

Mars / N°140

CLAUDE DE NON-CONCURRENCE ET NON-RESPECT DU PREAVIS : QUEL DELAI DE RENONCIATION POUR L'EMPLOYEUR ?

Lorsqu'un contrat de travail prévoit une clause de non-concurrence, l'employeur est en droit de renoncer à son application, par exemple s'il estime que le salarié qui le quitte ne sera pas en mesure de le concurrencer. Surtout, cette renonciation lui permet d'échapper au paiement de l'indemnité compensatrice obligatoire qui doit être prévue dans la clause de non-concurrence.

Cette faculté de renonciation doit être expressément prévue par la clause car à défaut, l'employeur ne pourra y renoncer qu'avec l'accord du salarié. Evidemment, cette renonciation ne peut se faire que dans un certain délai, lui aussi prévu par la clause ou la convention collective.

Dans une nouvelle affaire examinée par la Cour de cassation, une salariée, chargée de projet, contestait la possibilité pour son employeur de renoncer à sa clause de non-concurrence.

La clause litigieuse prévoyait que *la société se réserve le droit de libérer le salarié de l'interdiction de concurrence ou d'en réduire la durée en informant par écrit le salarié dans le délai maximal de 30 jours qui suivra la fin effective du travail (fin du préavis effectué ou début du préavis non effectué). Mais quel point de départ faut-il retenir dans le cas où la salariée a cessé d'elle-même d'exécuter son préavis, sans solliciter ni obtenir l'accord de son employeur ?*

En effet, la salariée, soumise à un délai de préavis de 3 mois (étant cadre), a démissionné le 13 janvier. Son préavis expirait donc le 13 avril, date à partir de laquelle son employeur aurait normalement eu 30 jours pour renoncer – ou non

– à la clause de non-concurrence. Mais la salariée a finalement cessé de travailler le 28 février, n'exécutant ainsi pas son préavis de sa propre initiative, et sans l'accord de son employeur.

Alors que l'employeur décide finalement, le 6 avril, de lui notifier sa renonciation à la clause de non-concurrence, la salariée considère qu'il n'était plus dans les temps pour y renoncer. Pour elle, la fin effective de son travail était le 28 février puisque c'est à cette date qu'elle a cessé de travailler et partant, l'employeur aurait dû renoncer à la clause dans les 30 jours suivant cette date, soit au plus tard le 28 mars.

Dans les cas classiques de dispense de préavis par l'employeur, la jurisprudence considère que la levée de la clause de non concurrence doit obligatoirement intervenir avant le départ effectif du salarié, peu important l'existence d'un délai différent prévu dans le contrat de travail ou la convention collective¹. Mais dans ce cas d'espèce, la salariée ayant mis fin à son préavis, cette solution reviendrait à l'autoriser à raccourcir unilatéralement la durée du préavis et, de fait, le délai global dont disposait l'employeur pour renoncer à la clause.

La Cour de cassation a donc logiquement débouté la salariée de ses demandes, considérant que **l'employeur avait renoncé à la clause de non concurrence « en cours de préavis » et donc dans le délai prévu par le contrat de travail**. Elle précise que *l'employeur n'avait pas dispensé la salariée de l'exécution de son préavis*. Par conséquent, la salariée, en cessant le travail sans l'accord de son employeur, se trouvait en situation d'absence non autorisée mais son préavis continuait à courir, tout comme la possibilité pour l'employeur de renoncer à la clause de non concurrence jusqu'à l'expiration du préavis.

Soc. 21 mars 2018 n° 16-21.021

¹ Soc. 21 janvier 2015 n° 13-24471

BUDGET DU COMITE D'ENTREPRISE : UN REVIREMENT IMPORTANT !

Par deux arrêts en date du 7 février dernier, la **Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence attendu en raison d'un fort contentieux concernant la détermination de la masse salariale servant au calcul du budget de fonctionnement du Comité et à celui des activités sociales et culturelles.**

Depuis une décision de 2011, la Cour de cassation considérait que la masse salariale servant au calcul à la fois de la subvention de fonctionnement et de la contribution aux activités sociales et culturelles versées par l'employeur correspondait aux postes « *rémunération du personnel* » définis par le compte 641 du plan comptable général.

Cependant, cette référence au compte 641 du plan comptable général ne correspondait pas à l'assiette de calcul communément adoptée par les entreprises qui se référaient plutôt à la déclaration annuelle de données sociales (DADS), laquelle est plus restrictive que le compte 641.

Ceci explique l'existence d'un fort contentieux sur cette question. Au fil de sa jurisprudence, la Cour de cassation a finalement soustrait plusieurs éléments de ce compte 641 et donc de l'assiette servant de base de calcul aux subventions, ce qui a fragilisé la cohérence de cette référence au plan comptable.

La rémunération des dirigeants sociaux a ainsi été exclue de l'assiette, tout comme les remboursements de frais et les indemnités dues au titre de la rupture du contrat de travail autres que les indemnités légales et conventionnelles de licenciement et les indemnités de retraite². Par la suite, ce sont les indemnités transactionnelles pour leur montant supérieur aux indemnités légales et conventionnelles qui ont été exclues³.

Face à l'insécurité juridique provoquée par ce contentieux et à la multiplication des exceptions faites à l'application du compte 641, la Cour de cassation a donc décidé d'abandonner cette référence et de revoir complètement la question de l'assiette des subventions dues au comité d'entreprise sur la base de la masse salariale.

Est donc abandonné, par ces deux arrêts, la référence au compte 641 du plan comptable au profit de la notion de *gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale*.

Le constat opéré par les juges est sans appel : *l'évolution de la jurisprudence [...] conduit à priver de pertinence le recours à ce compte 641.*

La Cour de cassation, pose désormais pour principe que, *sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la subvention de fonctionnement comme de la contribution aux activités sociales et culturelles, s'entend de la masse salariale brute constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale.*

La Cour de cassation précise également que les sommes attribuées au titre d'un accord d'intéressement ou de participation ne sont pas incluses dans la masse salariale, puisqu'il ne s'agit pas d'une rémunération ni d'une somme soumise à cotisations de sécurité sociale.

Sont également exclues de l'assiette les provisions sur congés payés et les rémunérations versées aux salariés mis à disposition dès lors qu'ils ne sont pas rémunérés par l'entreprise d'accueil. Les dépenses éventuellement engagées par le comité d'entreprise de l'entreprise utilisatrice en leur faveur doivent d'ailleurs être remboursées par leur employeur.

Avec le passage progressif au Comité Social et Economique (CSE) d'ici 2020, la question ne devrait plus se poser car le nouvel article L.2315-61 du Code du travail prévoit justement que la masse salariale brute est constituée par l'ensemble des gains et rémunérations soumis à cotisations de sécurité sociale, à l'exception des indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Il est cependant cocasse de savoir que cette disposition intégrait à l'origine les sommes versées aux salariés en application d'un accord d'intéressement ou de participation, avant d'être supprimé par la loi de ratification des ordonnances.

Soc. 7 février 2018 n° 16-24231 et n°16-16086

« *La lettre des cadres* » n°140 - Imprimée par la CFTC Cadres
128, avenue Jean Jaurès 93697 PANTIN CEDEX
Courriel : ugica@cftc.fr CPPAP n° 1007 S 06214
Directeur de la publication : Brigitte de Château-Thierry.
Rédacteur concepteur : Thomas Panouillé

² Soc. 20 mai 2014, n° 12-29142

³ Soc. 31 mai 2016 n° 14-25942