

**Droit social 2010 p.1118**

**Contrat de travail. Clause de non-concurrence. Renonciation. Moment. Stipulation permettant à l'employeur de renoncer à la clause pendant son exécution. Clause réputée non écrite**

Jean Mouly

**L'essentiel**

*Le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite.*

*En l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement.*

**Cour de cassation**

(Chambre sociale)

13 juillet 2010

Société Dyneff c/ M<sup>me</sup> Gonçalvès

*Sur le moyen unique :*

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 11 février 2009) que la société Dyneff a engagé M<sup>me</sup> Gonçalvès par contrat à durée déterminée du 11 mars 1996 au 10 juin 1996 comme employée administrative et commerciale ; qu'à compter du 7 juin 1996, ce contrat est devenu à durée indéterminée avec un avenant prévoyant une clause de non-concurrence d'une durée de vingt quatre mois assortie d'une contrepartie financière égale à un tiers du salaire, l'employeur se réservant la faculté de dispenser la salariée de son exécution ou en réduire la durée soit au moment du départ, soit pendant la durée de l'exécution de la clause, la durée du versement de la contrepartie financière étant alors réduite d'autant ; que M<sup>me</sup> Gonçalvès, ensuite promue responsable des ventes statut cadre a été licenciée le 6 février 2008 ; que l'employeur a dispensé M<sup>me</sup> Gonçalvès de la clause de non-concurrence le 30 avril 2008 ; que contestant son licenciement. M<sup>me</sup> Gonçalvès a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à M<sup>me</sup> Gonçalvès une somme à titre de contrepartie financière de la clause de non-concurrence, alors, selon le moyen :

*1°/ « que lorsque le contrat prévoit la possibilité pour l'employeur de renoncer à la clause de non-concurrence ou d'en réduire la durée pendant toute sa durée d'exécution, il ne peut être tenu d'exercer cette faculté dans un délai raisonnable à compter de la rupture du contrat ; qu'en décidant néanmoins que la société Dyneff n'avait pas renoncé à la clause dans le délai raisonnable lui permettant, nonobstant toute stipulation contraire, de se libérer du versement de la contrepartie financière, la Cour d'appel a violé les articles 1134 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail ;*

*2°/ que l'employeur qui renonce à la clause de non-concurrence dans le délai prévu par les stipulations contractuelles se trouve libéré du versement de la contrepartie financière ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a constaté que la société Dyneff avait usé de la faculté qui lui était contractuellement accordée de renoncer à la clause de non-concurrence pendant toute sa durée d'exécution et de réduire en conséquence la durée de versement de l'indemnité, en dispensant le 30 avril 2008 M<sup>me</sup> Gonçalvès de la clause de non-concurrence et en lui versant la contrepartie financière correspondant aux mois de février à avril 2008 ; qu'en décidant néanmoins que la société Dyneff restait débitrice du versement de la contrepartie financière alors qu'il résultait de ces constatations que l'employeur s'en était libéré à compter du 1<sup>er</sup> mai 2008, la Cour d'appel a de nouveau violé les articles 1134 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail ;*

Mais attendu que le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite ; qu'en l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie financière de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement ;

Et attendu que la Cour d'appel, qui a constaté l'absence d'une clause contractuelle fixant valablement le délai de renonciation de l'employeur, et relevé que celui-ci n'avait renoncé au bénéfice de la clause de non-concurrence qu'après le licenciement, en a exactement déduit qu'il demeurait tenu au paiement de la contrepartie financière ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;


*Par ces motifs :*

*Rejette le pourvoi ;*

*Condamne la société Dyneff aux dépens ;*

*Vu l'article 700 du Code de procédure civile, rejette la demande ;*

M<sup>me</sup> Collomp, prés.

[pourvoi n° H 09-41.626, arrêt n° 1485 FS-P+B+R, D. 2010. 1885, obs. L. Perrin  ; *ibid.* 2540, obs. Centre de droit de la

## Observations

La Cour de cassation nous livre un nouvel arrêt important en matière de clauses de non-concurrence stipulées dans un contrat de travail puisque sa décision du 13 juillet 2010, ci-dessus rapportée, aura les honneurs du rapport annuel. Même si on le pressentait, on n'imaginait guère que le revirement de 2002 sur la contrepartie financière puisse nourrir un contentieux aussi fourni. C'est encore une fois le moment de la renonciation à la clause par l'employeur qui fait difficulté.

Parce qu'elle confère des droits au salarié, la clause de non-concurrence doit, on le sait, être réputée désormais stipulée dans l'intérêt des deux parties : il faut donc en déduire que l'employeur ne peut plus y renoncer de façon unilatérale. La Cour de cassation a cependant admis que les parties pouvaient introduire dans le contrat une stipulation restaurant la faculté de renonciation unilatérale de l'employeur. Autrement dit, la qualification de clause d'intérêt commun n'est qu'une qualification supplétive de volonté. Cela étant, la Cour régulatrice semble avoir mis cette stipulation, très fréquente en pratique, sous haute surveillance. Il convient de l'en approuver.

En effet, la renonciation de l'employeur présente a priori un caractère suspect alors que, pour être licites, les clauses de non-concurrence doivent désormais être strictement indispensables à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Les choix de l'employeur étant ainsi restreints, il ne reste plus guère de place pour une renonciation à la clause, à moins que des circonstances nouvelles imprévues viennent justifier cette renonciation. Hormis ce cas, la renonciation de l'employeur présente un caractère douteux. En réalité, le contrôle judiciaire de la renonciation à la clause de non-concurrence paraît bien s'apparenter aujourd'hui à une vérification a posteriori de la licéité de la clause elle-même. Aussi bien la Cour de cassation se montre-t-elle très stricte en ce qui concerne les conditions de cette renonciation. Elle a, par exemple, jugé qu'elle devait faire l'objet d'une notification individuelle au salarié, une information d'ordre général ne pouvant suffire (Soc. 21 octobre 2009, Dr. soc. 2010, p. 119 et les observations). Elle a aussi considéré, s'agissant d'une clause fixant la renonciation au plus tard au moment du licenciement, qu'une renonciation intervenue postérieurement au moment de la manifestation de volonté de l'employeur, mais antérieurement au moment effectif de la rupture, était tardive (Dr. soc. 14 octobre 2009, Dr. soc. 2010, p. 122 et les observations 📄 ; JCP S 2009, 1597, obs. Drai).

En revanche, dans un arrêt de 2007, la Cour a admis que, en l'absence de précisions dans la clause, la renonciation de l'employeur puisse intervenir après la rupture du contrat, dès lors que sa décision était prise dans un « délai raisonnable » (Soc. 13 juin 2007, Dr. soc. 2007, p. 1052 et les observations 📄 ; RDT 2007, p. 579, note J. Péliissier 📄 ; JCP S 2007, 1674, note G. Blanc-Jouvan). La solution était d'autant plus remarquable qu'elle paraissait bien constituer un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation considérant jusqu'alors que l'employeur devait renoncer à la clause au plus tard au moment de la rupture. Avec l'arrêt rapporté, la Cour de cassation semble bien revenir, au moins en partie, sur cette solution et renouer avec sa jurisprudence rigoureuse à l'égard de l'employeur. Il est vrai que l'espèce s'y prêtait.

**1.** Dans cette affaire, la salariée, d'abord employée administrative, puis cadre responsable des ventes, avait souscrit une clause de non-concurrence d'une durée de deux ans assortie d'une contrepartie financière d'un tiers du salaire, l'employeur se réservant toutefois la faculté de renoncer à la clause ou de la réduire soit au moment de la rupture, soit pendant l'exécution de la clause, la durée du versement de la contrepartie financière étant réduite d'autant. La salariée ayant été licenciée en février 2008, l'employeur renonça à la clause en avril de la même année et cessa de verser la contrepartie. La salariée saisit alors le juge pour demander le solde de la compensation financière. La Cour d'appel fit droit à sa demande, en observant que l'employeur n'avait pas renoncé à la clause dans le délai raisonnable prévu par la Cour de cassation en 2007. L'employeur forma alors un pourvoi en soutenant que ce délai n'était en l'occurrence pas applicable puisque la clause précisait elle-même les conditions de la renonciation. Le pourvoi est néanmoins rejeté, la Cour de cassation décidant que la stipulation litigieuse devait être réputée non écrite. On constatera tout d'abord que, comme dans son arrêt du 8 avril 2010 relatif à la minoration de la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute, la Cour de cassation utilise la technique du réputé non écrit ( Dr. soc. 2010, p. 718 et les observations ; JCP S 2010, 1288, note I. Beyneix). La validité de la clause de non concurrence n'est donc pas remise en cause, seules les stipulations illicites étant écartées. Ce n'est cependant pas ce point qui retiendra l'attention.

L'arrêt est surtout intéressant en ce qu'il condamne la disposition par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de son exécution. Pour justifier la solution, la Cour rappelle que les clauses de non-concurrence portant une atteinte grave à la liberté du travail, le salarié, à la fin de son contrat, ne saurait rester trop longtemps dans l'incertitude en ce qui concerne ses possibilités de retrouver un emploi. Au moment de la rupture, le travailleur doit donc être fixé rapidement sur le sort que le chef d'entreprise entend réserver à la clause de non-concurrence. On constatera qu'une fois de plus, c'est le recours à la notion de liberté ou de droit fondamental qui permet de protéger le salarié contre les abus de l'employeur. La décision se situe donc clairement dans la ligne jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt du 14 mai 1992 (D. 1992, p. 350, note Y. Serra 📄 ; Dr. soc. 1992, p. 967, note D. Corrignan-Car-sin 📄 ; JCP E 1992, II, 341, note J. Amiel-Donnat). Quoi qu'il en soit, la clause litigieuse ne remplissait pas en l'occurrence la condition posée par la Cour régulatrice puisque, en permettant à l'employeur de renoncer à la clause de non-concurrence pendant toute la durée de celle-ci, elle l'autorisait à exercer son option durant... vingt quatre mois ! La clause est donc justement condamnée par la Cour. Cette condamnation est d'autant plus justifiée qu'il serait trop facile à l'employeur, une fois le salarié engagé dans une entreprise ne lui faisant pas concurrence, de se dispenser de son obligation de verser la contrepartie financière en renonçant à la clause. Celle-ci serait alors un marché de dupe pour le travailleur. On voit bien ici que la stipulation querellée imprime à l'obligation de l'employeur une potestativité pour le moins douteuse (cf. déjà pour les clauses « en sommeil », Soc. 12 février 2002, Bull. V, n° 62). Les civilistes expliqueraient que la stipulation litigieuse contredit l'obligation essentielle souscrite par l'employeur et qu'en vidant le contrat d'une bonne part de sa substance, du moins pour le salarié, elle le prive par là même de sa cause. On revient ici, on n'en sera guère étonné, à la justification initiale de la contrepartie pécuniaire. L'arrêt va cependant plus loin.

**2.** En effet, il ne suffisait pas, en l'occurrence, de paralyser la stipulation litigieuse. Celle-ci écartée, il restait encore à répondre à l'employeur qui soutenait que, de toute façon, à supposer la stipulation litigieuse illicite, il avait renoncé à la clause de non-concurrence dans un délai raisonnable (moins de trois mois), conformément à la jurisprudence de 2007. La Cour aurait pu ici s'abriter derrière l'appréciation souveraine des juges du fond qui, on l'a vu, avaient estimé excessif le délai dans lequel l'employeur avait exercé sa renonciation. Elle a cependant choisi un autre terrain. Elle décide, en effet, qu'« à défaut de disposition conventionnelle ou contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence, celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie pécuniaire que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement ». Elle abandonne ainsi sa jurisprudence de 2007 et revient à sa solution antérieure. Exit, donc, le délai raisonnable. En l'absence de clause contraire, l'employeur doit renoncer à la clause de non-concurrence au plus tard au moment du licenciement, sous peine de rester tenu par la contrepartie financière. C'est peut-être l'apport le plus important de l'arrêt. La solution là encore se justifie par l'idée que le salarié dont la liberté professionnelle est restreinte par la clause doit être fixé rapidement sur le sort qui lui est réservé. On fera cependant deux observations supplémentaires.

On remarquera tout d'abord que, la Cour imposant au chef d'entreprise, pour le dispenser du versement de la contrepartie financière, de libérer le salarié de son obligation au plus tard « au moment du licenciement », on pourrait soutenir que la nouvelle solution ne vaut que pour le cas d'une rupture à l'initiative de l'employeur. Au contraire. en cas

de résiliation par le salarié, l'employeur conserverait la possibilité de renoncer à la clause de non-concurrence après la cessation du contrat, dans le délai raisonnable visé par l'arrêt de 2007. On avait d'ailleurs déjà soutenu que la solution de 2007, rendue dans une espèce relative à une prise d'acte, n'était pas applicable en cas de licenciement (J. Pélessier, note préc.). La généralité des termes de l'arrêt ne militait cependant guère en ce sens. En revanche, il ne paraît pas interdit de prêter à l'arrêt rapporté pareille signification. Une telle distinction, selon l'initiative de la rupture, peut d'ailleurs aisément se comprendre, l'employeur qui procède à un licenciement disposant d'un temps de réflexion avant la rupture, dont il se trouve au contraire privé en cas de résiliation par le salarié, sous réserve néanmoins du préavis de démission.

De même, la Cour ne visant plus, comme naguère, le moment de la rupture effective, mais le moment du licenciement lui-même, on pourrait se demander si l'employeur qui renonce à la clause après l'envoi de la lettre de licenciement n'est pas en réalité déjà forclus, alors même que le contrat de travail est encore en cours (cf. supra 14 octobre 2009). On se gardera bien de prendre parti en ce sens, la formule de la Cour de cassation n'ayant certainement pas une telle signification. Reste un dernier point à examiner.

**3.** L'arrêt maintient, en effet, la possibilité d'aménager les conditions de la renonciation par une clause du contrat ou une disposition de la convention collective. La règle selon laquelle l'employeur doit libérer le salarié avant la fin du contrat pour s'exonérer du paiement de la compensation pécuniaire est donc elle aussi une règle supplétive de volonté ! Il reste possible de stipuler un délai de renonciation permettant de renoncer à la clause postérieurement au licenciement. Il est probable cependant que la Cour de cassation exercera là encore un contrôle rigoureux sur ces clauses. À défaut, en effet, l'exigence posée par l'arrêt d'une information rapide du travailleur sur le sort de la clause de non-concurrence pourrait être purement et simplement anéantie. On ne serait pas surpris de voir resurgir ici la notion de « délai raisonnable », banni, on l'a vu, en l'absence de stipulation expresse sur la renonciation.

En fin de compte, de deux choses l'une. Soit il n'existe pas de clause dans le contrat ou la convention collective, et l'employeur devrait se décider au plus tard lors du licenciement, sinon de la rupture par le salarié. Soit une clause a été prévue, mais elle ne pourrait jouer alors que comme un droit de repentir, nécessairement de brève durée. L'idée serait bien néanmoins que l'employeur doit normalement se décider avant l'issue du contrat. Au fond, la clause de non-concurrence jouerait comme une sorte d'assurance contre le risque de concurrence ultérieure du salarié. L'employeur pourrait renoncer à la clause et décider d'assumer seul ce risque. Il pourrait aussi se couvrir en faisant jouer la garantie constituée par la clause de non-concurrence, mais il devrait alors payer la prime, c'est-à-dire la contrepartie financière due au salarié. Comme dans tout contrat aléatoire, il devrait également exercer son option avant que ne s'ouvre la période de risques couverte par la garantie. Faute de quoi, le mécanisme de l'assurance risquerait d'être faussé et les prévisions des parties déjouées. Quoi qu'il en soit, on attendra avec impatience les arrêts ultérieurs de la Cour de cassation qui, certainement, ne manqueront pas de venir préciser les solutions retenues par le présent arrêt.

**Mots clés :**

**CONTRAT DE TRAVAIL** \* Clause de non-concurrence \* Renonciation \* Délai \* Date du licenciement \* Délai contractuel \* Renonciation en cours d'exécution