



INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

N° X2421805	
Décision attaquée : 26 septembre 2024 de la cour d'appel d'Orléans	

Au Forum du Bâtiment C/ La société Quincaillerie Setin	
Jean Lecaroz, avocat général	AVIS de l'avocat général

Les sociétés Au Forum du Bâtiment et Quincaillerie Setin, venant aux droits de la société G. Jorlin à Fils, étaient membres du groupement d'intérêt économique (GIE) EQIP dans le secteur d'activité de vente de quincaillerie de bâtiment aux professionnels.

En juin 2018, le GIE a adopté une nouvelle clause de son règlement intérieur, en son article 14, dont les alinéas 3, 6, 7 et 9 sont ainsi rédigés :

« ARTICLE 14 - BONNE CONDUITE AU REGARD DU DROIT DE LA CONCURRENCE »

[...alinéa 3 :

En matière sociale et d'emploi, et sauf meilleur accord des Membres concernés, tout Membre s'interdit :

- de recruter, embaucher ou débaucher un salarié d'un autre Membre du Groupement dont le contrat de travail est en cours ;
- de recruter ou embaucher un salarié d'un autre Membre du Groupement dans les SIX mois suivant le dernier jour du contrat de travail les ayant liés.

[... alinéa 6 :

Sauf meilleur accord des Membres concernés, toute violation des dispositions ci-dessus en matière sociale et d'emploi entraînera automatiquement au profit du Membre victime de

celle-ci le versement de dommages-intérêts forfaitaires fixés à un montant équivalent à 0,5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé par le Membre auteur de l'infraction sur le dernier exercice comptable complet, avec un minimum de 50 K€ et un maximum de 250 K€

[... alinéa 7 :

Le versement des dommages-intérêts ci-dessus ne prive pas par ailleurs le Membre victime de l'infraction d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice.

[... alinéa 9 :

Les membres reconnaissent que les présentes dispositions ne portent pas une atteinte disproportionnée à leur liberté d'entreprendre et s'inscrivent pleinement dans le respect des principes de loyauté, de bonne conduite et de coopération devant présider aux rapports au sein du Groupement. »

Le 28 septembre 2020, la société Au Forum du Bâtiment a acquis le fonds de commerce d'une société de quincaillerie de bâtiment dénommée Boutard, et a repris consécutivement son personnel, dont Mme [Q] [T], commerciale. Toutefois le 24 octobre 2020, Mme [T] a présenté sa démission, et son contrat de travail a pris fin le 4 décembre 2020.

Ayant appris que Mme [T] avait été recrutée dès sa démission par la société G. Jorlin & Fils, aux droits de laquelle est venue la société Quincaillerie Setin, la société Au Forum du Bâtiment l'a mise en demeure par lettre du 26 janvier 2021 de lui payer une indemnité de 250 000 euros en réparation de son préjudice découlant de la violation de la clause du règlement intérieur du GIE.

N'ayant pas obtenu satisfaction, la société Au Forum du Bâtiment a fait assigner la société Quincaillerie Setin devant le tribunal de commerce d'Orléans suivant acte du 26 mars 2021 en condamnation à lui payer :

- 250 000 euros à titre de dommages-intérêts pour violation du règlement intérieur du GIE EQIP,
- 15 000 euros à titre de dommages-intérêts pour résistance abusive.

Par **jugement du 16 juin 2022**, le tribunal de commerce d'Orléans a notamment fixé à la somme de 100 000 euros le montant dû par la société G. Jorlin & Fils à la société Au Forum du Bâtiment au titre de la clause pénale et rejeté les autres demandes des parties en dommages-intérêts.

La société Quincaillerie Setin a relevé appel de cette décision par déclaration en date du 5 juillet 2022.

Par **arrêt du 26 septembre 2024**, la cour d'appel d'Orléans a infirmé le jugement sauf en ce qu'il a rejeté les demandes des parties pour procédure et résistance abusives et, statuant à nouveau, a notamment :

- déclaré illicite la clause de non-débauchage de l'article 14 du règlement intérieur du groupement EQIP sur laquelle la société Au Forum du Bâtiment fonde sa demande indemnitaire,
- rejeté la société Au Forum du Bâtiment de sa demande en paiement.

2.- Discussion

Comme le propose Mme la conseillère rapporteure, le second moyen peut faire l'objet d'un rejet non spécialement motivé. Le grief de la branche unique de ce moyen, qui invoque la mauvaise foi des sociétés G Jorlin & Fils et Quincaillerie Sétin, est présenté pour la première fois devant la cour de cassation. Ce grief, en ce qu'il suppose d'apprécier les comportements de ces sociétés est mélangé de fait et de droit. Le grief est donc nouveau et, partant, irrecevable, devant la Cour de cassation. Il ne peut donc être accueilli.

Reste donc à juger le premier moyen de cassation qui comporte une branche unique. Ce moyen pose la question de savoir sur qui pèse la charge de la preuve qu'une clause de non-sollicitation est proportionnée aux intérêts légitimes à protéger et donc licite.

2.1.- Rappels factuels et de l'évolution de la jurisprudence de la chambre commerciale

2.1.1.- Rappels factuels

Comme le rappelle M. Testu ¹, « Il arrive de plus en plus souvent que deux entreprises entretiennent des relations suivies, dans des domaines identiques ou complémentaires de compétence. Cela donne l'occasion à chaque entreprise de connaître les salariés de l'autre, d'autant plus que la gestion bien comprise des ressources humaines invite à ne pas changer des équipes efficaces : si les équipes en interface fonctionnent, on ne change pas les personnes impliquées. Si l'on considère par ailleurs que le progrès technologique tend à une certaine raréfaction des vraies compétences individuelles, chaque entreprise se trouve tentée d'aller rechercher chez un cocontractant les ressources humaines qui lui font défaut. Le phénomène des clusters a accentué le problème : pour rationaliser l'organisation des projets, les autorités encouragent le regroupement, sur un même lieu, d'entreprises qui développent des activités analogues ou complémentaires, si bien que les chercheurs, les ingénieurs ou les *business developers* de diverses entreprises se voient régulièrement, ne serait-ce que dans le restaurant d'entreprises qui fait partie de l'infrastructure générale. Rien de plus naturel, dans ces conditions, de faire appel aux compétences voisines, ce qui peut tourner au débauchage actif... C'est par rapport à ce type de risque que la convention de non-sollicitation prend tout son sens.

[...] La clause de non-sollicitation, qui est conclue entre deux entreprises, c'est-à-dire deux employeurs, consiste pour l'essentiel en ce que chaque entreprise prend l'engagement de ne pas embaucher un salarié de l'autre. Cette pratique d'origine américaine ², que l'on rencontrait déjà en France, s'y est répandue de façon importante lorsque la Cour de cassation a bridé l'effet des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail, en imposant une contrepartie financière [...] dont la clause de non-sollicitation reste libre. »

Ces clauses de non-sollicitation peuvent apparaître dans des documents divers. Le pourvoi nous montre l'exemple du règlement intérieur d'un GIE, mais la clause peut apparaître dans tout type de document (pactes d'actionnaires résultant de prises de participations croisées, cotraitance, ou sous-traitance, contrats conclus à l'occasion de portage ou de mise à disposition de salariés...)

2.1.2.- Rappels sur l'évolution de la jurisprudence de la chambre commerciale sur la clause de non-sollicitation

Ces vingt dernières années, la jurisprudence de la chambre commerciale relative aux clauses de non-sollicitation, conclues entre sociétés s'interdisant de débaucher leurs personnels ³, a connu des évolutions notables, qui l'ont rapprochée du régime des clauses de non-concurrence.

Il est admis de longue date que pour être licite, une clause de non-concurrence doit être limitée quant à la nature de l'activité interdite, ainsi que dans l'espace et dans le temps et qu'elle doit, en outre, être proportionnée aux intérêts légitimes à protéger (Com., 18 novembre 2008, n° 07-18.599, F-D ; Com., 24 novembre 2009, n° 08-17.650, F-D, Com., 11 mai 2017, n° 15-12.872, F-D).

En revanche, et jusqu'en 2021, il n'existait pas de jurisprudence similaire pour les clauses de non-sollicitation de personnel.

Ainsi, dans un arrêt du 10 mai 2006, la chambre commerciale a jugé que « seul le salarié peut se prévaloir du trouble qu'est susceptible de lui causer une clause de non-sollicitation ne comportant pas de contrepartie financière » (Com. 10 mai 2006, n° 04-10.149, Bull. civ. IV, n° 116). Dans un arrêt du 11 juillet 2006, cassant un arrêt pour dénaturation d'une convention, elle a énoncé que « la clause de non-sollicitation (...) ne constitue pas une clause de non-concurrence dont elle n'est ni une variante, ni une précision de celle-ci » (Com. 11 juill. 2006, n° 04-20.438, F-D).

Mais par une décision importante rendue en 2021, vous avez jugé que la clause de non-sollicitation de personnel est soumise pour sa validité à la même exigence de proportionnalité que la clause de non-concurrence, sans toutefois viser expressément les conditions de limitations temporelles et géographiques.

Ainsi, « Une stipulation contractuelle qui porte atteinte aux principes de liberté du travail et de liberté d'entreprendre n'est licite que si elle est proportionnée aux intérêts légitimes à protéger compte tenu de l'objet du contrat. Prive sa décision de base légale, la cour d'appel qui ne recherche pas, comme elle y était invitée, si l'atteinte portée, par la clause de non-sollicitation conclue entre entreprises concurrentes, à la liberté du travail des personnes contractuellement liées à ces entreprises ainsi qu'à la liberté d'entreprendre de ces dernières, est proportionnée aux intérêts légitimes que la clause est censée protéger (Com., 27 mai 2021, n° 18-23.261, 18-23.699, FS-P).

Comme l'indique l'un des commentaires consacrés à cet arrêt ⁴, celui-ci permet « de clarifier que la clause de non-sollicitation de personnel doit, comme la clause de non-concurrence, être nécessaire à la protection d'un intérêt légitime de l'entreprise bénéficiaire et proportionnée à cet intérêt. En effet, si la clause de non-sollicitation n'a pas le même objet que la clause de non-concurrence et ne pèse pas directement sur le salarié, pour autant elle porte atteinte à la liberté du travail de ce dernier et à la liberté d'entreprendre de la société débitrice de l'obligation de non-sollicitation ».

Mme Bellino, conseillère référendaire, ajoute que « Cet arrêt s'inscrit ainsi dans le mouvement jurisprudentiel d'encadrement des clauses de non-sollicitation, initié par la chambre sociale, qui avait déjà jugé qu'une clause de non-sollicitation, qui porte atteinte à la liberté de travailler d'un salarié, cause à celui-ci un préjudice qui doit être indemnisé (Soc. 2 mars 2011, n° 09-40.547, F-D).

2.2.- La proportionnalité de la clause de non-sollicitation : les intérêts légitimement protégés au regard de la liberté d'entreprendre et de la liberté de

travailler

Dans les relations commerciales entre les sociétés cocontractantes, la clause de non-sollicitation constitue une garantie pour celle qui en bénéficie contre le risque de débauchage et, au-delà, contre le risque que des salariés anciennement à son service soient recrutés par un partenaire contractuel opérant dans le même secteur d'activité. Elle est, en cela, de nature à satisfaire un intérêt légitime.

Mais les libertés à prendre en compte dans votre décision de 2021, pour que la clause reste limitée sont au nombre de deux, auxquelles s'ajoutent un nouvel élément, compte tenu de l'actualité juridique récente.

Le premier principe réside dans la liberté du travail. Les intérêts du salarié de l'employeur ayant souscrit la clause de non-sollicitation sont directement touchés. Les restrictions qu'emportent de telles clauses portent atteinte à la liberté de mobilité des salariés, en limitant leur possibilité d'accéder à une meilleure rémunération, à une évolution de carrière plus favorable ou à de meilleures conditions chez un concurrent.

Elle est parfois qualifiée de clause maligne dans les effets qu'elle produit vis-à-vis des salariés de l'entreprise créancière qui subissent les conséquences de l'interdiction faite à sa cocontractante de les recruter, ce qui restreint de fait leur liberté d'exercer leur activité professionnelle pour le compte de l'employeur de leur choix. Il a été relevé qu'elle constitue, de ce point de vue, un équivalent gratuit d'une clause de non-concurrence, qualification qu'elle ne peut toutefois recevoir (Ph. Stoffel-Munck, note ss CA Lyon, 12 juill. 2005 : JurisData n° 2005-284803 ; Comm. com. électr. 2006, comm. 26).

L'autre principe auquel la clause de non-sollicitation est de nature à porter atteinte est celle de la liberté d'entreprendre. Selon un auteur ⁵ « [...] la liberté d'entreprendre, est altérée par l'obligation de non-sollicitation en ce que l'entreprise qui y est tenue ne peut pas recruter les salariés, voire d'anciens salariés, de son cocontractant pour en faire ses propres prestataires contractuels. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'éclairer cet aspect de « la liberté d'entreprendre de l'employeur qui, responsable de l'entreprise, doit pouvoir, en conséquence, choisir ses collaborateurs » (Cons. constit., 20 juill. 1988, n° 1988-244 DC). De fait, la liberté d'entreprendre couvre tous les aspects de l'exercice d'une activité économique : la gestion, la stratégie, la gouvernance, la politique de recrutement ; et elle est en cela la liberté de faire appel aux personnes de son choix à condition de ne pas pratiquer des discriminations et de ne pas enfreindre des interdits liés, notamment, à une clause de non-concurrence. Cette liberté est donc bridée lorsque, comme en l'espèce, une société est empêchée contractuellement d'embaucher les commerciaux employés ou ayant été employés par une autre société appartenant au même groupement de fournisseurs. »

Enfin, à notre sens, il conviendrait de tenir compte des atteintes portées au principe de libre concurrence que la clause de non-sollicitation emporte. L'actualité récente du droit de la concurrence en donne deux illustrations.

Le 11 juin 2025, l'Autorité de la concurrence (AdIC) a sanctionné plusieurs entreprises opérant dans les secteurs de l'ingénierie, du conseil en technologique et des services informatiques pour de pratiques de non-débauchage par lesquelles s'interdisaient de solliciter ou de débaucher leur personnel respectif (AdIC, 11 juin 2025, déc. N° 25-D-03).

Reprenant votre jurisprudence de 2021, l'AdIC a notamment « mené une analyse circonstanciée des clauses de non-sollicitation contenues dans les contrats de

partenariats. Si elle a considéré, au cas d'espèce, qu'elles ne pouvaient pas être qualifiées de restriction de concurrence, notamment au regard de leur champ temporel et matériel limité et des objectifs qu'elles poursuivaient, cette analyse ne préjuge toutefois pas de la possibilité que de telles clauses, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, soient considérées comme anticoncurrentielles par objet dans de futurs dossiers » (Communiqué de presse du 11 juin 2025).

Pour l'Autorité, de tels comportements ont eu pour effet de neutraliser la concurrence sur le marché en amont du recrutement et de la fidélisation des talents. Plus précisément, selon elle, il s'agit d'une entente caractérisée ayant pour objet de « limiter la liberté commerciale de chacun de ses membres en matière d'embauche de personnel, les parties ayant renoncé à se faire concurrence sur l'un des paramètres parmi les plus stratégiques de leur activité, à savoir les ressources humaines ». [6](#)

Cette approche confirme que la limitation de la mobilité des salariés peut constituer une entente par objet, en violation des règles de concurrence. En particulier dans des secteurs où les talents sont stratégiques, les ressources humaines ne doivent plus être considérées comme une simple composante des coûts de production, mais davantage comme un véritable paramètre de concurrence. En l'espèce, les accords généraux conclus par les entreprises ont neutralisé la concurrence pour l'accès à ces ressources rares, et en cela, elles constituent des restrictions de concurrence par objet. [7](#)

Cette décision de l'AdIC est intervenue seulement quelques jours après que la Commission européenne a sanctionné des pratiques analogues dans le secteur de la livraison de repas (Comm. UE, 2 juin 2025, aff. AT.40795 - Food delivery services). La Commission européenne a infligé des sanctions contre deux grands acteurs de la livraison de repas Delivery Hero et Glovo. Selon M. Lemonnier, « Dans ce secteur grand public, la concurrence se joue non seulement sur l'acquisition de consommateurs et l'accès aux restaurants partenaires, mais aussi, de plus en plus, sur le recrutement et la rétention des coursiers. Les deux entreprises concernées avaient mis en place une coordination anticoncurrentielle constituée de plusieurs volets puisqu'elles s'étaient entendues pour ne pas débaucher leurs salariés respectifs, échanger des informations commercialement sensibles et se répartir les marchés géographiques. » [8](#)

Selon le même auteur, la Commission européenne a synthétisé son approche dans son *Competition Policy Brief* du 3 mai 2024, dans lequel elle indique que les accords de non-débauchage et de fixation des salaires sont susceptibles d'être qualifiés de « restrictions par objet » [9](#). Elle précise que cela s'applique désormais aux marchés du travail dans de nombreux secteurs et vise à renforcer l'application du droit de la concurrence dans tous les domaines où les ressources humaines jouent un rôle déterminant dans la dynamique concurrentielle.

Et l'auteur [10](#) de conclure qu'il existe un mouvement international des autorités de la concurrence d'apprécier les politiques de ressources humaines des entreprises. Cette politique a été initiée par les autorités américaines (*Department of Justice* et *Federal Trade Commission*), qui « ont mené des actions civiles contre les entreprises concluant des accords de fixation des salaires ou de non-sollicitation mutuelle, réglées par des *consent decrees* ».

Les atteintes portées à ces principes, qui sont avérées et reconnues par votre jurisprudence de 2021, au moins partiellement, devraient vous conduire à retenir des

règles probatoires particulières.

2.3.- Proposition de réponse sur la charge de la preuve

Dans son article très éclairant, M. Grégoire Loiseau [11](#) explique que votre arrêt rendu en 2021 « opère bel et bien un changement de perspective puisque la clause de non-sollicitation, qui était jusqu'à présent valable entre les parties au contrat commercial, ne l'est dorénavant plus en principe et se retrouve sous la menace d'être remise en cause. Son maintien en vigueur est certes concevable, mais il dépend a posteriori d'une preuve dont le succès peut être difficilement anticipé. »

Il explique que le contrôle de validité de la clause de non-sollicitation peut être décomposé : « Dans une première approche, la clause contraire à un droit ou à une liberté fondamentale est nulle et peut être techniquement réputée non écrite. Ensuite seulement, son élimination est susceptible d'être évitée s'il peut être établi que la clause est indispensable à la protection d'un intérêt légitime et proportionnée au but recherché, ce que la chambre commerciale contracte ici en exigeant qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes à protéger. »

En d'autres termes, la clause de non-sollicitation de personnel peut être validée s'il est établi qu'elle « est proportionnée aux intérêts légitimes à protéger compte tenu de l'objet du contrat », et dans des limites acceptables quant aux atteintes portées à des droits et libertés fondamentales et à la libre concurrence.

Cette charge de la preuve reposerait donc sur le signataire de la clause de non-sollicitation de personnel qui en demande l'application.

Cette solution nous paraît être en harmonie avec le dernier état de votre jurisprudence et les décisions qui pourront intervenir devant les juridictions compétentes en matière de conflits individuels du travail. Qui mieux que l'opérateur économique, qui est aussi l'employeur, est en mesure d'apporter ces éléments de preuve ?

Il ne nous paraît pas de bonne administration de la justice de prévoir des règles probatoires différentes, du moins en ce qui concerne la charge la preuve, dans des contentieux connexes, qui pour les uns opposeraient les entreprises cosignataires de la clause et, pour les autres, les entreprises et leurs salariés. La jurisprudence de la Cour de cassation risquerait de s'en trouver brouillée et donner lieu à des décisions contradictoires entre la chambre commerciale et la chambre sociale de la Cour de cassation.

Pour poursuivre, en matière probatoire, le raisonnement de M. Loiseau, il existerait, dans un premier temps, une présomption d'invalidité de la clause de non-sollicitation, qui ne pourrait être combattue que par la preuve contraire de sa proportionnalité. Si cette architecture devait être retenue, il appartiendrait à celui qui invoque l'application de la clause de non-sollicitation de rapporter la preuve de sa proportionnalité à l'intérêt légitime qu'elle protège, au regard duquel l'atteinte est ainsi portée à la liberté du travail et à celle d'entreprendre.

C'est exactement la motivation suivie par la chambre commerciale de la cour d'appel d'Orléans à laquelle nous adhérons pleinement.

Nous concluons donc au rejet du pourvoi.

¹ M. François-Xavier Testu, « Chapitre 63 - Clauses de non-sollicitation », in *Dalloz références Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010.

² Appelée *non-solicitation provision*, *anti-poching provision*, ou *non-recruit provision*.

³ On notera que les entreprises peuvent aussi conclure entre elles des clauses de non-sollicitation de clientèle (ou de non-détournement de clientèle).

⁴ Mmes Stéphanie Barbot, Clotilde Bellino, Charlotte de Cabarrus, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », Dalloz 2021, p. 2262.

⁵ Grégoire Loiseau, « Pleins feux sur la clause de non-sollicitation », *Semaine juridique Sociale (JCPS)*, n° 28, du 13 juillet 2021, n° 28, note sous votre arrêt rendu en 2021.

⁶ Décision n° 25-D-03, 11 juin 2025, § 506.

⁷ Aut. conc., déc. n° 25-D-03, 11 juin 2025, préc., pt 770 : « Or, en l'espèce, il a été démontré que les pratiques visées par les deux griefs constituent des ententes de répartition des sources d'approvisionnement qui relèvent de l'article 101, paragraphe 1, sous c), du TFUE, lesquelles sont considérées comme étant d'une particulière gravité au regard de leur objet, sans qu'il soit besoin d'en examiner les effets ».

⁸ Jean-Julien Lemonnier, « Quand les autorités de concurrence s'intéressent aux politiques de ressources humaines d'entreprises concurrentes », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 155, p. 21-24 ;

⁹ Comm. UE, Competition policy brief – Issue 2, mai 2024 : « In general terms, concerning the nature of the services, labour is a fundamental factor of production and the ability to attract talent is a key competitive parameter » (p. 5) ; « Wage-fixing and no-poach agreements each fall “within one of the situations referred to in Article 101 TFEU”, respectively, as a form of purchase price fixing under Articles 101(1)(a) TFEU and as a form of supply market sharing (supply-source sharing) under Article 101(1)(c) TFEU, and therefore the analysis of the legal and economic context can indeed be limited to what is strictly necessary » (p. 3). Accessible via ce lien : https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/adb27d8b-3dd8-4202-958d-198cf0740ce3_en?filename=kdak24002enn_competition_policy_brief_antitrust-in-labour-markets.pdf.

¹⁰ Article précité ; M. Lemonnier situe l'intérêt naissant des autorités à « L'affaire emblématique dite de la Silicon Valley en 2010, impliquant Apple, Google, Intel, Adobe, Pixar et Intuit, [qui] a révélé l'existence d'accords visant à s'interdire le débauchage réciproque d'ingénieurs. Le DOJ a estimé que ces pratiques avaient artificiellement réduit la concurrence sur le marché de l'emploi qualifié. À la suite d'une class action, les entreprises ont versé 415 millions de dollars à leurs anciens salariés. ».

¹¹ M. Grégoire Loiseau, « Pleins feux sur la clause de non-sollicitation », *La Semaine juridique Social* n° 28, 13 juillet 2021, n° 1182.