

CONCURRENCE

711

3 QUESTIONS

Le régime de la clause de non-sollicitation se rapproche de celui de la clause de non-concurrence



Camila Amaral,
avocate à la Cour, De Guillenchmidt & Associés (DGA)

Après quelques incertitudes liées à une jurisprudence antérieure, la Cour de cassation a récemment précisé qu'une clause de non-sollicitation était soumise à l'une des principales conditions de validité de la clause de non-concurrence : la proportionnalité aux intérêts légitimes à protéger (*Cass. com.*, 27 mai 2021, n° 18-23.261 et 18-23.699, FS-P : *JurisData* n° 2021-008123 ; *JCP E* 2021, 1434).

Dans l'arrêt cassé, la cour d'appel de Dijon avait repris la formulation ambiguë d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 juillet 2006 (*Cass. com.*, 11 juill. 2006, n° 04-20.438 : *JurisData* n° 2006-034737 ; *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 232, note M. Malaurie-Vignal ; *D.* 2006, p. 2923, obs. M. Gomy) qui avait considéré que la clause de non-sollicitation n'était « ni une variante ni une précision » d'une clause de non-concurrence. La cour d'appel en a déduit (à tort) que « le cadre rigoureux des clauses de non-concurrence ne trouve pas à s'appliquer » pour décider que cette clause ne portait pas atteinte à la liberté du travail et n'était pas disproportionnée. L'arrêt du 27 mai 2021 est l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler que les clauses de non-sollicitation sont soumises à des conditions de validité qui ne sont pas si éloignées de celles applicables aux clauses de non-concurrence puisque les libertés du travail et d'entreprendre entrent en ligne de compte.

1 Pour quelle raison distingue-t-on les clauses de non-concurrence des clauses de non-sollicitation ?

La principale différence entre ces deux clauses est le débiteur de l'obligation. Dans le cas d'une clause de non-concurrence, l'employé ou le dirigeant s'engage à ne pas travailler pour une entreprise concurrente à l'issue de son contrat de travail ou mandat social, pendant une certaine durée. La clause de non-sollicitation, quant à elle, s'impose à tout cocontractant de l'entreprise et l'empêche de débaucher du personnel de l'entreprise en question, qu'il soit encore en affaires avec elle ou non. Il faut noter qu'il existe des clauses de non-concurrence dans d'autres types de contrats que les contrats de travail, par exemple dans les pactes d'associés. La chambre commerciale de la Cour de cassation a mis fin en 2011 à la divergence entretenue avec la chambre sociale, en soumettant ce type de clause aux mêmes conditions qu'une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de travail lorsque l'associé est également salarié (*Cass. com.*, 15 mars 2011, n° 10-13.824 : *JurisData* n° 2011-003902 ; *Bull. civ. IV*, n° 39 ; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 138, note M. Malaurie-Vignal ; *JCP G* 2011, 692, note F. Khodri).

Suite page 6

En mouvement

Bredin Prat accueille Delphine Guillotte et Yohann Chevalier en tant que Counsels au sein des équipes Financement et Droit de la Concurrence.

Delphine Guillotte assiste une clientèle française et internationale dans le cadre d'opérations de financements bancaires, de financement d'acquisition et d'offres publiques, de placements privés et de restructuration de dette. Avant de rejoindre Bredin Prat, Delphine a exercé en tant que conseil au sein du département bancaire et financier de Gide Loyrette Nouel.

Admise au barreau de Paris, Delphine est diplômée de Sciences Po Rennes et Docteur en droit (Les Equity Swaps). Elle est également titulaire d'un DESS Droit des produits et marchés financiers de l'Université de Paris XI en partenariat avec l'ESCP-EAP.

Yohann Chevalier assiste une clientèle française et internationale devant les autorités et juridictions françaises et européennes dans le cadre de contentieux de la concurrence (entente et abus de position dominante).

Il consacre également une grande partie de son activité aux problématiques liées au contrôle des concentrations et à la réglementation européenne des aides d'État. Inscrit au barreau de Paris (2013), Yohann est diplômé du Collège d'Europe (LL.M., 2013) et de Sciences Po Strasbourg (Master en Droit de l'économie et de la régulation en Europe, 2010).

Ana Brandao, avocate spécialisée en droit des sociétés, rejoint **BDO Avocats** ;



Son expérience lui a permis de tisser des liens étroits avec des banques

d'affaires, des réseaux de femmes entrepreneures, des clubs d'investisseurs, des family offices, des fonds d'investissements, etc.

Sa clientèle est essentiellement constituée de start-ups dans les domaines de la tech, de l'intelligence artificielle et du digital mais aussi de PME et de grands groupes internationaux. Ses dossiers se concentrent sur le Private Equity et le M & A en small et mid cap.

Les domaines d'expertise d'Ana couvrent notamment les fusions-acquisitions, les réorganisations, le capital-investissement (levée de fonds, LBO), la gouvernance d'entreprise ainsi que les conflits entre associés.

Soulignons par ailleurs, qu'en l'absence de clause de non-sollicitation, la sollicitation et le débauchage massifs peuvent être appréhendés sous l'angle de la concurrence déloyale lorsqu'ils désorganisent l'entreprise.

2 En quoi les régimes de ces deux clauses se rapprochent-ils ?

Par nature, les clauses de non-concurrence et de non-sollicitation portent atteinte aux libertés fondamentales d'entreprendre et du travail. Ces clauses sont en principe valables en raison de la liberté contractuelle et sur le fondement de l'article 1103 du Code civil, mais leur objet doit être limité.

Contrairement à la clause de non-concurrence, la clause de non-sollicitation ne doit pas impérativement être limitée dans le temps et dans l'espace, et ne requiert pas l'octroi d'une contrepartie financière (*Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-20.438 : JurisData*

n° 2006-034737 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 232, note M. Malaurie-Vignal ; D. 2006, p. 2923, obs. M. Gomy). Néanmoins, dans l'arrêt du 27 mai 2021, la Cour de cassation censure la cour d'appel qui avait opéré une distinction très stricte entre les deux types de clauses. En l'espèce, la Haute Juridiction relève que « la clause litigieuse portait atteinte à la liberté du travail des personnes qui étaient contractuellement liées à ces entreprises ainsi qu'à la liberté d'entreprendre de ces dernières » et que la cour d'appel aurait donc dû rechercher « si ces atteintes étaient proportionnées aux intérêts légitimes que la clause était censée protéger ».

En d'autres termes, même si elle n'est pas conclue avec un salarié, la situation des employés du créancier de cette obligation est prise en compte dans l'appréciation de la validité de la clause. Cela signifie qu'une clause trop restrictive, illimitée dans le temps

et dans l'espace, pourrait être invalidée en ce qu'elle porterait atteinte à la liberté de travail de salariés qui ne sont pourtant pas parties à ladite clause.

3 Les régimes des clauses de non-concurrence et de non-sollicitation sont-ils donc identiques ?

Les régimes continuent de différer sur plusieurs points. En premier lieu, l'obligation de prévoir une durée et une limite géographique n'est pas impérative pour la clause de non-sollicitation, même si la présence de tels critères rendra plus évidente la conformité avec la liberté du travail et la liberté d'entreprendre. En second lieu, l'indemnisation de l'engagement de non-concurrence est une condition de validité impérative pour les clauses de non-concurrence, ce qui n'est pas le cas des clauses de non-sollicitation, qui peuvent être « gratuites ».

Focus

De quelques propositions pour « doper » la médiation de la consommation

Si le dispositif de la médiation de la consommation est désormais bien installé dans le paysage de la médiation en France, il demeure encore sous-utilisé ; constatant qu'il reste insuffisamment connu des consommateurs et des professionnels, alors même qu'il doit contribuer à des relations commerciales confiantes et apaisées, la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC) formule, dans son rapport d'activité 2019-2021, 20 propositions d'évolution du cadre juridique actuel. À ce jour, 91 médiateurs de la consommation ont été mis en place dans l'ensemble des secteurs d'activité. Ils ont été

saisis en 2020 de près de 170 000 demandes de règlement de litiges, soit une hausse de 60 % par rapport à 2017 ; 86 % des saisines recevables ont été menées à terme et plus de 60 % ont fait l'objet de propositions des médiateurs acceptées par les parties.

Le dispositif est désormais bien installé dans le paysage de la médiation en France, mais il demeure encore sous-utilisé car insuffisamment connu des consommateurs et des professionnels. C'est pourquoi la CECMC a jugé indispensable d'assortir son rapport de 20 propositions d'évolution du cadre juridique actuel. Celles-ci visent notamment à aider tous les

professionnels, et en particulier les commerçants de proximité qui sont souvent de très petites entreprises, à désigner un médiateur, par la création d'une entité de médiation spécifique dont ils pourront relever à moindre coût. La CECMC propose également de faciliter l'accès des consommateurs à la médiation, en prévoyant une nouvelle procédure de saisine. Le médiateur serait ainsi valablement saisi d'un litige au terme d'un délai de 2 mois suivant l'envoi par le consommateur d'une réclamation écrite au professionnel, quel que soit le service auquel il l'a adressée et dès lors que cette réclamation n'a pas trouvé de réponse satisfaisante dans ce délai.

La commission propose aussi de supprimer dans les conventions liant les médiateurs aux professionnels toute clause générale d'incompétence du médiateur. Enfin, les autres propositions tendent à rendre le processus de médiation plus fluide et plus transparent. S'agissant plus particulièrement de la médiation d'entreprise, elles visent à renforcer l'indépendance des médiateurs, en veillant notamment à ce qu'ils ne puissent être désignés par l'entreprise moins de 2 ans avant qu'ils n'aient quitté cette dernière (*Minefi, communiqué, 11 oct. 2021*).