

**COUR D'APPEL DE CHAMBÉRY  
CHAMBRE SOCIALE**

**ARRÊT DU 27 NOVEMBRE 2014**

RG : 14/00738 NH / NC

**Maryvonne D.  
C/ SAS M.**

Décision déferée à la Cour : Jugement du Conseil de Prud'hommes - Formation paritaire de BONNEVILLE en date du 17 Février 2014, RG F 12/00162

**APPELANTE :**

**Madame Maryvonne D.**

comparante et assistée de Me

**INTIMEE ET APPELANTE INCIDENT :**

**SAS M.**

**COMPOSITION DE LA COUR :**

L'affaire a été débattue le 28 Octobre 2014 en audience publique devant la Cour composée de :

qui en ont délibéré

Greffier lors des débats : ]

\*\*\*\*\*

## FAITS, PROCÉDURE ET PRÉTENTIONS DES PARTIES

La société M. . . . . exerce une activité de comptable -audit-conseil ; en 2005 elle a opéré une prise de participation au sein du cabinet . . . . . devenu SAS M. . . . . en 2010 ;

Maryvonne D. . . . . a été embauchée le 25 mars 1980 par le cabinet . . . . . en qualité de comptable bien que non diplômée ;

Les responsabilités de madame D. . . . . vont progressivement augmenter et par un avenant du 26 juillet 2006 elle se voyait désignée comme chargée d'affaires, son temps de travail faisait l'objet d'un forfait annuel en jours et une clause dite de respect de clientèle était prévue ;

Elle a fait valoir ses droits à la retraite de manière effective le 31 décembre 2011 ;

Le 4 mai 2012, elle a saisi le Conseil de Prud'hommes de BONNEVILLE d'une demande de rappel d'heures supplémentaires et congés payés afférents et d'une demande de dommages et intérêts fondée sur la nullité de la clause de non concurrence à laquelle s'assimile la clause de respect de clientèle ;

Par jugement du 17 février 2014, le conseil de prud'hommes de BONNEVILLE a validé la convention de forfait jours et débouté la salariée de ce chef mais a annulé la clause de clientèle et alloué à madame D. . . . . la somme de 7000 euros à titre de dommages et intérêts outre une indemnité de 1000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

La décision a été notifiée aux parties par lettres recommandées avec demande d'accusé de réception le 25 février 2014 ;

Par déclaration reçue au greffe le 20 mars 2014, madame D. . . . . a interjeté appel de la décision en sa globalité ;

Elle demande à la Cour de :

- confirmer le jugement déféré en ce qu'il a dit que la clause de protection s'assimilait à une clause de non concurrence et l'a annulée et en ce qu'il a condamné la société M. . . . . aux dépens et aux frais irrépétibles,

- le réformer pour le surplus et :

\* condamner la SAS M. . . . . ; à lui payer la somme de 18071,22 euros au titre des heures supplémentaires et 1807,12 euros au titre des congés payés afférents,

\* condamner la société M. . . . . à lui payer à titre principal la somme de 30086,64 euros correspondant à la contrepartie financière de la clause de protection de clientèle, outre 3008,66 euros au titre des congés payés afférents et, à titre subsidiaire, la somme de 30086,64 euros à titre de dommages et intérêts du fait de la nullité de la clause de non concurrence,

\* condamner la société M. . . . . à lui payer la somme de 2500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile outre les dépens d'appel ;

Elle fait valoir que la validité de la convention collective nationale des experts comptables en la matière a été remise en cause par la cour de cassation ; elle indique par ailleurs que les conditions de mise en oeuvre du forfait jours et notamment le contrôle annuel de la durée du travail, n'étaient pas remplies et qu'enfin, elle ne fait pas partie des personnels

susceptibles de faire l'objet d'une telle convention ; elle formule en conséquence une demande de paiement des heures supplémentaires depuis le 4 mai 2007, date limite de la prescription, jusqu'à son départ la retraite, sur une base de 35 heures hebdomadaires ;

S'agissant de la clause de respect de clientèle, elle soutient qu'elle consacre l'interdiction de travailler pour un client du cabinet ou pour tout autre cabinet d'expertise comptable pendant trois ans à l'instar d'une clause de non concurrence, et que l'employeur devait dès lors respecter le dispositif conventionnel régissant la contrepartie financière, à l'exclusion du traitement différencié qu'il prévoit entre le salarié démissionnaire et le salarié licencié ; elle indique que la société M ne l'a pas déliée de cette clause alors que compte tenu de son âge lors de son départ à la retraite, elle pouvait encore retravailler ; elle demande l'application de la fourchette haute de la convention collective pour le calcul des dommages et intérêts qu'elle sollicite ; à titre subsidiaire, elle soutient que la clause est nulle à défaut de prévoir une contrepartie financière ;

La SAS M demande à la Cour de :

- s'agissant du forfait jours, confirmer le jugement entrepris en validant la convention de forfait jours et en déboutant madame D de ses demandes au titre des heures supplémentaires ; subsidiairement de limiter le montant du rappel de ces heures à 17332,22 euros,
- s'agissant de la clause de respect de clientèle, dire que le préjudice subi par madame D du fait de la nullité de la clause est limité, infirmer le jugement en ce qu'il lui a alloué une indemnité de 7000 euros et ramener cette indemnité à de plus justes proportions,
- dans l'hypothèse où la nullité de la clause ne serait pas retenue, dire que madame D ne l'a pas exécutée de bonne foi à partir du moment où elle en connaissait la nullité -soit à compter de la date de la saisine du conseil de prud'hommes- et ainsi limiter le versement de la contrepartie financière à la période couvrant les dates du 1<sup>er</sup> janvier 2012 au 4 mai 2012,
- condamner madame D à lui payer la somme de 2500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Elle demande à la Cour d'apprécier in concreto la validité de la convention de forfait jours, au regard de l'exigence de protection de la santé et de la sécurité de madame D ; elle soutient que celle-ci entrerait dans la catégorie des personnels susceptibles de se voir appliquer la convention de forfait jours, étant un cadre totalement autonome dans son travail ; que sa charge de travail était appréciée lors de l'entretien annuel de manière effective et qu'elle n'a jamais dépassé la durée maximale quotidienne de travail pas plus qu'elle n'a été contrainte de renoncer à ses repos hebdomadaires comme le démontrent les relevés de temps saisis sur le logiciel idoine et contresignés mensuellement par la salariée ;

Subsidiairement, elle indique que le taux horaire de base qui devra être retenu ne peut intégrer la prime d'ancienneté, que le nombre d'heures supplémentaires susceptible d'être retenu est de 119,50, et que seule la somme de 17332,22 euros pourrait être allouée à l'appelante ;

S'agissant de la clause de respect de clientèle, elle fait valoir qu'elle n'interdisait à madame D que de travailler pour un client du cabinet, directement ou par le biais d'un autre cabinet d'expertise comptable, mais ne l'empêchait pas de travailler pour d'autres clients directement ou indirectement ; dans l'hypothèse où elle serait néanmoins annulée, elle soutient que madame D ne peut prétendre qu'à réparation du

préjudice effectivement subi et dont elle ne justifie pas dans la mesure où elle n'a en réalité jamais souhaité retravailler et où elle avait connaissance de la nullité de la clause et pouvait donc retravailler si elle l'avait vraiment voulu ; elle s'oppose à la fixation du préjudice au montant de la contrepartie financière de la clause de non concurrence s'agissant ici de dommages et intérêts du fait de la nullité de la clause ; elle fait enfin état de la mauvaise foi de l'appelante qui après avoir argué de la nullité de la clause, en demande finalement à titre principal l'application ;

Pour plus ample exposé des faits, de la procédure et des prétentions des parties, la cour se réfère à leurs conclusions visées par le greffier et développées lors de l'audience des débats.

## SUR QUOI

- Sur la convention de forfait jours

En application de l'article L 3121-39 du code du travail, la conclusion de conventions individuelles de forfait, en heures ou en jours, sur l'année est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche, cet accord collectif préalable détermine les catégories de salariés susceptibles de conclure une convention individuelle de forfait, ainsi que la durée annuelle du travail à partir de laquelle le forfait est établi, et fixe les caractéristiques principales de ces conventions ;

Ainsi le contrat de travail ne peut prévoir une convention de forfait jours, dérogatoire au droit commun protecteur du salarié, qu'à la condition préalable que la conclusion de telles conventions soit prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou au accord de branche ;

En l'espèce, la convention collective des cabinets d'experts-comptables prévoit en son article 8.1.2.5, résultant de l'avenant du 12 septembre 2000, les conditions de la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours ; il est désormais admis que ces dispositions ne sont pas de nature à garantir que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps, du travail de l'intéressé et donc, à assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié ; dès lors la convention de forfait jours prises en application de la convention collective, est nulle et ne peut être opposée à madame D ;

Il est inopérant de soutenir que madame D était un cadre autonome, que la durée et la charge de travail était contrôlée de manière effective ou que la salariée a pu bénéficier de ses congés, dès lors que les dispositions contractuelles sont nulles à défaut de s'appuyer sur des dispositions conventionnelles conformes aux exigences constitutionnelles et européennes ;

Madame D est donc soumise au droit commun de la durée du travail soit 35 heures par semaine civile, la 36<sup>ème</sup> heure étant considérée comme le seuil de déclenchement des heures supplémentaires payées à un taux majoré ;

Il n'existe de litige ni sur l'existence, ni sur le nombre d'heures de travail accomplies au cours des années non couvertes par la prescription, seule l'assiette de calcul des heures supplémentaires est discutée s'agissant de l'intégration à cette assiette de la prime d'ancienneté ;

La prime d'ancienneté qui ne constitue pas la contrepartie directe du travail fourni, est exclue de l'assiette du calcul ; ainsi, il convient de retenir les salaires mensuels bruts et les salaires horaires bruts majorés, suivants pour les années considérées :

- 2007 : 2760,73 euros, soit un salaire horaire brut majoré de 22,75 euros,
- 2008 : 2829,50 euros tel que retenu par l'employeur au terme de ses conclusions, soit un salaire horaire brut majoré de 23,32 euros,
- 2009 : 2860 euros, soit un salaire horaire brut majoré de 23,57 euros,
- 2010 : 2878,75 euros, soit un salaire horaire brut majoré de 23,72 euros,
- 2011 : 2902,50, soit un salaire horaire brut majoré de 23,95 euros selon les conclusions de l'employeur ;

Madame D se verra en conséquence allouer au titre des heures supplémentaires, la somme de 17332,22 euros, outre 1733,22 euros au titre des congés payés afférents ;

- Sur la clause de respect de clientèle

L'article 6.3 de la convention collective des experts-comptables et commissaires aux comptes prévoit qu'*"en cas de rupture des relations contractuelles, l'employeur et le salarié doivent examiner les conséquences de cette rupture sur le suivi de la clientèle ; les syndicats signataires rappellent à cet effet l'obligation réciproque de loyauté et de respect de la clientèle du cabinet pendant l'exécution du contrat de travail mais aussi après sa rupture"* ;

La clause de protection de clientèle n'est licite que si elle a pour objet de protéger la clientèle du cabinet, sans porter atteinte à la liberté de travailler ; qu'est en revanche assimilée à une clause de non concurrence la clause contractuelle qui porte atteinte au principe de libre exercice d'une activité professionnelle, en dépassant le strict respect de la clientèle ;

L'avenant au contrat de travail prévoit en son article 10, une clause dite de respect de clientèle, qui dispose qu'en cas de rupture du contrat quel qu'en soit la cause, madame D s'engage à ne plus travailler directement ou indirectement pour l'un des clients du cabinet, pour une durée de trois ans; cette interdiction s'impose notamment à l'occasion de toute collaboration salariée ou professionnelle, tant au profit de la salariée qu'au profit d'un tiers, et notamment d'un autre cabinet d'expertise comptable ;

Elle précise qu'est considéré comme client *"toute personne physique ou morale ayant fait l'objet d'une facturation du cabinet au cours des deux années précédentes"*, ainsi que *"les sociétés filiales ou sociétés mères de ladite personne"*, et *"toute structure participant avec elle à une consolidation comptable"*, la salariée pouvant être dispensée de respecter cette clause *"moyennant une indemnité correspondant à une année et demi d'honoraires hors taxes versées au cabinet"* ;

Ainsi, la clause de respect de clientèle liant les parties concerne non seulement les clients de la société M au jour de la rupture des relations contractuelles, mais également des personnes qui ne sont plus clientes de la société ou même qui ne l'ont jamais été mais ont eu simplement des liens juridiques avec une personne physique ou morale cliente du cabinet ;

La clause excède ainsi la stricte protection de la clientèle du cabinet et elle porte atteinte au principe de libre exercice d'une activité professionnelle ; elle doit s'analyser en une

clause de non concurrence ;

La validité de cette clause a été soumise au débat contradictoire par madame D quand bien même cette dernière n' a, en dernier état de ses demandes, conclu qu'à titre subsidiaire à la nullité ;

Pour être valable, une telle clause doit être justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise, être limitée dans le temps et l'espace, et comporter une contrepartie pécuniaire ;

En l'espèce, la clause prévue à l'avenant ne prévoit aucune contrepartie financière et cette condition ne peut être considérée comme satisfaite par le seul fait que la convention collective prévoit un montant minimum dans la mesure où cette convention renvoie au contrat de travail pour la fixation du montant précis ; il convient de prononcer la nullité de la clause de non concurrence à laquelle s'assimile la clause de respect de clientèle ;

Il n'est pas contesté que madame D. depuis son départ à la retraite, n'a exercé aucune activité professionnelle et a donc respecté la clause de respect de clientèle, fut-elle illicite, dont elle n'a à aucun moment, y-compris après introduction de l'instance prud'homale, été déliée par la société M. qui en avait pourtant le loisir ; elle en subit nécessairement un préjudice dont le quantum ne peut être fixé à la contrepartie retenue par la convention collective pour la clause de non concurrence, celle-ci ayant été considérée comme nulle ;

Madame D. qui certes avait la possibilité physique et juridique de travailler à nouveau, y-compris à temps partiel, après son départ à la retraite, ne justifie d'aucune offre ou recherche d'emploi, pas plus qu'elle ne démontre ni même n'allègue, un préjudice moral lié à la nécessité de respecter la clause annulée ; son préjudice sera en conséquence indemnisé par l'allocation de la somme de 3000 euros à titre de dommages et intérêts ;

- Sur les autres demandes

La société M. supportera les dépens d'appel et versera à madame D la somme de 1000 euros au titre des frais irrépétibles engagés en cause d'appel ;

#### PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant contradictoirement après en avoir délibéré conformément à la loi,

Confirme le jugement déféré en ce qu'il a :

- dit et jugé que la clause de "respect de clientèle" s'analyse en une clause de non concurrence,

- prononcé la nullité de cette clause.

- condamné la société M.

Maryvonne D la somme de 1000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, à payer à

- condamné la société M. aux dépens ;

L'infirme pour le surplus ;

Statuant à nouveau sur les dispositions infirmées et y ajoutant,

Prononce la nullité de la convention de forfait jours figurant à l'avenant signé le 26 juillet 2006 ;

Condamne la société M. à payer à Maryvonne  
D. la somme de 17332,22 euros bruts au titre des heures supplémentaires ;

Condamne la société M. à payer à Maryvonne  
D. la somme de 1733,22 euros bruts au titre des congés payés afférents ;

Condamne la société M. à payer à Maryvonne  
D. la somme de 3000 euros à titre de dommages et intérêts ;

Condamne la société M. à payer à Maryvonne  
D. la somme de 1000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, pour l'instance d'appel ;

Condamne la société M. aux dépens d'appel.

Ainsi prononcé le 27 Novembre 2014 par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties présentes en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile, et signé par Monsieur Président, et Madame ; Greffier.



