



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° E2510960	
Décision attaquée : 14 novembre 2024 de la cour d'appel de Grenoble	

La société Upergy C/ Mme [E] [N] épouse [S]	
Gilles Charbonnier, avocat général	AVIS de l'avocat général

FAITS ET PROCÉDURE

Madame [E] [S] a été embauchée en qualité de gestionnaire de clientèle le 23 mars 2009 par la société VDI Group, devenue Upergy.

Son contrat de travail stipulait une clause de non-concurrence avec possibilité pour l'employeur de l'en libérer sous condition de la prévenir par écrit dans un délai de 15 jours suivant la notification de la rupture du contrat de travail.

Le 9 mars 2020, la salariée a démissionné de son poste.

Le 22 avril 2020, l'employeur l'a informée de la levée de la clause de non concurrence.

Considérant cette renonciation tardive, Madame [E] [S] a sollicité le paiement par l'employeur de la contrepartie financière à la clause, ce que ce dernier a refusé.

Elle a donc saisi la juridiction prud'homale qui, par jugement du 4 juillet 2022, l'a déboutée de ses demandes puis la cour d'appel qui, par arrêt du 14 novembre 2024, a infirmé le précédent jugement et, entre autres dispositions, a condamné l'employeur à lui payer diverses sommes à titre de rappel d'indemnité compensatrice de non-concurrence et des congés payés afférents.

C'est la décision contre laquelle la société Upergy a formé un pourvoi.

POURVOI

Cette dernière reproche en effet à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé le jugement déferé et de l'avoir condamnée à verser à la salariée notamment des sommes au titre de la contrepartie financière de la clause de non concurrence et des congés payés afférents alors que :

1°) l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 « *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période* » s'applique aux « *délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus* » ;

- qu'elle concerne en son article 2 « *tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement* » et en son article 5 les délais contractuels de résiliation et dénonciation des conventions ; qu'elle dispose à cet égard que « *Lorsqu'une convention ne peut être résiliée que durant une période déterminée ou qu'elle est renouvelée en l'absence de dénonciation dans un délai déterminé, cette période ou ce délai sont prolongés s'ils expirent durant la période définie au I de l'article 1er, de deux mois après la fin de cette période* » ;

- qu'en l'espèce, la société, pour résister à la demande de la salariée en paiement de l'indemnité contractuelle de non concurrence, se prévalait de « *la prorogation des délais contractuels* », expressément édictée par l'article 5 de cette ordonnance, et soutenait à cette fin que la clause de non concurrence moyennant contrepartie financière souscrite dans le contrat de travail la liant à la salariée, assortie d'un délai de levée de 15 jours à compter de la rupture, avait la nature « *d'une convention* » qui « *ne (pouvait) être résiliée que durant une période déterminée* » au sens de l'article 5 de l'ordonnance du 25 mars 2020 précitée ;

- que pour la condamner au paiement de cette contrepartie, la cour d'appel a énoncé que « *L'employeur invoque de manière inopérante les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 entrée en vigueur le 27 mars 2020, soit postérieurement à l'expiration du délai contractuel pour lever la clause de non-concurrence mais avec une application rétroactive à compter du 12 mars 2020 dans la mesure où même dans cette première version du texte, la prorogation de délai ne pouvait manifestement s'appliquer à un droit à renonciation de nature contractuelle tel que stipulé par la clause litigieuse* » ;

- qu'en statuant de la sorte quand l'employeur se prévalait, à titre principal, des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance prévoyant la prorogation des délais contractuels de résiliation et non de son article 2, la cour d'appel, qui a dénaturé ses conclusions, a méconnu l'interdiction faite au juge de dénaturer les écrits qui lui sont soumis ;

2°) aux termes de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 : « *Lorsqu'une convention ne peut être résiliée que durant une période déterminée ou qu'elle est renouvelée en l'absence de dénonciation dans un délai déterminé, cette période ou ce délai sont prolongés s'ils expirent durant la période définie au I de l'article 1er, de deux mois après la fin de cette période* » ;

- que dans ses écritures d'appel, la société faisait valoir, à titre principal, que la clause de non concurrence insérée au contrat de travail de la salariée, stipulant à sa charge, moyennant une contrepartie financière qui lui serait versée, un engagement à durée déterminée de ne pas travailler pour une entreprise concurrente, destiné à recevoir application dès la rupture du contrat de travail, et à laquelle seule une manifestation de

volonté de l'employeur notifiée à la salariée dans les quinze jours de la rupture pouvait mettre un terme, avait la nature d'une « *convention ne [pouvant] être résiliée que durant une période déterminée* » au sens de ces dispositions légales (conclusions de la société §III-1-A p.5 et 6) ;

- que pour la condamner cependant au paiement de cette contrepartie, la cour d'appel a énoncé d'une part que « *L'employeur invoque de manière inopérante les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 entrée en vigueur le 27 mars 2020, soit postérieurement à l'expiration du délai contractuel pour lever la clause de non concurrence mais avec une application rétroactive à compter du 12 mars 2020 dans la mesure où même dans cette première version du texte, la prorogation de délai ne pouvait manifestement s'appliquer à un droit à renonciation de nature contractuelle tel que stipulé par la clause litigieuse [...]* » et d'autre part, que l'employeur « *n'établit pas davantage que les conditions de la force majeure étaient réunies jusqu'au 22 avril 2020 dans des conditions de nature à avoir suspendu son obligation contractuelle dans la mesure où le critère de l'irrésistibilité n'est manifestement pas rempli* » ;

- qu'en se déterminant aux termes de tels motifs, impropres à écarter le bénéfice, revendiqué par l'employeur, de la suspension des délais contractuels de résiliation édictée par l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de ces dispositions, ensemble des articles 1101 et 1103 du code civil ;

3°) aux termes de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 : « *Lorsqu'une convention ne peut être résiliée que durant une période déterminée ou qu'elle est renouvelée en l'absence de dénonciation dans un délai déterminé, cette période ou ce délai sont prolongés s'ils expirent durant la période définie au I de l'article 1er, de deux mois après la fin de cette période* », soit, selon son article 1er, « *entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus* » ;

- qu'une clause contractuelle de non concurrence moyennant contrepartie financière, qui crée à la charge de l'employeur et du salarié des obligations réciproques destinées à s'exécuter de manière autonome après la rupture du contrat de travail, et à laquelle l'employeur peut mettre fin par une manifestation de volonté exprimée dans les quinze jours de cette rupture, a la nature d'une « *convention ne [pouvant] être résiliée que durant une période déterminée* » au sens de ces dispositions légales ; que dès lors, le délai dans lequel devait être exercée la faculté de résiliation, offerte à l'employeur par la clause de non concurrence stipulée dans le contrat de travail de la salariée et permettant à l'employeur de « *se décharger de l'indemnité prévue ci-dessus en libérant le salarié de l'interdiction de concurrence sous condition de prévenir l'intéressé par écrit dans les 15 jours qui suivent la notification de la rupture du contrat de travail* », qui devait expirer le 24 mars 2020, quinze jours après la démission de la salariée donnée le 9 mars, avait été prolongé jusqu'au 23 août 2020, de sorte que la levée de la clause de non concurrence notifiée par l'employeur le 22 avril 2020 était régulière et devait produire ses effets ;

- qu'en décidant le contraire, et en condamnant la société au paiement de la contrepartie financière de la clause de non concurrence ainsi résiliée, la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé derechef l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, ensemble les articles 1101 et 1103 du code civil.

DISCUSSION

L'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 a été prise au visa de la loi du 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de la COVID 19.

Prenant en considération la désorganisation provoquée par la pandémie et par le confinement qui en a résulté, elle a prévu la prorogation de certains délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et l'adaptation des procédures pendant cette même période.

Le pourvoi pose la question de l'application de ses dispositions à une clause contractuelle prévoyant le délai pendant lequel un employeur pouvait renoncer à l'application d'une clause de non-concurrence mise à la charge d'un salarié.

Pour y répondre, il convient tout d'abord de rappeler le régime applicable aux clauses de non-concurrence (1), avant d'examiner les dispositions de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 invoquées (2), et d'en tirer les conséquences pour la solution du litige (3).

1. Le régime de la clause de non-concurrence (CNC)

Les CNC visent à empêcher un salarié qui a acquis un savoir-faire, une expérience dans certains domaines précis ou encore, qui a exercé des responsabilités lui ayant donné accès à des informations stratégiques sur la société dans laquelle il travaille, d'exercer, après la rupture de son contrat de travail, des fonctions équivalentes chez un concurrent ou à son propre compte.

Une de leurs caractéristiques, c'est qu'elles portent atteinte à deux libertés fondamentales constitutionnellement garanties ¹, la liberté d'entreprendre et la liberté du travail, au nom d'une troisième : la liberté contractuelle, qui a également une valeur constitutionnelle ².

Toutefois, si l'existence des CNC est admise, et depuis longtemps ³, cette particularité, ainsi que le fait qu'elles sont mises en oeuvre après la rupture du contrat de travail, ont conduit la jurisprudence, dans le silence de la loi, à les encadrer strictement.

1.1 Les conditions de validité de la CNC

Cinq conditions doivent être cumulativement réunies pour qu'une CNC soit considérée comme régulière. Ainsi, elle doit :

- être inscrite dans le contrat de travail ou prévue par la convention collective applicable,
- être justifiée par les intérêts légitimes de l'entreprise ⁴,
- être limitée dans le temps et dans l'espace,
- tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié,
- comporter le versement par l'employeur d'une contrepartie financière ⁵.

1.2 Le caractère synallagmatique de la CNC

Vous avez rappelé avec constance que « *la clause de non-concurrence était stipulée aussi bien en faveur de l'employeur que du salarié en raison de sa contrepartie pécuniaire* » ⁶, établissant ainsi son caractère synallagmatique.

1.2.1 La CNC impose une obligation réciproque

- pour le salarié, de ne pas se mettre au service de la concurrence de son employeur devenu ex-employeur suite à la rupture du contrat de travail pendant le temps prévu par la clause ;
- pour l'employeur, de verser une contrepartie financière qui est le prix de l'engagement du salarié à respecter la CNC.

Il est à noter que cette contrepartie a un caractère salarial et non indemnitaire.

Elle n'a pas vocation à réparer un préjudice. Elle est due... même si objectivement, il n'y a aucun préjudice subi [7](#).

Comme le relève le professeur Charles Edouard Bucher (références dans la note en bas de page n°3 supra page 5), « *considérée comme un complément de salaire, (elle) est donc imposable et entre dans le calcul de l'indemnité compensatrice de congés payés* » [8](#).

1.2.2 L'employeur peut toutefois renoncer à la CNC

Mais la jurisprudence a strictement encadré cette faculté de renonciation.

A) L'employeur ne peut ainsi renoncer unilatéralement à la mise en oeuvre de la CNC pour se libérer de son obligation de verser sa contrepartie financière.

Cette possibilité doit être inscrite dans le contrat de travail ou prévue par la convention collective applicable [9](#) ou acceptée par le salarié.

Si tel est le cas, l'employeur est en outre tenu de respecter la procédure qui y est mentionnée pour que sa renonciation soit considérée comme valable et qu'ainsi, il soit dispensé du paiement de sa contrepartie financière [10](#).

B) un délai de renonciation doit également être prévu :

Car ainsi que vous l'avez relevé [11](#), en reprenant une jurisprudence bien établie, « *le salarié ne pouvant être laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler, la clause par laquelle l'employeur se réserve la faculté, après la rupture, de renoncer à la clause de non-concurrence à tout moment au cours de l'exécution de celle-ci doit être réputée non écrite* ».

Vous avez également précisé :

* dans cette même décision qu' « *en l'absence de disposition conventionnelle ou contractuelle fixant valablement le délai de renonciation par l'employeur à la CNC, celui-ci ne peut être dispensé de verser la contrepartie financière de cette clause que s'il libère le salarié de son obligation de non-concurrence au moment du licenciement* »;

** dans des décisions ultérieures, que cette libération devait intervenir au moment où le salarié quitte effectivement l'entreprise, afin de prendre en compte des situations particulières comme le licenciement avec dispense de préavis [12](#) et encore, le licenciement pour inaptitude [13](#), ou la date de rupture prévue par la convention de rupture conventionnelle [14](#).

Conséquence logique : suivant une jurisprudence constante ¹⁵, toute renonciation de l'employeur qui interviendrait après le délai de rétractation prévu est inopérante.

En toute hypothèse, le non-paiement par l'employeur de l'indemnité compensatrice, sauf usage régulier du délai de rétractation prévu par le contrat de travail ou par la convention collective applicable, libère le salarié de son obligation.

A l'inverse, le salarié qui ne respecte pas la CNC, même temporairement, perd définitivement son droit à contrepartie financière ¹⁶.

2. Les dispositions pertinentes de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020

La survenance en France de la pandémie de la COVID 19, fin 2019 - début 2020, a conduit les autorités de l'Etat à prendre des mesures rapides et exceptionnelles.

L'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois, toute mesure pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020 et relevant du domaine de la loi.

C'est sur le fondement de cette habilitation qu'ont été prises vingt cinq ordonnances dans différents secteurs menacés de désorganisation du fait de la pandémie, dont l'ordonnance n° 2020-306 « *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période* ».

C'est cette dernière qui est concernée par le présent pourvoi.

Elle prévoit :

2.1 Article 1.I

que les dispositions de prorogation des délais prévues par l'ordonnance « *sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expiront entre le 12 mars 2020 et l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 22 mars 2020 susvisée* » (article 1.I) ;

2.2 Article 2

que « *tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1er sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois.*

Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit ».

A compter du 17 avril 2020, ont été rajoutées à cet article les dispositions suivantes :

« *Le présent article n'est pas applicable aux délais de réflexion, de rétractation ou de renonciation prévus par la loi ou le règlement, ni aux délais prévus pour le remboursement*

de sommes d'argent en cas d'exercice de ces droits.

Cette modification de l'article 2 a un caractère interprétatif ».

2.3 article 5

que « *lorsqu'une convention ne peut être résiliée que durant une période déterminée ou qu'elle est renouvelée en l'absence de dénonciation dans un délai déterminé, cette période ou ce délai sont prolongés s'ils expirent durant la période définie au I de l'article 1er, de deux mois après la fin de cette période* ».

3. Les conséquences au niveau du pourvoi

3.1 La clause de non concurrence de l'espèce

L'article 16 du contrat de travail prévoyait une CNC à la charge de la salariée avec en corollaire, s'agissant de l'indemnité compensatrice à la charge de l'employeur, les dispositions suivantes :

« En contrepartie de cette obligation de non concurrence et pendant toute sa durée, le salarié percevra une indemnité mensuelle égale à 33 % de la moyenne mensuelle des appointements, ainsi que des avantages et gratifications contractuels dont le salarié aura bénéficié au cours de ses 12 derniers mois de présence dans l'établissement.

La société VDI Group (devenue Upergy) pourra se décharger de l'indemnité prévue ci-dessus en libérant le salarié de l'interdiction de concurrence sous condition de prévenir l'intéressé par écrit dans les 15 jours qui suivent la notification de la rupture du contrat de travail ».

3.2 La rupture du contrat de travail et ses conséquences

Il est constant que la salariée a présenté sa démission le 9 mars 2020.

Par conséquent, le délai de rétractation de l'employeur, d'une durée de 15 jours aux termes de la clause contenue dans le contrat, expirait le 24 mars 2020, soit dans le créneau « à partir du 12 mars 2020 » prévu par l'article 1.I de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020.

Cette dernière a donc bien vocation à s'appliquer à l'espèce.

3.3 Sur les première et troisième branches réunies du moyen

L'article 5 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 prévoit une extension de période ou une prorogation de délai « *lorsqu'une convention ne peut être résiliée que durant une période déterminée ou qu'elle est renouvelée en l'absence de dénonciation dans un délai déterminé* ».

En l'espèce, l'acte concerné n'est pas une résiliation de convention mais simplement une rétractation de l'employeur d'une CNC prévue dans le contrat de travail le liant à la salariée.

La doctrine, abondamment citée par Monsieur le rapporteur (notamment pages 5 et 6 de son rapport), va très clairement dans ce sens.

Il en est de même pour la circulaire du 26 mars 2020 du ministère du travail d'application de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 qui dispose : « *L'article 5 permet à la partie qui n'aurait pas pu résilier un contrat ou s'opposer à son renouvellement dans le délai imparti en raison de l'épidémie de covid-19, de bénéficier d'un délai supplémentaire pour le faire* ».

Ce texte, notamment la référence à « *la partie qui n'aurait pas pu résilier un contrat* » et les exemples donnés par la circulaire, qui ne vise que des résiliations de contrats et non de dispositions de contrats, conduisent à considérer que contrairement à ce que soutient l'employeur, sa rétractation ne saurait être assimilée à une résiliation de contrat entrant dans le champ de l'article 5.

Par ailleurs, l'article 1122 du code civil dispose que « *la loi ou le contrat peuvent prévoir (...) un délai de rétractation qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement* ».

Ce dont le professeur Mustapha MEKKI (cité par Monsieur le rapporteur dans son rapport page 8) déduit que « *la rétractation (...) ne peut être analysée comme une forme de résiliation. La rétractation se rapporte au consentement et non au contrat* ».

Dès lors, l'employeur ne peut se prévaloir de l'article 5 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 pour justifier la prolongation du délai contractuel.

Il ne peut donc reprocher à la cour d'appel ni une dénaturation de ses conclusions dès lors que ces dernières étaient sans portée ni une violation de la loi.

Par conséquent, la première et la troisième branche du moyen doivent être, selon moi, rejetées.

3.4 Sur la deuxième branche du moyen

L'article 5 de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 n'étant pas applicable, la seule disposition utile vers laquelle se reporter est l'article 2.

Dès lors que cet article s'applique à « *tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou publication prescrit par la loi ou le règlement* », c'est à juste titre que la cour d'appel a considéré qu'il n'était pas applicable à l'espèce, le droit à renonciation à la CNC de l'employeur ayant une nature contractuelle et n'étant pas, pour reprendre la lettre du texte, « *prescrit par la loi ou le règlement* ».

C'est ce que souligne sans ambiguïté la circulaire du 26 mars 2020 du ministère du travail d'application de l'ordonnance n°2020-306 du 25 mars 2020 déjà mentionnée : « *L'alinéa 1er (de l'article 2 de l'ordonnance) ne vise que les actes prescrits « par la loi ou le règlement » et les délais « légalement impartis pour agir* ». Et de préciser : « *Les échéances contractuelles doivent toujours être respectées* ». Cette lecture, claire et nette, est d'ailleurs rappelée dans une autre circulaire du ministère du travail, celle du 26 mars 2020, d'application de l'ordonnance n°2020-304 du 25 mars 2020 « *portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété* » [17](#).

Ainsi, contrairement à ce que soutient la deuxième branche du moyen, la cour d'appel a parfaitement tiré les conclusions de ses constatations et a donc donné à sa décision une

base légale.

Le délai de rétractation prévu par le contrat de travail ne pouvait être prorogé, ni sur le fondement de l'article 5 ni sur celui de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020.

La rétractation de l'employeur ayant été notifiée le 22 avril 2020, alors que le délai contractuel expirait, ce qui n'est pas contesté, le 24 mars 2020, l'employeur, hors délai, ne pouvait que verser l'indemnité compensatrice à la CNC prévue par le contrat ainsi que les congés payés afférents.

Je conclus au rejet de la deuxième branche du pourvoi et donc, au rejet du pourvoi.

¹ Conseil Constitutionnel, 16 janvier 1982, n° 81132 DC et 27 mars 2014, n° 2014-692 DC

² Conseil Constitutionnel, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC

³ Dès le second Empire, (Soc, req 5 juillet 1865, DP 1865, 1, page 425) ainsi que le rappelle le professeur Charles Edouard Bucher (Jurisclasseur, fascicule n° 122, 14 mai 2024).

⁴ Soc, 14 mai 1992, n° 8945300

⁵ Soc, 10 juillet 2002, n° 0045135, 0045387, 9943334, 9943335 et 9943336

⁶ Soc, 28 novembre 2001, n° 9946032

⁷ Soc, 26 mai 1988, Bull civ, V, n° 318

⁸ Soc, 23 juin 2010, n° 0870233

⁹ Soc, 17 février 1993, D1993, 347

¹⁰ Soc, 11 mars 2015, n° 1322257 ; Soc, 3 juillet 2024, n° 2217452

¹¹ Soc, 13 juillet 2010 n° 0941626

¹² Soc, 22 juin 2011, n° 0968762

¹³ Soc, 29 avril 2025, n° 2322191

¹⁴ Soc, 29 janvier 2014, n° 1222116

¹⁵ Soc, 17 novembre 1988, Bull civ, V, n° 607

¹⁶ Soc, 24 janvier 2024, n° 2220926

¹⁷ Faisant référence à l'alinéa 1 de l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020, cette circulaire rappelle que « *seuls les délais prescrits par la loi ou le règlement sont prorogés* » .