



**"Nullité de la clause de non concurrence et restitution
de la contrepartie financière versée par anticipation",
Soc. 17 novembre 2010, n° 09-42389, PB**

Lucas Bento de Carvalho

► To cite this version:

Lucas Bento de Carvalho. "Nullité de la clause de non concurrence et restitution de la contrepartie financière versée par anticipation", Soc. 17 novembre 2010, n° 09-42389, PB. *Revue de droit du travail*, 2011, 2011 (2), pp.110. hal-01934299

HAL Id: hal-01934299

<https://hal.science/hal-01934299>

Submitted on 25 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Nullité de la clause de non concurrence et restitution de la contrepartie financière versée par anticipation, Soc. 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-42389, PB ; RDT 2011, n°2, p. 110.

Lucas Bento de Carvalho

« Attendu, d'une part, que le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause, d'autre part, que le salarié qui respecte une clause de non-concurrence nulle a droit à une indemnisation ».

On sait, depuis l'arrêt du 7 mars 2007 rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation¹, que le versement par anticipation de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence entraîne la nullité de cette dernière. Les hauts magistrats ont estimé, à juste titre, qu'en pareille hypothèse, le montant de l'indemnité est alors fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise et se trouve ainsi déconnecté du préjudice né de l'atteinte à sa liberté de travail. Par cet arrêt du 17 novembre 2010, la Chambre sociale vient préciser ce qu'il doit advenir des indemnités versées antérieurement à la rupture du contrat.

En l'espèce, le contrat de travail de M. X prévoyait une obligation de non-concurrence au cours de la collaboration et un an après la rupture, moyennant le versement d'une prime mensuelle pendant la durée du contrat. A la rupture de celui-ci, le salarié saisissait la juridiction prud'homale en réclamation d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. De son côté, l'employeur formait une demande reconventionnelle de remboursement des sommes versées au titre de la clause de non-concurrence. La cour d'appel faisait droit à la demande de ce dernier, estimant que la clause était nulle dès lors qu'elle prévoyait le versement d'une indemnité avant la rupture du contrat de travail. La Cour de cassation censure les juges du fond aux motifs *« d'une part, que le paiement pendant la période d'exécution du contrat de travail de la contrepartie financière prévue par une clause de non-concurrence nulle, qui s'analyse en un complément de salaire, n'est pas dénué de cause, d'autre part, que le salarié qui respecte une clause de non-concurrence nulle a droit à une indemnisation »*.

La solution suscite des réserves. La qualification de la contrepartie financière payée par l'employeur semble ici discutable. Elle pénalise en outre injustement ce dernier, en ce qu'elle ferme la porte à toute possibilité de restitution des sommes versées.

1. Une qualification discutable de la contrepartie financière

La Cour de cassation n'hésite pas à requalifier en complément de salaire les sommes allouées au titre de la clause de non-concurrence nulle. Pour retenir une telle interprétation, il semble que la Cour de cassation n'ait pas saisi l'exacte mesure de la contrainte que l'obligation de non concurrence, concomitante à l'exécution du contrat de travail, faisait peser sur le salarié.

Les articles 1134 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail visés par l'arrêt sous commentaire permettent d'entrevoir le raisonnement adopté par la Chambre sociale. L'article L. 1221-1 du Code du travail dispose en effet que : *« Le contrat de travail est exécuté de bonne foi »*. Cette obligation pèse aussi bien sur l'employeur que sur le salarié². Or, au stade de l'exécution du contrat de travail, on mesure assez mal, *a priori*, en quoi le devoir de loyauté

¹ Soc. 7 mars 2007, n° 05-45.511, *RDT*, 2007. 308, note G. Auzero.

² Soc. 9 décembre 2009, n° 08-41.213, *RDT*, 2010, 164, note B. Lardy-Pélissier.

du salarié se distingue de l'interdiction qui lui est faite d'exercer une activité concurrentielle à son employeur. Le versement d'une contrepartie au respect d'une clause de non-concurrence durant l'exécution du contrat serait dénué de cause, puisque l'objet de l'obligation conventionnelle serait identique à celle prescrite par le Code du travail. Dit autrement, quel serait l'intérêt de l'employeur à rémunérer le salarié pour l'accomplissement d'un devoir que la loi lui impose ? Partant, les sommes perçues par M. X. semblent bien devoir relever de l'enrichissement sans cause. C'est probablement là l'une des raisons qui ont poussé la Chambre sociale à concevoir les sommes versées comme un « *complément de salaire* » afin que celles-ci, désormais rattachées à la seule exécution de la prestation de travail, ne se trouvent pas dénuées de cause³.

Pour logique qu'elle puisse paraître, la solution retenue pourrait bien toutefois reposer *in fine* sur un postulat erroné. En effet, l'interdiction contractuelle de faire concurrence à l'entreprise au cours de la relation de travail et l'obligation imposée au salarié de faire preuve de loyauté à l'égard de son employeur peuvent ne pas être tenues pour synonymes. Dans le premier cas, la violation de l'obligation pesant sur le salarié sera caractérisée dès lors que celui-ci aura exercé une activité professionnelle au sein du domaine d'activité et de la zone géographique stipulés par la clause. L'examen du juge s'arrête là. La méconnaissance du devoir de loyauté s'inscrit dans une logique sensiblement différente. Contrairement à ce qui prévaut pour la clause de non-concurrence, il ne suffit pas de relever que le salarié occupe un emploi dans un secteur concurrentiel. Il faut prouver de surcroît qu'il a mis au service de son nouvel employeur des connaissances acquises dans son entreprise d'origine dans le but de lui faire concurrence. Au final, on peut donc parfaitement admettre que le respect d'une obligation de non-concurrence au cours de la relation de travail ait une cause qui lui soit propre et qui ne se confond pas avec le simple fait de se conformer à un devoir de loyauté⁴. On peut alors regretter que les hauts magistrats aient requalifié les sommes versées en un complément de salaire, sans rechercher si celles-ci ne pouvaient être spécifiquement reliées à l'obligation de ne pas faire concurrence à l'entreprise durant la poursuite du contrat de travail.

2. Une éviction contestable de la restitution de la contrepartie financière

A l'occasion de la décision précitée du 7 mars 2007, certains auteurs avaient pu envisager que l'employeur obtienne la restitution des sommes versées sur le fondement de l'action en répétition de l'indu⁵, les effets attachés à la nullité n'ayant pas vocation il est vrai à contribuer à l'enrichissement sans cause de l'une des parties. Dans la même logique, d'autres appelaient à une compensation entre les versements qui se trouvaient dépourvus de cause par le prononcé de la nullité de la clause et la créance indemnitaire du salarié générée par l'exécution de la clause illicite⁶.

En l'espèce, les faits n'étaient cependant pas de nature à pouvoir accueillir en l'état ces solutions inspirées par le versement anticipé de la contrepartie financière. Le paiement de la contrepartie ne peut pas être ici considéré comme étant entièrement opéré par anticipation. L'obligation de non-concurrence se dédouble en ce qu'elle trouve à s'appliquer pendant, et postérieurement à l'exécution du contrat. Premièrement, il s'agit du paiement de l'indemnité en contrepartie du respect de la clause de non-concurrence au cours de la relation de travail.

³ Et éviter ainsi d'exposer le salarié à une éventuelle restitution des sommes perçues au titre de la clause déclarée nulle.

⁴ V. en ce sens Soc. 13 novembre 2010, n° 09-42389, *Lexbase hebdo*, n° N8357BQL, note. Ch. Radé.

⁵ G. Auzero, *Op. cit.*

⁶ Ch. Radé, *Op. cit.*

Dans ce cas les obligations sont concomitantes et le caractère anticipé du versement est exclu. Deuxièmement, l'allocation de l'indemnité dans les conditions précitées sert également à rémunérer l'obligation de non-concurrence dont l'exécution débutera au jour de la rupture du contrat de travail. Ici en revanche, on peut considérer que le paiement étant intervenu par anticipation, il aurait pu faire l'objet d'une restitution.

Dans la première hypothèse, la Chambre sociale avait la possibilité de s'en tenir à une application déjà éprouvée de la nullité de la clause de non-concurrence pour censurer la décision des juges du fond, et ce sans se méprendre sur la qualification des sommes versées au salarié. Il est en effet de jurisprudence constante qu'en l'absence de preuve, par l'employeur, de la violation d'une clause de non-concurrence déclarée nulle par la suite, le salarié n'a pas à restituer les sommes perçues au titre de la contrepartie financière⁷. La nullité ne produit pas ici les effets de la rétroactivité qui lui sont classiquement attachés dans la mesure où les prestations accomplies ne sont pas susceptibles d'une restitution réciproque. En l'espèce, il n'est pas contesté que le salarié avait respecté l'interdiction de faire concurrence à l'employeur durant la durée de la relation de travail. Il pouvait, dès lors, légitimement conserver les sommes perçues.

Dans la second cas de figure, l'application des conséquences de la nullité et singulièrement la compensation entre la créance de l'employeur et celle du salarié, pourra s'avérer malaisée. Il faudra d'abord parvenir à identifier, au sein de l'indemnité globale versée au stade de l'exécution du contrat, la part indemnitaire affectée à l'obligation de non-concurrence *post* relation de travail. Sur cette base, restera ensuite à déterminer le montant de cette somme qui, en raison de l'annulation de la clause de non-concurrence, se trouve dépourvu de cause. Cette créance de l'employeur trouvera enfin à être compensée avec celle du salarié née de l'exécution de la clause illicite. Théoriquement envisageable, on peut penser qu'en pratique un tel calcul sera des plus délicats à réaliser.

⁷ Soc. 28 octobre 1997, n° 94-43792, *DS*, 1998, pp. 78-80, obs. G. Couturier.