

LE JUGE PEUT-IL MODIFIER LE MONTANT DE LA REMUNERATION D'UNE OBLIGATION DE NON-CONCURRENCE ?

1. La modification de la clause de non-concurrence par le juge

Depuis les 3 arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 10 juillet 2002, imposant notamment, à peine de nullité de la clause de non-concurrence, sa rémunération par la société, certains principes juridiques, essentiels à sa mise en œuvre, peuvent être rappelés.

Lorsque la **convention collective** appliquée ou applicable dans l'entreprise prévoit les modalités de détermination de la clause de non concurrence, aucun problème ne se pose réellement quant à la valorisation de cette rémunération.

(A cet égard, il est rappelé que la rémunération de la clause de non concurrence a la nature de salaire et est soumise aux charges sociales et à l'impôt sur le revenu).

Toutefois, lorsque la convention collective n'impose aucune rémunération, et- a fortiori -ne précise aucune modalité de calcul pour cette contrepartie financière,(ce qui est le cas à ce jour dans la majorité des conventions collectives), il appartient à l'employeur et au salarié de **convenir contractuellement** et par écrit du montant de cette rémunération.

La jurisprudence a, au fil des années, reconnu au bénéficiaire des juges du fond un pouvoir de **contrôle** de la clause (validité ou nullité) et, depuis quelques années, le pouvoir de **modifier** les termes même de la clause de non concurrence :

Dans le cadre du contrôle de la validité de la clause, les juges doivent apprécier :

- **l'existence** et la **légitimité** des **intérêts** de l'entreprise, protégés par la clause ;

Cette légitimité doit être appréciée tant au regard de la réalité des activités de l'entreprise qu'au regard des fonctions et de l'expérience du salarié concerné.

- la **limitation** dans le **temps** et **l'espace** du périmètre de la non concurrence.

La Cour de cassation reconnaît au juge du fond, lorsque celui-ci estime qu'il existe un intérêt légitime pour l'entreprise à insérer la clause de non concurrence dans le contrat de travail, mais que le périmètre de l'interdiction est excessif pour le salarié concerné (en particulier pour retrouver un nouvel emploi compatible avec ses formation et expérience) un **pouvoir modérateur** qui lui permet de **modifier judiciairement** certains éléments de l'interdiction initialement convenue.

Ainsi, dans un arrêt du 18 septembre 2002, les juges ont restreint le périmètre de non-concurrence aux seuls clients que le salarié avait apportés à son employeur, alors que ce salarié, qui exerçait des fonctions commerciales, avait signé une clause lui interdisant d'aller travailler dans une société exerçant des activités concurrentes et similaires (limitation à 2 ans dans 2 départements français).

La Cour de cassation a considéré que « *le juge, en présence d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail, même indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, peut, lorsque cette clause ne permet pas au salarié d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle, en restreindre l'application en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* »
(Cass. Soc. 18 septembre 2002, Bull Civ V, n° 272).

2. Vers un contrôle judiciaire du montant de la contrepartie financière ?

Se pose alors la **question** de savoir, même si la Cour de cassation ne semble autoriser le juge qu'à restreindre ou limiter le champ de la clause, si les juges du fond pourront **réviser à la hausse** la rémunération qui aura été initialement convenue entre l'employeur et le salarié, si ce dernier venait, après son départ de l'entreprise, à trouver cette rémunération trop faible au regard de ses renoncements à concurrence.

Dans ces conditions et en l'absence de barème défini par une convention collective, la rémunération de la clause de non concurrence (une des conditions de sa validité) devient une matière fort sensible.

Du reste, lorsque la convention collective ne prévoit aucun régime quant aux modalités et conditions permettant unilatéralement à l'employeur de délier le salarié de sa clause de non concurrence lors de son entrée en vigueur, il est essentiel pour l'employeur de se réserver cette faculté lors de la signature de cette clause, en **définissant précisément** les **formalités** et **délais** selon lesquels l'employeur pourra délier le salarié de son obligation et, ce faisant, se soustraire au paiement de la rémunération correspondante..

Cela étant, les juges ont eu à connaître de la situation des salariés tenus par une clause de non-concurrence sans contrepartie financière (donc nulle depuis les arrêts du 10 juillet 2002) mais licenciés avant que n'aient été rendus lesdits arrêts.

La Cour de cassation a reconnu un droit à dédommagement du salarié qui a respecté une clause de non concurrence alors que celle-ci n'était pas rémunérée et ce, quoique cette clause ait été signée avant que n'aient été rendus les arrêts du 10 juillet 2003.

(Cass.soc. 7 janvier 2003 Pourvoi n° 00-46476 inédit et 18 mars 2003 pourvoi n° Q 00- 46-358 Dazy c/ Sarl Net O Sol, inédit).

Dans cette hypothèse, il revient au juge d'apprécier l'importance du préjudice subi par le salarié.

Dans un arrêt du 3 avril 2003, la Cour d'appel de Versailles a estimé que ces dommages et intérêts devaient s'élever à un mois de salaire brut.

(CA Versailles 17eCh,3 avr.2003, Farisano c/ TMP Adcomms France, n° 283, inédit)

En l'espèce, la clause de non concurrence était d'une durée d'une année, s'appliquait à la Région Ile de France et aux activités concurrentes exercées par des tiers.

Pour valoriser le préjudice du salarié, la Cour d'appel a pris en compte le fait que bien qu'étant parti à l'étranger (Angleterre) pour y poursuivre une activité concurrente (de celle de son précédent employeur), mais licite au regard de la clause de non concurrence :

- le salarié avait retrouvé un emploi 8 mois après son licenciement ;
- il percevait, dans son nouvel emploi, un salaire supérieur de 75 % à celui qu'il percevait précédemment.

Si l'appréciation et les pouvoirs des juges s'étendent à l'appréciation d'une clause de non concurrence, il semble que la valorisation du préjudice subi sera examinée avec prudence et réalisme quant au préjudice subi par le salarié.

Benoit CAILLAU
Avocat associé
benoit.caillau@petoin-associes.com