Texte de la **décision**

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

Sur les deux moyens réunis :

Attendu selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 20 mai 2008), que M. X... a été salarié de la société Synergie, en qualité, en dernier lieu, de responsable d'agence, du 27 janvier 2001 au 10 juin 2005, date d'effet de sa démission ; qu'invoquant le non-paiement de la contrepartie financière à la clause de non-concurrence prévue à son contrat de travail, il a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ; que la société Synergie a formé une demande d'indemnisation au titre de la violation par le salarié de son obligation de non-concurrence ;

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de le débouter de sa demande de condamnation de M. X... à lui payer une indemnité contractuelle et des dommages-intérêts pour violation de la clause de non-concurrence et pour concurrence déloyale, alors, selon le moyen :

1° / que la société Synergie faisait valoir que le salarié n'avait retourné signé de sa main l'accord des parties sur son obligation de non-concurrence qu'en date du 7 juillet 2005 de sorte qu'elle ne pouvait être tenue de lui verser la contrepartie pécuniaire qu'à compter du 31 juillet 2005 ; qu'il résultait des propres constatations de l'arrêt attaqué que par « lettre du 9 juin, la société Synergie lui a confirmé sa décision, au terme de discussions précédentes avec le conseil du salarié, de réévaluer le montant de la contrepartie financière prévue par la clause et lui a adressé un exemplaire, pour signature, du document contractuel prévoyant désormais le versement d'une contrepartie financière mensuelle fixée aux taux modifiés respectifs de 30 % et 20 % de la moyenne de la rémunération de l'intéressé au cours de ses trois derniers mois de présence dans l'entreprise » ; qu'en affirmant que la contrepartie financière était « payable dès le 30 juin 2005 », sans rechercher comme elle y était invitée à quelle date M. X... avait apposé sa signature sur le document scellant l'accord des parties, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134, 1147 et 1184 du code civil ;

2° / que le non-paiement par l'employeur de la contrepartie pécuniaire ne libère le salarié de son obligation de non-concurrence que lorsque le manquement de l'employeur est suffisamment grave ; que ne constitue pas un tel manquement, le fait pour l'employeur de suspendre le paiement de la contrepartie lorsqu'il a des doutes sérieux sur le respect par le salarié de son obligation de non-concurrence, pendant le temps où il mène ses investigations ; qu'en l'espèce, il résultait des propres constatations de l'arrêt que la société Synergie avait eu connaissance du projet de création par M. X... d'une entreprise concurrente à Annecy à l'enseigne Temporis, de la signature par ce dernier d'un contrat de franchise nécessaire à l'exercice de cette activité concurrente, dès avant son départ de l'entreprise, ainsi que de la création effective de cette société concurrente en date du 5 juillet 2005, dont les statuts comportaient en annexe ledit contrat de franchise ; que la société Synergie versait également aux débats les comptes rendus d'investigation établis à sa demande, par la société de détectives Virgile desquels il ressortait, dès le mois d'octobre 2005, la présence effective de M. X... au sein de la société concurrente Temporis située à Annecy, alors qu'il prétendait être lié au même moment par un contrat de travail à la société Temporis située à Lyon en dehors du périmètre de la clause ; qu'il résultait encore des constatations de l'arrêt qu'à compter du 1er avril 2006, M. X... était officiellement entré au service de la société concurrente Temporis située à Annecy, en méconnaissance de la clause de non-concurrence qui le liait à la société Synergie ; qu'en se bornant à constater au vu des pièces versées aux débats qu'une violation caractérisée par le salarié de la clause de non concurrence qui le liait à la société Synergie n'était pas établie concomitamment au non-paiement par la société de la contrepartie pécuniaire, pour en déduire que M. X... s'était trouvée délié de la clause, sans cependant rechercher, comme elle y était pourtant invitée, si en l'état des informations en sa possession dès le départ du salarié de l'entreprise, la société Synergie n'avait pas légitimement suspecté des agissements de concurrence de la part de son salarié, et partant légitimement suspendu le versement de la contrepartie pécuniaire pendant qu'elle menait son enquête, de sorte que ce non-paiement ne constituait pas un manquement suffisamment grave pour délier le salarié de son obligation, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1147 et 1184 du code civil ;

3° / que les juges du fond ne peuvent accueillir ni rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les

éléments de preuve qui leur sont soumis par les parties au soutien de leurs prétentions ; que pour démontrer que la perte de chiffre d'affaires de la société Synergie était due aux agissements de M. X..., la société Synergie versait aux débats des attestations rapportant des actes de débauchage de salariés de la société Synergie imputables à M. X... (attestations de Mme Y... et de M. G...
Z...), ainsi qu'un témoignage et des tableaux justifiant que la société Synergie avait perdu des clients de longue date au profit de la société 2L74 Temporis (attestation de M. A...et tableaux), et un tableau justifiant la baisse de son chiffre d'affaires ; qu'en affirmant qu'il n'est pas démontré par la société Synergie que la perte de chiffre d'affaires est due aux agissements de M. X..., sans à aucun moment examiner ces pièces, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel a d'abord retenu que dès lors que l'employeur s'était abstenu de payer la contrepartie financière mensuelle à la clause de non-concurrence payable les 30 juin, 31 juillet et 31 août 2005, le salarié était délivré de son obligation de non-concurrence ; qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, elle a ensuite estimé que la société Synergie n'apportait pas la preuve de l'exercice par le salarié de l'activité concurrentielle fautive qu'elle invoquait ; que le moyen, inopérant en ce qu'il critique un motif relatif à l'évaluation du préjudice qu'aurait causé l'activité concurrentielle alléguée, doit être rejeté ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Synergie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Synergie à payer à M. X... la somme de 2 500 euros ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour la société Synergie

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société SYNERGIE de sa demande de condamnation de Monsieur Edouard X... à lui payer une indemnité contractuelle et des dommages et intérêts pour violation de la clause de non-concurrence

AUX MOTIFS PROPRES QUE « Attendu qu'il ressort des éléments soumis au débat contradictoire que le contrat de travail de Mr X... lui faisait interdiction, pour une durée de deux ans après la rupture de celui-ci, dans le département de la Haute-Savoie et les départements limitrophes, de s'intéresser directement ou indirectement, en qualité de salarié ou non, à une entreprise de travail temporaire concurrente, moyennant l'engagement de la société SYNERGIE de lui verser pendant la même période une contrepartie financière d'un montant mensuel correspondant respectivement à 20 % (première année) et 10 % (seconde année) de la moyenne mensuelle de sa rémunération au cours de ses trois derniers mois de présence dans l'entreprise ;
Que M. X... a démissionné de ses fonctions par lettre remise en main propre à son employeur le 19 avril 2005 ; que par lettre du 17 mai 2005, celui-ci a accepté que la fin du préavis de deux mois dû par le salarié soit rapporté au 10 juin 2005 au soir et l'a informé du maintien de la clause de non-concurrence, en lui demandant de lui " transmettre mensuellement toute pièce justifiant de (sa) non-présence à la concurrence afin de (lui) verser la contrepartie financière " ; que par une lettre du 9 juin, la société SYNERGIE lui a confirmé sa décision, au terme de discussions précédentes avec le conseil du salarié, de réévaluer le montant de la contrepartie financière prévue par la clause et lui a adressé un exemplaire, pour signature, du document contractuel prévoyant désormais le versement d'une contrepartie financière mensuelle fixée aux taux modifiés respectifs de 30 % et 20 % de la moyenne de la rémunération de l'intéressé au cours de ses trois derniers

mois de présence dans l'entreprise ; qu'il n'est pas contesté que la contrepartie financière payable le 30 juin, vainement réclamée par l'ancien salarié le 7 juillet, mais également celles des 31 juillet et 31 août 2005, ainsi que les suivantes, n'ont pas été réglées ;
Attendu qu'il incombe à l'employeur qui se prétend délivré de l'obligation de payer la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence de rapporter la preuve de la violation de cette clause par le salarié et qu'à défaut, la contrepartie est due ; qu'à l'inverse, si l'employeur ne verse pas l'indemnité prévue par le contrat de travail, l'ancien salarié est libéré de son obligation de non-concurrence ; Qu'ainsi, c'est à tort et en inversant la charge de la preuve que la société SYNERGIE a exigé de M. X... qu'il justifie chaque mois d'une situation de non-concurrence ; Que, dès lors que des actes préparatoires, sans engagement définitif, ne caractérisent pas une violation de l'obligation de non-concurrence, il n'importe que M. X... ait eu pour projet, constaté par une salariée de SYNERGIE à la date du 9 juin 2005 (attestation de Mme B...en date du 13 septembre 2005), de créer à Annecy une société de travail temporaire sous la dénomination " 2L74 ", dans le cadre d'une franchise TEMPORIS ; qu'il est établi par les documents versés aux débats de part et d'autre que cette société a été constituée en réalité le 5 juillet 2005 par les seuls Sylvain C...et Fabienne D..., et aucun élément probant ne permet d'accréditer la thèse de l'interposition de personne invoquée par la société SYNERGIE ni d'une participation quelconque de M. X... dans cette société ; que s'il est établi que le 9 mai 2005, soit avant la notification par SYNERGIE au salarié démissionnaire du maintien de la clause de non-concurrence, celui-ci a signé un contrat de franchise avec la société Valoris Développement, il ressort des pièces produites que, d'un commun accord des parties, ce contrat a été considéré comme caduc le 30 mai 2005, par une lettre dont la fausseté prétendue du contenu n'est pas démontrée, après que le salarié a eu connaissance du maintien de son obligation de non-concurrence et alors que celle-ci n'avait pas encore pris effet ; qu'en travaillant à compter du 14 septembre 2005 en qualité d'attaché commercial au sein de l'agence GI-V (enseigne TEMPORIS) sise à Lyon, indépendante de celle d'Annecy, M. X... n'a pas davantage contrevenu à cette obligation ; qu'il ressort des propres pièces de la société, en l'occurrence le procès-verbal de constat dressé les 14 et 16 décembre 2005 par un huissier de justice (pièce de l'employeur n° 42), que du 14 septembre au 16 décembre 2005, M. X..., chargé de développer pour son nouvel employeur un portefeuille clients, n'a effectué de démarchage que sur le département du Rhône ; qu'il a poursuivi cette activité jusqu'à la date du 10 avril 2006, à laquelle il est devenu le salarié de la société 2L 74 à Annecy, sans avoir jamais été destinataire de la contrepartie financière à son obligation de non-concurrence ; Qu'en l'état de ces éléments de fait et de preuve, que la société SYNERGIE tente de contredire par simples suppositions ou allégations, voire par des documents, tels les résultats de l'enquête confiée à un détective privé, impropres, au vu des dates des faits auxquelles ils se réfèrent, postérieures à sa propre carence, à démontrer l'exercice de l'activité concurrentielle fautive invoquée, il doit être retenu que si M. X... a envisagé, dans un premier temps, de créer une entreprise de travail temporaire à Annecy, il a abandonné ce projet après que la société SYNERGIE lui eut notifié qu'elle entendait maintenir la clause de non-concurrence, moyennant l'augmentation de la contrepartie financière, et qu'en définitive, c'est l'employeur qui s'est mis en faute en prenant l'initiative de s'abstenir, sans juste motif, de verser cette contrepartie, en sorte que l'ancien salarié a justement considéré, d'abord au bénéfice d'une ordonnance de référé exécutoire de droit, puis du fait de l'abstention réitérée de la société, qu'il se trouvait délié de toute obligation à l'égard de celle-ci ; Qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement en ce qu'il a rejeté les prétentions de la société SYNERGIE »

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « la clause de non concurrence insérée dans le contrat de travail de M. X... est licite et est conforme à la réglementation en vigueur. Attendu que la clause de non-concurrence prévoyait : " En cas de rupture du contrat, pour quelque cause qu'elle intervienne, par l'une quelconque des parties, y compris en cas de rupture intervenant au cours de la période d'essai, le collaborateur s'interdit expressément pour une durée de deux ans dans le département HAUTE-SAVOIE et les départements limitrophes, de s'intéresser directement ou indirectement, en qualité de salarié ou non, à quelque titre que ce soit, à une entreprise de travail temporaire concurrente. Le collaborateur s'oblige, en cas d'infraction à la présente de non concurrence à verser une indemnité égale à douze salaire... En cas de rupture de contrat de travail par l'une quelconque parties, la Société s'engage, pendant la durée de la non concurrence, à verser au salarié une contrepartie financière...
Le versement de cette contrepartie financière s'effectuera, mensuellement, et sous réserve que le collaborateur justifie de ce qu'il respecte les obligations qui découlent de la clause de non concurrence "... Attendu que par courrier du 17 mai 2005, la Société SYNERGIE maintenait la clause de non concurrence et précisait à M. X... de transmettre mensuellement toute pièce justificative de sa non présence à la concurrence afin de lui verser la contrepartie financière. Attendu qu'à l'échéance du 30 juin 2005, la Société SYNERGIE n'a rien versé à M. X....
Ce dernier, par courrier du 7 juillet 2005, réclamait à la Société le paiement mensuel de la clause.

Attendu que les échéances des 31 juillet 2005 et 31 août 2005 n'ont pas été réglées.
Attendu que c'est dans ces conditions que M. X... a saisi la formation de référé du Conseil de Prud'hommes d'ANNECY pour lui demander de :

• constater l'absence de paiement par la Société SYNERGIE de la contrepartie financière prévue à la clause de non-concurrence,
• constater ainsi l'inexécution de la clause de non-concurrence du fait de l'employeur caractérisant ainsi un trouble manifestement illicite,
• libérer M. X... de la clause de non concurrence qui le liait à la Société SYNERGIE.
Attendu que par décision du 16 septembre 2005, le Conseil de Prud'hommes, en sa formation de référé, a ordonné à la Société SYNERGIE de lever la clause de non-concurrence.
Attendu que la Société SYNERGIE a interjeté appel de cette décision.
Attendu que par arrêt du 14 février 2006, la Cour d'Appel de CHAMBERY a infirmé l'ordonnance du juge des référés du Conseil de Prud'hommes d'ANNECY du 16 septembre 2005 et a dit n'y avoir lieu à référé.
Attendu que pour ne pas payer cette indemnité, la Société SYNERGIE soutient que M. X... a violé cette clause de non concurrence :
- en créant une entreprise de travail temporaire,
- en s'étant fait consentir un contrat de travail de complaisance chez un franchisé de LYON alors qu'il travaille de manière effective pour l'agence d'ANNECY,
- en s'étant livré dans ce cadre à un détournement des salariés intérimaires de la Société SYNERGIE et de ses clients.
Attendu que la Société SYNERGIE verse aux débats des attestations sur les agissements de M. X..., notamment le compte rendu d'un détective privé pour les journées des 27 et 28 février 2006, attestations datant de 2006 et non des faits, en juin, juillet ou août 2005.
Attendu que la découverte sur l'ordinateur de M. X... d'un business plan ne caractérise pas une violation de la clause de non-concurrence. Attendu que la violation de la clause doit résulter d'actes de concurrence qu'au demeurant il appartient à l'employeur d'établir.
Attendu que la Société SYNERGIE n'apporte aucun élément probant justifiant du non paiement de la clause de non concurrence à l'échéance du 30 juin 2005 ainsi qu'à l'échéance du 30 juillet 2005, malgré la lettre de M. X... du 7 juillet 2005 qui précise :
" Actuellement, je ne peux vous transmettre un contrat de travail car je n'en possède pas. Je suis cependant toujours en attente de votre versement de la rémunération de ma clause de non-concurrence ". Attendu qu'en conséquence, M. X... est délié de la clause de non-concurrence à compter du 1er juillet 2005 et le Conseil déboute la Société SYNERGIE de sa demande d'indemnité contractuelle »

1 / ALORS QUE la société SYNERGIE faisait valoir que le salarié n'avait retourné signé de sa main l'accord des parties sur son obligation de non concurrence qu'en date du 7 juillet 2005 de sorte qu'elle ne pouvait être tenue de lui verser la contrepartie pécuniaire qu'à compter du 31 juillet 2005 ; qu'il résultait des propres constatations de l'arrêt attaqué que par « lettre du 9 juin, la société SYNERGIE lui a confirmé sa décision, au terme de discussions précédentes avec le conseil du salarié, de réévaluer le montant de la contrepartie financière prévue par la clause et lui a adressé un exemplaire, pour signature, du document contractuel prévoyant désormais le versement d'une contrepartie financière mensuelle fixée aux taux modifiés respectifs de 30 % et 20 % de la moyenne de la rémunération de l'intéressé au cours de ses trois derniers mois de présence dans l'entreprise » ; qu'en affirmant que la contrepartie financière était « payable dès le 30 juin 2005 », sans rechercher comme elle y était invitée à quelle date Monsieur X... avait apposé sa signature sur le document scellant l'accord des parties, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134, 1147 et 1184 du code civil ;

2 / ALORS QUE le non paiement par l'employeur de la contrepartie pécuniaire ne libère le salarié de son obligation de non-concurrence que lorsque le manquement de l'employeur est suffisamment grave ; que ne constitue pas un tel manquement, le fait pour l'employeur de suspendre le paiement de la contrepartie lorsqu'il a des doutes sérieux sur le respect par le salarié de son obligation de non-concurrence, pendant le temps où il mène ses investigations ; qu'en l'espèce, il résultait des propres constatations de l'arrêt que la société SYNERGIE avait eu connaissance du projet de création par Monsieur X... d'une entreprise concurrente à Annecy à l'enseigne TEMPORIS, de la signature par ce dernier d'un contrat de franchise nécessaire à l'exercice de cette activité concurrente, dès avant son départ de l'entreprise, ainsi

que de la création effective de cette société concurrente en date du 5 juillet 2005, dont les statuts comportaient en annexe ledit contrat de franchise ; que la société SYNERGIE versait également aux débats les comptes rendus d'investigation établis à sa demande, par la société de détectives VIRGILE, desquels il ressortait, dès le mois d'octobre 2005, la présence effective de Monsieur X... au sein de la société concurrente TEMPORIS située à ANNECY, alors qu'il prétendait être lié au même moment par un contrat de travail à la société TEMPORIS située à LYON en dehors du périmètre de la clause ; qu'il résultait encore des constatations de l'arrêt qu'à compter du 1er avril 2006, Monsieur X... était officiellement entré au service de la société concurrente TEMPORIS située à ANNECY, en méconnaissance de la clause de non concurrence qui le liait à l'exposante ; qu'en se bornant à constater au vu des pièces versées aux débats qu'une violation caractérisée par le salarié de la clause de non-concurrence qui le liait à la société SYNERGIE n'était pas établie concomitamment au non paiement par la société de la contrepartie pécuniaire, pour en déduire que Monsieur X... s'était trouvée délié de la clause, sans cependant rechercher, comme elle y était pourtant invitée, si en l'état des informations en sa possession dès le départ du salarié de l'entreprise, la société SYNERGIE n'avait pas légitimement suspecté des agissements de concurrence de la part de son salarié, et partant légitimement suspendu le versement de la contrepartie pécuniaire pendant qu'elle menait son enquête, de sorte que ce non paiement ne constituait pas un manquement suffisamment grave pour délier le salarié de son obligation, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1147 et 1184 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société SYNERGIE de sa demande de condamnation de Monsieur Edouard X... des dommages et intérêts pour concurrence déloyale

AUX MOTIFS ADOPTES QUE « la Société SYNERGIE n'apporte aucun élément prouvant le détournement de clients au profit du nouvel employeur de M. X....
Attendu qu'il n'est pas démontré par la Société SYNERGIE que la perte de chiffre d'affaires est due aux agissements de M. X... ; Attendu qu'en conséquence, la Société SYNERGIE sera déboutée de sa demande »

ALORS QUE les juges du fond ne peuvent accueillir ni rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont soumis par les parties au soutien de leurs prétentions ; que pour démontrer que la perte de chiffre d'affaires de la société SYNERGIE était due aux agissements de M. X..., la société SYNERGIE versait aux débats des attestations rapportant des actes de débauchage de salariés de la société SYNERGIE imputables à Monsieur X... (attestations de Madame Y... et de Monsieur G...
Z...), ainsi qu'un témoignage et des tableaux justifiant que la société SYNERGIE avait perdu des clients de longue date au profit de la société 2L74 TEMPORIS (attestation de Monsieur A...et tableaux), et un tableau justifiant la baisse de son chiffre d'affaires ; qu'en affirmant qu'il n'est pas démontré par la Société SYNERGIE que la perte de chiffre d'affaires est due aux agissements de M. X..., sans à aucun moment examiner ces pièces, la Cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile.