

## Cession d'entreprise / Levée de fonds – La clause de non-concurrence

	Cession de titres	Levée de fonds
<p>Pourquoi prévoir une clause de NC / Pour quelle période doit-elle protéger ses bénéficiaires ?</p>	<p>1. <u>Vendeur qui ne garde pas de titres dans la société et ne part pas à la retraite</u> Pour protéger l'acheteur et la société dès la réalisation de la cession Dans ce cas, la clause figure dans le contrat de cession.</p> <p>2. <u>Vendeur qui garde des titres dans la société ou qui garde des titres et une fonction</u> (mandataire social / salarié) Pour protéger l'acheteur et la société à compter de : - La cession des titres du vendeur s'il n'était qu'associé ; ou - La date la plus lointaine entre (i) la cession des titres du vendeur et (ii) la cessation de ses fonctions, si le vendeur cumulait détention de titres et fonctions dans la société.</p> <p>Dans ce cas, la clause figure dans le contrat de cession ou dans le pacte d'associés.</p> <p><b>A noter :</b> 1. <u>Articulation entre plusieurs clauses de NC</u> : si la personne tenue par la clause est également salariée, attention à bien prévoir une articulation qui fonctionne entre (i) la clause de non-concurrence de son contrat de travail et (ii) la nouvelle clause de non-concurrence consentie en qualité d'associé, sinon gare aux difficultés pratiques de mise en œuvre! 2. <u>Existence d'une clause de NC préexistante dans les statuts</u> : il est possible qu'une clause de non-concurrence figure déjà dans les statuts de la société, hors tout contexte de cession ou de levée de fonds. En pratique, il s'agira d'une clause générale, qui ne liera le cédant en cas de sortie de la société que si elle est expressément rédigée en ce sens. 3. <u>Limites d'une clause de NC statutaire</u> : en cas de violation d'une clause de non-concurrence statutaire, cette clause ne pourra être invoquée que par la société et ce n'est que la société qui pourra être indemnisée (pas l'acheteur / l'investisseur). C'est pourquoi il est préférable, même en présence d'une telle clause, de prévoir une clause contractuelle qui définira avec plus de précision les termes de l'obligation de non-concurrence souhaitée par l'acheteur/l'investisseur, et permettra à celui-ci d'être indemnisé.</p>	<p>Pour protéger l'investisseur et la société après la sortie :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Du/des fondateur(s) ; et/ou</li> <li>- Du/des associé(s)-dirigeant(s) ; et/ou</li> <li>- D'un investisseur préexistant.</li> </ul> <p>Ici, la clause s'applique :</p> <p>(i) Dès la levée de fonds pour les associés qui sortent de la société à l'occasion de cette levée (investisseur(s) d'un tour de table précédent ; associé(s)/dirigeant(s) sortant de la société à l'occasion de cette levée) (ii) Pour la période suivant leur départ de la société pour les associés qui restent dans la société lors de la levée. La clause de NC s'applique dans ce cas à compter de :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- La cession des titres de l'associé concerné s'il n'était qu'associé ; ou</li> <li>- La date la plus lointaine entre (i) la cession des titres de l'associé concerné et (ii) la cessation de ses fonctions s'il cumulait détention de titres et fonctions dans la société.</li> </ul> <p>Dans ce cas, la clause figure dans le pacte d'associés.</p>
<p>Quelles sont les conditions de validité de la clause de NC ?</p>	<p><u>3 conditions cumulatives</u> :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- une obligation limitée dans le temps,</li> <li>- une obligation limitée dans l'espace, et</li> <li>- une obligation proportionnée aux intérêts légitimes à protéger.</li> </ul> <p>Une <u>4<sup>ème</sup></u> condition vient s'ajouter si la personne tenue par la clause est également salariée à la date de prise de son engagement : l'existence d'une contrepartie financière.</p> <p><b>A noter :</b> 1. <u>Concurrence directe ou indirecte</u> : on prévoit habituellement une interdiction de concurrencer directement ou indirectement l'activité de la société, mais il est impératif de définir la notion de concurrence indirecte qui ne recouvre aucune réalité juridique et pourrait donc être sujette à débats et à interprétation en cas de contentieux (par exemple : diriger une société concurrente, en détenir une participation excédant X%, etc.). 2. <u>Appréciation au cas par cas</u> : la validité des clauses de NC est appréciée au cas par cas au regard des spécificités de chaque situation. C'est pourquoi, par exemple, une clause couvrant la France pourra être considérée excessive dans un cas et non dans un autre. 3. <u>Les autres obligations</u> : la clause de NC peut être assortie d'autres obligations destinées à restreindre l'activité du cédant / fondateur / manager : - Interdiction de débaucher des salariés de la cible - Pour les destinataires de la clause qui restent dans la société, l'obligation de consacrer leur activité professionnelle exclusivement à la société.</p>	
<p>Sanctions</p>	<p>L'interdiction forcée de la poursuite de l'activité violant la clause de NC, éventuellement sous astreinte + Le versement de dommages-intérêts si l'existence d'un préjudice est établi.</p>	