

**Droit social 2013 p. 455**

**Illicéité des stipulations permettant à l'employeur de renoncer à une clause de non-concurrence après le départ effectif du salarié**

Jean Mouly, Professeur à la faculté de Droit et des Sciences économiques de Limoges (OMIJ)

\*  
\*\*

**L'essentiel**


L'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires.

**Cour de cassation**

(Chambre sociale)

13 mars 2013









*Société Secomat ingenierie industrielle c/ M. X.*







arrêt n° 463 FS-P+B, pourvoi n° 11-21.150, D. 2013. 778 , publié au Bulletin

**Observations**

Une lecture rapide de l'arrêt du 13 mars 2013 pourrait donner à penser qu'il se borne à confirmer des solutions déjà acquises. Une étude plus approfondie montre pourtant qu'il apporte des éléments nouveaux dont la portée pourrait bien ne pas être négligeable. Une fois encore, c'était la contrepartie d'une clause de non-concurrence qui faisait difficulté, plus précisément la faculté de renonciation de l'employeur à celle-ci.

En l'occurrence, un ingénieur avait été embauché par contrat stipulant une clause de non-concurrence, dont l'employeur pouvait néanmoins le libérer « soit à tout moment au cours de l'exécution du contrat, soit à l'occasion de sa cessation ». Le salarié démissionna et, au cours du préavis, fut dispensé de poursuivre la relation de travail. À la fin du préavis, l'employeur lui fit savoir, par lettre recommandée, qu'il renonçait à la clause de non-concurrence. Considérant que cette renonciation était tardive, le salarié saisit alors le juge pour demander le paiement de la contrepartie financière. Il obtint gain de cause devant les juges du fond, mais l'employeur forma un pourvoi. C'est celui-ci qui est rejeté par l'arrêt du 13 mars 2013.

Il convient tout d'abord de rappeler que les arrêts du 10 juillet 2002 ont profondément modifié la situation en ce qui concerne la renonciation par l'employeur à une clause de non-concurrence. Celle-ci comportant désormais une contrepartie financière, elle est considérée comme nécessairement stipulée dans l'intérêt des deux parties et l'employeur ne peut donc y renoncer unilatéralement que si une stipulation spéciale le prévoit. Par ailleurs, en ce qui concerne le moment de la renonciation, la Cour, après avoir admis que l'employeur disposait d'un délai raisonnable à partir de la cessation du contrat (Soc., 13 juin 2007, n° 04-42.740, D. 2007. 1874  ; RDT 2007. 579, obs. J. Pélissier , Bull. civ. V, n° 98 ; Dr. soc. 2007. 1052 , et les obs. ; JCP S 2007. 1674, note G. Blanc-Jouvan), juge aujourd'hui que l'employeur doit renoncer à la clause au plus tard au moment du licenciement, sauf dispositions conventionnelles ou contractuelles contraires (Soc., 13 juill. 2010, n° 09-41.626, D. 2010. 1885, obs. L. Perrin  ; *ibid.* 2540, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra , Bull. civ. V, n° 174 ; Dr. soc. 2010. 1118 , et les obs. ; JCP S 2010. 1410, note S. Brissy). Elle a même précisé que le point de départ du délai s'apprécie désormais à la date d'envoi de la lettre mettant fin au contrat de travail (Soc., 30 mars 2011, n° 09-41.583, D. 2011. 1086  ; RDT 2011. 390, obs. E. Serverin et T. Grumbach , Bull. civ. V, n° 85).

En l'espèce, la tâche du juge était compliquée par le fait que l'employeur avait dispensé le salarié de travail pendant le préavis. En réalité, la Cour de cassation juge aujourd'hui 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, sont celle du départ effectif du salarié de l'entreprise » (Soc., 22 juin 2011, n° 09-68.762, D. 2011. 1829  ; *ibid.* 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra  ; Dr. soc. 2011. 1122, obs. J. Mouly , Bull. civ. V, n° 160). Cette solution est logique, puisqu'il est admis que l'obligation de loyauté du salarié cesse en cas de dispense d'exécution du préavis (Soc., 26 mars 1997, n° 94-44.035, Dr. soc. 1997. 538, obs. G. Couturier ). C'est donc à la clause de non-concurrence de prendre immédiatement le relais. La jurisprudence était d'ailleurs déjà en ce sens avant les arrêts de 2002 (Soc., 15 juill. 1998, nos 96-40.866 et 96-41.006, D. 1999. 237  ; *ibid.* 108, obs. Y. Serra , Bull. civ. V, n° 382). En l'occurrence, la renonciation de l'employeur étant intervenue non au moment de la dispense d'exécution du préavis, mais à la fin de celui-ci, cette renonciation était donc tardive. On pouvait pourtant avoir une hésitation.

En effet, on l'a vu, la jurisprudence, jusqu'alors, réservait le cas où une disposition de la convention collective ou du contrat autorisait l'employeur à renoncer à la clause de non-concurrence à une date postérieure (Soc., 13 juill. 2010, préc.). On pouvait donc se demander si, en l'espèce, la clause, en visant la cessation du contrat sans autre précision, n'autorisait pas l'employeur à renoncer au bénéfice de l'obligation de non-concurrence jusqu'à la fin du préavis, puisque la dispense de travail pendant celui-ci n'a pas pour effet d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin (C. trav., art. L. 1234-4). C'est bien sur ce terrain qu'avait tenté de se situer le pourvoi, en soutenant que la stipulation contractuelle constituait une clause claire et précise en ce sens. Mais la Cour de cassation rejette le pourvoi en décidant que « l'employeur qui dispense le salarié de l'exécution de son préavis doit, s'il entend renoncer à l'exécution de la clause de non-concurrence, le faire au plus tard à la date du départ effectif de l'intéressé de l'entreprise, nonobstant stipulations ou dispositions contraires ».

La réponse de la Cour de cassation se situe donc sur le terrain de l'ordre public et de la validité des clauses déterminant le moment de la renonciation à l'obligation de non-concurrence par l'employeur. En l'espèce, la Cour de cassation ne permet pas de fixer une date postérieure à celle de la cessation effective de la relation de travail. Une telle possibilité est

d'ailleurs fermée aussi bien aux parties elles-mêmes qu'aux partenaires sociaux, dans une convention collective. La solution jurisprudentielle semble avoir aussi une portée générale en ce qui concerne le mode de cessation du contrat. En effet, la Cour ne vise pas seulement le licenciement comme dans sa formule de 2011, mais, de façon indistincte, la rupture du contrat. On rappellera d'ailleurs qu'en l'espèce cette rupture avait pris la forme d'une démission. Reste à savoir si la solution consacrée par l'arrêt du 13 mars 2013 vaut seulement pour le cas de dispense de travail pendant le préavis, comme en l'espèce, ou si, au contraire, elle est susceptible d'une application générale et condamne toute clause qui permettrait à l'employeur de prendre sa décision après l'expiration du contrat de travail, que le préavis soit ou non travaillé.

Une interprétation littérale de la formule utilisée par la Cour de cassation pourrait faire pencher pour la première solution. Pourtant, s'il est interdit à l'employeur de renoncer à une clause de non-concurrence après le départ effectif du salarié en cas de dispense de travail pendant le préavis, notwithstanding toutes « stipulations ou dispositions contraires », on ne voit guère comment il pourrait en aller autrement en cas de préavis travaillé. Les mêmes motifs doivent conduire à la même solution. Celle-ci irait d'ailleurs dans le sens de l'évolution jurisprudentielle, puisque, on l'a vu, la Cour avait d'abord permis à l'employeur, même en l'absence de toute stipulation du contrat, de renoncer après la rupture de celui-ci pourvu que ce fût dans un délai raisonnable. Puis, elle a exigé une stipulation expresse pour qu'une telle renonciation fût possible. Aujourd'hui, elle interdirait purement et simplement cette renonciation postérieure à la fin du contrat, même lorsqu'elle est autorisée par une stipulation expresse. En tout cas, si tel était le sens de l'arrêt, il mériterait une totale approbation.

En effet, 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 trouver un nouvel 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. C'est d'ailleurs le raisonnement que la Cour avait tenu en 2010 pour condamner une stipulation qui permettait à l'employeur de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment de son exécution. À l'époque, la Cour avait toutefois cru devoir maintenir la possibilité pour l'employeur de renoncer à la clause après la cessation du contrat de travail grâce à une disposition spéciale de la convention collective ou du contrat lui-même. Il allait de soi cependant que cette possibilité restait enserrée dans des limites strictes, la Cour ne visant que les « dispositions fixant valablement un délai » à l'employeur pour renoncer. Aujourd'hui, ce raisonnement qui a conduit la Cour à enfermer la renonciation de l'employeur dans de brefs délais ou, du moins, des délais raisonnables la conduirait à condamner toute stipulation qui retarderait cette renonciation à une époque postérieure à la fin du contrat. De telles stipulations devraient être réputées non écrites.

En réalité, comme nous l'avons déjà suggéré (Dr. soc. 2010. 1118), il n'est pas interdit de voir dans la clause de non-concurrence 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. Il serait donc logique que l'employeur renonce à la clause au plus tard à l'expiration du contrat ou au moment de la cessation effective du travail, lorsque cesse l'obligation de loyauté du travailleur. Sinon la clause de non-concurrence risquerait d'être un marché de dupes, surtout si l'on permettait à l'employeur de renoncer librement à la clause lorsqu'il a constaté que le salarié a retrouvé un nouvel emploi ne lui faisant pas concurrence.

**Mots clés :**

**CONTRAT DE TRAVAIL** \* Clause de non-concurrence \* Renonciation \* Délai \* Départ effectif du salarié \* Dispense de préavis