

CLAUSE DE NON-CONCURRENCE. La contrepartie à l'obligation de non-concurrence doit être versée quels que soient les modes de rupture du contrat de travail, et son montant ne saurait varier en fonction des circonstances de la rupture.

Conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence et droit à indemnisation : quelle sanction en cas de dissociation ?

Florence Canut, Maître de conférences en droit privé à l'Université Montpellier 3

Ces lignes sont dédiées au Professeur François Gaudu, qui fut pour moi le meilleur des maîtres.

Et un de plus ! Décidément, la chambre sociale de la Cour de cassation n'en finit plus de préciser le régime applicable à l'« indemnité »¹ de non-concurrence. Depuis les arrêts du 10 juillet 2002², ayant ajouté l'exigence d'une contrepartie financière aux conditions de validité de la clause de non-concurrence, l'activité des juges ne faiblit pas. Dans la dernière période, la Haute Cour s'est attachée à préciser les rapports entre contrat de travail et convention collective, que ce soit à propos de la contrepartie financière ou à propos d'une des autres conditions de validité de l'interdiction de concurrence³. D'abord, opérant un revirement de jurisprudence, elle a décidé que la clause contractuelle nulle ne pouvait pas être validée par la convention collective postérieure, alors même que le contrat de travail renvoyait à cette dernière⁴. Ensuite, elle a estimé que, lorsque le salarié invoque la nullité d'une obligation de non-concurrence excessive, les juges ne peuvent la « sauver » en lui substituant les dispositions moins contraignantes de la convention collective correspondante⁵. Par cet arrêt du 25 janvier 2012, quittant le terrain des rapports de normes, elle vient rappeler fermement que les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence ne peuvent être dissociées de celles de son indemnisation.

L'AFFAIRE

► Les faits et la procédure

En l'espèce, le contrat de travail d'une salariée comportait une clause de non-concurrence prévoyant une minoration

de la contrepartie financière en cas de démission. Après avoir pris acte de la rupture de son contrat, la salariée a saisi le conseil de prud'hommes pour faire notamment constater que la prise d'acte produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour obtenir le paiement de la contrepartie financière à l'obligation de non-concurrence. Ayant considéré que la prise d'acte de la rupture s'analysait en une démission, la cour d'appel a diminué la contrepartie financière de la clause de non-concurrence due à la salariée, aux motifs que le contrat de travail prévoyait expressément qu'en cas de démission, elle serait réduite de moitié. La Cour de cassation opère sa censure sur ce point, au visa du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article L. 1121-1 du Code du travail. Elle énonce que « *le salarié lié par une clause de non-concurrence devant bénéficier d'une contrepartie financière, les parties ne pouvaient dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation* ». La cour d'appel, « *qui devait en déduire que la stipulation minorant en cas de démission la contrepartie financière était réputée non écrite* », a violé le principe et le texte susvisés.

► L'absence de distinction entre les modes de rupture du contrat de travail

La chambre sociale de la Cour de cassation refuse d'opérer une distinction entre les modes de rupture du contrat de travail quant au droit à la contrepartie financière. Par la généralité de son attendu de principe, elle

traite de la même façon les clauses qui réduisent le montant de l'indemnité de non-concurrence et celles qui la suppriment dans certaines hypothèses. La contrepartie à l'obligation de non-concurrence doit être versée quels que soient les modes de rupture du contrat de travail et son montant ne saurait varier en fonction des circonstances de la rupture. La solution est très logique, et ne peut qu'être approuvée. Dans la mesure où la contrepartie financière compense l'atteinte subie par le salarié au libre exercice d'une activité professionnelle, elle doit être proportionnée à cette atteinte. C'est pourquoi « *son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture* »⁶. De fait, le montant de l'« indemnité » de non-concurrence dépend de la durée de l'interdiction de concurrence, de son champ d'application spatio-temporel et des activités concernées. Les causes de rupture du contrat n'ont rien à voir avec l'intensité de l'atteinte subie.

L'arrêt du 25 janvier 2012 ne semble que venir confirmer une jurisprudence bien établie. En effet, la Haute Cour a déjà pu affirmer que la contrepartie financière est due quel que soit le motif de la rupture. Elle a, par exemple, considéré que « *la contrepartie financière de la clause de non-concurrence étant une condition de sa validité, le bénéficiaire de cette contrepartie ne peut pas être subordonné à l'absence de faute grave ou lourde* »⁷. Elle est également due en cas de départ à la retraite du salarié⁸. Puisque « *la contrepartie financière à 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 », elle ne peut être supprimée que lorsque la rupture résulte du décès du salarié⁹. Elle ne saurait davantage dépendre de la possibilité ou non pour ce dernier de reprendre une activité concurrentielle, l'obligation au paiement de la contrepartie n'étant liée qu'à la cessation d'activité, au respect de la clause de non-concurrence et à l'absence de renonciation de l'employeur¹⁰.

SUPPRESSION OU MODULATION DE LA CONTREPARTIE FINANCIÈRE

► Une confirmation de jurisprudence ?

Les motifs de droit de l'arrêt ici commenté sont eux-mêmes « réchauffés », la Cour de cassation ayant déjà affirmé, dans un arrêt du 28 juin 2006, que « les parties ne pouvaient dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation »¹¹. Rien de nouveau sous le soleil, alors ? C'est ce que l'on pourrait penser au premier abord. Mais pourquoi, s'il ne s'agit que d'un arrêt d'espèce, confirmant une jurisprudence établie, prévoir sa publication au bulletin mensuel et au bulletin d'information bimensuel ? Une première explication pourrait résider dans le fait que, dans les hypothèses précédentes, le contrat¹², ou la convention collective¹³, prévoyait la suppression de la contrepartie pécuniaire dans certaines hypothèses de rupture, alors que, ici, il ne s'agissait que de la réduire en cas de démission. L'apport de l'arrêt se situerait donc dans l'extension de la solution aux hypothèses dans lesquelles la clause, contractuelle ou conventionnelle, prévoit des montants différents selon la nature de la rupture. Pourtant, la Haute Juridiction a également été confrontée à ce type de clause. Dans un arrêt du 8 avril 2010¹⁴, elle a ainsi eu à apprécier la validité d'une clause qui minorait la contrepartie financière en cas de faute. Il résultait des moyens annexés au pourvoi que la contrepartie était réduite, au point de devenir dérisoire, en cas de faute grave ou lourde. Sans entrer dans ces détails, la Cour de cassation a énoncé, de façon plus générale, que la clause n'était pas nulle, mais devait être réputée non écrite en ses seules dispositions minorant le montant de la contrepartie financière en cas de faute. L'on retrouve donc,

dans l'arrêt du 25 janvier 2012, la même sanction, transposée cette fois au cas où la réduction de la contrepartie concerne la démission du salarié. L'indemnité versée à la salariée était-elle ici aussi dérisoire ?¹⁵ L'on sait qu'une contrepartie dérisoire équivaut à une absence de contrepartie¹⁶. Si la clause fixait une somme proportionnée à l'atteinte subie par la salariée dans les autres cas de rupture, il est probable que, divisée par deux, elle devenait dérisoire. Mais l'attendu de principe est formulé en des termes suffisamment généraux pour que soit sanctionnée la seule modulation du montant de la contrepartie en fonction des types de rupture ou de leurs circonstances. Ceci, encore une fois, ne peut qu'être approuvé.

► Des sanctions variables

C'est d'ailleurs au niveau de la sanction appliquée que pourrait se situer le véritable intérêt de l'arrêt. Même si, en l'espèce, la sanction est la même que dans l'arrêt du 8 avril 2010 précité, les circonstances de ces deux affaires sont complètement différentes. Alors que, dans l'affaire qui nous intéresse ici, la sanction profite au salarié qui bénéficie de l'intégralité de la contrepartie financière, à sa demande, elle se retournait au contraire contre lui dans le précédent du 8 avril 2010. En effet, là, le salarié avait démissionné et avait perçu la contrepartie jusqu'à ce qu'il se mette au service d'un concurrent. Pour débouter l'ancien employeur de sa demande en remboursement de la contrepartie financière, la cour d'appel avait estimé que la clause était nulle et que le salarié devait conserver l'indemnité perçue car il avait nécessairement subi un préjudice en la respectant¹⁷. La Cour de cassation, en réputant non écrites les seules stipulations illicites de la clause, procédait alors à une réécriture du contrat. Il s'agissait en quelque sorte de sanctionner le salarié fautif en lui opposant la clause qu'il avait violée (« validation-sanction » de la clause). Dans l'arrêt du 25 janvier 2012, rien de tel : la clause est certes réécrite, car le montant prévu en cas de rupture à l'initiative de l'employeur est appliqué à l'hypothèse de la démission, mais cette réécriture profite à la salariée.

Bien que l'on puisse comprendre que la Haute Cour souhaite sanctionner un salarié fautif, en « sauvant » la clause même lorsque tel n'est pas l'intérêt de ce dernier, l'on doit regretter qu'il en

soit ainsi. La technique du « réputé non écrit », en droit de la consommation, vise à protéger la partie faible – le consommateur – vis-à-vis de la partie forte – le professionnel. Il s'agit aussi de tenir compte du fait qu'en pratique, les clauses abusives sont rédigées par le second. En droit du travail, le raisonnement peut être transposé, tant il est rare que les salariés, à quelques exceptions près pour les cadres de haut niveau, soient en position de discuter les clauses qui les obligent, au premier rang desquelles les clauses de non-concurrence. Il est également regrettable que la sanction varie au gré des espèces, la Cour de cassation ayant pu parfois préférer la sanction de la nullité de la clause. Ainsi, a-t-elle affirmé qu'« est nulle la clause de non-concurrence qui ne prévoit le versement d'une contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié »¹⁸. La même sanction a été prononcée dans un arrêt du 31 mai 2006, dans une hypothèse où la clause ne prévoyait le versement d'une contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture du contrat à l'initiative de l'employeur, sauf faute grave ou lourde¹⁹. Or, dans cette dernière affaire, le salarié, licencié pour d'autres motifs, aurait pu bénéficier de la contrepartie. Surtout, l'employeur invoquait la violation de la clause. Contrairement à ce qui a été jugé dans l'arrêt précité du 8 avril 2010, la Haute Juridiction a refusé de sauver la clause en prononçant une nullité partielle, alors que, dans les deux affaires, le salarié avait violé l'interdiction de concurrence. Dans d'autres espèces, la technique de la nullité partielle a pu être utilisée pour sauver la clause lorsque le salarié, qui l'avait respectée, demandait le paiement de la contrepartie. C'est le cas aussi de l'arrêt du 25 janvier 2012. Bref, la confusion règne. L'on aimerait une plus grande constance dans le choix de la sanction : nullité partielle ? Technique, certes proche, du réputé non écrit ?²⁰ Nullité totale ?

VERS UNE SANCTION CONFORME À L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION ?

► La nécessité de réserver au salarié le choix de la sanction

Puisque seul le salarié peut invoquer la nullité de la clause de non-concurrence dépourvue de contrepartie financière²¹, ou de n'importe quelle autre condition de validité, lui seul devrait pouvoir en invoquer la nullité par- ●●●

●●● tielle et donc en solliciter le maintien. À l'inverse, la nullité totale de la clause devrait être prononcée à sa demande, quelle que soit la cause de l'illicéité. La volonté de sanctionner le salarié fautif ne devrait pas davantage être retenue ici que lorsqu'il a violé une clause excessive quant à son champ d'application. Nullité partielle, nullité réduction, ne devraient, pas plus que la nullité « tout court », pouvoir être prononcées lorsque tel n'est pas l'intérêt du salarié. Certes, l'on pourrait objecter que ce dernier subit une atteinte plus grande au libre exercice d'une activité professionnelle lorsque la clause est excessive que lorsque son montant est modulé ou supprimé selon les circonstances de la rupture. Les raisons qui militent en faveur de l'abandon de la jurisprudence qui admet parfois, au détriment du salarié, la réduction des clauses excessives²², seraient donc plus impérieuses que celles qui pourraient plaider en faveur de l'octroi au seul salarié du droit d'invoquer la nullité partielle d'une clause réservant le paiement de la contrepartie à certaines hypothèses de rupture ou la réduisant dans certains cas. Ce n'est pourtant pas sûr. Une clause de non-concurrence qui, comme dans l'arrêt ici étudié, réduit la contrepartie financière en cas de démission, peut, en pratique, décourager le salarié à démissionner. Non seulement il se sait tenu par une interdiction de concurrence mais, en plus, il pense qu'il n'aura droit qu'à une somme minorée en cas de démission²³. L'atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle n'est pas seulement subie après la rupture du contrat; elle existe dès la stipulation de la clause. En

résumé, que la clause soit illicite car dépourvue d'une condition de validité, qu'elle le soit car elle est excessive quant à son champ d'application, ou qu'elle le soit car elle supprime ou réduit la contrepartie financière dans certaines hypothèses de rupture, la dénonciation de l'illicite devrait être réservée au salarié, qui est le bénéficiaire des règles édictées par la jurisprudence en la matière. C'est à lui de décider du maintien ou pas de l'interdiction de concurrence et, par conséquent, du versement de la contrepartie financière. C'est là toute la logique de l'ordre public de protection. Ce serait aussi tenir compte du caractère fondamental du principe en cause, celui du libre exercice d'une activité professionnelle.

► Un courant jurisprudentiel porteur d'espoirs

Un arrêt rendu le 12 octobre 2011²⁴ pourrait signifier une évolution en ce sens, la Haute Cour ayant énoncé que 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 »²⁵. Les juges ne devraient pas davantage pouvoir sauver la clause faisant dépendre l'octroi ou le montant de la contrepartie financière des circonstances de la rupture, lorsque tel n'est pas l'intérêt du salarié. Un autre arrêt, du 28 septembre 2011, pourrait susciter les mêmes espoirs, la Cour de cassation ayant refusé en l'espèce de « sauver » une clause contractuelle de non-concurrence qui ne prévoyait le versement de la contrepartie pécuniaire qu'en cas de rupture à l'initiative de l'employeur²⁶. Elle a estimé que, comme le soutenait

le salarié, la clause était nulle et que la convention collective postérieure ne pouvait couvrir la nullité qui l'affecte. « L'arrêt du 28 septembre 2011 autorise-t-il de conclure que, désormais, la nullité de la clause qui exclut (ou réduit) le versement de la contrepartie financière dans certaines hypothèses de rupture devra être systématiquement prononcée ? On n'ose l'espérer. Pourtant, une telle harmonisation dans la sanction serait bienvenue. Cette solution ne se retournerait pas contre le salarié qui pourrait ne pas invoquer la nullité de la clause lorsque tel n'est pas son intérêt »²⁷. S'il souhaite le maintien de l'obligation de non-concurrence, il ne sollicitera donc pas la nullité de la clause ou, ce qui revient au même, il invoquera simplement sa nullité partielle, ou demandera à ce qu'elle soit réputée non écrite dans ses seules stipulations illicites.

Une dernière remarque pour finir. Il a été admis que le contrat de travail pouvait réserver l'application de la clause de non-concurrence aux ruptures à l'initiative du salarié²⁸. Dans ce cas, il ne s'agit pas de dissocier les conditions d'ouverture de l'obligation de non-concurrence de celles de son indemnisation, mais de réserver l'application de l'interdiction de non-concurrence à certaines hypothèses de rupture. Cette solution est critiquable²⁹. En effet, réserver l'application de l'obligation de non-concurrence à certaines hypothèses de rupture fait douter de sa légitimité. Rappelons que la clause doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Elle le serait donc en cas de démission et pas en cas de licenciement ? C'est douteux... ■

1. Ce terme, bien qu'utilisé dans les arrêts, est contestable, la contrepartie financière ayant la nature d'un salaire, Cass. soc., 13 janv. 1998, n° 95-41.467, Bull. civ. V, n° 8, Dr. soc. 1998, p. 278, obs. J. Savatier. 2. Cass. soc., 10 juill. 2002, 3 arrêts, Dr. Ouv. 2002, p. 533, note D. Taté; D. 2002, p. 2491, note Y. Serra; JCP 2002, G, II, p. 10162, note F. Petit; Semaine sociale Lamy, n° 1085, note A. Chérez; Semaine sociale Lamy, n° 1094, p. 6, note F. Favennec-Héry; D. 2002, p. 3111, obs. J. Pélassier; JCP, E, 2003, chron., p. 446, note P. Morvan. V. aussi R. Vatinet, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia », Dr. soc. 2002, p. 949; J.-Y. Kerbourc'h, « Clause d'interdiction de concurrence et contrepartie financière », RJS 1/03, chron., p. 3. 3. Qui, rappelons-le, depuis les arrêts précités du 10 juillet 2002, sont au nombre de 5 : la clause doit être « indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace » tenir « compte des spécificités de l'emploi du salarié » et comporter une contrepartie financière. 4. Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-68.537, Semaine sociale Lamy, n° 1512, p. 10, avec nos obs., Dr. soc. 2012, p. 92, obs. J. Mouly. 5. Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, Dr. Ouv. janv. 2012, p. 12, avec nos obs. 6. Cass. soc., 7 mars 2007, n° 07-45.511, Bull. civ. V, n° 44. 7. Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-41.791, inédit, Dalloz 2009, p. 1256, note L.-F. Pignarre. V. aussi Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 05-40.876, Bull. civ. V, n° 251, censurant l'art. 75 du Code de commerce local d'Alsace-Lorraine, au visa notamment de l'art. 6.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 déc. 1966 : cet article s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non-concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave. 8. Cass. soc., 24 sept. 2008, n° 07-40.098, Bull. civ. V, n° 176, Dr. soc. 2009, 365, obs. J. Mouly. 9. Cass. soc., 29 oct. 2008, n° 07-43.093, Bull. civ. V, n° 207, n° 08-43.056, Bull. civ. V, n° 92, RLD A juill.-août 2010, p. 58, avec nos obs. 10. Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-41.874, inédit; Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-47.350, inédit, RJS 5/04, n° 533; Cass. soc., 24 sept. 2008, précit. 11. Cass. soc., 28 juin 2006, n° 05-40.990, Bull. civ. V, n° 231. 12. Dans l'arrêt du 28 juin 2006, le contrat excluait ainsi le bénéfice de l'indemnité en cas de licenciement pour faute grave. 13. Cass. soc., 4 juin 2008, n° 04-40.609, Bull. civ. V, n° 123, RLD A oct. 2008, p. 77, obs. S. Darmaisin, Dr. soc. 2008, p. 1147, obs. J. Mouly. 14. Cass. soc. 8 avr. 2010, n° 08-43.056, Bull. civ. V, n° 92, RLD A juill.-août 2010, p. 58, avec nos obs. 15. Elle était de 4 278,15 €, la salariée en réclamant le double, comme le contrat le prévoyait pour les autres hypothèses de rupture. 16. Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721, Bull. civ. V, n° 341. 17. L'on sait que, depuis une série d'arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation au début de l'année 2006, « le respect par le salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier l'étendue ». Sur ces arrêts, voir notre étude, « Clause de non-concurrence illicite et responsabilité civile de l'employeur », JCP S, 2006, p. 1575. 18. Cass. soc., 27 févr. 2007, n° 05-44.984, Bull. civ. V, n° 32. 19. Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-44.598, Bull. civ. V, n° 198. 20. Sur la distinction entre nullité partielle et clause réputée non écrite, v. J. Mouly, note sous Cass. soc., 8 avr. 2010, Dr. soc. 2010, p. 718, spéc. p. 719. 21. V., par ex., Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-43646, Bull. civ. V, n° 25. 22. V. not., nos obs. précit. à Semaine sociale Lamy, p. 12. 23. Rares sont les salariés qui maîtrisent les affaires de la jurisprudence sociale ! 24. Cass. soc., 12 oct. 2011, n° 09-43.155, précit. 25. Sur la portée de cet arrêt, voir nos obs. précit.s, Dr. Ouv. janv. 2012, p. 17 et 18. 26. Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-68.537, précit. 27. Nos obs. précit. sous Cass. soc., 28 sept. 2011, Semaine sociale Lamy, p. 13. 28. Cass. soc., 6 janv. 2010, n° 08-41.357, inédit, JSL, 16 juin 2010, n° 279. 29. Même si la portée de cet arrêt, non publié, est sans doute limitée.