

## L'importance de la clause de non-concurrence dans un contexte de convention entre actionnaires

Dans un contexte économique où la concurrence est féroce, où les innovations technologiques sont précieuses et où la main d'œuvre qualifiée se raréfie, les entreprises n'ont d'autre choix pour survivre que de se protéger contre la concurrence qui pourrait naître à l'interne, par exemple d'un chercheur qui connaît tous les secrets industriels, d'un représentant aux ventes à qui la clientèle est très attachée, d'un dirigeant ou de tout autre employé-clé qui connaît bien les opérations et projets à venir, etc. À cet égard, les employeurs exigeront souvent comme condition d'embauche un engagement de non-concurrence de l'employé, concept dont la validité est reconnue en droit québécois puisqu'on reconnaît le droit pour les employeurs de protéger leur achalandage acquis bien souvent à fort prix.

Mais hormis les employés, il peut être pertinent pour une entreprise, dans certains cas, que ses actionnaires prévoient dans leur convention entre actionnaires une clause de non-concurrence pour tout le temps où ils seront actionnaires, mais également pour une certaine période de temps par la suite. En effet, même s'ils ne sont pas nécessairement employés de l'entreprise, les actionnaires ont souvent accès à des informations confidentielles et privilégiées concernant ses opérations et sa clientèle. Aussi, les autres actionnaires voudront s'assurer qu'un actionnaire qui se départit de ses actions ne puisse par la suite faire concurrence à l'entreprise et ainsi affecter sa valeur.

Qu'elle s'adresse à un employé ou à un actionnaire, la clause de non-concurrence doit, pour être valide, être raisonnable. Le caractère raisonnable s'évalue selon trois critères établis par la jurisprudence : L'activité prohibée, le territoire visé par la prohibition et sa durée. Tous ces critères doivent être bien circonscrits et ont la même importance. Il suffit que l'un d'entre eux soit jugé déraisonnable pour que la clause soit invalidée en totalité et les tribunaux n'hésitent pas à le faire. La clause doit limiter la prohibition à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'entreprise.

Lorsque l'engagement de non-concurrence est inclus dans une convention d'actionnaires, son caractère raisonnable est évidemment déterminé en fonction de la participation actuelle ou antérieure de l'actionnaire dans l'entreprise, que ce soit à titre d'administrateur, de dirigeant ou d'employé, mais également en fonction de la part d'actions qu'il détenait dans celle-ci. Plus l'apport de l'actionnaire aux profits de l'entreprise est important ou plus il a de l'influence sur l'entreprise et son achalandage, plus la portée de l'engagement pourra être étendue. Par exemple, les activités prohibées pourraient concerner toutes les

activités exercées par l'entreprise plutôt qu'être limitées à celles exercées spécifiquement par l'actionnaire dans l'entreprise. Dans certains cas, la clause peut même s'appliquer aux filiales et autres entités ayant un lien avec l'entreprise.

À l'inverse, si l'actionnaire est un employé à qui on a octroyé des actions afin de le retenir dans l'entreprise ou d'augmenter sa rémunération, mais qu'il ne détient pas de véritable pouvoir, la clause sera évaluée comme si elle était incluse dans un contrat de travail, c'est-à-dire plus restrictivement.

Les actionnaires doivent donc s'assurer de prendre en considération la situation particulière de chaque signataire de la convention entre actionnaires dans la détermination des restrictions (activités, territoire et durée) pour limiter les risques de contestation et d'invalidité.

Pour protéger davantage la valeur de l'entreprise, il peut être important de prévoir dans la convention entre actionnaires un engagement de non-sollicitation des employés et des dirigeants de l'entreprise ainsi qu' un engagement de confidentialité prohibant la divulgation des informations privilégiées touchant notamment les finances, les activités, la clientèle, les employés, le savoir-faire et les innovations.

Enfin, pour donner plus de mordant à toutes ces clauses, pour les rendre encore plus dissuasives et pour faciliter la preuve des dommages subis devant les tribunaux, il peut être opportun de prévoir également dans la convention une clause pénale entraînant l'obligation pour le contrevenant de payer aux autres actionnaires ou à l'entreprise une somme d'argent déterminée à l'avance en cas de violation de ses engagements. Ce type de clause répond aussi à des critères particuliers en ce qui a trait au caractère raisonnable et à la validité dont les actionnaires devront tenir compte dans la rédaction.

Étant donné que les actionnaires d'une entreprise n'ont pas tous la même motivation, la mise en place d'une convention entre actionnaires peut s'avérer un défi complexe, particulièrement lorsqu'on touche la liberté de commerce et leur potentiel à gagner leur vie. Certains actionnaires vont même refuser de contracter un tel engagement. Il est alors de mise de comprendre leurs préoccupations ou réticences afin de trouver un compromis qui saura tout de même assurer une protection adéquate à l'entreprise.