

Sanction d'une clause de non-concurrence excessive : vers une évolution de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation ?

par *Florence CANUT*, Maître de conférences à l'Université Montpellier III

PLAN

- I. La non-substitution de la stipulation conventionnelle moins contraignante
 - A. Des précédents jurisprudentiels
 - B. Une invocation tronquée du principe de faveur
- II. La sanction de l'excès
 - A. Une réduction critiquable
 - B. Une nullité ou une réduction « de protection »

Décidément, la récolte d'automne aura été bonne en matière de clause de non-concurrence, la Chambre sociale de la Cour de cassation ayant visiblement entrepris d'en recadrer le régime. Plus précisément, elle renouvelle son approche des rapports entre contrat de travail et convention collective en la matière. Elle a, d'abord, dans un arrêt du 28 septembre dernier, opéré un revirement de jurisprudence en décidant qu'une convention collective postérieure à une clause de non-concurrence nulle ne pouvait couvrir la nullité qui l'affecte, même si le contrat de travail fait expressément référence à l'acte conventionnel (1). Elle décide aujourd'hui, dans un arrêt du 12 octobre 2011 (1 bis), de prononcer la nullité de l'interdiction contractuelle de concurrence et de ne pas lui substituer la stipulation conventionnelle moins contraignante. En l'espèce, un salarié, ayant la qualité de VRP, était chargé de la commercialisation de produits agricoles betteraviers au profit de la société Moreau (2). Son contrat de travail comportait une clause de non-concurrence, dont l'employeur invoqua la violation lorsque le salarié, après avoir démissionné, fut embauché par une entreprise concurrente, la société Grimme. Il fut débouté par la Cour d'appel de Reims, qui, infirmant le jugement prud'homal, constata la nullité de la clause. Le pourvoi reproche, d'abord, à la Cour d'appel d'avoir constaté cette nullité au motif que la clause incriminée « signifiait pour ce salarié la certitude de ne pouvoir retrouver un emploi dans son secteur d'activité ». L'ancien employeur soutient qu'une partie au moins des produits distribués par la société Grimme n'étant pas directement concurrentielle de ceux de la société Moreau, le salarié n'était pas empêché d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle. La deuxième branche du moyen fait grief, ensuite, à la Cour d'appel de ne pas avoir réduit le champ d'application de la clause de non-concurrence, conformément aux prévisions de la convention collective applicable. D'après l'article 17 de l'accord national interprofessionnel des VRP du 3 octobre 1975, « l'interdiction contractuelle de concurrence après la rupture du contrat de travail n'est valable que pendant une durée maximale de deux années à compter de cette rupture et qu'en ce qui concerne les secteurs et catégories de clients que le représentant de commerce était chargé de visiter au moment de la notification de la rupture du contrat ou de la date d'expiration du contrat à durée déterminée non renouvelable ». Or, la Cour d'appel avait constaté que, si l'obligation de non-concurrence était bien limitée à une durée de deux ans, elle était trop étendue dans l'espace. En effet, elle faisait interdiction au salarié de « s'occuper, directement ou indirectement, de matériels similaires ou concurrents à ceux

(1) Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 09-68.537, Sem. soc. Lamy, n° 1512, p. 10, avec nos obs.

(1 bis) Ci-après reproduit p. 19.

(2) Plus exactement, le salarié a été embauché par la société Sofimo, aux droits de laquelle vient la société Moreau, demanderesse au procès prud'homal.

commercialisés par sa mandante, dans la moitié nord de la France, soit au nord d'une ligne Nantes-Lyon », alors qu'il était chargé, dans son ancien emploi, de la prospection de vingt-six départements situés à l'ouest et au nord-ouest de la France, englobant la région parisienne (3). Les juges d'appel devaient-ils, comme le soutenait l'employeur, substituer cette dernière limite, conforme à l'accord collectif, à celle, plus étendue, du contrat de travail ? Rejetant le pourvoi, la Chambre sociale de la Cour de cassation répond par la négative. Elle énonce, d'abord, que « la convention collective des VRP ayant réglementé la clause de non-concurrence, le contrat de travail ne pouvait valablement contenir des dispositions plus contraignantes pour le salarié ». Elle reprend ensuite les motifs de la Cour d'appel pour constater que l'interdiction de concurrence « excédait le secteur géographique qui lui avait été confié, de sorte que cette interdiction était plus contraignante que celle définie par l'accord collectif ». Elle en conclut enfin que « la Cour d'appel, qui ne pouvait réduire le champ d'application de la clause de non-concurrence dès lors que seule sa nullité était invoquée par le salarié, a exactement retenu qu'elle était nulle ». C'est cette dernière affirmation qui constitue le véritable apport de l'arrêt (II), même s'il est également notable que la haute Cour ait refusé le « sauvetage » de la clause contractuelle par substitution de la clause conventionnelle moins contraignante (I).

I. La non-substitution de la stipulation conventionnelle moins contraignante

La Cour de cassation a souligné le caractère plus contraignant de la clause contractuelle par rapport aux prévisions de l'accord collectif. Elle a pourtant refusé, comme le lui demandait l'employeur, de substituer les limites conventionnelles posées à l'interdiction de concurrence aux limites contractuelles. L'arrêt confirme ici des précédents jurisprudentiels (A) et réduit heureusement l'ardeur d'employeurs qui invoquent le principe de faveur à leur avantage (B).

A. Des précédents jurisprudentiels

L'arrêt du 12 octobre 2011 n'est pas le premier à sanctionner par la nullité la clause de non-concurrence qui excède les limites posées conventionnellement. Dans un arrêt du 12 février 2002, qui concernait aussi l'accord national interprofessionnel des VRP, la nullité de la clause excédant le secteur d'activité auquel était affecté le salarié a pu être prononcée, à la demande de ce dernier, alors que l'employeur invoquait sa mise en conformité avec l'accord collectif (4). La Haute Cour avait alors déjà précisé que « la convention collective des VRP ayant réglementé la clause de non-concurrence, le contrat de travail ne pouvait pas valablement contenir des dispositions plus contraignantes pour le salarié ». C'est en se basant sur le même motif qu'un arrêt du 14 novembre 2007 a annulé la clause de non-concurrence d'un VRP car sa limitation géographique était excessive par rapport aux prévisions de l'accord

collectif. En l'espèce, le secteur d'activité du salarié, que ce soit au service de son ancien ou de son nouvel employeur, portait sur l'agglomération de Lille. Or, la clause stipulée au contrat prévoyait l'application de l'interdiction de concurrence dans le département du Nord. L'employeur, qui sollicitait la condamnation du salarié pour violation de son obligation, a été débouté par la Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation (5). L'on voit ici que la validation-sanction de la clause a été refusée par la Haute Cour, alors que ce mécanisme est traditionnellement appliqué, en dehors même de l'hypothèse d'un concours entre contrat de travail et accord collectif (6). Le fait que l'accord national interprofessionnel des VRP exige le respect des conditions qu'il pose pour la validité de l'obligation de non-concurrence ne saurait suffire à expliquer ce courant jurisprudentiel, puisque la mise en conformité de la clause contractuelle avec cet accord a pu, ailleurs, être prononcée (7). Dans une autre affaire, mettant en cause l'accord national relatif aux salariés permanents des entreprises de travail temporaire, les juges ont refusé de mettre en conformité la clause contractuelle avec la clause conventionnelle, alors que la première prévoyait le versement d'une contrepartie financière dérisoire par rapport à la seconde (8). L'employeur ne pouvait donc pas invoquer la violation de cette clause, nulle, par le salarié (9).

(3) La lecture des moyens annexés à l'arrêt nous apporte ces précisions.

(4) Cf Cass. soc., 12 févr. 2002, n° 99-43.858, Bull. civ., V, n° 63.

(5) Cass. soc., 14 nov. 2007, n° 06-44.284, Bull. civ., V, n° 189.

(6) Voir *infra*, II, A).

(7) Par ex., Cass. soc., 2 juill. 1984, n° 82-41.021, Bull. civ., V, n° 278.

(8) Cass. soc., 13 janv. 1998, n° 95-41.480, Bull. civ., V, n° 6.

(9) En l'espèce, l'accord collectif ne subordonnait pas expressément la validité de l'obligation de non-concurrence au respect de ses propres stipulations ; une mise en conformité était *a priori* envisageable.

La sanction de la nullité se justifie-t-elle, dans l'arrêt ici commenté, par le fait que la stipulation contractuelle était en elle-même illicite ? L'absence de réduction à due proportion des prévisions conventionnelles pourrait alors s'expliquer par cette nullité intrinsèque. La Cour d'appel avait relevé que l'interdiction de concurrence « *signifiait pour ce salarié la certitude de ne pouvoir retrouver un emploi dans son secteur d'activité* » (10).

Depuis les arrêts du 10 juillet 2002, que l'on ne présente plus, « *une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* » (11). Il a été relevé que, depuis ces décisions, la condition relative à l'activité professionnelle du salarié était formulée de manière différente (12). Alors, que, jusqu'alors, il était rappelé régulièrement que la clause de non-concurrence devait laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité qui lui est propre (13), il est désormais énoncé qu'elle doit tenir « *compte des spécificités de (son) emploi* ». Toutefois, ce changement terminologique n'a pas entraîné de modification dans l'appréciation de la condition tenant à l'activité prohibée. Les juges évaluent toujours si l'interdiction de concurrence laisse au salarié la possibilité d'exercer des activités correspondant à sa formation et à son expérience professionnelle (14). Pour ce faire, ils s'attachent à la durée pendant laquelle l'activité interdite a été exercée et à son caractère plus ou moins spécifique.

En l'espèce, la Cour d'appel avait mis en évidence le fait que le salarié occupait un emploi spécifique (commercialisation de produits agricoles betteraviers) depuis de nombreuses années (seize ans). Elle a pu en déduire que l'obligation de non-concurrence « *telle qu'initialement conçue caractérisait pour le salarié une véritable entrave à la liberté du travail* ». En définitive, l'insuffisante limitation spatiale de la clause a été sanctionnée par la Cour d'appel à un double titre : à la fois parce que le salarié est empêché de retrouver un

emploi dans son secteur d'activité et parce que les limites prévues excédaient le secteur géographique qui lui avait été confié, comportant en cela des stipulations plus contraignantes que l'accord collectif applicable. La Cour de cassation, quant à elle, n'a pas repris le premier argument. Elle se contente du second. Il semble donc que ce soit ce seul motif qui explique l'annulation de la clause. Dans les arrêts précités du 12 février 2002 et du 14 novembre 2007, rien ne laisse d'ailleurs supposer que la clause était en elle-même illicite. C'est donc simplement le caractère moins favorable de la stipulation contractuelle par rapport aux prévisions conventionnelles qui en justifie l'annulation.

La Haute Cour est ainsi restée sourde au moyen du pourvoi, qui reprochait aux juges d'appel de ne pas avoir substitué à la clause contractuelle la stipulation conventionnelle plus favorable. Cette solution doit être approuvée : l'employeur ne saurait invoquer le principe de faveur à son profit.

B. Une invocation tronquée du principe de faveur

Même si le pourvoi ne revendique pas expressément l'application du principe de faveur, c'est sans conteste celui-ci qui irrigue la deuxième branche du moyen. En effet, exiger la substitution de la clause conventionnelle plus réduite à la stipulation contractuelle correspondante est bien revendiquer la mise en œuvre du principe de faveur : la disposition plus favorable doit remplacer celle qui l'est moins.

Ignorant le fait que la clause incriminée pouvait en elle-même être illicite, la Haute Cour s'est contentée d'observer qu'elle « *excédait le secteur géographique qui avait été confié (au salarié), de sorte que cette interdiction était plus contraignante que celle définie par l'accord collectif* ». Le caractère plus contraignant de la stipulation contractuelle suffit à entraîner sa nullité. Bien que ne faisant pas l'unanimité (15), cette solution peut se justifier. La clause de non-concurrence fait peser une contrainte sur le salarié. D'interprétation stricte (16), le juge ne devrait pas chercher à la sauver lorsqu'elle n'est pas conforme aux prévisions légales ou conventionnelles.

(10) Car la production betteravière française émane en quasi totalité des départements situés au nord d'une ligne Nantes-Lyon. Cf. moyens annexés à l'arrêt.

(11) 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, 10162, note F. Petit ; Sem. soc. Lamy, 21 oct. 2002, n° 1094, p. 6, note F. Favennec-Héry ; D. 2002, p. 3111, obs. J. Péliissier ; Sem. soc. Lamy, 22 juill. 2002, n° 1085, note A. Chirez ; JCP, E, 2003, chron., p. 446, note P. Morvan. Voir aussi R. Vatinet, « *Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglie* », Dr. soc. 2002, p. 949 ; J.-Y. Kerbourc'h, « *Clause d'interdiction de concurrence et contrepartie financière* », RJS 1/03, chron., p. 3.

(12) Voir J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 26^e éd., 2012, n° 175.

(13) Cass. soc., 18 oct. 1952, Bull. civ., IV, n° 736 ; Cass. soc., 27 févr. 1996, RJS 4/1996, n° 406, n° 92-43.469, inédit.

(14) Cf. not., Cass. soc., 18 sept. 2002, *Gan Vie*, n° 00-42.904, Bull. civ., V, n° 272, RJS 11/02, n° 1231, Dr. soc. 2002, p. 1007, obs. R. Vatinet, D. 2002, 3229, note Y. Serra ; Cass. soc., 18 sept. 2002, *Go Sport*, n° 99-46.136, Bull. civ., V, n° 273, qui se réfère seulement au critère de l'expérience professionnelle, sans reprendre celui de la formation.

(15) Cf. B. Inès, Dalloz actualité, 7 nov. 2011.

(16) La clause de non-concurrence « *est d'interprétation stricte et ne peut être étendue au-delà de ses prévisions* », Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-40.082 ; Bull. civ. 1999, V, n° 309 ; Cass. soc., 13 déc. 2000, n° 98-45.043, inédit ; Cass. soc., 17 janv. 2006, n° 04-41.038, Bull. civ., V, n° 15, JCP S 2006, 1296, note R. Vatinet.

Le principe de faveur ne saurait être utilisé à l'encontre du salarié. Est-il, en outre, plus favorable de se voir appliquer une interdiction de concurrence réduite ou d'être libéré de toute obligation en la matière ? Seul le salarié devrait pouvoir répondre à cette question, puisque c'est de sa liberté du travail qu'il s'agit. Il en va différemment s'agissant des clauses qui améliorent sa situation par rapport à la loi : dans cette hypothèse doit s'appliquer la stipulation conventionnelle plus favorable car le principe de faveur ne se retourne pas, alors, contre la partie qu'il est censé protéger (rappelons que ce principe joue au bénéfice du salarié, pas de l'employeur !). Certes, d'aucuns diront que les intérêts de l'entreprise sont sacrifiés sur l'autel de la protection du salarié. Mais c'est tout de même le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle qui est mis à mal par une clause de non-concurrence ; si celle-ci est licite, la protection des intérêts légitimes de l'entreprise en justifie l'atteinte. Dans le cas contraire (clause non légitime ou excessive), l'on doit en admettre la nullité. Le principe fondamental susvisé doit l'emporter quand bien même la clause, excessive, est justifiée par la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (17). Lorsque l'obligation de non-concurrence est excessive, en elle-même ou par rapport à l'accord collectif applicable, sa nullité devrait être prononcée lorsque tel est l'intérêt du salarié. Pourtant, force est de reconnaître que la jurisprudence n'est pas toujours en ce sens. Certains arrêts ont pu valider une clause de non-concurrence nulle, car non conforme aux exigences jurisprudentielles, en appliquant la convention collective correspondante. S'inscrivant dans la logique de la « validation-sanction »,

ces décisions sont critiquables (18). Elles peuvent inciter les employeurs « à rédiger des clauses de non-concurrence excessives, sachant que la seule sanction susceptible d'être prononcée par les juges sera la substitution des limites maximales prévues par la convention collective applicable » (19). La réduction de la clause devrait suivre le même régime que son annulation, seul le salarié pouvant l'invoquer. C'est incontestablement en ce sens que va l'arrêt commenté.

L'absence de substitution de la clause conventionnelle doit-elle être étendue aux autres clauses faisant peser une contrainte sur le salarié, comme les clauses relatives aux périodes d'essai ? Cela paraît difficilement défendable : lorsque la durée contractuelle de l'essai, conforme aux prévisions légales, est supérieure à la durée conventionnelle, cette dernière doit lui être substituée, sans que le salarié puisse revendiquer la nullité de la phase d'essai. Ce qui justifie la différence de traitement entre clause de non-concurrence, d'une part, et période d'essai, d'autre part ? L'atteinte à un droit fondamental dans le premier cas, l'absence d'atteinte à un droit fondamental dans le second (nul n'oserait soutenir, sans doute, que la période d'essai porte atteinte au droit à l'emploi, si ?).

Si la nullité de la clause de non-concurrence excessive par rapport à la stipulation conventionnelle peut être prononcée, la formule utilisée dans l'arrêt du 12 octobre 2011 pourrait laisser croire qu'il peut en être de même en l'absence de conflit entre accord collectif et contrat individuel de travail. Cette observation conduit à nous interroger sur la sanction de l'excès.

II. La sanction de l'excès

Le véritable apport de l'arrêt ici commenté réside dans la formule selon laquelle « 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 ». Cette incise peut-elle signifier la fin du pouvoir de réfaction du juge en la matière, que la clause soit excessive par rapport aux exigences jurisprudentielles ou par rapport à l'accord collectif applicable ? Cette éventualité suscite l'espérance, tant la réduction de la clause excessive est critiquable (A). Un tempérament notable, et heureux, résulte cependant des motifs précités : la réduction pourra être prononcée si le

salarié n'invoque pas la nullité. La sanction doit être en adéquation avec l'intérêt à protéger (B).

A. Une réduction critiquable

Depuis longtemps, la jurisprudence fait jouer des clauses de non-concurrence excessives dans le temps ou dans l'espace, à partir du moment où le salarié a concurrencé son ancien employeur à une période ou à un endroit où il n'était pas excessif d'imposer une telle obligation (20). Il s'agit de sanctionner le salarié ayant violé l'interdiction de concurrence dans ce qu'elle avait de raisonnable. Le pouvoir de réfaction du juge s'exerce

(17) Ces intérêts ont-ils la valeur d'un principe fondamental ? C'est douteux. Il n'est donc pas certain que deux principes de valeur égale s'opposent et qu'il faille absolument chercher à les concilier.

(18) Cf. Cass. soc., 9 oct. 2002, n° 00-45.540, inédit, mettant en œuvre la convention collective nationale des experts comptables et comptables agréés.

(19) T. Colin, obs. sous Cass. soc., 9 oct. 2002, précité, D. 2003, somm. comm., 383.

(20) Par ex., Cass. soc., 25 janv. 1984, n° 82-13.172, Bull. civ., V, n° 31 ; Cass. soc., 2 févr. 1994, n° 89-41274, inédit, RJS 3/94, n° 252.

alors de manière implicite. Cette « validation-sanction » est régulièrement confirmée (21). Dans un arrêt rendu le 25 mars 1998 (22), la Cour de cassation a reconnu de manière explicite au juge un pouvoir de réfaction à l'égard d'une clause excessive, et ce en l'absence de toute limitation conventionnelle. S'agissant d'une clause ayant un champ d'application géographique trop large pour pouvoir permettre au salarié « *d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle* », la Haute juridiction a approuvé la Cour d'appel de l'avoir réduite « *aux seuls départements dans lesquels il a effectivement exercé ses fonctions* ». Dans cette affaire, le juge avait été saisi par le salarié, désireux de se libérer d'une obligation de non-concurrence dont il contestait la validité. Par un arrêt du même jour, a également été admise la réduction de la durée d'application de l'obligation, de dix ans à deux ans (23). Depuis ces décisions, le pouvoir de réfaction du juge s'exerce donc également en dehors du cas de la « validation-sanction », peu important que le salarié soit demandeur ou défendeur au procès, qu'il ait ou non violé la clause (24). La Cour de cassation, dans l'hypothèse où la clause de non-concurrence excessive est néanmoins indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, laisse les juges du fond choisir entre son annulation et sa réduction. Ce pouvoir de réfaction judiciaire s'exprime de la manière la plus large possible, depuis qu'un arrêt du 18 septembre 2002 les autorise « *à en (limiter) l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* » (25). Non seulement la portée de la clause peut être réduite dans le temps ou dans l'espace, mais également quant à l'activité concernée. L'arrêt du 12 octobre 2011 pourrait mettre un coup d'arrêt à cette jurisprudence contestable.

La réduction de la clause contractuelle excessive, qui s'opérerait par sa mise en conformité avec la stipulation conventionnelle moins contraignante, est-elle à l'abri de la critique ? Lorsque la convention ou l'accord collectif applicable comporte une stipulation plus favorable que le contrat de travail, le principe de faveur conduit à la paralysie temporaire de la stipulation contractuelle (26). Mais ce raisonnement ne vaut que si la clause prévue par le contrat de travail est licite. Simplement moins favorable

que la convention collective, la clause contractuelle n'est pas nulle, la validité du contrat de travail ne dépendant pas de sa conformité à l'acte collectif (27). Il en est autrement lorsque la clause litigieuse n'est pas conforme à une loi d'ordre public absolu ou n'est pas au moins aussi favorable qu'une loi d'ordre public social. En l'espèce, la clause n'était pas licite car elle empêchait le salarié d'exercer des activités correspondant à sa formation et à son expérience professionnelle. Qu'elle soit antérieure (cas de notre arrêt) ou postérieure à la stipulation contractuelle (arrêt du 28 septembre 2011, précité), la convention collective ne doit pas pouvoir valider une clause nulle. La nullité peut aussi se justifier lorsque la clause contractuelle, plus contraignante que l'accord collectif applicable, n'est pas en elle-même, et *a priori*, contraire aux exigences jurisprudentielles. Il est en effet possible de soutenir que les partenaires sociaux ont soigneusement évalué les conditions que doit remplir l'interdiction de concurrence pour être strictement indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (28). Plus contraignante, la clause contractuelle est illégitime, donc nulle.

De manière plus générale, la limitation de la clause est l'une de ses conditions de validité. Il est réducteur de séparer l'hypothèse d'une absence totale de limite de celle d'une insuffisance de limite. Autrement dit, il est réducteur de séparer illicéité d'une part et excès d'autre part. L'exigence de proportionnalité est une condition de validité de la clause, tout comme l'est l'exigence de légitimité ou de contrepartie financière. Il est trop facile de faire échapper la clause à la sanction de la nullité simplement parce qu'une limite, spatiale, temporelle ou quant aux activités concernées, a été prévue. Ces limites pourraient n'être alors que des clauses de style, l'employeur étant assuré que, à les supposer contestées par le salarié, elles seraient simplement réduites par le juge. En attendant, la contrainte pesant sur le salarié serait injustifiable, dans la mesure où, même informé du caractère excessif de la clause, il ne sait pas dans quelle mesure le juge la validera. L'exigence de limitation de l'interdiction de concurrence n'a de sens que si elle donne vie à une clause licite. Excessive, la clause est illicite. La rigueur des termes de l'article L. 1121-1 du

(21) Par ex., Cass. soc., 9 oct. 2002, précité.

(22) Cass. soc. 25 mars 1998, n° 95-41.543, Bull. civ., V, n° 174 ; Dr. soc. 1998, p. 545 et l'article de R. Vatinet, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », Dr. soc. 1998, p. 534, spéc. p. 538 ; RJS 6/98, n° 730 ; TPS 1998, p. 11, n° 231 ; D. 1998, I.R., p. 132.

(23) Cass. soc. 25 mars 1998, n° 94-20.780, Bull. civ., V, n° 176.

(24) En ce sens, voir F. Gaudu et R. Vatinet, *Les contrats de travail*, op. cit., n° 311 ; F. Favennec-Héry, « Tempête sur la clause de non-concurrence », Semaine sociale Lamy, 21 oct. 2002, p. 6, spéc. p. 7. Jusqu'à ces arrêts, le pouvoir de réfaction judiciaire ne s'exerçait pas lorsque le salarié, respectant une clause de

non-concurrence illicite, demandait au juge d'en prononcer la nullité.

(25) Cass. soc., 18 sept. 2002 précité, n° 00-42.904, Bull. civ., V, n° 272, Dr. soc. 2002, p. 1007, obs. R. Vatinet ; RJS 2002, n° 1231.

(26) Elle retrouve à s'appliquer en cas de disparition de la clause conventionnelle.

(27) Sur ces questions, voir notre thèse, *L'ordre public en droit du travail*, préf. F. Gaudu, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2007, nos 199 s.

(28) Même si l'appréciation finale revient au juge, non lié par l'appréciation des signataires.

Code du travail (29), siège du contrôle de légitimité et de proportionnalité, plaide également en faveur d'une sanction vigoureuse, celle de la nullité. Seule, cette dernière sanctionne efficacement l'atteinte à une liberté fondamentale du salarié, sa liberté d'exercer une activité professionnelle. Une telle atteinte n'est licite que si, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, elle est suffisamment limitée et cette exigence doit se vérifier dès la stipulation de la clause (et non pas résulter de sa correction judiciaire postérieure) (30). Enfin, il est aussi permis de considérer que la clause excessive ne correspond pas à l'intérêt légitime de l'entreprise, la protection de cet intérêt se contentant d'une interdiction de concurrence plus limitée. C'est donc également l'exigence de légitimité qui est impactée par une clause excessive : la clause qui dépasse ce qui est strictement indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise n'est pas légitime. Il est vraisemblable qu'une clause excessive, en ce qu'elle empêche le salarié d'exercer normalement son activité professionnelle (que l'excès réside dans les limites spatio-temporelles ou dans les activités prohibées), est également excessive par rapport à ce qu'exige la protection des intérêts légitimes de l'entreprise.

Les motifs de l'arrêt du 12 octobre 2011 pourraient laisser penser que les juges doivent désormais prononcer la nullité de la clause excessive, lorsque cette nullité est sollicitée par le salarié. La sanction doit être en conformité avec l'objectif de protection poursuivi par les règles applicables en la matière.

B. Une nullité ou une réduction « de protection »

La Chambre sociale de la Cour de cassation a donc admis la nullité de la clause, tout en prenant soin de préciser 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* ». La portée de cette affirmation doit être mesurée. Il est incontestable que cette solution est valable quelle que soit la source de l'excès : temps, espace, activité. Il doit en aller de même à propos de la

contrepartie financière. Celle-ci représente le prix à payer par l'employeur qui porte atteinte au libre exercice d'une activité professionnelle par le salarié. Elle peut être vue comme l'un des paramètres de la proportionnalité : dépourvue de contrepartie financière, l'interdiction de concurrence est excessive par rapport à l'atteinte portée à une liberté fondamentale. Si le salarié demande la nullité de la clause dépourvue de contrepartie pécuniaire, ou dotée d'une contrepartie dérisoire, cette nullité devra être prononcée. Le juge ne saurait dès lors appliquer la contrepartie stipulée dans l'accord collectif, que celui-ci soit antérieur ou postérieur à la stipulation contractuelle. Lorsqu'il n'y a pas de concours de normes, la nullité doit aussi être prononcée, le juge ne pouvant, de l'avis d'une doctrine avisée, fixer lui-même le montant de la contrepartie financière (31). Est-ce à dire que les juges du fond n'ont plus le choix de la sanction, nullité ou réduction, et doivent prononcer la nullité lorsque celle-ci est sollicitée par le salarié ? Si tel est bien le cas, faut-il limiter la portée de l'arrêt aux seuls conflits entre contrat de travail et accord collectif ou la solution concerne-t-elle aussi les clauses excessives en soi, par rapport aux exigences jurisprudentielles et en dehors de tout conflit de normes ?

En réalité, ces questions intéressent l'office du juge. A s'en tenir au motif cité ci-dessus, les juges du fond, en présence d'une demande de nullité émanant du salarié, n'auraient plus le choix de la sanction. Tenus de prononcer la nullité sollicitée, ils ne sauraient lui préférer la réduction, que la clause soit excessive en elle-même ou qu'elle le soit par rapport à la convention collective applicable. Cette dernière ne doit pas jouer à l'encontre du salarié, surtout en présence d'une clause attentatoire à l'un de ses droits ou libertés fondamentaux. Elle ne peut que réglementer l'interdiction de concurrence, dans un sens plus favorable que la loi (32). L'accord collectif n'a sans doute pas à préciser que les conditions qu'il pose en la matière le sont à titre de validité de la clause, pour qu'il en soit ainsi.

Plus fondamentalement, s'agissant de protéger le salarié, la sanction d'une clause illicite ou excessive doit être conforme à ses intérêts. L'on sait déjà que la nullité en la matière est une nullité relative, seul le salarié

(29) « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». Se prononçant en faveur de la nullité en cas de violation de ce texte, cf. not., J.-E. Ray, « Une loi peut en cacher une autre. Aspects inattendus du texte sur le recrutement », *Liaisons soc.*, Le mensuel, 1993, n° 77, p. 73, spéc. p. 74 ; I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2001, n° 495 ; P. Waquet, « Le bermuda ou l'emploi », *obs. sous Cass. soc.* 28 mai 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 808, spéc. p. 812.

(30) Pour une critique plus développée de la jurisprudence admettant le pouvoir de réfaction du juge, cf. notre étude

« Clause de non-concurrence illicite et responsabilité civile de l'employeur », *JCP, S.*, 2006, 1575, spéc. p. 14 s.

(31) Cf. not. P.-H. Antonmattéi, *Les clauses du contrat de travail*, éd. Liaisons, 2^e éd., 2009, p. 112 : la condition de contrepartie financière « *n'interfère pas dans l'appréciation de l'impossibilité pour le salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle qui est le critère de cette réfaction judiciaire* ». Dans le même sens, F. Favennec-Héry, « Tempête sur la clause de non-concurrence », *article précité*, p. 8.

(32) C'est-à-dire, la jurisprudence faisant corps avec la loi qu'elle interprète, en durcissant les conditions jurisprudentielles de validité de la clause.

pouvant l'invoquer (33). Désormais, il est permis de soutenir que la réduction est une « réduction relative » qui ne doit opérer que si le salarié la demande. Dans plusieurs décisions mettant en cause une clause contractuelle de non-concurrence, moins favorable que la clause conventionnelle correspondante, la Cour de cassation a considéré que la première devait être mise en conformité avec la seconde. La clause restait donc licite dans les limites prévues par l'accord collectif. Cette solution a été appliquée lorsque la clause contractuelle était dépourvue de l'indemnité compensatrice exigée par la convention collective (34), ou lorsque la première prévoyait une durée d'interdiction de concurrence plus longue que la seconde (35). Par ailleurs, dans une affaire mettant en cause l'accord national interprofessionnel des VRP, la Cour de cassation a pu approuver la Cour d'appel d'avoir mis la clause de non-concurrence en conformité avec l'accord collectif postérieur (36). Dans chacune de ces affaires, la nullité de la clause de non-concurrence était sollicitée par l'employeur, qui tentait ainsi d'échapper au versement de « l'indemnité compensatrice » exigée par l'accord collectif (37).

Les règles conventionnelles ou jurisprudentielles qui règlementent l'obligation de non-concurrence sont édictées dans un souci de protection du salarié. Seul ce dernier doit pouvoir les invoquer. Mais n'est-il pas possible d'aller plus loin et de préconiser une adaptation de l'office du juge en fonction de ce que requiert l'intérêt du salarié ? Que la clause litigieuse soit excessive en elle-même ou par rapport à l'accord collectif applicable, le juge devrait appliquer la sanction qui favorise le salarié. Réserver le droit de critique au seul bénéficiaire des règles de protection, lorsque tel est son intérêt, ne devrait pas s'opposer à ce que le juge vole à son secours lorsque ce même intérêt requiert son aide (38). La réduction de la clause, et sa mise en conformité avec l'acte collectif, ont ainsi pu être opérées dans des hypothèses où le salarié, pour s'opposer à la demande de dommages et intérêts pour violation de l'interdiction de concurrence, en

invoquait la nullité. Celui-ci, ayant dès lors respecté la clause dans ce qu'elle avait de raisonnable, devait bénéficier de la contrepartie prévue (39).

La réfaction judiciaire de la clause ne devrait dès lors être prononcée qu'à la demande du salarié ou lorsque, même en l'absence d'une telle demande, tel est son intérêt indéniable.

La clause de non-concurrence plus contraignante que la convention collective applicable doit donc être annulée, sauf si le salarié ne revendique pas cette nullité ou que son prononcé le desserve. Cette solution doit s'appliquer même lorsque la convention collective est postérieure au contrat de travail, que la clause contractuelle soit illicite en elle-même (40) ou simplement plus contraignante que l'accord collectif. Il doit en aller de même de la réduction de la clause, qui doit être prononcée uniquement à la demande du salarié et lorsque tel est son intérêt. L'arrêt du 12 octobre 2011, qui énonce clairement que le juge ne peut pas réduire le champ d'application de la clause de non-concurrence, dès lors que seule sa nullité est invoquée par le salarié, pourrait mettre un terme aux hésitations jurisprudentielles en la matière. Il est permis de penser que cette solution est applicable, qu'il y ait ou pas conflit de normes. Cet arrêt s'inscrit en tout cas dans un mouvement jurisprudentiel récent, qui marque la volonté de réduire l'emprise de l'acte collectif sur le contrat individuel de travail (41). Il pourrait aussi signifier que, désormais, et contrairement à ce qu'admettait jusque-là la Cour de cassation, l'acte conventionnel ne puisse pas imposer une interdiction de concurrence sans le relai du contrat de travail. Cette évolution serait conforme au souhait des partenaires sociaux, l'article 10 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 (42) stipulant que « *les contrats de travail devront préciser les conditions de mise en œuvre* » des clauses de non-concurrence (notamment). Il a été relevé que « *l'accord se contente d'attendre des pouvoirs publics*

(33) Cass. soc., 7 juill. 1988, n° 85-44.180, Bull. civ., V, n° 423 ; Cass. soc., 3 mai 1989, n° 86-41.452, Bull. civ., V, n° 324 ; Cass. soc., 25 janv. 2006, 04-43.646, Bull. civ., V, n° 25.

(34) Cf. Cass. soc., 2 avr. 1981, n° 79-40.526, Bull. civ., V, n° 315, où la Cour de cassation souligne toutefois que la convention collective n'a pas prévu la nullité de la clause en cas d'absence d'indemnisation. Mais, on l'a vu, cet argument n'est pas décisif, les juges ayant parfois procédé à cette mise en conformité alors que la validité de l'obligation de non-concurrence était soumise au respect de l'accord collectif.

(35) Par ex., Cass. soc., 2 avr. 1981, n° 79-41.083, Bull. civ., V, n° 316.

(36) Cass. soc., 2 juill. 1984, n° 82-41.021, Bull. civ., V, n° 278 (durée contractuelle de l'interdiction de concurrence de quatre ans contre deux dans l'accord collectif et absence de contrepartie pécuniaire).

(37) Voir déjà Cass. soc., 21 mars 1978, n° 76-40.568, Bull. civ., V, n° 216, affirmant que l'employeur n'était pas recevable à invoquer la nullité partielle d'une clause de non-concurrence

prévue pour une durée supérieure à celle fixée par la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie « *dès lors que cette sanction est instituée au seul profit du salarié et que celui-ci ne s'en prévaut pas* ». Il semble cependant que, dans cette affaire, l'employeur sollicitait la nullité de l'obligation de non-concurrence et non sa nullité partielle.

(38) Sur ces questions, voir notre article, « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », D. 2007, n° 32, p. 2257.

(39) Cass. soc., 22 oct. 2008, n° 07-42.035, Bull. civ., V, n° 201 (clause contractuelle ayant un champ territorial d'application plus étendu que celui prévu par la convention collective nationale de l'immobilier).

(40) Cass. soc., 28 sept. 2011, précité.

(41) Voir aussi, affirmant qu'un accord de modulation du temps de travail emportait modification du contrat de travail, Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 08-43.161, Bull. civ., V, n° 197.

(42) Accord sur la modernisation du marché du travail.

l'encadrement de (ces) clauses, et ne fixe lui-même aucune règle précise ». L'article 10 se contente en effet d'imposer aux parties contractantes de prévoir « *les conditions de mise en œuvre* » de ces clauses, sans que l'on sache si ces conditions sont relatives à leur validité (...) ou à leur exécution (...) (43). La Cour de cassation

aurait-elle décidé de prendre les choses en main et de ne pas attendre une hypothétique intervention législative ?

Florence Canut

(43) C. Radé, « L'accord et le régime du contrat de travail : la porte ouverte... mais à quelles réformes ? », *Dr. soc.*, 2008, p. 295, spéc. p. 296.

Annexe

CONTRAT DE TRAVAIL – Clause de non-concurrence – Validité – CCN des VRP – Limites du secteur attribué – Clause contractuelle plus restrictive pour le salarié – Nullité (oui).

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 12 octobre 2011

Société Moreau contre B. (pourvoi n° 09-43.155)

Attendu selon l'arrêt attaqué (Reims, 16 septembre 2009), que M. B. a été engagé par la société Sofimo en qualité de VRP chargé de la commercialisation de produits agricoles betteraviers suivant contrat de travail à effet du 1^{er} janvier 1991 comportant une clause de non concurrence ; qu'il a démissionné de ses fonctions par lettre du 2 août 2007 ; qu'invoquant la violation par le salarié de son obligation de non-concurrence, la société SNM, devenue société Moreau, venant aux droits de la société Sofimo, a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la condamnation du salarié au paiement de diverses sommes ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire nulle la clause de non-concurrence, alors, selon le moyen :

1°/ que la société Moreau exposait que la clause de non-concurrence, telle qu'elle était rédigée, engendrait une interdiction limitée au marché de la betterave de sorte que M. B. pouvait exercer son métier de commercial dans tout autre secteur de la mécanisation agricole, tandis que M. B. lui-même affirmait en page 8 de ses propres conclusions oralement reprises qu'une partie au moins des produits distribués par la société Grimme, son nouvel employeur, n'était pas directement concurrentielle des produits de la société Moreau ; qu'en se bornant à dire, pour en déduire que la clause de non concurrence était nulle, que celle-ci « signifiait pour ce salarié la certitude de ne pouvoir retrouver un emploi dans son secteur d'activité », sans rechercher, ainsi qu'il le lui était demandé, en quoi une interdiction de commercialiser les seuls produits de mécanisation agricole betteraviers interdisait au salarié d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble les articles L. 1121-1 et L. 1221-1 du Code du travail et L. 1134 du Code civil ;

2°/ que subsidiairement lorsque la clause de non-concurrence prévoit un champ d'application plus étendu que celui défini par la convention collective, elle n'est valable que dans la limite définie par ladite convention collective et c'est dès lors, au regard de ce champ d'application réduit que le juge doit apprécier si la clause laisse au salarié la possibilité

d'exercer une activité professionnelle conforme à sa formation, à ses connaissances et à son expérience professionnelle ; qu'en refusant de réduire le champ d'application de la clause de non-concurrence, conformément aux prévisions de la convention collective applicable, au motif que « *telle qu'initialement conçue* » la clause caractérisait pour le salarié une entrave à la liberté du travail, cependant qu'il lui incombait d'examiner cette condition au regard du champ d'application réel de la clause, savoir celui plus restreint défini par la convention collective, la Cour d'appel a violé par fausse application le principe de libre exercice d'une activité professionnelle ensemble les articles L. 1121-1 et L. 1221-1 du Code du travail et L. 1134 du Code civil et par refus d'application, l'article 17 de l'accord national interprofessionnel des VRP du 3 octobre 1975 ;

Mais attendu que la convention collective des VRP ayant réglementé la clause de non-concurrence, le contrat de travail ne pouvait valablement contenir des dispositions plus contraignantes pour le salarié ;

Et attendu qu'après avoir rappelé que l'article 17 de l'accord national interprofessionnel des VRP du 3 octobre 1975 disposait que l'interdiction de concurrence était limitée aux secteurs et aux catégories de clients que le VRP était chargé de visiter au moment de la rupture, la Cour d'appel a constaté que l'interdiction faite à M. B. de s'occuper de matériels similaires ou concurrents à ceux commercialisés par la société Moreau dans le nord de la France, au sud d'une ligne Nantes-Lyon, excédait le secteur géographique qui lui avait été confié, de sorte que cette interdiction était plus contraignante que celle définie par l'accord collectif ; que la Cour d'appel, qui ne pouvait réduire le champ d'application de la clause de non-concurrence dès lors que seule sa nullité était invoquée par le salarié, a exactement retenu qu'elle était nulle ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi.

(M. Lacabarats, prés. - Mme Sommé, rapp. - M. Lalande, av. gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Potier de La Varde et Buk-Lament, av.)