



ANTOINE JOUHET MORGAN LEWIS

De nouvelles limites à la liberté contractuelle au nom de la liberté du travail

Deux arrêts récents rendus par la Cour de cassation relatifs à des clauses dites de non-sollicitation et de non-concurrence viennent restreindre un peu plus encore la sphère contractuelle au nom de la liberté du travail. Réaffirmant la valeur absolue de ce principe quelle que soit la source de la restriction (contrat commercial, pacte d'actionnaires), la cour contraint les entreprises à procéder à un état des lieux de leurs documents contractuels.

Clause de non-sollicitation stipulée dans un contrat commercial : la clause interdisant à un salarié de solliciter les clients de son ancien employeur à l'issue de la relation de travail est désormais purement et simplement assimilée par la Cour de cassation à une clause de non-concurrence (Cass. soc. 10 décembre 2008, n° 07-43371, *Entreprise & Carrières*, n° 949). Elle est donc soumise aux mêmes conditions de validité et doit être stipulée par écrit, être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, être limitée dans le temps et dans l'espace, tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié et, depuis 2002, comporter une contrepartie financière (Cass. soc. 2 mars 2011, n° 08-43609).

La Cour de cassation vient de juger qu'une clause de non-sollicitation stipulée dans un contrat commercial conclu avec une société cliente, qui empêchait un salarié d'être recruté par ce client, avait porté atteinte à sa liberté de travailler et justifiait le paiement par l'employeur d'une indemnité au titre du préjudice subi (Cass. soc. 2 mars 2011, n° 09-40547).

Clause de non-concurrence stipulée dans un pacte d'actionnaire : à ce jour, bien que la chambre commerciale de la Cour de cassation exerce un contrôle de proportionnalité, elle n'érige pas le versement d'une contrepartie financière en condition de validité d'un engagement de non-concurrence souscrit par un mandataire social, un associé ou un actionnaire.

Visant le principe fondamental du libre exercice d'une activité professionnelle et l'article 1131 du Code civil, elle vient pourtant de décider que, lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un

salarié, par ailleurs actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de non-concurrence signée par lui n'est licite que si elle comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière (Cass. com. 15 mars 2011, n° 10-13824).

Cette exigence est, pour le moment, limitée aux salariés également actionnaires ou associés. La prudence est toutefois de mise, dans la mesure où il nous paraît de plus en plus difficile d'expliquer que le principe du libre exercice d'une activité professionnelle joue pleinement en faveur des salariés, mais perd soudainement de sa vigueur à l'égard des mandataires sociaux, associés ou actionnaires. Il nous semble donc que cet arrêt constitue une étape et qu'il est désormais prudent de prévoir le versement d'une indemnité financière en contrepartie des engagements souscrits par ces personnes.

Indemnisation du salarié : on savait déjà que l'absence de contrepartie financière entraîne la nullité de la clause de non-concurrence et que le salarié qui a respecté une clause nulle a le droit d'être indemnisé pour le préjudice subi. La Cour de cassation précise désormais que la simple stipulation d'une clause de non-concurrence nulle cause préjudice au salarié, devant être réparé par l'octroi de dommages-intérêts (Cass. soc. 12 janvier 2011, n° 08-45280 et 30 mars 2011, n° 09-70306). L'employeur ne peut ainsi échapper à l'indemnisation du salarié en le déliant de son obligation au moment de la rupture du contrat de travail.

La Cour de cassation poursuit donc son œuvre créatrice de droit en réaffirmant le caractère absolu du principe de liberté du travail des salariés. Les employeurs doivent donc agir avec discernement lorsqu'ils envisagent de recourir à de telles clauses. Il nous semble que la Haute juridiction serait bien inspirée de protéger avec autant de vigueur les intérêts des entreprises et de réprimer avec autant de sévérité les actes de concurrence déloyale accomplis par des salariés ou anciens salariés.

Antoine Jouhet, avocat au Cabinet Morgan Lewis, membre d'Avosial, le syndicat des avocats en droit social.