

**LA NULLITÉ-RÉDUCTION DES CLAUSES
DE NON-CONCURRENCE :
PERSPECTIVES EN DROIT DU TRAVAIL ⁽¹⁾**

Quentin CORDIER,
Assistant à l'Université de Liège

(1) L'auteur adresse ses plus sincères remerciements au Professeur Fabienne KÉFER (Université de Liège) pour l'aide apportée lors la rédaction de la présente contribution.

SOMMAIRE

I. Les clauses de non-concurrence en droit commun	391
A. La validité des clauses de non-concurrence et la sanction des clauses illicites	392
B. L'étendue de la nullité des clauses de non-concurrence irrégulières	395
1. Le rejet de la nullité-réduction en 1971	396
2. Le revirement de jurisprudence en 2015	397
a) L'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 2015	397
b) L'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015	398
c) Les conditions à la nullité-réduction	399
(1) La nullité partielle doit être possible	400
(2) La nullité-réduction ne vaut que sauf interdiction de la loi	400
(3) La réduction de la clause excessive doit correspondre à la volonté des parties	401
II. Les clauses de non-concurrence en droit du travail	403
A. La réglementation des clauses de non-concurrence dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail	403
1. Le régime antérieur à la loi du 3 juillet 1978	403
2. La réglementation des clauses de non-concurrence sous l'empire de la loi du 3 juillet 1978	404
B. L'existence d'un pouvoir de réduction des clauses pénales sanctionnant la violation d'une clause de non-concurrence	405
1. La clause pénale dans les contrats de travail de représentants de commerce – l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1999	405
2. La clause pénale dans les contrats de travail d'employé et d'ouvrier – l'article 65 de la loi du 3 juillet 1978	408
C. Extension du pouvoir de réduction aux clauses de non-concurrence excessives en droit du travail ?	409
III. Conclusion	414

La présente contribution analyse deux arrêts de la Cour de cassation, tous deux rendus en 2015, qui portent sur l'étendue de la nullité des clauses de non-concurrence contraires au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Sont visées les clauses dont l'objet, la durée ou le champ d'application territorial est trop étendu. La Cour de cassation permet au juge de ne prononcer la nullité de telles clauses que dans la seule mesure de leur excès, à condition que cette nullité-réduction soit conforme à la volonté des parties et qu'aucune disposition légale ne s'y oppose. Il s'agit d'un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1971, rendu à propos d'un contrat de travail d'ouvrier, qui avait dénié un tel pouvoir au juge. Selon l'auteur, cette jurisprudence ne peut cependant pas être appliquée aux clauses de non-concurrence réglementées par la loi relative aux contrats de travail. Le ratio legis de cette réglementation impose de prononcer la nullité totale des clauses irrégulières.

Deze bijdrage analyseert twee arresten van het Hof van Cassatie, beide uit 2015, die betrekking hebben op de omvang van de nietigheid van non-concurrentiebedingen wanneer die in strijd zijn met het principe van de vrijheid van handel en nijverheid. Het gaat om concurrentieclausules waarvan het voorwerp, de duur of het territoriaal toepassingsgebied te ruim is. Het Hof van Cassatie is van oordeel dat de bodemrechter enkel tot de nietigheid van dergelijke clausules kan besluiten in de mate waarin zij excessief zijn en op voorwaarde dat deze beperkte nietigheid spoort met de wil van de partijen en geen enkele wettelijke bepaling zich daartegen verzet. Daarmee gaat het Hof van Cassatie in tegen zijn eerdere standpunt zoals vervat in een arrest van 3 februari 1971, gewezen in het raam van een arbeidsovereenkomst voor arbeiders en waarbij het Hof die mogelijkheid niet erkent. Volgens de auteur kan deze rechtspraak niet worden toegepast op niet-concurrentiebedingen die zijn geregeld door de Arbeidsovereenkomstenwet. De ratio legis van deze laatste wet verplicht immers tot het uitspreken van de volledige nietigheid van onregelmatige clausules.

1. Les clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de travail sont strictement réglementées par la loi du 3 juillet 1978. Leur validité est soumise à de multiples conditions dont une triple limitation d'objet, de territoire et de durée. Le non-respect de ces conditions entraîne, suivant l'enseignement traditionnel – déduit d'un célèbre arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1971 – la nullité intégrale de la clause, le juge se voyant dénier tout pouvoir de réduction de celle-ci.

Or, deux arrêts récents des 23 janvier et 25 juin 2015 de la Cour de cassation constituent un revirement franc à cette jurisprudence, en ce qu'ils confèrent au juge un pouvoir de réduction des clauses de non-concurrence excessives. Tous deux rendus en droit commun, à propos de clauses de non-concurrence insérées à l'occasion d'une cession de fonds de commerce pour le premier et d'une cession d'actions pour le second, ces arrêts ont été accueillis plus que favorablement par la doctrine.

Ces derniers sont, à n'en point douter, des arrêts de principe dont l'enseignement n'est pas limité aux seules clauses de non-concurrence accompagnant une convention de cession de fonds de commerce ou de cession de parts sociales ni, d'ailleurs, aux seules clauses de non-concurrence.

2. La question qui se pose alors est de savoir si l'extension du pouvoir de réduction du juge se propagera en droit du travail, pour la sanction des clauses de non-concurrence illicites parce que contraires aux articles 65, 86 ou 104 de la loi relative aux contrats de travail. C'est que deux arguments majeurs militent *a priori* pour cette extension. Premièrement, l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1971 concernait une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail d'ouvrier. Deuxièmement, la triple condition d'objet, géographique et temporelle à laquelle doivent répondre les clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de travail est directement issue du droit commun, fondée sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et apparue à une époque où les clauses de non-concurrence ne faisaient l'objet, en droit du travail, d'aucune réglementation spécifique.

En raison de cette parenté entre la réglementation des clauses de non-concurrence en droit commun et en droit du travail, la première partie de notre contribution sera naturellement consacrée à l'étude de la réglementation de ces clauses en droit commun. Dans un second temps, après un bref rappel de l'évolution de la législation applicable, nous déterminerons si, et dans quelle mesure, la réception, en droit du travail, de l'enseignement tiré des deux arrêts de la Cour suprême précités est concevable.

I. Les clauses de non-concurrence en droit commun

3. La réglementation des clauses de non-concurrence en droit commun est le fruit d'une construction prétorienne fondée sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qu'il s'agira pour nous de détailler (A). Une fois cette base posée, nous examinerons l'étendue de la nullité des clauses de non-concurrence irrégulières (B), en commençant par la vision « classique » qui se déduit de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1971 et en terminant par l'étude du revirement de jurisprudence opéré par la haute juridiction.

A. La validité des clauses de non-concurrence et la sanction des clauses illicites

4. En l'absence de disposition légale spécifique, et exception faite du droit européen et national de la concurrence qui excède l'objet de notre étude⁽²⁾, la validité des clauses de non-concurrence est appréciée – par la jurisprudence – à l'aune du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Autrefois consacré à l'article 7 du décret des 2-17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissements de patentes (ci-après décret d'Allarde), ce principe est désormais énoncé à l'article II.3 du Code de droit économique⁽³⁾.

La liberté contractuelle des parties qui désirent que l'une ou chacune d'elles s'engage à ne pas faire concurrence à l'autre est limitée par le droit au libre exercice d'une activité professionnelle, dont le caractère d'ordre public n'est pas contesté et a été affirmé par la Cour de cassation dans les deux arrêts qui sont à la base de notre étude⁽⁴⁾.

Suivant une jurisprudence constante et ancienne⁽⁵⁾, ce tempérament à l'autonomie des volontés prend la forme d'une triple limitation de la clause de non-concurrence.

5. La triple limitation des clauses de non-concurrence trouve son origine dans les opérations de cession de fonds de commerce et, en particulier, la garantie d'éviction dont est redevable le cédant envers le cessionnaire.

Ainsi, le commerçant qui cède son fonds de commerce – il en va de même pour les professions libérales – est tenu, en vertu des articles 1626 et suivants du Code civil, de garantir le cessionnaire contre l'éviction et, plus précisément, pour le cas qui nous

- (2) Concernant l'influence du droit de la concurrence sur les clauses de non-concurrence voy. notamment M. NOUNCKELE, Z. TRUSGNACH et F. LAMBINET, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », in C.-E. CLESSE et S. GILSON (coord.), *La concurrence loyale et déloyale du travailleur*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 119 et s.
- (3) Voy. quant à la portée de l'intégration du principe de la liberté du commerce et de l'industrie dans le nouveau Code de droit économique, Projet de loi introduisant le Code de droit économique, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 53-2543/1, pp. 19-23.
- (4) Cass., 23 janvier 2015, *Pas.*, 2015, p. 211 et Cass., 25 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1305.
- (5) Voy. notamment Comm. Bruxelles, 16 novembre 1908, *Jur. Com. Brux.*, 1908, p. 58 ; Comm. Anvers, 26 mai 1926, *J.P. Anvers*, p. 179 ; Gand, 19 mars 1927, *Jur. Com. Fl.*, 1927, p. 221 ; Comm. Bruxelles, 7 décembre 1976, *J.C.B.*, 1977, I., p. 517 ; Anvers, 25 novembre 1991, *Pratiques du commerce : annuaire 1991*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, commentaire R. STRUBBE, pp. 47 et s. ; Comm. Gand, 17 octobre 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 26 ; Comm. Hasselt, 5 mai 2004, *Limb. Rechtsl.*, 2007, p. 144 ; Comm. Hasselt, 30 janvier 2008, *T.R.V.*, 2011, liv. 4, p. 313 ; Liège, 17 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 372 ; Comm. Hasselt, 12 décembre 2011, *T.R.V.*, 2014, p. 623, note B. BELLEN et I. SCHOCKAERT ; Liège, 13 décembre 2012, *D.A.O.R.*, 2014, p. 136, également disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/> ; voy. également sur ce point L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial*, Gand, Rombaut-Fecheyr, 1947, T. II, p. 70 ; R.P.D.B., v° « Propriété commerciale », t. X, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1951, pp. 517-518 ; D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce : Aspects de droit civil et de droit commercial », in N. THIRION (Coord.), *La cession du fonds de commerce*, Commission Université-Palais, vol. 76, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 80-81 ; S. STIJNS et al., « Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: Koop en aanneming 1999-2006 », *T.P.R.*, 2008, pp. 1518 et s. ; N. THIRION, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER et M. SIMONIS, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 374-375 ; S. LAGASSE, « La réduction, variation de la nullité partielle, appliquée aux clauses de non-concurrence », *J.T.*, 2015, pp. 718-719 et note 21.

occupe, de garantir le cessionnaire contre son fait personnel, dont on déduit une obligation de non-concurrence⁽⁶⁾. Il s'agit d'un cas d'application de l'adage « donner et retenir ne vaut »⁽⁷⁾. En effet, le commerçant cède une universalité dont le droit d'exploiter la clientèle – l'achalandage – fait partie intégrante. Le cédant doit donc s'abstenir de poser tout acte qui aurait pour conséquence de capter la clientèle cédée avec le fonds et, partant, de priver le cessionnaire du bénéfice de celle-ci⁽⁸⁾.

Cette obligation de non-concurrence déduite de la garantie du fait personnel n'est pas illimitée, sous peine de quoi elle violerait le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Elle interdit au cédant de rétablir un commerce ayant un objet identique ou, à tout le moins, similaire à l'objet du commerce cédé. Elle ne prohibe le rétablissement d'un commerce similaire que dans le rayon dans lequel le commerçant cédant est susceptible de faire concurrence au cessionnaire. Enfin, l'obligation de non-concurrence ainsi décrite s'éteint lorsque le « cessionnaire a eu le temps nécessaire pour s'approprier toute la clientèle actuelle et *in spe* telle qu'elle existait ou était espérée lors de la cession ; le cédant retrouve sa liberté une fois que le cessionnaire a pu normalement s'attacher la clientèle »⁽⁹⁾. On aperçoit, en germe, la triple limitation d'objet, d'espace et temporelle qui viendra enserrer la validité des clauses de non-concurrence^{(10), (11)}.

6. En vue de garantir une plus grande sécurité juridique, les parties à la cession d'un fonds de commerce peuvent prendre la précaution de déterminer *ex ante* l'étendue de l'obligation de non-concurrence du cédant, déduite de la garantie du fait personnel. La validité de ces clauses expresses de non-concurrence s'apprécie au regard d'une mise en balance entre la garantie du fait personnel énoncée à l'arti-

- (6) R.P.D.B., v° « Fonds de commerce », t. V, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., p. 802 ; D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce : Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, pp. 78 et s.
- (7) Voy. notamment S. STIJNS et al., *op. cit.*, *T.P.R.*, 2008, p. 1518 ; D. MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2011, p. 361.
- (8) Voy. notamment A. MOREAU, *Traité de la concurrence illicite*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1904, pp. 258 et s. ; N. THIRION et al., *Droit de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 375.
- (9) L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, p. 71 ; voy. également M. VERCRUYSE et E. LAUWERS, *Le fonds de commerce, I : Théorie générale – La cession des fonds de commerce et des baux commerciaux*, Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 128 et 139 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 407.
- (10) L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, pp. 68-71 ; D. MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, *op. cit.*, pp. 360-363 ; S. STIJNS, et al., *op. cit.*, *T.P.R.*, 2008, p. 1518 ; D. GOL et C. DUVIEUSART, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », in R. AYDOGDU (dir.), *Les contrats commerciaux en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 234-235.
- (11) Pour le tribunal de commerce de Liège, « aux termes des articles 1626 et suivants du Code civil, le vendeur est tenu de garantir à son acheteur la possession paisible de la chose vendue ; que cette garantie s'applique notamment au cédant d'un fonds de commerce vis-à-vis du cessionnaire ; Attendu que le défendeur devait donc assurer à son acheteur le libre exercice du commerce cédé et était tenu de s'abstenir de tous faits et actes qui auraient pour effet d'attirer la clientèle qu'il avait librement cédée moyennant un prix déterminé » mais il jugea que, dans le cas d'espèce, « les rues St-Gilles et de la Régence se trouvent à une distance assez conséquente l'une de l'autre et qu'en l'absence de toute manœuvre frauduleuse, il est à présumer que la clientèle de l'une des parties ne devait pas normalement quitter son premier fournisseur pour se fournir auprès de son vendeur qui n'avait plus exploité de commerce identique depuis plus de trois ans » ; « qu'aux surplus, pendant ces trois ans, le demandeur a eu le temps de s'attacher sa clientèle » et « que le commerce exercé par [le cédant] rue de la Régence est absolument différent de celui qu'il exerçait rue St-Gilles et s'adresse à une toute autre clientèle », Comm. Liège, 7 mai 1928, *Jur. Liège*, 1928, p. 150.

cle 1628 du Code civil et le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Premièrement, les parties ne sont pas libres de supprimer, voire de réduire cette obligation de non-concurrence. En effet, l'article 1628 du code précité dispose que le vendeur reste tenu de la garantie « qui résulte d'un fait qui lui est personnel ; toute convention contraire est nulle »⁽¹²⁾.

Deuxièmement, ces clauses de non-concurrence ne peuvent contrarier le droit au libre exercice d'une activité économique du débiteur de la clause⁽¹³⁾. Stipulées illimitées, ces clauses violeraient l'article II.3 du Code de droit économique. Partant, elles se sont vu appliquer la triple limitation d'objet, d'espace et de temps dont il vient d'être question. En conséquence, la clause de non-concurrence doit viser les activités similaires à celles transférées, son champ d'application *ratione loci* est limité au territoire sur lequel le cédant est susceptible de faire concurrence au cessionnaire en s'attirant la clientèle cédée. Enfin, l'interdiction perdure le temps requis pour la pérennisation de la clientèle par le cessionnaire⁽¹⁴⁾.

7. Une controverse existe quant au caractère cumulatif des limitations dans l'espace et dans le temps. Selon une certaine doctrine à laquelle nous nous rallions, la stipulation d'une clause de non-concurrence avec un champ d'application territorial restreint, par exemple ne visant qu'une seule ville, mais illimité quant à la durée pourrait ne pas entraver de manière disproportionnée la liberté commerciale du débiteur de la clause de non-concurrence et, de ce fait, ne pas violer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il en va de même d'une clause de non-concurrence qui ne définit pas son champ d'application dans l'espace mais qui n'est valable que pour une durée (très) limitée⁽¹⁵⁾.

8. On notera que cette triple limitation affectait également les clauses de non-concurrence dans les contrats de louage de travail⁽¹⁶⁾. Dans ce cadre, la question du caractère cumulatif ou non des limitations dans l'espace et dans le temps se posait également avec, toutefois, selon A. MOREAU, une faveur de la jurisprudence pour le cumul : « La jurisprudence, en Belgique, considère en général comme valable une

(12) Voy. D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce : Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, p. 81.

(13) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, *op. cit.*, 1976, p. 224.

(14) Voy. notamment L. FRÉDÉRICQ, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, pp. 178-179 ; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *Le fonds de commerce*, *op. cit.*, pp. 127 et s., spéc. p. 132 ; E. SWAENEPOEL, *Contractpartijen door de rechter uitgekleeft? De bevoegdheden van de rechter in het contract benaderd vanuit het verbintenissenrecht en het gerechtelijk recht*, Gand, Larcier, 2014, pp. 69-70 ; D. GOL et C. DUVIEUSART, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », *op. cit.*, pp. 239 et s.

(15) Voy. sur la controverse L. FRÉDÉRICQ, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 179 ; M. PAPIER-JAMOULLE, *Le statut des représentants de commerce*, La Haye, Faculté de droit de Liège & Martinus Nijhoff, 1965, p. 107 ; M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *Le fonds de commerce*, *op. cit.*, p. 132 ; D. WILLERMAIN, « La cession de fonds de commerce : Aspects de droit civil et de droit commercial », *op. cit.*, pp. 80-81 ; M. NOUNCKELE, Z. TRUSGNACH et F. LAMBINET, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », *op. cit.*, pp. 111 et 115 et s. ; S. LAGASSE, *op. cit.*, *J.T.*, 2015, pp. 718-719 ; voy. également *Pand. franç.*, Répertoire, Paris, Chevalier-Marescq et C^{ie}, Plon-Nourrit et C^{ie}, 1902, v^o *Liberté du commerce et de l'industrie*, n^{os} 206 et s. ; voy. également B. BELLEN, « Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten, splitsbaarheid en gerechtelijke matiging », note sous Cass., 23 janvier 2015, *T.R.V.*, 2015, p. 461.

(16) Voy. G. LYON-CAEN, « Les clauses restrictives de la liberté du travail – Deuxième partie », *op. cit.*, pp. 90-94.

prohibition limitée quant au temps et quant au lieu, mais annule toute convention qui n'est pas soumise à cette double restriction »⁽¹⁷⁾. Par contre, pour L. FRÉDÉRICQ il fallait distinguer entre les ouvriers et les employés. Pour les premiers, les limitations géographiques et temporelles sont cumulatives. Pour les seconds, ces deux limitations ne sont qu'alternatives⁽¹⁸⁾. En tout état de cause, la clause de non-concurrence ne pouvait avoir pour conséquence d'empêcher le travailleur – qu'il s'agisse d'un ouvrier ou d'un employé – de percevoir des revenus suffisants pour pourvoir à sa subsistance⁽¹⁹⁾.

9. Par ailleurs, il n'est pas contesté que la nullité des clauses de non-concurrence illicites vise, en général, la clause de non-concurrence seule et non la convention dans son intégralité dont elle n'est qu'une obligation périphérique⁽²⁰⁾. Il s'agit d'une nullité partielle de la convention.

En effet, selon l'interprétation actuelle de l'article 1172 du Code civil, la nullité d'une clause n'entraîne pas automatiquement la nullité de la convention. On parle de divisibilité de la convention : lorsque la loi, pas plus que les parties, ne détermine l'étendue de la nullité, celle-ci ne concerne, en principe, que la seule clause illicite. L'illicéité d'une clause n'entraîne alors pas la nullité de la convention. Il en va différemment uniquement lorsque, eu égard à la volonté des parties, la disposition contractuelle illicite forme un tout indivisible avec les autres stipulations, de sorte que la convention ne peut subsister amputée de la clause irrégulière. Le juge est tenu, en de telles occurrences, de prononcer la nullité totale de la convention⁽²¹⁾.

B. L'étendue de la nullité des clauses de non-concurrence irrégulières

10. Tout autre est la question de savoir si le juge peut limiter, moduler, les effets de la nullité qui sanctionne inévitablement les clauses de non-concurrence contraires au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il s'agirait pour le juge de ne prononcer la nullité de telles clauses que dans la seule mesure de leur illicéité⁽²²⁾.

Ainsi, la clause de non-concurrence stipulée pour une durée excessivement longue ou qui interdirait au débiteur d'exercer une activité similaire sur un territoire déme-

(17) A. MOREAU, *Traité de la concurrence illicite*, *op. cit.*, p. 240.

(18) L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, pp. 181-182.

(19) L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, p. 182 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1954, t. 1, p. 169 ; M. PAPIER-JAMOULLE, *Le statut des représentants de commerce*, *op. cit.*, p. 106 et doctrine citée en note 4.

(20) Voy. en ce sens M. VERCRUYSSSE et E. LAUWERS, *Le fonds de commerce*, *op. cit.*, p. 133.

(21) W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. I. Algemeen deel*, Anvers, Utrecht, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1969, pp. 424-427 ; P. WÉRY, *Droit des Obligations*, vol. 1, Théorie générale du contrat, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 325-326 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 352-354 ; C. CAUFFMAN, « Vers un endiguement du pouvoir modérateur du juge en cas de nullité ? », *R.C.J.B.*, 2007, pp. 432-435 ; voy. également sur la nullité partielle I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », in *Sancties en nietigheden*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 304 et s. ; P. WÉRY, « Une nouvelle application de la flexibilité des sanctions dans le contentieux contractuel : la nullité partielle d'une clause illicite », note sous Cass., 25 juin 2015, *R.C.J.B.*, 2016, pp. 400 et s.

(22) Ainsi, T. TANGHE énonce que la réduction « komt immers neer op een gedeeltelijke vernietiging door reductie van het ongeoorloofde beding tot een aanvaardbaar en geoorloofd niveau » (T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 186).

surément étendu se verrait annulée pour contrariété à l'ordre public dans la stricte mesure de cet excès. Dans cette acception de la nullité, le juge serait pourvu du pouvoir de réduction, espèce de nullité partielle, l'autorisant à réduire le droit – et non uniquement son exercice⁽²³⁾ – afin de ne laisser subsister qu'une clause parfaitement licite⁽²⁴⁾.

1. Le rejet de la nullité-réduction en 1971

11. Une telle conception de la nullité partielle fut rejetée par un arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1971. Il concernait une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail d'ouvrier dont la validité s'appréciait à l'aune du droit commun – la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail ne contenant, alors, aucune disposition réglementant ce type de clauses⁽²⁵⁾.

Ainsi, un ouvrier-coiffeur qui travaillait pour un établissement de coiffure situé à Bruxelles s'était vu interdire l'exercice d'une activité de coiffure dans l'agglomération bruxelloise mais aussi, notamment, liégeoise, anversoise et gantoise.

Suite à l'ouverture, par l'ouvrier, d'un salon de coiffure dans la commune d'Ixelles, son ancien employeur lui réclama le paiement de l'indemnité forfaitaire prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence. L'ancien ouvrier opposa à cette prétention la nullité de la clause en ce que l'étendue géographique de celle-ci était excessive dès lors qu'elle visait des agglomérations dans lesquelles il n'était pas susceptible de faire concurrence à son ancien employeur.

Le conseil de prud'hommes d'appel de Bruxelles, tout en reconnaissant le caractère excessif du champ d'application géographique de la clause, condamna le travailleur au paiement de la clause pénale. Il jugea, en effet, que la clause de non-concurrence n'en était pas moins valable dans la mesure où elle visait l'agglomération bruxelloise.

Saisie d'un pourvoi de l'ancien ouvrier, la Cour de cassation cassa la sentence du conseil prud'homal au motif que « la nullité d'ordre public d'une clause contractuelle imposant une obligation de ne pas faire concurrence est absolue dans ses effets, affecte toute l'obligation et ne saurait, dès lors, être limitée à certaines abstentions » et

(23) Cette situation se distingue de la fonction modératrice de la bonne foi qui permet de réduire la prétention d'une partie à l'exercice normal d'un droit sans porter atteinte au droit lui-même.

(24) Voy. au sujet de la considération selon laquelle la réduction est une espèce de nullité partielle P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1969, spéc. pp. 209 et s.; F. BOUSSOUGOU, « La nature juridique de la réduction applicable aux obligations excessives » in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 543 et s.; P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^e éd., Collection Droit civil, Paris, Defrénois, 2007, pp. 357-358; F. KÉFER et A. MORTIER, « Les "clauses abusives" du contrat de travail », in B. BIEMAR (coord.), *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Limal, Anthemis, 2013, p. 102; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, op. cit., pp. 182 et s.; voy. également C. CAUFFMAN, op. cit., R.C.J.B., 2007, pp. 431 et s.

(25) L'article 24quater de la loi du 10 mars 1900 qui prohibe la stipulation d'une clause de non-concurrence dans le contrat de travail de l'ouvrier dont la rémunération n'excède pas un certain montant n'est entré en vigueur que le 19 janvier 1970, soit entre la sentence attaquée par le pourvoi et l'arrêt de la Cour suprême et n'est pas visé par cette dernière; voy. *infra*, n° 28.

« qu'il n'appartient pas au juge de donner un effet limité à une clause de non-concurrence qu'il estime en partie illicite »⁽²⁶⁾.

12. La sanction des clauses de non-concurrence contraires au principe de la liberté du commerce et de l'industrie consistait donc en la nullité intégrale de la clause⁽²⁷⁾. La portée de cet arrêt n'est pas circonscrite aux seules clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de louage de travail; d'autant, on l'a dit, qu'en l'absence de disposition spécifique applicable au contrat de travail d'ouvrier, le fondement retenu par la Cour de cassation pour sanctionner les clauses de non-concurrence excessives était le décret d'Allarde, certes combiné, notamment, avec l'article 1780 du Code civil qui prohibe l'engagement à vie du travailleur⁽²⁸⁾.

2. Le revirement de jurisprudence en 2015

13. Par deux arrêts successifs rendus en 2015, la Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence, en ce qui concerne les clauses de non-concurrence de droit commun à tout le moins.

a) L'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 2015

14. L'hypothèse de ce premier arrêt concerne une cession partielle d'un fonds de commerce⁽²⁹⁾. La convention de cession contenait une clause de non-concurrence en vertu de laquelle le cessionnaire s'engageait à ne pas faire concurrence au cédant pour les activités non cédées pendant une durée de dix-sept ans. La cour d'appel de Gand jugea excessive la durée d'efficacité de la clause et partant prononça la nullité de celle-ci.

Sur pourvoi du cédant, la Cour suprême, tout en reconnaissant le caractère d'ordre public de l'article 7 du décret d'Allarde, reprocha aux juges d'appel de ne pas avoir donné suite à la demande du cédant de limiter les effets de la nullité de la clause de non-concurrence⁽³⁰⁾.

Selon la Cour, lorsque la clause d'une convention est nulle, y compris pour contrariété à l'ordre public, « le juge peut, si la nullité partielle est possible, limiter la nullité, *sauf interdiction de la loi*, à la partie de la convention *ou de la clause* contraire à cette dis-

(26) Cass. 3 février 1971, *Pas.*, 1971, pp. 511 et s.

(27) Comm. Gand, 17 octobre 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 26; Comm. Hasselt, 5 mai 2004, *Limb. Rechtsl.*, 2007, p. 144; Gand, 25 mai 2005, *D.A.O.R.*, 2005, p. 334; Liège, 17 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 372; Liège, 13 décembre 2012, *D.A.O.R.*, 2014, p. 136; voy. également A. SNYERS, « De rechterlijke matiging van een niet-concurrentiebeding in een acquisitieovereenkomst », note sous Cass., 23 janvier 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 368.

(28) Voy. *infra*, n° 28; voy. *R.P.D.B.*, v° « Louage de services manuels », Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, t. VII, n° 286.

(29) Gand, 17 décembre 2012, R.G. 2012/AR/646, disponible sur www.kuleuven-kulak.be/godis/nl/juridische-databank/2012-12-17-hof-van-beroep-gent-2010-ar-646.

(30) Cass. 23 janvier 2015, *D.A.O.R.*, 2015, liv. 115, p. 18, note D. MERTENS, *NJW*, 2015, liv. 333, p. 913, note C. LEBON, *R.W.*, 2015-2016, liv. 30, p. 1187, note F. PEERAER, *T.R.V.*, 2015, liv. 5, p. 459, note B. BELLEN.

position »⁽³¹⁾. Le juge devra, toutefois, veiller à ce que la réduction de la clause illicite corresponde à la volonté des parties. Partant, la nullité partielle n'est pas envisageable lorsque la clause est indivisible.

En l'espèce, la recherche de la commune intention des parties ne posait pas de difficulté. En effet, la convention de cession de fonds de commerce prévoyait que « les dispositions qui seraient entachées de nullité ou qui ne seraient pas valables restent obligatoires pour la partie qui est légalement autorisée »⁽³²⁾.

En revanche, en l'absence d'une stipulation expresse, la tâche confiée au juge d'apprécier, en se plaçant au moment de l'échange des consentements, l'intention des parties quant à la survivance d'une clause contractuelle partiellement amputée s'avèrera plus délicate.

b) L'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015

15. Dans cette deuxième affaire était en cause une clause de non-concurrence insérée dans une convention de cession d'actions d'une société anonyme. Celle-ci faisait interdiction au cédant d'exercer une activité similaire à celle de la société – dont l'intégralité des parts était cédée – sur le territoire belge et à l'étranger, sans autre précision, et pour une durée de trois ans.

Alléguant de multiples violations de la clause de non-concurrence, le cessionnaire réclamait le paiement de l'indemnité forfaitaire prévue par une clause pénale. Le tribunal de commerce de Liège avait fait droit à sa demande.

En appel, la cour d'appel de Liège⁽³³⁾ avait conclu à l'illicéité de la clause de non-concurrence et, partant, prononcé la nullité de celle-ci. Pour la juridiction liégeoise, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie était violé en ce que la clause de non-concurrence était imprécise quant aux activités interdites et portait sur un territoire trop étendu. En outre, la cour avait refusé de réduire celle-ci au territoire sur lequel le cédant était effectivement susceptible de faire concurrence au cessionnaire.

16. Par son arrêt du 25 juin 2015, la Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel de Liège ; elle considère que le juge ne peut refuser de manière absolue de prononcer la nullité partielle d'une clause illicite. La Cour suprême réitère l'attendu selon lequel « le juge peut, si une nullité partielle d'une telle clause est possible, en limiter la nullité à la partie contraire à l'ordre public, pour autant que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties »⁽³⁴⁾.

(31) Nous soulignons.

(32) La nullité-réduction reposait donc sur une base contractuelle ; voy. T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, op. cit., p. 189 et pp. 254 et s.

(33) Liège, 13 décembre 2012, *D.A.O.R.*, 2014, p. 136, également disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

(34) Cass., 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727, note S. LAGASSE, *J.T.T.*, 2015, p. 483, obs. M. L. WANTIEZ, *NjW*, 2015, p. 914, note C. LEBON, *R.G.D.C.*, 2016, p. 187, note F. PEERAER.

Le juge devra déterminer si l'application de la sanction de la nullité-réduction est compatible avec la volonté des parties et, dans ce cas, réduire la clause de non-concurrence dans la stricte mesure de son illicéité.

17. Cet arrêt de la Cour de cassation est intéressant en ce qu'il permet au juge de réduire les clauses de non-concurrence excessives insérées dans les contrats de cession d'actions. Un tel résultat était déjà possible dans le cadre des cessions de fonds de commerce. Dans ces opérations, si la clause de non-concurrence est excessive, la nullité intégrale de la clause ne préjudicie pas de l'application de l'article 1628 du Code civil duquel découle, on l'a dit, une obligation de non-concurrence que la clause de non-concurrence ne vient jamais que préciser. Par contre, ce filet de sécurité n'existe pas dans le cadre des cessions d'activité par le truchement d'une cession d'actions, dès lors que la cession porte sur les actions elles-mêmes, et non sur le patrimoine de l'entreprise^{(35), (36)}.

c) Les conditions à la nullité-réduction

18. Les deux arrêts qui viennent d'être examinés constituent un revirement de jurisprudence manifeste de la Cour de cassation par rapport à sa position énoncée dans l'arrêt de 1971. La Cour ne s'en cache d'ailleurs pas, ainsi qu'en témoigne le rapport annuel de la haute juridiction, lequel énonce : « La Cour tranche ainsi une question controversée en doctrine et rompt avec l'enseignement de son arrêt du 3 février 1971 »⁽³⁷⁾.

Ces arrêts rencontrent la critique émise par une partie de la doctrine qui considère la sanction de la nullité intégrale de la clause comme, parfois, trop rigide, disproportionnée⁽³⁸⁾, et plaide en faveur de la nullité-réduction des clauses de non-concurrence excessives⁽³⁹⁾.

19. En outre, eu égard à l'énonciation de ces deux arrêts, la portée de leur enseignement n'est certainement pas limitée aux seules clauses de non-concurrence⁽⁴⁰⁾. Il

(35) P. A. FORIERS et R. JAFFERALI, « La cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées », in N. THIRION (coord.), *La cession du fonds de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 43 ; voy. également N. THIRION et al., *Droit de l'entreprise*, op. cit., p. 375 et note 843 ; D. GOL et C. DUVIEUSART, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », op. cit., pp. 235-236.

(36) Voy. contra A. DE CALUWÉ, note sous Bruxelles, 21 mars 1984, *R.D.C.*, 1984, p. 543 ; X. DIEUX, « Les garanties en matière de cessions d'actions – pour un retour au droit commun ! », in *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires : 40^{ème} anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 503-504 ; C. GUYOT, op. cit., *D.A.O.R.*, 2001, pp. 15 et s.

(37) Rapport annuel 2015 de la Cour de cassation de Belgique, disponible sur http://justice.belgium.be/fr/nouvelles/autres_communiques_22.

(38) R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., p. 727.

(39) Pour D. MERTENS : « De sanctie is dus bijzonder rigide. Dit valt te betreuren. Althans bij gebrek aan een uitdrukkelijke wettelijke tekst, is er geen reden om de contractvrijheid verder te beperken dan noodzakelijk. Er valt dan ook voor te pleiten een aan het gemeen recht onderworpen concurrentiebeding slechts nietig te verklaren indien en voor zover het de economische vrijheid 'te veel' beperkt » (D. MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, op. cit., p. 359) ; voy. Également T. BAART, S. THIRÉ et A. VERBIST, « Het niet-concurrentiebeding in overnameovereenkomsten: op zoek naar houvast », *Not. Fisc. M.*, 2012, pp. 125-126.

(40) Voy. en ce sens P. WÉRY, op. cit., *R.C.J.B.*, 2016, pp. 428-429.

faut désormais considérer que la sanction de la réduction d'un *quantum* excessif doit être envisagée, suivant les arrêts de la Cour, chaque fois que : la nullité partielle est possible (1), la réduction n'est pas proscrite par la loi (2) et la réduction correspond à la volonté des parties (3) ⁽⁴¹⁾.

(1) La nullité partielle doit être possible

20. La nullité-réduction n'étant qu'une forme de nullité partielle, il est évident que la sanction de la réduction n'est permise que dans les hypothèses où la nullité partielle est, elle-même, permise. Il s'agit d'ailleurs d'un argument avancé par certains auteurs en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir de réduction ^{(42), (43)}.

(2) La nullité-réduction ne vaut que sauf interdiction de la loi

21. Dans son arrêt du 23 janvier 2015, la Cour de cassation précise que le pouvoir de réduction ne vaut que « sauf interdiction de la loi ». La Cour ne le précise cependant plus dans son arrêt du 25 juin 2015. Il n'est pas certain que cette omission soit intentionnelle.

22. Il est permis de s'interroger sur la portée exacte des termes employés. Faut-il en déduire que le pouvoir de réduction n'est limité que par son interdiction expresse par le législateur ? Ou faut-il rechercher quelle est l'intention de celui-ci lorsqu'il sanctionne de nullité la méconnaissance de dispositions légales par les parties ? Notre préférence va vers cette seconde interprétation. S'interrogeant sur cette question en droit français, P. SIMLER a considéré que « [d]ans le texte de la règle violée, le juge trouvera [...] la mesure de ce qui est illicite ; dans le but visé par le législateur à travers ce texte il recherchera la mesure de ce qui doit être annulé » ^{(44), (45)}. Cela ne manquera

(41) Voy. P. WÉRY, *op. cit.*, R.C.J.B., 2016, pp. 420 et s. ; D. GOL et C. DUVIEUSART, « Les clauses de non-concurrence en droit commun », *op. cit.*, pp. 255 et s.

(42) P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.*, pp. 386 et s. ; S. LAGASSE, *op. cit.*, J.T., 2015, pp. 719 et s. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 719-720 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, *op. cit.*, p. 727 ; P. WÉRY, *op. cit.*, R.C.J.B., 2016, p. 413.

(43) En ce sens, T. TANGHE note : « Sommigen beroepen zich op de rechtsspreuk dat "wie het meerderen kan, ook het minderen kan" [...] om een buitenwettelijke matigingsbevoegdheid juridisch te bepleiten » (T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 193).

(44) P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.*, p. 409 ; celui-ci précise encore, aux pages 464 et 465, que « s'il s'avère, au contraire, que l'acte droit être impérativement maintenu en partie ou anéanti totalement pour que le but de la loi puisse être atteint, pour que sa sanction soit efficace, alors le critère intentionnel devra être tenu en échec. C'est au juge, et à lui seul, qu'incombe la charge de mettre en pratique cette idée. Chaque fois qu'un problème d'étendue de la nullité se présentera à lui, il devra se demander si la norme prohibitive, en vertu de laquelle une disposition de l'acte est nulle, ne contient pas, expressément ou tacitement, la solution de ce problème. Ce n'est qu'en cas de réponse négative qu'il pourra recourir à une règle générale fondée sur l'autonomie de la volonté », nous soulignons.

(45) F. BOUSSOUGOU, « La nature juridique de la réduction applicable aux obligations excessives », *op. cit.*, pp. 545 et s. ; G. COUTURIER, « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 281-283 ; voy. également, au sujet de la nullité partielle de la convention, W. VAN GERVEN, *Beginnselen van Belgisch privaatrecht. I, Algemeen deel*, *op. cit.*, 1969, p. 404 ; C. CAUFFMAN, *op.*

cependant pas de soulever des difficultés d'interprétation et de provoquer une certaine insécurité juridique.

(3) La réduction de la clause excessive doit correspondre à la volonté des parties

23. La Cour s'oppose à l'application de la sanction de la réduction lorsqu'une telle mesure contrarierait la volonté des parties. On y voit un lien avec le concept d'indivisibilité applicable pour les nullités partielles.

24. La reconnaissance d'un pouvoir de réduction du juge fondé sur l'autonomie des volontés peut cependant paraître paradoxale alors que le principe de convention-loi qui en découle interdit, en principe, à celui-ci de modifier ou de réviser les dispositions contractuelles ⁽⁴⁶⁾.

25. Toutefois, l'argument tiré du principe de convention-loi ne permet pas de s'opposer à la reconnaissance d'un pouvoir de réduction. Lorsqu'une disposition contractuelle prévoit, pour reprendre les termes de P. SIMLER, un *quantum* illicite, la réfaction, par le juge, de ce *quantum* dans la mesure de son illicéité respectera, dans un certain nombre de cas, la volonté des parties. En effet, si les parties se sont accordées sur un certain *quantum*, leur consentement vaut également, *a priori*, pour toutes les 'tranches' de ce même *quantum* de sorte qu'elles préféreront à la nullité intégrale de la clause, la réfaction du *quantum* stipulé, dans la mesure de son illicéité. C'est en ce sens que E. SWAENEPOEL se demande si « Impliceert een akkoord over een niet-concurrentieverbintenissen gedurende acht jaar niet automatisch een akkoord van diezelfde partijen over dezelfde niet concurrentieverbintenissen gedurende een duur van drie of vijf jaar? O.i. lijkt deze vraag positief te moeten worden beantwoord » ⁽⁴⁷⁾. Ce raisonnement est indubitablement valable dans le chef du débiteur de la clause de non-concurrence (qui s'engage pour une durée de huit ans s'engage pour une durée de cinq ou trois ans), mais l'est-il également dans le chef du créancier de la clause ? En d'autres termes – on en revient à la question de la divisibilité –, le créancier de la clause de non-concurrence aurait-il conclu la convention, par exemple de cession d'actions,

cit., R.C.J.B., 2007, p. 433 et note 21, pour qui « [l'] intention du législateur instituant la nullité prévaut cependant sur la volonté des parties » ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 167 ; voy. également, mais limité aux dispositions d'ordre public, Conclusions de l'avocat général WERQUIN précédant Cass., 25 juin 2015, n° B.I.5 et B.I.13, disponibles sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

(46) J. MOULY, obs. sous Cass. fr., 12 octobre 2011, *Dr. soc.*, 2012, n° 2, p. 198 ; voy. également M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, Paris, LGDJ, 2014, p. 353 ; Conclusions de l'avocat général WERQUIN précédant Cass., 25 juin 2015, n° B.I.3-B.I.6, disponibles sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

(47) E. SWAENEPOEL, *Contractpartijen door de rechter uitgekleeft? De bevoegdheden van de rechter in het contract benaderd vanuit het verbintenissenrecht en het gerechtelijk recht*, *op. cit.*, p. 74 ; voy. aussi l'argument de R. JAFFERALI mais développé dans une section consacrée au caractère dissuasif ou non de la sanction de réduction : « On pourrait même considérer qu'une clause susceptible d'être "découpée" d'un point de vue quantitatif doit en réalité s'interpréter comme comportant une multitude d'engagements distincts exprimés, par simplicité, sous une forme condensée, mais auxquels les principes de la nullité partielle demeurent intégralement applicables sans qu'il soit nécessaire de parler de réduction » (R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat: étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Collection de la faculté de droit – Université libre de Bruxelles, Bruxelles Bruylant, 2014 p. 730) ; D. MERTENS, *op. cit.*, D.A.O.R., 2015, p. 22.

si le champ d'application *ratione temporis* de la clause de non-concurrence n'avait été que de cinq ou trois ans ? C'est une question qu'il appartiendra au juge de trancher. En tout état de cause, la sanction de la nullité-réduction ne se conçoit pas lorsque le *quantum* illicite a été déterminant du consentement de l'une ou des parties⁽⁴⁸⁾. Dans ce dernier cas, le juge devra prononcer la nullité totale de la convention ; ce résultat est logique puisque la nullité-réduction n'est qu'une espèce de nullité partielle, là où elle est impossible parce que l'obligation est indivisible on en revient à la sanction « classique » de la nullité totale.

De ce qui vient d'être dit, on peut raisonnablement conclure que l'autonomie des volontés ne fait pas obstacle à la reconnaissance de la sanction de la nullité-réduction, pas plus qu'elle ne fait obstacle à la sanction de la nullité partielle de la convention en tout cas⁽⁴⁹⁾. Même, la nullité-réduction entraînera un déséquilibre contractuel moins important que la nullité partielle de la convention⁽⁵⁰⁾ – on pense ici à l'incidence que pourrait avoir la suppression de la clause de non-concurrence sur le prix d'une cession d'actions par exemple⁽⁵¹⁾.

26. On relèvera tout de même que, si la doctrine et la jurisprudence contemporaines s'accordent à considérer que, nonobstant la lettre de l'article 1172 du Code civil⁽⁵²⁾, la nullité d'une disposition contractuelle n'entraîne pas *ipso facto* la nullité de la convention dans son intégralité⁽⁵³⁾, conférer un pouvoir de réduction au juge consiste à franchir une étape supplémentaire qui pourrait s'accorder difficilement avec le texte de l'article 1172 précité. Sous couvert du terme réduction le juge ne se voit-il pas, en réalité, nanti d'un véritable pouvoir de révision du contrat⁽⁵⁴⁾ ?

L'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2015 permet d'apercevoir le caractère parfois artificiel du pouvoir de réduction entendu comme réfaction au sein de la clause par analogie à la nullité d'une clause illicite au sein d'une convention qui survivrait, car divisible. En effet, la Cour, par cet arrêt, autorise le juge à réécrire une clause de non-concurrence stipulée sans limitation géographique, en lui en ajoutant une, cela sous l'apparence d'une simple réduction du champ territorial.

(48) P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., p. 214 ; voy. C. CAUFFMAN, op. cit., R.C.J.B., 2007, p. 436.

(49) P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, op. cit., pp. 386 et s. ; S. LAGASSE, op. cit., J.T., 2015, pp. 719 et s. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia, 2000, pp. 719-720 ; R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., p. 727 ; T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, op. cit., pp. 191-193.

(50) P. WÉRY, op. cit., R.C.J.B., 2016, pp. 413-414.

(51) Voy. T. TANGHE, « Gedeeltelijke vernietiging/matiging van ongeoorloofde concurrentieclausules », note sous Cass., 25 juin 2015, R.D.C., 2016, p. 391, n° 7 ; E. SWAENEPOEL, *Contractpartijen door de rechter uitgekleeft? De bevoegdheden van de rechter in het contract benaderd vanuit het verbintenissenrecht en het gerechtelijk recht*, op. cit., pp. 73-74.

(52) En vertu de ce dernier, « toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend », le terme « condition » étant à entendre largement.

(53) Voy. notamment H. DE PAGE, *Traité*, t. I, 3^e éd., 1962, pp. 232-233 ; C. CAUFFMAN, op. cit., R.C.J.B., 2007, pp. 432-433 et jurisprudence citée.

(54) En ce sens : C. CAUFFMAN note, à propos de la nullité partielle, que « [ce] dernier type de modération de la nullité doit être étudié de très près parce que la ligne de démarcation n'est pas claire entre la nullité partielle et le remplacement d'une clause », C. CAUFFMAN, op. cit., R.C.J.B., 2007, p. 431.

Certes, *matériellement*, l'intervention du juge a pour conséquence que le champ d'application territorial de la clause de non-concurrence, autrefois universel, sera désormais restreint à un certain territoire mais, *intellectuellement*, ce résultat ne pourra être obtenu sans une modification de la stipulation contractuelle, elle-même, par l'adjonction d'une limitation géographique qui faisait défaut et qu'il appartiendra au juge de déterminer.

Cet argument ne remet pas en cause le concept même de nullité-réduction, mais requiert, nous semble-t-il, une approche circonspecte du juge lorsqu'il recourt à cette sanction.

II. Les clauses de non-concurrence en droit du travail

27. Dès lors que la Cour de cassation admet désormais la nullité-réduction comme sanction des clauses de non-concurrence 'de droit commun' irrégulières, une question se fait pressante, celle de savoir si cette jurisprudence vaut, par analogie, pour les clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de travail. L'examen de cette question se décomposera en trois temps. D'abord, nous étudierons l'évolution de la réglementation des clauses de non-concurrence en droit du travail (A). Ensuite, nous montrerons que les juges disposent déjà, en droit du travail, d'un pouvoir de réduction des clauses pénales sanctionnant la méconnaissance d'une obligation de non-concurrence (B). Enfin, nous déterminerons si et dans quelle mesure la sanction de la nullité-réduction peut être appliquée aux clauses de non-concurrence elles-mêmes (C).

A. La réglementation des clauses de non-concurrence dans la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail

1. Le régime antérieur à la loi du 3 juillet 1978

28. On distingue trois périodes dans l'appréhension des clauses de non-concurrence par le droit du travail. On note que le passage d'une période à l'autre ne s'est pas opéré au même moment selon que le travailleur était un ouvrier, un employé ou un représentant de commerce.

Dans un premier temps, le droit du travail ne contenait aucune disposition réglant le sort des clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de louage de travail. La validité de celles-ci s'appréciait au regard du seul droit commun et, en particulier, du décret d'Allarde.

Dans un second temps, le législateur intervint pour interdire la stipulation d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail lorsque la rémunération annuelle du travailleur n'excédait pas un certain montant⁽⁵⁵⁾.

(55) Pour les employés, la loi du 7 août 1922 relative au contrat d'emploi puis les lois coordonnées le 20 juillet 1955 prohibaient la stipulation d'une clause de non-concurrence, leur champ d'application personnel était toutefois limité aux employés dont la rémunération excédait un certain montant (art. 20 de la loi du 7 août 1922 relative au contrat d'emploi et art. 26 des lois relatives au contrat d'emploi

Enfin, dans un troisième temps, le législateur, tout en maintenant le régime de prohibition des clauses de non-concurrence en fonction de la rémunération annuelle du travailleur, détermina les conditions de validité de ces clauses pour les travailleurs dont la rémunération excédait le plafond légal⁽⁵⁶⁾.

2. La réglementation des clauses de non-concurrence sous l'empire de la loi du 3 juillet 1978

29. La loi du 3 juillet 1978 subordonne la validité des clauses de non-concurrence au respect de conditions cumulatives qui diffèrent selon que le travailleur est un ouvrier, un employé ou un représentant de commerce. La validité d'une clause de non-concurrence dépend de la rémunération du travailleur. La clause de non-concurrence est réputée inexistante si la rémunération n'excède pas 16 100 euros. Pour les ouvriers et les employés, lorsque la rémunération est comprise entre 16 100 euros et 32 200 euros⁽⁵⁷⁾, la validité de la clause de non-concurrence est subordonnée à l'existence d'une convention collective de travail qui permet la stipulation de celle-ci. Au-delà de ce dernier montant, la stipulation d'une clause de non-concurrence est autorisée, sauf interdiction par une convention collective de travail⁽⁵⁸⁾. La rémunération à prendre en considération est celle dont bénéficie le travailleur au moment de la cessation du contrat de travail.

En outre, ces clauses doivent respecter la triple limitation dans l'espace, dans le temps et d'objet⁽⁵⁹⁾, dont il a été précédemment question. Ces trois conditions sont cumulatives. En ce qui concerne les employés et les ouvriers, la portée géographique de la clause de non-concurrence est limitée au territoire national. Tant pour les ouvriers, les employés que les représentants de commerce, la période d'efficacité de la clause ne peut être supérieure à douze mois. Il est toutefois permis, pour certains employés de certaines entreprises, de déroger, par convention collective ou individuelle, aux deux plafonds qui viennent d'être énoncés ; on vise la clause dérogatoire de non-concurrence⁽⁶⁰⁾.

coordonnées le 20 juillet 1955) ; à partir de janvier 1970, la loi du 10 mars 1900 énonça une interdiction des clauses de non-concurrence pour les ouvriers dont la rémunération ne dépassait pas un certain montant (art. 24^{quater} de la loi du 10 mars 1900, inséré par l'article 17 de la loi du 21 novembre 1969 modifiant la législation sur les contrats de louage de travail (1), *M.B.*, 9 janvier 1970).

(56) Les représentants de commerce furent les premiers à bénéficier de ce régime établi par la loi du 30 juillet 1963 fixant le statut des représentants de commerce (art. 18, al. 2, de la loi du 30 juillet 1963, *M.B.*, 7 août 1963) ; à partir de janvier 1970, la réglementation des contrats d'emploi se rapproche de celle des contrats de représentants de commerce (art. 26 des lois coordonnées le 20 juillet 1955 relatives au contrat d'emploi, remplacé par l'article 53 de la loi du 21 novembre 1969 modifiant la législation sur les contrats de louage de travail (1), *M.B.*, 9 janvier 1970).

(57) Au 1^{er} janvier 2016 ces montants équivalent, respectivement, à 33 221 euros et 66 441 euros.

(58) Art. 65, § 2, al. 1 à 4, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

(59) Sur la notion d'activités similaires retenue par la loi du 3 juillet 1978, voy. C. WANTIEZ, *Les clauses de non-concurrence et le contrat de travail*, Bruxelles, Larcier, 2001, 2^e éd., pp. 31-33.

(60) Voy. art. 86, § 2, de la loi du 3 juillet 1978 et art. 3 et s., de la convention collective de travail n° 1 bis du 21 décembre 1978 adaptant à la loi relative aux contrats de travail la convention collective de travail n° 1 du 12 février 1970, concernant la clause dérogatoire de non-concurrence, modifiée par la convention collective de travail n° 1 ter du 28 février 1980,

L'employeur qui ne renonce pas au bénéfice de la clause de non-concurrence dans un délai de quinze jours à partir du moment de la cessation du contrat de travail est redevable à l'ouvrier ou à l'employé d'une indemnité forfaitaire équivalant au minimum à la moitié de la rémunération brute de l'ouvrier ou de l'employé correspondant à la période d'application effective de la clause.

La clause de non-concurrence doit, à peine de nullité, être constatée par écrit⁽⁶¹⁾. Elle ne sort pas ses effets en cas de cessation du contrat de travail au cours des six premiers mois de celui-ci, en cas de licenciement sans motif grave ou en cas de démission pour motif grave⁽⁶²⁾. Concernant la clause dérogatoire de non-concurrence, elle ne sort pas ses effets s'il est mis fin au contrat de travail par l'employé pour motif grave⁽⁶³⁾.

En cas de violation de la clause de non-concurrence, employés et ouvriers remboursent à leur ex-employeur l'indemnité de non-concurrence dont il vient d'être question. En outre, ils payent une somme équivalente au titre de clause pénale⁽⁶⁴⁾. Le représentant de commerce, quant à lui, est redevable du montant déterminé par une clause pénale d'indemnité forfaitaire qui ne peut être supérieur à trois mois de rémunération⁽⁶⁵⁾. Dans tous les cas, l'employeur peut réclamer un montant plus important, à charge pour lui de démontrer l'existence et l'étendue de son préjudice⁽⁶⁶⁾.

B. L'existence d'un pouvoir de réduction des clauses pénales sanctionnant la violation d'une clause de non-concurrence

1. La clause pénale dans les contrats de travail de représentants de commerce – l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1999

30. La question de la sanction à réserver aux clauses pénales excessives sanctionnant la violation, par un représentant de commerce, d'une clause de non-concurrence sera l'occasion d'une première inflexion à l'arrêt de la Cour de cassation du 3 février 1971, déjà évoqué⁽⁶⁷⁾.

Les parties avaient inséré une clause de non-concurrence – dont la validité intrinsèque n'était pas contestée – couplée à une clause pénale d'indemnité forfaitaire correspondant à trois mois de rémunération par infraction constatée.

La contestation se focalisa sur l'indemnité forfaitaire stipulée par les parties. Le caractère excessif de celle-ci ne faisait pas de difficulté. Par contre, les parties s'opposaient sur le remède à apporter à cet excès ; le travailleur soutenait que la clause fixant l'in-

(61) Art. 65, § 2, al. 8, et art. 104, al. 4, de la loi du 3 juillet 1978.

(62) Art. 65, § 2, al. 9, et art. 104, al. 3, de la loi du 3 juillet 1978 ; pour le surplus, voy. J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, Bruxelles, Larcier, 2014., pp. 462-463.

(63) Art. 3, al. 3, CCT n° 1 bis.

(64) Le juge peut, à la demande du travailleur, réduire le montant de la clause pénale en tenant compte, notamment, du dommage causé et de la période pendant laquelle la clause a été respectée, nous y reviendrons, voy. *infra*, n° 34.

(65) Art. 106, al. 1^{er}, de la loi du 3 juillet 1978.

(66) Art. 65, § 2, al. 10, et art. 106, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 ; pour le surplus, voy. J. CLESSE et F. KÉFER, *Manuel de droit du travail*, *op. cit.*, pp. 456-462.

(67) Voy. *supra*, n° 11.

demnité forfaitaire en cas de violation de la clause de non-concurrence devait être déclarée nulle.

La cour du travail de Gand, par un arrêt du 22 juin 1998, jugea, en substance, que la clause qui prévoit une indemnité forfaitaire équivalant à trois mois de rémunération, par infraction, excédait le forfait légal dont il est question à l'article 106 de la loi du 3 juillet 1978 et devait, en conséquence, être réduite au maximum légal de trois mois⁽⁶⁸⁾.

31. La Cour de cassation rejeta le pourvoi introduit contre cet arrêt au motif que, sur la base de l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 précitée, « le juge est tenu de *déclarer nulle la clause* prévoyant une somme supérieure à trois mois de rémunération à titre d'indemnité forfaitaire en cas de non-respect par le travailleur de la clause de non-concurrence *dans la mesure où cette clause prévoit un montant supérieur au montant légalement autorisé* »⁽⁶⁹⁾.

Deux éléments peuvent être déduits de l'arrêt. Premièrement, l'illicéité de la clause pénale qui sanctionne le non-respect de la clause de non-concurrence est sans conséquences sur cette dernière. La détermination conforme de la clause pénale n'est donc pas une condition de validité de la clause de non-concurrence⁽⁷⁰⁾. Deuxièmement, la Cour suprême confère au juge un pouvoir de modération de l'indemnité forfaitaire due par le salarié en cas de violation d'une clause de non-concurrence. La sanction des clauses pénales excessives est, dans ce cadre, la nullité-réduction⁽⁷¹⁾.

32. Cet arrêt de rejet résulte-t-il d'un emprunt à la jurisprudence constante relative à la « réduction » des clauses d'essai excessives ? C'était la justification avancée par la cour du travail de Gand. Cependant, force est de constater que cette occurrence de « réduction » avait ceci de particulier que le juge était tenu de réduire la durée de l'essai, non pas au maximum légal – en prononçant ainsi la nullité de la clause dans la stricte mesure de l'excès – mais bien au minimum légal.

Partant, l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1999 ne nous semble pas pouvoir être considéré comme une suite logique ou, du moins, une extension de la jurisprudence applicable aux clauses d'essai. Même, il nous semble permis de douter de la qualification de la sanction réservée par la jurisprudence aux clauses d'essai excessives comme un cas de nullité-réduction.

En effet, si l'étendue de la nullité des clauses d'essai excessives est bien partielle, elle ne consiste pas, pour autant, en la réduction de la durée excessive stipulée. La sanction de ces clauses se décompose en deux temps. Dans un premier temps, le juge, constatant que la clause d'essai prévoit une durée excessive, prononce la nullité de la partie de la clause qui traite de la durée – et limite la nullité à cette seule partie de la clause. Dans un deuxième temps, eu égard à l'absence de stipulation convention-

(68) C. trav. Gand, 22 juin 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 428.

(69) Cass., 25 octobre 1999, *R.W.*, 2000-2001, liv. 21, p. 812, *Bull.*, 1999, p. 1392 ; nous soulignons.

(70) Voy. J. CLESSE et F. KÉFER, « Examen de jurisprudence (1995-2001) – Contrat de travail », *R.C.J.B.*, 2003, pp. 245-246.

(71) F. KÉFER et A. MORTIER, « Les "clauses abusives" du contrat de travail », *op. cit.*, p. 102 ; C. CAUFFMAN, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2007, p. 436 ; P. WÉRY, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2016, p. 405.

nelle relativement à la durée de la période d'essai – situation qui découle de la nullité dont il vient d'être question –, le juge applique la loi qui pallie l'absence de précision des parties quant à la durée de la période d'essai et, en conséquence, fixe celle-ci au minimum légal.

La Cour de cassation ne juge pas autrement lorsqu'elle énonce que « l'illicéité de la durée de la période d'essai n'entraîne cependant pas la nullité de la clause tout entière, la situation résultant de cette illicéité étant équivalente à celle produite par l'absence de prévision quant à la durée de la clause d'essai ; que dans ce cas la période d'essai est d'un mois, en vertu de l'alinéa 2 du § 2 de l'article 3 des lois coordonnées relatives au contrat d'emploi »⁽⁷²⁾. On parlera plus de nullité-substitution que de nullité-réduction⁽⁷³⁾.

En ce sens, on notera que lorsqu'à l'inverse, les parties ont stipulé une période d'essai inférieure au minimum légal, la durée fixée est frappée de nullité et, à nouveau, la loi suppléant à l'absence de précision quant à la durée de la clause d'essai, celle-ci est fixée à sept jours pour les ouvriers et un mois pour les employés⁽⁷⁴⁾. D'un point de vue « mathématique », la nullité-substitution entraîne donc, cette fois, un accroissement de la période d'essai⁽⁷⁵⁾.

33. L'arrêt du 25 octobre 1999 fait suite – mais s'en écarte – à une jurisprudence majoritaire⁽⁷⁶⁾ selon laquelle les clauses pénales irrégulières, parce que comminatoires, doivent être déclarées nulles dans leur intégralité et non pas dans la seule mesure de leur excès, déniaient tout pouvoir de réduction au juge⁽⁷⁷⁾.

(72) Cass., 5 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1148 ; l'article 3 des lois coordonnées disposait : « En l'absence de précision quant à sa durée soit dans la convention individuelle ou collective de travail, soit dans le règlement de travail, la période d'essai est d'un mois. »

(73) Voy., concernant la substitution par une disposition légale supplétive d'une clause contractuelle nulle pour violation d'une autre disposition légale, impérative cette fois, S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « Contrats et obligations – Nullité ou rescision des conventions – Effets de la nullité », *JurisClassueur Civil*, Code, LexisNexis, art. 1304 à 1314, fasc. 50, mis à jour au 13 août 2014, n° 104.

(74) Art. 48, § 2, *in fine* et art. 67, § 2, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, tels qu'ils étaient rédigés avant leur abrogation par la loi du 26 décembre 2013 concernant l'introduction d'un statut unique entre ouvriers et employés en ce qui concerne les délais de préavis et le jour de carence ainsi que de mesures d'accompagnement, *M.B.*, 31 décembre 2013.

(75) M. TAQUET et C. WANTIEZ, *Congé, préavis, indemnité : étude théorique et pratique*, Bruxelles, 1975, pp. 168-169 ; V. VANNES, *Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 317 ; J. CLESSE et F. KÉFER, « Examen de jurisprudence (2002 à 2011) – Contrats de travail », *R.C.J.B.*, 2012, p. 224 ; C. trav. Liège, 16 décembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 355.

(76) Voy. notamment Cass., 28 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 375 ; Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1458 ; Bruxelles, 23 juin 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1033, obs., J.-F. J.

(77) Voy. J. VAN RYN, « Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil », *J.T.*, 1980, pp. 557 et s. ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 43 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence – Obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 226 ; C. BIQUET-MATHIEU, « La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clauses pénales », *J.T.*, 1999, pp. 711-712 ; voy. également Bruxelles, 23 juin 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1033.

Le législateur mit fin à cette situation en 1998 par la promulgation de la loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires, entrée en vigueur au début de l'année 1999⁽⁷⁸⁾.

Il ressort des travaux préparatoires que, concernant la clause pénale, la volonté du législateur était double. Premièrement, il s'agissait de consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la clause pénale ne peut avoir d'effet comminatoire. Deuxièmement, le législateur tenait à amender le Code civil afin d'octroyer au juge un pouvoir de réduction des clauses pénales excessives, tout en reconnaissant qu'un tel pouvoir ne pouvait, jusqu'alors, se déduire du texte dudit code⁽⁷⁹⁾. En particulier, le législateur abrogea l'article 1152 du Code civil, lequel disposait : « 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 » pour ne conserver que l'article 1231 du même code qui consacre désormais le pouvoir de réduction du juge⁽⁸⁰⁾.

Il n'est pas inconcevable que la décision de la Cour de cassation ait été peu ou prou influencée, ne serait-ce qu'en partie, par cette réforme législative⁽⁸¹⁾.

2. La clause pénale dans les contrats de travail d'employé et d'ouvrier – l'article 65 de la loi du 3 juillet 1978

34. Le montant de l'indemnité de non-concurrence devra, dans tous les cas de violation de la clause, être intégralement remboursé par le travailleur. Par contre, le montant de la clause pénale pourrait être considéré comme déraisonnable.

Il est alors permis au juge de réduire le montant de la clause pénale pour lui conserver un caractère indemnitaire. Ce pouvoir de réduction n'est pas à déduire de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 1999 mais découle du texte même de l'article 65

(78) Loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires, *M.B.*, 13 janvier 1999.

(79) Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires, *Doc. parl.*, Chambre, 1997-1998, n° 49-1373/1, spéc. p. 3, « [J]usqu'à présent, le juge ne peut que prononcer la nullité d'une clause pénale excessive, ce qui plonge toutes les parties contractantes dans l'incertitude. En outre, la mesure n'est pas proportionnée à l'objectif poursuivi, qui est d'éviter les clauses pénales excessives ».

(80) Art. 1152 du Code civil tel qu'il était rédigé avant son abrogation par l'article 5 de la loi du 23 novembre 1999 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires, *M.B.*, 13 janvier 1999 ; voy. C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, *J.T.*, 1999, p. 710.

(81) Comp. T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 189-190 ; on notera que l'auteur fait référence à l'article 6 de la loi du 3 juillet 1978 pour asseoir son raisonnement et plus précisément aux mots « voor zover ». En néerlandais l'article 6 s'énonce comme suit : « Alle met de bepalingen van deze wet en van haar uitvoeringsbesluiten strijdige bedingen zijn nietig voor zover zij ertoe strekken de rechten van de werknemer in te korten of zijn verplichtingen te verzwaren ». Une telle interprétation n'est toutefois pas concevable dans la version française de l'article 6 précité qui s'énonce comme suit : « Toute stipulation contraire aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution est nulle pour autant qu'elle vise à restreindre les droits des travailleurs ou à aggraver leurs obligations ». Les termes « pour autant » n'ont pas tout à fait le même sens que « voor zover ».

de la loi du 3 juillet 1978⁽⁸²⁾. Dans ce cadre, et jusqu'à la modification de l'article 1231 du Code civil en 1998, le droit du travail a donc joué un rôle de précurseur⁽⁸³⁾ en octroyant au juge un pouvoir de réduction des clauses pénales excessives⁽⁸⁴⁾.

C. Extension du pouvoir de réduction aux clauses de non-concurrence excessives en droit du travail ?

35. La question de l'extension du pouvoir de réduction aux clauses elles-mêmes en droit du travail ne se pose, selon nous, qu'à propos de la condition qui a trait à la triple limitation des clauses de non-concurrence.

En effet, en ce qui concerne, tout d'abord, la condition de rémunération, on aperçoit mal de quelle manière une nullité-réduction pourrait jouer afin de sanctionner un excès. La loi énonce de manière systématique les catégories de travailleurs qui, en fonction de leur rémunération, et de l'existence ou non d'une convention collective de travail, peuvent conclure une clause de non-concurrence. Le contrôle de l'appartenance ou non du travailleur à l'une de ces catégories s'opère au moment de la rupture du contrat de travail. Le contrat de travail pourrait difficilement contenir une stipulation contraire à la loi du 3 juillet 1978 ou, à tout le moins, quantitativement excessive. La question de l'applicabilité de la nullité-réduction ne se posera donc pas.

Par contre, la nouvelle jurisprudence de la Cour suprême influence potentiellement le sort à réserver aux clauses de non-concurrence dont l'objet, la durée ou le champ d'application dans l'espace est excessif ; c'est d'ailleurs sur le non-respect de ces conditions que se focalisent les litiges qui ont donné lieu aux deux arrêts commentés.

Cette constatation plaide, d'ailleurs, *a priori*, pour la transposition de l'enseignement des arrêts précités en droit du travail, d'autant plus que la définition jurisprudentielle et doctrinale de la triple limitation des clauses de non-concurrence en droit commun est relativement identique à celle donnée par la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

36. C'est en vain qu'on opposerait à cette extension l'impérativité de la loi du 3 juillet 1978 précitée. Ce serait faire fi de ce que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui sert de fondement à la triple limitation des clauses de non-concurrence est d'ordre public, ce qui n'a pas empêché les deux arrêts de la Cour de cassation des 23 janvier et 25 juin 2015⁽⁸⁵⁾.

37. Une objection plus intéressante est celle qui se fonde sur l'existence d'une disposition légale déterminant les conditions de validité des clauses de non-concurrence

(82) Art. 65, § 2, al. 10, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail.

(83) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Une institution en crise : la clause pénale », note sous Cass., 17 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 482.

(84) On notera qu'à la différence du droit commun, la loi du 3 juillet 1978 permet au juge de réduire la clause pénale excessive au dommage effectivement subi et non au dommage prévisible.

(85) Voy. F. PEERAER, « Naar een nietigheid op maat: de principiële erkenning van de (mogelijkheid tot) reductie door het Hof van Cassatie », note sous Cass., 23 janvier 2015, *R.W.*, 2015-16, p. 1190.

a contrario de la situation en droit commun où la triple limitation est le fruit d'une construction prétorienne^{(86), (87)}.

Il n'en demeure pas moins que la rédaction par le législateur des conditions de validité des clauses de non-concurrence par rapport à la triple limitation ne se distingue pas de la définition jurisprudentielle et doctrinale des contours de celle-ci en droit commun.

38. Toutefois, on remarquera que le législateur dispose, tant en ce qui concerne les clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de travail d'ouvrier ou d'employé que dans un contrat de travail de représentant de commerce que « la validité de toute clause de non-concurrence est subordonnée »⁽⁸⁸⁾ à la présence d'une triple limitation d'objet, géographique et temporelle. Par ces termes, il nous semble que le législateur souhaite subordonner la validité de la clause de non-concurrence elle-même à la stipulation d'une triple limitation valide, interdisant, de ce fait, la réduction de celle-ci en cas d'excès⁽⁸⁹⁾.

Cette interprétation rencontre, selon nous, l'objectif du législateur. Selon une certaine doctrine française – à laquelle nous nous rallions sur ce point –, l'étendue de la nullité dépend du seul objectif de la loi ou, à tout le moins, l'intention du législateur doit primer la volonté des parties qui n'intervient alors que dans un second temps pour déterminer le caractère divisible ou non de la clause⁽⁹⁰⁾.

A. VAN OEVELEN relève à cet égard que « pleiten een toenemend aantal auteurs ervoor om het subjectieve criterium van de wil van de partijen te laten varen, wanneer het doel van de wet of de rechtszekerheid zich daarentegen verzetten, in het bijzonder wanneer de nietigheid voortvloeit uit de schending van een wetsbepaling van dwingend recht die tot doel heeft een economisch zwakkere te beschermen, zoals de Arbeidsovereenkomstenwet, de regelen betreffende onrechtmatige bedingen in de Handelspraktijkenwet of de Antidiscriminatie wetten. In dergelijke gevallen zou de bedoeling van de wetgever worden miskend als het van de wil van de partijen afhankelijk zou worden gemaakt of een nietige clausule in een overeenkomst al of niet de hele overeenkomst nietig maakt, omdat zodoende de economisch zwakkere partij nog in een minder gunstige positie zou kunnen geraken »⁽⁹¹⁾.

Or, le législateur, par le truchement de l'article 65, mais aussi 86 et 104 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, poursuit un objectif de protection du travailleur, considéré comme une partie faible, digne d'intérêt. Dans cette optique, son

(86) Voy. en ce sens M. L. WANTIEZ, « La nullité partielle d'une clause de non-concurrence », obs. sous Cass., 25 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, pp. 485-486.

(87) D. MERTENS, *op. cit.*, *D.A.O.R.*, 2015, pp. 21-22.

(88) Art. 65, § 2, al. 5, et art. 104, al. 2, de la loi du 3 juillet 1978.

(89) Voy. en ce sens A. SNYERS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2016, p. 370 ; voy. également F. PEERAER, *op. cit.*, *R.W.*, 2015-16, pp. 1190-1191 ; P. WÉRY, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 2016, p. 424.

(90) Voy. notamment P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, *op. cit.*, pp. 399 et s., et p. 409 ; F. BOUSSOUGOU, « La nature juridique de la réduction applicable aux obligations excessives », *op. cit.*, p. 546.

(91) A. VAN OEVELEN, « De nietigheid van de overeenkomst », *Comm. Bijz. Ov.*, disponible sur www.jura.be, p. 12, consulté le 11 août 2016.

dessein n'est-il pas mieux servi par la nullité intégrale de la clause de non-concurrence plutôt que par sa nullité partielle ? Nous le pensons⁽⁹²⁾.

La réception de la nullité-réduction en droit du travail maintiendrait le travailleur dans l'incertitude tant quant à l'existence de l'obligation de non-concurrence illicite que quant à l'étendue de celle-ci, conduisant inévitablement à une insécurité juridique non souhaitable dans les relations de travail et, qui plus est, après la fin de celles-ci⁽⁹³⁾. Cette insécurité juridique perdure jusqu'à « la correction judiciaire de la clause. Malgré l'illicéité de la clause de non-concurrence, [le travailleur] ne [retrouve] pas, à l'issue du contrat, "une pleine et entière liberté de concurrence". [Peut] lui être reproché le non-respect de la clause, dans les limites de sa licéité. Or, ces limites [sont] incertaines tant que le juge ne [s'est] pas prononcé. La liberté du travail du salarié s'en [trouve] affectée »⁽⁹⁴⁾.

C'est la solution qui semble avoir inspiré le législateur pour les contrats d'agence. Là où la disposition légale *ad hoc* subordonne, comme en droit du travail, la validité de la clause de non-concurrence, notamment à la triple limitation de celle-ci^{(95), (96)}, il ressort des travaux préparatoires que « il est évident qu'après l'entrée en vigueur de la loi, une clause concurrentielle prévoyant un délai supérieur au délai légal maximum de six mois ne pourrait s'appliquer et devrait dès lors être considéré comme nulle sans pour autant que l'ensemble du contrat soit mis en cause »^{(97), (98)}.

39. Enfin, on relèvera un argument souvent opposé à la nullité-réduction et qui, en droit du travail, peut être mis en lien avec l'intention du législateur : l'absence d'effet dissuasif⁽⁹⁹⁾ de la sanction de la réduction. L'employeur n'est pas encouragé à éviter l'insertion de clauses irrégulières puisque le seul « risque » qu'il prend est de voir sa

(92) Voy. *contra* P. CRAHAY et F. JADOT, *L'indemnité d'éviction du représentant de commerce*, Bruxelles, Larcier, 1980, p. 85, note 133.

(93) En ce sens, voy. M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la lecture judiciaire d'un contrat*, *op. cit.*, pp. 355 et s.

(94) *Ibid.*, n° 818.

(95) L'article X.22 du Code de droit économique dispose qu'« une clause de non-concurrence n'est valable que si : 1° elle a été stipulée par écrit ; 2° elle concerne le type d'affaires dont l'agent était chargé ; 3° elle ne vise que le secteur d'affaire dont l'agent était chargé ; 4° elle n'excède pas six mois après la cessation du contrat » ; cette énonciation est identique à celle de l'ancien article 24 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, abrogée depuis l'entrée en vigueur du Code de droit économique.

(96) Y. NINANE, « La clause de non-concurrence », in C. DELFORGE (coord.), *Le contrat d'agence commerciale : qualification et clauses particulières*, Collection Droit de l'entreprise, Bruges, Vanden Broele, 2008, pp. 288-289.

(97) Projet de loi relatif au contrat d'agence commerciale, Rapport fait au nom de la Commission des problèmes de droit commercial et économique par M. DE CLERCK, *Doc. Parl.*, Chambre, 1994-1995, n° 48-1750/2, p. 10.

(98) Voy., dans le sens de l'application de la sanction de la nullité-réduction aux clauses de non-concurrence excessives insérées dans un contrat d'agence commerciale, P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, Collection « Les dossiers du Journal des Tribunaux », n° 65, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 165-166 ; voy., pour une approche nuancée, D. MERTENS, « Het niet-concurrentiebeding: het mag ietsje meer zin », note sous Cass., 23 janvier 2015, *D.A.O.R.*, 2015, pp. 21-22.

(99) Comp. F. PEERAER, *op. cit.*, *R.W.*, 2015-2016, p. 1191 et T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 191.

clause réduite, par le juge, dans les limites de l'illicéité⁽¹⁰⁰⁾. En ce sens, I. CLAEYS considère à propos de la sanction de réduction que « dit is beleidsmatig wellicht niet steeds wenselijk, omdat een contractant dan niet wordt aangespoord om bedingen binnen de grenzen van jet aanvaardbare te houden. Wanneer een geval voor de rechter wordt gebracht (*voorzover dit al gebeurt*), dan loopt de contractant immers enkel het gevaar dat het beding door de rechter tot het toelaatbare wordt gebracht »^{(101), (102)}.

J. MOULY, qui commente un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation de France – qui pourrait constituer un revirement par rapport à la jurisprudence selon laquelle les clauses de non-concurrence excessives peuvent être réduites⁽¹⁰³⁾ – constate que la faveur donnée à la nullité partielle⁽¹⁰⁴⁾ s'accorde mal avec le principe de liberté professionnelle du travailleur dès lors que ces sanctions « ne dissuadent pas, en effet, l'employeur de stipuler des clauses de non-concurrence étendues puisque de toute façon, dans le pire des cas, elles ne seront que réduites »⁽¹⁰⁵⁾.

40. On notera, à titre de comparaison, qu'en droit de la consommation – branche du droit aussi empreinte d'un objectif de protection d'une partie faible – la nullité intégrale de la clause est préférée à la nullité-réduction jugée moins protectrice et, justement, non dissuasive par la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹⁰⁶⁾. Ainsi, dans son arrêt du 14 juin 2012, la Cour a jugé, sur la base de l'article 6 de la directive 1993/13⁽¹⁰⁷⁾, que les juges sont tenus « uniquement d'écarter l'application d'une clause contractuelle abusive afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard du consommateur, sans qu'ils soient habilités à réviser le contenu de celle-ci. En effet, ce contrat doit subsister, en principe, sans aucune autre modification que celle résultant de la suppression des clauses abusives, dans la mesure où, conformément aux règles du droit interne, une telle persistance du contrat est juridiquement pos-

(100) M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, op. cit., pp. 355-356 ; Y. SERRA, obs. sous Cass. fr., 1^{er} décembre 1982, *D.*, 1983, II, p. 418 ; voy. en sens contraire R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, op. cit., pp. 728 et s ; voy. également S. LAGASSE, op. cit., *J.T.*, 2015, p. 720 ; conclusions de l'avocat général WERQUIN, op. cit., n° V.I.14.

(101) I. CLAEYS, « Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging », op. cit., p. 312, nous soulignons.

(102) Voy. également, sur la question du caractère dissuasif de la sanction, P. WÉRY, op. cit., *R.C.J.B.*, 2016, p. 409.

(103) Il semble à tout le moins que cet arrêt de la Cour de cassation de France reconnaisse au travailleur le choix entre la nullité et la réfaction (réduction) de la clause de non-concurrence excessive ; voy. J.-F. CESARO, « Clause de non-concurrence : réfaction ou nullité, le salarié a seul le choix », note sous Cass. soc., 12 octobre 2011, *JCP S*, 2012, n° 1-2, 1005 ; S. RENAUD, « Nullité de la clause de respect de clientèle illimitée », *Les Cahiers Sociaux*, 2015, n° 279, p. 559.

(104) Voy. notamment P. WÉRY, op. cit., *R.C.J.B.*, 2016, pp. 390 et s.

(105) J. MOULY, obs. sous Cass. fr., 12 octobre 2011, *Dr. soc.*, 2012, n° 2, p. 198 ; voy. également M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, op. cit., p. 353.

(106) Voy. T. TANGHE, *Gedeeltelijke ontbinding en vernietiging van overeenkomsten*, op. cit., pp. 193-194.

(107) Art. 6, § 1^{er} « [Les] États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives. »

sible »⁽¹⁰⁸⁾. L'intention des parties est indifférente et même la volonté du consommateur de voir appliquer la sanction de la nullité-réduction est inefficace⁽¹⁰⁹⁾.

Par contre, la Cour tolère, dans une certaine mesure, les mécanismes de substitution. Elle a pu juger, après avoir rappelé que le juge ne peut en principe réviser le contrat, que dans le cas où « un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ne peut subsister après la suppression d'une clause abusive, [l'article 6, § 1^{er}, de la directive 93/13] ne s'oppose pas à une règle de droit national permettant au juge national de remédier à la nullité de cette clause en substituant à celle-ci une disposition de droit national à caractère supplétif »⁽¹¹⁰⁾.

Cette solution n'est cependant pas applicable aux clauses de non-concurrence irrégulières en droit du travail. La clause de non-concurrence doit être limitée quant à son objet, à sa portée géographique et quant à son champ d'application *ratione temporis*. Cette triple limitation constitue une condition de validité de la clause de non-concurrence, prescrite à peine de nullité. Assez logiquement, le législateur n'a donc pas prévu de régime supplétif pour pallier l'absence de précision des parties. La situation est différente de celle observée précédemment pour les clauses d'essai où le législateur précisait, à titre supplétif, la durée de l'essai⁽¹¹¹⁾.

41. On terminera ces considérations en évoquant brièvement le sort des clauses de concurrence loyale. L'objet de ces clauses est de préciser contractuellement l'étendue de l'interdiction faite au travailleur par l'article 17 de la loi du 3 juillet 1978 de se livrer ou de coopérer à tout acte de concurrence déloyale, alors que le contrat de travail est en cours et ce, même en dehors des heures de travail. Les parties ne peuvent cependant pas étendre la portée de cette interdiction au-delà de ce que prévoit l'article 17, sous peine de violer l'article 6 de la même loi qui sanctionne de nullité les clauses qui restreignent les droits ou aggravent les obligations des travailleurs.

Dans cette hypothèse, le juge dispose-t-il d'un pouvoir de réduction de cette clause ? L'élément qui nous a conduit à ne pas reconnaître un tel pouvoir pour les clauses de non-concurrence réglementées est l'existence de conditions de validité strictes pour la stipulation de ces clauses. Il n'y a rien de tel en ce qui concerne les clauses de concurrence loyale de sorte que rien ne s'oppose, selon nous, à la transposition de la jurisprudence de 2015⁽¹¹²⁾.

Toutefois, l'intérêt pratique de la question est limité étant donné que la nullité intégrale de la clause de concurrence loyale irrégulière ne préjudicie en rien de l'application de l'article 17. La sanction consiste donc en la nullité-substitution de la clause de concurrence loyale.

(108) C.J.U.E., 14 juin 2012 (Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino), C-618/10, point 65 ; voy. également C.J.U.E., ordonnance du 8 juillet 2015, Banco Grupo Cajatres SA/María Mercedes Manjón Pinilla, C-90/14, EU:C:2015:465 ; voy. également *Rép. dr. civ.*, Dalloz, v° « Nullité », n° 105.

(109) C.J.U.E., 30 mai 2013 (Dirk Frederik Asbeek Brusse c. Katarina de Man Garabito), C-488/11, *J.O.U.E.*, C, 3 août 2013, liv. 225, p. 10.

(110) C.J.U.E., 30 avril 2014 (Árpád Kásler/OTP Jelzálogbank Zrt), C-26/13, *J.O.C.*, 24 juin 2014, liv. 194, p. 5, nous soulignons.

(111) Voy. *supra*, n° 32.

(112) Voy. P. WÉRY, op. cit., *R.C.J.B.*, 2016, p. 424.

III. Conclusion

42. Il n'y a pas de différence de nature entre la nullité partielle et la nullité-réduction : on l'a dit, la nullité-réduction d'une clause est une espèce de nullité partielle. Tout au plus y a-t-il une différence de degré entre la nullité d'une clause au sein du contrat et la réfaction d'une partie d'une clause. Il n'y a donc, *a priori*, pas de raison de rejeter la nullité-réduction dès lors que notre ordre juridique connaît de la nullité partielle.

43. Toutefois, deux considérations évoquées dans la présente contribution nous semblent nécessiter une approche prudente de la systématisation de la sanction de la nullité-réduction chaque fois que l'illicéité concerne un élément quantifiable excessif.

Tout d'abord, il n'est pas aisé de distinguer la nullité-réduction – conforme au principe de convention-loi – du pouvoir de révision du contrat par le juge qui ne nous semble pas devoir être admis. Ainsi, là où la nullité consiste en un retranchement, un découpage, la nullité-réduction peut aboutir à un ajout. Tel serait le cas d'une clause de non-concurrence stipulée sans limitation géographique. La sanction de la nullité-réduction de cette clause requerrait du juge qu'il détermine le champ d'application *ratione loci* de la clause. Ce faisant, le juge crée une limitation géographique qui faisait défaut.

Mais surtout, il nous semble qu'il existe des hypothèses où l'objectif du législateur est mieux servi par la nullité intégrale de la clause que par sa réduction. On pense essentiellement aux dispositions légales dont l'objet est de protéger une partie faible tel le droit de la consommation, mais aussi, dans une large mesure, le droit du travail. On y aperçoit deux défauts de la sanction de la nullité-réduction : l'absence d'effet dissuasif et le maintien de la partie faible dans l'incertitude tant quant à l'existence de la clause (en partie) illicite que quant à l'étendue de son obligation. Certes, ces deux inconvénients ne sont pas propres aux dispositions protectrices des parties faibles mais ils y sont, nous semble-t-il, moins justifiables eu égard, justement, à l'objectif de protection du législateur.

En bref, loin de plaider pour le rejet de la nullité-réduction en général qui peut s'avérer salvatrice pour les parties et plus proportionnée que la nullité intégrale de la clause, il nous semble qu'on doit recourir à cette sanction avec circonspection en n'omettant pas de rechercher, au-delà de la volonté des parties, l'objectif du législateur et, le cas échéant, selon les circonstances, lui préférer la nullité intégrale de la clause.

De ces énonciations, nous pensons que si les termes généraux employés par la Cour de cassation dans ses deux arrêts invitent à l'extension du pouvoir de réduction au-delà de seules clauses de non-concurrence de droit commun, la *ratio legis* de la loi relative aux contrats de travail s'oppose à une telle réception pour ce qui concerne, à tout le moins, la sanction des clauses de non-concurrence illicites.