

La Lettre de Lyon

Nov 2009



LE DOSSIER

Clause de non concurrence et de non débauchage...

Page 3

Droit Social 4 Les clauses de respect de clientèle sont mortes, vive les clauses de non-concurrence !

Droit Social 4 Le stress au travail

Droit Fiscal 5 Prime exceptionnelle d'intéressement

Droit Fiscal 5 TVA grevant les coûts de cession d'une filiale

Contentieux Des Affaires 5 Du soin à apporter à la rédaction des clauses de mise en jeu d'une garantie de passif

Droit de la Propriété Industrielle 6 Prise en compte des frais de procédure

Droit Public des Affaires 6 Urbanisme commercial : est-il possible de modifier un projet autorisé ?

Edito

Chers lecteurs,

Nous avons le plaisir de vous adresser le nouveau numéro de notre newsletter pour le mois de Novembre 2009.

Nos équipes ont sélectionné pour vous , plusieurs sujets d'actualité dans chacun des domaines de spécialité traités par notre Cabinet.

Nous vous souhaitons bonne lecture.

Jérôme Lucas

Avocat Associé

lalettre@lyon.cms-bfl.com

Le dossier

Clause de non concurrence et de non débauchage souscrite dans un protocole de cession d'actions : sanction en référé de sa violation

La Cour d'Appel de Paris, saisie d'un appel d'une ordonnance de référé, a rendu le 16 octobre 2009 un arrêt intéressant sur cette question (CA PARIS, Pôle 1 Chambre 4).

Les faits de l'espèce sont les suivants : des membres d'une même famille cèdent en 2001 le capital de leur société à un acquéreur, en contrepartie d'un engagement solidaire de non concurrence et de non débauchage des salariés en place lors de la cession. L'engagement de non concurrence est contracté pour une durée de 5 années à compter du départ effectif de chacun des cédants de la société. L'engagement de non débauchage est contracté jusqu'au 31 décembre 2010. Alors que les parents quittent immédiatement la société, le fils bénéficie d'un contrat de travail jusqu'à son licenciement fin 2006. Il crée alors en 2008 une société concurrente qui a exactement la même activité que la société cédée en 2001, au demeurant en débauchant plusieurs salariés de la société, dont un salarié présent lors de la cession et donc concerné par la clause de non débauchage. Le protocole de cession comportait une clause compromissoire (d'arbitrage) avec une phase de conciliation préalable.

Après avoir obtenu sur requête l'autorisation de procéder à un constat au siège de la société créée par le cédant, l'acquéreur a saisi la juridiction des référés d'une demande à son encontre d'interdiction sous astreinte de toute activité concurrente. Le juge des référés a fait droit à cette demande, assortissant son ordonnance d'une astreinte de 1.500 euros par infraction constatée.

La Cour d'Appel de Paris a confirmé l'ordonnance sur le principe et a porté l'astreinte à 10.000 Euros par infraction constatée.

Au-delà des conséquences pour le cédant, qui doit désormais cesser l'activité exercée par sa société, l'arrêt présente un intérêt sur quatre points, dont deux de procédure :

- le cédant invoquait en appel, en application de la clause compromissoire (d'arbitrage) du protocole, l'incompétence du juge des référés au profit de la juridiction arbitrale. La Cour écarte l'exception d'incompétence en relevant qu'elle n'avait pas été soulevée en première instance ;
- le cédant invoquait l'irrecevabilité de la saisine du juge des référés en raison de **l'absence de mise en œuvre**, préalablement, de la phase de conciliation prévue au protocole. La Cour rejette l'argument en relevant que la saisine du juge des référés était **justifiée par la situation d'urgence** ;
- le cédant invoquait l'absence de **contrepartie financière** spécifique à la clause de non concurrence. La Cour a rejeté l'argument en relevant que la clause avait une contrepartie financière consistant dans le versement du **prix de vente**, puisque « *dans les contrats synallagmatiques les obligations des cédants trouvent leur cause dans celles de l'acquéreur* » ;
- enfin, le cédant indiquait que la clause était illimitée dans le temps en raison de son point de départ différé au départ physique de la société, variable selon les cédants, de sorte qu'il convenait de prendre en compte la date de la cession comme point de départ du délai. La Cour a rejeté cet argument en relevant que la clause était bien limitée à 5 ans, à compter du départ effectif de chacun des cédants. ■

Xavier Vahramian

Droit Social

Les clauses de respect de clientèle sont mortes, vive les clauses de non-concurrence !

Traditionnellement, **deux types** de clauses visant à protéger l'entreprise contre le risque de concurrence d'un de ses anciens salariés existaient : les clauses de **non concurrence** et les clauses de **respect** ou de non captation de **clientèle**.

Les premières étaient destinées à empêcher les salariés au terme du contrat de travail d'entrer au service d'un concurrent.

Les secondes avaient pour but d'interdire au salarié de démarcher et/ou détourner les clients de son employeur avec lesquels il avait été en relation. Il s'agissait donc de protéger la société contre un risque de concurrence déloyale et de contractualiser l'obligation de loyauté propre au contrat de travail.

Le **régime juridique** de ces clauses **était différent**, les conditions de validité d'une clause de

non concurrence n'étant pas applicables à une clause de respect ou de non captation de clientèle. Par un arrêt du 19 mai 2009, la Cour de Cassation a jugé « *qu'une **clause** selon laquelle il est fait interdiction à un salarié, durant une période déterminée, **d'entrer en relation, directement ou indirectement, selon quelque procédé que ce soit, avec la clientèle qu'il avait démarchée lorsqu'il était au service de son ancien employeur est une clause de non concurrence** » et « *qu'en l'absence de **contrepartie financière**, elle était **nulle** et ne pouvait donc être opposée au salarié* ». Cette position a été confirmée le 27 octobre 2009. Elle soulève un nombre important de questions et elle est source d'incertitudes juridiques pour les employeurs. ■*

Françoise Albrieux
Christophe Girard

Droit Social

Le stress au travail

Longtemps ignorée, la santé mentale des travailleurs doit désormais être protégée contre les risques professionnels comme l'intégrité physique. En ce sens, l'ANACT (Agence Nationale pour l'amélioration des conditions de travail) relaye en France une campagne européenne afin d'encourager les entreprises, les partenaires sociaux, et les acteurs institutionnels à se mobiliser pour mieux prévenir les risques psychosociaux et le stress qui toucherait 22% des travailleurs de l'Europe des 27 et serait à l'origine de 50 à 60% de l'absentéisme.

L'accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008 étendu par arrêté du 23 avril 2009, qui transpose l'accord européen du 8 octobre 2004 sur ce sujet, donne une définition du stress au travail et préconise aux entreprises une méthodologie d'action de prévention et de lutte contre le phénomène sur le fondement des articles L. 4121-1 à L. 4121-5 du Code de travail.

Plus récemment, en réaction à la vague de suicides qui a marqué l'actualité du travail, le ministre du Travail a présenté un plan d'urgence pour la prévention du stress au travail qui entend prolonger l'ANI. Les mesures qu'il contient seront intégrées au Plan de santé au travail 2010-2014.

L'une des **principales obligations** de ce plan incombe **immédiatement** aux entreprises de plus de 1000 salariés qui sont sommées d'ouvrir des négociations sur le stress avant le 1^{er} février 2010. Si aucune sanction n'est prévue en cas de manquement, les entreprises qui n'auraient pas engagé de négociations à cette date, pourraient

être citées sur le site Internet des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE). Par ailleurs, le ministre du Travail demandera aux DIRECCTE d'organiser dans chaque région avec le réseau régional de l'ANACT et les services régionaux de prévention de la branche accident du travail (CARSAT) des réunions d'ici fin novembre en direction des entreprises.

Parallèlement, les PME et TPE pourront volontairement engager des négociations et mettre en place des actions d'information sur les risques psychosociaux, les outils de diagnostic et les indicateurs d'action avec l'appui de l'ANACT, de l'INRS et des services de santé au travail.

S'agissant des restructurations, la prévention des risques psychosociaux devra être prise en compte. A ce titre, cette mesure devrait confirmer l'obligation d'information-consultation du CHSCT, lorsqu'il existe.

Enfin, les actions contenues dans le plan seront gérées par une cellule placée auprès du Directeur général du travail. Pour certains syndicats, ce premier pas gouvernemental devrait être suivi de mesures concernant également les petites et moyennes entreprises, notamment les entreprises sous-traitantes fortement impactées par le stress au travail. Il est à noter que **certaines branches professionnelles** ont **déjà adopté** des accords sur la prévention du stress au travail comme les banques ou les caisses d'épargne et de prévoyance. ■

Guillaume Bossy
Marianne Salvetat-Bernard

Droit Fiscal

Prime exceptionnelle d'intéressement

Le législateur a introduit un crédit d'impôt de 20% au bénéfice des employeurs qui amplifient leur effort en matière d'intéressement et attribué notamment le bénéfice de ce crédit à celles qui, ayant conclu, avant le 1er juillet 2009, un accord d'intéressement ou un avenant à un accord en cours, ont versé à leurs salariés une prime exceptionnelle, d'un montant plafonné à 1 500 euros par salarié, au plus tard le 30 septembre 2009. L'administration fiscale, qui avait prévu que cette prime ne serait pas déductible du résultat imposa-

ble, a finalement indiqué que la prime exceptionnelle, éligible au crédit d'impôt de l'exercice de son versement, est **déductible du résultat de l'exercice au cours duquel elle est attribuée** (instruction 4 A-14-09 du 29 septembre 2009).■

Pierre Devis
Jérémy Duret

Droit Fiscal

TVA grevant les coûts de cession d'une filiale

La cession, par une société mère, d'une filiale constituée, en principe, une activité économique relevant du champ d'application de la TVA, mais expressément exonérée comme toute opération financière. Pour autant, la Cour de justice des Communautés européennes vient de juger que **la TVA ayant grevé les dépenses engagées pour les besoins de cette cession peut être déduite si ces dépenses ont un lien direct et immé-**

diat non avec la cession elle-même mais avec l'ensemble des activités économiques de l'assujéti (CJCE 29 octobre 2009 aff. 29/08, AB SKF). Tel peut être le cas lorsque la société mère a fourni à sa filiale des prestations de services soumises à la TVA.■

Pierre Devis
Jérémy Duret

Contentieux des Affaires

Du soin à apporter à la rédaction des clauses de mise en jeu d'une garantie de passif

La Chambre Commerciale de la Cour de Cassation (Arrêt du 09/06/2009 n°08-17.843) vient de donner une nouvelle illustration du principe immuable de la force obligatoire des conventions (article 1134 du code civil).

Saisie cette fois des conditions contractuelles de mise en jeu d'une garantie de passif conclue à l'occasion de la cession de parts sociales, la Cour, se posant abstraitement à hauteur des principes généraux du droit, confirme que **dès lors** que les parties **n'ont pas suffisamment exprimé** au contrat leur commune intention, il revient aux juges du fond, dans leur **pouvoir souverain** d'appréciation, **d'interpréter** la volonté des co-contractants.

En l'espèce, alors même qu'aucune sanction n'était prévue en cas de manquement aux formes et délais que devait respecter l'obligation d'information, et nonobstant l'absence de justification d'un préjudice consécutif par le cédant, **la déchéance de la garantie de passif a été prononcée** faute pour le cessionnaire d'avoir respecté le formalisme contractuel (les délais en l'occurrence) prévu

à la convention : « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la volonté des parties, rendue nécessaire par l'imprécision du contrat, que la Cour d'appel a décidé que l'inexécution par les cessionnaires de leur obligation d'informer les cédants, dans le délai convenu, par lettre recommandée avec accusé de réception, de toute réclamation, de toute action contentieuse et de tout fait et événement générateur de la garantie de passif, faisait à elle seule obstacle à ce qu'ils invoquent le bénéfice de celle-ci ».

Il est donc indispensable, dans la rédaction des clauses prévoyant les conditions de mise en jeu de la garantie, de prévoir également les sanctions (ou leur absence) attachées au non respect de la procédure contractuelle.

Il est tout aussi fondamental de veiller, au stade de l'exécution, à une gestion contractuelle rigoureuse dès la survenance d'un fait générateur susceptible d'entrer dans le champ de la garantie.■

Laurence Bremens
Guillaume Belluc

Droit de la Propriété Industrielle

Prise en compte des frais de procédure

Un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 7 avril 2009 retient l'attention en raison du montant de l'indemnité allouée au demandeur pour ses frais de procédure : 300.000 € !

Certes, l'affaire concernait le domaine pharmaceutique, portait sur la contrefaçon de deux brevets européens et a donné lieu à une condamnation provisionnelle du défendeur à payer une indemnité de 2 millions d'euros.

Il n'empêche, cette décision montre que les Tribunaux ont **aujourd'hui pris la mesure du coût** des procédures, notamment en matière de propriété industrielle, et alloue à ce titre des sommes significativement supérieures à celles octroyées auparavant.

La confirmation en est donnée par un autre jugement du même Tribunal du 14 janvier 2009 allouant une indemnité de procédure de 130.000 € pour une action, toujours dans le domaine pharmaceutique, en déclaration de non contrefaçon. ■

Jean Guillaume Monin

Droit public des affaires

Urbanisme commercial : est-il possible de modifier un projet autorisé ?

Si une activité commerciale peut à la suite de son ouverture au public être librement modifiée ou transformée, il n'est pas de même lorsque la modification porte sur le « projet » et intervient entre la date de son autorisation et la date de son ouverture au public. Le juge administratif s'est récemment prononcé sur le point de savoir si la création d'une activité de parapharmacie à l'intérieur d'une surface de vente dont l'extension venait d'être autorisée par la commission départementale d'équipement commercial (CDEC) constituait une « **modification substantielle** » impliquant une **nouvelle demande d'autorisation**. En effet, l'article L.720-5 du code de commerce alors applicable rappelait les situations dans lesquelles les modifications portant sur une surface de vente ayant déjà fait l'objet d'une autorisation et non ouverte au public devaient faire l'objet d'une nouvelle autorisation. Il en était ainsi lorsque la modification entraînait un changement du secteur d'activité, et « *lorsque le projet subit des modifications substantielles dans la nature du commerce ou des surfaces de vente* ». Ces dispositions figurent désormais à l'article L.752-15 du code de commerce. En l'espèce, la CDEC avait autorisé, en 2002, une société immobilière à étendre une surface de vente de 9 153 mètres carrés à 11 000 mètres carrés. Après l'obtention de cette autorisation d'extension, une surface de vente de produits de parapharmacie de 92 mètres

carrés a été installée dans le cadre de l'extension ainsi autorisée et avant l'ouverture de cette surface au public.

Le Conseil d'Etat a considéré que la création de cette surface de vente affectée aux produits de parapharmacie dotée de caisses distinctes et d'un personnel spécialisé qui ne représente que 6% de l'extension autorisée et 0,8% de la surface totale du magasin ne **revêt pas** le caractère d'une « *modification substantielle* » qui aurait nécessité une nouvelle autorisation de la CDEC. Il a jugé que cette modification qui ne figurait pas dans le dossier de demande d'extension adressé à la commission **n'a pas eu pour effet de modifier la dominante** alimentaire du dossier autorisé et, que compte tenu de sa surface, ne pouvait constituer un **commerce distinct** au sein de l'hypermarché.

Cette décision garde son intérêt au regard du nouvel article L.725-15 du code de commerce issu de la modification importante du code opérée par la loi LME du 4 août 2008 et dans l'attente d'une nouvelle réforme de l'urbanisme commercial préconisée par la Rapport Charié qui propose d'abroger la loi Royer de 1973 (CE, 3 sept. 2009, req. n° 318980). ■

Yves Delaire

Avertissement légal

Ce bulletin d'information ne peut se substituer à des recommandations ou des conseils de nature juridique ou fiscale.

Titularité des droits

Ce bulletin d'information est la propriété de CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon. Toute reproduction et/ou diffusion, en tout ou partie, par quelque moyen que ce soit, est interdite sans autorisation préalable. Toute infraction constitue un acte de contrefaçon engageant les responsabilités civile et pénale de son auteur.

Directeur de la publication

Jérôme Lucas

© CMS Bureau Francis Lefebvre Lyon

C'M'S BUREAU FRANCIS LEFEBVRE LYON

174, rue de Créqui, 69396 Lyon Cedex 03, France

Tel. : +33 4 78 95 47 99 - 04 72 61 84 27

CMS Bureau Francis Lefebvre est membre de CMS, regroupement de 9 grands cabinets d'avocats européens indépendants offrant aux entreprises un éventail complet de services juridiques et fiscaux en Europe et dans le reste du monde. Fort de plus de 4600 collaborateurs, dont plus de 2200 avocats et 595 associés, CMS s'appuie sur 48 implantations dans le monde.

Cabinets membres de CMS : CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, CMS Bureau Francis Lefebvre, CMS Cameron McKenna LLP, CMS DeBacker, CMS Derks Star Busmann, CMS von Erlach Henrici, CMS Hasche Sigle, CMS Reich-Rohrwig Hainz.

Implantations mondiales principales et secondaires des cabinets membres de CMS : **Amsterdam, Berlin, Bruxelles, Londres, Madrid, Paris, Rome, Vienne, Zurich**, Aberdeen, Alger, Anvers, Arnhem, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Cologne, Dresde, Düsseldorf, Edimbourg, Francfort, Hambourg, Kiev, Leipzig, Ljubljana, Lyon, Marbella, Milan, Montevideo, Moscou, Munich, New York, Pékin, Prague, Sao Paulo, Sarajevo, Séville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Utrecht, Varsovie et Zagreb.

Les cabinets membres de CMS, en association avec The Levant Lawyers, sont présents à Beyrouth, Abu Dhabi, Dubaï et Koweït.

www.cms-bfl.com