

Quel avenir pour les clauses de non-sollicitation ?

Des sociétés liées par un contrat peuvent parfois convenir d'une clause de non-sollicitation de personnel afin de se prémunir contre le débauchage de salariés. Un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 2021 apporte des précisions sur la validité et la portée d'une telle clause.



Par Alexandre Bensoussan, associé,

La clause de non-sollicitation permet de prévoir qu'une société s'engage envers une autre, avec laquelle elle est en relation commerciale, à ne pas recruter le ou les salariés de cette dernière. Elle est fréquente, notamment dans les contrats de distribution, de cessions de parts sociales ou d'actions et les contrats de prestation de services (informatique, prestations intellectuelles...). Elle répond à la nécessité pour l'entreprise de protéger ses intérêts économiques, notamment en conservant le savoir-faire et en limitant le turn-over de son personnel.

L'autonomie de la clause de non-sollicitation par rapport à la clause de non-concurrence

Si la clause de non-concurrence s'apparente à la clause de non-sollicitation en ce qu'elles ont toutes deux pour objectif de préserver les intérêts économiques de l'entreprise, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée sur l'autonomie de la seconde par rapport à la première. Elle précise qu'elle ne « constitue pas une clause de non-concurrence dont elle n'est ni une variante ni une précision de celle-ci » (Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-20.438).

Dès lors, contrairement à la clause de non-concurrence, la validité d'une clause de non-sollicitation n'est pas conditionnée à l'octroi d'une contrepartie pécuniaire à l'attention du salarié (Cass. com., 10 mai 2006, n° 04-10.149). Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait rejeté les demandes en réparation formulées par une société qui considérait que la clause de non-sollicitation était irrégulière, notamment parce qu'elle ne contenait pas de contrepartie financière pour les salariés. A cette occasion, la Cour de cassation avait précisé que seul le salarié pouvait se prévaloir du trouble qu'une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contrepartie financière à son attention était susceptible de lui causer.

Les limites de la clause de non-sollicitation tenant au respect des libertés fondamentales

Bien que la clause de non-sollicitation réponde à

la nécessité de protéger les intérêts économiques de l'entreprise, il n'en demeure pas moins qu'elle porte atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté du travail. L'entreprise obligée par la clause est empêchée de recruter les salariés de son choix et les salariés et, le cas échéant, les anciens salariés, ne peuvent être embauchés dans l'entreprise de leur choix.

Sur ce dernier point, la chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le salarié était susceptible d'être indemnisé du préjudice résultant de l'atteinte à sa liberté de travailler générée par la clause de non-sollicitation (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-40547). A la demande du salarié, les juridictions étaient donc déjà amenées à procéder à un contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté du travail causée par une clause de non-sollicitation.

La proportionnalité de la clause comme critère de validité

Pour la première fois, la Cour de cassation s'est positionnée sur les conditions de validité d'une clause de non-sollicitation remise en cause par une société cocontractante. Dans cet arrêt, la cour d'appel avait préalablement rejeté la contestation de la validité de la clause de non-sollicitation émise par la société cocontractante en considérant que la clause litigieuse était limitée dans le temps ; qu'elle ne constituait pas une clause de non-concurrence, dont elle n'était ni une variante ni une précision et donc que le cadre rigoureux des clauses de non-concurrence ne trouvait pas à s'appliquer. Elle soulignait par ailleurs que la clause permettait aux salariés de rechercher un emploi auprès d'autres entreprises et prévoyait des dérogations à ces interdictions d'embauche, et n'était donc pas disproportionnée. Au visa du principe de liberté du travail, du principe de liberté d'entreprendre et de l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation a censuré cet arrêt aux motifs que la cour d'appel n'a pas recherché si les atteintes aux libertés suscitées étaient proportionnées aux intérêts légitimes que la clause est censée protéger.

A la lecture de l'arrêt une incertitude rédactionnelle subsiste quant au périmètre d'appréciation de la proportionnalité. Se pose donc la question de savoir si la proportionnalité des atteintes aux libertés (de travail et d'entreprendre) s'apprécie au regard des intérêts protégés par la clause (les effets néfastes du débauchage) ou des intérêts protégés par l'objet du contrat (fourniture, distribution ou prestation de services). A l'instar de la clause de non-concurrence, l'appréciation de la proportionnalité de la clause de non-sollicitation devrait être limitée aux intérêts protégés par la clause (Cass. com., 18 nov. 2008, n° 07-18.599).

Les points d'attention et les risques de contestation de la clause

Il y a des risques de contestation de la validité de la clause. L'entreprise qui souhaite recruter un salarié, en violation d'une clause de non-sollicitation, tentera d'invoquer la nullité de la clause en moyen de défense (exemple: exception de nullité) d'une action qui aura été initiée à son égard.

Les salariés ne peuvent en principe remettre en cause la validité de la clause puisqu'ils ne sont pas parties au contrat commercial qui l'institue. En leur qualité de tiers, ils ne peuvent soulever la nullité relative de la clause (articles 1179 et 1181 du Code civil). Néanmoins, si l'atteinte excessive à la liberté du travail est caractérisée, les salariés pourront obtenir réparation de l'atteinte que la clause occasionne.

A présent, tant le salarié que la société cocontractante peuvent contester la clause de non-sollicitation, il est donc primordial d'être vigilant lors de sa rédaction. La Cour de cassation estime que, conclue entre entreprises concurrentes, la clause de non-sollicitation porte atteinte à la liberté du travail des personnes contractuellement liées à ces entreprises ainsi qu'à la liberté d'entreprendre de ces

dernières (Cass. com., 27 mai 2021, n° 18-23.261). Il résulte de ces précisions qu'il convient de prévoir une clause de non-sollicitation à la portée plus réduite lorsqu'elle est conclue entre concurrents. La clause portera, en effet, une atteinte plus impor-

tante à la liberté du travail des personnes et à la liberté d'entreprendre des entreprises lorsqu'elles sont concurrentes plutôt que non-concurrentes.

Bien que l'atteinte à la liberté du travail puisse être caractérisée alors que l'entreprise employeur n'est pas en situation de concurrence, la Cour de cassation pourrait voir en cette clause un moyen pour l'employeur d'économiser le coût d'une clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de travail conclu avec son salarié. Ainsi, plus la notion de non-sollicitation

retenue par les parties est large plus elle présentera un risque important de porter une atteinte disproportionnée à la liberté de travailler du collaborateur et à la liberté d'entreprendre de l'entreprise cocontractante.

Dans le cadre de la rédaction d'une clause de non-sollicitation, il conviendra de veiller à ce que la clause soit précise et mesurée et plus particulièrement entre entreprises concurrentes. Cette dernière devrait notamment contenir la définition de la sollicitation, le caractère éventuellement réciproque de l'obligation, ainsi que les personnes physiques et morales concernées par l'obligation. En outre, la clause devrait préciser les secteurs concernés, la sanction encourue en cas de violation et détailler les intérêts que l'entreprise entend préserver. Enfin, il conviendrait de limiter sa durée et son espace géographique d'application afin de répondre au critère de proportionnalité précédemment évoqué, mais aussi s'assurer que la clause respecte l'équilibre global du contrat imposé par l'article 1171 du Code civil pour ne pas être réputée non écrite. ■



et Jossy Mendes,
juriste,
LPA-CGR Avocats

La Cour de cassation estime que, conclue entre entreprises concurrentes, la clause de non-sollicitation porte atteinte à la liberté du travail des personnes contractuellement liées à ces entreprises ainsi qu'à la liberté d'entreprendre de ces dernières (Cass. com., 27 mai 2021, n° 18-23.261)