



RAPPORT DE M. DUVAL, CONSEILLER
avec proposition de rejet non spécialement motivé
(2ème et 3ème branches du moyen)

Arrêt n° 1130 du 13 octobre 2021 – Chambre sociale

Pourvoi n° 20-12.059

Décision attaquée : 06 décembre 2019 de la cour d'appel de Toulouse

Société Adient Fabrics France

C/ M. [L] [P]

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [P], engagé le 20 mai 2009 en qualité d'ingénieur développement, statut cadre, par la société Michel Thierry Group aux droits de laquelle s'est trouvée la société Johnson Controls Fabrics puis la société Adient Fabrics France, a démissionné le 21 mars 2016. Il a été dispensé d'exécuter la fin de son préavis de trois mois, du 14 mai au 21 juin 2016.

Le 28 décembre 2016, il a saisi la juridiction prud'homale afin d'obtenir, notamment, le paiement de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence.

Par jugement du 26 février 2018, le conseil de prud'hommes de Toulouse a condamné l'employeur au paiement d'une somme de 26 389,52 euros au titre de la contrepartie financière de la clause de non concurrence et d'une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile, les autres demandes des parties étant rejetées.

Par arrêt du 6 décembre 2019, la cour d'appel de Toulouse a confirmé le jugement sauf sur le montant de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence qu'elle a fixé à la somme de 79 968,24 euros.

L'employeur a formé un pourvoi en cassation contre cette décision par déclaration du 31 janvier 2020.

Le mémoire ampliatif a été déposé le 17 août 2020 et notifié le même jour (demande au titre de l'article 700 du cpc : 3 000 euros).

Le mémoire en défense a été déposé le 14 octobre 2020 et notifié le même jour (demande au titre de l'article 700 du cpc : 4 000 euros).

La procédure paraît régulière étant observé qu'il a été fait application des dispositions de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 pour le calcul des délais de procédure.

2 - Enoncé du moyen et proposition de rejet non spécialement motivé des deuxième et troisième branches

Moyen unique : Il est fait grief à l'arrêt de dire et juger que la clause de non-concurrence pouvait s'appliquer et de condamner l'employeur à payer au salarié les sommes de 79 968,24 euros au titre de la contrepartie de la clause de non-concurrence et 2 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens de l'appel, alors :

1°/ 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 ;

2°/ que sauf à considérer que M. [P] 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 la société Adient Fabrics France 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 de Monsieur [P] 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 ;

Réponse : Le grief n'est pas fondé.

La lettre arguée de dénaturation est ainsi rédigée (MA, production n° 4) :

« Monsieur,

Lors de mon premier entretien avec mon supérieur hiérarchique, [suite] au dépôt de ma lettre de démission, il m'a été signalé l'existence de la clause de non-concurrence dans mon contrat.

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 Johnson controls au sujet de cette clause. Est-ce que oui ou non cette clause sera maintenue pour mon cas ?

Je vous remercie pour votre compréhension. »

En retenant que, par cet écrit, le salarié avait interrogé l'employeur sur la position qu'il comptait prendre quant à la clause de non-concurrence et n'en avait pas demandé la levée, la cour d'appel n'en a pas dénaturé les termes clairs et précis.

3°/ que 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.

Réponse : Le grief n'est pas fondé.

Il résulte de l'arrêt que le contrat de travail prévoyait la faculté pour les parties de réduire la durée de l'application de la clause de non-concurrence ou d'y renoncer totalement par accord entre les parties au plus tard huit jours après le dernier jour de travail du salarié.

La cour d'appel a constaté que l'employeur ne pouvait se prévaloir d'un accord sur la levée de la clause de non-concurrence après avoir relevé que par la lettre du 4 mai 2016 le salarié n'avait pas sollicité la levée de cette clause mais avait interrogé son employeur sur la position qu'il comptait prendre quant à l'application de celle-ci, qu'en l'absence de réponse à son interrogation il avait renoncé à une offre d'emploi et qu'il avait refusé de signer l'avenant proposé le 23 mai 2016.

La cour d'appel ne s'étant pas fondée sur le seul motif argué d'inopérance pour retenir l'absence d'accord à la levée de la clause de non-concurrence qu'elle a déduit de ses constatations souveraines, l'arrêt n'encourt pas le grief de la troisième branche.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

La contrepartie financière de la clause de non-concurrence constitue-t-elle une clause pénale (première branche du moyen) ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1 - Eléments généraux sur la clause pénale

► Selon la Cour de cassation, « *Constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* » (1^{re} Civ., 10 octobre 1995, n° 93-16.869, Bull. n° 347 ; 3^e Civ., 26 janvier 2011, n° 10-10.376, Bull. n° 12).

► Antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (non applicable en l'espèce), la clause pénale était, pour l'essentiel, régie par les articles 1152, 1226 à 1231 du code civil qui énonçaient :

- article 1152 :

« 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. »

- article 1226 :

« 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. »

- article 1227 :

« La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale. »

- article 1228 :

« Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. »

- article 1229 :

« 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.

- article 1230 :

« Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure. » ;

- article 1231 :

« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »

L'ordonnance précitée a synthétisé l'essentiel de ces articles à l'article 1231-5 qui dispose désormais :

« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et 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 pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »

► Dans l'article « *Contrat : effets* » du Répertoire civil Dalloz¹, les principales caractéristiques de la clause pénale sont ainsi décrites :

« 313. Sanction d'une inexécution contractuelle. - La clause pénale vise l'hypothèse où l'une des parties manquera d'exécuter le contrat. Un contentieux abondant a surgi sur la qualification de clauses qui ne sanctionneraient pas une inexécution contractuelle, motivé essentiellement par la perspective de révision du montant de la somme forfaitaire. C'est ainsi que la jurisprudence a écarté la qualification de clause pénale pour des clauses qui prévoyaient le versement d'une somme d'argent en contrepartie d'un avantage, notamment l'exercice d'une faculté de désengagement : indemnité d'immobilisation dans les promesses unilatérales de vente (Civ. 3e, 5 déc. 1984, n° 83-11.788, Bull. civ. III, n° 207 ; D. 1985, note Bénac-Schmidt ; RTD civ. 1985. 372, obs. Mestre ; RTD civ. 1985. 592, obs. Remy ; JCP 1986. II. 20555, note G. Paisant) ; dépôt de garantie dans un contrat préliminaire de vente d'immeuble à construire (Civ. 3e, 28 mars 1990, n° 88-11.820, Bull. civ. III, n° 86 ; D. 1991. 187, note Cabrillac ; D. 1991. 158, obs. Paisant ; AJDI 1990. 695 ; RDI 1990. 499, obs. Groslière et Saint-Alary-Houin ; RDI. 1991. 487, obs. Groslière et Saint-Alary-Houin ; RTD civ. 1990. 655, obs. Mestre). Dans ces hypothèses, la somme d'argent est le prix de l'exclusivité consentie (Civ. 1re, 5 déc. 1995, 93-19.874, Bull. civ. I, n° 452), plutôt que la sanction d'une inexécution. La même idée se retrouve d'ailleurs au sujet de la clause de dédit (Com. 2 avr. 1996, n° 94-13.433, D. 1996. 329, obs. Mazeaud. – Com. 18 janv. 2011, n° 09-16.863, Bull. civ. IV, n° 4 ; D. 2011. 376 ; RTD civ. 2011. 122, obs. Fages ; RDC 2011. 812, obs. Savaux. – Civ. 3e, 10 mars 2015, n° 13-27.942, AJDI 2015. 518, obs. Dreveau ; RDC 2015. 449, obs. Genicon). Il en va différemment, en revanche, dans

¹ G. Chantepie, Rép. civ., janv. 2018, v° Contrat : Effets, n° 313 et s.

l'hypothèse voisine où les parties sont irrémédiablement engagées, par exemple lorsqu'une clause fixe un montant d'indemnisation en cas d'inexécution d'une promesse synallagmatique de vente (Civ. 3e, 24 sept. 2008, n° 07-13.989, Bull. civ. III, n° 139 ; D. 2008. 2497, obs. Forest ; RTD civ. 2008. 675, obs. Fages ; RDC 2009. 60, obs. Mazeaud ; RDC 2009. 88, obs. Borghetti). La solution ne devrait pas changer après l'ordonnance du 10 février 2016. Le contentieux devrait dès lors perdurer, l'utilité pratique des clauses de sortie du contrat (V. not., J. GRANOTIER, Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de « break-up fees », D. 2014. 1960) contrastant avec les ambiguïtés persistantes de leur rédaction (sur cette question, V. T. GENICON, obs. sous Civ. 3e, 10 mars 2015, préc.).

314. Nature indemnitaire de la pénalité stipulée. - L'article 1231-5, alinéa 1er, du code civil énonce que le débiteur défaillant paiera, en exécution de la clause pénale, « une certaine somme à titre de dommages et intérêts ». C'est affirmer la nature indemnitaire de cette sanction (sur l'hypothèse d'une clause pénale en nature, qui semble exclue par le texte, V. N. DISSAUX et C. JAMIN, op. cit., p. 144), la qualification de clause pénale ne dépendant pas de son éventuelle fonction comminatoire (sur cette question, D. MAZEAUD, La clause pénale, op. cit., n° 276 s.). On admet cependant que le montant de la clause pénale puisse être attribué en l'absence même de préjudice (V. not., Civ. 3e, 20 déc. 2006, n° 05-20.065, Bull. civ. III, no 256 ; D. 2007. 371 ; RDI 2007. 351, obs. Tournafond ; JCP 2007. II. 10024, note Bakouche ; RDC 2007. 749, obs. Carval). De sa nature indemnitaire, il résulte que la clause pénale entraîne l'attribution de dommages et intérêts en cas d'inexécution. [...]

315. Caractère forfaitaire de la pénalité. - La clause pénale prévoit en effet une indemnité forfaitaire. Plus précisément, lorsque le contrat prévoit que le débiteur défaillant versera une certaine somme, « il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre » (C. civ., art. 1231-5, al. 1er). Le débiteur est donc tenu de verser la somme convenue et non de réparer le préjudice effectivement subi. Techniquement, le caractère forfaitaire permet de distinguer la clause pénale d'autres clauses qui affectent l'étendue du préjudice réparable (V. not., Com. 18 déc. 2007, n° 04-16.069, Bull. civ. IV, n° 265 ; D. 2008. 154, obs. Delpech ; D. 2008. 1776, chron. Mazeaud ; RTD civ. 2008. 310, obs. Jourdain. – Comp. Civ. 3e, 21 mai 2008, no 07-12.848, Bull. civ. III, no 94 ; D. 2008. 1619 ; RTD com. 2008. 610, obs. Legeais ; RDC 2008. 1158, obs. Borghetti). Pratiquement, l'avantage est évident, qui permet au créancier d'éviter l'appréciation judiciaire et d'inciter le débiteur à exécuter, sauf à être tenu de verser une somme qui peut excéder le montant du préjudice subi. Le danger ne l'est pas moins, un montant excessif plaçant le débiteur dans une situation périlleuse à la moindre inexécution. Le juge dispose toutefois du pouvoir de réviser les clauses pénales excessives ou dérisoires. »

- En droit du travail il convient de noter que la chambre sociale qualifie de clause pénale, notamment, l'indemnité contractuelle de licenciement (Soc., 17 mars 1998, n° 95-43.411, Bull. n° 142 ; Soc., 16 mars 2016, n° 14-23.861, Bull. n° 49) ainsi que l'indemnité forfaitaire contractuellement prévue en cas de non-respect de la clause de non-concurrence (Soc., 3 mai 1989, n° 86-41.634, Bull. n° 325 : La clause du contrat prévoyant une indemnité en cas de non-respect de la clause de non-concurrence étant une clause pénale, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'elle pouvait user de la faculté reconnue au juge par l'article 1152, alinéa 2, du code civil ; Soc., 5 juin 1996, n° 92-42.298, Bull. n° 226 : 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).

Qu'en est-il de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence ? C'est la question qui sera abordée au paragraphe suivant après le rappel de quelques éléments jurisprudentiels sur cette contrepartie financière.

4.2 - *Eléments sur la contrepartie financière de la clause de non-concurrence*

► La clause de non-concurrence, qui porte atteinte au principe fondamental de la liberté du travail, n'est licite, en application d'une jurisprudence constante de la chambre sociale depuis des arrêts du 10 juillet 2002 (Soc., 10 juillet 2002, n° 99-43.334 et s., n° 00-45.135, n° 00-45.387, Bull. n° 239, commentés au rapport annuel) 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.

L'absence de contrepartie financière à la clause de non concurrence est sanctionnée par la nullité de celle-ci (Soc., 30 juin 2004, n° 02-43.586, 01-47.082).

► Une contrepartie financière dérisoire équivaut à une absence de contrepartie (Soc., 15 novembre 2006, n° 04-46.721, Bull. n° 341) ce qui entraîne la nullité de la clause et le juge ne peut, sous couvert de l'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie pécuniaire invoquée par le salarié, substituer son appréciation du montant de cette contrepartie à celle fixée par les parties et, après avoir décidé de l'annulation de la clause, accorder au salarié la contrepartie qu'il estime justifiée (Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, Bull. n° 153).

L'annulation de la clause ouvre droit, pour le salarié, à la réparation du préjudice subi apprécié et évalué souverainement par les juges du fond (Soc., 25 mai 2016, n° 14-20.578, Bull. n° 114).

► La clause de non-concurrence ne peut pas prévoir que la contrepartie financière ne sera versée que pour certains modes de rupture du contrat de travail (Soc., 27 février 2007, n° 05-44.984, Bull. n° 32) ou pour certains motifs (Soc., 28 juin 2006, n° 05-40.990, Bull. n° 231) et elle ne peut pas plus prévoir une minoration de celle-ci en fonction des modes ou des circonstances de la rupture (Soc., 25 janvier 2012, n° 10-11.590, Bull. n° 20), les stipulations non conformes à ces règles étant réputées non écrites et seulement celles-ci (Soc., 8 avril 2010, n° 08-43.056, Bull. n° 92 ; Soc., 9 avril 2015, n° 13-25.847, Bull. n° 71 ; Soc., 18 janvier 2018, n° 15-24.002, Bull. n° 6).

Aussi, le caractère dérisoire ou non de la contrepartie financière ne doit pas s'apprécier par rapport à ce montant minoré dont la stipulation est réputée non écrite (Soc., 3 juillet 2013, n° 12-13.031 ; Soc., 22 mai 2019, n° 18-14.637).

► Le paiement de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence survient nécessairement après la rupture du contrat de travail (Soc., 7 mars 2007, n° 05-45.511 ; Soc., 22 juin 2011, n° 09-71.567, Bull. n° 159).

► L'existence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence conférant à celle-ci un caractère synallagmatique, le salarié qui enfreint l'obligation de non-concurrence n'a pas

droit au paiement de la contrepartie financière (Soc., 22 octobre 1997, n° 94-45.186, Bull. n° 325 ; Soc., 5 mai 2004, n° 01-46.261, Bull., n° 124). Si le non-respect de la clause est temporaire, le salarié n'est privé de la contrepartie financière que pendant cette période (Soc., 27 mars 1996, n° 92-41.992, Bull. n° 119 ; Soc., 9 avril 2008, n° 06-46.523).

► S'agissant de la nature de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence « 77. Deux analyses peuvent être proposées. Dans une première conception, on peut considérer que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence doit être comprise comme ayant essentiellement un caractère indemnitaire, car elle serait destinée à compenser le préjudice subi par l'ancien salarié en raison de la restriction apportée à sa liberté par l'interdiction de concurrence ; ce caractère indemnitaire s'opposerait à ce que soit appliqué à l'indemnité de non-concurrence le régime juridique du salaire (V. P. Fieschi-Vivet, *Clauses de non-réembauchage et indemnité compensatrice*, D. 1976. Chron. 147). Il peut être soutenu, au contraire, que cette contrepartie financière représente une somme d'argent qui, par sa nature, s'apparente à un véritable salaire ou tout au moins à un complément de salaire, étant une somme versée à l'ancien salarié en exécution du contrat de travail qui survivrait en quelque sorte à cet égard (V. P. Bronnert, *Les clauses de non-concurrence dans le contrat de travail*, thèse, Lyon, 1974, p. 77).

78. Les solutions retenues par la jurisprudence confirment, pour l'essentiel, l'analyse qui voit dans la contrepartie financière de la clause de non-concurrence un complément de salaire [...] »².

Selon la chambre sociale, la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a la nature d'une indemnité compensatrice de salaires en sorte qu'elle ouvre droit à congés payés (Soc., 17 mai 2006, n° 04-47.597, Bull. n° 177 ; Soc., 23 juin 2010, n° 08-70.233, Bull. n° 145 ; **très récemment, Soc., 4 novembre 2020, n° 18-20.210, publié**).

Compte tenu de cette nature, elle est également soumise à l'article R. 1454-28 3° du code du travail relatif à l'exécution provisoire de droit (Soc., 22 septembre 2011, n° 09-72.876 : Mais attendu que la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence, qui est une indemnité compensatrice de salaires, ayant une nature salariale, la cour d'appel a justement décidé qu'elle était soumise aux dispositions de l'article R. 1454-28 3° du code du travail).

La chambre a également jugé que la prescription applicable à l'action en paiement de la contrepartie financière était la prescription quinquennale de l'action en paiement des salaires de l'article 2277 du code de procédure civile dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 (Soc., 26 septembre 2002, n° 00-40.461, Bull. n° 283).

► A la différence de l'indemnité contractuellement prévue en cas de non respect de la clause de non-concurrence (Soc., 3 mai 1989, n° 86-41.634, Bull. n° 325, Soc., 5 juin 1996, n° 92-42.298, Bull. n° 226, précités § 4.1), la chambre sociale a jugé, par plusieurs arrêts publiés, que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence n'était pas une clause pénale au sens de l'article 1152 du code civil :

- Soc., 4 juillet 1983, n° 80-41.906, Bull., n° 380 :
Vu l'article 1152 du code civil,

² Y. Picot, Y. Auguet, S. Robinne, Rép. dr. trav., oct. 2018, v° Concurrence : Obligation de non-concurrence, n° 77 et 78.

Attendu que pour réduire le montant de l'indemnité due a M. X... par la société Rex-rotary en contrepartie de l'obligation de non-concurrence stipulée a l'article 17 de l'accord national interprofessionnel des voyageurs-représentants-placiers, l'arrêt attaqué énonce qu'il appartient au juge de modérer la réparation convenue au cas ou elle serait manifestement excessive ;

Qu'en statuant ainsi alors que la contrepartie pécuniaire de l'obligation de non-concurrence n'est pas une peine au sens du texte susvisé et ne peut être modérée par le juge, la cour d'appel a violé ce texte ;

- Soc., 17 octobre 1984, n° 82-41.114, Bull. n° 385 :

Attendu que M. X... a été engagé le 12 septembre 1972 par la société à responsabilité limitée Wang France en qualité de directeur régional ;

Que son contrat de travail stipulait "à la fin du présent contrat, quelle qu'en soit la cause et quelle que soit la partie qui en prend l'initiative, le directeur régional s'interdit, pour une période de douze mois, de s'engager en France dans une activité concurrente... L'application de cette clause de non-concurrence donnera lieu au versement par la société d'une indemnité mensuelle égale à 4/10 de la moyenne de la rémunération mensuelle payée au directeur général pendant ses trois derniers mois d'emploi. Cette indemnité sera versée pendant une période de douze mois...", qu'il était prévu, en outre, que "pour éviter le versement de cette indemnité la société devra s'engager à renoncer à cette clause de non-concurrence par lettre recommandée dans les quinze jours qui suivront la fin du présent contrat" ;

Attendu que la société Wang France, qui a licencié M. X... le 9 février 1978 pour motif économique, fait grief a l'arrêt attaqué d'avoir dit qu'il n'y avait pas lieu à application d'une modération judiciaire à l'indemnisation forfaitaire préalablement fixée par le contrat en cas d'application de la clause de non concurrence, alors que la somme allouée a M. X... présente le double caractère indemnitaire et forfaitaire et que - dans ces conditions - il appartenait à la juridiction du fond d'apprécier si l'indemnisation préalablement convenue correspondait au préjudice réellement subi par le salarié, ce dernier n'ayant versé aux débats aucun élément de nature a établir le préjudice allégué ;

Mais attendu que c'est a bon droit que la cour d'appel a estime que la clause litigieuse ne pouvait être qualifiée de clause pénale, le versement de l'indemnité étant prévu en contrepartie de l'obligation de non concurrence, et qu'il n'y avait donc pas lieu d'en modifier le montant, quel qu'ait été le préjudice réellement subi par M. X..., celui-ci pouvant légitimement se prévaloir de la créance forfaitaire née a son profit du fait de la rupture du contrat de travail ;

- Soc., 26 mai 1988, n° 85-45.074, Bull. n° 318 :

Vu les articles 1134 et 1152 du code civil ;

Attendu que pour réduire le montant de l'indemnité due à M. X... par la société Saga Transports en contrepartie de la clause de non-concurrence stipulée à l'article 12 du contrat de travail ayant lié les parties, la cour d'appel, après avoir relevé que l'employeur n'avait pas libéré le salarié de l'interdiction de concurrence dans le délai de 30 jours imparti par cet article, a retenu qu'il convenait toutefois, conformément aux dispositions de l'article 1152 du code civil, de modérer le montant de la condamnation convenue,

prononcée par les premiers juges, dès lors qu'elle paraissait manifestement excessive eu égard au préjudice salarial réellement subi par M X... ;

Qu'en statuant ainsi, **alors que la contrepartie pécuniaire de l'obligation de non-concurrence n'est pas une peine au sens de l'article 1152 du code civil et ne peut être modérée par le juge, quel qu'ait été le préjudice réellement subi par le salarié - lequel est en droit d'obtenir l'intégralité de l'indemnité forfaitaire née à son profit du fait du respect par lui de la clause d'interdiction de concurrence prévue à son contrat** -, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

- Soc., 19 juillet 1988, n° 85-43.179, Bull. n° 461 :

Vu l'article 18 de l'avenant agents de maîtrise et techniciens à la convention collective nationale des industries chimiques et l'article 1152 du Code civil ;

Attendu, selon la procédure, que M X... a été engagé le 1er mai 1980 par la société Comptoirs français d'importation et de transformation réunis (COFRAN) en qualité d'attaché commercial ; que le contrat de travail comportait une clause de non-concurrence ; que le 1er juin 1982, la société a adhéré à la convention collective nationale des industries chimiques et son avenant agents de maîtrise et techniciens dont l'article 18 prévoit, d'une part, que toute clause de non-concurrence doit avoir pour contrepartie une indemnité, d'autre part, que la clause de non-concurrence pourra " être supprimée unilatéralement par l'employeur, mais cette suppression ne prendra effet que si le salarié n'est pas licencié dans un délai d'un an à dater de sa notification " ; que M X... a été licencié par lettre du 26 novembre 1982 par laquelle son employeur déclarait en outre le libérer de l'engagement de non-concurrence ;

Attendu que pour réduire le montant de l'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence due à M X..., l'arrêt attaqué a considéré, d'une part, que dès la rupture du contrat le salarié pouvait rechercher une activité professionnelle sans subir les restrictions plus ou moins importantes inhérentes au respect d'une clause de non-concurrence, que le seul préjudice qui subsistait procédait des limites qui avaient été imposées au salarié au cours de l'exécution du contrat de travail et a retenu, d'autre part, que le caractère forfaitaire du mode de calcul de l'indemnité compensatrice et l'absence de toutes références sérieuses à un salaire ou à un complément de salaire dans la seule justification produite par le salarié permettaient d'admettre que dans l'intention des parties la clause de non-concurrence revêtait la forme d'une clause pénale ; qu'ainsi l'inadéquation manifeste entre le montant des sommes réclamées et la réalité du préjudice autorisait les juges à modérer par une nouvelle évaluation les prétentions résultant d'une application arithmétique de la clause ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors en premier lieu, que selon les dispositions des alinéas 2 et 6 de l'article 18 de la convention collective, la société qui n'avait pas notifié plus d'une année avant le licenciement du salarié sa renonciation à la clause de non-concurrence, ne pouvait plus en libérer ce dernier sans son accord, et alors en second lieu que **la contrepartie pécuniaire de l'obligation de non-concurrence n'est pas une peine au sens de l'article 1152 du code civil et ne peut être modérée par le juge**, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Le commentateur de ces deux dernières décisions au Recueil Dalloz³ a écrit :

³ D. 1989, somm. p. 265, obs. Y. Serra.

« (...) A l'évidence, l'indemnité de non-concurrence n'est pas destinée à réparer les conséquences dommageables de l'inexécution d'une obligation comme l'est la clause pénale, mais, bien au contraire, elle est versée en considération et en contrepartie de l'exécution d'une obligation, de l'obligation de non-concurrence souscrite par le salarié. ».

Egalement, dans un article intitulé « *Les clauses pénales en droit du travail* »⁴, le professeur Denis Mazeaud a approuvé ces solutions en ces termes :

« [...] L'indemnité compensatrice de non concurrence est tout à fait étrangère au concept d'exécution illicite. Elle n'existe et n'est versée qu'en contrepartie de l'exécution de l'obligation de ne pas faire, l'obligation de non concurrence, dont est débiteur le créancier de l'indemnité. Mieux, elle doit encore être distinguée de la clause pénale car elle ne constitue même pas la compensation des dommages-intérêts que le salarié souffre de l'exécution de son obligation de non concurrence. Versée en exécution du contrat qui survit à la disparition de la relation physique de travail dans l'entreprise, l'indemnité compensatrice de non concurrence est la prestation due par l'employeur en contrepartie de l'obligation de non-concurrence du salarié. Aussi le droit positif lui confère-t-il la nature juridique de substitut de salaire et lui applique le régime juridique qui y affère. On est donc à cent lieues de l'idée de clause pénale. »

Et dans le fascicule du Juris-Classeur civil consacré à la clause pénale⁵, le professeur Delebecque écrit, à propos de la clause de non-concurrence :

« 61. – La contrepartie pécuniaire d'une obligation de non-concurrence, encore qualifiée d'indemnité de non-concurrence, que la jurisprudence récente tend à imposer, du moins en droit du travail, n'est pas, non plus, une clause pénale, précisément parce qu'elle ne sanctionne aucune obligation. Il s'agit là non d'une somme versée au regard de l'inexécution d'une obligation, mais d'une indemnité attribuée en considération de l'exécution d'une obligation : c'est une indemnité versée par l'employeur qui fait contrepoids à l'obligation de non-concurrence pesant sur le salarié. Cette contrepartie pécuniaire n'est donc pas une peine au sens de l'article 1231-5 du Code civil (Cass. soc., 4 juill. 1983 : Bull. civ. V, n° 380 ; D. 1984, IR p. 139, obs. Y. Serra. – Cass. soc., 17 oct. 1984 : Bull. civ. V, n° 385. – Cass. soc., 26 mai 1988, n° 85-45.074 : JurisData n° 1988-000770 ; Bull. civ. V, n° 318 ; Defrénois 1989, art. 34470, p. 358, obs. Aubert ; D. 1989, somm. p. 265, obs. Y. Serra).

62. – En revanche, la somme que s'est engagé à payer le débiteur d'une obligation de non-concurrence, en cas de violation de son engagement, est certainement une clause pénale. Cette clause est, au demeurant, parfaitement valable (Comp. Cass. soc., 18 oct. 1952 : JCP G 1953, II, 7519), même si elle est incluse dans un contrat de travail ; en effet les dispositions du Code du travail (C. trav., art. L. 1331-2) qui interdisent à l'employeur de sanctionner par des amendes les manquements aux prescriptions d'un règlement intérieur, sont d'interprétation stricte et ne peuvent être étendues à de

⁴ D. Mazeaud, *Les clauses pénales en droit du travail*, Dr. soc. 1994, p. 343.

⁵ Ph. Delebecque, J-Cl. Civ., Art. 1231 à 1231-7, Fasc. 22 : Régime de la réparation - Modalités de la réparation - Règles particulières à la responsabilité contractuelle - Clause pénale, n° 61 et 62, Avr. 2018.

semblables clauses (Cass. soc., 25 nov. 1970 : Bull. civ. V, n° 651. – Cass. soc., 25 oct. 1972 : Bull. civ. V, n° 575. – Contra CA Colmar, 11 janv. 1964 : JCP G 1965, II, 14267). Il reste que ces stipulations, avantageuses pour l'employeur car elles le dispensent de prouver le préjudice qu'il a subi en cas de violation de l'obligation de non-concurrence, tout en lui donnant un efficace moyen de pression sur la personne de son cocontractant, sont justiciables du droit commun et donc du pouvoir modérateur du juge (CA Paris, 14 et 18 janv. 1983 : D. 1983, IR p. 420, obs. Y. Serra. – CA Douai, 13 oct. 1983 : JurisData n° 1983-042055. – Sur un problème d'interprétation, V. Cass. soc., 20 févr. 1975 : D. 1976, jurispr. p. 142, note Y. Serra. – Cass. soc., 16 avr. 1975 : Bull. civ. V, n° 189. – Rappr. Les clauses de « dédit-formation », justement analysées comme des clauses pénales, CA Paris, 3 mai 1984 : D. 1985, jurispr. p. 156, note Amiel-Donat et Y. Serra. – V. aussi, Cass. soc., 23 janv. 1985 : Bull. civ. V, n° 58 ; RTD civ. 1986, p. 103, obs. J. Mestre. – Cass. soc., 21 juill. 1986 : Bull. civ. V, n° 392. – Cass. soc., 4 févr. 2004, n° 01-45.520 : JurisData n° 2004-022234 ; RDC 2004, p. 720, obs. Radé. – La clause de dédit formation ne peut être mise en œuvre lorsque la rupture du contrat de travail est imputable à l'employeur : Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-15.481 : JurisData n° 2012-000187. – V. plus généralement, D. Mazeaud, Les clauses pénales en droit du travail : Dr. soc. 1994, p. 343). »

Il convient toutefois de noter que par un arrêt non publié rendu en formation restreinte et dont le mémoire ampliatif se prévaut en soutenant qu'il s'agit d'un revirement de jurisprudence, tandis que le mémoire en défense fait valoir qu'il s'agit d'un arrêt d'espèce resté isolé, la chambre a jugé :

- Soc., 10 décembre 2014, n° 13-19.637 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X... a été engagé à compter du 14 février 2005 en qualité de responsable du service social par la société Rubio et associés ; que licencié le 16 novembre 2010, il a saisi la juridiction prud'homale, notamment pour obtenir la condamnation de l'employeur au paiement d'une somme au titre de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence stipulée à son contrat de travail ; [...]

Vu l'article 1152 du code civil ;

Attendu que la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence est une clause pénale que le juge a la faculté de modérer ou augmenter ; que pour réduire le montant d'une clause pénale, le juge doit caractériser en quoi elle est manifestement excessive ;

Attendu que pour limiter la somme due au salarié au titre de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, l'arrêt énonce que la période de non-concurrence est venue à terme le 16 février 2012, que le salarié a néanmoins subi un préjudice qu'il convient d'indemniser en lui allouant la somme de 5 000 euros, outre celle de 500 euros de congés payés afférents ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi la clause pénale était manifestement excessive, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision [...].

4.3 - Données de l'espèce

Il résulte des éléments produits que le contrat de travail ayant lié les parties contenait une clause ainsi rédigée :

« Le salarié s'engage, postérieurement à la rupture de son contrat de travail quelle qu'en soit la cause, à ne pas exercer directement ou indirectement des fonctions similaires ou concurrentes de celles exercées au sein de la société.

Plus particulièrement, il s'engage à ne pas travailler en qualité de salarié ou de non-salarié pour une entreprise concurrente et à ne pas créer, directement ou indirectement, par personne interposée, d'entreprise ayant des activités concurrentes ou similaires à celles de la société.

Cet engagement est limité aux sociétés concurrentes à Michel Thierry Group à une durée de 2 ans.

En contrepartie de l'engagement pris par le salarié, la société s'engage à lui verser une somme correspondant à 2 ans de salaire de l'année en cours, selon les modalités suivantes : 100 % de l'indemnité 30 jours après son dernier jour de travail.

Toutefois, la société et le salarié se réservent la possibilité de réduire la durée d'application de cette clause ou d'y renoncer totalement par accord entre les parties aux plus tard 8 jours après le dernier jour du travail du salarié, le principe de réduction proportionnelle ou suppression de l'indemnité en conséquence étant déjà admis. »

Pour faire droit à la demande en paiement au titre de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence, la cour d'appel, après avoir estimé que l'employeur ne pouvait se prévaloir d'un accord sur la levée de la clause, a considéré :

- que la clause remplissait toutes les conditions de validité et que l'employeur n'établissait pas qu'elle avait été détournée de son objet,
- 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 car elle a la nature d'un salaire,
- que l'article 32 [de l'annexe IV] de la convention collective de l'industrie textile⁶, applicable à la relation de travail, ne fixe qu'une contrepartie minimum qui est pour les cadres de 1/3 et que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence ne peut être calculée différemment selon qu'il est mis fin au contrat de travail par un licenciement ou en cas de démission,
- que l'employeur n'établissait pas la preuve de la violation de la clause par le salarié qui justifiait l'avoir respectée.

⁶ Art. 32 de l'annexe IV du 28 juin 1951 relatif aux ingénieurs et cadres à la convention collective nationale de l'industrie textile du 1er février 1951 :

La clause de non-concurrence ne peut avoir pour résultat d'interdire au cadre, sans limitation quant au temps et au lieu, l'exercice de son activité professionnelle spécialisée s'il quitte volontairement son emploi ou est licencié.

Toute clause de non-concurrence qui serait inscrite dans les contrats individuels :

- ne doit pas comporter une interdiction supérieure à une durée de 2 ans ;
- doit être limitée aux activités susceptibles de concurrencer l'entreprise concernée ;
- doit être assortie du versement d'une indemnité mensuelle égale au minimum ;
- en cas de licenciement, à la moitié du traitement mensuel de l'intéressé calculé sur la moyenne de la rémunération effective (exclusion faite des libéralités à caractère aléatoire ou temporaire et des avantages en nature) des 12 mois qui ont précédé la rupture du contrat. Cette indemnité se cumule avec l'indemnité de licenciement ;
- en cas de rupture du contrat par le cadre, à 1/3 de ce traitement. [...]

La première branche s'attaque aux motifs par lesquels la cour d'appel a considéré que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence n'était pas une clause pénale.

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments que la chambre devra déterminer si l'arrêt encourt le grief de la première branche.