



Contrepartie financière de la clause de non-concurrence : questions-réponses

publié le **22/03/2015**, vu **3712 fois**, Auteur : [Xavier Berjot | SANCY Avocats](#)

Depuis 2002, la clause de non-concurrence du contrat de travail ne prévoyant pas de contrepartie financière est nulle (Cass. soc. 10 juillet 2002, n° 00-45.135). La décision, désormais ancienne, laisse subsister bien des questions.

1/ Existe-t-il un minimum ?

Pour la Cour de cassation, une contrepartie financière « dérisoire » équivaut à une absence de contrepartie (Cass. soc. 15 novembre 2006, n° 04-46.721). Dans cet arrêt, la clause était d'une durée de deux ans et la contrepartie représentait, au total, l'équivalent d'un 10^{ème} de la rémunération (soit 2,4 mois).

En dehors de cette règle de principe, il n'existe pas de montant minimum applicable d'une manière générale. Le montant de l'indemnité de non-concurrence dépend généralement de la contrainte que fait peser la clause sur le salarié (par rapport au secteur géographique, à la durée de la clause, aux activités interdites,...).

En présence d'une contrepartie financière dérisoire, le juge ne peut pas substituer son appréciation à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée (Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10.760).

En revanche, la stipulation, dans le contrat de travail, d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue (Cass. soc. 1^{er} février 2011, n° 09-40.542).

2/ Quel est le régime juridique de la contrepartie financière ?

La contrepartie financière revêt la nature d'un élément de salaire, soumis comme tel à cotisations sociales. Elle se voit appliquer l'indemnité de congés payés (10 % en principe) (Cass. soc. 28 novembre 2001, n° 99-46.032). Il est donc essentiel de préciser si la contrepartie financière s'entend « congés payés inclus. » A défaut, le salarié est fondé à solliciter un complément égal à 10 %.

Compte tenu de sa nature de salaire, la contrepartie financière se prescrit par 3 ans depuis l'article 21, IV de la loi 2013-504 du 14 juin 2013. Par ailleurs, le jugement qui ordonne le paiement de cette contrepartie est de droit exécutoire à titre provisoire (Cass. soc. 22 septembre 2011, n° 09-72.876).

3/ La contrepartie financière peut-elle varier en fonction du mode de rupture du contrat de travail ?

La clause de non-concurrence ne peut pas exclure la contrepartie financière en fonction du mode

de rupture du contrat de travail. Ainsi, est nulle la clause selon laquelle la contrepartie n'est due qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur (Cass. soc. 31 mai 2006, n° 04-44.598). Il en va de même de la clause excluant la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute grave (Cass. soc. 24 octobre 2006, n° 04-45.862).

Certaines conventions collectives fixent des montants différents en fonction du motif de la rupture. A titre d'exemple, la convention collective des industries textiles prévoit une indemnité mensuelle minimum correspondant à la moitié du salaire mensuel calculé sur la moyenne de la rémunération des 12 derniers mois, ramenée à 1/3 en cas de démission.

Pour la Cour de cassation, une telle clause n'est pas nulle mais doit être réputée non écrite en ses seules dispositions prévoyant la minoration (Cass. soc. 8 avril 2010, n° 08-43.056 ; Cass. soc. 25 janvier 2012, n° 10-11590).

4/ La contrepartie financière entraîne-t-elle un délai de carence Pôle Emploi ?

L'assiette de calcul du « différé d'indemnisation spécifique » est constituée de toutes les indemnités ou sommes inhérentes à la rupture du contrat, à l'exception de celles dont le montant ou les modalités de calcul résultent directement de l'application d'une disposition législative.

Il en résulte que, selon l'UNEDIC, l'indemnité de non-concurrence entre en compte dans le calcul de ce différé d'indemnisation (Circ. n° 2014-26 du 30 septembre 2014).

NB. Le différé spécifique est calculé de la manière suivante : la totalité des indemnités ou sommes inhérentes à la rupture du contrat de travail, réduite de la somme des indemnités légales et obligatoires dont le taux et les modalités de calcul résultent directement d'une disposition législative, est divisée par 90. Il ne peut excéder 180 jours.

5/ A quel moment la contrepartie financière doit-elle être payée ?

Comme le juge la Cour de cassation, la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi, de sorte que son paiement ne peut pas intervenir avant la rupture (Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45.511).

D'ailleurs, le montant de la contrepartie financière ne peut pas être fonction de la durée d'exécution du contrat (Cass. soc. 7 mars 2007, n° 05-45.511).

En présence d'une cause prévoyant une contrepartie financière payée mensuellement durant l'exécution du contrat, l'employeur ne peut pas obtenir la restitution des sommes versées et le salarié qui respecte la clause a droit à une indemnisation (Cass. soc. 17 novembre 2010, n° 09-42.389).

6/ Quelles sont les conséquences de l'absence de contrepartie financière ?

La stipulation, dans le contrat de travail, d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié (Cass. soc. 12 janvier 2011, n° 08-45.280) et il appartient au juge d'en apprécier l'étendue (Cass. soc. 1er février 2011, n° 09-40.542).

Dans ce cas, le salarié pouvant prouver avoir respecté l'obligation de non-concurrence peut prétendre à des dommages-intérêts mais non à une contrepartie financière ayant la nature d'un élément de salaire (§ 2).

En tout état de cause, il est rappelé que le juge ne peut substituer son appréciation du montant de

la contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée (Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10.760) (§ 1).

Xavier Berjot

Avocat Associé

OCEAN Avocats

www.ocean-avocats.com