



HAL
open science

**”Clause de non concurrence rémunérée par anticipation :
la nullité sans la restitution!”. Note sous Cass. Soc. 15
janvier 2014, n° 12-19472, PB**

Lucas Bento de Carvalho

► **To cite this version:**

Lucas Bento de Carvalho. ”Clause de non concurrence rémunérée par anticipation : la nullité sans la restitution!”. Note sous Cass. Soc. 15 janvier 2014, n° 12-19472, PB. *Revue de droit du travail*, 2014, 2014 (3), pp.177. hal-01934303

HAL Id: hal-01934303

<https://hal.science/hal-01934303>

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.

Clause de non concurrence rémunérée par anticipation : la nullité sans la restitution !
Soc. 15 janvier 2014, n° 12-19472, PB

Lucas Bento de Carvalho

« Attendu, d'une part, que le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence qui a pour objet d'indemniser le salarié tenu, après rupture du contrat de travail, d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi, ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture et d'autre 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 ».

Dans un arrêt du 17 novembre 2010, la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de préciser le sort de la rémunération attachée à une clause de non concurrence frappée de nullité, lorsque cette dernière avait fait l'objet d'un paiement anticipé¹. Envisageant la contrepartie financière comme un complément de salaire, la chambre sociale concluait que les sommes versées au salariés n'étaient pas dépourvues de cause, évitant dans le même temps l'épineuse question de leur restitution. La présente décision reproduit à l'identique le raisonnement développé par la Cour, et avec lui son manque d'orthodoxie.

En l'espèce, un salarié était licencié pour faute grave. L'employeur sollicitait alors le remboursement des sommes versées au cours de la relation de travail en rémunération de la clause de non-concurrence. Pour faire droit à ses demandes une cour d'appel retient qu'aucune cause de nullité n'affecte cette clause assortie d'une contrepartie financière sous la forme du versement d'une indemnité mensuelle et que l'employeur avait renoncé à l'application de cette clause. Il en résulte que le salarié n'avait jamais été soumis à une obligation de non-concurrence. La Cour de cassation censure la décision entreprise. Elle rappelle tout d'abord *« d'une part, que le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence qui a pour objet d'indemniser le salarié tenu, après rupture du contrat de travail, d'une obligation limitant ses possibilités d'exercer un autre emploi, ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture et d'autre 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 »*. La Cour considère, ensuite, qu'en condamnant le salarié au remboursement des contreparties perçues, alors que la clause de non-concurrence prévoyait le versement d'une indemnité avant la rupture était nulle et que l'employeur ne pouvait obtenir la restitution des sommes versées au titre d'une clause nulle, les juges du fond ont violé les articles L. 1221-1 du Code du travail et 1134 du Code civil.

La solution paraît très discutable. L'instrumentalisation à laquelle se livre la Cour de cassation dans l'identification d'une cause à la contrepartie anticipée ne convainc guère. Pas plus, à sa suite, que le rejet de toute obligation de restitution.

¹ Soc. 17 novembre 2010, n°09-42398, *RDT* 2011, p. 110 ; *Lexbase hebdo*, n°N8357BQL, note Ch. Radé ; *D.* 2010. AJ 2845, obs. L. Perrin.

I. Une instrumentalisation contestable de la cause

Que le versement, par anticipation, de la contrepartie financière à une clause de non-concurrence entraîne la nullité de cette dernière est tout à fait justifié². Décider du contraire aurait conduit à faire dépendre le montant de l'indemnité de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, sans aucun égard pour le préjudice effectivement subi du fait de l'atteinte à sa liberté du travail. Pareillement, la Cour de cassation a pu légitimement écarter l'hypothèse d'une renonciation à l'application de la clause de non-concurrence. Celle-ci présente en effet un caractère synallagmatique empêchant que l'employeur puisse y renoncer unilatéralement³, sauf si une disposition du statut collectif ou du contrat de travail l'y autorise⁴.

Si la fragilité du raisonnement des juges du fond a pu encourir une juste censure, l'assimilation de l'indemnité de la clause à un complément de salaire est en revanche problématique. Dans l'arrêt du 17 novembre 2010, par lequel la chambre sociale avait inauguré cette jurisprudence, la qualification de la contrepartie financière posait déjà des difficultés. Toutefois, les faits étaient sensiblement différents de ceux ayant donné lieu à la décision sous commentaire, dans la mesure où l'obligation de non-concurrence était stipulée concomitamment à l'exécution du contrat de travail, et pas seulement au jour de sa rupture. On avait alors tenté de faire valoir que la rémunération anticipée de la clause était causé par l'assujettissement du salarié contemporain de la relation de travail, lequel pouvait ne pas être confondu avec son devoir de loyauté⁵.

L'arrêt du 15 janvier 2014 vise une situation plus classique où l'obligation de non-concurrence s'entend uniquement à compter du moment où le salarié quitte les effectifs de l'entreprise. La solution n'en est dès lors que plus contestable. Dans la mesure où les sommes versées au salarié sont causées d'un commun accord par l'interdiction de pratiquer une activité concurrentielle à l'issue du contrat de travail, c'est à une novation par changement de cause que la chambre sociale semble ici se livrer, en assimilant la contrepartie à un complément de salaire. Or, l'article 1273 du Code civil enseigne que la novation ne se présume pas et que « *la volonté de nover doit clairement résulter de l'acte* ». A supposer même que la novation puisse présenter un caractère tacite⁶, il n'y a rien de tel en l'espèce.

Plus encore, la Cour de cassation semble ici faire deux poids deux mesures selon qu'il s'agit d'exciper l'absence de contrepartie financière pour déclarer nulle une clause de non-concurrence, ou bien de contester sa finalité afin d'échapper à une obligation de restitution. Ainsi, contrairement à l'analyse suggérée par une partie de la doctrine⁷, la Cour refuse de voir dans le salaire normal une contrepartie à la clause. En d'autres termes, cette dernière doit avoir une cause propre, qui ne se confond pas avec la rémunération prévue dans le contrat. Pourtant, lorsqu'il s'agit de s'interroger sur le sort de l'indemnité expressément affectée à l'obligation de non-concurrence, la Cour n'éprouve aucune gêne à abandonner une appréciation « localisée » de la cause, au profit d'une logique « globalisée ». Pourquoi, dans un cas, exiger une rétribution spécifique à la clause de non-concurrence, et, dans l'autre,

² Soc. 7 mars 2007, n°05-45511, *D.* 2007. AJ 1708, obs. A. Fabre ; *ibid.* Jur. 1708, note C. Lefranc-Hamoniaux ; *ibid.* Somm. 2261, obs. M.-C. Amauger-Larres, I. Desbarats, B. Lardy-Pélissier et B. Reynès ; *RDT* 2007. 308, obs. G. Auzero.

³ Soc. 28 novembre 2001, n°99-46032.

⁴ Soc. 28 mars 2007, n°06-40293, *RJS* 2007, n°1043 ; Soc. 13 juillet 2010, n°09-41626.

⁵ Soc. 17 novembre 2010, n°09-42398, *RDT* 2011, p. 110

⁶ J. Carbonnier, *Les biens. Les obligations*, PUF, 2004, p. 532.

⁷ Ch. Radé, note sous Soc. 10 juillet 2002, *RDC* 2003. P. 148.

considérer que la contrepartie est fongible dans la rémunération du travail ? Il y a là comme un hiatus. Et celui-ci ne fait que renforcer le ressentiment provoqué par le rejet de la restitution des sommes perçues.

II. Un rejet discutable de la restitution

Dès 2007, certains auteurs s'étaient interrogés sur le devenir des contreparties anticipées aux clauses de non-concurrence déclarées nulles. De l'action en répétition de l'indu au bénéfice de l'employeur⁸, à une compensation opérée entre la rémunération versée et la créance indemnitaire suscitée par l'exécution de la clause illicite⁹, chacune de ces solutions mettait, à juste titre, l'accent sur l'existence d'une éventuelle restitution consécutive à la nullité de la clause de non-concurrence. Il est donc regrettable qu'une instrumentalisation de la cause ait amené la Cour de cassation à exclure tout remboursement des sommes perçues par le salarié.

D'abord, on conviendra qu'il s'agit là d'une application tout à fait singulière et fort peu rigoureuse du régime de la nullité. En ignorant son caractère rétroactif¹⁰, les hauts magistrats dispensent en effet le salarié de toute obligation de restitution, véritable corolaire de la nullité et dont le concours est pourtant indispensable à une reconstitution équilibrée des patrimoines¹¹.

Ensuite, la solution consacrée se révèle particulièrement sévère pour l'employeur. Il est ainsi acquis que la nullité de la clause de non-concurrence présente un caractère relatif et ne peut être invoquée que par le salarié¹². En l'absence de la contrepartie nécessaire à la validité de la clause l'alternative est simple. Dans le cas où le salarié désire retrouver sa liberté de travail afin d'occuper un emploi dans un secteur d'activité visé par la clause, il peut en solliciter la nullité. Lorsque, à l'inverse, le salarié choisit d'accomplir son obligation de non-concurrence, il pourra prétendre à des dommages-intérêts¹³. Si bien qu'aux termes de la décision entreprise, l'employeur risque d'être exposé à une double peine, à la fois par l'impossibilité de prétendre au remboursement de la contrepartie versée par anticipation, et par son éventuelle condamnation à indemniser le salarié, dans l'hypothèse où ce dernier déciderait de respecter la clause de non-concurrence déclarée nulle. Critiquable dans ses fondements, l'inopportunité de la solution est ici accentuée par l'iniquité de ses effets.

⁸ G. Auzero, préc.

⁹ Ch. Radé, préc.

¹⁰ X. Lagarde, *Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation du contrat*. JCP G 2012. doct. 504, n°4, selon qui « une nullité sans rétroactivité est une nullité sans effectivité ».

¹¹ C. Thibierge-Guelfucci, *Nullité, restitutions et responsabilités*, LGDJ - Bibliothèque de droit privé, Paris, 199 2tome 218, n°797 et s.

¹² Soc. 17 juillet 1997, n°95-40869, *Dr. soc.* 1997. p. 972, obs. Cl. Roy-Loustaunau.

¹³ Soc. 19 octobre 2005, n°04-40803 ; Soc. 12 janvier 2011, n°08-45280 jugeant que le respect par le salarié d'une clause de non-concurrence lui cause nécessairement un préjudice.