

# à la une

## Département : SOCIAL

*Depuis une série d'arrêts du 10 juillet 2002, la Cour de cassation est revenue à maintes reprises apporter des précisions diverses et variées sur la clause de non-concurrence. La dernière en date, une décision du 7 mars 2007 (Cass. Soc., n°05-45.511), remet en cause la validité de certaines clauses de non-concurrence.*

*Cet arrêt est l'occasion pour la « Une » en social de ce mois d'avril de faire le point sur la clause de non-concurrence et plus particulièrement sur les dernières évolutions jurisprudentielles relatives à sa contrepartie financière.*

### Le thème du mois : La contrepartie financière des clauses de non-concurrence

La clause de non-concurrence a pour objet de protéger les intérêts de l'entreprise après le départ d'un salarié, en interdisant à ce dernier d'exercer une activité directement concurrente à celle de l'employeur qu'il quitte, que ce soit pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers.

Une telle interdiction heurte de plein fouet la liberté du travail dont bénéficie tout salarié. C'est pourquoi, la Cour de cassation s'est appliquée à encadrer ces clauses, afin de faire cohabiter les droits de chacun.

Dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour de cassation, revenant à la fois sur le montant et les modalités de paiement de l'indemnité de non concurrence, a jugé « que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi ; que son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture » (Cass. Soc. 7 mars 2007, n°05-45.511).

#### I – Rappel des conditions de validité de la clause de non concurrence

La clause doit remplir les conditions cumulatives suivantes :

- être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise,
- être limitée dans le temps et dans l'espace,
- tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et ne pas empêcher ce dernier d'exercer normalement son activité propre,
- comporter une contrepartie financière. C'est cette indemnité qui est le plus souvent source de jurisprudence depuis les arrêts de 2002 qui en ont fait une condition de validité de la clause (Cass. Soc. 10 juillet 2002, n°00-45.387 ; 99-43.334 ; 00-45.135). Cette condition s'impose de façon rétroactive aux clauses conclues antérieurement.

La Cour de cassation a jugé que seul le salarié peut soulever la nullité de la clause de non-concurrence (Cass. Soc. 25 janvier 2006, n°04-43.646).

« *Le respect par le salarié d'une clause de non-concurrence illicite lui cause nécessairement un préjudice dont il appartient au juge d'apprécier le montant* » (Cass. Soc. 15 novembre 2006, n°04-46.721).

« *Il incombe à l'employeur qui s'oppose à la demande en paiement de dommages-intérêts [pour nullité de la clause de non concurrence] de prouver que le salarié n'a pas respecté cette clause* » et non l'inverse (Cass. Soc. 22 mars 2006, n°04-45.546).

#### II – Montant de la contrepartie financière

Le montant de la contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence doit nécessairement être fixé à l'avance et peut prendre la forme d'un montant forfaitaire ou d'un pourcentage du salaire brut du salarié.

Certaines conventions collectives prévoient des « pourcentages » et modalités précises qui doivent être respectés. Quand bien même la convention collective applicable n'imposerait pas de montant précis, les juges du fond apprécient au cas par cas le caractère dérisoire ou non de la contrepartie. Une contrepartie dérisoire équivaut à une absence de contrepartie (Cass. Soc. 15 novembre 2006, précité).

En règle générale, la contrepartie varie entre 15% et 50% du salaire mensuel brut si la contrepartie est versée mensuellement.

Dans l'affaire, à l'origine de l'arrêt du 7 mars 2007, la Cour était confrontée à un contrat de travail comportant « une clause de non-concurrence d'une durée de deux ans pour une ancienneté supérieure à cinq ans qui stipulait : *"cette clause correspond à 7 % de votre salaire et se trouve incluse dans votre fixe et dans les taux de commissions exprimés ci-dessus"* ».

La salariée licenciée avait respecté l'obligation de non concurrence avant de saisir le Conseil de prud'hommes d'une demande de dommages et intérêt pour nullité de la clause.

En jugeant que le montant de la contrepartie ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat, la Cour interdit désormais les majorations de salaire qui font nécessairement dépendre le montant des sommes versées de l'ancienneté du salarié et non de l'importance et/ou de la durée de l'interdiction à laquelle il doit faire face lors de son départ de l'entreprise.

#### III – Paiement de la contrepartie financière

*II - 1. Quid des simples « avances » mensuelles en cours de contrat au titre de la contrepartie financière (par nature éventuelle, l'employeur pouvant toujours renoncer à appliquer la clause) par ailleurs déterminée dans son montant final ?*

L'arrêt du 7 mars 2007 interdit purement et simplement tout paiement par anticipation au cours de l'exécution du contrat contrairement à ce qui était auparavant admis (Cass. Soc. 19 juin 1991, n°87-43.488 ; Cass. Soc. 13 mai 2003, n°01-40.340).

Les clauses existantes ayant eu recours à ces modalités de versement sont désormais nulles. Les employeurs qui souhaitent maintenir une obligation de non concurrence sur leurs salariés devront donc signer avec les intéressés un avenant au contrat de travail comportant une clause conforme à ce revirement de jurisprudence.

Dans l'arrêt du 7 mars 2007, on apprend que l'employeur avait été débouté par la Cour d'appel de sa demande en remboursement de la contrepartie de la clause de non concurrence. Bien que la Cour de cassation ne se soit pas prononcée sur ce point, la décision d'appel est confirmée par le rejet du pourvoi.

Il semble donc, compte tenu de ce revirement de jurisprudence que les sommes d'ores et déjà versées par anticipation, en cours d'exécution du contrat, soient perdues pour l'employeur.

Etant précisé que le paiement ne peut être différé à la fin de la période de non concurrence (Cass. Soc. 2 mars 2005, n°03-42.321), il en ressort, en résumé, que la contrepartie ne peut être versée qu'au cours de la période de non-concurrence, ni avant, ni après.

Au final, les solutions posées par la Cour de cassation sont logiques car, au-delà de la stricte terminologie utilisée dans les arrêts (« *montant [qui] ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat* » et « *paiement [ne pouvant] intervenir avant la rupture* »), ce que dénonce la chambre sociale est le caractère artificiel d'une indemnité de non-concurrence qui serait incluse dans le salaire.

L'inclusion d'une indemnité de non concurrence dans le salaire d'activité, et même une apparente adjonction par le biais d'une mention distincte sur les bulletins de paie, équivalent à une absence de rémunération spécifique de la clause de non concurrence. L'interdiction de concurrence est une contrainte spécifique qui débute après la rupture et c'est au moment où cette contrainte est exercée que sa contrepartie doit être versée.

## II – 2. Quid des conditions posées au paiement ?

Il est tout d'abord rappelé que le salarié est « présumé » respecter son obligation, ce qui interdit de subordonner le paiement à la production par le salarié de justificatifs en ce sens (CA Poitiers, 15 juin 2004, n°02-3586).

La Cour de cassation est également venue préciser plusieurs situations particulières dans lesquelles la contrepartie devait être versée.

Notamment, la clause ne peut subordonner le versement à certains modes de rupture du contrat de travail. La clause de non concurrence ne peut refuser la contrepartie au salarié licencié pour faute grave (Cass. Soc. 28 juin 2006, n°05-40.990), ou prévoir qu'elle n'est due qu'en cas de rupture à l'initiative de l'employeur (Cass. Soc. 31 mai 2006, n°04-44.598) ou du salarié (Cass. Soc. 27 février 2007, n°05-44.984).

Dès lors que le salarié est tenu à une obligation de non concurrence, il a droit à l'indemnité de non concurrence, peu importe le mode de rupture du contrat de travail et peu importe qu'il retrouve immédiatement un autre emploi non concurrentiel, cesse toute activité ou soit déclaré inapte (Cass. Soc. 13 juillet 2005, n°03-44.975). Cette solution est logique car l'indemnité de non concurrence rémunère une sujétion post-contractuelle ; la nature et les circonstances de la rupture sont donc indifférentes dès lors que cette sujétion existe. En revanche, rien ne s'oppose, sur le plan des principes, à ce que l'obligation de non concurrence elle-même (et donc sa contrepartie financière pour le salarié) soit limitée à certains modes de rupture. Une telle obligation serait toutefois absurde sur le plan de l'efficacité de la clause.

## II – 3. Quid des facultés de renonciation à l'application de la clause de non concurrence par l'employeur ?

Ne reste pour l'employeur qui souhaite finalement ne pas verser la contrepartie que la solution de renoncer à l'application de la clause :

- dans les conditions éventuellement prévues par la clause elle-même ou la convention collective applicable ou, à défaut, dès la notification du licenciement. A défaut, la contrepartie reste due, au moins pour la période pendant laquelle le salarié a respecté son obligation (Cass. Soc. 13 septembre 2005, n°02-46.795) ;
- ou que les parties conviennent d'un commun accord dans le cadre d'une transaction signée postérieurement à la rupture, que l'employeur renonce à la clause de non-concurrence. A défaut, si rien de tel n'est prévu dans la transaction, la contrepartie financière restera due au salarié (Cass. Soc. 5 avril 2006, n°03-47.802).

Sans renoncer à l'application de la clause, une transaction, en l'espèce « *un accord transactionnel constaté par un procès-verbal de conciliation* », peut également être l'occasion de convenir lors de la rupture du contrat de travail d'appliquer « une clause de non concurrence distincte, dans certaines de ses modalités, de celle qui était insérée au contrat de travail ». La Cour de cassation, appelée à statuer sur une telle situation, a jugé, après avoir interprété les termes ambigus de la transaction, que la contrepartie financière pouvait valablement être comprise dans l'indemnité transactionnelle forfaitaire convenue entre les parties (Cass. Soc. 24 janvier 2007, n°04-43.121).

## Attention aux clauses de mobilité

La clause de mobilité, lorsqu'elle est prévue au contrat de travail, permet, sans que cela constitue une modification du contrat, de modifier le lieu de travail du salarié. Le refus du salarié peut justifier son licenciement.

En principe, leur contenu est libre, sauf disposition conventionnelle régissant l'éloignement ou le délai de prévenance du salarié.

Un arrêt de 2004 (Cass. Soc. 19 mai 2004, n°02-43.252) avait amorcé un contrôle accru de la Cour quant à la précision de la rédaction de ces clauses : « *la cour d'appel qui a relevé d'une part l'absence de limite dans laquelle la mutation du salarié pouvait intervenir et d'autre part que la clause prévoyait que tout refus du salarié emporterait la rupture du contrat de travail, a pu décider la nullité de cette clause* ».

En 2006, la position de la jurisprudence s'est encore durcie :

Dans une première affaire (Cass. Soc. 7 juin 2006, n°04-45.846), une clause de mobilité prévoyait « *la nature commerciale de votre fonction implique la mobilité géographique de votre poste, dans la zone d'activité de l'AIAC Alsace-Lorraine et qui pourra, le cas échéant, être étendue en cas d'extension d'activité* ». Par suite d'une fusion, la zone d'activité de la société s'est étendue jusqu'à la région PACA où l'employeur a voulu muter le salarié, avant de le licencier pour cause de refus. La Cour a jugé « *qu'une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application et qu'elle ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée* ».

Cette position est réaffirmée, de façon encore plus sévère car dans un contexte de moindre éloignement, dans un deuxième arrêt (Cass. Soc. 12 juillet 2006, n°04-45.396). La clause de la salariée prévoyait que des « *évolutions dans l'organisation de l'entreprise pourront amener cette dernière à modifier tant l'établissement que le bureau de rattachement* ». La salariée exerçait son activité à Folelli (Corse) et était rattachée à un établissement d'Ajaccio (Corse). Elle été licenciée après avoir refusé une mobilité à Corte (Corse). Pour casser l'arrêt d'appel qui avait débouté la salariée de ses demandes, la Cour rappelle « *qu'une clause de mobilité doit définir de façon précise sa zone géographique d'application* ».

Dans un troisième arrêt (Cass. Soc. 20 décembre 2006, n°05-42.224), la Cour aurait pu de même constater la nullité de la clause compte tenu de son imprécision car « *le contrat de travail précisait que le lieu de travail était Soissons, avec possibilité pour l'employeur de muter la salariée dans un autre établissement de l'entreprise* ». Toutefois, l'employeur en avait fait une application particulière en imposant à la salariée de partager son temps de travail entre deux établissements éloignés de 50 kilomètres l'un de l'autre. C'était l'occasion pour la Cour de préciser que « *la clause de mobilité ne permettait pas à l'employeur d'imposer à la salariée un partage de son temps de travail entre plusieurs établissements* ».

## Déclaration et de paiement des cotisations URSSAF

Une circulaire Acooss (2007-36) du 15 février 2007 précise les dispositions de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 qui impose aux entreprises (ou établissements d'une même entreprise) dont les cotisations Urssaf ont dépassé le seuil de 7 millions d'euros une année n, de payer leurs cotisations l'année suivante par virement uniquement (article L. 243-14 du Code de la sécurité sociale). A défaut, l'entreprise sera redevable d'une majoration de 0,2% du montant payé par tout autre moyen.

Le même article impose une déclaration sociale électronique à l'Urssaf à partir d'un certain seuil de cotisations versées au titre de l'année précédente. Cette obligation s'applique aux entreprises redevables de :

- plus de 800.000€ de cotisation en 2006 : sur les rémunérations versées à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2007,
- plus de 400.000€ de cotisation en 2007 : sur les rémunérations versées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008,
- plus de 150.000€ de cotisation en 2008 (et au-delà) : sur les rémunérations versées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009.

**CONTACTS :**  
**Denis AGRANIER - Patricia TALIMI – Stéphane BURTHE**  
Avocats associés  
Département Droit social