

# Les bonnes pratiques en matière de levée de la clause de non-concurrence (notamment) suite à l'arrêt du 21 janvier 2015 rendu par la Cour de cassation



Par Déborah Attali, associée,

La clause de non-concurrence, dont l'objet est avant tout d'assurer la protection des intérêts de l'employeur en limitant les possibilités d'emploi de son ancien salarié moyennant finance, est l'un des mécanismes juridiques les plus prisés dans les contrats de travail des salariés destinés, en principe, à être en contact direct avec les «secrets» de l'employeur, tels que les secrets de fabrication, et donc susceptibles, à la suite de la rupture de leur contrat de travail, de rejoindre la concurrence.

Toutefois, parce qu'elle apporte une restriction à la liberté du travail, la clause de non-concurrence doit être justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace et comporter une contrepartie pécuniaire, ces trois conditions étant cumulatives<sup>1</sup>.

La dernière condition est celle qui, en pratique, emporte le plus de conséquences car, outre le fait que le défaut de référence expresse dans la rédaction de la clause de non-concurrence constitue une cause de nullité de ladite clause<sup>2</sup>, la contrepartie financière sera nécessairement due à partir du moment où l'employeur ne va pas se délier de cet engagement à l'égard de son salarié.

Or, dans bien des situations, une clause de non-concurrence va sembler justifiée au moment de l'embauche d'un salarié que l'employeur pensait prometteur, pour finalement perdre en intérêt, notamment lorsque le salarié est licencié pour insuffisance professionnelle. Ainsi, dans bien des situations, la clause de non-concurrence ne va plus apparaître comme nécessaire à l'employeur au moment de la rupture du contrat de travail.

Comme dans bien des domaines du droit social, les juges ne sont pas cléments avec l'employeur. Si la clause de non-concurrence n'est pas convenablement levée (1) et au bon moment (2), l'indemnité sera due à l'ancien salarié si ce dernier entend la respecter.

## 1. Comment l'employeur peut-il renoncer à la mise en œuvre de la clause de

### non-concurrence qu'il a contractée avec son salarié ?

Chaque employeur se doit d'apporter un soin tout à fait particulier à la rédaction de la clause de non-concurrence mentionnée dans le contrat de travail de son salarié. Il doit notamment prévoir expressément la possibilité de renoncer unilatéralement à la mise en œuvre de la clause. La Cour de cassation est formelle à ce sujet : à défaut de mention expresse dans le contrat de travail, l'employeur ne peut renoncer unilatéralement à la mise en œuvre de la clause de non-concurrence<sup>3</sup> et devra en conséquence préalablement recueillir, pour ce faire, l'accord du salarié<sup>4</sup>.

Ensuite, l'employeur qui souhaite se désengager de la clause de non-concurrence qui le lie à son salarié doit avertir ledit salarié de ce qu'il l'en libère.

En effet, la renonciation à la clause de non-concurrence ne se présume pas<sup>5</sup> et ne peut, à titre d'exemples, résulter de la formule «libre de tout engagement» mentionnée dans une lettre adressée à un salarié postérieurement à la rupture de son contrat de travail<sup>6</sup> ou sur son certificat de travail<sup>7</sup>, ou résulter d'une disposition d'un plan de sauvegarde de l'emploi qui stipule que «la clause de non-concurrence sera systématiquement levée afin de faciliter la recherche d'emploi des salariés licenciés<sup>8</sup>».

Enfin, le désengagement de l'employeur de cette clause doit, selon nous, intervenir par écrit et ce, d'une part, parce que de nombreuses conventions collectives, telle celle des VRP, imposent un écrit à l'employeur qui souhaite se désengager et, d'autre part, parce que la rédaction de la clause de non-concurrence dans le contrat de travail peut également prévoir que la levée d'une telle clause doit se faire par écrit.

Dans ces hypothèses, l'employeur devra donc porter une attention particulière aux exigences de forme imposées, car certaines conventions collectives ou certains contrats de travail imposent l'envoi d'une lettre de renonciation à la clause de non-concurrence distincte de la lettre de licenciement<sup>9</sup>.

1. Notamment Cass. Soc. 10 juillet 2002, n° 99-43.336 (trois arrêts).

2. Sauf à ce que la convention collective vienne prévoir la contrepartie : Cass. Soc. 16 mars 2012, n° 11-10.760.

3. Cass. Soc. 28 novembre 2001, n° 99-46.032, Cass. Soc. 4 juin 1998, n° 95-41.832.

4. Notons toutefois que lorsque la convention collective prévoit une faculté de renonciation unilatérale de l'employeur à la clause de non-concurrence, le contrat de travail peut occulter cette mention à la condition de se référer expressément à la convention collective applicable : Cass. Soc. 28 mars 2007, n° 06-40.293.

5. Cass. Soc. 13 octobre 1988, n° 85-43.261, Cass. Soc. 7 juillet 1988, n° 85-44.

6. Cass. Soc. 8 juin 2011, n° 10-12.736.

7. Cass. Soc. 25 octobre 1995, n° 93-45.442.

8. Cass. Soc. 23 octobre 2008, n° 07-41.650.

9. Cass. Soc. 7 mars 2012, n° 10-17.712.

10. Voir note n° 5.



Notons qu'en l'absence de dispositions conventionnelles, l'écrit est, selon nous, également nécessaire, d'une part, parce que la renonciation à la clause de non-concurrence doit être explicite et non équivoque<sup>10</sup> et, d'autre part, parce que cette renonciation n'est opposable au salarié qu'à compter du moment où l'employeur produit la preuve de ce qu'il a renoncé à la clause de non-concurrence<sup>11</sup>.

## 2. A quel moment l'employeur peut-il renoncer à la mise en œuvre de la clause de non-concurrence qu'il a contractée avec son salarié ?

Première hypothèse : ni le contrat de travail ni la convention collective applicable ne prévoient de délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence.

Celle-ci doit intervenir au moment du licenciement<sup>12</sup> du salarié (le même raisonnement s'applique, selon nous, en cas de démission).

Si le salarié n'est pas dispensé de préavis, cette levée de la clause de non-concurrence pourra être mentionnée dans la lettre de licenciement (sauf si une lettre distincte est exigée) avec effet au terme du délai de préavis<sup>13</sup>.

Si le salarié est dispensé de préavis, la levée de la clause de non-concurrence doit intervenir au plus tard à la date du départ effectif du salarié de l'entreprise<sup>14</sup>. La levée de la clause de non-concurrence sera également mentionnée dans la lettre de licenciement dispensant le salarié de son préavis, sauf exigence d'une lettre distincte.

Notons enfin qu'en cas de prise d'acte, la Cour de cassation impose à l'employeur qui souhaite se désengager de la clause de non-concurrence de l'indiquer à son salarié dans un «délai raisonnable» qui court à compter de la réception par l'employeur de la notification de la prise d'acte de la rupture du salarié<sup>15</sup>. En cas de résiliation judiciaire, aucune décision n'est venue juger ce point, mais il nous semble que l'employeur qui souhaite se désengager de la clause de non-concurrence doit également l'indiquer à son salarié dans un «délai raisonnable» qui court, dans ce cas, à compter de la date du jugement prononçant la résiliation judiciaire.

Seconde hypothèse : le contrat de travail ou la

convention collective applicable prévoit un délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence.

Dans cette hypothèse, l'employeur serait tenté de croire qu'il lui suffit de respecter scrupuleusement les délais imposés pour se délier de la clause de non-concurrence.

Cela n'est qu'en partie exact, comme le démontre l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2015.

En effet, la plupart des situations ne posent pas de problème : un licenciement pour faute grave fait courir le délai au moment de la notification du licenciement<sup>16</sup> ; une résiliation judiciaire fait courir le délai à compter de la date du jugement prononçant la résiliation<sup>17</sup> ; une rupture conventionnelle fait courir le délai à compter de la date de rupture fixée par la convention<sup>18</sup>.

Quid toutefois d'un licenciement où l'employeur dispense le salarié de tout ou partie de son préavis ? Dans son arrêt en date du 21 janvier 2015<sup>19</sup>, la Cour de cassation a affirmé son principe selon lequel le salarié doit être avisé par son employeur de ce qu'il le libère de la clause de non-concurrence au plus tard à la date de son départ effectif de l'entreprise au détriment des stipulations contractuelles pourtant applicables.

En l'espèce, l'employeur avait dispensé son salarié de préavis, mais entendait respecter les dispositions contractuelles qui lui laissaient un délai d'un mois à compter de la noti-

fication du licenciement pour lever la clause de non-concurrence.

C'est donc sur ce point que la Cour de cassation entend attirer toute l'attention des employeurs. Tout comme elle l'avait déjà jugé dans le cadre de la démission avec dispense de préavis<sup>20</sup>, l'employeur doit informer le salarié de ce qu'il le libère de sa clause de non-concurrence au plus tard à la date de son départ effectif de l'entreprise, et, ce, peu importe les stipulations contractuelles ou les dispositions qui laisseraient un délai à l'employeur.

Prudence donc, car comme dans le cas d'espèce, le paiement de la contrepartie de la clause de non-concurrence devra être versé au salarié, si celui-ci entend la respecter, bien entendu. ■



et Grégoire Hervet, Eversheds

11. Cass. Soc. 10 juillet 2013, n° 12-14.080.
12. Cass. Soc. 13 juillet 2010, n° 09-41.626, Cass. Soc. 22 septembre 2010, n° 05-45.341.
13. Cass. Soc. 4 décembre 1991, n° 90-40.309.
14. Cass. Soc. 16 mai 1990, n° 87-40.904.
15. Cass. Soc. 13 juin 2007, n° 04-42.740 et Cass. Soc. 25 mars 2010, n° 08-42.302.
16. Cass. Soc. 14 octobre 2009, n° 08-44.052.
17. Cass. Soc. 6 mai 2009, n° 07-44.692.
18. Cass. Soc. 29 janvier 2014, n° 12-22.116.
19. Cass. Soc. 21 janvier 2015, n° 13-24.471.
20. Cass. Soc. 13 mars 2013, n° 11-21.150.