

Sociétés et autres groupements

Sociétés civiles, associations et autres groupements

David Hiez

Professeur de droit privé,
Université du Luxembourg, Faculté
de droit, d'économie et de finance

La clause de non-concurrence des associés dans les SCOP : le coopérateur sur le bûcher du droit du travail

La clause de non-concurrence a fait couler beaucoup d'encre à de multiples égards, tout particulièrement dans la phase post-contractuelle, et nous ne nous intéresserons de façon très restreinte qu'à la question de l'extension de la contrepartie financière comme condition de validité de la clause. On sait qu'elle s'est imposée en droit du travail depuis 2002¹ et c'est sur cette base que les discussions se sont appuyées pour défendre ou contester son application à d'autres hypothèses. Dans ces discussions, la situation du coopérateur ouvrier n'est à peu près jamais envisagée. Un récent arrêt de la cour d'appel de Paris², qui reprend une distinction subtile déjà affirmée par la Cour de cassation à propos d'un associé, fournit une excellente occasion d'approfondir ce cas particulier. Or non seulement l'application de la jurisprudence du droit du travail à la situation du coopérateur ouvrier soulève des difficultés techniques inextricables, mais en outre elle révèle une méconnaissance de la nature même du statut de coopérateur ouvrier qui s'oppose à une application distributive du droit du travail et du droit des sociétés.

Les faits étaient assez simples. Une société coopérative ouvrière de production SCOP, qu'on peut également appeler aujourd'hui « société coopérative et participative ») a été créée le 1^{er} juillet 2009 et l'un des associés fondateurs a été embauché le 1^{er} septembre suivant comme directeur d'agence et a signé le 1^{er} avril 2013 un contrat de travail en qualité de directeur d'un territoire plus vaste. Il a été licencié pour faute grave en janvier 2015 et a créé en septembre de la même année une société avec une activité voisine. L'ex-coopérateur a contesté son licenciement tandis que la SCOP a invoqué une concurrence illicite, et c'est ce second point qui retiendra notre attention. Les statuts de la SCOP comportent deux clauses importantes pour la solution du litige : d'une part, une clause d'arbitrage au profit de la commission d'arbitrage de la CG-SCOP (confédération générale des SCOP), d'autre part, une clause de non-rétablissement. Tandis que le litige sur le licenciement était porté devant le conseil de prud'homme, la SCOP a saisi la commission d'arbitrage pour faire sanctionner la violation de la clause de non-ré-

(1) Soc. 10 juill. 2002, Bull. civ. V, n° 239, 3 arrêts. Y. Serra, Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail, D. 2002. 2491.

(2) Paris, pôle 3, ch. 5, 12 janv. 2021, n° 17/07994.

tablissement. Le tribunal arbitral fait droit à la SCOP sur ce point, refusant de déclarer la clause nulle comme ne comportant pas de contrepartie financière ; elle condamne l'ex-coopérateur à verser une somme de 50 000 euros à la SCOP. L'ex coopérateur fait appel devant la cour d'appel de Paris. Il invoque principalement la nullité de la clause pour défaut de contrepartie financière, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui pose cette exigence à l'égard des associés lorsque ceux-ci ont également la qualité de salarié. La cour d'appel ne suit pas cette argumentation mais affirme :

« La clause de non-concurrence figurant dans les statuts d'une société au respect de laquelle s'engagent les associés, au jour où ils deviennent associés, est licite dès lors qu'elle est limitée dans le temps et l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, sa validité n'étant subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière que dans le cas où ces associés avaient à la date de leur engagement, la qualité de salariés de la société qu'ils se sont engagés à ne pas concurrencer ».

La question de la clause de non-concurrence à laquelle s'engage le coopérateur ouvrier n'est pas nouvelle et la cour d'appel de Paris se situe dans la continuité des décisions antérieures. C'est toutefois la première fois qu'elle a l'occasion d'appliquer l'exclusion de la contrepartie financière dans l'hypothèse où le coopérateur ouvrier était associé non-coopérateur au jour où il a pris cet engagement. Or, que ce soit au regard des modalités techniques de mise en œuvre ou du statut de coopérateur ouvrier, cette inapplication exceptionnelle de la clause de non-concurrence met en lumière la fausseté du raisonnement qui conduit la jurisprudence à assimiler le coopérateur ouvrier à un salarié.

L'originalité du droit coopératif en la matière transparaît à plusieurs égards et pas seulement à propos de la contrepartie financière. La première question qui s'est posée en jurisprudence est celle de la compétence du conseil de prud'homme ou de la commission d'arbitrage dans les litiges portant sur cette clause de non-concurrence. En 1994, la cour d'appel de Paris³ a déclaré la commission d'arbitrage incompétente, le conseil de prud'homme disposant d'une compétence d'ordre public pour une clause nécessairement et essentiellement en rapport avec les activités salariées de l'ex associé. À notre connaissance toutefois, cette question n'a plus été discutée et la compétence de la commission d'arbitrage semble donc aujourd'hui admise⁴. Le parallèle avec la clause de non-concurrence insérée dans un pacte d'actionnaire est éclairant : l'associé salarié a deux qualités, peut être soumis à deux clauses de non-concurrence distinctes, qui relèvent de deux juridictions compétentes. Le coopérateur ouvrier n'a qu'une qualité, en sorte que la compétence juridictionnelle est discutée puisqu'aucune des deux juridictions ne correspond exactement à son statut. Concrètement, on trouve une première ambiguïté dans la position jurisprudentielle. Si la clause de non-concurrence du coopérateur salarié est soumise aux conditions de validité de celle d'un salarié, c'est qu'elle se rattache, au regard de sa double qualité, à la facette salariale. Mais alors, elle devrait aussi relever de la compétence prud'homale, comme l'avait originellement décidée la cour d'appel de Paris.

La seconde question dont la jurisprudence a eu à connaître est celle de la source de l'obligation de non-concurrence, puisque celle-ci se trouve habituellement, comme dans l'espèce ici commentée, dans les statuts de la SCOP et non dans le contrat de

(3) Paris 19 mai 1994, RTD com. 1994. 321, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; BJS 1994. 845.

(4) Le conflit de compétence entre commission d'arbitrage et conseil des prud'hommes n'est pourtant pas éteint dans d'autres matières. Pour un exemple récent : Caen, 1^{re} ch. soc., 9 oct. 2015, n° 14/01248.

travail. Dès 1999, la cour d'appel de Paris⁵ a admis son opposabilité au salarié, quoique celui-ci invoquait que, ayant adhéré aux statuts après son embauche, il n'avait pas spécialement consenti à se soumettre à une obligation de non-concurrence. La solution est acquise et ne soulève aucune discussion. Elle est conforme à la jurisprudence postérieure de la Cour de cassation qui a confirmé que la clause pouvait valablement figurer dans un pacte d'actionnaire⁶. Elle l'est également au droit coopératif qui connaît de nombreuses hypothèses dans lesquelles les obligations d'un coopérateur salarié résultent des statuts de la coopérative, par exemple en matière de causes de licenciement⁷.

Mais la question centrale, et sans doute la plus délicate, est celle de l'exigence ou non d'une contrepartie financière pour la validité de la clause. On sait que celle-ci est imposée depuis 2002 lorsque la clause concerne un salarié et doctrine et jurisprudence débattent depuis sur l'extension de la solution⁸. Pour résumer, l'extension est applicable aux intermédiaires du commerce⁹, concrètement au gérant non-salarié de succursale de magasins d'alimentation¹⁰, mais discutée en matière de distribution¹¹, et concrètement le refus jurisprudentiel d'application à l'agent commercial¹² ou à l'agent d'assurances¹³ comme au francisé. Le critère ultime semble bien être

la qualité de salarié, puisque toutes les hypothèses d'extension s'y rattachent : le gérant non-salarié par le code du travail¹⁴, et l'associé dès lors qu'il a la qualité de salarié. C'est donc avec une apparente logique que la cour d'appel de Paris a retenu la même solution pour le coopérateur ouvrier dès 2014¹⁵.

Dès cette date pourtant, la spécificité de la source de l'obligation de non-concurrence obligeait la cour à une solution originale. Elle a refusé de prononcer la nullité de la clause, solution acquise en droit du travail, pour retenir son inopposabilité au coopérateur. En effet, insérée dans les statuts, la clause a une portée plus large et n'est pas invalide dans sa généralité : elle demeure parfaitement opposable aux associés non-coopérateurs, ceux-ci n'ayant pas la qualité de salarié. Cette première réserve soulève toutefois des difficultés qui n'apparaissent pas à première lecture. Tout d'abord, l'inopposabilité et la nullité ne sont pas soumises au même régime juridique. La différence de spectre n'est pas problématique, mais des difficultés pourraient apparaître à propos de la prescription, quoique l'impréscriptibilité de l'exception de nullité¹⁶ réduira les hypothèses concernées. D'autres questions délicates n'ont pas encore été portées devant les tribunaux et pourraient bien marquer la faillite définitive de cette orientation jurisprudentielle. Nous en retiendrons deux.

(5) Paris 11 mai 1999, Dr. sociétés, 1999. 9.

(6) Com. 15 mars 2011, n° 10-13.824, Bull. civ. IV, n° 39 ; D. 2011. 1261, obs. B. Ines, note Y. Picod ; *ibid.* 2758, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; *ibid.* 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.* 2012. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; Rev. sociétés 2011. 620, note L. Godon ; Dr. soc. 2011. 717, obs. J. Mouly ; RDT 2011. 306, obs. G. Auzero ; RTD civ. 2011. 348, obs. B. Fages ; RTD com. 2011. 361, obs. A. Constantin.

(7) D. Hiez, Le coopérateur ouvrier ou la signification du principe de double qualité dans les SCOP, RECMA, n° 299, 2006, p. 34-56, spéc. n° 32 s.

(8) N. Dissaux, Clause de non-concurrence, J.-Cl. Commercial, Fasc. 256, 2014, spéc. n° 59. M. Poumarède, P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2020-2021, n° 3113-45.

(9) C.-E. Bucher, Clause de non-concurrence – Validité, J.-Cl. Contrats - Distribution, Fasc. 122, 2016, n° 100.

(10) Par ex. : Soc. 5 oct. 2016, n° 15-22.730, Bull. civ. V, n° 185 ; D. 2016. 2070 ; *ibid.* 2017. 840, obs. P. Lokiec et J. Porta ; *ibid.* 2444, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; AJ contrat 2017. 43, obs. Y. Picod.

(11) *Ibid.*, n° 101-105.

(12) Not. Com. 10 févr. 2015, n° 13-25.667, inédit, D. 2015. 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

(13) Civ. 1^{re}, 2 oct. 2013, n° 12-22.846, Bull. civ. I, n° 195 ; D. 2013. 2622, note C. Bahurel ; *ibid.* 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

(14) C. trav., art. L. 7322-1.

(15) Paris, pôle 1, ch. 1, 23 avr. 2014, n° 12/04737.

(16) C. civ., art. 1185.

Tout d'abord, nous allons envisager le cas du coopérateur salarié non qualifié. La validité de la clause de non-concurrence n'est pas seulement conditionnée par la contrepartie financière, mais aussi par l'intérêt de l'entreprise et la proportionnalité de l'obligation de non-concurrence. On sait en effet que depuis l'arrêt *Godissard* de 1992¹⁷, que la clause de non-concurrence doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, et dans l'espèce de 1992 la fonction de laveur de vitre du salarié ne fournissait pas cette justification. Or, rien n'interdit à un laveur de vitre d'être coopérateur ouvrier et d'être conséquemment soumis à la clause statutaire de non-concurrence. Par cohérence avec l'attraction jurisprudentielle de la qualité de salarié sous-jacente à la condition d'une contrepartie financière, il convient d'appliquer la solution *Godissard* au coopérateur ouvrier et donc de considérer que le laveur de vitre associé ne peut valablement être soumis à une obligation de non-concurrence. Et pourtant, par sa qualité d'associé coopérateur, ce laveur de vitre a accès aux informations de l'entreprise et peut-être se trouve-t-il même habilité à la diriger. Pour parvenir à la solution inverse, il faudrait faire une application distributive des qualités de salarié et d'associé : le laveur de vitre associé occupe une position qui justifie la protection de l'entreprise. La solution n'est pas techniquement inconcevable mais elle met en évidence l'inconsistance de la notion de coopérateur qui sous-tend cette solution. Pourquoi se tourner tantôt vers sa qualité de salarié et tantôt celle d'associé ?

Mais la question est peut-être plus délicate encore, et pratiquement plus fréquente, du dirigeant non-salarié. Aux termes de l'article 17 de la loi de 1978, « Les gérants, les directeurs généraux, les présidents du conseil d'administration, les membres du directoire et les membres de l'organe de direction lorsque la forme de société par actions simplifiée a été retenue, lorsqu'ils perçoivent une rémunération de la société au titre de leurs fonctions, sont, au regard de la législation du travail, considérés comme employés de l'entreprise au sens de l'article 5, alinéa 3, s'ils ne le sont déjà à un autre titre »¹⁸. Les contours de l'assimilation du dirigeant non-salarié à un salarié sont incertains¹⁹ mais la protection du droit du travail est clairement affirmée²⁰. En conséquence, il conviendrait dans ce cas d'imposer également une contrepartie financière au profit du dirigeant non-salarié puisque celle-ci résulte du droit du travail. Cette protection supplémentaire sera lourde, puisqu'elle vaut notamment pour tous les membres du conseil d'administration. Une nouvelle particularité doit néanmoins être encore examinée : la différence de régime de la révocation de ces dirigeants selon qu'elle intervient pour faute grave ou pour une autre cause²¹. La jurisprudence sur la clause de non-concurrence refuse toute distinction selon la cause de la rupture du contrat de travail pour l'exigence de contrepartie financière, tirant argument qu'elle est une condition de validité de la clause et ne peut donc être impactée par les circonstances de son déclenchement²². Faudra-t-il donc faire fi dans cette circonstance de la distinction de

(17) Soc. 14 mai 1992, n° 89-45.300, Bull. civ. V, n° 309 ; D. 1992. 350, note Y. Serra ; Dr. soc. 1992. 967, note D. Corrigan-Carsin.

(18) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 17, al. 1. F. Kalaf, *Les sociétés coopératives de production*, mémoire de M2, Paris I, 2020, p. 39.

(19) D. Hiez, *Sociétés coopératives Crédit Organisation Fonctionnement*, Dalloz, 2018, 2^e éd., n° 211.32 & 321.57.

(20) On parle à leur égard « de leur caractère essentiel de travailleurs salariés » : R. Blancher, Loi du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production, Gaz. Pal., 19-21 juill. 1979, spéc. p. 379. M. Petot-Fontaine, *Les difficultés d'application du nouveau statut des sociétés coopératives ouvrières de production*, Rev. sociétés 1980. 401, spéc. n° 31-33. Pour une nuance : P. Le Vey, *Sociétés coopératives ouvrières de production*, J.-Cl. Sociétés, fasc. 170-10, 1998, n° 44.

(21) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 17, al. 3.

(22) Com., 13 sept. 2017, n° 16-15.231, inédit.

l'article 17 ? À nouveau, la solution est techniquement envisageable, dans la mesure où l'article 17 alinéa 3 ne vise que le délai, le congé et l'indemnité consécutives à la révocation et que l'inclusion de la clause de non-concurrence dans cette liste est sujette à interprétation. Mais on voit bien que ce serait rompre l'atténuation législative de la protection exceptionnellement accordée à ces dirigeants pas comme les autres.

Plus fondamentalement, pour apprécier la pertinence de l'exigence de la contre-partie financière, il convient de vérifier si le coopérateur ouvrier se trouve dans une situation voisine de celle du salarié actionnaire, puisque c'est à son égard seul que la Cour de cassation a statué en faveur de cette assimilation. Rappelons la formule déjà retenue par la cour d'appel de Paris en 2013 à propos d'une autre SCOP : « Considérant que lorsqu'elle 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 que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et 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 »²³. Il s'agit de la formule classique du droit du travail. Ce classicisme est renforcé par le visa du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle avec une incise apparemment anodine mais en réalité problématique : un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie. Autrement dit, il n'est pas important que le salarié se trouve également être associé ou actionnaire. Cette assertion est parfaitement défendable pour les sala-

riés associés ou actionnaires dans des sociétés capitalistes, tant leur qualité d'associé ou d'actionnaire se surajoute à leur statut de salarié qui s'en trouve inchangé. Elle constitue un contre-sens pour le coopérateur ouvrier²⁴. D'abord, le coopérateur ouvrier ne peut être confondu avec un salarié actionnaire : sa participation aux fruits de l'entreprise demeure essentiellement fondée sur son travail par le mécanisme de la ristourne tandis que sa rémunération capitaliste est limitée²⁵, un lien est établi entre les qualités de salarié et d'actionnaire tant à propos de son établissement²⁶ que de sa rupture²⁷, la participation des coopérateurs à la direction de la coopérative est stimulée à tous niveaux. Bref, au lieu que deux qualités s'additionnent, étant entendu que chez l'actionnaire salariés l'une des deux prime toujours sur l'autre, le coopérateur ouvrier a un statut original par l'entremèlement des deux qualités qui n'en laisse à proprement parler subsister aucune des deux.

Les considérations qu'évoque la cour d'appel à l'appui de sa décision confirmant l'application distributive et syncrétique qu'elle fait des deux qualités. En effet, pour justifier l'opposabilité de la clause au coopérateur, la cour relève certains éléments qui se rattachent tous à sa qualité d'associé, au rebours du rattachement de principe à la qualité de salarié qui ne mentionne celle d'associé que comme un accident. C'est ainsi qu'elle énonce : « L'atteinte qu'elle porte à la liberté de se rétablir de l'ancien associé, limitée dans le temps, dans l'espace, aux activités qu'elle exerce elle-même, est légitime et proportionnée aux intérêts que la société (x) est en droit de protéger, afin qu'un ancien associé, qui a connaissance, au moment de son départ, d'informations économiques, financières et stratégiques

(23) Paris, pôle 1, ch. 1, 23 avr. 2013, n° 12/04737.

(24) F. Espagne, Le statut légal des SCOP, inédit, disponible sur <https://www.les-scop.coop/doctrines>.

(25) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 33.

(26) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 8 & 9.

(27) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 10 & 11.

confidentielles la concernant, ne puisse en tirer un avantage concurrentiel pour exploiter une société dans le périmètre d'influence économique de la société qu'il vient de quitter ». Et plus loin elle relève encore que les restrictions à la liberté de l'ex coopérateur ne visent pas tout emploi dans les entreprises ayant une activité similaire mais ne concernent que ceux qui auraient pour effet « de gérer ou d'exploiter, directement ou indirectement » ladite entreprise concurrente. Plus question ici de la qualité de salarié, ce qui est parfaitement cohérent au demeurant puisque les salariés non-coopérateurs ne sont soumis dans cette coopérative à aucune clause de non-concurrence, sauf peut-être celles incluses dans leur contrat de travail mais alors incontestablement soumises au régime des clauses du droit du travail. La cour prend d'ailleurs soin de relever des indices qu'on peut rattacher à la vérification de la bonne foi de la coopérative : en sa qualité de salarié, le coopérateur en litige n'a jamais été soumis à une quelconque clause de non-concurrence et les statuts de la société admettent les associés non-employés dans la coopérative. Autrement dit, d'une part, la coopérative n'invoque pas cette clause statutaire pour échapper à une clause propre au droit du travail qui existerait parallèlement, d'autre part, la clause statutaire n'a pas vocation à s'appliquer aux seuls associés coopérateurs (salariés) mais également à des non-coopérateurs (de purs associés) puisque les statuts profitent de la liberté reconnue par la loi d'ouvrir la SCOP à des associés non-coopérateurs²⁸.

Les arguments en faveur de l'exigence de la contrepartie financière sont tirés de la relation salariale tandis que les arguments en faveur de son exclusion se rattachent à la qualité d'associé. Les analyses du fondement de la contrepar-

tie financière en termes de force de travail vont dans le même sens puisqu'elle ne concerne que la relation salariale²⁹.

Du côté du droit des sociétés, la place de l'obligation de non-concurrence des associés est opposée à celle du salarié vis-à-vis de l'employeur. Les associés ne sont pas tenus par principe d'une obligation de non-concurrence³⁰ et ceci conduit à s'interroger sur l'opportunité d'une clause de non-concurrence statutaire générale dans les SCOP. En effet, par sa source, la clause s'applique nécessairement à tous les associés, qui peuvent être nombreux dans une grande SCOP, sans aucune distinction selon leur implication dans la vie sociale. Certes, les coopératives peuvent être rapprochées des sociétés de personne au sein desquelles l'obligation de non-concurrence est plus naturelle que dans les autres sociétés. Pourtant, plus le nombre de débiteurs de l'obligation de non-concurrence est grand, plus le juge est légitimement exigeant.

Si on rejette l'application distributive des règles à la qualité de salarié et à celle d'associé, il faut déterminer comment les appliquer au coopérateur. Dès lors qu'on admet que le coopérateur se distingue du salarié parce qu'il n'est pas subordonné, qu'il ne loue pas sa force de travail, rien ne justifie qu'une contrepartie financière soit imposée pour lui fournir une protection supplémentaire. Quant à l'appréciation de la protection des intérêts de l'entreprise, celle-ci doit se faire sans égard aux deux qualités, mais en appréciant simplement la place qu'occupe le coopérateur dans la coopérative pour déterminer concrètement les informations ou les compétences particulières dont l'utilisation dans une activité extérieure risque de porter atteinte à l'entreprise. Que ces compétences, informations ou autres, soient acquises à l'occasion de l'activité de production

(28) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 5, al. 2.

(29) En dernier lieu : F. Rosa, La contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence dans le contrat de travail : analyse au prisme de l'immobilisation de la force de travail, RDT 2018. 735.

(30) P.-D. Cervetti, La concurrence de l'associé, CCC 2014. Étude 2.

ou par l'implication dans la vie sociale est sans importance. Il appartient simplement aux juges du fond d'apprecier la proportionnalité de l'obligation imposée par les statuts. Il est vain de vouloir appréhender la diversité des solutions par des catégorisations objectives. Rien n'interdit en principe aux statuts de réserver l'obligation de non-concurrence aux dirigeants. Le problème est que cette restriction générale n'est pas plus satisfaisante : un associé minutieux peut en apprendre beaucoup sans être dirigeant, la restriction est inopportunne dans de petites SCOP où les coopérateurs se réunissent parfois très souvent pour une direction collective de fait...

La jurisprudence a tenté ailleurs d'opérer de telles distinctions pour essayer de rendre ses solutions plus fines, mais il nous semble que, ce faisant, elle met aussi en évidence la fragilité de certaines orientations. La décision rapportée de la cour d'appel de Paris en est un parfait exemple puisqu'elle distingue selon que la qualité d'associé a ou non précédé celle de salarié : l'associé salarié est tenu malgré l'absence de contrepartie financière dès lors qu'il avait été associé préalablement, la contrepartie financière conditionne la validité de sa clause de non-concurrence si sa qualité de salarié était antérieure ou concomitante à celle d'associé. L'arrêt précité du 23 avril 2013 qui avait déjà imposé la contrepartie financière aux clauses de non-concurrence dans les SCOP n'avait pas retenu cette distinction quoique dans cette espèce aussi le coopérateur n'avait conclu de contrat de travail avec la SCOP que deux mois après sa participation comme fondateur à la conclusion des statuts. Mais il est

vrai que cette décision était antérieure à la précision apportée par la Cour de cassation³¹ : avec des formulations différentes, elle pose tout de même que la validité de la clause de non-concurrence n'est pas subordonnée à une contrepartie financière lorsqu'au moment de sa conclusion l'associé n'avait pas encore la qualité de salarié. En définitive, l'arrêt de 2021 ne fait que prendre acte de la jurisprudence de la haute cour pour la transposer au coopérateur ouvrier.

Deux explications ont été fournies à l'appui de cette distinction en droit des sociétés : d'un côté il a été relevé qu'il s'agissait d'un cédant qui avait été ensuite salarié dans l'entreprise pour faciliter la transmission et qu'il était donc opportun de ne pas subordonner l'obligation de non-concurrence à une contrepartie financière³². De l'autre côté, la faveur pour la clause imposée à l'associé qui n'est pas encore salarié a été analysée comme la prise en compte de l'absence de risque de fraude à la protection du salarié dont le statut n'existe pas à l'origine³³. Ces deux justifications sont éclairantes et judicieuses ; il n'est pas certain, en revanche, qu'elles soient suffisantes. La situation particulière du cédant dans une opération de cession d'entreprise mérite certainement attention, mais il n'est pas sûr que, lorsqu'elle inclut l'embauche du cédant, celle-ci soit nécessairement postérieure à l'opération ; elle pourrait bien être concomitante et ne pas tomber dès lors dans l'exception. Au reste, il est permis de se demander si l'explication n'est pas plus factuelle que juridique. Il n'en est pas de même de la considération de la fraude, mais il faut tout de même relever que le même auteur nuance

(31) Com. 8 oct. 2013, n° 12-25.984, D. 2013. 2741, note T. Favario ; *ibid.* 2812, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; Rev. sociétés 2014. 102, note J.-F. Barbieri ; Dr. soc. 2014. 174, obs. J. Mouly ; Com. 11 mars 2014, n° 12-12.074, D. 2014. 2488, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra.

(32) J.-F. Barbieri, Cession de droits sociaux incluant un engagement de non-concurrence : pas de contrepartie financière spécifique, Rev. sociétés 2014. 102. Pour plus de détails sur la figure : A. Couret et B. Dondero, La clause de non-concurrence et le cumul des qualités d'associé et de salarié À propos d'un arrêt de la chambre commerciale du 8 octobre 2013, JCP E 2014, n° 1-2, p. 1000.

(33) J. Mouly, La contrepartie financière de la clause de non-concurrence de l'associé-salarié : une conciliation *a minima* avec la jurisprudence de la chambre sociale, Dr. social 2014. 174.

l'efficacité du moyen employé pour s'en prémunir. Au reste, on peut proposer une justification complémentaire, en phase avec le visa par la Cour de cassation de l'article 1134 du code civil en 2013 : lorsque la clause a été conclue, c'est avec un non-salarié, et il serait inique de modifier les prévisions contractuelles en raison d'un évènement postérieur. Ce raisonnement en termes de validité ne s'impose toutefois pas comme on l'a vu à propos des coopératives puisque le juge y utilise non pas la nullité mais l'inopposabilité. Dès lors, rien n'interdit que la clause valable devienne inopposable à l'associé du moment qu'il acquière la qualité de salarié. Bref, il nous semble que la distinction réalisée a quelque chose de byzantin et marque les hésitations de la chambre commerciale.

La distinction opérée à propos de l'associé salarié trouve-t-elle plus de raison d'être dans le cas du coopérateur ? Les difficultés relevées plus haut montrent que non. Non seulement il est contestable d'assimiler le coopérateur à un salarié et de le soumettre à une solution de pur droit du travail, mais, en outre, l'analyse chronologique ne fait pas de sens. Envisageons simplement le cas du coopérateur de l'espèce, dont on appellera qu'il a été embauché deux mois après la fondation de la coopérative dont il était un fondateur : imaginons, nous ne le savons pas faute de précisions factuelles, qu'il ait été un dirigeant dès l'origine et qu'il ait perçu une rémunération à ce titre avant d'être employé. La succession chronologique apparente masquerait une simultanéité fonctionnelle, simplement parce que la fonction de direction n'est dans la SCOP qu'une des fonctions professionnelles, au même titre que tout travail salarié.

Au final, c'est au coopérateur que la clause s'applique et le coopérateur n'est pas un salarié. Et si la jurisprudence refusait cette idée que la double qualité est un statut en soi au lieu de la juxtaposition de deux qualités, elle devrait en conclure que c'est ici la qualité d'associé du coopérateur qui prime. Il est donc erroné de soumettre la clause de non-concurrence qui le lie aux conditions de validité propres au droit du travail. La clause est valide en droit des sociétés et fréquente dans les pactes d'associé. Néanmoins, puisque cette clause déroge au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, elle doit remplir certaines conditions : un motif légitime, un objet précis, et être limitée dans le temps³⁴.

On pourrait parfaitement imaginer une solution fondée sur l'article 1^{er} de la loi de 1978 qui dispose : « Les sociétés coopératives de production sont formées par des travailleurs de toutes catégories ou qualifications professionnelles, associés pour exercer en commun leurs professions dans une entreprise qu'ils gèrent directement ou par l'intermédiaire de mandataires désignés par eux et en leur sein »³⁵. Sur le modèle de l'agent commercial, il suffirait au juge d'affirmer que la validité d'une clause de non-concurrence insérée dans les statuts d'une société coopérative ouvrière à la charge des associés coopérateurs n'est pas subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière au profit de l'associé coopérateur. Ce n'est que si la jurisprudence se montrait sensible aux appels à une généralisation de l'obligation de contrepartie financière que la solution pourrait rationnellement s'appliquer aux SCOP.

(34) D. Gibirila, *Obligation des associés*, *Sociétés en nom collectif*, Rép. sociétés, 2020, n° 419.

(35) L. n° 78-763, 19 juill. 1978, art. 1^{er}, al. 1^{er}.