours de ses deux dernières années d'activité⁽¹⁵⁹⁾ ;

—la clause prévoyant une pénalité égale à la rémunération des douze derniers mois⁽¹⁶⁰⁾ ;

—la clause prévoyant un dédommagement forfaitaire et définitif de «250 000 francs»⁽¹⁶¹⁾ ;

—la clause égale à la totalité de la rémunération acquise par le salarié pendant ses vingt-quatre mois d'activité, bien que le préjudice de l'employeur soit nettement inférieur⁽¹⁶²⁾.

Lorsque l'employeur demande l'exécution de la clause pénale, il ne peut pas demander l'exécution forcée de l'obligation de non-concurrence en raison de la règle de non-cumul prévue par l'article 1229 du Code civil.

(157) Cass. soc. 5 juin 1996, n° 92-42298.

(158) Cass. soc. 18 juil. 1995, n° 92-41066, SA SofInarex.

(159) Cass. soc. 19 juin 1991, n° 87-42262, SofInarex.

(160) Cass. soc. 24 mai 1978, n° 77-40126, Sté Fidex.

(161) Cass. soc. 22 juin 1994, Sté Gallia-color.

(162) Cass. soc. 13 déc 2000, Sté fiduciaire de France.

(148) Cass. com. 9 fév. 1999, n° 96-15834, Sté Fiducial, confirmé par Cass. soc.

9 oct. 2002, n° 00-45540, SA Cie Chambérienne de comptabilité.

(149) Cass. soc. 22 mai 1984, n° 81-42915, SA Hilti-France.

(150) Cass. soc. 25 fév. 2003, n° 00-46263, Sté Molyslip SA.

(151) Cass. soc. 12 mai 2004, n° 02-40490.

(152) Cass. soc. 18 déc. 2001, n° 99-46065, Sté Roadis.

(153) Cass. soc. 6 déc. 1994, n° 91-42687, Sté Johnson française.

(154) Cass. soc. 4 déc. 1990, n° 89-12834, Sté Kristal et autres.

(155) Cass. soc. 19 oct. 1960, Cie Générale du froid, bull. p 680, n° 886.

(156) Art. L. 1131-2 du Code du travail.

→ Responsabilité du nouvel employeur

Si le salarié ne prévient pas son nouvel employeur qu'il est lié par une clause de non-concurrence, le nouvel employeur est fondé à le licencier immédiatement sans préavis ni indemnité⁽¹⁾. Mais si le nouvel employeur emploie sciemment un salarié en violation d'une clause de non-concurrence, il commet une faute⁽²⁾, sans qu'il soit besoin d'établir à son encontre l'existence de manœuvres dolosives et la similitude des clientèles⁽³⁾. Tel est le cas d'un employeur qui avait conservé à son service un salarié lié par une clause de non-concurrence, en ne tenant aucun compte de la mise en demeure effectuée par le précédent employeur ni des lettres de rappel qui lui avaient été ensuite adressées⁽⁴⁾. Cet acte de concurrence déloyale cause nécessairement un préjudice à l'ancien employeur⁽⁵⁾ et le nouvel employeur peut être condamné solidairement au paiement de dommages-intérêts⁽⁶⁾. Toutefois, il n'est pas indispensable de prouver que l'employeur connaissait l'interdiction contractuelle qui pesait sur le salarié. Dans certaines circonstances, les juges considèrent que l'employeur aurait dû vérifier que le salarié n'était pas lié par une clause de non-concurrence. Ainsi, le fait que le salarié, tenu par une clause de non-concurrence, venait d'une entreprise «exerçant une activité exactement concurrentielle» de celle de l'employeur et qu'il avait une expérience professionnelle confirmée aurait dû inciter le nouvel employeur à davantage de précaution⁽⁷⁾. Le juge des référés peut ordonner, sous astreinte, au nouvel employeur de licencier le salarié⁽⁸⁾. Cependant, le juge des référés n'a pas le pouvoir d'ordonner la résiliation judiciaire du contrat de travail⁽⁹⁾.

(1) Cass. soc. 23 mars 1997, Sté Jacques Bohler;

(2) Cass. com. 5 fév. 1991, n° 88-18400, Sté Socam.

(3) Cass. com. 22 fév. 2000, n° 97-18728.

(4) Cass. com. 19 oct. 1983, n° 82-12619.

(5) Cass. com. 9 oct. 2001, n° 99-16512, Sté Somatec.

(6) Cass. soc. 14 mars 1995, n° 91-45281, Sté Onet.

(7) Cass. com. 11 juil. 2000, n° 95-21888, Sté Expansion française papeterie.

(8) Cass. com. 26 oct. 1993, n° 91-21044, Sté TMI.

(9) Cass. soc. 13 mai 2003, n° 01-17-42, SARL Vialatte pneus.

ISSN 0222-4194

AVRIL 2013
Nouvelle série n° 777 - 9€

Le DROIT OUVRIER

DROIT DU TRAVAIL - PRUD'HOMIE - SÉCURITÉ SOCIALE

DOCTRINE

Hervé Guichaoua: La frontière entre l'activité professionnelle et le bénévolat.

Mireille Poirier: À propos de la retranscription gouvernementale de l'ANI du 11 janvier 2013: «sécurisation de l'emploi» ou «sécurisation des décisions patronales»?

Mireille Poirier: Négociation collective: arrêter le massacre.

Deuxième partie: La négociation collective, vecteur d'altérations en droit du travail.

JURISPRUDENCE

Voir notamment

— Coemploi: la triple confusion caractérisée entre sociétés «sœurs».

Conseil de prud'hommes de Paris (Ind. - Dép.) 25 octobre 2012. *Note Pierre-François Legrand* (p. 270).

— La lettre d'observation de l'inspection du travail à une entreprise constitue un document communicable aux salariés.

Commission d'accès aux documents administratifs, Avis du 10 janvier 2013. *Note Jacques Dechoz et Lydia Saouli* (p. 276).

— Le périmètre de désignation des délégués syndicaux, influence des accords collectifs et contrôle du juge sur les conditions d'existence d'un établissement adéquat. Cour de cassation (ch. soc.) 14 novembre 2012 (deux esp.). *Note Pascal Rennes* (p. 282).

— Droit à la preuve et mesures d'instruction.

Cour de cassation (ch. soc.) 19 décembre 2012; Cour d'appel de Paris (P. 1 - ch. 3) 4 septembre 2012. *Note Sylvie Mazardo et Paul Riandey* (p. 287).

CHRONIQUES JURISPRUDENTIELLES

Procédure prud'homale, par *Daniel Boulmier*.



REVUE JURIDIQUE DE LA CONFÉDÉRATION GÉNÉRALE DU TRAVAIL

263, RUE DE PARIS, 93516 MONTREUIL CEDEX - www.cgt.fr

Commande accompagnée du règlement à «Droit Ouvrier» à l'adresse ci-dessus. CCP: 11 779.49 D PARIS.

<http://sites.google.com/site/droitouvrier>

Abonnement: 102 euros (82 euros pour les adhérents CGT)