

Pacte d'actionnaires : validité d'une clause de non-concurrence d'un actionnaire salarié

Principe posé par l'arrêt de la Cour de cassation : la clause de non-concurrence doit être assortie d'une contrepartie financière.



Par Marie Michel-Verron,
avocat



et Christophe Pichard,
avocat associé, Pichard
& Associés

La Cour de cassation, par un arrêt du 15 mars 2011, vient de rendre une décision qui pourrait changer radicalement le contenu de certaines dispositions des pactes d'actionnaires en ce qui concerne les salariés devenant actionnaires de la société qui les emploie. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que «lorsque [la clause de non-concurrence] a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de non-concurrence signée par lui, n'est licite

La Cour de cassation semble retenir seulement le fait que cette clause entrave le libre exercice d'une activité professionnelle d'un salarié, sans considération liée au fait qu'elle résulte d'un pacte d'actionnaires et non du contrat de travail de la personne en question.

que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives».

La Cour de cassation censure ainsi la décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 12 novembre 2009 qui avait retenu le principe selon lequel «la validité d'une clause de non-concurrence insérée dans un pacte d'actionnaires n'est pas

subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière».

Les faits de l'espèce étaient relativement simples et classiques : un salarié, Monsieur X, était salarié d'une société A depuis environ dix ans. L'actionnaire principal, la société H, a alors décidé, eu égard aux bons et loyaux services et à l'implication personnelle de Monsieur X, de lui attribuer un certain nombre d'actions de la société A pour un prix

symbolique d'un euro. A cette occasion, a été conclu un pacte d'actionnaires avec Monsieur X au terme duquel il s'engageait par une clause de non-concurrence envers la société A.

Un peu moins de deux ans plus tard, Monsieur X démissionnait pour retrouver un emploi auprès d'une société concurrente de la société A. L'actionnaire principal et la société A ont alors considéré que Monsieur X violait sa clause de non-concurrence et l'ont ainsi assigné pour obtenir réparation du préjudice subi.

La Cour de cassation a rejeté la demande de la société A et de son actionnaire principal considérant que la clause de non-concurrence devait être assortie d'une contrepartie financière. A défaut, la Cour de cassation considère que la clause est illicite.

1. Situation antérieure à l'arrêt

On savait, depuis les arrêts de principe retentissants de la chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juillet 2002, qu'une clause de non-concurrence vis-à-vis d'un salarié n'est valable qu'à condition de faire l'objet d'une contrepartie financière (outre les autres conditions liées à la durée, l'espace et la protection légitime des intérêts de la société). Cette position de la Cour de cassation, en ce qui concerne les salariés, a toujours été confirmée depuis.

En revanche, il n'avait jamais été statué, à notre connaissance, sur le cas d'un salarié devenu actionnaire qui, à l'occasion de cette entrée au capital, conclut un pacte d'actionnaires dans lequel figure un tel engagement de non-concurrence.

En effet, il faut rappeler que traditionnellement, dans un pacte d'actionnaires, les parties prenantes s'engagent généralement à ne pas faire concurrence à la société dans laquelle elles sont co-investisseurs.

Pour les actionnaires et dirigeants non salariés, il semblait

clairement accepté que, dès lors que la clause de non-concurrence respectait un certain nombre de conditions liées à sa portée, elle n'avait pas lieu d'être rémunérée. Ainsi, les conditions ont porté principalement, dans un premier temps, sur une limitation de cette obligation soit dans le temps soit dans l'espace. Par la suite, la Cour de cassation est venue limiter ces critères en retenant simplement le fait que la clause devait être «proportionnée aux intérêts légitimes à protéger» tout du moins pour les anciens dirigeants. En outre, il semblait communément admis que de telles clauses insérées dans un pacte d'actionnaires à l'encontre des actionnaires et dirigeants non salariés n'ont pas lieu d'être rémunérées.

Le cas d'un salarié devenant actionnaire était un cas spécifique sur lequel la Cour de cassation n'avait pas eu l'occasion de se prononcer à notre connaissance jusqu'alors. On pouvait constater que, dans la pratique, cette situation soulevait néanmoins des interrogations. En effet, le double statut de l'actionnaire salarié crée des incertitudes sur les règles applicables à un tel engagement. Dès lors qu'elle concerne un salarié, la clause de non-concurrence imposée dans un pacte d'actionnaires restreint de facto le libre exercice d'une activité professionnelle et entrave

la liberté de se rétablir du salarié en question.

En pratique, les clauses de non-concurrence figurant dans un pacte d'actionnaires engageant un salarié devenu actionnaire faisaient l'objet de précautions rédactionnelles. En particulier, il était souvent indiqué que la motivation de cette obligation résultait de la qualité d'actionnaire de la personne concernée et non de sa qualité de salarié dès lors que cette clause ne faisait pas l'objet d'une rémunération. Cette pratique semble maintenant vaine.

2. La nouvelle jurisprudence

L'arrêt du 15 mars 2011 vient donc remettre en cause la validité de telles clauses de non-concurrence insérées dans un pacte d'actionnaires lorsque le débiteur de cette obligation est un salarié actionnaire si elles ne font pas l'objet de contreparties financières. La Cour de cassation semble retenir seulement le fait que cette clause entrave le libre exercice d'une activité professionnelle d'un salarié, sans considération liée au fait qu'elle résulte d'un pacte d'actionnaires et non du contrat de travail de la personne en question.

D'ailleurs, l'arrêt rejette expressément un des arguments avancés par l'actionnaire principal qui soutenait que la validité d'une clause de non-concurrence insérée dans un pacte d'actionnaires n'est pas subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière. La Cour de cassation estime clairement que la cour d'appel a violé le principe de libre

exercice d'activité professionnelle et l'article 1131 du Code civil en statuant ainsi.

On peut d'ailleurs noter que l'attendu de la Cour de cassation est rédigé dans des termes quasi identiques aux arrêts de la chambre sociale du 10 juillet 2002 à la différence près qu'elle vise expressément le fait que le salarié est actionnaire ou associé de la société qui l'emploie. La formulation retenue semble indiquer que la qualité d'actionnaire importe peu dès lors que la personne concernée est salariée de la société. Ainsi, la Cour de cassation n'a pas non plus recherché si l'insertion de cette clause dans le pacte visait à contourner frauduleusement les règles applicables aux salariés.

L'actionnaire principal avait tenté également de soutenir que la clause de non-concurrence trouvait sa contrepartie dans le prix symbolique d'un euro qui avait été accordé au salarié pour devenir titulaire d'un certain nombre d'actions de la société. Là aussi, cet argument est rejeté dans la mesure où le pacte d'actionnaires précisait que l'attribution des actions était réalisée en contrepartie des bons et loyaux services et de l'implication personnelle du salarié en question.

Compte tenu des termes de cet arrêt, il est probable que l'appréciation de la contrepartie financière à verser à un salarié devenu actionnaire à une telle occasion devra être interprétée de façon assez rigoureuse. Toutefois, on peut se demander si la position de la Cour aurait été identique si le pacte avait été libellé autrement sans référence aux bons et loyaux services.

En conclusion, le contenu des pactes d'actionnaires devra donc être revu en profondeur en ce qui concerne les principes à retenir pour l'application des clauses de non-concurrence imposées aux salariés devenant actionnaires.

Cette question devient donc cruciale non seulement pour tous les nouveaux pactes d'actionnaires à conclure à compter de cet arrêt mais également pour tous les pactes d'actionnaires existants. On se rappelle en effet que, dans le cadre de la clause de non-concurrence non rémunérée imposée à un salarié, la Cour de cassation a également jugé que celle-ci était illicite même si elle avait été conclue avant son revirement de jurisprudence du 10 juillet 2002 en la matière.

3. Recommandations

En présence d'une telle clause de non-concurrence entachée de nullité contenue dans un pacte d'actionnaires existant, il conviendrait d'adopter l'une ou l'autre des solutions suivantes :

- soit prévoir une contrepartie financière à cette obligation de non-concurrence avec l'accord de l'ensemble des actionnaires signataires au pacte ;
- soit lever purement et simplement cette clause, l'accord de l'ensemble des actionnaires signataires du pacte étant également requis.

En effet, les parties auront intérêt à se prémunir contre le risque de nullité de la clause mais également contre le risque d'une action en dommages et intérêts par l'action-

Compte tenu des termes de cet arrêt, il est probable que l'appréciation de la contrepartie financière à verser à un salarié devenu actionnaire à une telle occasion devra être interprétée de façon assez rigoureuse.

naire salarié qui aurait respecté une clause de non-concurrence illicite.

Pour les nouveaux pactes, les parties devront s'interroger sur la nécessité d'imposer une telle obligation. En d'autres termes, l'obligation de loyauté qui elle joue de plein droit sans rémunération n'est-elle pas suffisante dans un certain nombre de situations ? A cet égard, au vu des éléments de faits relatés dans l'arrêt (démarchage systématique par ce salarié de la clientèle de son ancien employeur selon les dires de la société et de son actionnaire principal), on peut se demander si la société A n'aurait pas eu intérêt à agir également sur le terrain délictuel de l'article 1382 du Code civil, en démontrant que l'ancien salarié actionnaire s'était livré à des actes de concurrence déloyale.

Conclusion

En tout état de cause, l'arrêt de la Cour de Cassation ne tranche pas toutes les questions et crée de nouvelles incertitudes. Notamment, on peut s'interroger sur les situations suivantes :

– la Cour de cassation aurait-elle statué dans le même sens

si un actionnaire lié par une telle obligation était devenu par la suite salarié ?

– qu'en est-il ainsi d'un engagement de non-concurrence dans le cadre d'une cession d'actions par un salarié actionnaire ? Doit-il également faire l'objet d'une contrepartie financière spécifique au profit du salarié ou peut-on considérer que la contrepartie financière est comprise dans le prix de cession ?

– à l'avenir, la jurisprudence ne va-t-elle pas étendre ce principe de rémunération de la clause de non-concurrence à des dirigeants non salariés, conformément au même principe du libre exercice de l'activité professionnelle ?

Enfin, on peut se demander si cet arrêt n'est pas lié aux faits de l'espèce. En effet, il semble que le salarié ait bénéficié d'un nombre limité d'actions de la société. Une telle participation minoritaire destinée à intéresser le salarié peut-être au lieu et place d'une prime justifiait-elle effectivement d'imposer un engagement de non-concurrence ?

La Cour de Cassation aurait-elle statué dans le même sens si le salarié avait acquis une participation significative dans la société concernée et ne devrait-elle pas s'orienter vers une telle distinction à l'occasion d'une décision future ? ■