

Jurisprudence

Cour de cassation
Chambre sociale

22 juin 2011
n° 09-68.762

Sommaire :

Selon l'article L.1234-4 du code du travail, l'inobservation du préavis n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat de travail prend fin. Dès lors, en prévoyant que l'indemnité de licenciement se calcule sur la base des salaires des douze derniers mois de présence dans l'entreprise, une convention collective n'exclut pas de cette période de référence les six mois de préavis que le salarié était dispensé d'effectuer

En cas de licenciement du salarié avec dispense d'exécution de son préavis, la date de départ de l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette indemnité, sont celles du départ effectif de l'entreprise

Est passible de dommages-intérêts sur le fondement du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble les articles 1134 et 1147 du code civil, l'employeur qui en faisant courir la clause de non-concurrence à compter de la date d'expiration du préavis au lieu de celle du départ effectif des salariés au début de celui-ci, allonge abusivement la durée de cette clause

Texte intégral :

Cour de cassation
Chambre sociale
Cassation partielle
22 juin 2011
N° 09-68.762

République française

Au nom du peuple français

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que MM. X... et Y..., employés en qualité de consultants ingénieurs-conseil par la société Pricewater house Coopers Consulting, en sont devenus associés ; que la société compagnie IBM France ayant, par accord du 30 juillet 2002, fait l'acquisition de l'activité "consulting" de cette société, les contrats de travail des deux salariés, qui par ailleurs avaient cédé leurs parts sociales à la société acheteuse, lui ont été transférés ; que les intéressés ont signé le 19 septembre 2002, à effet du 1er octobre 2002, un contrat de travail qui prévoyait une rémunération comprenant une partie fixe et une partie variable annuelle en fonction d'objectifs définis, l'employeur s'engageant à ne licencier aucun des deux salariés pour motif économique dans les deux années suivant la date d'engagement, et, en cas de licenciement pendant cette période, à leur verser, sauf dans l'hypothèse d'un licenciement pour faute lourde ou grave ou d'une cause définie à l'article 16 du contrat de travail, une indemnité contractuelle de rupture ; que le même contrat stipulait, dans son annexe A, une clause de non-concurrence d'une durée de 12 mois ainsi libellée : "(...) l'employeur (...) vous paiera à partir de la cessation effective du contrat de travail et tant que cet engagement restera en vigueur, 25 % de la rémunération en espèces qui vous aura été versée par l'employeur durant les 12 mois civils précédant la cessation de votre emploi (...). Cette indemnité vous sera versée en mensualités de montant égal, le premier versement

étant effectué à la première date de paiement des salaires suivant la date effective de la cessation du contrat de travail" ; qu'ayant été licenciés le 23 mars 2004 avec dispense d'exécution de leur préavis de trois mois, les salariés ont saisi la formation prud'homale de référé de diverses demandes ; que par arrêt du 28 juin 2005, rendu en référé, la cour d'appel a notamment condamné l'employeur à leur payer une somme à titre de provision sur le solde de l'indemnité contractuelle de rupture, et dit que la clause de non-concurrence avait pris fin le 25 mars 2005 ; que les salariés ont ensuite saisi la juridiction prud'homale au fond afin d'avoir paiement d'un complément d'indemnité contractuelle de licenciement, d'un complément d'indemnité de non-concurrence, de dommages-intérêts pour allongement abusif de la clause de non-concurrence et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

Sur le troisième moyen du pourvoi principal des salariés et le second moyen du pourvoi incident de l'employeur :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que les salariés font grief à l'arrêt de limiter à certaines sommes le montant du complément d'indemnité conventionnelle de licenciement qu'il leur alloue, alors, selon le moyen, que selon l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie, l'indemnité de congédiement doit être calculée sur la moyenne mensuelle des appointements ainsi que des avantages et gratifications contractuels dont l'ingénieur ou le cadre a bénéficié au cours de ses douze derniers mois de présence dans l'établissement, ce qui s'entend nécessairement de la présence effective du salarié au sein de l'entreprise ; qu'en jugeant que cette indemnité devait être calculée sur la base des rémunérations perçues au cours des douze derniers mois de présence des salariés à l'effectif de l'établissement, incluant la période de préavis dont ceux-ci avaient été dispensés et durant laquelle ils n'étaient pas présents au sein de l'établissement, la cour d'appel a violé l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie ;

Mais attendu que selon l'article L. 1234-4 du code du travail, l'inobservation du délai-congé n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin ; qu'en prévoyant que l'indemnité de licenciement se calcule sur la base des salaires des douze derniers mois de présence dans l'entreprise, la Convention collective n'a pas exclu de cette période de référence les six mois de préavis que le salarié était dispensé d'effectuer ; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal :

Attendu que les salariés font grief à l'arrêt de les débouter de leur demande de complément d'indemnité contractuelle de rupture, alors, selon le moyen :

1°/ que ne constitue pas une clause pénale la stipulation contractuelle prévoyant le versement au salarié d'une indemnité en cas de rupture du contrat de travail intervenant dans un certain délai, en contrepartie du rachat par son employeur de ses parts de société et de l'activité de conseil qu'il exerçait antérieurement ; que les salariés faisaient valoir dans leurs conclusions délaissées que les stipulations contractuelles relatives à l'indemnité contractuelle de rupture ne constituaient pas une clause pénale dès lors qu'elles faisaient partie des éléments du contrat de vente de leur activité de conseil formant un tout indissociable avec le contrat de travail et étaient limitées dans le temps, ce dernier mentionnant au surplus que les engagements contractés étaient "raisonnables" ; qu'en réduisant le montant de l'indemnité contractuelle sans répondre à ce chef des conclusions des salariés, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences légales de motivation et ainsi violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en toute hypothèse, le juge qui entend modérer le montant de l'indemnité contractuelle de licenciement est tenu de caractériser en quoi le montant convenu est manifestement excessif ; qu'en limitant le montant de l'indemnité contractuelle de rupture versée à chaque salarié sans préciser les circonstances d'où résultait le caractère manifestement excessif de la peine convenue, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 1134 et 1152 du code civil ;

Mais attendu, d'abord, que la cour d'appel a fait ressortir, par motifs propres et adoptés, que l'indemnité contractuelle de rupture due par l'employeur en cas de cessation du contrat de travail à son initiative, hors les cas de faute grave ou lourde, de violation des obligations contractuelles ou de défaillance substantielle du salarié dans la réalisation de ses devoirs, auxquelles il ne serait pas remédié dans un délai raisonnable après mise en demeure, avait pour finalité le maintien de l'emploi des intéressés et non la compensation d'un sacrifice ou d'une renonciation de ceux-ci, de sorte que l'indemnité litigieuse avait bien le caractère d'une clause pénale réductible en raison de son caractère manifestement excessif ;

Attendu, ensuite, que sous le couvert d'une prétendue insuffisance de motivation, le moyen tend seulement à remettre en cause, devant la Cour de cassation, l'appréciation souveraine par les juges du fond de l'étendue du préjudice des salariés et du caractère manifestement excessif de l'indemnité contractuelle litigieuse ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le premier moyen du pourvoi incident, qui est préalable :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de confirmer le jugement du conseil de prud'hommes en ce qu'il a condamné la société IBM à verser à M. X... la somme de 60 016,90 euros et à M. Y... celle de 45 266,68 euros à titre de complément d'indemnité de clause de non-concurrence, et de condamner ladite société à verser à M. X... la somme de 12 652 euros et à M. Y... la somme de 9 917,60 euros au titre des congés payés afférents à l'indemnité de non-concurrence, alors, selon le moyen :

1°/ qu'aux termes de la clause de non-concurrence figurant à l'annexe A du contrat de travail des salariés, la contrepartie de l'obligation de non-concurrence est de "25 % de la rémunération en espèces qui vous aura été versée par l'employeur durant les 12 derniers mois civils précédant la cessation de votre emploi" ; que le préavis des salariés et, par suite, leur contrat de travail et leur emploi ayant pris fin le 25 juin 2005, leur indemnité de non-concurrence devait donc être calculée en fonction de la rémunération perçue entre juin 2004 et juin 2005 ; qu'en affirmant que l'assiette de calcul de cette contrepartie financière devait porter sur les rémunérations perçues entre le 1er mars 2003 et le 29 février 2004, c'est-à-dire sur les douze mois précédant la notification du licenciement, et non sur les douze mois précédant la cessation de leur emploi ou de leur contrat, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'en retenant, pour dire que l'assiette de calcul de l'indemnité de non-concurrence devait porter sur les rémunérations perçues sur les douze mois précédant la notification du licenciement, et non sur les douze mois précédant la cessation effective du contrat, que les salariés, dispensés de l'exécution de leur préavis, étaient en droit de prétendre au paiement de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence dès leur départ effectif de l'entreprise, la cour d'appel s'est fondée sur un motif radicalement inopérant, en violation de l'article 1134 du code civil ;

3°/ que la dispense d'exécution du préavis n'a pas pour effet d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin ; qu'en affirmant que l'assiette de calcul de l'indemnité de non-concurrence devait porter sur les rémunérations perçues entre le 1er mars 2003 et le 29 février 2004, au motif adopté que "lorsque le salarié est dispensé de l'exécution du préavis, la cessation de l'emploi intervient dès la notification du licenciement", la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article L. 1234-4 du code du travail ;

Mais attendu qu'en cas de licenciement du salarié avec dispense d'exécution de son préavis, la date de départ de l'obligation de non-concurrence, la date d'exigibilité de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence et la date à compter de laquelle doit être déterminée la période de référence pour le calcul de cette indemnité, sont celles du départ effectif du salarié de l'entreprise ;

Et attendu que la cour d'appel qui a, sans dénaturation du contrat de travail, décidé que l'assiette de calcul de la contrepartie financière due aux salariés dispensés de l'exécution de leur préavis de licenciement incluait les rémunérations perçues au cours des douze derniers mois précédant leur départ effectif, soit entre le 1er mars 2003 et le 29 février 2004, n'encourt pas le grief du moyen ;

Mais sur le quatrième moyen du pourvoi principal :

Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble les articles 1134 et 1147 du code civil ;

Attendu que pour débouter les salariés de leurs demandes en paiement de dommages et intérêts pour allongement abusif de la clause de non concurrence, la cour d'appel retient que l'arrêt contradictoire du 28 juin 2005 a fixé le terme de cette clause au 25 mars 2005, que l'employeur ne peut être tenu du paiement de la contrepartie financière prévue contractuellement que pour la durée d'application de 12 mois, ce dont il s'est acquitté, et qu'il ne peut être déduit du seul fait que l'employeur a fait courir à tort la clause de non-concurrence à compter de la fin du préavis la volonté de celui-ci d'en allonger la durée ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que bien qu'ils aient quitté effectivement l'entreprise sans exécuter leur préavis, les salariés n'avaient été déliés de leur interdiction de non-concurrence que par l'arrêt rendu en référé le 28 juin 2005 en ayant fixé rétroactivement le terme au 25 mars 2005, ce qui représentait un allongement d'un peu plus de trois mois, la cour d'appel, qui s'est prononcée par des motifs inopérants pris de l'absence de volonté de l'employeur d'aboutir à ce résultat et de régularisation du paiement de l'indemnité financière compensatrice, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté les salariés de leur demande en paiement de dommages-intérêts pour allongement abusif de la clause de non-concurrence, l'arrêt rendu le 12 mai 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

Condamne la société Compagnie IBM France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Compagnie IBM France et condamne celle-ci à payer à MM. X... et Y... la somme globale de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-deux juin deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Defrenois et Levis, avocat aux Conseils pour MM. X... et Y....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société IBM à payer à Monsieur X... et à Monsieur Y... les sommes de 5 543, 93 € pour le premier et de 3 669, 29 € pour le second, au titre du complément d'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêts au taux légal à compter du 7 décembre 2004 ;

AUX MOTIFS QUE l'inobservation du délai-congé n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin et l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie applicable, qui précise que « l'indemnité de congédiement est calculée sur la moyenne mensuelle des appointements ainsi que des avantages et gratifications contractuels, dont l'ingénieur a bénéficié au cours de ses 12 derniers mois de présence dans l'établissement », ce qui doit s'entendre comme les douze derniers mois de présence dans l'effectif de l'établissement, et non au cours des douze derniers mois précédant le licenciement comme le prévoit l'article R 122-2 alinéa 4 devenu R 123-4 du code du travail, n'a pas exclu de la période de référence le préavis lorsque le salarié est dispensé de l'exécuter ; que le contrat de travail des salariés a pris fin le 25 juin 2004 ; que c'est donc à tort que les salariés sollicitent de voir inclus dans la base de calcul les rappels de rémunération payés par l'employeur en mars et avril 2003 ; (...) qu'il n'y a pas lieu d'intégrer dans l'assiette de calcul, la rémunération variable 2002 correspondant à l'activité du troisième trimestre 2002 au sein de la société PwCC pour le montant fixé par le présent arrêt en l'absence de preuve apportée par les salariés de ce que cette somme aurait été exigible pendant la période des 12 derniers mois de présence des salariés dans la société IBM ; qu'il sera donc fait droit aux demandes de salariés à hauteur de 5 543, 93 € pour Monsieur X... et de 3 669, 29 € pour Monsieur Y... (arrêt, pp. 22 et 23) ;

ALORS QUE selon l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie, l'indemnité de congédiement doit être calculée sur la moyenne mensuelle des appointements ainsi que des avantages et gratifications contractuels dont l'ingénieur ou le cadre a bénéficié au cours de ses douze derniers mois de présence dans l'établissement, ce qui s'entend nécessairement de la présence effective du salarié au sein de l'entreprise ; qu'en jugeant que cette indemnité devait être calculée sur la base des rémunérations perçues au cours des douze derniers mois de présence des salariés à l'effectif de l'établissement, incluant la période de préavis dont ceux-ci avaient été dispensés et durant laquelle ils n'étaient pas présents au sein de l'établissement, la cour d'appel a violé l'article 29 de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté les salariés de leur demande de complément d'indemnité contractuelle de rupture ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE l'indemnité de licenciement, lorsqu'elle est prévue par le contrat de travail, a le caractère d'une clause pénale qui peut être réduite par le juge si elle présente un caractère manifestement excessif ; qu'en l'espèce, cette clause est manifestement excessive en considération du préjudice subi par les salariés au regard de leur rémunération, de leur ancienneté, le premier juge doit être approuvé en ce qu'il a dit que Monsieur X... et Monsieur Y... ont été remplis de leur droit au titre de l'indemnité contractuelle par l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles statuant en référé (arrêt, p. 24, § 6 et 7) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE la compagnie IBM France ne conteste pas le calcul fait par Monsieur X..., dans l'hypothèse d'exclusion de la part variable 2002, qui aboutit à un montant initial de 1 131 316, 88 € et final de 943 184, 45 €, après déduction conformément aux dispositions contractuelles ; qu'il est constant qu'une indemnité contractuelle de licenciement peut être modérée par le juge, en application de l'article 1152 du code civil, lorsqu'elle est excessive ; qu'en l'espèce, compte tenu de l'ancienneté du salarié et de son niveau de rémunération, il convient de la fixer à la somme de 500 000 € et de dire que Monsieur X... a été rempli de ses droits à ce titre par l'exécution de l'ordonnance de référé ; que la compagnie IBM France ne conteste pas le calcul fait par Monsieur Y..., dans l'hypothèse d'exclusion de la part variable 2002, qui aboutit à un montant initial de 640 897, 49 € et final de 490 951, 71 €

€, après déduction conformément aux dispositions contractuelles ; qu'il est constant qu'une indemnité contractuelle de licenciement peut être modérée par le juge, en application de l'article 1152 du code civil, lorsqu'elle est excessive ; qu'en l'espèce, compte tenu de l'ancienneté du salarié et de son niveau de rémunération, il convient de la fixer à la somme de 350 000 € et de dire que Monsieur Y... a été rempli de ses droits à ce titre par l'exécution de l'ordonnance de référé (jugement, p. 11, § 6 à 11) ;

1/ ALORS QUE ne constitue pas une clause pénale la stipulation contractuelle prévoyant le versement au salarié d'une indemnité en cas de rupture du contrat de travail intervenant dans un certain délai, en contrepartie du rachat par son employeur de ses parts de société et de l'activité de conseil qu'il exerçait antérieurement ; que les salariés faisaient valoir dans leurs conclusions délaissées que les stipulations contractuelles relatives à l'indemnité contractuelle de rupture ne constituaient pas une clause pénale dès lors qu'elles faisaient partie des éléments du contrat de vente de leur activité de conseil formant un tout indissociable avec le contrat de travail et étaient limitées dans le temps, ce dernier mentionnant au surplus que les engagements contractés étaient « raisonnables » (conclusions pour M. X..., p. 62 à 64 ; conclusions pour M. Y..., p. 61 à 63) ; qu'en réduisant le montant de l'indemnité contractuelle sans répondre à ce chef des conclusions des salariés, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences légales de motivation et ainsi violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2/ ET ALORS, en toute hypothèse, QUE le juge qui entend modérer le montant de l'indemnité contractuelle de licenciement est tenu de caractériser en quoi le montant convenu est manifestement excessif ; qu'en limitant le montant de l'indemnité contractuelle de rupture versée à chaque salarié sans préciser les circonstances d'où résultait le caractère manifestement excessif de la peine convenue, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 1134 et 1152 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société IBM à payer à MM. X... et Y... les sommes respectives de 200 000 € et 150 000 € à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;

AUX MOTIFS QU'en application de l'article L. 122-14-4 devenu L. 1235-3 du code du travail, compte tenu de l'ancienneté des salariés et de l'effectif de l'entreprise, l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse à laquelle les salariés peuvent prétendre ne peut être inférieure au salaires des six derniers mois lesquels incluent la rémunération fixe et la rémunération variable due pour cette période ; que Monsieur X..., âgé de 48 ans, avait une ancienneté supérieure à 10 ans, justifie d'une indemnisation Assedic jusqu'au 7 novembre 2006 ; qu'il produit le bilan et le compte de résultats de l'exercice 2007 de la société qu'il a créée qui font apparaître un résultat déficitaire pour l'année n-1, et un résultat tout juste bénéficiaire en 2007, avec des salaires et traitements s'élevant en 2007 à 22 800 € ; que Monsieur Y..., âgé de 50 ans au moment du licenciement, avait une ancienneté supérieure à 10 ans, justifie d'une indemnisation Assedic jusqu'en avril 2006, n'étant pas contesté qu'il a créé une société à cette période, et justifie de revenus déclarés en 2006 s'élevant à 57 826 € ; qu'au vu des pièces produites, compte tenu de ces éléments et des circonstances du licenciement, de l'aptitude des salariés à retrouver un emploi, l'entier préjudice des salariés sera justement réparé par la somme de 200 000 € en ce qui concerne Monsieur X... et de 150 000 € en ce qui concerne Monsieur Y... à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (arrêt, p. 21, § 6 à 10) ;

1/ ALORS QU'aux termes de l'article L. 1235-3 du code du travail, le salarié qui a plus de deux ans d'ancienneté et travaille pour le compte d'une entreprise qui occupe plus de onze salariés a droit, si son licenciement est déclaré sans cause réelle et sérieuse, à une indemnité qui ne peut être inférieure au salaire des six derniers mois ; que MM. X... et Y... faisaient valoir que les premiers juges avaient retenu pour le calcul de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse une rémunération de base mensuelle erronée, n'intégrant pas la part variable, de sorte que la rémunération mensuelle à prendre en compte était de 42 174, 34 € pour M. X... et de 35 112, 16 € pour M. Y... ; qu'en condamnant la société IBM à verser à MM.

X... et Y... des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse d'un montant inférieur aux six derniers mois de salaire selon l'évaluation revendiquée par les salariés, sans s'expliquer sur le montant de la rémunération mensuelle prise en compte dans son calcul, la cour d'appel, qui n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L. 1235-3 du code du travail et 1134 du code civil ;

2/ ET ALORS, au demeurant, QUE le montant du salaire à prendre en compte était discuté par les salariés devant elle, de sorte qu'en se bornant à affirmer que l'entier préjudice des salariés sera justement réparé par le versement des sommes de 200 000 € en ce qui concerne Monsieur X... et de 150 000 € en ce qui concerne Monsieur Y... à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a statué par voie d'affirmation, et ainsi violé l'article 455 du code de procédure civile.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté les salariés de leurs demandes de dommages et intérêts pour allongement abusif de la clause de non concurrence ;

AUX MOTIFS QUE Monsieur X... et Monsieur Y... soutiennent que la société IBM ayant à tort fait commencer l'obligation de non concurrence au terme du contrat de travail et non au jour de la notification du licenciement, et que la société IBM n'ayant exécuté l'arrêt de la cour d'appel de Versailles statuant en référé que le 5 octobre 2005, ils ont en réalité subi cette obligation de non concurrence jusqu'au 1er octobre 2005 et que la société IBM leur doit réparation pour le préjudice résultant de cet allongement abusif ; que cependant, l'arrêt contradictoire de la cour d'appel de Versailles rendu le 28 juin 2005 a fixé le terme de la clause de non concurrence au 25 mars 2005 sans que cette disposition de l'arrêt ne soit soumise à l'exécution des condamnations pécuniaires prononcées par ailleurs et exécutées le 5 octobre 2005 ; que par ailleurs, l'employeur ne peut être tenu du paiement de la contrepartie financière prévue contractuellement que pour la durée d'application contractuelle de 12 mois et il a payé, sous réserve du complément accordé par la cour, l'indemnité de non concurrence due pour cette année ; qu'il ne peut être déduit du seul fait que la société IBM ait fait courir à tort la clause de non concurrence d'une durée de 12 mois à compter de la fin du préavis alors que la cour d'appel de Versailles a décidé en juin 2005 qu'elle courait à compter de la notification du licenciement la volonté de la société IBM d'allonger l'obligation de non concurrence ; que le jugement qui a fait droit aux demandes des salariés de ce chef sera infirmé et les salariés déboutés de leur demande de dommages et intérêts (arrêt, p. 25, § 8 à 11) ;

1/ ALORS QUE la clause de non concurrence lie le salarié dès son départ effectif de l'entreprise et que commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle l'employeur qui par son fait allonge à tort la durée d'effet d'une telle clause ; qu'en écartant toute indemnisation du préjudice résultant de l'allongement de la durée d'effet de la clause de non concurrence sans rechercher si, en différant à tort le point de départ de la clause de non concurrence, l'employeur n'avait pas commis une faute contractuelle contraignant les salariés à respecter à respecter leur obligation de non concurrence plus longtemps qu'ils n'auraient dû le faire en vertu des stipulations contractuelles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble des articles 1134 et 1147 du code civil ;

2/ ET ALORS, au demeurant, QU'une décision rendue en référé n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée au principal ; qu'en déboutant les salariés de leur demande d'indemnisation au titre de l'allongement de la clause de non concurrence en retenant que l'arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles statuant en référé avait fixé le terme de la clause de non concurrence au 25 mars 2005, quand les salariés faisaient valoir qu'ils avaient été tenus, tant par le contrat de travail que par le contrat de vente de leur activité de conseil, de respecter une obligation de non concurrence courant jusqu'au 1er octobre 2005, assortie de lourdes conséquences financières imposées par l'employeur en cas de violation, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard du principe fondamental de libre exercice d'une

activité professionnelle, ensemble des articles 1134 et 1147 et 1351 du code civil, ainsi que de l'article 484 du code de procédure civile.

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Célice, Blanpain et Soltner, avocat aux Conseils pour la société Compagnie IBM France.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement du Conseil de prud'hommes de NANTERRE du 18 juin 2007 en ce qu'il a condamné la société IBM à verser à Monsieur X... la somme de 60.016,90 euros et à Monsieur Y... la somme de 45.266,68 euros à titre de complément d'indemnité de clause de non-concurrence et d'AVOIR condamné la société IBM à verser à Monsieur X... la somme de 12.652 euros et à Monsieur Y... la somme de 9.917,60 euros au titre des congés payés afférents à l'indemnité de non-concurrence;

AUX MOTIFS QUE : Sur le complément d'indemnité de non-concurrence : le contrat de travail contient une clause de non concurrence en son annexe A dont la période d'application est définie comme « la période de 12 mois suivant la cessation de votre emploi par l'employeur ou ses sociétés affiliées » ; que la contrepartie financière de cette clause de non concurrence due « à partir de la cessation effective du contrat de travail et tant que cet engagement restera en vigueur » est de 25 % de la rémunération en espèces qui aurait été versée par l'employeur durant les 12 mois civils précédant la cessation de votre emploi (et qui sera annualisé dans le cas où le salarié n'aurait pas été employé durant la totalité de cette période) ; qu'il est également prévu que cette indemnité sera versée en mensualités de montant égal, le premier versement étant effectué à la première date de paiement des salariés suivant la date effective de la cessation du contrat de travail ; que les salariés et l'employeur sont en désaccord sur la période de référence ; que le contrat de travail prévoit que l'obligation de non concurrence prend effet à partir de la cessation effective du contrat de travail et le salarié dispensé de l'exécution de son préavis est en conséquence en droit de prétendre dès son départ effectif de l'entreprise au paiement de la contrepartie financière de l'obligation de non concurrence ; que l'assiette de calcul doit donc porter sur les rémunérations perçues entre le 1er mars 2003 et le 29 février 2004 qui correspondent aux 12 mois civils précédant la cessation de l'emploi ; qu'en l'absence de disposition contractuelle prévoyant qu'il y aurait lieu de distinguer dans la rémunération versée sur la période de référence, les sommes qui auraient été payées au titre d'un travail fourni sur une période antérieure, il n'y a pas lieu d'exclure de la rémunération perçue pendant les 12 derniers mois civils la prime payée en mars 2003 ; en revanche, il n'y a pas à y inclure la rémunération variable pour le troisième trimestre 2002 dont il n'est pas justifié qu'elle était exigible sur cette période de référence ; qu'il était donc dû au titre de la clause de non concurrence à Monsieur X... une somme de 126.523,02 € et, compte tenu de la somme déjà payée de 66.506,12 € par la société IBM, il reste dû un complément de 60.016,90 € ; que pour Monsieur Y..., il était dû la somme de 99.176,08 € et, compte tenu de la somme de 53.909,40 € déjà payée par la société IBM, il reste dû la somme de 45.266,68 € ; que le jugement sera donc confirmé de ce chef ; que la contrepartie financière de l'obligation de non concurrence a la nature d'une indemnité compensatrice de salaire qui ouvre droit à congés payés ; que la société IBM sera donc condamnée à payer à Monsieur X... la somme de 12.652 € au titre des congés payés afférents à l'indemnité de non concurrence, et à Monsieur Y... la somme de 9.917,60 € (p. 24 et 25 de l'arrêt) ;

ET AUX MOTIFS DES PREMIERS JUGES, A LES SUPPOSER ADOPTES, QUE la contrepartie de la clause de non concurrence est égale à 25 % de la rémunération en espèces qui aurait été versée par l'employeur durant les 12 mois civils précédant la cessation de l'emploi ; que lorsque le salarié est dispensé de l'exécution du préavis, la cessation de l'emploi intervient dès la notification du licenciement ; qu'il convient de retenir les calculs opérés par les salariés et d'accorder à Monsieur X... la somme de 60.016,90 € au titre de complément d'indemnité de non concurrence, et à Monsieur Y... la somme de 45.266,68 € (jugement p.11) ;

1. ALORS QU'aux termes de la clause de non-concurrence figurant à l'annexe A du contrat de travail des salariés, la contrepartie de l'obligation de non-concurrence est de « 25% de la

rémunération en espèces qui vous aura été versée par l'Employeur durant les 12 derniers mois civils précédant la cessation de votre emploi » ; que le préavis des salariés et, par suite, leur contrat de travail et leur emploi ayant pris fin le 25 juin 2005, leur indemnité de non-concurrence devait donc être calculée en fonction de la rémunération perçue entre juin 2004 et juin 2005 ; qu'en affirmant que l'assiette de calcul de cette contrepartie financière devait porter sur les rémunérations perçues entre le 1er mars 2003 et le 29 février 2004, c'est-à-dire sur les douze mois précédant la notification du licenciement, et non sur les douze mois précédant la cessation de leur emploi ou de leur contrat, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

2. ALORS QU'en retenant, pour dire que l'assiette de calcul de l'indemnité de non-concurrence devait porter sur les rémunérations perçues sur les douze mois précédant la notification du licenciement, et non sur les douze mois précédant la cessation effective du contrat, que les salariés, dispensés de l'exécution de leur préavis, étaient en droit de prétendre au paiement de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence dès leur départ effectif de l'entreprise, la cour d'appel s'est fondée sur un motif radicalement inopérant, en violation de l'article 1134 du Code civil ;

3. ALORS QUE la dispense d'exécution du préavis n'a pas pour effet d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin ; qu'en affirmant que l'assiette de calcul de l'indemnité de non-concurrence devait porter sur les rémunérations perçues entre le 1er mars 2003 et le 29 février 2004, au motif adopté que « lorsque le salarié est dispensé de l'exécution du préavis, la cessation de l'emploi intervient dès la notification du licenciement », la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil, ensemble l'article L. 1234-4 du Code du travail.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société IBM de sa demande tendant à voir ordonner le remboursement, par Messieurs X... et Y..., des sommes versées, en exécution de l'arrêt de référé de la Cour d'appel de VERSAILLES du 28 juin 2005, à titre de provision sur variable de l'année 2004 ;

AUX MOTIFS QUE : Sur le rappel de la partie variable 2004 : la Cour d'appel de VERSAILLES, statuant en référé,, a accordé à titre de provision un rappel de salaire sur la partie variable de la rémunération due pour 2004 à Monsieur X... une somme de 36.307,40 €, et à Monsieur Y... la somme de 29.675,74 € dont la Société IBM sollicite le remboursement ; que la Société IBM soutient que les salariés n'ont fourni aucune prestation de travail à compter du 25 novembre 2003, mais l'employeur ayant de sa propre initiative décidé de mettre fin aux missions qui étaient confiées aux salariés leur demandant de transmettre les éléments permettant à la personne désignée pour leur succéder ou aux autres personnes en place de poursuivre les missions en cours, ce que Monsieur Y... et Monsieur X... ont fait, aucun manquement n'était imputable aux salariés et la Société IBM ne leur ayant pas fourni de travail, leur demandant de rester chez eux et les dispensant d'activité, l'employeur ne peut ainsi les priver, par sa propre carence, de la composante variable de leur rémunération en espèces prévue par le contrat de travail ; que le contrat de travail prévoit le paiement d'une rémunération variable, mais n'en définit le mode de calcul et les modalités de paiement que pour les années 2002 et 2003 ; qu'aucun plan de commissionnement déterminant les objectifs et les modalités de fixation de la rémunération variable n'a été adressé aux salariés pour 2004 ; que la Société IBM soutient qu'en tout état de cause, si un plan de commissionnement devait être appliqué aux salariés, ce n'est certainement pas celui de l'année 2003, mais celui qui a été proposé à compter de l'année 2004 aux collaborateurs relevant de la catégorie interne « exécutives » et que la composante « incentive » est constituée d'un bonus annuel accordé de manière unilatérale par IBM FRANCE (AIP). Elle fait valoir que c'est dans ces conditions que par exemple, Monsieur Z... a reçu une « incentive letter » au titre de l'année 2004 et de l'année 2005, qui indique expressément que le bonus n'est dû qu'au salarié présent dans l'entreprise à la date de règlement, soit au mois de mars de l'année suivante et qu'aucun règlement prorata temporis n'est prévu ; que cependant, la lettre produite envoyée à Monsieur Z... est datée du 23 mars 2005, est relative au programme annuel de prime IBM 2005 (Annual incentive program) et à la prime pour 2005, ne concerne pas l'année 2004, mais même si l'on

se réfère à cette lettre qui prévoit que les primes de chaque année civile sont généralement versées au cours du premier trimestre de l'année suivante et que « l'AIP est une récompense pour une contribution en même temps qu'une incitation à rester chez IBM, vous devez être actif à la date de versement pour recevoir la prime. En général, si vous quittez IBM volontairement avant cette date, vous n'avez pas droit aux primes », cette lettre ne justifie pas de priver de leur rémunération variable des salariés qui ont été licenciés abusivement en cours d'année et n'ont pas quitté volontairement la société : que le contrat de travail et l'absence de travail fourni par l'employeur établissant un principe de créance au profit des salariés au titre de la rémunération variable pour 2004, en l'absence de fixation par l'employeur des objectifs et des modalités de calcul, ils ont droit au versement de la composante de la leur rémunération variable pour les mois de présence dans l'entreprise en 2004, déterminée selon les modalités contractuelles prévues sur 2003 ; que le jugement sera donc confirmé sur ce point (p. 20 et 21 de l'arrêt) ;

ET AUX MOTIFS DU PREMIER JUGE, A LES SUPPOSER ADOPTES, QUE les salariés n'ont pas bénéficié de plan de commissionnement pour l'année 2004, que Monsieur Y... a été dispensé d'activité à compter du 13 janvier 2004 et que plus aucune tâche n'était confiée à Monsieur X... ; que l'employeur ne peut, par sa propre carence, priver le salarié de la part variable qui lui a été attribuée par voie contractuelle, qu'il convient donc de reconduire pour l'année 2004 le plan de commissionnement 2003, et d'allouer aux salariés leur dû au prorata de leur présence dans l'entreprise, y compris la période de préavis dont ils ont été dispensés ; qu'il convient donc de débouter la Compagnie IBM FRANCE de sa demande de remboursement (p. 10 du jugement) ;

1. ALORS QUE le droit au paiement prorata temporis d'une prime annuelle d'objectif à un salarié ayant quitté l'entreprise, quel qu'en soit le motif, avant sa date d'exigibilité, ne peut résulter que d'une convention ou d'un usage dont il appartient au salarié de rapporter la preuve ; qu'en l'espèce, la société IBM faisait valoir que Messieurs X... et Y... ne pouvaient prétendre au paiement d'une rémunération variable au titre de l'année 2004, dès lors qu'ils avaient quitté l'entreprise en cours d'année et n'étaient plus présents, à la date d'exigibilité de ce bonus, en mars 2005 ; que la cour d'appel a constaté que le contrat de travail de Messieurs X... et Y..., qui prévoyait le paiement d'une rémunération variable, fixait les modalités de calcul et de paiement de cette rémunération variable pour les seules années 2002 et 2003 et qu'aucun accord n'était intervenu, en 2004, pour fixer les objectifs et les modalités de calcul de leur rémunération variable ; qu'elle a également constaté qu'il avait été rappelé aux salariés relevant de la même catégorie professionnelle que Messieurs X... et Y... que le bonus annuel « est une récompense pour une contribution en même temps qu'une incitation à rester chez IBM » et qu'en conséquence le salarié devait « rester actif à la date de versement pour recevoir la prime » ; que la cour d'appel a condamné néanmoins la société IBM à verser à Messieurs X... et Y... une rémunération variable « pour les mois de présence dans l'entreprise en 2004 », aux motifs inopérants qu'ils ne pouvaient être privés du paiement de cette rémunération variable du fait que la société IBM ne leur avait pas fourni de travail, ni fixé d'objectifs au cours de l'année 2004 et que l'exigence d'être présent dans l'entreprise à la date de versement de la prime ne pouvait leur être opposée dès lors qu'ils avaient été licenciés abusivement en cours d'année ; qu'en se prononçant de la sorte, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

2. ALORS, A TOUT LE MOINS, QU'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a privé sa décision de motif au regard des articles 1315 et 1134 du Code civil.

Composition de la juridiction : Mme Collomp, M. Blatman, M. Cavarroc, SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Defrenois et Levis

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles 2009-05-12 (Cassation partielle)