

Minoration de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence : les mystères du réputé non-écrit¹

Cass. soc. 18 janvier 2018, n°15-24002, FS-PB

« Vu l'article 8-5-1 de la convention collective des cabinets d'experts-comptables et de commissaires aux comptes, dans sa rédaction alors applicable, ensemble le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et l'article L. 1121-1 du code du travail dans sa rédaction alors applicable ;

Attendu que pour dire que la clause de respect de la clientèle s'assimile à une clause de non-concurrence illicite et condamner l'employeur à payer à la salarié une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour le préjudice subi, l'arrêt retient que l'article 8-5-1 de la convention collective des experts-comptables qui s'applique aux parties, s'il prévoit des modalités relativement à la contrepartie financière des clauses de non-concurrence, n'envisage que les hypothèses de licenciement et de la démission et non de rupture conventionnelle en sorte que la salariée ne peut se prévaloir de ses dispositions ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le montant de la contrepartie financière à une clause de non-concurrence ne pouvant être minoré en fonction des circonstances de la rupture, il en résulte que la contrepartie prévue par la convention collective en cas de licenciement était applicable en l'espèce, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Parée de toutes les vertus, la norme négociée confère parfois à l'employeur des marges de manœuvres bien supérieures à celles dont il dispose dans le cadre de son pouvoir de direction. En matière de clause de non concurrence toutefois, il est heureux de constater que la Cour de cassation veille à contenir cette flexibilité dans de strictes proportions.

Une salariée avait été engagée en avril 2008 en qualité d'assistante juridique. Son contrat de travail était alors régi par la CCN des experts comptables et commissaires aux comptes. Au titre de ses fonctions la convention collective prévoyait une « clause de respect de la clientèle », stipulant une interdiction de détourner les clients de la société durant l'exécution du contrat et pour une période de 36 mois à compter de la cessation du contrat. Par ailleurs, l'article 8.5.1 de la convention précisait, de manière distincte, les conditions de validité des clauses de non-concurrence et le montant de leur contrepartie financière. Le 7 janvier 2011, un protocole de rupture conventionnelle fut signé entre les parties et le contrat de travail prit fin le 22 février. La salariée saisit la juridiction prud'homale d'une demande de paiement d'une indemnité compensatrice en réparation du préjudice causé par l'exécution de la clause de respect de la clientèle. Par un arrêt du 19 juin 2015, la cour d'appel de Rennes estima que la clause litigieuse devait être assimilée à une clause de non-concurrence illicite et condamna l'employeur à lui verser des dommages-intérêts compensatoires. L'arrêt ajouta que l'article 8.5.1 précité, s'il prévoyait bien des contreparties financières aux clauses de non-concurrence, n'envisageait cependant que les hypothèses du licenciement et de la démission – et non la rupture conventionnelle – de sorte que la salariée ne pouvait s'en prévaloir. La Cour de cassation casse l'arrêt pour violation de la loi aux vises de l'article 8-5-1, ensemble le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et l'article L. 1121-1 du Code du travail. La chambre sociale énonce que « *le montant de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence ne pouvant être minoré en fonction des circonstances de la rupture, il en résulte que la contrepartie prévue par la convention collective en cas de licenciement était applicable*

¹ Merci à Florence Fouvet pour ses remarques aussi stimulantes que perturbantes.

en l'espèce ». Sous des abords classiques (1), le raisonnement entrepris interroge néanmoins la sanction du réputé non-écrit appliquée à la minoration de la contrepartie (2).

1. Depuis plusieurs années, la Cour de cassation juge que le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence ne peut être minoré selon les circonstances de la rupture². En pareil cas, à l'exception d'une décision de 2006 optant pour la nullité de la clause³, la stipulation litigieuse est alors réputée non-écrite. L'éradication de la minoration est logique dès lors que « *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* »⁴. Les circonstances de la rupture n'ayant pas, en soi, d'impact sur l'obligation du salarié, ni sur l'étendue de son préjudice, la minoration se présente ici sous les traits d'une sanction qui ne dit pas son nom. De plus, selon le type de rupture envisagé, le montant de la contrepartie financière risquerait de se trouver réduit par la seule volonté unilatérale de l'employeur, ce qui n'est pas sans faire songer ici à une obligation contractée sous condition purement potestative. Soutenue par de tels arguments, la solution, initialement dégagée en matière de minorations prévues par le contrat de travail, a par la suite été étendue aux clauses analogues contenues dans les conventions et accords collectifs de travail⁵. La Cour de cassation a alors transposé la sanction du réputé non-écrit au cas de la stipulation d'une convention collective étendue, nonobstant les effets règlementaires de l'acte collectif⁶.

Au plan pratique, la sanction du réputé non-écrit présente d'indéniables vertus. Côté employeur, elle évite de prononcer la nullité d'une clause indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Côté salarié, et dans le cas où ce dernier respecterait son obligation de non-concurrence, l'annulation de la clause le priverait du bénéfice de la contrepartie forfaitaire stipulée dans le contrat de travail, ou comme en l'espèce, par la convention collective. Il conviendrait alors d'engager la responsabilité civile de l'employeur afin de réparer le préjudice subi par le salarié, à l'image de ce que les juges du fond avaient décidé en l'espèce. En effet, si l'on souscrit volontiers à la thèse selon laquelle la contrepartie prévue ne peut s'analyser en une indemnité réparatrice⁷, il en va différemment de la créance du salarié qui respecte la clause litigieuse. A notre sens, la réparation du préjudice subi en raison de la nullité d'un acte juridique provoquée par la faute d'une partie - en l'espèce la stipulation d'une clause de minoration - doit être entreprise sur le terrain extracontractuel⁸. Or, le choix de la voie indemnitaire conduirait ici à évaluer *in concreto* le préjudice allégué⁹, la stipulation d'une clause de non-concurrence

² Par exemple Soc. 25 janvier 2012, n°10-11.590, Bull. civ. V, n°20.

³ Cass. soc. 31 mai 2006, n° 04-44.598, Bull. civ. V, n° 198.

⁴ Soc. 7 mars 2007, n°05-45.511, Bull. civ. V, n°44, RDT 2007. 308, obs. G. Auzero ; Dr. soc. 2007. 650, note J. Mouly.

⁵ Soc. 14 avril 2016, n°14-29.679, Cah. soc. 2016, p. 306, obs. F. Canut.

⁶ Etant observé que la mobilisation de l'article L. 1121-1 du code du travail ne pose guère de difficulté, celui-ci disposant que « Nul ne peut (...) ». La généralité de la formulation permet ainsi d'appréhender les restrictions au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle quelle que soit son origine ; en ce sens F. Fouvet, « Le principe de libre exercice d'une activité professionnelle », thèse Lyon 2, à paraître LGDJ – Bibliothèque de droit social, n°465.

⁷ F. Fouvet, op.cit., n°487 et s., spé. n°489, estimant que « *son versement n'est pas subordonné à la démonstration, par le salarié, de l'existence d'un dommage, et son montant ne peut pas être modéré en fonction du préjudice réellement subi. La contrepartie reste due que le salarié ait ou non, du fait de sa propre situation ou de celle de son employeur, la possibilité de reprendre une activité concurrentielle* ».

⁸ En ce sens, J. Mouly, obs. sous Soc. 11 janvier 2006, n°03-46.933, Bull. civ. V n°8, Dr. soc. 2006, p. 465.

⁹ Rappelons qu'en toute hypothèse la Cour de cassation veille à ce que la clause de non-concurrence ne prive pas le salarié de sa liberté d'exercer son activité professionnelle, quand bien même la clause serait assortie d'une

illicite ne causant plus nécessairement un préjudice¹⁰. En ce sens, l'employeur ne serait-il pas autorisé à invoquer des éléments relatifs à la situation du salarié ou du marché du travail pour tenter de minorer l'étendue de son préjudice ? Si, pour ne prendre qu'un exemple, le salarié retrouve un emploi immédiatement après la rupture du contrat de travail, tout en respectant sa clause de non-concurrence, ne devrait-on pas considérer que son préjudice patrimonial est moindre, et en tenir compte dans l'évaluation de son indemnisation ? Dans l'affirmative, il y a fort à parier que la minoration de la contrepartie à la clause de non-concurrence, exclue lorsqu'elle dépend des circonstances de la rupture, réapparaisse au stade de l'évaluation des préjudices du salarié. La sanction du réputé non-écrit prévient une telle éventualité, mais ses fondements juridiques demeurent entourés d'un certain mystère.

2. Sur quelles dispositions textuelles le juge se fonde-t-il pour réputer non écrite la stipulation de la minoration ? Trois fondements peuvent alors être envisagés, sans qu'aucun n'emporte totalement la conviction.

Tout d'abord, suivant la logique de conciliation de l'article L. 1121-1, visé par la décision, la sanction du réputé non-écrit ne serait finalement qu'une modalité de réfaction de la clause de non-concurrence. L'argument peine à convaincre. D'une part, cette interprétation méconnaît le fait que la réfaction procède d'un contrôle de proportionnalité. Il s'agit de remodeler les contours de la clause afin de rendre la sujétion du salarié proportionnée au but recherché par l'employeur. En ce sens, la réfaction ne doit pas être confondue avec l'éradication inhérente au réputé non-écrit. D'autre part, on peut penser, avec d'autres, que « *la contrepartie financière ne constitue pas une condition liée à la proportionnalité de la restriction* »¹¹. Elle répond plus sûrement à la nécessité de compenser l'atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle¹². Dans cette optique, la sanction de la minoration ne saurait être encourue sur le fondement de l'article L. 1121-1 du code du travail.

Ensuite, et suivant une analyse contractuelle de la convention collective étendue¹³, l'on pourrait songer à rattacher la solution entreprise à la nullité partielle du nouvel article 1184 du code civil. Mais il conviendrait *a minima* de vérifier si la minoration constitue ou non « *un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles* ». Dans l'affirmative, seule la nullité devrait être prononcée. Partant, de deux choses l'une : soit la clause de non-concurrence est vue comme un contrat à part entière¹⁴, et il semble difficile de considérer que la minoration n'est pas déterminante de l'engagement de l'employeur, soit la clause ne bénéficie d'aucune autonomie et la minoration peut être réputée non-écrite. Dans cette seconde hypothèse, l'élargissement du contenu obligationnel, étendu au contrat de travail, ou à la convention collective, suggère que les parties n'ont sans doute pas fait de la clause de non-concurrence la

contrepartie financière importante, v. par ex. Soc. 18 septembre 2002, n°99-46136, Bull. civ. V, n°273, visant la possibilité pour le salarié de « *trouver un emploi conforme à son expérience professionnelle* ».

¹⁰ Soc. 25 mai 2016, n°14-20578, Bull. civ. V, n°341, Dr. Soc. 2016, p. 773, obs. J. Mouly ; RDT 2016, p. 557, nos obs.

¹¹ F. Fouvet, *op. cit.* n°488.

¹² Et l'on voit mal quel fondement permettrait ici d'exclure la nullité et de « sauver » une disposition qui méconnaît une liberté fondamentale.

¹³ Il est ainsi acquis que la convention collective étendue reste « *un contrat de droit privé* » (CE, 4 mars 1960, n° 39.554, SA Le peignage de Reims, Rec. CE, p. 168), de même que l'arrêté « *n'a pas pour effet de valider les stipulations qu'elle renferme, l'examen desdites stipulations relevant de la seule appréciation des Tribunaux de l'ordre judiciaire* » (Cass. 2^e civ. 12 juillet 1963, n° 62-60.032). V. plus largement P. Durand, « Le dualisme de la convention collective de travail ». *RTD civ.* 1939, p. 353

¹⁴ En ce sens A. Martinon, « La cause au temps de la construction du contrat de travail ». in La cause en droit du travail, B. Teyssié (dir.), Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2013, p. 28.

condition essentielle de leur engagement. Par ailleurs, les fins de la règle méconnue, tournée vers la compensation de l'atteinte à une liberté fondamentale du salarié, ne s'opposent pas au maintien de l'accord de volonté¹⁵. Autrement dit, la minoration peut être neutralisée sans mettre à mal l'édifice contractuel ou conventionnel.

Un dernier fondement mérite enfin d'être exploré, en direction du nouvel article 1171 du code civil relatif à la lutte contre les clauses abusives. Mais là encore, la mise en œuvre du dispositif est subordonnée à plusieurs conditions difficiles à satisfaire. Premièrement, la minoration ne peut être ici réputée non-écrite que si l'acte juridique dans lequel elle est stipulée répond aux critères du contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil¹⁶. Or, rien n'est moins sûr que l'application d'une telle qualification au contrat de travail¹⁷, ni *a fortiori* à une convention collective dont l'application et le contenu s'imposent à l'employeur par le jeu de l'extension. A supposer, néanmoins, que les conditions générales du contrat ou de la convention soient « *soustraites à la négociation* » et se trouvent « *déterminées à l'avance par l'une des parties* », il appartiendra encore au juge d'apprécier si la minoration génère un « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ». Autant dire qu'ici, comme en matière de nullité partielle, la solution dépendra de savoir le juge limite son examen au seul périmètre de la clause de non-concurrence, ou s'il se réfère à l'économie générale du contrat, comme l'y invite du reste le *modus operandi* prescrit par la législation consumériste et dont l'article 1171 est inspiré¹⁸.

Lucas Bento de Carvalho
Ecole de droit social de Montpellier

¹⁵ En pareille hypothèse, l'article 1184 du code civil se référant au maintien du « contrat », la question de son application à une convention collective mériterait ici aussi d'être précisée.

¹⁶ Th. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion », D. 2016, p. 1771.

¹⁷ V. G. Auzero, F. Canut, « Le juge et la modification du contrat de travail » Dr. Soc. 2017, p. 11. Le doute est d'autant plus permis que le contrat d'adhésion devrait faire l'objet d'une nouvelle définition, beaucoup plus restrictive, v. Th. Revet, « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse ». D. 2018, p. 124. G. Loiseau, A. Martinon, « Le contrat de travail est-il (encore) un contrat d'adhésion ? ». Cah. soc. 2018, p. 3.

¹⁸ Selon l'article L. 132-1 al. 5 du Code de la consommation, l'examen du caractère abusif de la clause prend en compte « (...) toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat ».