

Stipulation d'une clause de non-concurrence nulle et indemnisation du salarié

Cour de cassation (Ch. Soc.) 12 janvier 2011

par *Florence CANUT*, Maître de conférences à l'Université Montpellier 3

PLAN

- I. La nullité de la clause de non-concurrence
 - A. Les causes de nullité de la clause de non-concurrence
 - B. L'acte juridique support de la clause nulle
- II. Le préjudice « nécessairement » subi par le salarié
 - A. La source du préjudice
 - B. La nature du préjudice

La Chambre sociale de la Cour de cassation a rendu, le 12 janvier 2011, un arrêt d'un grand intérêt relatif à la clause de non-concurrence (ci-après p. 214). Promis à une publication au Bulletin (P+B), il contribue à relancer le débat autour des liens entre responsabilité civile de l'employeur et clause de non-concurrence illicite. S'il mérite de retenir l'attention, c'est non seulement pour le principe qu'il pose mais aussi pour ses possibles répercussions sur la jurisprudence qui s'est construite autour de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence.

Un salarié a été engagé par la société Eurogard, devenue Group 4 Sécuritor, à compter du 4 septembre 2002 en qualité d'agent de surveillance, intervenant rondier. Trois ans plus tard, il saisit le Conseil de prud'hommes de demandes d'annulation de sanctions disciplinaires et de résiliation judiciaire de son contrat de travail. Débouté de ses demandes par le juge prud'homal (1), il interjette appel en ajoutant à sa requête initiale une demande d'indemnisation au titre du harcèlement moral et une autre en annulation d'une clause de non-concurrence et en réparation du préjudice consécutif à l'illicéité et à l'annulation de la clause. La Cour d'appel de Douai a refusé de prononcer l'annulation des sanctions disciplinaires mais a, en revanche, prononcé la résiliation judiciaire du contrat de travail, pour manquement de l'employeur à ses obligations en matière de sécurité. Enfin, elle a débouté le salarié de sa demande d'indemnisation au titre du harcèlement moral et au titre du préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence. La cassation intervient sur ces deux points. La question relative au harcèlement moral sera laissée de côté, dans la mesure où la cassation est prononcée car la Cour d'appel, n'ayant pas pris en compte les éléments fournis par le salarié, s'est prononcée par des motifs inopérants. L'arrêt se contente ici de confirmer la jurisprudence antérieure quant à la charge de la preuve en la matière.

Le véritable apport de l'arrêt se situe sur le terrain de la clause de non-concurrence. La Cour d'appel, après avoir annulé la clause litigieuse, a refusé de faire droit à la demande d'indemnisation du salarié aux motifs que « *cette annulation concomitante de la résiliation du contrat de travail, n'avait causé aucun préjudice réel et certain au salarié qui n'avait pas eu à la respecter, disposant de toute liberté pour occuper le même emploi chez un autre employeur* ». La censure de la Cour de cassation s'opère au visa des articles 1147 du Code civil (2) et L. 1121-1 du Code du travail (3), après l'énoncé d'un attendu de principe, selon lequel « *la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié* » (4).

(1) Comme nous l'apprend la lecture de l'arrêt d'appel.

(2) Siège de la responsabilité inhérente aux obligations de résultat.

(3) Fameux article selon lequel « *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 ».

(4) Dans le même sens, voir Cass. soc., 1^{er} févr. 2011, n° 09-40542, inédit.

La mesure de la portée de cet arrêt nécessite, dans un premier temps, de circonscrire le champ de la nullité de la clause, susceptible d'entraîner la mise en cause automatique de la responsabilité civile de l'employeur (I). Il faudra, dans un second temps, tenter de cerner les contours du préjudice subi par le salarié (II).

I. La nullité de la clause de non-concurrence

L'examen des causes possibles de nullité de la clause de non-concurrence devra d'abord être effectué (A). Il s'agira ensuite de s'interroger sur l'acte juridique susceptible de constituer le support de la clause nulle (B).

A. Les causes de nullité de la clause de non-concurrence

Il aurait été souhaitable que la Cour de cassation fasse apparaître, dans le résumé des faits, l'origine de la nullité de la clause, ce qu'elle ne fait pas. Il faut donc lire l'arrêt d'appel pour apprendre que la nullité résulte en l'espèce de l'absence de contrepartie pécuniaire. Plus précisément, le contrat de travail stipulait que « *la clause de non-concurrence ne comporte aucune contrepartie financière à la charge de l'employeur* ». Fallait-il que ce dernier ignore le séisme provoqué par les arrêts 10 juillet 2002 (5) qui ont ajouté l'exigence d'une telle contrepartie aux conditions de validité de la clause de non-concurrence ! Les clauses dépourvues de contrepartie financière, même si elles ont été stipulées avant le revirement de 2002, sont donc illicites. Sur ce terrain, la nullité peut tenir non seulement à l'absence de contrepartie pécuniaire, mais, encore, à son caractère dérisoire. En effet, la Cour de cassation considère, logiquement, qu'une contrepartie dérisoire équivaut à une absence de contrepartie (6).

Les causes de nullité peuvent également venir du non-respect de l'une quelconque des quatre autres conditions de validité (7). Ainsi, est nulle la clause qui empêche le salarié d'exercer son activité professionnelle, celle qui n'est pas limitée dans le temps ou dans l'espace, ou, encore, celle qui n'est pas justifiée par l'intérêt de l'entreprise.

Or, d'après 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* » (8). La formulation de l'arrêt du 12 janvier 2011 est sensiblement différente de celle inaugurée par la Cour de cassation en 2006 (9). Ce n'est plus le respect par le salarié d'une clause *illicite* qui lui cause nécessairement un préjudice, c'est la *stipulation* dans le contrat de travail d'une clause *nulle*. Il n'est sans doute pas besoin de trop s'attarder sur le passage de l'illicéité à la nullité. L'illicéité est un vice affectant un élément constitutif d'un acte juridique et en justifiant l'annulation. Dépourvue de l'une de ses conditions de validité, l'obligation de non-concurrence est illicite et encourt l'annulation. Mais qu'en est-il lorsque la clause, tout en comportant l'ensemble des conditions de validité exigées par la jurisprudence, est excessive ? L'on sait que la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond le pouvoir de restreindre le champ d'application d'une clause indispensable aux intérêts légitimes de l'entreprise « *en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* » (10). Elle admet donc que les juges réduisent la clause au lieu d'en prononcer la nullité. Ceci est regrettable, la nullité semblant la seule sanction efficace et adéquate d'une clause qui porte atteinte de manière disproportionnée aux droits ou libertés du salarié (11). Elle seule permet par ailleurs d'offrir une certaine sécurité juridique à ce dernier, qui doit savoir dans quelle mesure il est contraint par l'obligation de non-concurrence. Or, il ignore dans quelle mesure le juge validera la clause excessive... La stipulation dans le

(5) Cass. soc., 10 juillet 2002, 3 arrêts, D. 2002, p. 2491, note Y. Serra ; JCP 2002, G, II, 10162, note F. Petit ; Dr. Ouv. 2002 p. 533 n. D. Taté ; Sem. soc. Lamy, 21 octobre 2002, n° 1094, p. 6, note F. Favennec-Héry ; D. 2002, p. 3111, obs. J. Péliissier ; Sem. soc. Lamy, 22 juillet 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'imbroglia* », Dr. soc. 2002, p. 949 ; J.-Y. Kerbourc'h, « *Clause d'interdiction de concurrence et contrepartie financière* », RJS 1/03, chron., p. 3.

(6) Cass. soc., 15 nov. 2006, n° 04-46.721.

(7) Cinq conditions cumulatives sont nécessaires à la validité de la clause de non-concurrence. Elle doit être : indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans l'espace et dans le temps, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et, enfin, comporter une contrepartie financière.

(8) Cass. soc. 11 janvier 2006, n° 03-46.933, arrêt n° 105, auréolé des prestigieuses mentions FS-P+B+R+I, JSL 14 février 2006,

n° 183, p. 9, note M.-C. Haller, RJS 3/06, n° 341, Dr. soc. 2006, p. 465, obs. J. Mouly ; Cass. soc. 11 janvier 2006, n° 03-47.020, arrêt n° 106 ; Cass. soc. 15 février 2006, n° 03-47.941 ; Cass. soc. 22 février 2006, n° 04-47.717, n° 04-40.387 ; Cass. soc. 15 mars 2006, n° 04-45.984, n° 04-45.031 ; Cass. soc. 22 mars 2006, n° 04-45.546, JCP, Social, n° 15, Jurisp. 1297, p. 38, note I. Beyneix ; Cass. soc. 4 avril 2006, n° 04-43.935. Sur ces arrêts, voir notre étude, « *Clause de non-concurrence illicite et responsabilité civile de l'employeur* », JCP, S, 2006, 1575.

(9) Et confirmée depuis. Voir, par ex., Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 09-42.389, Revue Lamy Droit des affaires, janv. 2011, p. 57, avec nos obs. ; Cass. soc., 9 fév. 2011, n° 09-41.585, inédit.

(10) Cass. soc., 18 sept. 2002, Dr. soc. 2002, p. 1007, obs. R. Vatinet ; RJS 2002, n° 1231. Il résulte de cette décision que, non seulement, le juge peut réduire la portée de la clause dans le temps ou dans l'espace, mais peut aussi en limiter le champ d'application quant à l'activité concernée.

(11) Pour une critique de cette jurisprudence, voir notre étude précitée, JCP, S, 2006, 1575, n° 12 s.

contrat de travail d'une clause de non-concurrence excessive cause-t-elle « nécessairement un préjudice au salarié » ? Il n'est pas sûr que la haute Cour englobe cette hypothèse dans sa nouvelle jurisprudence. Mais le contraire n'est pas certain non plus, puisque les juges du fond pourraient aussi bien prononcer la nullité de la clause qu'en réduire le champ d'application... Et puis, la réfaction judiciaire de la clause peut aussi être analysée comme une « nullité réduction ». On le voit, l'incertitude domine la question. Elle serait balayée si la Cour de cassation déniait enfin aux juges du fond le pouvoir de réduire la clause de non-concurrence excessive. Cela rajoute un argument à ceux, déjà nombreux, qui plaident en faveur de la disparition du pouvoir de réfaction judiciaire en la matière.

L'attendu de principe se réfère à une clause stipulée dans le contrat de travail. Qu'en est-il des clauses insérées dans les conventions collectives ?

B. L'acte juridique support de la clause nulle

La question qui se pose est de savoir si la solution résultant de l'arrêt étudié ne concerne que les clauses contractuelles ou peut également être étendue aux clauses conventionnelles. A s'en tenir à la seule cause de nullité inhérente au défaut de contrepartie financière, l'on ne peut pas affirmer avec certitude que toutes les clauses conventionnelles stipulées, notamment, avant le revirement jurisprudentiel de 2002 ont été régularisées. Il est également possible que les conventions collectives comportent des clauses ne respectant pas les autres

conditions de validité posées par la jurisprudence. Elles peuvent aussi contenir des clauses excessives, car non suffisamment limitées dans le temps, dans l'espace, ou quant à l'activité concernée.

Or, la Cour de cassation admet qu'une convention collective puisse directement imposer une obligation de non-concurrence au salarié, dès lors qu'il a été informé de l'existence de la convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance (12). Certes, cette jurisprudence est critiquable pour de multiples raisons qu'il serait hors de propos de rappeler ici (13). Elle repose sur un artifice, d'après lequel le salarié, supposé avoir pris connaissance du contenu de l'acte conventionnel, aurait accepté d'être soumis à l'obligation en cause. Mais, tant que cette jurisprudence est maintenue, ne devrait-elle pas logiquement conduire à indemniser les salariés visés par la clause nulle ? Etant censés avoir eu connaissance de la clause incriminée, les salariés concernés ont nécessairement subi le même préjudice que ceux qui ont vu une telle clause être stipulée dans leur contrat de travail... Pour éviter cette solution, ou une dichotomie difficilement justifiable selon que la clause nulle est d'origine contractuelle ou conventionnelle, reste à exhorter la Cour de cassation à abandonner sa jurisprudence consistant à admettre qu'une convention collective puisse imposer au salarié des obligations, de nature pourtant foncièrement contractuelle, sans passer par le relais du contrat de travail (14).

Si des questions relatives au champ d'application de l'arrêt du 12 janvier 2011 se posent, il en apparaît d'autres quant au préjudice « nécessairement » subi par le salarié.

II. Le préjudice « nécessairement » subi par le salarié

La source du préjudice réside dans la stipulation d'une clause nulle (A). Emportant mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de l'employeur, cette stipulation conduit à s'interroger sur la nature du préjudice subi par le salarié (B).

A. La source du préjudice

Alors que les arrêts du début de l'année 2006 énonçaient que le préjudice nécessairement subi par le salarié résultait du respect de la clause illicite, celui du 12 janvier 2011 juge que la source du préjudice se trouve dans la stipulation de la clause. Ce n'est donc pas ici le

respect d'une clause illicite (ou nulle) qui explique le droit à indemnisation, c'est sa seule stipulation.

Une deuxième source de responsabilité automatique est donc mise à la charge de l'employeur. Nul doute qu'il devra toujours réparer le préjudice subi par le salarié qui a respecté une clause nulle. Mais il devra aussi indemniser le salarié qui, n'ayant pas eu à la respecter, après en avoir fait constater la nullité au moment de la rupture des relations contractuelles, a été « victime » de l'insertion dans son contrat de travail d'une telle clause. C'est l'hypothèse de notre arrêt. L'employeur devra également sans doute, le cas échéant, réparer à la fois le

(12) Voir not., Cass. soc., 8 janv. 1997, n° 93-44.009, Bull. civ., V, n° 8.

(13) Sur cette question, voir notre thèse, *L'ordre public en droit du travail*, L.G.D.J., 2007, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, n° 460 s. Voir aussi notre commentaire sous Cass. soc., 15 sept.

2010, n° 09-42.277, Revue Lamy Droit des affaires, nov. 2010, p. 49, spé. p. 50.

(14) Comme elle a dû le faire à propos de la période d'essai, suite à la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 qui interdit qu'une telle période puisse résulter directement de l'acte conventionnel. Voir Cass. soc., 15 sept. 2010 précité.

préjudice résultant du respect d'une clause nulle et celui résultant de la stipulation d'une telle clause, les deux chefs de préjudice étant différents. Enfin, même si le salarié n'a pas respecté la clause nulle, après la rupture du contrat, il devra être indemnisé du préjudice qu'il a « nécessairement » subi au cours de la relation contractuelle. En effet, on ne voit pas ce qui pourrait justifier un traitement différent entre le salarié qui n'a pas respecté, de son propre chef, une clause nulle et celui qui en a fait constater la nullité au moment de la rupture des relations contractuelles. Dans les deux cas, le salarié a subi un préjudice résultant « nécessairement » de la stipulation d'une clause nulle.

Comment justifier la mise en cause de la responsabilité civile contractuelle de l'employeur, fondement du droit à réparation comme l'illustre le visa de l'article 1147 du Code civil ? Par la faute qu'il a commise en stipulant une clause de non-concurrence nulle. La chambre sociale de la Cour de cassation a déjà pu préciser qu'en « *insérant dans le contrat de travail une clause de non-concurrence illicite en ce qu'elle ne comportait pas pour la société l'obligation de verser au salarié une contrepartie financière (...), l'employeur avait commis une faute* » (15). Cette faute résulte du manquement à une obligation de résultat. Quelle obligation de résultat ? Sans doute celle de ne pas insérer dans le contrat de travail de clauses nulles... Mais, à ce moment là, ne faudrait-il pas considérer que toute clause nulle, tout au moins lorsqu'elle est susceptible de porter atteinte à un droit ou à une liberté du salarié, est source d'un droit à réparation pour préjudice automatique ? L'on pense particulièrement à une clause de mobilité nulle car manquant de clarté et de précision. Certes, la Cour de cassation n'a pas encore affirmé que la *validité* de la clause de mobilité devait être appréciée à l'aune de l'article L. 1121-1 du Code du travail. Il n'est pas exclu qu'elle le fasse, ayant déjà admis que la *mise en œuvre* d'une telle clause était susceptible de porter atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale (16). On le voit, la portée de l'arrêt du 12 janvier 2011, difficile à circonscrire, pourrait être considérable.

L'autre question qui vient immédiatement à l'esprit consiste à se demander quel est le préjudice subi nécessairement par le salarié du fait de la stipulation d'une clause nulle.

B. La nature du préjudice

Dans les six arrêts de cassation rendus au début de l'année 2006 (17), la Chambre sociale avait, comme en l'espèce, visé les articles 1147 du Code civil et L. 120-2 (devenu L. 1121-1) du Code du travail. Était également visé à l'époque le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, référence absente de l'arrêt ici étudié. Le préjudice subi « nécessairement » par le salarié qui *respecte* une clause illicite résulte d'une atteinte, non justifiée (et/ou peut-être également non proportionnée) à sa liberté du travail ou, comme le dit désormais la Cour de cassation, au « *principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle* ».

Qu'en est-il lorsque le préjudice résulte de la *stipulation* de la clause nulle ? Faut-il considérer qu'il résulte de la contrainte illicite que la clause incriminée a fait peser sur le salarié avant même la rupture du contrat de travail ? La Chambre sociale admettrait-elle enfin que la clause de non-concurrence, qui a certes vocation à jouer après la rupture du contrat, pèse sur le salarié dès sa stipulation, l'empêchant par exemple de démissionner pour un emploi plus rémunérateur ou de créer une entreprise concurrente ? Une telle clause, qu'elle soit licite ou illicite, porte atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle bien avant la rupture des relations contractuelles. Si c'est bien à la reconnaissance de cette contrainte que tend l'arrêt du 12 janvier 2011, l'on regrette que la haute Cour ne l'ait pas affirmé clairement. Cela lui aurait été d'autant plus possible que les moyens du pourvoi, annexés à l'arrêt, se fondaient sur cette argumentation (18). L'on ne voit pas bien quel autre préjudice pourrait avoir subi le salarié, durant les relations contractuelles, du fait de la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle. L'absence de référence au principe fondamental précité n'est sans doute pas dirimante, le recours à l'article L. 1121-1 suffisant à fonder le raisonnement.

Mais si telle est bien la bonne explication, elle pourrait mal se concilier avec d'autres solutions jurisprudentielles. Il devient ainsi difficile d'expliquer pourquoi le paiement de la contrepartie financière ne peut plus, depuis un arrêt du 7 mars 2007 (19), intervenir au cours de la relation contractuelle. En effet, cette solution est justement fondée sur l'idée que la contrepartie pécuniaire doit être versée en compensation d'une atteinte à la liberté du travail...

(15) Cass. soc., 26 janv. 2005, n° 03-40.200 ; Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 04-42.130.

(16) Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, Dr. Ouv. 2009, p. 7, avec nos obs., spé. p. 11 s. Arrêt confirmé, par Cass. soc. 13 janv. 2009, n° 06-45.562.

(17) Seulement l'un des arrêts cités note 8 était un arrêt de rejet.

(18) Le pourvoi soutenait ainsi que le *respect* par le salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice, « *quand bien même la clause a été annulée concomitamment au prononcé de la résiliation judiciaire du contrat, le salarié se voyant empêché tout au long de la relation de travail de postuler dans des entreprises concurrentes et d'accepter d'elles des offres d'embauche* ».

(19) Cass. soc., 7 mars 2007, n° 07-45.511, Bull. civ., V, n° 44.

subie après la rupture du contrat. On y perdrait son latin ! A moins que la jurisprudence inaugurée par l'arrêt du 7 mars 2007 ne s'explique en réalité par le souci de ne pas voir les employeurs réduire les salaires couramment pratiqués, afin de verser la contrepartie mensuellement. Mais il s'agirait alors d'un motif non avoué de ce courant jurisprudentiel... À tout le moins, faudrait-il que la contrepartie versée à l'issue des relations de travail tienne compte aussi de la contrainte subie par le salarié en cours de contrat. La Cour de cassation a par ailleurs refusé, dans un arrêt du 17 novembre 2010 (20), d'ordonner le remboursement des sommes perçues par le salarié, au cours de la relation contractuelle, en vertu d'une clause de non-concurrence pour cette raison illicite. Elle considère en effet que ce versement ne se trouve pas dépourvu de cause, celle-ci résidant sans doute dans le contrat de travail tout entier. Mais, si le salarié subit une atteinte à sa liberté du travail dès la stipulation de la clause, il faudrait alors admettre qu'il conserve les sommes perçues, en vertu d'une clause nulle, à titre de compensation. En effet, en cas d'annulation d'un contrat (ou d'une clause séparable du reste du contrat), « *chaque partie doit restituer ce qu'elle a reçu en exécution du contrat car cette réception se trouve devenue sans cause du fait de l'annulation* » (21). La restitution par l'employeur n'étant pas possible en matière d'obligation de non-concurrence, elle se fera en valeur. Pourquoi, enfin, le salarié ne pourrait-il pas bénéficier d'une contrepartie financière lorsque, soumis à une clause de non-concurrence licite, il en est libéré au moment de la rupture du contrat par un employeur exerçant la faculté de renonciation éventuellement prévue ? Si ce dernier n'a, dans cette hypothèse, commis aucune faute, ce qui empêche de raisonner en termes de responsabilité civile, le salarié a, en revanche, d'ores et déjà, subi une atteinte à sa liberté.

On le voit, considérer que la clause de non-concurrence porte atteinte à la liberté de travail avant même la rupture du contrat conduit à douter de la pérennité de solutions jurisprudentielles, même rendues à propos de clauses licites. En effet, qu'elle soit licite ou pas, le salarié subit la même atteinte pendant la relation contractuelle.

La seule façon de sortir de ces impasses serait de considérer que la faute commise par l'employeur justifie sa condamnation à verser des dommages et intérêts... punitifs ! Il faudrait alors admettre que la responsabilité civile remplit ici une fonction de peine privée, certes de façon officieuse. Il n'y aurait alors pas d'incohérence au

maintien des orientations jurisprudentielles précitées à propos des clauses licites. C'est la faute commise par l'employeur qui stipule une clause illicite qui génère en soi le droit à réparation. Mais l'explication ne convainc pas vraiment dans la mesure où le visa de l'article L. 1121-1 du Code du travail donne à penser que le préjudice est réel. Réel, mais présumé de manière irréfragable. Il n'a en tout cas pas à être prouvé par le salarié. Mais *quid* d'un salarié qui aurait été informé dès la stipulation de la clause de son caractère illicite ? Il n'a, dans cette hypothèse, pas subi d'atteinte à sa liberté de travail puisqu'il se savait non tenu par la clause. Mais, outre que la preuve de cette connaissance serait très difficile à apporter, les motifs de la Cour de cassation dans l'arrêt étudié ne conduisent pas à de telles subtilités : la stipulation d'une clause nulle cause nécessairement un préjudice au salarié, un point c'est tout !

Les juges du fond devront évaluer ce préjudice. Pourront-ils accorder au salarié une indemnité dérisoire ? C'est difficile à dire. Il faudra sans doute qu'ils tiennent compte de son ancienneté, ou tout du moins de la durée pendant laquelle le contrat a vécu avec la clause nulle, puisque c'est elle qui va en partie déterminer l'ampleur de la contrainte subie. Ils devront également tenir compte des éventuelles offres d'emploi que le salarié aurait pu refuser du fait de l'existence de la clause litigieuse. En l'espèce, il faut remarquer que le salarié est demeuré au service de la société jusqu'au prononcé de la résiliation judiciaire du contrat, malgré le conflit qui l'opposait à l'employeur (22), ce qui devra avoir des répercussions sur le niveau de ses dommages et intérêts.

Les conséquences du revirement du 10 juillet 2002 continuent de se faire sentir. Neuf ans après, cet arrêt en est une nouvelle illustration. Même si l'on a pu approuver la Cour de cassation d'avoir ajouté l'exigence d'une contrepartie financière aux conditions de validité de la clause de non-concurrence, l'on ne peut que regretter le degré de sophistication que la jurisprudence a atteint en la matière. Il devient très difficile d'avoir une lecture claire des arrêts qui sont rendus sur ce thème, comme il devient très difficile de mettre en avant une ligne jurisprudentielle directrice. L'on en vient presque à regretter que les arrêts de 2002 aient été rendus, c'est dire ! Sans compter que l'on peut se demander si le débat autour de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (23), en partie issu de ces décisions, aurait été aussi vif si la solution consacrée était

(20) Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 09-42.389, Revue Lamy Droit des Affaires, janv. 2011, p. 57, avec nos obs.

(21) A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, 9^e éd., 2003, n° 222.

(22) Le fait que le salarié soit un salarié protégé peut sans doute expliquer en partie cette situation.

(23) Voir not., *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005 (rapport remis le 30 nov. 2004 au Premier président de la Cour de cassation par un groupe de travail présidé par N. Molfessis). Add. E. Gayat et A. de Senga « Un débat sur la nature et le rôle de la jurisprudence ou une promotion de la sécurité juridique des employeurs ? Deux arrêts pour un rapport » Dr. Ouv. 2005 p. 146 ; M. Poirier « À propos des revirements de jurisprudence : cris et chuchotements », Dr. Ouv. 2008 p. 457.

réellement incontestable... Ne vaudrait-il pas mieux que les juges soient inflexibles sur la preuve du caractère légitime de la clause ? Est-il certain que toutes les clauses jugées licites soient *indispensables* (24) à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ? La réglementation relative à la concurrence déloyale ne suffit-elle pas à protéger ces intérêts ? Vraiment ? Il faut, néanmoins, reconnaître que les interrogations issues de l'arrêt du 12 janvier 2011 subsistent même lorsque l'illicéité de la clause résulte du non-respect d'une condition de validité autre que l'exigence de contrepartie financière. C'est

(24) Et pas seulement *nécessaires*.

toutefois essentiellement sur ce terrain là que sont rendus la grande majorité des arrêts dans la période récente.

Les employeurs pourront, au moins, se consoler de ce nouveau cas de responsabilité automatique en constatant que, la prescription étant désormais quinquennale, ils ne seront pas inquiétés pour les clauses dépourvues de contrepartie financière, et stipulées à une période où une telle exigence n'existait pas.

Florence Canut

Annexe

1° CONTRAT DE TRAVAIL – Clause de non-concurrence – Clause illicite – Nullité – Indemnisation – Absence d'effet de la clause – Caractère indifférent.

2° HARCÈLEMENT – Charge de la preuve – Contestation de faits établis par le salarié – Pouvoirs du juge – Présence du salarié dans l'entreprise – Caractère inopérant.

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

G. contre Group 4 Sécuritor (pourvoi n° 08-45.280)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. G. a été engagé par la société Euroguard, devenue Group 4 Sécuritor, à compter du 4 septembre 2002, en qualité d'agent de surveillance, intervenant rondier, qu'il a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir l'annulation des sanctions disciplinaires prononcées à son encontre et la résiliation judiciaire de son contrat de travail ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article L. 1154-1 du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte de ce texte que dès lors que le salarié concerné établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande d'indemnisation au titre du harcèlement moral, l'arrêt énonce que les sanctions n'ont pas été annulées, que se plaignant du harcèlement moral de son employeur il n'avait pas démissionné et avait préféré demander la résiliation de son contrat de travail tout en continuant à exécuter ses fonctions tandis qu'en sa qualité de salarié protégé, il bénéficiait de nombreuses heures de délégation et n'occupait que très peu ses fonctions d'agent de surveillance, intervenant rondier d'autant que ses absences pour maladie l'avaient éloigné à plusieurs reprises du contexte professionnel ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants et sans prendre en compte les éléments fournis par le salarié

notamment les conditions de sa rétrogradation, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le second moyen :

Vu les articles 1147 du Code civil et L. 1121-1 du Code du travail ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande d'indemnisation en réparation du préjudice résultant de l'illicéité et de l'annulation de la clause de non-concurrence, la cour d'appel a retenu que cette annulation, qui était concomitante de la résiliation du contrat de travail, n'avait causé aucun préjudice réel et certain au salarié qui n'avait pas eu à la respecter, disposant de toute liberté pour occuper le même emploi chez un autre employeur ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la stipulation dans le contrat de travail d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a débouté M. G. de ses demandes d'indemnisation en réparation du harcèlement moral subi et du préjudice résultant de l'illicéité de la clause de non-concurrence, l'arrêt rendu le 30 avril 2008, entre les parties, par la Cour d'appel de Douai ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel d'Amiens.

(Mme Collomp, prés. - M. Ballouhey, rapp. - M. Lacan, av. gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Roger et Sevaux, av.)