



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 1130 du 13 octobre 2021 – Chambre sociale

Pourvoi n°20-12.059

**Décision attaquée : 6 décembre 2019 de la cour d'appel de Toulouse
société Adient Fabrics France**

C/ [L] [P]

Faits et procédure

M. [L] [P] a été engagé, à compter du 20 mai 2009, en qualité d'ingénieur développement par une société devenue la société Ardient Fabrics France. Son contrat de travail comportait une clause de non-concurrence.

Il a démissionné selon courrier remis en main propre le 21 mars 2016, le contrat prenant fin le 21 juin 2016.

Le 28 décembre 2016, le salarié a saisi le conseil de prud'hommes de Toulouse aux fins notamment d'obtenir le paiement de la contrepartie de la clause de non-concurrence.

Par jugement du 26 février 2018, le conseil de prud'hommes a notamment dit et jugé que la clause de non-concurrence peut s'appliquer mais doit être ramenée à de justes proportions au regard des dispositions de la convention collective applicable et a condamné l'employeur à payer au salarié une somme à titre de contrepartie à l'application de la clause.

Le salarié a interjeté appel de cette décision et par arrêt du 6 décembre 2019, la cour d'appel de Toulouse a notamment confirmé le jugement déféré en toutes ses dispositions sauf sur le montant de la contrepartie de la clause de non-concurrence, l'a infirmé de ce chef et statuant à nouveau, a condamné l'employeur à payer au salarié le montant de la contrepartie de la clause de non-concurrence figurant au contrat de travail.

L'employeur s'est pourvu en cassation.

Moyen

Au soutien du pourvoi est développé un moyen unique décomposé en trois branches.

Le moyen reproche à la cour d'appel d'avoir dit et jugé que la clause de non-concurrence pouvait s'appliquer et d'avoir condamné l'employeur à payer au salarié des sommes au titre de la contrepartie de la clause de non-concurrence, de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens de l'appel, alors que :

- la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence, ayant la nature d'une indemnité compensatrice de salaire qui tend à sauvegarder la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle et à compenser l'atteinte qui y est portée, est bien une clause pénale que le juge a la faculté de modérer ou d'augmenter ; qu'en énonçant que cette contrepartie financière de la clause de non-concurrence n'était pas une clause pénale dont le montant pût être réduit par le juge au motif inopérant qu'elle avait la nature d'un salaire, la cour d'appel a violé les articles 1231-5 (ancien article 1152) du code civil et L. 1221-1 du code du travail ;
- sauf à considérer que le salarié reconnaissait à son employeur le droit de lever unilatéralement la clause de non-concurrence, les termes de la demande qu'il a adressée le 4 avril 2016 caractérisaient une volonté claire et non équivoque de conclure un avenant de renonciation à la clause de non-concurrence, dont le salarié indiquait qu'elle constituait "un frein et un handicap important pour sa recherche d'emploi", de telle sorte que l'acceptation donnée par l'employeur le 23 mai suivant a permis la formation d'un accord de renonciation, peu important que le salarié ait écarté une offre d'emploi sans attendre l'expiration du délai prévu par son contrat de travail pour la conclusion d'un tel accord ; qu'en jugeant que l'employeur ne pouvait se prévaloir d'aucun accord sur la levée de la clause de non-concurrence, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de la lettre du salarié du 4 avril 2016 et a violé le principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les écrits produits devant lui, ensemble l'article 1103 du code civil ;
- le contrat de travail autorisant les parties à réduire la durée d'application de la clause de non-concurrence ou d'y renoncer au plus tard 8 jours après le dernier jour du travail du salarié, il en résulte que la cour d'appel ne pouvait pas écarter la formation d'un tel accord dans les délais requis au motif que le salarié prétendait avoir renoncé à une offre d'emploi en l'absence de réponse immédiate de l'employeur à sa demande relative à la levée de la clause de non-concurrence, avant même que sa démission ait pris effet et qu'il ait cessé son travail ; qu'en statuant par ce motif inopérant et en jugeant que la clause de non-concurrence devait produire tous ses effets, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail.

Question

La contrepartie financière de la clause de non-concurrence peut-elle être qualifiée de clause pénale ?

DISCUSSION

Sur les deuxième et troisième branches :

La deuxième branche du moyen s'appuie sur un grief de dénaturation. Cette dernière s'entend comme la méconnaissance par le juge du fond du sens d'un écrit clair et précis.

En l'espèce, la cour d'appel a apprécié le contenu de la lettre adressée par le salarié à l'employeur le 4 avril 2016, qu'elle a reproduit pour partie dans sa motivation : *“comme vous devez le savoir très bien, cette clause peut être un frein et un handicap important pour ma recherche d'emploi. Je souhaite savoir SVP la position de [l'employeur] au sujet de cette clause : est-ce que oui ou non cette clause sera maintenue pour mon cas ? Je vous remercie pour votre compréhension.”*

Ce contenu clair et précis qui ne peut donner lieu à aucune interprétation a été valablement analysé par la cour d'appel comme une interrogation adressée par le salarié à son employeur sur la position qu'il comptait prendre quant à l'application de la clause de non-concurrence et non comme une demande de levée de cette clause.

Le grief ne saurait prospérer.

La troisième branche du moyen soutient que la cour d'appel, pour écarter la formation d'un accord entre les parties quant à la renonciation à la clause de non-concurrence, a statué par un moyen inopérant en retenant que le salarié prétendait avoir renoncé à une offre d'emploi en l'absence de réponse immédiate de l'employeur à sa demande relative à la levée de la clause de non-concurrence.

Toutefois, la cour d'appel a retenu que dans la lettre du 4 avril 2016 le salarié n'avait pas sollicité la levée de la clause de non-concurrence mais avait interrogé son employeur sur la position qu'il comptait prendre par rapport à son application, qu'en l'absence de réponse il avait renoncé à une offre d'emploi et qu'il avait refusé de signer l'avenant proposé le 23 mai 2016. La motivation de la cour d'appel pour rejeter l'existence d'un accord quant à la levée de la clause de non-concurrence ne reposant donc pas sur le seul moyen qualifié d'inopérant, ce grief ne peut pas non plus prospérer.

► Je m'associe donc aux propositions de rejet non spécialement motivé présentées par le conseiller rapporteur pour ces deux branches.

Sur la première branche : La clause de non-concurrence est une clause du contrat de travail par laquelle le salarié s'engage, à compter de la rupture de la relation de travail, à ne pas

exercer une activité concurrente à celle de son employeur au profit d'un autre ou pour son propre compte et ce, pendant une période déterminée.

La particularité de cette clause réside ainsi dans le fait qu'elle doit concilier la confrontation d'intérêts antagonistes : le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle pour le salarié et la protection des contraintes économiques et sociales de son entreprise par l'employeur.

En l'absence de disposition législative particulière relative à la clause de non-concurrence, la chambre a été amenée à encadrer son application et a jugé que sous peine de nullité, elle doit respecter les conditions cumulatives suivantes : être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, être limitée dans le temps et dans l'espace, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié, comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière (Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 99-43.334, 99-43.335, 99-43.336 ; Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-45.387).

Ainsi, la contrepartie financière de la clause de non-concurrence conditionne la validité d'une clause de non-concurrence. En effet, cette exigence légitime la restriction apportée au libre exercice d'une activité professionnelle par le salarié alors qu'en application de l'article L. 1221-1 du code du travail (ancien article L. 120-2 du code du travail) *"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."*

Qu'en est-il de la clause pénale, laquelle est régie notamment par les articles 1152, 1226 et 1229 du code civil dans leur version antérieure à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ?

Le premier de ces textes dispose : *"Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite."*

Aux termes du deuxième, *"La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution."*, tandis que le troisième dispose *"La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard."*

Ainsi, la contrepartie financière de la clause de non-concurrence peut-elle entrer dans la définition de la clause pénale ?

La chambre a répondu négativement à plusieurs reprises à cette question (notamment Soc., 17 octobre 1984, pourvoi n° 82-41.114 ; Soc., 26 mai 1988, pourvoi n° 85-45.074 ; Soc., 19 juillet 1988, pourvoi n° 85-43.179) en énonçant que la contrepartie pécuniaire de l'obligation de non-concurrence ne constitue pas une variété de clause pénale dont l'indemnité est susceptible d'être révisée par le juge en application de l'article 1152 du code civil, jusqu'à un arrêt de 2014 (Soc., 10 décembre 2014, pourvoi n° 13-19.637) dans lequel la chambre a jugé que *"la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence est une clause pénale que le*

juge a la faculté de modérer ou d'augmenter ; que pour réduire le montant d'une clause pénale, le juge doit caractériser en quoi elle est manifestement excessive”.

Cet arrêt doit-il, comme nous y invite le mémoire ampliatif, être considéré comme un revirement de jurisprudence ?

A toutes fins utiles, il convient de relever que dans le rapport du conseiller rapporteur en page 8, dans un paragraphe “4-3 Contre-partie financière de la clause de non-concurrence et révision par le juge”, il est indiqué *“La chambre juge qu'en présence d'une contrepartie financière fixée par la clause, cette contrepartie étant une clause pénale, les juges ont le pouvoir de la modérer ou de l'augmenter, sur le fondement de l'article 1152 du code civil.”* et il est renvoyé en note 20 de bas de page à deux arrêts de la chambre (Soc., 3 mai 1989, pourvoi n° 86-41.634 ; Soc., 5 juin 1996, pourvoi n° 92-42.298). Or, dans les deux arrêts cités, c'était l'indemnité prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence qui était qualifiée de clause pénale et non la contrepartie financière de la clause de non-concurrence (1^{er} arrêt : *“Attendu que la société reproche encore à l'arrêt d'avoir condamné le salarié au versement d'une somme symbolique de 1 franc en réparation du préjudice subi par son employeur du fait de la violation de la clause de non-concurrence, alors, selon le moyen, que le juge n'a aucun pouvoir pour minorer l'indemnité contractuellement convenue en cas de non-respect de la clause de non-concurrence, ladite indemnité n'étant pas destinée à réparer les conséquences dommageables de l'inexécution d'une obligation ; qu'en l'espèce le contrat prévoyait que l'indemnité due en cas de non-respect de la clause serait de 3 000 francs par infraction constatée ; qu'en réduisant cette indemnité, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1152 du Code civil ;”* ; 2nd arrêt : *“L'indemnité prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence étant une clause pénale, c'est à bon droit qu'une cour d'appel décide qu'elle peut user de la faculté reconnue au juge par l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, d'en augmenter le montant si elle l'estime dérisoire, dans des proportions qu'elle évalue souverainement.”*).

Ce constat et le fait que cet arrêt de 2014 n'ait pas été publié ne sont pas les seules raisons qui me font répondre par la négative à la question posée.

En effet, il ressort de la définition de la clause pénale que cette dernière suppose l'existence d'une obligation préalable souscrite par le débiteur, dont elle est vouée à sanctionner l'inexécution. Elle tend à dissuader le débiteur de ne pas respecter son engagement et à indemniser le créancier par l'allocation d'une somme forfaitaire prédéterminée pour le manquement de son co-contactant, indépendamment du préjudice subi. Les dommages et intérêts encourus constituent ainsi une peine, laquelle est distincte de l'obligation principale du contrat dont elle n'est que l'accessoire et dont elle tend à garantir la bonne exécution.

Or, pour sa part, la contrepartie financière constitue l'un des deux engagements réciproques consentis par les deux parties au contrat. Elle constitue la prestation objet de l'une des deux obligations de la clause. Ainsi, alors qu'un contrat peut être valable en l'absence de toute clause pénale, la contrepartie financière est une partie intégrante de la clause de non-concurrence dont la nullité est encourue en son absence. En outre, elle ne sanctionne pas l'inexécution d'une obligation de l'employeur mais compense la contrainte que représente pour le salarié l'exécution d'une obligation de ne pas faire, contraire à la liberté d'exercer une profession. Dès lors, le nom “d'indemnité compensatrice” qui lui est souvent attribué est trompeur, n'ayant d'indemnitaire que celui-ci.

Par ailleurs, comme je l'ai précédemment rappelé, la chambre a reconnu la qualification de clause pénale à la somme que s'est engagé à verser le débiteur d'une obligation de non-

concurrence en cas de violation de son engagement (Soc., 3 mai 1989, pourvoi n° 86-41.634 ; Soc., 5 juin 1996, pourvoi n° 92-42.298 ; Soc., 30 juin 2004, pourvoi n° 02-42.877). Cette solution se justifie pleinement par le caractère accessoire de cette clause par rapport à l'obligation principale de non-concurrence. La mention d'une telle indemnité en cas de manquement à l'obligation de non-concurrence n'est en aucun cas obligatoire et son absence ne la remet pas en cause, contrairement à celle de la contrepartie financière.

Enfin, la chambre a jugé que la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence ayant la nature d'une indemnité compensatrice de salaires, elle ouvre droit à congés payés (Soc., 10 octobre 2007, pourvoi n° 05-45.657 ; Soc., 23 juin 2010, pourvoi n° 08-70.233) et ce, même postérieurement à l'arrêt de 2014 (Soc., 4 novembre 2020, pourvoi n° 18-20.210). Cette nature salariale est incompatible avec la qualification de clause pénale.

Ces développements me convainquent que la chambre ne doit pas renoncer à sa jurisprudence antérieure à l'arrêt de 2014 précité et que la cour d'appel a valablement retenu que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence n'est pas une clause pénale dont le montant pourrait être réduit par le juge.

► **C'est pourquoi je conclus au rejet du pourvoi.**