



Par Delphine Bariani, associée,



et Antoine Fouassier, collaborateur, STC Partners

Des subtilités de la rédaction d'une clause de non-concurrence dans un pacte d'actionnaires

Alors que le régime de la clause de non-concurrence est inscrit dans une jurisprudence bien constante, le trouble s'installe parfois chez les praticiens lorsque l'associé débiteur de l'obligation de non-concurrence est également titulaire d'un mandat social ou d'un contrat de travail au sein de cette société.

De manière générale, la clause de non-concurrence limite la liberté de son débiteur d'exercer la même activité au profit d'un concurrent ou à son propre compte après la cessation de ses fonctions ou du transfert du dernier de ses titres au sein de la société. L'objectif de la clause étant de préserver les intérêts de l'entreprise.

L'obligation de non-concurrence se distingue de l'obligation de loyauté dans la mesure où elle ne s'impose qu'après la fin des relations du débiteur avec la société tandis que l'obligation de

sionnelles exclusivement au profit d'une seule entreprise ou groupe.

La clause de non-concurrence peut figurer dans les statuts de la société, dans un pacte extrastatutaire (pacte d'actionnaires ou d'associés), dans un contrat de travail ou dans une convention dite de management. Il convient de rappeler que lorsque la clause est statutaire, elle s'impose à tous les associés (présents et futurs). En revanche, lorsque la clause est extrastatutaire, elle doit être soumise à la procédure des conventions réglementées si elle est conclue dans une SARL, une SA ou une SAS par un actionnaire qui détient plus de 10% des actions.

La diversité des supports sur lesquels peut figurer une clause de non-concurrence suscite des difficultés, notamment lorsque le débiteur de l'obligation de non-concurrence cumule les qualités

La clause de non-concurrence peut figurer dans les statuts de la société, dans un pacte extrastatutaire, dans un contrat de travail ou dans une convention dite de management.

loyauté a vocation à s'appliquer pendant et après la relation. La clause de non-concurrence se distingue également de la clause d'exclusivité, laquelle s'applique pendant l'exécution du contrat et qui interdit au salarié d'avoir plusieurs employeurs en même temps. Ce type de clause contraint le salarié ou mandataire à consacrer sa disponibilité et ses compétences profes-

sionnelles exclusivement au profit d'une seule entreprise ou groupe.

Or, à la même clause deux régimes peuvent s'appliquer à savoir, d'une part, le régime applicable aux clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de travail, et, d'autre part, le régime applicable aux clauses de non-concurrence insérées

dans un acte statutaire ou extrastatutaire. La coexistence des qualités d'actionnaire/associé et salarié/mandataire ont rendu la frontière entre les deux régimes existants fort ténue.

1. Le principe de la libre concurrence entre associés

L'associé d'une société n'est pas tenu, ès qualités, d'une obligation de non-concurrence. Sur le fondement de la liberté du commerce et de l'industrie (décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791), duquel découlent deux principes sous-jacents, la liberté d'entreprendre et la libre concurrence.

L'associé est ainsi protégé en principe de toute obligation de non-concurrence, sous réserve

que la concurrence exercée ne soit déloyale, l'associé devra alors notamment à ce titre se prévenir de détourner la clientèle de la société dans laquelle il exerce ou exerçait.

Ce principe est conforté par une jurisprudence constante selon laquelle la Cour de cassation précise notamment que «sauf stipulation contraire, l'associé d'une SARL n'est pas, en cette qualité, tenu de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société», cette solution ayant été confirmée ultérieurement (Cass. com., 15 novembre 2011 n° 10-15.049 ; Cass. com., 19 mars 2013 n° 12-14.407).

Toutefois, le principe de la libre concurrence qui s'applique aux associés peut faire l'objet de certaines limitations, notamment en raison de la forme sociale de la société concernée ou de par son statut au sein de la société.

Certaines formes sociales interdisent ainsi aux associés de concurrencer la société : tel est par exemple le cas pour les SCP (loi n° 66-879, 26 novembre 1966, article 4) et les SEL (loi n° 90-1258, 31 décembre 1990, article 21).

Concernant le cumul des fonctions, le principe de libre concurrence n'est également pas applicable à l'associé qui exerce en parallèle un mandat social ou si l'associé a conclu un contrat de travail avec la société. En effet, lorsque l'associé est également salarié de la société, il faudra veiller à ce qu'il ne soit pas soumis à obligation de non-concurrence résultant d'une clause insérée dans son contrat de travail.

Enfin, il est important de souligner que sur le fondement de la garantie d'éviction du fait d'un tiers ou de son fait personnel (Code civil, article 1626), l'associé ayant réalisé un apport en industrie (ses connaissances techniques, son travail ou ses services), d'un fonds de commerce ou de clientèle est également tenu légalement d'une obligation de non-concurrence.

2. Le versement d'une indemnité compensatrice est de droit dès que le débiteur de l'obligation de non-concurrence est salarié

La validité d'une clause de non-concurrence est soumise à des conditions strictes en raison de l'atteinte qu'elle porte à des principes fondamentaux. Les principes invoqués par la jurisprudence diffèrent selon le domaine. Ainsi, la chambre com-

merciale considère que la clause de non-concurrence porte atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'au principe de la liberté d'entreprendre. Quant à la chambre sociale, elle se fonde exclusivement sur l'atteinte au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle. C'est en raison des atteintes portées à des libertés fondamentales que la jurisprudence, tant sociale que commerciale, est venue assortir la clause de non-concurrence de condi-

Sur le fondement de la garantie d'éviction du fait d'un tiers ou de son fait personnel, l'associé ayant réalisé un apport en industrie, d'un fonds de commerce ou de clientèle est tenu légalement d'une obligation de non-concurrence.

tions de validité. Les clauses de non-concurrence nécessitent d'être strictement encadrées et il est essentiel de rappeler que le régime juridique qui lui est applicable diffère selon le support de la clause de non-concurrence.

En droit commercial, les conditions de validité ont été posées au fil de la jurisprudence (Cass. com., 4 mai 1993, n° 91-17.937, Cass. com., 18 novembre 2008). Pour être valable, la clause de non-concurrence doit remplir cumulativement les conditions suivantes : être limitée dans l'espace et/ou dans le temps (conditions alternatives), être proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, et avoir un motif légitime.

En droit social, les conditions de validité d'une clause de non-concurrence ont été dégagées par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-45.135). Pour être valable, la clause de non-concurrence doit remplir les conditions cumulatives suivantes : être limitée à la fois dans le temps et dans l'espace, être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, tenir compte des spécificités des fonctions exercées par le salarié, et prévoir le versement d'une contrepartie financière par l'employeur au profit du salarié.

Même si cette obligation n'est pas requise concernant un mandataire social, notons que la pratique a tendance à aligner de façon conventionnelle la situation des mandataires avec celle des salariés, à tout le moins lorsque la relation contractuelle avec la société a été formalisée.

Le régime juridique applicable aux clauses de non-concurrence figurant dans les pactes d'actionnaires ou dans les contrats de cession d'actions est ainsi plus souple que celui applicable aux clauses de non-concurrence figurant dans les contrats de travail puisque le critère de la contrepartie financière n'est exigé que dans le cadre du contrat de travail.

Cette dualité de régime pose notamment des difficultés lorsque l'on est en présence d'un cumul de la qualité d'associé avec un contrat de travail, alors même que la clause de non-concurrence figure dans le pacte et non dans le contrat de travail.

Par un célèbre arrêt en date du 15 mars 2011 n° 10-13.824, la chambre commerciale de la Cour de cassation a dans ces conditions aligné sa position sur la position de la chambre sociale et affirme que pour être licite, la clause doit «être indispensable à

la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, tenir compte des spécificités des fonctions exercées par le débiteur et comporter l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financières». Ces conditions sont cumulatives.

Dans le cadre d'un cumul des fonctions associé et salarié, la chambre commerciale s'aligne ainsi sur la jurisprudence dégagée par la chambre sociale en exigeant une limitation temporelle et spatiale et en imposant désormais le versement d'une contrepartie financière.

Dès lors que le débiteur d'une obligation de non-concurrence est salarié de la société, une contrepartie financière doit lui être versée, peu importe que la clause figure dans les statuts, dans le contrat de travail, dans le pacte ou dans le règlement intérieur.

En droit commercial, la clause de non-concurrence doit remplir cumulativement les conditions suivantes : être limitée dans l'espace et/ou dans le temps (conditions alternatives), être proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, et avoir un motif légitime.

A ce titre la perception d'un prix de cession ne constitue pas à lui seul une indemnité suffisante.

Cette solution évite le contournement envisagé de la protection qui est accordée au salarié en insérant la clause de non-concurrence dans un pacte plutôt que dans le contrat de travail pour faire échec au versement d'une contrepartie financière.

Il est en outre possible de s'interroger sur la forme que doit prendre cette contrepartie financière. Il semblerait que l'attribution de droits sociaux puisse constituer une contrepartie acceptable, ainsi la nature de la contrepartie importerait peu. L'arrêt du 15 mars 2011 semble implicitement autoriser que la contrepartie prenne une autre forme que de l'argent, à condition toutefois que les parties se soient expressément entendues sur la forme que doit prendre la contrepartie.

Si la contrepartie financière résulte d'une somme d'argent, il est utile de souligner que le versement peut intervenir avec

un paiement «up-front» dès le début de l'entrée en vigueur de la clause, de façon échelonnée tout au long de sa durée ou un mélange des deux. Le montant de la contrepartie est un sujet de négociation constante mais la pratique accepte rarement un seuil inférieur à 30% voire 40% de la rémunération brute perçue par le débiteur sur les douze derniers mois.

3. Sanctionner la violation de la clause de non-concurrence

L'obligation de non-concurrence est assimilée à une obligation de ne pas faire. Le régime applicable est celui de l'article 1217 du Code civil qui énumère les solutions envisageables en cas de violation de la clause de non-concurrence par le débiteur de l'obligation.

L'obligation de non-concurrence s'applique en principe après la rupture du contrat ou la cession des titres préalablement détenus, voire la résiliation du pacte auquel le bénéficiaire a souscrit. Il revient alors aux parties de s'accorder dans leurs relations contrac-

tuelles sur la durée de cette obligation.

En cas de violation de l'obligation de non-concurrence par son débiteur, plusieurs sanctions sont envisageables.

En premier lieu, le créancier de l'obligation peut réclamer l'exécution forcée de celle-ci. Le débiteur sera ainsi contraint de cesser l'activité concurrence (Cass. com., 21 février 1862, Cass. com., 23 avril 1985). Ensuite, la clause peut prévoir que la violation de l'obligation de non-concurrence sera sanctionnée par le remboursement des sommes perçues à compter du moment où la survenance de la concurrence est avérée. Aussi, le débiteur de l'obligation peut être condamné à verser des indemnités.

Pour conclure, au-delà du support dans lequel la clause de non-concurrence a été inscrite une question importante concerne la preuve de sa violation qui peut être parfois très difficile à obtenir en pratique. ■