

# Droit social

Droit social 2011 p. 1122

Contrat de travail. Clause de non-concurrence. Licenciement. Dispense de préavis. Point de départ de l'obligation de non-concurrence. Date d'exigibilité de la contrepartie financière. Départ effectif du salarié

**Jean Mouly**

## **L'essentiel**

*En cas de licenciement du salarié avec dispense d'exécution de son préavis, la date de départ de l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette indemnité, est celle du départ effectif du salarié de l'entreprise.*

Cour de cassation

(Chambre sociale)

22 juin 2011

S<sup>té</sup> Pricewater House Coopers Consulting c./ MM. X. et Y

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que MM. X... et Y..., employés en qualité de consultants ingénieurs-conseil par la société Pricewater House Coopers Consulting, en sont devenus associés ; que la société compagnie IBM France ayant, par accord du 30 juillet 2002, fait l'acquisition de l'activité « consulting » de cette société, les contrats de travail des deux salariés, qui par ailleurs avaient cédé leurs parts sociales à la société acheteuse, lui ont été transférés ; que les intéressés ont signé le 19 septembre 2002, à effet du 1<sup>er</sup> octobre 2002, un contrat de travail qui prévoyait une rémunération comprenant une partie fixe et une partie variable annuelle en fonction d'objectifs définis, l'employeur s'engageant à ne licencier aucun des deux salariés pour motif économique dans les deux années suivant la date d'engagement, et, en cas de licenciement pendant cette période, à leur verser, sauf dans l'hypothèse d'un licenciement pour faute lourde ou grave ou d'une cause définie à l'article 16 du contrat de travail, une indemnité contractuelle de rupture ; que le même contrat stipulait, dans son annexe A, une clause de non-concurrence d'une durée de 12 mois ainsi libellée : « (...) l'employeur (...) vous paiera à partir de la cessation effective du contrat de travail et tant que cet engagement restera en vigueur, 25 % de la rémunération en espèces qui vous aura été versée par l'employeur durant les 12 mois civils précédant la cessation de votre emploi (...). Cette indemnité vous sera versée en mensualités de montant égal, le premier versement étant effectué à la première date de paiement des salaires suivant la date effective de la cessation du contrat de travail » ; qu'ayant été licenciés le 23 mars 2004 avec dispense d'exécution de leur préavis de trois mois, les salariés ont saisi la formation prud'homale de référé de diverses demandes ; que par arrêt du 28 juin 2005, rendu en référé, la Cour d'appel a notamment condamné l'employeur à leur payer une somme à titre de provision sur le solde de l'indemnité contractuelle de rupture, et dit que la clause de non-concurrence avait pris fin le 25 mars 2005 ; que les salariés ont ensuite saisi la juridiction prud'homale au fond afin d'avoir paiement d'un complément d'indemnité contractuelle de licenciement, d'un complément d'indemnité de non-concurrence, de dommages-intérêts pour allongement abusif de la clause de non-concurrence et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

*Et sur le premier moyen du pourvoi incident, qui est préalable :*

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement du conseil de prud'hommes en ce qu'il a condamné la société IBM à verser à M. X... la somme de 60 016,90 € et à M. Y... celle de 45 266,68 € à titre de complément d'indemnité de clause de non-concurrence, et de condamner ladite société à verser à M. X... la somme de 12 652 € et à M. Y... la somme de 9 917,60 € au titre des congés payés afférents à l'indemnité de non-concurrence, alors, selon le moyen :

*1°/ qu'aux termes de la clause de non-concurrence figurant à l'annexe A du contrat de travail des salariés, la contrepartie de l'obligation de non-concurrence est de « 25 % de la rémunération en espèces qui vous aura été versée par l'employeur durant les 12 derniers mois civils précédant la cessation de votre emploi » ; que le préavis des salariés et, par suite, leur contrat de travail et leur emploi ayant pris fin le 25 juin 2005, leur indemnité de non-concurrence devait donc être calculée en fonction de la rémunération perçue entre juin 2004 et juin 2005 ; qu'en affirmant que l'assiette de calcul de cette contrepartie financière devait porter sur les rémunérations perçues entre le 1<sup>er</sup> mars 2003 et le 29 février 2004, c'est-à-dire sur les douze mois précédant la notification du licenciement, et non sur les douze mois précédant la cessation de leur emploi ou de leur contrat, la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;*

*2°/ qu'en retenant, pour dire que l'assiette de calcul de l'indemnité de non-concurrence devait porter sur les rémunérations perçues sur les douze mois précédant la notification du licenciement, et non sur les douze mois précédant la cessation effective du contrat, que les salariés, dispensés de l'exécution de leur préavis, étaient en droit de prétendre au paiement de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence dès leur départ effectif de l'entreprise, la Cour d'appel s'est fondée sur un motif radicalement inopérant, en violation de l'article 1134 du Code civil ;*

*3°/ que la dispense d'exécution du préavis n'a pas pour effet d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin ; qu'en affirmant que l'assiette de calcul de l'indemnité de non-concurrence devait porter sur les rémunérations perçues entre le 1<sup>er</sup> mars 2003 et le 29 février 2004, au motif adopté que « lorsque le salarié est dispensé de l'exécution du préavis, la cessation de l'emploi intervient dès la notification du licenciement », la Cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil, ensemble l'article L. 1234-4 du Code du travail ;*

Mais attendu qu'en cas de licenciement du salarié avec dispense d'exécution de son préavis, la date de départ de l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette indemnité, est celle du départ effectif du salarié de l'entreprise ;

Et attendu que la Cour d'appel qui a, sans dénaturation du contrat de travail, décidé que l'assiette de calcul de la contrepartie financière due aux salariés dispensés de l'exécution de leur préavis de licenciement incluait les rémunérations perçues au cours des douze derniers mois précédant leur départ effectif, soit entre le 1<sup>er</sup> mars 2003 et le 29 février 2004, n'encourt pas le grief du moyen ;

*Mais sur le quatrième moyen du pourvoi principal :*

Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble les articles 1134 et 1147 du Code civil ;



Attendu que pour débouter les salariés de leurs demandes en paiement de dommages et intérêts pour allongement abusif de la clause de non-concurrence, la Cour d'appel retient que l'arrêt contradictoire du 28 juin 2005 a fixé le terme de cette clause au 25 mars 2005, que l'employeur ne peut être tenu du paiement de la contrepartie financière prévue contractuellement que pour la durée d'application de 12 mois, ce dont il s'est acquitté, et qu'il ne peut être déduit du seul fait que l'employeur a fait courir à tort la clause de non-concurrence à compter de la fin du préavis la volonté de celui-ci d'en allonger la durée ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que bien qu'ils aient quitté effectivement l'entreprise sans exécuter leur préavis, les salariés n'avaient été déliés de leur interdiction de non-concurrence que par l'arrêt rendu en référé le 28 juin 2005 en ayant fixé rétroactivement le terme au 25 mars 2005, ce qui représentait un allongement d'un peu plus de trois mois, la Cour d'appel, qui s'est prononcée par des motifs inopérants pris de l'absence de volonté de l'employeur d'aboutir à ce résultat et de régularisation du paiement de l'indemnité financière compensatrice, a violé les textes susvisés ;

*Par ces motifs :*

*Casse et annule...*

M<sup>me</sup> Collomp, prés. ; SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Defrenois et Levis, avocat(s).

[arrêt n° 1494 FS-P+B pourvoi n° 09-68.762, D. 2011. 1829  ; *ibid.* 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra 

### Observations

Il est fréquent, notamment en cas de licenciement pour motif économique, que l'employeur dispense le salarié d'exécuter le préavis. Une telle décision ne saurait évidemment priver le travailleur de ses droits et en particulier du paiement du salaire qu'il aurait touché pendant toute la durée de ce préavis. On sait néanmoins que cette pratique de la dispense de travail pendant le délai-congé a suscité un contentieux important dans le passé. Aujourd'hui, c'est la question des effets de cette dispense sur l'application de la clause de non-concurrence qui est posée à la Cour de cassation.

Deux salariés, dont le contrat prévoyait une clause de non-concurrence, avaient été licenciés avec dispense de préavis. Ils demandaient le paiement de la contrepartie financière à leur ancien employeur, mais des difficultés apparurent relativement à l'application de la clause de non-concurrence en raison de la dispense de travail pendant le délai-congé. En réalité, même si plusieurs enjeux pouvaient en l'occurrence être relevés, un seul et même problème se posait : celui de la date d'entrée en vigueur de la clause de non-concurrence. Fallait-il retenir la date du départ effectif des salariés de l'entreprise ou bien celle de la cessation du contrat, c'est-à-dire celle de la fin du préavis ? En réalité, la question n'est pas tout à fait nouvelle.

Déjà, dans un arrêt du 19 juin 1991, la Cour de cassation, constatant que le salarié était lié par la clause de non-concurrence dès son départ effectif de l'entreprise, avait décidé que la contrepartie financière était due au travailleur dès ce moment-là ( Bull. V, n° 311). La portée de l'arrêt restait cependant sujette à caution car la Haute Juridiction s'appuyait, pour fonder sa décision, sur les dispositions de la convention collective applicable. La solution devait cependant être réitérée à plusieurs reprises. En particulier, dans un arrêt du 15 juillet 1998 ( Bull. V, n° 382), la Cour de cassation a clairement indiqué, de façon générale cette fois, que « le salarié dispensé d'exécuter son préavis est en droit de prétendre dès son départ effectif de l'entreprise au versement de l'indemnité compensatrice de la clause de non-concurrence » et que la renonciation par l'employeur à ladite clause en fin de délai-congé était tardive (cf. aussi Soc. 8 avril 1998, Bull. V, n° 207). Dans l'arrêt du 22 juin 2011, c'est cette solution de la date du départ effectif du salarié qui est à nouveau reprise par la Cour régulatrice. Cette solution est tout à fait conforme aux orientations générales de la jurisprudence de la Cour qui considère que le salarié dispensé de l'exécution du préavis n'est plus tenu à une obligation de loyauté envers son employeur (Soc. 25 mars 1997, Dr. soc. 1997, p. 538, obs. G. Couturier). L'obligation de non-concurrence inhérente au contrat de travail cessant donc au moment du départ effectif du salarié de l'entreprise, c'est dès ce moment-là que la clause de non-concurrence doit prendre le relais et entrer en application avec toutes les conséquences que cela comporte.

L'employeur tentait bien, en l'espèce, de se prévaloir de l'article 1234.4 C. trav. selon lequel « l'inexécution du préavis n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin ». La Cour rejette néanmoins son pourvoi, à juste titre, car cet article a été écrit à

seule fin d'empêcher que la dispense de préavis ne prive le salarié de ses droits. En revanche, les dispositions de cet article ne sauraient prévaloir en matière de non-concurrence où le problème se pose dès le départ du salarié de l'entreprise. Ainsi, non seulement la solution jurisprudentielle peut se recommander d'un réalisme bien venu, mais elle présente encore l'avantage d'uniformiser les solutions, qu'il s'agisse du point de départ de l'obligation de non-concurrence succédant à l'obligation de loyauté, de la date d'exigibilité de la contrepartie pécuniaire ou bien encore de la détermination de la période de référence pour le calcul de celle-ci. En l'occurrence, c'est ce dernier point qui faisait difficulté. La Cour de cassation décide fort logiquement qu'il convient de se référer aux salaires touchés par le salarié avant son départ de l'entreprise, à l'exclusion de ceux perçus pendant le préavis. Une autre difficulté, un peu particulière, était également soulevée par l'espèce.

En effet, il avait été jugé en référé que la clause de non-concurrence ne devait commencer à s'appliquer qu'à la fin du préavis, solution suivie par l'employeur mais qui, au regard de la position adoptée par la Cour de cassation, avait l'inconvénient de prolonger la clause de non-concurrence de toute la durée du délai-congé, l'employeur refusant de payer la contrepartie pour cette période. Les juges du fond avaient approuvé ce dernier, mais la Cour censure leur décision en se fondant sur la force obligatoire du contrat. L'employeur n'a pas respecté l'engagement qu'il avait souscrit et doit donc indemniser le salarié pour cette violation de l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> C. civ. L'indemnité devrait donc comprendre non seulement la contrepartie financière - puisque le salarié a respecté la clause irrégulièrement prolongée par l'employeur - mais aussi le préjudice résultant pour le salarié de l'aggravation de ses difficultés à retrouver un nouvel emploi. En tout cas, la position adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 juin 2011 mérite l'entière approbation.

**Mots clés :**

**CONTRAT DE TRAVAIL** \* Clause de non-concurrence \* Contrepartie financière \* Exigibilité \* Départ effectif \* Dispense de préavis