

// le dossier
jurisprudence thème

Clause de non-concurrence

Contrepartie et modalités de levée de la clause

De toutes les clauses particulières dont peut être assorti le contrat de travail, c'est la clause de non-concurrence qui a obtenu les faveurs de la Cour de cassation cette année. Plusieurs affaires ont ainsi permis de réaffirmer avec force les préceptes jurisprudentiels.

Le contentieux se cristallise essentiellement autour du droit à contrepartie et des modalités de levée de la clause. Se poursuit par ailleurs la chasse aux clauses de non-concurrence « déguisées », auxquelles sont fréquemment assimilées les clauses de protection de clientèle, mais pas les clauses de discrétion.

// Ce qu'il faut retenir

Doit être réputée non écrite la minoration par les parties, dans le cas d'un mode déterminé de rupture du contrat de travail, de la contrepartie pécuniaire d'une clause de non-concurrence.

Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-25.847 FS-PB

Sauf stipulation contraire, l'employeur ne peut renoncer unilatéralement à la clause de non-concurrence au cours de l'exécution du contrat de travail.

Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-22.257 FS-PB

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 les stipulations ou dispositions contraires.

Cass. soc., 21 janvier 2015, n° 13-24.471 FS-PB

La cessation d'activité l'employeur, postérieurement à la rupture du contrat de travail, n'a pas pour effet de décharger le salarié de son obligation de non-concurrence.

Cass. soc., 21 janvier 2015, n° 13-26.374 FS-PB

La clause qui fait interdiction à un salarié, durant une période déterminée, d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle qu'il avait démarchée lorsqu'il était au service de son ancien employeur est une clause de non-concurrence.

Cass. soc., 9 juin 2015, n° 13-19.327 F-D

La clause de discrétion qui ne porte pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle n'ouvre pas droit à une contrepartie financière.

Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 13-11.524 FS-PB

 Retrouvez le texte intégral des arrêts commentés sur www.liaisons-sociales-quotidien.fr

À CLASSER SOUS

CONTRAT DE TRAVAIL

CLAUSES

01 / 15

La contrepartie financière ne peut être minorée en fonction du mode de rupture

La solution

Doit être réputée non écrite la minoration par les parties, dans le cas d'un mode déterminé de rupture du contrat de travail, de la contrepartie pécuniaire d'une clause de non-concurrence.

Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-25.847 FS-PB

Le commentaire

Il a déjà plusieurs fois été précisé qu'il n'est pas possible de **différencier** le montant de la **contrepartie** due au salarié soumis à une interdiction de concurrence, en fonction des **circonstances** et de la **nature** de la **rupture du contrat**. L'atteinte portée au principe de libre exercice d'une activité professionnelle n'a pas à être mieux indemnisée selon que le salarié a été licencié ou qu'il a démissionné. Certains juges du fond persistant néanmoins à faire produire effet aux **stipulations minorant** le **montant** de la contrepartie, notamment en cas de **démission**, la Haute juridiction a été conduite à réaffirmer sa jurisprudence, dans un arrêt du 9 avril : la clause minorant la contrepartie pour un mode de rupture déterminé est **réputée non écrite**, de sorte que le montant maximal doit être accordé au salarié.

25 % EN CAS DE LICENCIEMENT, 10 % EN CAS DE DÉMISSION

La lettre d'engagement d'un expert-comptable prévoyait qu'en cas de rupture des relations contractuelles, il serait soumis à une **obligation de non-concurrence** applicable durant **trois ans**. En contrepartie, la société s'engageait à lui verser une **indemnité mensuelle** fixée, en cas de **licenciement**, à **25 %** de sa rémunération moyenne des 24 derniers mois. En cas de **démission**, le taux de la contrepartie tombait à **10 %**, l'intensité de l'interdiction restant pourtant identique.

Après avoir signé une **rupture conventionnelle**, le salarié a saisi la justice afin d'obtenir le paiement de la contrepartie prévue par la clause en cas de rupture des relations contractuelles.

La cour d'Aix-en-Provence a fait partiellement droit à sa demande : le salarié signant une rupture conventionnelle manifestant, comme celui qui démissionne, son intention de quitter l'entreprise, le montant de la contrepartie devait être celui retenu pour la démission, à savoir **10 %** de la rémunération mensuelle moyenne.

La Cour de cassation a censuré cette décision, car c'est le taux de **25 %** qui aurait dû être appliqué en toutes hypothèses.

APPLICATION DU TAUX LE PLUS ÉLEVÉ

L'arrêt du 9 avril rappelle que « doit être **réputée non écrite** la **minoration** par les parties, dans le cas d'un

mode déterminé de **rupture** du contrat de travail, de la contrepartie pécuniaire d'une clause de non-concurrence ». En présence d'une telle stipulation, la cour d'appel n'avait donc pas d'autre choix que de faire application de la contrepartie de **25 %**, assortie des congés payés afférents.

Cette solution est parfaitement logique : dès lors que l'**obligation de non-concurrence** est **identique** (même durée et même champ géographique), la **contrepartie** de la restriction apportée au libre exercice d'une activité professionnelle doit être **la même**, que le salarié ait été **licencié**, qu'il ait **démissionné** ou qu'il ait signé une **rupture conventionnelle**.

La solution avait d'ailleurs été rappelée en 2012 : « La stipulation minorant, en cas de démission, la contrepartie financière est réputée non écrite » (Cass. soc., 25 janvier 2012, n° 10-11.590 FS-PB).

L'arrêt du 9 avril 2015 généralise le principe en l'étendant à **tout mode de rupture**. L'idée étant qu'à partir du moment où le salarié est soumis à l'obligation, il doit percevoir une contrepartie, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des **circonstances** de la rupture. Ainsi, il n'y a pas non plus de minoration possible en cas de licenciement pour **faute** (Cass. soc., 8 avril 2010, n° 08-43.056 FS-PB).

PAS DE NULLITÉ DE LA CLAUSE

Seule est **réputée non écrite** la **stipulation** qui, au sein de la clause de non-concurrence, **minore** la contrepartie due au salarié. Ce qui permet au salarié de réclamer le **montant maximal**, à condition de respecter l'interdiction de concurrence.

La sanction est ainsi différente de l'hypothèse de l'**absence** de toute **contrepartie** ou de la stipulation d'une contrepartie dérisoire : la **clause est alors nulle** dans son intégralité, le salarié ne pouvant prétendre qu'à des dommages-intérêts.

Rappelons, par ailleurs, que s'il n'est pas possible de moduler le montant de la contrepartie selon le mode de rupture, les parties peuvent en revanche librement **limiter les cas de rupture** dans lesquels la clause de non-concurrence sera mise en œuvre. Il est, par exemple, possible de convenir que la clause dans son ensemble ne s'appliquera pas en cas de licenciement (Cass. soc., 6 janvier 2010, n° 08-41.357); le salarié licencié, qui n'est pas soumis à l'obligation de non-concurrence, ne percevra pas de contrepartie.

La faculté de renonciation unilatérale à la clause en cours d'exécution du contrat doit être expresse

La solution

La clause de non-concurrence, dont la validité est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière, est stipulée dans l'intérêt de chacune des parties au contrat de travail, de sorte que l'employeur ne peut, sauf stipulation contraire, renoncer unilatéralement à cette clause au cours de l'exécution de cette convention.

La clause de non-concurrence fixant un délai de renonciation à compter de la rupture du contrat de travail, la renonciation par l'employeur au bénéfice de cette clause, intervenue au cours de l'exécution dudit contrat, devait donc être jugée prématurée.

Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-22.257 FS-PB

Le commentaire

Pour se libérer du paiement de la contrepartie financière, l'employeur peut **renoncer unilatéralement** à l'application de la clause de non-concurrence, à condition, d'une part, que les **stipulations contractuelles** ou conventionnelles lui ouvrent une telle faculté et, d'autre part, que les **modalités** prévues par ces stipulations soient strictement observées. Il est ainsi couramment prévu la possibilité pour l'employeur de lever la clause dans un certain **déla**i à compter de la **notification** de la **rupture**.

Mais certaines clauses permettent également d'exercer cette faculté de **renonciation au cours de l'exécution** du **contrat de travail**, indépendamment de toute rupture. Celles-ci sont parfaitement valables, comme l'indique la Cour de cassation dans cet arrêt du 11 mars.

Il importe toutefois que cette faculté de renonciation en cours d'exécution du contrat ait été **expressément** prévue.

RENONCIATION AU PLUS TARD DANS LES HUIT JOURS DE LA RUPTURE

Le contrat de travail d'un technico-commercial comportait une clause de non-concurrence applicable pendant un délai d'un an renouvelable à compter de la rupture du contrat. La clause permettait toutefois à l'entreprise « de **lever** ou **réduire** l'interdiction de concurrence par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et **au plus tard** dans les huit jours suivant la **notification** de la **rupture** du contrat de travail ».

Le 7 avril 2010, **en cours d'exécution du contrat**, l'employeur a libéré le salarié de l'obligation de non-concurrence. Puis il l'a licencié le 28 juin suivant. La renonciation était-elle valable et opposable au salarié ?

Pour la cour d'appel de Colmar, la renonciation était soumise à la seule condition d'être notifiée **avant l'expiration** d'un **déla**i de huit jours à compter de la notification de la **rupture**. Cette date butoir n'empêchait pas, en revanche, une levée de la clause avant même la notification de la rupture.

La Cour de cassation a censuré cette interprétation.

RENONCIATION EN COURS D'EXÉCUTION DU CONTRAT SANS EFFET

Selon l'arrêt, « la clause de non-concurrence, dont la validité est subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière, est stipulée dans l'intérêt de chacune des parties au contrat de travail, de sorte que l'employeur ne peut, **sauf stipulation contraire**, **renoncer** unilatéralement à cette clause, **au cours de l'exécution** de cette **convention** ».

Des stipulations conventionnelles ou contractuelles peuvent donc autoriser l'employeur à renoncer unilatéralement à la clause de non-concurrence pendant l'exécution du contrat. En l'absence de stipulation expresse en ce sens, il n'y a pas de renonciation unilatérale possible avant une éventuelle rupture, de sorte que l'accord du salarié devra être recherché.

Ici, « la clause de non-concurrence fixait un **déla**i de **renonciation à compter** de la **rupture** du contrat de travail », constate la Cour de cassation. Dès lors, la renonciation par l'employeur au bénéfice de la clause intervenue **au cours de l'exécution** dudit contrat ne pouvait produire effet et le délier valablement du paiement de la contrepartie.

EN PRATIQUE...

En pratique, pour renoncer unilatéralement à la clause en cours d'exécution du contrat, donc avant même la notification de la rupture, l'employeur devra s'assurer que les modalités fixées contractuellement ou conventionnellement le permettent. La plupart du temps, il est ainsi prévu une **faculté de renonciation** « **à tout moment** au cours de l'exécution du contrat de travail ».

Si, en revanche, ces modalités sont uniquement exprimées **par référence à la rupture** des relations contractuelles (en imposant notamment un délai maximal courant à compter de celle-ci), la levée unilatérale en cours de contrat sera dépourvue d'effet à l'égard du salarié qui pourra réclamer le paiement de la contrepartie.

 **CONSULTER LE DOCUMENT SUR:**
www.liaisons-sociales-quotidien.fr

Dispense du préavis de rupture : la levée de la clause doit intervenir avant le départ effectif du salarié

La solution

En cas de rupture du contrat de travail avec dispense d'exécution du préavis par le salarié, la date à partir de laquelle celui-ci est tenu de respecter 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 celles du départ effectif de l'entreprise. Il en résulte 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 les stipulations ou dispositions contraires.

Cass. soc., 21 janvier 2015, n° 13-24.471 FS-PB

Le commentaire

Pour **renoncer unilatéralement** à l'application de la clause de non-concurrence et se libérer dans le même temps du paiement de la contrepartie pécuniaire, l'employeur doit respecter scrupuleusement les modalités prévues à cet effet par les dispositions contractuelles ou conventionnelles, notamment en terme de forme et de délai. Il doit également composer avec les exigences de la Cour de cassation. C'est tout particulièrement le cas en matière de **rupture** du contrat de travail avec **dispense de préavis**, puisque, dans cette hypothèse, l'employeur doit absolument veiller à renoncer à la clause de non-concurrence **au plus tard** à la **date du départ effectif** de l'entreprise, toute **stipulation contraire** devant être **neutralisée**.

Cette solution, dégagée en 2013 à l'égard de la démission, est appliquée au licenciement dans cet arrêt du 21 janvier 2015.

DÉLAI CONTRACTUEL D'UN MOIS SUIVANT LA NOTIFICATION DU LICENCIEMENT

L'affaire concerne un salarié **licencié** le 24 avril 2008, avec **dispense rémunérée** de son **préavis**.

Le 14 mai suivant, l'employeur avait fait usage de la faculté, prévue au contrat, de **renoncer à la clause** de non-concurrence « par lettre recommandée au plus tard **un mois** suivant la **notification** de la **rupture** du contrat de travail ».

Le salarié a malgré tout réclamé le paiement de la contrepartie, estimant que la **renonciation** était **tardive**. Pourtant, l'employeur s'était conformé au délai contractuel d'un mois suivant la notification de la rupture, ce que n'a pas manqué d'ailleurs de relever la cour d'appel d'Aix-en-Provence pour débouter le salarié de sa demande. L'arrêt a toutefois été annulé par la Cour de cassation.

INOPPOSABILITÉ DU DÉLAI CONTRACTUEL EN CAS RUPTURE AVEC DISPENSE DE PRÉAVIS

Dans cette décision, la Haute juridiction affirme en effet que « l'employeur qui **dispense** le salarié de l'exé-

cution 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 ».

L'arrêt explique qu'en cas de dispense d'exécution du préavis, c'est bien la date de **départ effectif** de l'entreprise qui marque le **point de départ** de l'obligation du salarié de respecter l'**interdiction de concurrence**. C'est également à cette même date que la **contrepartie** est **exigible**. Si l'employeur entend s'y soustraire, il doit donc lever la clause avant le déclenchement de ces obligations réciproques, c'est-à-dire au plus tard à la date du départ effectif et non à la date à laquelle le **préavis** aurait **théoriquement** pris fin s'il avait été exécuté.

Peu importe à cet égard que des stipulations contractuelles aient institué un **délai de renonciation** en faveur de l'employeur. Dans l'hypothèse d'une dispense de préavis, un tel délai est tout simplement **inopposable** au salarié qui pourra donc réclamer le paiement de la contrepartie.

EN PRATIQUE...

L'employeur aura donc tout intérêt à se positionner, **dès la notification** de la **dispense** totale de préavis, sur l'application de l'obligation de non-concurrence.

Si la **dispense** n'est que **partielle**, la renonciation pourra être notifiée jusqu'à la date de départ effectif du salarié, c'est-à-dire jusqu'au dernier jour de la période de préavis exécutée (sauf délai plus court issu de stipulations contractuelles ou conventionnelles).

Sur la base de ce raisonnement, la Cour de cassation avait déjà appliqué la même solution à un salarié **dispensé** d'exécuter une partie de son **préavis** de **démission** (Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-21.150, v. l'actualité n° 16312 du 25 mars 2013). On pouvait donc raisonnablement s'attendre à ce que cette jurisprudence soit appliquée à l'hypothèse du licenciement avec dispense de préavis, et ce d'autant plus que, dans un litige relatif non pas aux modalités de renonciation à la clause, mais à la détermination de la date à laquelle l'employeur doit **verser**

la **contrepartie** en cas de licenciement sans préavis, il avait été précisé que « 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 celles

du **départ effectif** du salarié de l'entreprise » (Cass. soc., 22 juin 2011, n° 09-68.762, v. dossier juris. thème. -CT, clauses- n° 237/2011 du 6 décembre 2011).



CONSULTER LE DOCUMENT SUR:
www.liaisons-sociales-quotidien.fr

La contrepartie financière reste due malgré la liquidation judiciaire de l'entreprise

La solution

La clause de non-concurrence prenant effet à compter de la rupture du contrat de travail, la cessation d'activité ultérieure de l'employeur n'a pas pour effet de décharger le salarié de son obligation de non-concurrence.

Cass. soc., 21 janvier 2015, n° 13-26.374 FS-PB

Le commentaire

Il aurait pu paraître logique de considérer que, lorsque l'entreprise est placée en **liquidation judiciaire après la rupture** du contrat de travail, l'**obligation de non-concurrence** pesant sur le salarié se trouve de fait **privée d'objet** et l'employeur automatiquement **délié** de son obligation de verser la contrepartie financière mensuellement prévue.

Il n'en va pourtant pas ainsi et la Cour de cassation le rappelle dans cet arrêt du 21 janvier 2015: la **contrepartie** financière **reste due** tant que le salarié continue à respecter l'interdiction de concurrence et dès lors que la clause n'avait **pas été levée** au moment de la rupture.

LIQUIDATION JUDICIAIRE POSTÉRIEURE À LA RUPTURE DU CONTRAT

Le contrat de travail d'une vendeuse comportait une **clause de non-concurrence de trois ans** prévoyant qu'en cas de cessation effective de son contrat, et pendant toute la durée de cette interdiction, elle percevrait une indemnité égale à 25 % de la moyenne mensuelle de ses trois derniers mois de salaires.

En **décembre 2011**, le conseil de prud'hommes a fait droit à sa demande de **résiliation judiciaire** du contrat en raison de divers manquements de l'employeur, tout en fixant la date d'effet de la rupture au 31 mars précédent. En appel, la salariée a réclamé au surplus le versement de la **contrepartie financière** de la clause de non-concurrence sur les trois années prévues.

Problème: l'employeur avait été placé en **liquidation judiciaire** dans l'intervalle (le 27 septembre 2011), de sorte que la cour d'appel de Bourges a débouté la salariée de sa demande au titre de la contrepartie. Pour les juges du fond, la salariée n'était en effet plus tenue à une quelconque obligation de non-concurrence à l'égard d'une entreprise qui n'existait plus.

Ce raisonnement, fondé sur le postulat que la liquidation judiciaire **paralyserait automatiquement** le jeu

de la **clause de non-concurrence**, voire la rendrait **caduque**, entre toutefois en contradiction avec une jurisprudence bien établie, en vertu de laquelle la **cessation d'activité** de l'employeur, qu'elle soit **volontaire ou non**, n'a **pas** pour effet de **décharger** de plein droit le salarié de son **obligation** de respecter la clause, de sorte qu'il doit pouvoir continuer à prétendre au paiement de la contrepartie (Cass. soc., 5 avril 2005, n° 02-45.540; Cass. soc., 14 décembre 2005, n° 04-41.127; Cass. soc., 9 juillet 2008, n° 07-41.970). C'est la raison pour laquelle l'arrêt d'appel a été censuré par la Haute juridiction, fidèle à cette jurisprudence.

PAS D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS ISSUES DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

La Cour de cassation rappelle ainsi que la **clause** de non-concurrence prend effet **à compter de la rupture** du contrat et que « la **cessation d'activité ultérieure** de l'employeur n'a **pas** pour effet de **décharger** le salarié de son **obligation** ».

En conséquence, dès lors que la salariée n'avait pas été libérée de son obligation par l'employeur lors de la rupture, elle était en droit de réclamer le paiement de la **contrepartie financière**, non pas nécessairement sur les trois années prévues à l'origine, mais « **au prorata** de la **durée d'exécution** de l'obligation de non-concurrence », c'est-à-dire pendant la période au cours de laquelle elle s'y est effectivement conformée.

Les parties ont été renvoyées devant une autre cour d'appel, qui devra déterminer cette durée.

Rappelons que l'**AGS** peut être amenée à garantir le paiement de la contrepartie, en tant que créance résultant de la rupture du contrat travail (Cass. soc., 20 juin 2006, n° 04-48.523; C. trav., art. L. 3253-8).



CONSULTER LE DOCUMENT SUR:
www.liaisons-sociales-quotidien.fr

Une clause de protection de la clientèle peut être requalifiée en clause de non-concurrence

La solution

Une clause selon laquelle il est fait interdiction à un salarié, durant une période déterminée, d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle qu'il avait démarchée lorsqu'il était au service de son ancien employeur est une clause de non-concurrence. Cette clause n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives.

Cass. soc., 9 juin 2015, n° 13-19.327 F-D

Le commentaire

Pour échapper aux exigences jurisprudentielles entourant la clause de non-concurrence et tout particulièrement au paiement d'une contrepartie financière, certains employeurs ont pu être tentés d'alléger les restrictions imposées aux salariés après la rupture, en leur interdisant simplement d'**entrer en contact** avec leurs **anciens clients**, sans pour autant limiter directement la possibilité de créer ou d'entrer au service d'une entreprise concurrente. Fleurissent ainsi des **clauses de « protection », « non-sollicitation » ou « non-captation »** de la **clientèle**.

C'est oublier toutefois que le **juge n'est pas lié par l'intitulé de la clause**. Si la restriction est telle qu'elle entrave en réalité l'exercice d'une activité professionnelle dans une autre entreprise, dépassant ainsi le simple rappel de l'obligation de ne pas détourner la clientèle par des actes illicites de concurrence déloyale, la clause pourra être **requalifiée en clause de non-concurrence** laquelle, en l'absence de toute contrepartie prévue dès l'origine, sera jugée nulle et ouvrant droit à dommages-intérêts.

Cet arrêt le rappelle à propos d'une clause interdisant à un salarié « d'entrer en relation, directement ou indirectement, et selon quelque procédé que ce soit avec les clients de la société ».

CLAUDE DE PROTECTION DE LA CLIENTÈLE

Le contrat de travail d'un conseiller en entreprise comportait une clause dite « de protection de la clientèle », stipulant: « Après le départ de la société, le signataire s'interdit **d'entrer en relation directement ou indirectement** et selon quelque procédé que ce soit avec les **clients** de la société au titre desquels il aura perçu une commission ou une gratification durant les 12 mois précédant son départ, en vue de leur proposer une formule de placement de quelque nature que ce soit **pendant** une durée de **14 mois** à compter de la **cessation effective** de son activité ».

À l'occasion d'une action en **résiliation judiciaire** de son contrat de travail, le salarié a demandé à ce que cette clause soit analysée en une **clause de non-concurrence**, nulle en l'absence de contrepartie. Il récla-

maît plus **16 000 € de dommages-intérêts** en réparation du préjudice résultant de cette illicéité.

La cour d'appel de Chambéry avait écarté la possibilité d'une requalification de la clause, défendant l'idée selon laquelle la clause de protection de la clientèle **n'impose pas** au salarié le **même type de restriction** qu'une clause de **non-concurrence**: elle interdit simplement au salarié d'entrer en contact avec la clientèle, **non** d'exercer une **activité similaire** à celle qu'il exerçait au sein de la société.

La Cour de cassation n'est toutefois pas du même avis.

CLAUDE DE NON-CONCURRENCE DÉGUISÉE

L'arrêt du 9 juin 2015 affirme ainsi « qu'une clause selon laquelle il est fait **interdiction** à un salarié, durant une période déterminée, **d'entrer en relation**, directement ou indirectement, et selon **quelque procédé** que ce soit, avec la **clientèle** qu'il avait démarchée lorsqu'il était au service de son ancien employeur est une **clause de non-concurrence** ».

Dès lors, son régime doit être aligné sur celui de la clause de non-concurrence, de sorte que « cette clause n'est **licite** que si elle est **indispensable** à la protection des **intérêts légitimes** de l'entreprise, **limitée** dans le **temps** et dans l'**espace**, qu'elle tient compte des **spécificités** de l'**emploi** du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une **contrepartie financière**, ces conditions étant cumulatives ».

En l'espèce, aucune contrepartie n'ayant été prévue, la clause ne pouvait qu'être déclarée illicite et le salarié en droit d'obtenir des dommages-intérêts.

Ce n'est pas la première fois que la cour de cassation condamne un tel montage juridique. Dans un arrêt, publié, rendu en 2009, elle avait ainsi requalifié en clause de non-concurrence une « **clause de clientèle** » interdisant au salarié, en cas de cessation du contrat de travail, de contracter directement ou indirectement avec des clients de l'ancien employeur, même sur sollicitation de leur part (Cass. soc., 27 octobre 2009, n° 08-41.501 PB).

Jugé de même à propos d'une clause dite de « **non-détournement de clientèle** », par laquelle le salarié

s'engageait « à ne détourner aucun client des sociétés du groupe, directement ou indirectement, sous quelque forme juridique que ce soit, tant en son nom personnel que pour le compte de tiers », ce qui aboutissait, selon les juges, à lui **interdire l'accès aux entreprises** œuvrant dans le secteur d'activité concerné et

donc à lui interdire l'exercice d'une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle (Cass. soc., 2 juillet 2008, n° 07-40.618 D).



CONSULTER LE DOCUMENT SUR:
www.liaisons-sociales-quotidien.fr

La clause de discrétion n'ouvre pas droit à contrepartie financière

La solution

La clause de discrétion qui ne porte pas atteinte au libre exercice par le salarié d'une activité professionnelle, mais se borne à lui imposer la confidentialité des informations détenues par lui concernant la société, n'ouvre pas droit à une contrepartie financière.
Cass. soc., 15 octobre 2014, n° 13-11.524 FS-PB

Le commentaire

Une **clause de discrétion**, dite aussi de **confidentialité**, a pour objet d'interdire aux salariés de **divulguer des informations** sensibles de l'entreprise. Afin de protéger le savoir-faire propre à la société, la clause peut prévoir qu'elle continuera à s'appliquer après la fin du contrat de travail (v. Cass. soc., 19 mars 2008, n° 06-45.322). Doit-elle alors, à l'instar d'une clause de non-concurrence, comporter une **contrepartie financière**? Amenée pour la première fois à trancher cette question, la Cour de cassation pose pour principe, dans cet arrêt du 15 octobre 2014, qu'**aucune contrepartie** n'est due dès lors que l'obligation de confidentialité ne porte pas atteinte à la **liberté du travail** du salarié.

CLAUSE DE DISCRÉTION APPLICABLE APRÈS LA RUPTURE DU CONTRAT

En l'espèce, un **directeur marketing**, licencié pour motif économique, réclamait une indemnisation au titre de la clause de discrétion inscrite dans son contrat de travail. D'après le salarié, cette obligation de confidentialité **l'empêchait de retrouver un emploi** dans la mesure où elle n'était limitée ni dans le temps ni dans l'espace et qu'il avait toujours travaillé dans le même domaine d'activité dans lequel il y a très peu d'intervenants (en l'occurrence, le secteur des explosifs industriels). Il estimait donc que cette **atteinte à sa liberté fondamentale** d'exercer une activité professionnelle devait, comme dans le cas d'une clause de non-concurrence, donner lieu au versement d'une contrepartie financière. Cette argumentation n'a toutefois pas trouvé un écho favorable tant devant les juges du fond que devant la Cour de cassation.

PAS D'ASSIMILATION À UNE CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

La Cour de cassation précise ainsi que dès lors que « la clause litigieuse ne portait **pas atteinte** au **libre exer-**

cice par le salarié d'une **activité professionnelle**, mais se bornait à **imposer la confidentialité** des informations détenues par lui et concernant la société [...], cette clause n'ouvrait **pas droit à contrepartie financière** ». C'est en effet l'atteinte à la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle qui justifie le versement d'une contrepartie financière lors de la mise en œuvre d'une clause de non-concurrence (v. Cass. soc., 17 décembre 2004, n° 03-40.008). Or, en l'espèce, la clause de discrétion interdit seulement au salarié de divulguer des informations confidentielles tenant à l'entreprise et non de lui faire concurrence. Dès lors qu'il respectait la confidentialité des informations visées par la clause, le salarié pouvait parfaitement s'engager auprès d'une société concurrente. Une telle obligation ne portait **pas atteinte à sa liberté du travail** et ne pouvait donc s'analyser en une obligation de non-concurrence déguisée, ouvrant droit à une contrepartie financière ou à une quelconque compensation.

Bien que, dans la présente affaire, la distinction avec une clause de non-concurrence était évidente compte tenu de la définition de l'objet de la clause de confidentialité imposée au salarié, il peut ne pas toujours en aller ainsi en fonction des **termes employés** par les rédacteurs de la clause. Le risque étant alors celui d'une requalification en clause de non-concurrence, illicite si aucune contrepartie n'a été prévue. Ainsi, il a été jugé qu'une **clause interdisant** à un salarié de « **s'intéresser à toute entreprise** susceptible de faire **concurrence** à l'activité de la société », dépasse le simple cadre d'une clause de discrétion et s'analyse en une clause de non-concurrence, nulle si aucune contrepartie n'a été prévue (v. Cass. soc., 5 décembre 2007, n° 06-41.267).

Pour éviter tout risque de contentieux, il est donc conseillé de délimiter avec clarté et précision l'étendue de l'obligation de confidentialité que l'employeur entend faire appliquer au salarié.



CONSULTER LE DOCUMENT SUR:
www.liaisons-sociales-quotidien.fr

Mise en œuvre de la clause en cas de rupture conventionnelle

Une convention collective peut imposer des modalités de renonciation spécifiques en cas de rupture conventionnelle

L'article 28 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972 prévoit qu'en cas de rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée, dans les conditions prévues par les articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail, l'employeur ne peut se décharger de l'indemnité de non-concurrence, en libérant l'ingénieur ou le cadre de l'interdiction de concurrence, que par une mention expresse figurant dans la convention de rupture. Dès lors, la cour d'appel aurait dû juger tardive la renonciation intervenue par l'envoi d'un courrier postérieurement au départ effectif de l'entreprise.

Cass. soc., 4 février 2015, n° 13-25.451 F-D

Souvent envisagées sous l'angle de la démission ou du licenciement, les modalités de renonciation à la clause de non-concurrence, fixées contractuellement ou conventionnellement, prévoient fréquemment que le **délai de renonciation** court à compter de la « notification de la rupture ». En cas de **rupture conventionnelle**, la Cour de cassation considère alors qu'un tel délai doit courir à compter de la date de la rupture indiquée par les parties dans la convention (Cass. soc., 29 janvier 2014, n° 12-22.116). Mais il peut toutefois arriver que le contrat ou la convention collective prévoit des modalités de renonciation spécifiques à la rupture conventionnelle, lesquelles doivent alors prévaloir sur cette jurisprudence. Tel est le cas, rappelle le présent arrêt, de l'article 28 de la **CCN des ingénieurs et cadres de la métallurgie** du 13 mars 1972, modifié par avenant du 21 juin 2010 (étendu). Au terme de ce texte, en cas de rupture conventionnelle, l'employeur ne peut **renoncer** à la clause que par une **mention expresse** figurant dans la **convention de rupture**. Dès lors, la renonciation intervenue **postérieurement** à la signature de la convention ne peut libérer l'employeur du versement de la contrepartie.

Levée de la clause après l'homologation – Vice du consentement en cas de tromperie sur le droit à l'indemnité de non-concurrence

Ayant relevé, d'une part que l'employeur avait adressé au salarié, le jour où s'était tenu l'entretien à l'issue duquel ce salarié avait demandé un « licenciement conventionnel », un avertissement se concluant par une incitation à rompre son contrat de travail, d'autre part qu'il avait été indiqué au salarié, lors des différents entretiens préalables à la rupture, qu'il percevrait une indemnité égale aux deux tiers de son salaire net mensuel pendant 12 mois au titre de la clause de non-concurrence, alors que l'employeur l'avait délié le 2 mai 2011 de cette clause, la cour d'appel, exerçant son pouvoir souverain d'appréciation, a fait ressortir que le consentement du salarié avait été vicié.

Cass. soc., 9 juin 2015, n° 14-10.192 F-D

Rien n'interdit à l'employeur de **lever la clause de non-concurrence après une rupture conventionnelle**. La jurisprudence a d'ailleurs précisé que lorsque le délai contractuel de renonciation a été fixé par référence à la date de « notification de la rupture », ce délai

court, en cas de rupture conventionnelle, à compter de « la date de la rupture fixée par la convention de rupture » (Cass. soc., 29 janvier 2014, n° 12-22.116). L'employeur n'a donc pas à informer le salarié d'une possible renonciation unilatérale avant la signature de la convention.

En revanche, comme l'enseigne cet arrêt du 9 juin, l'employeur qui, **avant signature** de la convention, **garantit**, même oralement, au salarié qu'il percevra l'**indemnité de non-concurrence**, s'expose à une annulation de la rupture conventionnelle pour **vice du consentement** si, **une fois l'homologation obtenue**, il renonce à la clause de non-concurrence. Le salarié pourra, en effet, plaider que cette manœuvre, destinée à l'inciter à signer, a été déterminante de son consentement.

En l'espèce, lors des différents **entretiens** ayant **précédé** la signature de la **rupture conventionnelle**, il avait été indiqué au salarié, notamment par la DRH, qu'une **indemnité** égale aux deux tiers de son salaire net mensuel lui serait versée pendant 12 mois au titre de la contrepartie à la clause de **non-concurrence**. Néanmoins, une fois l'**homologation** de la convention obtenue, l'employeur avait informé le salarié qu'il le **dé liait** de l'obligation de non-concurrence. Pour les juges d'appel, approuvés par la Cour de cassation, cette circonstance démontrait que le **consentement** du salarié avait été **vicié**. Si l'arrêt ne l'énonce pas expressément, ce sont plus précisément les conditions du **dol** qui semblaient être ici réunies, c'est-à-dire des **manœuvres destinées à tromper** l'autre partie, sans lesquelles celle-ci n'aurait pas contracté (C. civ., art. 1116). Si le salarié avait eu connaissance de la volonté réelle de l'employeur de renoncer à la clause de non-concurrence, le privant ainsi du bénéfice de la contrepartie, il n'aurait manifestement pas consenti à cette rupture conventionnelle.

Modalités de renonciation à la clause en cas de rupture conventionnelle signée après la notification d'un licenciement

Lorsque le contrat de travail prévoit que l'employeur pourra libérer le salarié de l'interdiction de concurrence soit à tout moment au cours de l'exécution du contrat, soit à l'occasion de sa cessation au plus tard dans la lettre notifiant le licenciement ou le jour même de la réception de la démission, c'est, en cas de rupture conventionnelle, la date de la rupture fixée par la convention de rupture qui détermine le respect par l'employeur du délai contractuel.

Ayant retenu qu'en signant une rupture conventionnelle, les parties avaient d'un commun accord renoncé au licenciement précédemment notifié par l'employeur, la cour d'appel, qui a relevé que la date de la rupture du contrat avait été fixée par la convention de rupture au 10 avril 2009 et que l'employeur avait libéré le salarié de son obligation de non-concurrence le 8 avril 2009, a rejeté à bon droit la demande du salarié tendant au paiement de la contrepartie financière de la clause.

Cass. soc., 3 mars 2015, n° 13-20.549 FP-PB

La Cour de cassation réitère sa jurisprudence sur les **modalités de renonciation** à la clause de non-concurrence lorsque les dispositions contractuelles ou conventionnelles accordant une telle faculté à l'employeur **n'envisagent pas** le cas de la **rupture conventionnelle** : c'est alors la **date de la rupture** indiquée dans la **convention de rupture** qui détermine le respect par l'employeur du délai contractuel de renonciation et qui en constitue

donc le point de départ (v. déjà en ce sens : *Cass. soc.*, 29 janvier 2014, n° 12-22.116).

L'intérêt de l'arrêt est plus précisément de déterminer le point de départ du délai de renonciation dans l'hypothèse particulière où l'employeur a d'abord notifié un **licenciement** au salarié, lequel a été **sui**vi de la conclusion d'une **rupture conventionnelle**. Dans ce cas, la rupture conventionnelle vaut **renonc**iation des parties au **licenciement**, lequel est rétroactivement anéanti. Dès lors, il n'y a pas lieu de considérer que le délai de renonciation à la clause court uniquement à compter de la notification de celui-ci. C'est en effet le régime de la rupture conventionnelle qui l'emporte et fait courir un **nouveau délai**.

En l'espèce, les dispositions contractuelles autorisaient l'employeur à libérer le salarié de son obligation de non-concurrence soit à tout moment au cours de l'exécution du contrat de travail, soit au plus tard dans la lettre notifiant le licenciement ou le jour même de la réception de la démission. La date de la rupture indiquée dans la convention étant fixée au 10 avril 2009, la renonciation notifiée par l'employeur le 8 avril était donc intervenue dans les temps.

Dispense d'exécution du préavis

La contrepartie est due dès le départ effectif de l'entreprise, même si le préavis est payé

La salariée dispensée d'effectuer 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.

Doit donc être annulé l'arrêt de la cour d'appel ayant retenu que, pendant les mois de juillet et août 2009, la société a versé à la salariée la rémunération correspondant au préavis qu'elle l'avait dispensé d'exécuter et que le versement de la contrepartie de la clause de non-concurrence n'était dû qu'à compter du mois de septembre 2009, de sorte qu'aucun retard ne pouvait être imputé à la société de ce chef.

Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-23.866 F-D

Qu'il s'agisse d'une démission ou d'un licenciement, le salarié qui a été dispensé d'exécuter son préavis n'a pas à attendre le terme théorique de celui-ci pour percevoir la contrepartie financière prévue par la clause de non-concurrence. Il résulte, en effet, de la jurisprudence que « 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 celles du **départ effectif** de l'entreprise », puisque c'est également à ce **moment précis** que se déclenche l'**obligation de non-concurrence** pesant sur le salarié (*Cass. soc.*, 13 mars 2013, n° 11-21.150 : en cas de dispense du préavis de démission ; *Cass. soc.*, 21 janvier 2015, n° 13-24.471 commenté dans ce dossier : en cas de dispense du préavis de licenciement). Pendant la période de dispense de préavis, l'employeur sera donc amené à verser **cumulativement** les mensualités correspondant à l'**indemnité de préavis** (si la dispense de préavis est payée) et à la **contrepartie financière** (si la clause a prévu un versement selon une périodicité mensuelle). C'est ce que rappelle cet arrêt du 11 mars.

Une salariée avait donné sa démission le 20 juillet 2009. L'employeur avait alors décidé de la dispenser d'exécuter son préavis conventionnel d'un mois tout en le rémunérant. Pendant les mois de juillet et août 2009, il lui avait donc versé la rémunération habituelle. Ce n'est qu'à compter du mois de septembre qu'il a commencé à verser la contrepartie mensuelle prévue par la clause de non-concurrence.

Trop tardif, a jugé la Cour de cassation : la salariée pouvait prétendre au versement de la contrepartie dès son départ effectif de l'entreprise. La contrepartie était donc exigible dès le mois de juillet.

Levée tardive de la clause de non-concurrence

En cas de renonciation tardive, l'employeur doit verser la totalité de la contrepartie dès lors que le salarié a respecté la clause

L'indemnité compensatrice de l'interdiction de concurrence est acquise, sans que le salarié qui a respecté son obligation ait à invoquer un préjudice, dès lors que l'employeur n'a pas renoncé au bénéfice de celle-ci dans le délai requis.

Cass. soc., 9 juin 2015, n° 13-27.899 F-D

Lorsque l'employeur **renonce** unilatéralement à la clause de non-concurrence **sans respecter** les **délais** impartis par les dispositions contractuelles, cette renonciation est **inopérante**, de sorte que l'employeur reste tenu de verser la **totalité de la contrepartie** financière, sauf s'il parvient à justifier la violation de l'interdiction par le salarié. C'est ce principe que vient rappeler la Cour de cassation dans cet arrêt (v. déjà en ce sens *Cass. soc.*, 8 juillet 1992, n° 89-41.409 ; *Cass. soc.*, 13 septembre 2005, n° 02-46.795).

En l'espèce, la clause de non-concurrence accordait à l'employeur un délai de renonciation de 15 jours suivant la notification de la rupture. La salariée avait notifié une prise d'acte de la rupture de son contrat par lettre recommandée dont l'employeur avait accusé réception le 4 septembre 2009. Le délai de renonciation prenait donc fin, d'après les juges du fond, le 19 septembre suivant. Mais ce n'est que le 27 octobre que l'employeur avait décidé de la délier de son obligation. Estimant que la renonciation à la clause de non-concurrence était intervenue hors délai, la salariée réclamait le paiement de la contrepartie financière prévue au contrat.

Cette demande a été rejetée par la cour d'appel. Les juges du fond ont effet estimé que si le retard dans la levée de la clause avait nécessairement entraîné un préjudice, le montant de la réparation devait rester cantonné à **250 €**, faute pour la salariée d'avoir démontré qu'elle avait manqué une possibilité d'embauche entre le 19 septembre 2009 (fin du délai de renonciation) et le 27 octobre 2009 (jour de la levée de la clause par l'employeur).

La Cour de cassation ne partage pas cet avis : lorsque l'employeur n'a pas renoncé à la clause de non-concurrence dans le délai requis, la **contrepartie financière** reste **intégralement due** au salarié ayant respecté son obligation, **sans** qu'il ait à **prouver** un quelconque **préjudice**.

Montant de la contrepartie

Montant progressif – Le caractère dérisoire de la contrepartie s’apprécie sur l’ensemble de la période de versement

En jugeant dérisoire la contrepartie financière, alors que la clause contractuelle prévoyait une indemnisation du salarié sur une période de 12 mois à hauteur de 25 % de son salaire, et que c’est au regard de ces stipulations qu’elle aurait dû apprécier le caractère éventuellement dérisoire de la contrepartie financière prévue, la cour d’appel a violé l’article 1134 du Code civil.

Cass. soc., 21 janvier 2015, n° 13-25.349 F-D

Une clause de non-concurrence interdisait à un technico-commercial toute activité dans le négoce de matériaux, de bois et de travaux publics, pendant 12 mois, dans un rayon de 50 km autour des agences où il avait travaillé au cours des deux dernières années. Au titre de la contrepartie financière, la clause prévoyait une **contrepartie progressive** égale à 1/10^e de la rémunération mensuelle les trois premiers mois, 2/10^e les trois mois suivants, 3/10^e les trois autres mois et enfin 4/10^e les trois derniers mois. La cour d’appel avait jugé cette clause nulle estimant que la contrepartie prévue au cours des **neuf premiers mois** était manifestement **dérisoire** au regard de la restriction à laquelle était soumis le salarié.

La Cour de cassation censure la **méthode d’analyse** des juges du fond. Le caractère dérisoire du montant de la contrepartie financière doit en effet s’apprécier au regard de l’**indemnisation globale** versée sur toute la période d’application de la clause de non-concurrence, et non pas mensuellement par mensualité. En l’occurrence, à la fin des 12 mois, le montant moyen mensuel de la contrepartie équivalait à **25 % du salaire**. C’est ce pourcentage final qui aurait donc dû être examiné par les juges du fond pour statuer sur le caractère dérisoire ou non de la contrepartie au regard du champ de l’interdiction de concurrence imposée au salarié.

Indirectement, cet arrêt semble valider le procédé consistant à fixer des **mensualités variables et progressives**, destinées à inciter le salarié à respecter l’obligation jusqu’au terme prévu.

Calcul de la contrepartie en cas de suspension du contrat de travail

Dès lors que la clause de non-concurrence prévoyait le versement par l’employeur d’une indemnité forfaitaire égale à un pourcentage de la rémunération mensuelle moyenne perçue au cours des 12 derniers mois d’exécution du contrat de travail, la cour d’appel a exactement retenu que, le contrat de travail ayant été suspendu du 14 février au 3 novembre 2008, la rémunération à prendre en compte pour le calcul de l’indemnité de non-concurrence était celle des 12 mois précédant le 14 février 2008.

Cass. soc., 8 avril 2015, n° 13-22.513 F-D

En l’espèce, le contrat de travail d’un salarié comportait une clause de non-concurrence assortie d’une contrepartie forfaitaire mensuelle égale à 30 % de la **rémunération mensuelle moyenne** perçue au cours des **12 derniers mois d’exécution du contrat**.

Or, le salarié avait été placé en **arrêt de travail** pour maladie du **14 février au 31 octobre 2008**, puis licencié

pour inaptitude le 24 décembre suivant. Logiquement, les juges du fond, suivis par la Cour de cassation, en déduisent que la **rémunération** à prendre en compte pour le calcul de l’indemnité de non-concurrence était celle des **12 mois précédant le 14 février 2008**, le contrat ayant été suspendu à partir de cette date jusqu’au 3 novembre (date de la première visite médicale mettant fin à la suspension du contrat de travail).

Clause de non-concurrence « en sommeil »

Le salarié peut réclamer le paiement de la contrepartie après la rupture

Seul le salarié peut se prévaloir de la nullité de la clause de non-concurrence. Dès lors qu’il était constaté que le salarié, qui faisait valoir qu’il n’avait pas été délié de son obligation de non-concurrence dans le délai requis par la convention collective, avait respecté la clause de non-concurrence, la cour d’appel a violé les articles 1134 et 1147 du Code civil en le déboutant de sa demande de paiement de la contrepartie, au motif que la clause était nulle.

Cass. soc., 19 novembre 2014, n° 13-21.788 F-D

La jurisprudence sanctionne par la **nullité** les **clauses** de non-concurrence dites « en sommeil », clauses que l’employeur se réserve la **faculté d’activer ou non** au moment de la rupture (Cass. soc., 12 février 2002, n° 00-41.765 ; Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-47.136).

En l’espèce, la lettre d’engagement du salarié comportait une clause de non-concurrence, mais il était également mentionné ceci : « **Dans l’hypothèse** où notre société **ferait jouer** la **clause** de non-concurrence l’indemnité qui vous serait versée sera celle prévue par la convention collective ». Il s’agissait donc bien d’une clause en sommeil.

Bien que l’employeur n’ait pas indiqué souhaiter faire jouer la clause à son égard, le salarié l’avait respectée après la rupture du contrat de travail et avait donc réclamer le paiement de la contrepartie prévue.

Les juges du fond l’avaient débouté : la clause était nulle et ne pouvait donc donner lieu à contrepartie. Le salarié ne formulait par ailleurs **aucune demande** de dommages-intérêts fondée sur le respect d’une **clause nulle, aucune indemnisation** ne lui avait en définitive été accordée.

La Cour de cassation a censuré l’arrêt d’appel, rappelant en premier lieu que **seul le salarié** peut se prévaloir de la **nullité** de la clause (Cass. soc., 20 janvier 2010, n° 08-44.436 ; Cass. soc., 28 avril 2011, n° 09-68.114 ; Cass. soc., 3 juin 2015, n° 13-18.514 F-D).

Elle poursuit en précisant que puisque le salarié n’avait **pas été délié de cette clause** et en avait respecté les termes, il n’aurait pas dû être débouté de sa demande de **paiement de la contrepartie** financière.

Il en résulte qu’en présence d’une clause de non-concurrence en sommeil, le salarié peut, après la rupture, soit en **réclamer l’exécution** et donc le paiement de la contrepartie, soit en **réclamer l’annulation** et le paiement de dommages-intérêts, ce qui au final reviendra à obtenir dans l’un ou l’autre cas un montant d’indemnisation sensiblement identique.