Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

3 | 2018

La participation des travailleurs dans la grande entreprise privée et publique

Renonciation aux clauses de non-concurrence

Pauline Fleury

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/rdctss/1929>

DOI : 10.4000/rdctss.1929

ISSN : 2262-9815

Éditeur

Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2018

Pagination : 174-177

ISSN : 2117-4350

Référence électronique

Pauline Fleury, « Renonciation aux clauses de non-concurrence », *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* [En ligne], 3 | 2018, mis en ligne le 01 novembre 2021, consulté le 12 novembre 2021. URL : <http://journals.openedition.org/rdctss/1929> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rdctss.1929>

Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

PAULINE FLEURY

COMPTRASEC-UMR CNRS 5114, UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

RENONCIATION AUX CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

En réaction à la jurisprudence de 2002 exigeant une contrepartie financière comme condition de validité des clauses de non-concurrence, des clauses de renonciation aux clauses de non-concurrence sont apparues de manière quasi-systématique dans les contrats de travail. De cette façon, les employeurs se réservent la possibilité de ne pas avoir à payer l'indemnité de non-concurrence si, à la fin de la relation de travail, la clause de non-concurrence ne présente plus d'intérêt pour eux. Face à ce mécanisme, difficile d'admettre que les clauses de non-concurrence sont réellement stipulées « dans l'intérêt de chacune des parties au contrat de travail ». En effet, en présence d'une clause de renonciation, l'indemnité de non-concurrence inscrite dans le contrat de travail du salarié dépend de la seule volonté de l'employeur. Dès lors, la jurisprudence encadre ces possibilités de renonciation unilatérale aux clauses de non-concurrence, en exigeant que celles-ci soient contractuellement ou conventionnellement prévues et qu'elles interviennent dans un délai raisonnable afin de garantir une certaine prévisibilité au salarié. C'est sur cette question du délai de renonciation que la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu un arrêt le 21 mars 2018.

En l'espèce, le contrat de travail de la salariée comprenait une clause de non-concurrence accompagnée d'une clause de renonciation stipulant que l'employeur se réservait le droit de « libérer le salarié » de l'engagement de non-concurrence dans un délai maximal de 30 jours suivant la fin effective du travail (fin du préavis effectué ou début du préavis non effectué). Après avoir démissionné le 13 janvier 2011, la salariée était tenue par un préavis de 3 mois qu'elle a interrompu en cessant le travail le 28 février 2011. A la suite de cela, l'employeur a renoncé à la clause de non-concurrence le 6 avril de la même année. Après avoir saisi la juridiction prud'homale puis interjeté appel, la salariée s'est pourvue en cassation, estimant que le délai de renonciation de 30 jours avait comme point de départ la cessation effective du travail et que par conséquent, l'employeur avait renoncé à la clause de manière tardive. Elle soutenait également avoir eu l'accord de son employeur pour cesser le travail en cours de préavis, mais sans en apporter la preuve. Dans cet arrêt du 21 mars 2018, la Cour de cassation valide la décision de Cour d'appel en considérant que l'employeur n'avait pas dispensé la salariée de son préavis de 3 mois, et qu'en conséquence la renonciation en cours de préavis était valable.

Par cet arrêt publié, la chambre sociale se prononce pour la première fois sur un cas de renonciation à une clause de non-concurrence pendant un préavis de démission qui n'a pas été exécuté du fait du salarié. Bien qu'il s'agisse d'un cas particulier, la solution de la Cour de cassation est intéressante d'une part parce que celle-ci se justifie en l'espèce par le manquement de la salariée à ses obligations (I) et d'autre part cette solution vient confirmer, dans sa portée, le caractère abusif des clauses de renonciation (II).

I - UNE SOLUTION JUSTIFIÉE PAR LE MANQUEMENT DE LA SALARIÉE À SES OBLIGATIONS

Comme il a été dit précédemment, la faculté de renonciation aux clauses de non-concurrence par les employeurs ne peut s'exercer sans égard pour les intérêts des

salariés, puisque la jurisprudence considère depuis 2002 que ces clauses sont stipulées dans l'intérêt des deux parties au contrat. Dès lors, le salarié « doit connaître exactement, au moment de la rupture, sa situation dans la mesure où les prévisions contractuelles ont porté, lors de la conclusion du contrat, sur la réduction de sa liberté de travailler en contrepartie d'une indemnité financière »¹.

En l'espèce, il peut ainsi apparaître critiquable au premier abord d'autoriser la levée de la clause de non-concurrence par l'employeur. En effet, la salariée avait quitté le travail depuis plus d'un mois et restait donc dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travail. Par ailleurs, les arguments développés dans le moyen au pourvoi relevaient d'une certaine logique au regard de la rédaction de la clause contractuelle de renonciation. Cette dernière accordait à l'employeur un délai de 30 jours pour renoncer à la clause de non-concurrence suivant « la fin effective du travail ». A partir de là, il aurait été possible de considérer que le point de départ du délai de renonciation correspondait au 28 février, date à laquelle la salariée avait effectivement cessé le travail et quitté l'entreprise. Néanmoins, ce n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation, et cela s'explique par un élément non négligeable, à savoir que la salariée, en quittant son travail en cours de préavis, avait manqué à ses obligations contractuelles. En effet, un salarié commet une faute en décidant, unilatéralement, de cesser d'exécuter son préavis sans dispense de la part de son employeur. Il aurait été alors discutable de la part des juges de cassation d'admettre que la salariée pouvait, unilatéralement et par un manquement à ses obligations contractuelles, réduire son préavis et par la-même le délai de renonciation de l'employeur à la clause de non-concurrence.

Il en aurait été très certainement différemment si la salariée avait pu apporter la preuve que l'employeur avait effectivement donné son accord pour qu'elle quitte le travail en cours de préavis. Les juges auraient effectivement pu l'interpréter comme une dispense de préavis. Dans ce cas, la jurisprudence considère que l'employeur 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 solution semble ainsi dépendre de l'accord de l'employeur en matière de dispense de préavis, ce qui ressort clairement des propos de la chambre sociale dans l'arrêt du 21 mars 2018 qui précise bien que l'employeur n'avait pas dispensé la salariée de son préavis de trois mois. En conséquence, le départ de la salariée de l'entreprise n'étant dû qu'à son propre fait, cela ne pouvait pas avoir d'impact sur le délai de renonciation à la clause de non-concurrence.

Finalement, rapportée au cas d'espèce, la solution n'est pas pleinement critiquable en ce qu'elle se justifie par le manquement de la salariée à ses obligations. La Cour juge logiquement que la salariée ne pouvait pas, seule et par sa faute, avancer le point de départ du délai de renonciation à la clause de non-concurrence. Cependant la critique se centre plutôt sur ce qu'implique cette solution, dans sa portée, en ce qu'elle accepte une renonciation en cours de préavis. Cet arrêt de la Cour de cassation met ainsi en lumière le caractère abusif des clauses de renonciation aux clauses de non-concurrence.

1 G. Loiseau, « La clause de renonciation à une clause de non-concurrence, une clause abusive qui s'ignore », *SSL*, 2018, n° 1810, p. 9

II - UNE SOLUTION CONFIRMANT LE CARACTÈRE ABUSIF DES CLAUSES DE RENONCIATION

Dès l'instant où les clauses de renonciation aux clauses de non-concurrence ont vu le jour, elles suscitèrent la critique. Certains auteurs considèrent que ces clauses sont abusives en ce qu'elles permettent à l'employeur de lever, seul, une clause contractuelle bénéficiant aux deux parties. Dans leur principe même, ces clauses semblent créer une forme de déséquilibre entre les droits des parties au contrat. Mais plus encore, ce sont les solutions jurisprudentielles en matière de renonciation aux clauses de non-concurrence qui renforcent le déséquilibre. Cela se vérifie notamment dans l'arrêt commenté.

En effet, dans cet arrêt du 21 mars 2018, la chambre sociale maintient la différence effectuée par la jurisprudence entre une renonciation à la clause de non-concurrence en cas de préavis travaillé et en cas de préavis dispensé. Comme nous l'avons vu précédemment, en cas de dispense de préavis, l'employeur ne peut renoncer à la clause de non-concurrence qu'au jour de la dispense, et donc du départ effectif du salarié de l'entreprise. Or, il n'en va pas de même en cas de préavis travaillé, ou du moins en cas de préavis dû par le salarié, comme il est possible de le constater en l'espèce. La Cour a effectivement considéré que la renonciation en cours de préavis était valable, bien que la salariée ait quitté l'entreprise. Par conséquent, il ressort de cette solution qu'en cas de démission sans dispense de préavis, l'employeur dispose de toute la durée du préavis pour renoncer à la clause de non-concurrence. Peu important d'ailleurs que le salarié ait cessé le travail, à partir du moment où ce préavis était dû.

Or, cette différence se justifie-t-elle ? Pourquoi considérer le fait que l'employeur dispense ou non le salarié d'effectuer son préavis peut avoir un impact sur le délai dont il dispose pour renoncer à la clause de non-concurrence ? Que le salarié ait quitté l'entreprise immédiatement ou qu'il continue de travailler durant son préavis, il se situe dans tous les cas dans une situation de recherche d'emploi, pour laquelle il doit connaître l'étendue de sa liberté de travail.

Par ailleurs en l'espèce, s'il y avait eu dispense de préavis par l'employeur, la clause contractuelle, prévoyant un délai de 30 jours après le départ du salarié de l'entreprise pour renoncer à la clause de non-concurrence, aurait été neutralisée par les juges. Or, cela ne semble pas être le cas lorsque le préavis est dû par le salarié, bien que la Cour de cassation ne réponde pas à cette question dans l'arrêt du 21 mars 2018. En effet, la seule question qui lui était posée était de savoir si l'employeur pouvait lever la clause de non-concurrence en cours de préavis, alors même que la salariée avait arrêté le travail depuis plus d'un mois. Les juges de cassation ont ainsi pu se contenter de répondre par l'affirmative, sans avoir à se prononcer sur la validité de la clause contractuelle qui prévoyait la possibilité de renoncer à la clause de non-concurrence durant 30 jours à la suite du départ effectif du salarié, donc postérieurement à l'expiration du préavis.

La question reste donc en suspend. Le délai de renonciation contractuellement prévu aurait-il réellement vocation à s'appliquer en cas de préavis travaillé ? La Cour de cassation aurait-elle admis une renonciation postérieure à l'expiration du préavis ? Bien qu'elle ne se soit pas prononcée sur ce point, il est souhaitable que la Haute juridiction n'admette pas ce type de renonciation tardive. Cela reviendrait en effet à laisser le salarié dans une forte situation d'incertitude quant à l'étendue de son employabilité et de ses revenus. De plus, cela créerait une rupture d'égalité encore plus forte entre le salarié qui s'est vu dispenser de préavis et celui qui doit l'exécuter. Pour le premier, les juges invalideraient

la clause prévoyant un délai de renonciation postérieur à son départ de l'entreprise, puisqu'il est de jurisprudence constante que l'employeur doit renoncer à la clause au jour de la dispense du préavis. Tandis que pour le second, il resterait dans l'incertitude quant à son obligation de respect de la clause de non-concurrence et quant au bénéfice de la contrepartie afférente durant toute la durée du préavis, puis éventuellement durant un délai postérieur à son départ de l'entreprise. Pour reprendre les propos de Marie-Noëlle Rouspide-Katchadourian, dans ce cas, « l'atteinte portée à la liberté du travail est d'autant plus importante ; l'incertitude générée par la clause pèse déjà sur le salarié pendant toute la période d'exécution du préavis »². Une telle rupture d'égalité entre les salariés, reposant seulement sur la volonté de l'employeur de dispenser ou non le salarié d'exécuter son préavis, serait alors totalement illogique. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par le professeur Jean Mouly, qui voit dans les clauses de non-concurrence une forme de contrat d'assurance³.

Cet arrêt rendu en 2018 fait ainsi ressurgir certaines interrogations sur la cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux clauses de renonciation. Finalement, la véritable critique se situe sur la question de la prévisibilité pour le salarié. En l'espèce la solution se justifiait certes par le manquement de la salariée à ses obligations qui ne pouvait avoir d'impact sur le délai de renonciation, mais elle laisse entrevoir une absence d'harmonisation des solutions jurisprudentielles suivant que le salarié ait été ou non dispensé de préavis. Or, tout salarié, peu important sa situation ou la manière dont son contrat prend fin, doit pouvoir savoir, au jour de son départ de l'entreprise, dans quelle situation il se trouve. Que le salarié soit ou non dispensé de préavis, il serait souhaitable de considérer que la renonciation ne peut intervenir que jusqu'au jour de la rupture du contrat de travail. Cela conduirait à invalider toute clause contractuelle ou conventionnelle permettant une renonciation postérieure au départ effectif du salarié de l'entreprise.

Certains auteurs vont jusqu'à proposer d'interdire tout simplement les clauses de renonciation aux clauses de non-concurrence. Celles-ci semblent présenter un caractère abusif, créant un déséquilibre significatif entre les droits des parties. Le salarié « subit donc le poids de la clause qui peut, le cas échéant, déterminer certaines de ses décisions – comme celle de ne pas quitter l'entreprise compte tenu de la restriction pesant sur son employabilité – alors qu'il ne sera peut-être pas débiteur de l'obligation et créancier de l'indemnité compensatoire »⁴. Cependant, une telle solution ne paraît pas inscrite à l'ordre du jour de la Cour de cassation. Cette dernière semble considérer que le salarié doit pouvoir retrouver pleinement sa liberté de travail si cela est possible, or c'est finalement l'objet de la clause de renonciation à la clause de non-concurrence. Celle-ci peut en effet apparaître comme une forme de libération du salarié, qui ne se trouve plus tenu, à la fin de la fin de la relation de travail, par une obligation de non-concurrence. Néanmoins, cette clause, qui peut être considérée comme potestative, permet aussi et surtout à l'employeur de s'affranchir de l'obligation de payer une contrepartie financière au salarié à la fin du contrat de travail, dès lors que la clause de non-concurrence ne présente plus d'intérêt pour l'entreprise.

2 M.-N. Rouspide Katchadourian, « Non-respect de préavis et délai de renonciation à la clause de non-concurrence », *JCP S*, 2018, 1183.

3 J. Mouly, « Illicéité des stipulations permettant à l'employeur de renoncer à la clause de non-concurrence après le départ effectif du salarié », *Droit social* 2013, p. 455.

4 G. Loiseau, *op. cit.*