



HAL
open science

L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé

Aurélie Brès

► **To cite this version:**

Aurélie Brès. L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé. RTDCom. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 2011, 3, pp.463-510, 239419 signes. hal-01931120

HAL Id: hal-01931120

<https://hal.science/hal-01931120v1>

Submitted on 23 Jan 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'obligation de non-concurrence de plein droit de l'associé

Aurélie Brès,

Maître de conférences à la Faculté de Droit de Montpellier, Centre du Droit de l'entreprise,
Université de Montpellier

1.- Le contrat de société présente la particularité de donner naissance à une nouvelle personne juridique¹, qui correspond aux attentes de ses fondateurs et qui est destinée à leur procurer un avantage particulier. Alors que les intérêts des contractants sont généralement opposés, les intérêts des associés convergent dans le succès de l'entreprise commune initiée avec la conclusion du pacte social². Les associés poursuivent ainsi la réalisation de l'objet social, même si les intérêts individuels de chacun d'eux peuvent s'écarter de ceux de la société en cours de vie sociale.

La concurrence exercée par un associé à l'encontre de la société dont il est membre ne s'apparente dès lors pas à celle qu'un contractant ordinaire peut faire à son partenaire contractuel, bien qu'il soit tenu de certaines obligations à l'égard de cette dernière. En exerçant une activité concurrente à celle de la société, l'associé ne fait pas directement ni nécessairement concurrence à ses cocontractants, les autres associés, qui peuvent se livrer à une activité toute autre, il porte préjudice à la personne morale née du contrat qu'il a formé ou auquel il a adhéré dans l'espérance d'une création collective de richesses. Autrement dit, quand l'antagonisme des intérêts est coutumier dans les contrats de droit commun³, la rivalité de l'associé et de la société à laquelle il appartient paraît plus singulière, dans la mesure où l'associé s'est engagé dans la perspective de bénéficier de l'activité développée par la société.

L'intérêt de l'associé à la pérennité de l'affaire commune tend cependant à s'estomper quelque peu dans les formes sociétaires modernes, l'actionnaire cherchant parfois simplement à réaliser un profit à court terme et non à bénéficier dans le temps du développement de la société. En outre, si l'associé est naturellement attaché à la prospérité de l'activité sociale, le titulaire de parts dans une société ne réagit pas toujours en sa qualité d'associé s'il assume par ailleurs d'autres fonctions, ou s'il est intéressé dans d'autres affaires. Sa situation professionnelle ne se résume généralement pas à son seul statut d'associé d'une société

¹ Sur cette spécificité, J. Hamel, *Quelques réflexions sur le contrat de société*, Mélanges Dabin, t. II, Droit positif, Sirey, 1963, p. 645 s., spéc. p. 655 s.

² Sur la convergence des intérêts des associés, v. not. H. Capitant, *De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux et legs*, Dalloz, 3^e éd. 1927, n°19, p. 40-41, qui classe le pacte social parmi les "contrats synallagmatiques dans lesquels les contractants poursuivent tous une même fin commune".

³ Sur ce point, J. Hamel, *L'affectio societatis*, RTD civ. 1925, p. 761 s., spéc. p. 769, évoquant l'opposition d'intérêts qui existe entre les parties à un contrat synallagmatique ordinaire, "chacune cherchant à réaliser un profit au détriment de l'autre".

particulière. La considération des intérêts de la société n'occupe une place déterminante dans les choix de l'associé que lorsque celui-ci exerce son activité professionnelle exclusivement au sein de cette dernière, encore que ses intérêts propres restent distincts de ceux de la personne morale dans cette hypothèse, même s'ils y sont intimement mêlés, l'associé pouvant trouver qu'il est finalement plus avantageux pour lui de travailler au sein d'une autre structure. L'intérêt que peut avoir l'associé à travailler en dehors de la société, ou à développer une activité concurrente, est alors susceptible d'être protégé au titre de la liberté d'entreprendre et de la liberté d'exercice d'une activité professionnelle, qui sont considérées comme des libertés fondamentales⁴, et des principes généraux du droit communautaire⁵.

La question se pose naturellement de savoir si, en l'absence de clause de non-concurrence figurant dans les statuts, l'associé est tenu de ne pas faire concurrence à la société dont il est membre, ou si sa liberté professionnelle peut au contraire s'exercer librement. Cette question n'intéresse pas toutes les formes de sociétés. Si les sociétés commerciales sont par nature susceptibles d'être concurrencées dans l'exercice de leur activité, tel n'est pas le cas par exemple des sociétés civiles créées par des particuliers pour l'acquisition et la gestion de biens immobiliers.

2.- Une obligation peut peser de plein droit sur un individu parce qu'elle est posée par la loi, ou encore parce qu'elle découle implicitement de la nature du contrat ou des circonstances⁶.

En l'absence de disposition légale ou de stipulation contractuelle indiquant qu'une partie doit respecter une obligation déterminée, il peut être communément admis qu'une telle obligation s'impose à elle sur différents fondements. L'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles posée par l'article 1134 al. 3 du Code civil, tout d'abord, est fréquemment analysée comme une norme créatrice d'obligations nouvelles pour les parties⁷, ou tout au moins comme une norme au regard de laquelle l'étendue de leurs obligations peut être

⁴ Cf art. 7 L. 2-17 mars 1791, dite "Décret" d'Allarde. Pour des arrêts récents visant "le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle", Soc., 16 sept. 2009, n°08-40.936, et "le principe fondamental de la liberté d'entreprendre", Soc., 13 juill. 2004, Bull. civ. V, n°205 ; JCP E 2005.II.35 ; Dr. ouv. 2005.1 s. Sur la notion de liberté fondamentale, v. not. X. Dupré de Boulois, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé*, JCP G 2007.I.211, spéc. n°13 et 22, relatifs au principe de libre exercice d'une activité professionnelle et de libre entreprise. V. aussi Chambéry, 4 avr. 1995, JurisData n°1995-040892, évoquant "le droit fondamental d'exercer librement le commerce".

⁵ Pour le libre exercice d'une activité professionnelle, v. not. CJCE, 10 janv. 1992, C-177/90, Rec. 1992, p. I-35, pt 16 - 5 oct. 1994, C-280/93, Rec. p. I-4973, pt 78. Pour la liberté d'entreprendre, v. CJCE, 21 févr. 1991, C-143/88, Rec. p. I-415, pt 72.

⁶ L'article L134-4 c. com., par exemple, déclare expressément que l'agent commercial et son mandant sont tenus d'une obligation de loyauté l'un envers l'autre. Certaines obligations mises à la charge du salarié ne sont pas dictées par la loi ou prévues par le contrat de travail, mais sont déduites de ce dernier par la jurisprudence, comme l'obligation qui lui est faite de suivre les actions de formation initiées par son employeur (Soc., 5 déc. 2007, JCP S 2008.II.1233, note Barège, l'annotateur estimant qu'une obligation implicite d'adaptation pèse sur le salarié)

⁷ Sur les ramifications de l'exigence de bonne foi, v. not. Y. Picod, *Jcl civ., Art. 1134 et 1135, Fasc. unique. Contrats et obligations.-Effet obligatoire des conventions*, janv. 2007, spéc. n°39 s.

appréciée et précisée⁸. De nombreuses obligations, telles l'obligation de renseignement mise à la charge du vendeur professionnel ou l'obligation de coopération dégagée dans certains contrats, sont ainsi communément présentées comme des applications de l'impératif de bonne foi⁹. L'article 1135 du Code civil, déclarant que les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature, permet également de rajouter aux obligations expressément prévues par les parties¹⁰, et cette possibilité est largement utilisée¹¹. La notion d'obligation implicite¹², à laquelle il est parfois fait appel, repose sur l'idée similaire que certaines obligations, bien qu'informulées, découlent de la nature même du contrat.

S'il semble que certaines obligations ne puissent peser sur les parties que si elles ont été expressément stipulées, il est généralement admis que l'obligation de non-concurrence peut être simplement implicite. Les décisions jurisprudentielles relevant l'existence d'une obligation de non-concurrence implicite sont ainsi relativement nombreuses¹³.

3.- L'obligation mise à la charge d'un contractant par le législateur ne diffère pas foncièrement

⁸ En ce sens, P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999.771 s., spéc. n°39 : " L'article 1134 alinéa 3 fonctionne ici comme une règle d'interprétation de la norme contractuelle : c'est non pas seulement au regard de la lettre du contrat, mais au regard de la notion de bonne foi qu'on peut dire quelle est exactement l'étendue des prérogatives du créancier".

⁹ Cf par ex., sur le lien établi entre l'exigence de bonne foi et l'obligation de renseignement, Paris, 12 nov. 2002, RG 2001/03452.

¹⁰ Sur ce point, v. not. Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, Nouv. bibl. de thèses, vol. 46 ; C. Mouly-Guillemaud, *Retour sur l'article 1135 du Code civil*, LGDJ, 2006, Bibl. dr. privé, t. 460, 2004.

¹¹ Pour un exemple récent, Soc., 18 oct. 2006, Bull. civ. V, n°307 ; RDC 2007.714, note Laithier, décidant, au visa des articles 1135 c. civ. et L121-1 c. trav., que l'employeur est tenu de garantir ses salariés à raison des actes ou faits qu'ils passent ou accomplissent en exécution du contrat de travail. Sur ce point, Y. Picod, Jcl civ., op. cit., n°53 s., citant notamment l'exemple de l'obligation de sécurité.

¹² Sur la notion d'obligation implicite, v. not. G. Lyon-Caen, *L'obligation implicite*, Arch. Philo. dr. 2001, t. 44, p. 109 ; Y. Picod, Rép. civ., *Obligations*, § 3, janv. 2009, n°25 s. Le concept d'obligation implicite connaît une faveur particulière dans les droits anglo-saxons, qui identifient depuis longtemps des *implied terms* dans les contrats (v. G.M. Cohen, *Implied terms and interpretation in Contract Law*, Encyclopedia of Law and Economics (Edward Elgar, 2000) ; C.J. Goetz and R.E. Scott (1985), *The limits of expanded choice : an analysis of the interactions between express and implied contract terms*, 73 *California law review*, 261-322). La notion figure encore dans les Principes Unidroit, ainsi que dans les Principes du Droit Européen des Contrats. Les premiers indiquent ainsi dans leur article 5.1.1. que les obligations contractuelles des parties sont expresses ou implicites, les obligations implicites découlant, selon l'article 5.1.2, de la nature et du but du contrat, des pratiques établies entre les parties et des usages, de la bonne foi, et de ce qui est raisonnable. Suivant l'article 6:102 des PEDC, de formulation très similaire, un contrat peut contenir des clauses implicites qui découlent de l'intention des parties, de la nature et du but du contrat, et de la bonne foi. Le projet portant réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie (art. 79 et 80), ainsi que le projet dirigé par le Pr. F. Terré (art. 57) recourent également à cette notion. L'introduction de cette notion en droit français est cependant critiquée par une partie de la doctrine, qui estime qu'elle serait source d'insécurité juridique, et qu'en tout état de cause elle ne présente pas d'utilité particulière, les articles 1134 al. 3 et 1135 c. civ. permettant déjà d'adjoindre de nouvelles obligations aux prévisions des parties (R. Cabrillac, *Le projet de réforme du droit des contrats.-Premières impressions*, JCP G 2008.I.190, spéc. n°11 ; Y. Picod, Rép. civ., préc.).

¹³ Pour un exemple d'obligation de non-concurrence dégagée par la jurisprudence, Aix-en Provence, 4 janv. 1996, note Serra, *Les circonstances particulières justifiant l'existence d'une obligation implicite de non-concurrence à la charge du bailleur d'un local à usage commercial*, D. 1997.102, considérant qu'il résulte des circonstances particulières de l'espèce qu'un supermarché qui a donné un local commercial situé sur le parking du magasin en sous-location à un poissonnier est tenu d'une obligation implicite de non-concurrence à l'égard de ce dernier.

de l'obligation implicite dégagée par la jurisprudence ou la doctrine, bien qu'elle tienne son caractère obligatoire avant tout de la nature impérative de la loi. Dans la plupart des hypothèses, elle résulte en effet d'une analyse de l'économie du contrat considéré, comme l'obligation implicite ; simplement cet examen est opéré par le législateur, alors que l'obligation implicite est généralement mise à jour par la jurisprudence ou la doctrine. Les hypothèses dans lesquelles une obligation de non-concurrence pèse déjà de plein droit sur l'associé en droit positif seront dès lors envisagées, que l'obligation résulte expressément de la loi ou qu'elle ait été dégagée par la jurisprudence.

4.- Il est par exemple acquis que l'associé qui a apporté un fonds de commerce à la société doit s'abstenir de lui faire concurrence, parce qu'il est tenu des obligations du vendeur, et notamment de la garantie d'éviction de son fait personnel¹⁴. Selon l'interprétation qui en est généralement faite, l'article 1843-3 c. civ. met également une obligation de non-concurrence à la charge de l'apporteur en industrie¹⁵. Dans cette optique, l'associé qui a procédé à un apport de clientèle, comme il en est en droit de le faire depuis la reconnaissance de la patrimonialité des clientèles civiles, est lui aussi tenu de ne pas faire concurrence à la société en vertu de l'article 1843-3 c. civ.¹⁶, que l'apport de clientèle soit analysé comme un apport en nature¹⁷ ou comme un apport relevant à la fois de la catégorie des apports en nature et de celle des apports en industrie¹⁸, l'article 1843-3 c. civ. visant aussi bien les apports en industrie que les apports en numéraire ou en nature. Dans ces hypothèses, l'obligation de non-concurrence procède directement du transfert d'un bien ou de l'engagement de réaliser un travail au profit de la société, la nature de la société bénéficiaire de l'apport étant indifférente.

5.- Il ne fait pas de doute non plus que l'associé qui exerce par ailleurs les fonctions de dirigeant social ou qui occupe un poste de salarié au sein de la société soit tenu d'une obligation de non-concurrence de plein droit à l'égard de cette dernière. La discipline et la loyauté exigées du salarié en position de subordination ont depuis longtemps conduit la

¹⁴ Cf art. 1626 et 1628 c. civ. Sur ce point, Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Dalloz, Dr. usuel. Affaires, 1991, n°46, p. 35.

¹⁵ Cf al. 1 : "Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie", et al. 6 : "L'associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport". Sur la notion d'apport en industrie, R. Baillod, *L'apport en industrie, déclin ou renouveau*, th. Toulouse 1980 ; L. Nurit-Pontier, *Repenser les apports en industrie*, LPA 3 juill. 2002, p. 4 s., spéc. n°9.

¹⁶ Sur ce point, Y. Serra, *La non-concurrence...*, préc., n°71, p. 52.

¹⁷ La loi 66-879 du 29 nov. 1966 relative aux SCP range ainsi les apports de clientèle dans la catégorie des apports en nature (art. 10 al. 2).

¹⁸ En ce sens, L. Nurit-Pontier, op. cit., spéc. n°8, qui souligne que "l'apporteur des éléments incorporels d'un cabinet" qui représentent un avantage acquis, "apporte également son industrie : l'avocat ou le médecin qui décide d'apporter sa clientèle à une société civile professionnelle s'engage dans le même temps à mettre son travail, sa science et sa notoriété au service de la société", de sorte qu'il faudrait distinguer "la transmission de clientèle, apport en nature de droits incorporels, de la transmission de travail, de notoriété, c'est-à-dire de l'apport en industrie".

doctrine et la jurisprudence à considérer qu'une obligation de non-concurrence découle directement du contrat de travail¹⁹.

Il est également acquis qu'une telle obligation pèse de plein droit sur le dirigeant social²⁰, bien que les auteurs ne s'accordent pas réellement sur le fondement de cette obligation. Il s'agirait selon certains d'une manifestation de l'obligation de loyauté à laquelle le dirigeant serait tenu à l'égard de la société²¹, tandis que d'autres préfèrent y voir un devoir découlant de la fonction de dirigeant social elle-même²², dès lors que celui qui l'exerce est en charge des intérêts de la société. La seconde conception tend cependant à l'emporter au sein de la doctrine, l'existence d'un lien contractuel entre le dirigeant et la société étant souvent remise en cause aujourd'hui²³. En l'absence de contrat unissant le dirigeant social à la société, l'obligation de loyauté présentée comme le support de l'obligation de non-concurrence pesant sur le dirigeant social serait en effet dépourvue de fondement contractuel et ne s'apparenterait donc pas à une véritable obligation, mais plutôt à un devoir²⁴. Si la source de l'interdiction de concurrence faite au dirigeant reste quelque peu incertaine, il semble en tout état de cause qu'elle ne réside pas dans la qualité d'associé elle-même, mais dans la fonction particulière exercée par cet associé. L'associé qui cumulerait la qualité de dirigeant et celle de salarié, par exemple parce qu'il occuperait un poste de dirigeant salarié, serait ainsi débiteur d'une obligation de non-concurrence à double titre²⁵. L'interdiction de concurrence ainsi posée trouve un solide appui dans les solutions retenues par les droits étrangers, qui mettent généralement un devoir de non-concurrence à la charge du dirigeant social. Les droits anglo-saxons en particulier ont été parmi les premiers à exiger un comportement loyal du dirigeant social, en définissant les

¹⁹ En ce sens, G. Blanc-Jouvan, *Jcl trav.*, Fasc. 18-25, avr. 2009, spéc. n°4 s., distinguant l'obligation de non-concurrence post-contractuelle de l'obligation de loyauté, qui fait peser une obligation de non-concurrence sur le salarié pendant la durée de la relation de travail.

²⁰ En ce sens, Com., 11 févr. 1964, Bull. Joly 1964.246.§150 - Paris, 10 nov. 1992, D. 1994.Somm.75, obs. Picod - Com., 7 juin 1994, Rev. soc. 1995.275, note Vatinet ; Bull. Joly 1994.1232, note Saintourens - 24 févr. 1998, D. 1999.Somm.100, obs. Picod, Bull. Joly 1998.813, note Petit ; JCP G 1999.II.10003, note Keita - 12 févr. 2002, D. 2003.1032, obs. Picod ; Bull. Joly 2002.617, note Saintourens ; D. & Patr. 05-2002, n°104, note Poracchia. V. aussi L. Godon, note ss Com., 12 févr. 2002, *L'obligation de non-concurrence du dirigeant social et l'émergence d'une obligation de fidélité*, Rev. soc. 2002.702 ; *L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux*, Bull. Joly 1999.5.

²¹ Cf Com., 12 févr. 2002, préc., qui se réfère à "l'obligation de loyauté et de fidélité" incombant au dirigeant social. Sur l'obligation de loyauté du dirigeant social, v. aussi B. Daille-Duclos, *Le devoir de loyauté du dirigeant*, JCP E 1998, p. 1486 ; H. Le Nabasque, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com. 1999.273 s. ; M. Lathelize-Bonnemaizon, *Bilan et perspectives du devoir de loyauté en droit des sociétés*, LPA 23 juin 2000. Plus généralement, sur le devoir de loyauté, Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, Bibl. dr. privé, t. 20.

²² En ce sens, Com., 11 oct. 2005, Bull. Joly 2006.632, note Massart - 6 mai 2008, Rev. soc. 2009.95 s., note Godon, évoquant l'obligation de loyauté à laquelle le dirigeant social, "en cette qualité", est tenu à l'égard des associés ; L. Godon, Bull. Joly 1999, p. 5 s., spéc. n°8.

²³ V. cependant les obs. de Y. Picod, ainsi que celles de D. Poracchia, sur Com., 12 févr. 2002.

²⁴ Cf L. Godon, Bull. Joly 1999, p. 5 s., spéc. n°7 ; note ss Com., 12 mai 2004, *Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés*, Rev. soc. 2005.140 ; J.-J. Caussain, *A propos du devoir de loyauté des dirigeants de société*, Mélanges Mercadal, F. Lefebvre, 2002.

²⁵ Certaines décisions jurisprudentielles ont même estimé qu'un associé gérant salarié restait tenu d'une telle obligation de non-concurrence après sa démission de ses fonctions de gérant : Aix-en-Provence, 4 mars 2005, JurisData n°2005-275023.

devoirs fiduciaires incombant à ce dernier²⁶, parmi lesquels figurent notamment le devoir de veiller à l'absence de tout conflit d'intérêts avec la personne morale représentée, et le devoir de ne pas faire concurrence à celle-ci.

Le caractère relativement établi des solutions affirmant que l'associé salarié ou dirigeant social est tenu d'une obligation de non-concurrence de plein droit dont la société est créancière invite à envisager de manière préférentielle la situation de l'associé qui n'exerce pas de telles fonctions, qu'il se présente comme un simple porteur de part, ou qu'il joue un rôle plus important au sein de la société sans pour autant assumer de fonctions de direction ou remplir une mission salariale. L'interdiction de concurrence faite au dirigeant social et au salarié apporte toutefois une première indication. La question de savoir si l'interdiction pesant sur le dirigeant procède avant tout d'un lien juridique ou du rôle qu'il occupe au sein de la société pourra se révéler importante lorsqu'il s'agira d'apprécier si un associé qui joue un rôle essentiel dans la société sans être clairement investi des pouvoirs de direction peut exercer une activité concurrente.

6.- A cet égard, l'étude du droit positif révèle que le traitement de la concurrence exercée par l'associé qui n'occupe pas un poste de salarié ou de dirigeant social n'est pas uniforme. Si la loi met indirectement une obligation de non-concurrence à la charge des associés dans certaines sociétés, en exigeant d'eux qu'ils exercent leur activité professionnelle exclusivement au sein de la société, elle reste dans la plupart des cas muette sur la question.

Dans le silence de la loi, un premier constat peut être opéré. Il est en principe possible de faire figurer dans les statuts d'une société une clause mettant à la charge des associés une obligation de non-concurrence applicable pendant le temps où ils ont cette qualité, ou à leur sortie de la société. La possibilité de prévoir une obligation de non-concurrence dans un contrat n'indique cependant pas qu'une telle obligation ne pèse pas déjà implicitement sur les contractants. La stipulation d'une obligation garde en effet une utilité même lorsque cette obligation s'impose déjà de plein droit aux contractants, car elle permet, non pas de mettre une nouvelle obligation à la charge des parties, mais d'aménager et de préciser une exigence inhérente à la nature même du contrat.

Des décisions jurisprudentielles se sont déjà prononcées sur le point de savoir si l'associé est tenu d'une obligation de non-concurrence à l'égard de la société, sans toutefois apporter une réponse uniforme. La question est également souvent envisagée par la doctrine, mais les conceptions retenues diffèrent là encore sensiblement selon les auteurs. Si certains estiment

²⁶ Sur ce point, N. Dion, *Les obligations fiduciaires des dirigeants de sociétés commerciales, droit des Etats-Unis d'Amérique et droit français*, th. Orléans, 1994 ; A. Tunc, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, Economica, Etudes jur. comp., 4^e éd. 1997, sect. IV, p. 163 s., qui considère cependant que le simple directeur d'une société devrait pouvoir être également simple directeur d'une société concurrente.

qu'une obligation de non-concurrence est attachée de plein droit à la qualité d'associé²⁷, sans considération pour le type de société concerné, d'autres rejettent clairement l'existence d'une telle obligation²⁸, même dans les sociétés civiles, sauf lorsque l'associé a réalisé un apport en industrie²⁹ ou apporté une clientèle civile³⁰. Les positions sont cependant généralement plus nuancées, et distinguent le plus souvent selon la nature de la société concurrencée ou le rôle de l'associé au sein de la société³¹. Une position classique consistait à affirmer que l'associé était débiteur d'une obligation de non-concurrence de plein droit dans les sociétés de personnes, mais pas dans les sociétés de capitaux³², ou du moins pas dans les sociétés par actions³³. Selon une autre conception, à l'exception de l'apporteur d'un fonds de commerce, de l'apporteur en industrie, du salarié ou du dirigeant social de la société, aucune obligation de non-concurrence ne pèserait sur l'associé, si ce n'est dans les sociétés civiles professionnelles³⁴. D'autres différencient encore les associés qui n'ont qu'une fonction patrimoniale, les simples porteurs de parts, de ceux qui exercent des responsabilités de gestion

²⁷ E.-E. Thaller et P.J. Pic, *Traité général, théorique et pratique de droit commercial*, A. Rousseau, 1911, n°376, p. 495 : "Il est interdit à tout associé, dans les sociétés par intérêt comme dans les sociétés civiles ordinaires, de faire aucun acte susceptible de nuire à la marche des affaires sociales, et en particulier de faire concurrence à la société dans l'exploitation qui constitue son objet propre". V. aussi Paris, 7 févr. 1980, RTD com. 1980.555 s., note Champaud ; JCP 1981.II.19669, note Edwards, déclarant que "la clause de non-concurrence liée à la qualité d'associé est justifiée par le fait qu'on ne peut raisonnablement concourir effectivement à la réalisation de l'activité, libérale ou non, d'une société et lui faire en même temps concurrence de quelque façon que ce soit" - Com., 6 mai 1991, JurisData n°1991-001339, Rev. soc. 1991.760, note Guyon ; D. 1991.jur.609, note Viandier ; RTD com. 1992.621, obs. Chapaud et Danet ; D. 1992.somm.347, obs. Serra, estimant que n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du NCPC la cour d'appel qui déboute une société de son action en concurrence déloyale envers un associé, au motif qu'il n'est pas établi que le revirement commercial d'un client soit imputable à des manoeuvres, sans répondre aux conclusions faisant valoir qu'en sa seule qualité d'associé, il était tenu de s'abstenir de tout acte de concurrence à l'égard de celle-ci - Aix-en-Provence, 9 oct. 2008, JurisData n°2008-003371, expliquant que les actes de concurrence déloyale reprochés à un ancien salarié, devenu actionnaire de la SA qui l'employait, ont été commis en violation à la fois des obligations découlant de sa qualité d'associé et de la clause de non-concurrence post-contractuelle prévue par son contrat de travail. V. aussi Rennes, 5 févr. 2008, JurisData n°2008-001345, déclarant que "l'associé d'une société est tenu envers cette dernière d'une obligation de loyauté, qui découle du pacte social lui-même."

²⁸ Y. Chartier, *L'évolution de l'engagement des associés*, Rev. soc. 1980.1s. ; Aix-en-Provence, 12 juin 1996, JurisData n°1996-046919, déclarant qu'aucune obligation de non concurrence ne pèse sur un associé.

²⁹ En ce sens, C. Lyon-Caen, L. Renault, *Traité de droit commercial*, 5^e éd. par Amiaud, t. 1, n°249s.

³⁰ *Mémento Lefebvre Soc. civiles* 2009, n°20441, p. 476 : les auteurs estiment que l'associé peut exercer une activité concurrente de celle de la société sauf s'il a fait un apport en industrie ou a apporté une clientèle civile, car "l'interdiction d'exercer une activité ne peut résulter que d'un texte législatif ou réglementaire ou d'un comportement fautif".

³¹ En ce sens, Y. Auguet, *Concurrence et clientèle, contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, LGDJ, 2000, Bibl. dr. privé, t. 315, n°100, p. 121.

³² Cf *Mémento Lefebvre Soc. com.* 2008, n°6044, p. 448, réservant toutefois l'hypothèse où l'associé a apporté un fonds de commerce, ou est lié par une clause insérée dans les statuts. V. aussi Paris, 21 oct. 1957, Ann. propr. ind. 1958, p. 85 (confirmé par Com., 11 févr. 1964, Bull. civ. IV, n°67), décidant que le simple porteur de parts d'une SARL, n'exerçant dans la société aucune fonction de gérance ni d'emploi salarié, est libre de s'intéresser à une nouvelle entreprise, même si celle-ci a un objet analogue à celui de la société et est susceptible d'entrer en concurrence avec elle, sous réserve qu'il ne commette pas de manoeuvres déloyales tendant à créer une confusion entre les deux entreprises dans l'esprit du public - T. com. Paris, 13 sept. 2005, JurisData n°2005-288985, admettant qu'un associé de SARL exerce une activité concurrente à celle de la société, s'il ne se livre pas à des actes de concurrence déloyale.

³³ E. Thaller et J. Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, n°330 ; P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2^e éd. 2003, n°254, p. 149, qui estime que "dans les sociétés par actions, l'obligation de non-concurrence ne pèse en principe que sur les dirigeants, et non pas sur les associés, sauf circonstances particulières".

³⁴ Cf Y. Serra, *La non-concurrence...*, préc., n°151 s., p. 107s.

ou de direction au sein de la société, en vertu d'un contrat de mandat, et qui seuls seraient tenus d'une obligation implicite de non-concurrence. Plus généralement, il est fait appel à un faisceau d'indices, tels que la forme sociale, l'implication de l'associé au sein de la société, ou son rôle dans l'attraction de la clientèle³⁵.

La plupart des auteurs soulignent en définitive qu'il s'agit d'une question controversée³⁶.

7.- De nombreux droits étrangers se prononcent en revanche clairement sur la question. Plusieurs d'entre eux distinguent selon les formes sociales, et font peser une obligation de non-concurrence de plein droit sur les associés des sociétés simples et des sociétés en nom collectif durant le temps de leur participation à la société³⁷, laissant aux statuts la possibilité de prévoir une telle obligation dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. L'interdiction de concurrence s'applique parfois même à l'ensemble des associés, en vertu des textes légaux ou de leur interprétation doctrinale et jurisprudentielle³⁸.

8.- Sans souscrire à cette dernière position, il est possible de constater que la sauvegarde des intérêts essentiels de la société impose parfois que les associés s'abstiennent de lui faire concurrence. Ainsi, bien que les textes n'interdisent pas de manière générale à l'associé de

³⁵ Cf A. Viandier, note ss Com., 6 mai 1991, D. 1991.jur.609 s., spéc. n°5. L'existence d'une obligation de non-concurrence à la charge des associés sera fonction, selon l'auteur, de la taille de la société, de sa forme, de la nature de l'activité, du degré d'intuitus personae, de la contribution de tel ou tel associé à la constitution de la clientèle, de son influence dans la gestion de la société et de l'importance de sa participation. V. aussi L. Godon, *Les obligations des associés*, Economica, 1999, n°194 s., p. 125 s.

³⁶ En ce sens, C. Champaud et D. Danet, obs. sur Com., 6 mai 1991, RTD com. 1992.621 ; D. Gibirila, Rép. soc., *Nom collectif (Société en)*, janv. 2003, n°362 ; Ph. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 13^e éd. 2009 avec A. Fauchon, n°148.

³⁷ Le Code suisse des obligations met ainsi une obligation de non-concurrence à la charge des associés des sociétés simples et des sociétés en nom collectif. L'article 536 relatif à la société simple et intitulé "Prohibition de concurrence" déclare ainsi "qu'aucun associé ne peut faire pour son compte personnel des affaires qui seraient contraires ou préjudiciables au but de la société". L'interdiction de concurrence faite aux associés des SNC est quant à elle posée par l'article 561. Sur ces règles, R. Patry, *Précis de droit suisse des sociétés*, t. 1, *Les notions fondamentales, les sociétés sans personnalité juridique*, Berne, Staempfli, 1976, spéc. p. 209 pour l'interdiction de concurrence dans la société simple, présentée comme une application du devoir de fidélité incombant aux associés en vertu de l'article 538 du code, et p. 294 pour la SNC, et t.2, *La société anonyme, les sociétés mixtes*, 1977, p. 60 ; H.-D. Rautmann, *Wettbewerbsenthaltungspflicht im Gesellschaftsrecht (Le devoir d'abstention de concurrence en droit des sociétés)*, th. Berne, 1965. L'article 2301 du Code civil italien interdit également à l'associé d'une SNC d'exercer une activité concurrente de celle de la société et de participer en qualité d'associé à responsabilité illimitée à une société concurrente, sans le consentement des autres associés.

³⁸ L'article 2204 du Code civil du Québec fait ainsi peser une obligation de non-concurrence sur l'associé d'une SNC, mais cette interdiction de concurrence s'impose également aux associés des sociétés en participation par application de l'article 2251 C.c.Q., qui déclare que dans ces sociétés, "en l'absence de convention particulière, les rapports des associés entre eux sont réglés par les dispositions qui régissent les rapports des associés en nom collectif, entre eux et envers leur société, compte tenu des adaptations nécessaires" (v. aussi la décision Soudure J.B.P. Enr. c. Coulombe, (C.S.) REJB 2001-30107, Cour Sup. Québec, 4 déc. 2001). La doctrine et la jurisprudence considèrent même qu'une telle interdiction s'étend à tous les associés (par ex. Me Thériault, *L'exercice de la profession d'avocats avec d'autres*, Barreau du Québec, 6^e éd. 2007), même si elle n'est pas d'ordre public, car chaque associé doit en tout temps agir en fonction du meilleur intérêt de la société (J. Smith, *Les obligations et les droits des associés*, 1981, 15 R.J.T., p. 294). V. également l'article 2809 du Code civil de Louisiane, qui dispose que "A partner owes a fiduciary duty to the partnership and to his partners. He may not conduct any activity, for himself or on behalf of a third person, that is contrary to his fiduciary duty and is prejudicial to the partnership. If he does so, he must account to the partnership and to his partners for the resulting profits".

développer une activité concurrente, l'examen du domaine apparent, formel de l'obligation de non-concurrence de plein droit (I) révèle que les dispositions qui mettent une telle obligation à la charge de l'associé tendent globalement à protéger la société contre une concurrence qui se révélerait particulièrement rigoureuse. Au-delà des réglementations spéciales, le pacte social semble en tout état de cause mettre une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge de l'associé lorsque la concurrence qu'il est susceptible d'exercer mettrait en péril la viabilité de la société. La sauvegarde des intérêts essentiels de la société fait alors figure de critère permettant d'identifier les hypothèses dans lesquelles une obligation de non-concurrence s'impose de plein droit à l'associé, et de préciser le contenu d'une telle obligation, mettant en évidence la portée substantielle de l'obligation (II).

I- Le domaine formel de l'obligation de non-concurrence de plein droit

9.- L'étude du droit positif montre en premier lieu qu'aucun texte ne pose de règle générale interdisant expressément à l'associé de faire concurrence à la société à laquelle il appartient. La difficulté de trouver dans les textes du droit commun ou dans les règles propres au droit des sociétés le fondement d'une obligation générale de non-concurrence incombant à l'associé vient confirmer que ce dernier n'est pas tenu d'une telle obligation (A). Il est possible en revanche de mettre en évidence l'existence de dispositions spéciales faisant peser une obligation de non-concurrence sur certains associés, dont il apparaît qu'ils mettraient en péril les intérêts essentiels de la société s'ils se livraient à une activité concurrente (B).

A- L'absence d'obligation générale de non-concurrence attachée à la qualité d'associé

10.- Aucune disposition légale n'énonce formellement le principe d'une obligation de non-concurrence attachée à la qualité même d'associé. Pourtant, l'opinion selon laquelle l'associé serait tenu d'une obligation de non-concurrence à l'égard de la société du seul fait de sa qualité d'associé reste latente tant en doctrine qu'en jurisprudence, même si elle est aujourd'hui généralement combattue. Cette position reflète en réalité différentes conceptions qui viennent toutes mettre une obligation de non-concurrence de plein droit à la charge de l'associé, mais sur des fondements distincts, du moins en apparence.

Une première analyse a pu voir dans la notion de garantie d'éviction le fondement légal d'une telle obligation de non-concurrence. Selon cette position, les associés seraient tenus d'une obligation de garantie de leur fait personnel à l'égard de la société, qui leur interdirait de faire concurrence à cette dernière³⁹. Le jeu de la garantie semble cependant ne trouver de

³⁹ En ce sens, E.-E. Thaller et P.J. Pic, op. cit., n° 376, p. 496, qui expliquent que l'associé doit s'abstenir de porter atteinte, même indirectement, à l'actif social, dont la clientèle représente l'un des éléments. Ces auteurs fondaient

fondement juridique que lorsque l'associé a procédé à un apport de clientèle ou de fonds de commerce, ou qu'il rentre dans la catégorie des apporteurs en industrie. La collaboration au succès de l'entreprise commune attendue de l'associé n'est pas susceptible d'être appréhendée juridiquement au titre de la garantie d'éviction, dans le cas où elle ferait défaut. Une telle conception, retenue pendant un temps par la doctrine, n'a de ce fait plus cours aujourd'hui.

D'autres analyses plus contemporaines sont cependant proposées au soutien de la thèse qui affirme qu'une obligation de non-concurrence pèse de plein droit sur l'associé. En particulier, l'impératif de bonne foi dans les relations contractuelles, ou encore la notion d'*affectio societatis*, commanderaient à l'associé de s'abstenir de faire concurrence à la société. De manière générale, il semble néanmoins difficile de considérer que de telles notions peuvent servir de fondement à des obligations qui n'ont pas été convenues par les parties.

1) Le rejet de la thèse faisant de l'exigence de bonne foi la source d'une obligation générale de non-concurrence pesant sur l'associé

11.- L'exigence de bonne foi dans l'exécution des relations contractuelles⁴⁰ imposerait selon certains à l'associé de s'abstenir de faire concurrence à la société. La bonne foi constituerait même pour certains une véritable obligation contractuelle⁴¹, dont l'obligation de non-concurrence ne serait qu'un prolongement⁴². La contrariété relevée entre l'exercice d'une activité concurrente par l'associé et l'exigence de bonne foi tiendrait au fait que l'associé engagé dans une activité concurrente ne déploierait pas tous les efforts nécessaires au développement de l'activité sociale, voire même gênerait celui-ci⁴³. Dès lors qu'il se serait engagé à participer à l'entreprise commune, l'associé ne saurait exercer une activité concurrente qui pourrait faire obstacle à la bonne marche de l'affaire⁴⁴. Une telle analyse se

une telle obligation de garantie sur les anciens articles 1850 et 1859-2 c. civ., qui disposaient respectivement dans leur version antérieure à la loi n° 78-9 du 4 janv. 1978, que "chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute [...]", et que "chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu [...] qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société".

⁴⁰ Sur le devoir général de bonne foi dans les sociétés, L. Godon, *Les obligations des associés*, op. cit., n° 136 s., p. 89 s.

⁴¹ En ce sens, Cf par ex. S. Darmaisin, *Le contrat moral*, n° 259 s., p. 168 s., qui considère que le contractant s'engage à respecter des "obligations morales".

⁴² Selon Y. Picod, l'intérêt commun des contractants ou la représentation de l'un par l'autre constituent des critères permettant de déterminer quand la bonne foi fonde l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit (Jcl civ., préc., n° 42 s.).

⁴³ L'exigence de bonne foi imposerait ainsi aux contractants de ne pas gêner l'exécution du contrat (Y. Picod, op. cit., n° 50).

Dans cette optique, le comportement de l'associé qui ferait concurrence à la société pourrait également être jugé contradictoire. Sur le devoir de cohérence avec soi-même, v. not. B. Fages, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997, IDA, n° 592 s., p. 320 s., spéc. n° 630 s., p. 341 s. ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001 ; *La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui*, note ss Ass. plén., 27 févr. 2009, D. 2009.1245 ; D. Mazeaud, *La confiance légitime et l'estoppel*, RIDC 2006, n° 2, p. 363 ; J. Mestre et B. Fages, *Bonne foi et cohérence du comportement*, RTD civ. 2005.391.

⁴⁴ En ce sens, Th. Favario, *Regards civilistes sur le contrat de société*, Rev. soc. 2008.53 s., n° 24 : "L'obligation

retrouve davantage en doctrine⁴⁵ qu'en jurisprudence.

Cette appréhension de la bonne foi comme une source d'obligations n'est pas inédite, elle s'inscrit dans un courant doctrinal⁴⁶ et jurisprudentiel⁴⁷ déjà bien marqué. Le fait que d'autres obligations de non-concurrence de plein droit, telles que celle qui pèse sur le salarié durant l'exécution du contrat de travail⁴⁸, soient couramment présentées comme des applications de l'exigence de bonne foi ou des manifestations de l'obligation de bonne foi⁴⁹ viendrait d'ailleurs conforter cette opinion.

12.- L'affirmation selon laquelle l'obligation de bonne foi pesant sur l'associé se prolongerait en une obligation de non-concurrence de plein droit pourrait cependant déjà être contestée parce qu'elle fait de la bonne foi une véritable obligation contractuelle. L'inadéquation de la qualification d'obligation contractuelle de bonne foi a ainsi été soulignée par des auteurs, qui ont fait valoir qu'elle s'apparentait davantage à une exigence⁵⁰ ou à une règle d'interprétation de la norme contractuelle qu'à une véritable obligation⁵¹. Certains estiment dès lors que la

de non-concurrence dont il est ici question s'apparente davantage à un véritable devoir de cohérence de l'associé envers la société : celui-ci ne peut à la fois promettre son activité et en exercer une autre de même nature pour son compte ou celui d'un tiers".

⁴⁵ V. par ex. P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 254, p. 148, qui considère que l'esprit de communauté dans les sociétés de personnes est de nature à fonder une obligation de non-concurrence implicite à la charge des associés, mais indique qu'une telle obligation pourrait également se recommander "de la loyauté exigée de tout contractant dans l'exécution du contrat par l'article 1134 du Code civil" ; J. Mestre et D. Velardocchio, *Lamy soc. com.* 2009, n° 808, qui estiment que l'interdiction de concurrence faite à l'associé s'accorderait avec l'exigence générale de bonne foi dans l'exécution des contrats, du moins dans les sociétés de personnes ou dans le cas où l'associé joue un rôle prépondérant.

⁴⁶ La bonne foi constitue ainsi l'une des sources des obligations implicites que peuvent supporter les parties, selon les Principes Unidroit (art. 5.1.2) et les PEDC (6:102). La bonne foi est par ailleurs érigée en principe directeur du droit français des contrats par l'article 18 du projet portant réforme du droit des obligations élaboré par la Chancellerie.

V. aussi Y. Picod, *Jcl civ., préc.*, n° 43 s. ; Ph. le Tourneau et M. Poumarède, *Rép. civ.*, V° Bonne foi, janv. 2009, n° 76 s., expliquant que la bonne foi fait peser diverses obligations sur les contractants, comme l'obligation de faciliter l'exécution du contrat ou l'obligation d'informer leur cocontractant.

⁴⁷ Pour des décisions faisant de l'obligation d'information une application de l'obligation de bonne foi, Grenoble, 8 avr. 2008, *JurisData* n°2008-365022 - Douai, 15 mai 2007, *JurisData* n°2007-360689.

⁴⁸ L'obligation de non-concurrence pesant de plein droit sur le salarié pendant la durée du contrat de travail est en effet déduite de l'article 1134 al. 3 (Soc., 5 mai 1971, *Bull. civ. V*, n° 327), et plus spécifiquement de l'article L1222-1 c. trav., qui dispose que "le contrat de travail est exécuté de bonne foi".

V. aussi Civ. 3°, 3 mai 2007, *Bull. civ. III*, n° 67 ; LPA 2 oct. 2007.10, note Humann ; RLDA 2007, n° 19, p. 23, note Gwenhaël ; LPA 27 juin 2007.15, note Berlioz, mettant à la charge d'un bailleur, sur le fondement de la bonne foi contractuelle, l'obligation d'insérer dans les nouveaux baux consentis une clause de non-concurrence similaire à celle qui figurait à l'origine dans tous les baux commerciaux du même immeuble.

⁴⁹ Faisant découler l'obligation de non-concurrence de plein droit de l'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles : Y. Auguet, *th. préc.*, n° 92 s. ; Y. Serra, *La non-concurrence...*, *préc.*, n° 76 ; Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, *Concurrence (Obligation de non-)*, *Rép. com., préc.*, qui présentent l'obligation de non-concurrence comme une "émanation de la volonté des parties et, à défaut, de l'exigence de bonne foi".

⁵⁰ En ce sens, M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, PUF, Thémis. Droit privé, 1^{re} éd. 2004, n° 29 p. 64, qui déclare que "la bonne foi, comme la plupart des règles générales de comportement des parties (loyauté, probité, etc.) n'est pas à proprement parler une obligation au sens d'une prestation que l'une des parties devrait à l'autre et qui s'épuiserait dans son accomplissement même ; il s'agit plutôt d'une exigence générale de comportement entre les parties" ; Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, *Bibl. dr. privé*, t. 337, n° 145 s., p. 132 s.. Pour une présentation plus détaillée de cette position, v. notre thèse, n° 641s.

⁵¹ En ce sens, P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, op. cit., spéc. n° 39, qui indique que l'article 1134 al. 3 fonctionne comme une règle d'interprétation de la norme contractuelle.

bonne foi ne peut juridiquement fonder la mise en évidence d'obligations au sens strict⁵².

Cependant, même sans être tenu d'une obligation de bonne foi à proprement parler, l'associé qui exercerait une activité concurrente violerait le pacte social si la concurrence faite à la société s'analysait comme un manquement à l'exigence de bonne foi, car il méconnaîtrait alors, non pas une obligation, mais la norme contractuelle telle qu'interprétée au regard de l'exigence de bonne foi, ou bien encore, un effet obligatoire de la convention⁵³.

13.-En tout état de cause, quelle que soit la conception retenue de la notion de bonne foi, cette exigence ne semble pas à même de fonder l'existence d'une obligation générale de non-concurrence à la charge des associés, sans considération pour l'importance de leur participation à la vie sociale et pour le type de société dont ils font partie. Il est par exemple difficile de considérer qu'un actionnaire minoritaire d'une société anonyme cotée en bourse, ou même d'une grosse société anonyme non cotée, se comporte d'une manière contraire à la bonne foi en exerçant une activité concurrente à celle de la société. L'intensité des obligations pesant sur l'associé devrait être fonction de son degré de participation à la société, que ce soit en termes de parts sociales ou d'implication dans le fonctionnement de la société⁵⁴. En outre, sauf à considérer qu'en manquant à l'exigence de bonne foi, l'associé viole la norme contractuelle que constitue le pacte social, il peut paraître illégitime de fonder une atteinte aussi grave à la liberté de l'associé qu'une interdiction de concurrence sur une notion aux contours incertains et dont le caractère normatif est contesté.

14.- Le fondement de l'obligation de non-concurrence de plein droit qui pèserait sur l'associé est cependant plus souvent recherché dans des notions propres au contrat de société, telles que l'*affectio societatis*.

2) Le rejet de la thèse faisant de l'*affectio societatis* la source d'une obligation générale de non-concurrence pesant sur l'associé

15.- Selon une autre conception, le développement d'une activité concurrente par un associé serait contraire à l'*affectio societatis*⁵⁵ exigée de ce dernier⁵⁶.

⁵² Ph. Jacques, op. cit., spéc. n° 168, p. 318 s.

⁵³ Ph. Jacques, op. cit., n° 164, p. 313 : "l'exigence de bonne foi n'est pas une obligation mais un effet obligatoire de la convention".

⁵⁴ Comp. S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, Bibl. dr. privé, t. 335.

⁵⁵ Sur la notion d'*affectio societatis*, v. not. V. Cuisinier, *L'affectio societatis*, Litec, 2008, Biblio. dr. entr. , t. 78 ; J. Hamel, *L'affectio societatis*, op. cit. ; Y. Guyon, JCl Soc. Traité, Fasc. 20-10, *Affectio societatis*, actualisé par N. Reboul, févr. 2005 ; N. Reboul, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, Rev. soc. 2000.425 s. ; P. Serlooten, *L'affectio societatis, une notion à réviser*, Mém. Guyon, Dalloz 2003, p. 1007.

⁵⁶ En ce sens, v. not. C. Curreli, *Les restrictions conventionnelles à l'activité économique*, th. Montpellier I,

L'appréhension traditionnelle de l'*affectio societatis*, basée sur le modèle des sociétés d'exploitation familiales, encourageait une telle analyse, qui garde aujourd'hui les faveurs d'une partie de la doctrine, malgré l'adoption d'une approche plus globale de la notion d'*affectio societatis*. La doctrine classique voyait dans l'*affectio societatis* une volonté de collaboration active⁵⁷, en vue d'un but commun, tenant à la réalisation d'un enrichissement par la mise en commun des capitaux et de l'activité des associés⁵⁸. A ce titre, elle relevait la difficulté à considérer que l'associé peut à la fois servir activement la société et lui faire concurrence. Une telle définition de l'*affectio societatis* n'embrassait cependant pas la réalité du fonctionnement sociétaire dans son ensemble, dès lors que dans de nombreuses sociétés, et en particulier dans les sociétés par actions, rares sont les associés qui participent activement à la vie sociale et à la gestion. L'abandon de cette approche ne s'est toutefois pas traduit par l'adoption d'une définition unique de la notion, les auteurs ne s'accordant entièrement ni sur le contenu de ce concept⁵⁹, ni sur le rôle qu'il convient de lui attribuer⁶⁰. L'absence de véritable consensus autour de la notion tiendrait pour une partie de la doctrine au fait que celle-ci se présenterait sous des aspects différents selon l'utilisation qui en serait faite⁶¹. L'*affectio societatis* prendrait en outre des formes différentes selon la nature de la société en cause. Si certaines divergences doctrinales semblent irréductibles⁶², des éléments de définition similaires se retrouvent cependant derrière les nuances dans la plupart des conceptions proposées. Ces traits essentiels de l'*affectio societatis* mettraient en évidence un état d'esprit

2008, n° 142 s., p. 91 s. ; Y. Guyon et N. Reboul, *Affectio societatis*, préc., n° 76 s. : "l'*affectio societatis* ou l'obligation de bonne foi qui préside l'exécution de tout contrat, sont autant d'arguments de raison qui participent à fonder une possible prohibition de concurrence de l'associé" ; Paris, 31 janv. 1997, JurisData n°1997-020146, déclarant qu'un salarié qui a démissionné d'une société mais qui en est resté associé, "reste tenu envers la société, par l'effet du contrat de société tel que prévu par l'article 1832 du Code civil, d'une obligation de loyauté et de fidélité née de la volonté persistante de réalisation d'un but commun". V. aussi S. Schiller, *Les clauses de non-concurrence dans les cessions de droits sociaux*, JCP N 2002, n° 38, 1520, qui déclare que le comportement de l'associé qui exerce une activité concurrentielle à la société semble contraire à l'*affectio societatis* imposé à tous les associés, mais qu'il est délicat de fonder une interdiction aussi précise et contraignante sur une notion aussi imprécise.

⁵⁷ M. de Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, 2^e vol., *Les sociétés*, 3^e éd. par E. du Pontavice et J. Dupichot, Montchrestien, 1980, n° 315-12, p. 229 : "c'est la volonté de plusieurs associés de collaborer à l'entreprise d'une manière active et sur un pied d'égalité".

⁵⁸ En ce sens, J. et E. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, *Les sociétés commerciales*, t. premier, Sirey, 1950 ; E.-E. Thaller et P.J. Pic, op. cit., n° 65, spéc. p. 70 ; P.J. Pic, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, Ann. dr. com., 1906.153 s.

⁵⁹ Pour une présentation des différentes conceptions de l'*affectio societatis*, v. not. Y. Guyon et N. Reboul, *Affectio societatis*, préc., n° 5 s. ; A. Viandier, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, Bibl. dr. privé, t. 156, n° 76 s. Pour certains auteurs, la notion serait un "mythe" (V. Cuisinier, op. cit.), ou "ne voudrait pas dire grand chose" (P. Didier, *Droit commercial*, *L'entreprise en société*, t. 2, PUF, 2^e éd. 1997, p. 54).

⁶⁰ Pour certains, l'*affectio societatis* serait essentiellement une condition de formation du contrat de société (P. Serlooten, art. préc., p. 1012 : "l'*affectio societatis* est simplement l'intention de s'associer"), alors que d'autres l'envisagent comme une application de l'exigence de bonne foi posée par l'article 1134 al. 3 c. civ. et estiment qu'elle doit guider le comportement des associés au cours de l'exécution du contrat de société (A. Viandier, *La notion d'associé*, th. préc., n° 78, p. 79). Conciliant ces deux positions, la plupart des auteurs voient dans le concept une notion multiforme et lui prêtent un rôle tant au stade de la formation du contrat qu'à celui de son exécution (Y. Guyon et N. Reboul, *Affectio societatis*, préc., spéc. n° 11).

⁶¹ En ce sens, Y. Guyon, *JCI Sociétés* Traité, préc., spéc. n° 11, qui parle d'une "notion multiforme", qui "prend des formes différentes en fonction du rôle qu'on lui attribue" ; Ph. Merle, *Sociétés commerciales*, préc., n° 43.

⁶² Les thèses qui déniaient toute valeur juridique à l'*affectio societatis* sont ainsi difficilement conciliables avec la position qui fait de la notion le fondement juridique d'une obligation générale de non-concurrence.

particulier, radicalement différent de celui qui animerait l'opérateur faisant concurrence à la société.

16.- *L'affectio societatis* correspondrait ainsi à une volonté⁶³ de collaboration, de participation à un effort commun⁶⁴. Quand bien même l'associé n'interviendrait pas activement dans la vie sociale, il entendrait favoriser la bonne marche de la société, ou du moins ne pas la gêner. Cette volonté ferait défaut chez l'associé qui mènerait une activité concurrente, dans la mesure où ce dernier ne concourrait pas au succès de l'entreprise commune, mais risquerait au contraire par ses agissements de contrarier le développement de la société. *L'affectio societatis* traduirait en outre la convergence des intérêts des associés⁶⁵, là où la concurrence dénote à l'inverse une rivalité d'intérêts.

17.- *L'affectio societatis* ne serait cependant pas seulement une disposition de la volonté, mais se présenterait encore comme une norme de comportement réglant la conduite des associés au cours de la vie sociale. Elle ne serait ainsi pour certains auteurs qu'une application au contrat de société de l'impératif de bonne foi dans les relations contractuelles⁶⁶, imposant aux associés de ne pas porter atteinte aux intérêts de la société. Définie comme la volonté de collaborer au succès de l'entreprise commune, elle est plus fréquemment perçue comme la traduction de l'exigence posée par l'article 1833 c. civ., selon laquelle la société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés⁶⁷. Dans la mesure où *l'affectio societatis*, comprise comme une

⁶³ En ce sens, Y. Guyon et N. Reboul, op. cit., n° 18, qui estiment que *l'affectio societatis* s'apparente au consentement du mariage, "qui est non seulement la volonté de contracter l'union, mais celle de mener la vie conjugale". V. aussi G. Kessler, *L'objectivation de l'affectio societatis*, D. 2004.1305 s., soulignant l'importance de l'élément intentionnel dans *l'affectio societatis*, et critiquant la tendance à l'objectivation de *l'affectio societatis* relevée dans la jurisprudence.

⁶⁴ Ainsi, selon Ph. Merle (loc. cit.), *l'affectio societatis* serait une "notion multiforme dont le plus petit dénominateur commun englobe la volonté des associés de collaborer ensemble au succès de l'entreprise commune" ; Bordeaux, 28 févr. 2006, JurisData n°2006-309531, indiquant que *l'affectio societatis* est "caractérisé par la volonté que manifestent les associés d'unir leurs efforts".

⁶⁵ En ce sens, Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1996, n° 94-19.530 – Bordeaux, 28 févr. 2006, préc., déclarant que *l'affectio societatis* est caractérisé par la convergence des intérêts liant les associés.

⁶⁶ En ce sens, Th. Favario, op. cit., spéc. n° 40, estimant que "*l'affectio societatis* pourrait ainsi constituer l'une des déclinaisons possibles de l'exigence de bonne foi contractuelle" ; G. Keutgen et Y. De Cordt, *La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés*, Mélanges Cerexhe, 1997, spéc. p. 193 s. ; A. Viandier, th. préc., n° 78, p. 79 s. : "*l'affectio societatis* n'est que la manifestation, dans le contrat de société, de l'obligation générale de bonne foi édictée par l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil", laquelle implique un devoir de coopération, "*Affectio societatis* et bonne foi ne font qu'une". L'auteur fait valoir que l'obligation de bonne foi ne trouve pas, dans le contrat de société, d'application qui ne constitue pas déjà un effet de *l'affectio societatis*, définie comme une volonté de collaboration.

Contra : N. Reboul, art préc., p. 425 s., n° 3, déclarant que *l'affectio societatis* est "loin de faire partie de ses états affectifs égarés dans notre droit, tels que la bonne foi". V. aussi, mais pour des raisons inverses : V. Cuisinier, op. cit., n° 279 s., p. 249 s., spéc. n° 291 s., p. 260 s., qui estime que *l'affectio societatis* ne saurait être perçue comme une application spéciale de la bonne foi se substituant à cette dernière dans le cadre du contrat de société, l'autorité de la notion de bonne foi étant bien supérieure à celle du concept d'*affectio societatis*, comme le confirmerait le développement de devoirs comportementaux en droit des sociétés indépendamment de toute référence à *l'affectio societatis*.

⁶⁷ Certains auteurs voient dans l'article 1833 c. civ. qui exige que la société soit "constituée dans l'intérêt commun des associés" le fondement textuel de la notion d'*affectio societatis* (D. Schmidt, *De l'intérêt commun des*

disposition particulière de la volonté, devrait naturellement conduire l'associé à agir dans le respect de l'intérêt commun, la notion d'*affectio societatis*, qui renvoyait initialement au seul psychisme de l'individu, a pris la forme d'une exigence comportementale, à l'image de la bonne foi. Elle renverrait ainsi pour une partie de la doctrine à une règle de conduite⁶⁸, commandant aux associés de se comporter conformément à l'intérêt commun⁶⁹. A ce titre, elle leur interdirait par exemple de profiter de leurs droits de vote pour prendre une décision contraire à l'intérêt commun dans le but de satisfaire leur intérêt propre⁷⁰, ou de faire concurrence à la société.

18.- La position selon laquelle l'*affectio societatis* imposerait de manière générale aux associés de s'abstenir de faire concurrence à la société semble se heurter à une première objection, tirée de la faiblesse de l'*affectio societatis* dans certaines formes sociales. Si le bon fonctionnement d'une société de personnes supposerait que les associés soient animés d'une forte *affectio societatis*⁷¹, d'autres sociétés s'accommoderaient d'associés dotés d'une volonté de participation à l'effort commun beaucoup moins prononcée⁷². L'exigence de collaboration pesant sur ces derniers serait dès lors trop faible pour mettre à leur charge une obligation de non-concurrence de plein droit. Les simples investisseurs ou spéculateurs seraient même entièrement dépourvus d'une telle volonté⁷³, quand ce ne serait pas l'ensemble des associés,

associés, JCP G 1994.I.3793 et 3800 bis et JCP E.I.404. A. Martin-Serf, op. cit., n° 8).

V. aussi B. Saintourens, Rép. civ., V° Société civile, mars 1997, indiquant que "l'*affectio societatis* est l'élément intentionnel spécifique, décelé par la doctrine, exigé par la jurisprudence et dont, l'imagination aidant, on peut découvrir la trace par allusion dans l'article 1833 du code civil".

⁶⁸ Cf C. Curreli, th. préc., n° 144 : "l'on peut valablement considérer que de l'*affectio societatis* découle un code de conduite pour les associés, lesquels se doivent d'avoir un comportement loyal, dans l'intérêt même de la société. D'où s'en suit le respect implicite d'une obligation de non-concurrence".

⁶⁹ Ainsi, selon Y. Guyon, l'*affectio societatis* ferait "en quelque sorte figure de loi non écrite" et constituerait "le régulateur suprême de la vie sociale", commandant à chaque associé "de subordonner son intérêt individuel à l'intérêt social, dans la mesure fixée par les statuts", en lui imposant par exemple de se plier aux décisions votées par la majorité (Y. Guyon et N. Reboul, op. cit., n° 73 s.).

⁷⁰ Cf Y. Guyon, op. cit., n° 75 : "Fondement du pouvoir majoritaire, l'*affectio societatis* en constitue aussi la limite".

⁷¹ Cf P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 254, p. 148, qui estime que l'esprit de communauté "atteint un degré suffisant dans la société en nom collectif, ou les sociétés civiles professionnelles, pour fonder, à la charge de chaque associé, une véritable obligation de non-concurrence à l'égard de la société".

⁷² En ce sens, P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 254, p. 148-149 : "l'esprit de communauté est plus ou moins fort selon les sociétés. Il est à son maximum dans les sociétés de personnes, quand il se combine avec un fort intuitus personae. [...] En revanche, l'esprit de communauté est plus tenu dans les sociétés de capitaux" ; E.-E. Thaller et P.J. Pic, op. cit., n° 65, spéc. p. 70, qui déclarent que cette volonté de collaboration ne se retrouve pas au même degré dans tous les types de sociétés, mais n'est jamais absente ; Y. Auguet, th. préc. V. aussi M.-H. Monsérié-Bon, *La notion d'affectio societatis dans les SCI familiales*, note ss Toulouse, 7 déc. 2000, RTD com. 2001.473, qui vient nuancer cette conception en soulignant que l'*affectio societatis* se réduit souvent dans les SCI à la simple volonté de s'associer.

⁷³ Cf A. Viandier, th. préc., n° 86 s., p. 87 s., qui distingue les associés qui participent activement à l'oeuvre commune et qui sont animés d'une importante *affectio societatis*, des associés spéculateurs, pour qui "seuls importent le rendement du titre et son évolution boursière". Sur la qualité de simples investisseurs dépourvus de réelle *affectio societatis* des titulaires d'actions de préférence sans droit de vote, G. Damy, *La remise en cause de la notion classique d'associé : vers une atteinte aux fondements du droit des sociétés*, LPA 26 juill. 2007.3 s., n° 37, qui propose de distinguer l'associé du simple investisseur, dès lors qu'il "apparaît de plus en plus incontestable que les actionnaires investisseurs n'ont qu'un seul objectif : la maximisation du profit" ; P. Etain, *Affectio societatis, fraude et catégories d'associés*, LPA 11 févr. 1999.15 s., distinguant les associés politiques

cet état d'esprit faisant par nature défaut dans quelques sociétés⁷⁴.

Le fait que l'*affectio societatis* prenne une forme minimale dans certaines sociétés n'implique cependant pas qu'elle n'est pas à même de fonder une obligation générale de non-concurrence, dans la mesure où l'abstention de tout acte pouvant porter atteinte à l'intérêt commun apparaît comme la forme la plus élémentaire de collaboration au succès de l'entreprise commune. En outre, s'il semble effectivement que les associés de sociétés immobilières d'attribution ou les simples prête-nom ne soient pas animés d'un tel état d'esprit, le caractère exceptionnel de ces hypothèses ne devrait pas faire obstacle à la formulation d'une règle générale.

19.- L'analyse de l'*affectio societatis* en une norme contraignante source d'obligations semble en revanche davantage prêter à discussion. Il serait en effet possible de soutenir que l'*affectio societatis* s'apparente plus à une norme de conduite à laquelle il peut être fait référence pour apprécier un comportement, telle la notion de bon père de famille, qu'à une norme comprise au sens de règle juridique obligatoire. Le fait qu'elle soit souvent considérée comme un standard⁷⁵, à l'image de la notion de personne raisonnable par exemple, tend à conforter cette opinion⁷⁶. Il n'est certes pas rare qu'un standard soit utilisé pour préciser le contenu de certaines obligations, en particulier des obligations de moyens⁷⁷, et qu'il participe ainsi au corpus normatif auquel le débiteur se trouve assujéti⁷⁸. Tel est le cas de la notion de bon père de famille⁷⁹, ou des codes de conduite auquel le juge étatique peut se référer pour apprécier le

des "associés investisseurs qui sont associés bien que dénués de volonté de participation politique à la société et animés d'un seul intérêt pécuniaire".

⁷⁴ V. M. de Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, préc., n° 388, qui donnent notamment l'exemple des associés des sociétés immobilières d'attribution, lesquels ne choisiraient la forme sociétaire que pour des raisons fiscales ; J. Paillusseau, *La société anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967, Bibl. dr. com., t. 18, p. 44 et 49 ; A. Viandier, th. préc., n° 86 s., p. 87 s.

Sur le recul de l'*affectio societatis* dans certaines formes sociales, comme l'EURL ou la SASU : G. Damy, op. cit., p. 3 s., qui suggère d'établir "une summa divisio en droit des sociétés, fondée sur le degré d'ouverture de la structure sociétaire en direction des marchés financiers".

⁷⁵ Sur cette notion, P. Hénaff, *L'unité des notions-cadre*, JCP G 2005.I.189 ; *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988-4 ; C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, spéc. n° 39 s., p. 91 s. ; A.-L. Sanhoury, *Le standard juridique*, Mélanges Gény, t. 2, p. 144 s. ; M. O. Stati, *Le standard juridique*, th. Paris, 1927 ; C. Thibierge, *Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit*, RTD civ. 2003.599 s.

⁷⁶ En ce sens, v. par ex. N. Reboul, art. préc., spéc. n° 13, qui déclare que l'*affectio societatis* "correspond à un standard en ce qu'elle a la particularité de répondre à des critères variables laissés à l'appréciation du juge en fonction du rôle qu'il veut lui attribuer".

⁷⁷ J.-C. Saint-Pau explique ainsi que "comme le suggère l'article 1135 du Code civil, les juges tiennent compte des règles de l'art, normes, usages, coutumes et règles déontologiques pour déterminer les moyens qui peuvent être raisonnablement attendus du débiteur" lorsqu'ils cherchent à établir si une obligation de moyens a été correctement exécutée ou non (Jcl civ., Art. 1146 à 1155, fasc. 11-20, févr. 2004, spéc. n° 9).

⁷⁸ Comp. N. Molfessis, *La distinction du normatif et du non-normatif*, RTD civ. 1999.729 s., qui note que "divers textes internationaux, privés de force obligatoire et donc non sanctionnés en droit interne, influent sur les solutions rendues toutes les fois que l'interprétation des textes applicables se fait « à leur lumière »", de sorte que "la règle, bien que privée de toute force contraignante, est bien au fondement de la solution rendue". V. aussi B. Fages, th. préc., n° 545 s., p. 293 s., qui explique que le comportement du contractant est soumis à des obligations de conformité, et qu'il doit en particulier se conformer à l'impératif de bonne foi ; V. Fortier, *La fonction normative des notions floues*, RRJ 1991-3, p. 755, spéc. n° 26.

⁷⁹ Cf art. 1137, al. 1 c. civ. V. sur cette notion, S. Seyrat, *Le bon père de famille : étude sur l'origine, la*

comportement des opérateurs du commerce international, par exemple⁸⁰. Cependant, si la notion de bonne foi fait fréquemment fonction de principe d'interprétation du contenu contractuel, une telle appréhension de l'*affectio societatis* ne rentre pas dans les modalités d'utilisation habituelles du concept. L'*affectio societatis* fait ainsi généralement figure de critère permettant d'attribuer la qualité d'associé lorsqu'elle est contestée, de caractériser l'existence d'une société de fait ou à l'inverse de démontrer le caractère fictif d'une société, ou bien encore de distinguer le contrat de société de contrats voisins⁸¹. Elle intervient ainsi avant tout comme procédé de qualification, à la manière de la notion d'*animus donandi*, par exemple, qui permet d'identifier les actes de disposition à titre gratuit⁸². Elle est en outre généralement déduite du comportement des associés⁸³, alors qu'une norme de comportement a vocation à constituer un modèle comportemental. En tout état de cause, les standards qui se présentent comme des normes de comportement concourent seulement à la définition d'obligations existantes, et non à la création de nouvelles obligations. Seule la bonne foi est parfois analysée comme une véritable obligation, qui se déclinerait en une pluralité d'obligations secondaires plus spécifiques, comme l'obligation de coopération ou l'obligation d'information ; mais cette conception est contestée, la bonne foi étant plus souvent envisagée comme une norme d'interprétation du contrat que comme une source d'obligations⁸⁴. Le rattachement de l'*affectio societatis* à la catégorie des standards pourrait être discuté, dans la mesure où la notion n'est pas volontairement laissée dans l'indétermination à des fins fonctionnelles⁸⁵, comme le concept de bonnes moeurs par exemple, dont la souplesse assure l'adaptation à l'évolution des normes sociales. La notion d'*affectio societatis* n'est pas tant indéterminée que protéiforme, et procède englobe au sein d'une seule notion une réalité complexe. La qualification a cependant le mérite de souligner que l'*affectio societatis* prise comme norme de conduite ne s'apparente pas à une norme créatrice d'obligations nouvelles, telles qu'une obligation de non-concurrence.

signification et la fonction de l'expression dans le droit, th. Paris II, 1985.

⁸⁰ Sur ces codes de conduite, v. not. F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, 1992, Bibl. dr. privé, t. 224, spéc. p. 286 et 287.

⁸¹ Sur ces différentes fonctions, v. not. Y. Guyon et N. Reboul, *Affectio societatis*, préc., n° 30 s. ; N. Reboul, art. préc., spéc. n° 16, qui montre que chaque critère de l'*affectio societatis* remplit une fonction distincte.

⁸² V. sur ce point, S. Lambert, *L'intention libérale dans les donations*, PUAM, 2006, Centre Pierre Kayser ; S. Bénils, *Essai sur la gratuité en droit privé*, th. Montpellier I, 2006.

⁸³ Cf G. Kessler, op. cit., spéc. n° 5 : "Le comportement crée ainsi une présomption d'intention : l'*affectio societatis*, élément subjectif, est déduit de l'analyse des faits objectifs". L'auteur dénonce cependant la tendance à l'objectivation de l'*affectio societatis*, considérant que l'apparence a pris le pas sur la réalité, l'*affectio societatis* constituant avant tout un élément intentionnel.

⁸⁴ Cf supra, n° 12.

⁸⁵ Comp. G. Cornu, qui définit les standards comme des "notions dont le contenu est intentionnellement laissé dans le vague", "qui ont pour vocation naturelle d'être indéterminées, et donc toujours déterminables et redéterminables, suivant les circonstances et les époques" (*Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, Domat Droit privé, 13^e éd. 2007, n° 177-178 et 188)

20.-L'*affectio societatis* envisagée comme une norme obligatoire interdisant les agissements contraires à l'intérêt commun des associés, comme les abus de droits de vote ou la concurrence faite à la société, semble en fait n'être que l'expression du contrat de société lui-même. L'exigence apparaît en effet comme une simple application du pacte social, dès lors qu'il est de l'essence du contrat de société que les associés agissent dans le respect de l'intérêt commun. L'analyse qui fait de l'*affectio societatis* le siège d'obligations particulières procède en réalité d'une assimilation entre deux normes de nature différente, la norme obligatoire que constitue la norme contractuelle, et la norme de comportement, correspondant à une conduite déterminée, qui est déduite de l'*affectio societatis*. La portée normative, au sens d'injonctive, prêtée à l'*affectio societatis* n'est autre que celle du contrat de société. Ainsi, si l'associé était tenu d'une obligation de non-concurrence de plein droit, ce ne pourrait être qu'en vertu du contrat de société.

21.- La conception qui voit dans l'*affectio societatis* la cause de l'engagement des associés pourrait cependant donner une autre assise à la thèse qui fonde l'existence d'une obligation de non-concurrence de plein droit sur l'*affectio societatis*. L'obligation de non-concurrence, en effet, reposerait en un sens sur l'*affectio societatis* si celle-ci constituait la cause des obligations pesant sur les associés.

La spécificité du contrat de société rend l'identification de la cause de l'engagement des associés passablement délicate⁸⁶. Des auteurs ont ainsi relevé que les associés ne s'engageaient pas les uns envers les autres, comme la plupart des contractants, mais s'engageaient ensemble à l'égard d'un but commun⁸⁷. Les obligations des associés n'étant pas réciproques, la cause de l'engagement du contractant ne devrait pas être recherchée dans la considération de l'exécution de l'engagement de ses partenaires⁸⁸, comme elle l'est généralement. Elle se confondrait dès lors selon certains avec l'*affectio societatis* qui anime l'associé⁸⁹.

Dans le cas où l'*affectio societatis* représenterait la cause de l'engagement des associés,

⁸⁶ V. Cuisinier déclare ainsi que "la notion de cause de l'obligation n'est pas un instrument satisfaisant pour saisir la particularité du contrat de société" (op. cit., n° 248, p. 216).

⁸⁷ En ce sens, R. Libchaber, *La société, contrat spécial*, Dialogues avec M. Jeantin, Dalloz, 1999, p. 281, n° 4 ; J. Hamel, *L'affectio societatis*, op. cit., spéc. p. 770.

⁸⁸ En ce sens, H. Capitant, *De la cause des obligations*, op. cit., n° 18-20, considérant que "la cause qui détermine les participants à se grouper est plus complexe que dans les contrats à but égoïste" ; J. Rochfeld, v. *Cause*, Rép. civ., janv. 2005.

⁸⁹ En ce sens, v. par ex. Y. Guyon et N. Reboul, *Affectio societatis*, préc., n° 75 s. ; S. Sana Chaillé de Néré, *Jel civ.*, Art. 1304 à 1314, Fasc. 20, n° 53, expliquant que dans certains contrats, la cause correspond plutôt à un esprit qui doit inspirer les contractants, et établissant à ce titre un parallèle entre l'*affectio societatis* et l'*animus donandi* ; N. Reboul-Maupin, note ss Civ. 1^{re}, 20 nov. 2001, Rev. soc. 2002.683.

Pour un rapprochement du concept d'*affectio societatis* et de la notion de cause subjective : C. Cutajar-Rivière, *La société écran : essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, 1998, Bibl. dr. privé, t. 292, n° 180, p. 138, qui estime que "l'*affectio societatis* n'est rien d'autre que l'expression d'un élément causal".

Cette position ne fait cependant pas l'unanimité. Pour une critique : V. Cuisinier, op. cit., n° 247 s., p. 214 s., qui estime que l'analyse de l'*affectio societatis* comme la cause du contrat de société ne permet pas d'expliquer la permanence de l'*affectio societatis* tout au long de la vie sociale.

cependant, elle tiendrait lieu de contrepartie aux différentes obligations pesant sur ces derniers, mais n'impliquerait pas spécialement qu'ils soient tenus d'une obligation particulière, comme l'obligation de non-concurrence, qui plus est de plein droit, sauf à estimer que l'engagement pris par chaque associé de collaborer à l'entreprise commune, en considération duquel les autres associés se sont engagés réciproquement, comprend notamment l'engagement de ne pas faire concurrence à la société.

22.- Il n'est pas certain, en tout état de cause, que l'*affectio societatis* constitue la cause des obligations pesant sur les associés. Envisagée comme la volonté de collaborer au succès de l'entreprise commune, l'*affectio societatis* paraît assurément très proche de la cause, comprise comme la considération d'un but par le contractant, qui le détermine à s'engager⁹⁰, les deux notions venant appréhender une manifestation de volonté, et plus précisément une orientation particulière de la volonté. L'analyse de l'*affectio societatis* comme une application de l'exigence selon laquelle la société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés vient renforcer l'analogie, dans la mesure où la cause tend aujourd'hui à être définie par une partie de la doctrine, non comme la contrepartie convenue, mais comme l'intérêt du contractant à la réalisation de l'opération convenue⁹¹, et la cause de l'engagement des associés, comme l'intérêt commun de ces derniers⁹². La notion d'*affectio societatis* semble cependant mettre davantage l'accent sur la volonté de collaboration qui anime l'associé que sur l'objectif recherché à travers cette collaboration, à savoir le succès de l'entreprise commune. Si la cause se définit comme la considération d'un but par le contractant qui le pousse à s'engager, la cause de l'engagement de l'associé correspondrait plutôt à la considération par ce dernier de la potentialité de gain que lui offre la collaboration au sein de la société. L'engagement de l'associé semble en effet procéder de l'espérance⁹³ d'une création collective de richesses

⁹⁰ En ce sens, H. Capitant, *De la cause des obligations*, préc., n° 1 s., p. 5 s., spéc. n° 3 : "c'est la considération du but qui détermine le débiteur à s'obliger, qui est par conséquent la cause de son consentement".

⁹¹ En ce sens, J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999, Bibl. dr. privé, t. 311, spéc. n° 86 s., p. 79 s., et les références citées aux n° 88 et 89 ; v. *Cause*, Rép. civ., préc.. Il faudrait ainsi apprécier, non seulement la présence formelle d'une contreprestation, mais également l'intérêt réel que celle-ci représente pour son bénéficiaire. V. aussi V. D. DO, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2004, IDA, n° 71 à 95, p. 62 à 75 ; G. Piette, *La correction du contrat*, PUAM, 2004, IDA, spéc. n° 554 s., p. 293 s., qui décrit la cause comme une "combinaison d'intérêts", une "combinaison interactive" d'un intérêt patrimonial et d'un intérêt psychologique.

En outre, si l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription initié par le Pr. Catala définit la cause comme "la contrepartie convenue" (cf. art. 1125), le projet portant réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie remplace la notion de cause par celle d'intérêt (cf. art. 85 s.)

⁹² En ce sens, Th. Favario, op. cit., n° 18, déclarant que "l'« intérêt commun » reflète ainsi la cause de l'engagement de l'associé." Analysant l'intérêt commun comme la cause du contrat de société : J.-M. Bahans, JCI Soc. Traité, Fasc. 48-20, août 2004, n° 98, considérant que "cet intérêt commun poursuivi par les associés peut certainement être considéré comme la cause du contrat de société" ; V. Cuisinier, op. cit., n° 262, qui estime que l'intérêt commun "s'assimile à la cause objective du contrat de société".

⁹³ La cause de l'engagement de l'associé réside dans la simple espérance de bénéfices, et non dans la considération de l'obtention de bénéfices, la conclusion du contrat de société emportant acceptation des aléas, et même des risques liés à l'exploitation. Comp. J. Hamel, *Quelques réflexions sur le contrat de société*, préc., p. 645 s., qui estime que "pour employer la terminologie courante du droit civil, il pourrait être admis que la volonté [de

destinées à être réparties entre les associés⁹⁴, la mise en commun de biens ou de talents ne constituant que l'instrument de cette entreprise, et non une finalité en elle-même.

23.- Ni l'impératif de bonne foi dans les relations contractuelles, ni l'*affectio societatis* exigée des associés, ne semblent donc interdire de manière générale à ces derniers de faire concurrence à la société. Le droit positif connaît cependant des réglementations particulières qui mettent indirectement une obligation de non-concurrence à la charge de certains associés, en exigeant d'eux qu'ils n'exercent leur activité professionnelle qu'au sein de la société. Il ressort de l'étude de ces solutions que l'interdiction de concurrence ainsi posée pèse sur des associés qui mettraient en péril la viabilité de la société s'ils se livraient à une activité concurrente.

B- La mise en évidence d'une obligation spéciale de non-concurrence destinée à sauvegarder les intérêts essentiels de la société

24.- De manière générale, la participation d'un concurrent au capital social de la société n'est souvent guère souhaitable, car en sa qualité d'associé ou d'actionnaire, celui-ci bénéficiera d'informations privilégiées sur la politique générale de la société⁹⁵. L'associé dispose en effet d'un droit de communication préalable à l'assemblée annuelle, qui lui permet d'obtenir le texte des résolutions proposées, un rapport d'ensemble sur l'activité de la société, avec l'indication des bénéfices réalisés ou prévisibles et des pertes encourues ou prévues, ou les rapports de l'organe de surveillance ou des commissaires aux comptes, par exemple⁹⁶. Il a par ailleurs le droit d'obtenir à toute époque communication de divers documents tels que les comptes de résultat, les bilans et annexes, les inventaires, les rapports soumis aux assemblées et les procès-verbaux de ces assemblées relatifs aux trois derniers exercices⁹⁷. Cette position

création collective de richesses] constitue l'un des éléments de la cause du contrat de société", car "pour un associé, la volonté de créer des richesses nouvelles constitue chez lui, comme chez les autres associés, l'un de ces éléments qui expliquent et justifient son entrée dans le cercle du contrat".

⁹⁴ A l'encontre de cette analyse, il pourrait être soutenu que la recherche des bénéfices constitue en réalité la cause subjective, lointaine, de l'engagement des associés, ou sous un autre vocable, la cause du contrat de société ; la cause objective comprise comme la contrepartie de l'engagement résidant dans la seule remise de parts sociales. L'appréhension de la cause comme l'intérêt du contractant à la conclusion de l'opération, préconisée par une partie de la doctrine, serait déjà de nature à faire obstacle à cet argument, car elle autoriserait une prise en compte plus large des motifs qui ont poussé le contractant à s'engager. L'objection peut être cependant écartée même si l'on définit la cause objective de l'engagement du contractant comme la contrepartie convenue, dès lors que la remise des parts sociales donne le droit de participer au partage des bénéfices sociaux, et que l'existence de la contrepartie doit être appréciée au regard de l'économie du contrat.

⁹⁵ Cf. Champaud et D. Danet notent ainsi que "même dans l'hypothèse d'un associé minoritaire, n'occupant pas de fonctions de direction, celui-ci dispose de droits d'information dont il pourrait tirer des données confidentielles sur l'entreprise pour adapter au mieux sa stratégie propre" (note ss Com. 6 mai 1991, RTD com. 1992.621).

⁹⁶ Cf art. 1855 et 1856 c. civ. pour les sociétés civiles ; art. L221-8 c. com. pour les SNC ; art. L223-26, al. 2 c. com. et D. n° 67-236, 23 mars 1967, art. 37, al. 1^{er}, pour les SARL ; art. L225-108, L225-115, L225-116 pour les SA.

⁹⁷ Cf par ex. art. L223-26 al. 4 pour les SARL et art. L225-117 c. com. pour les SA.

privilégiée est de nature à lui conférer un certain avantage dans la concurrence, par rapport aux autres opérateurs qui sont en concurrence avec la société, mais aussi par rapport à la société elle-même, dès lors qu'elle lui procure une connaissance particulière des décisions sociales.

La concurrence exercée par un associé peut cependant s'avérer plus dangereuse dans certaines hypothèses que dans d'autres. A cet égard, le rôle de l'associé dans l'attraction de la clientèle ou l'objet même de la société ne sont pas sans incidence, ces deux facteurs n'étant d'ailleurs pas exclusifs l'un de l'autre. L'introduction de dispositions spéciales faisant peser une obligation de non-concurrence, voire d'exclusivité, sur certains associés semble ainsi procéder de la volonté de protéger la société contre une concurrence qui lui serait gravement préjudiciable, parce qu'elle est particulièrement vulnérable à la concurrence exercée par l'un de ses membres en raison de la spécificité de son objet social (1), ou parce que l'associé concerné joue un rôle déterminant dans l'attraction de la clientèle (2).

1) L'obligation de non-concurrence pesant sur les associés qui concourent à la réalisation de l'objet social en exerçant une profession en commun au sein de la société

25.- Le développement d'une activité concurrente par un associé semble ainsi de nature à compromettre la bonne réalisation de l'objet social des sociétés d'exercice professionnel, à savoir l'exercice fructueux d'une profession au sein de la société. Le fonctionnement même de ce type de société nécessite que les associés collaborent à la réussite de l'activité sociale⁹⁸, donc à plus forte raison qu'ils s'abstiennent de l'entraver en exerçant leur profession au sein d'une structure concurrente⁹⁹. Cette exigence de collaboration va bien au-delà de la simple exigence de confraternité entre professionnels de même activité, souvent posée par les règles déontologiques applicables aux professions qui s'exercent au sein de ces sociétés¹⁰⁰. L'intuitus

⁹⁸ Sur l'intérêt que présente l'exercice en groupe des professions libérales, par rapport à l'exercice individuel, A. Lamboley, *La société civile professionnelle, un nouveau statut de la profession libérale*, Librairies Techniques, 1974, Biblio. dr. entr., t. 3, n° 7 s., p. 6 s., qui voit dans l'exercice en groupe "le seul mode d'exercice qui soit vraiment capable de permettre à la profession libérale de survivre face aux impératifs du monde moderne". L'exercice en groupe faciliterait l'acquisition des moyens matériels nécessaires à l'exercice de la profession, le client ou le patient bénéficierait en outre de la réunion de compétences spécifiques au sein d'une même structure, et de la plus grande disponibilité qu'offrirait la société d'exercice par rapport à un professionnel isolé. V. aussi *L'exercice en groupe des professions libérales*, Journées Act. dr. entr., t. 6, Librairies Techniques, 1974 ; *Exercice en groupe des professions libérales : France, Europe, États-Unis*, colloque Poitiers du 29 mars 1994, ss dir. J.J. Daigre, GLN Joly, Pratique des affaires, 1995 ; Th. Bouclier, *L'exercice en groupe des professions juridiques*, Litec, 2001.

⁹⁹ L. Godon, Rev. soc. 1996.793, spéc. n° 9 : "On peut difficilement tolérer qu'un associé exerce sa profession au sein d'un groupement et qu'il se livre simultanément, en dehors de celui-ci, à un comportement concurrentiel [...] L'on serait par conséquent tenté d'admettre que l'associé, membre d'une société professionnelle, est lié par une obligation de non-concurrence de plein droit qui lui interdit de faire partie d'un autre groupement ou d'exercer personnellement une activité, du moins lorsque cette dernière est identique à celle de la société".

¹⁰⁰ Cf par ex. pour les professions médicales, les articles R4127-56, R4127-259, R4321-99 c. santé publ., pour la profession d'avocat, l'article 3 du décret n° 2005-790 du 12 juill. 2005, et pour les architectes, l'article 17 du Code de déontologie des architectes.

personae est particulièrement fort dans les sociétés d'exercice professionnel parce que chaque associé participe à la bonne marche de la société. Aussi les associés sont-ils généralement tenus de n'exercer l'activité relevant de l'objet social qu'au sein de la société d'exercice professionnel, ce qui leur interdit par voie de conséquence de faire concurrence à la société.

Tel est le cas dans les sociétés civiles professionnelles¹⁰¹, qui ont pour objet l'exercice en commun de la profession de leurs membres¹⁰². Sauf disposition contraire du décret particulier à chaque profession, les associés d'une société civile professionnelle ne peuvent ainsi être membres que d'une seule société civile professionnelle¹⁰³, et ne peuvent exercer la même profession à titre individuel¹⁰⁴, de sorte qu'ils ne peuvent se livrer à une activité concurrente de celle de la société¹⁰⁵. Il paraît en outre significatif que l'exclusivité requise ne concerne que l'activité professionnelle relevant de l'objet social ou les activités qui s'y rattachent, et non toute activité professionnelle¹⁰⁶ ou toute activité extérieure, l'exercice d'une autre activité n'étant pas de nature à contrarier la réalisation de l'objet social, du moins s'il ne conduit pas l'associé à délaisser l'exercice de sa profession au sein de la société. Même limitée à la seule activité professionnelle exercée dans le cadre social, l'obligation d'exclusivité garantit néanmoins un certain volume d'activité et une disponibilité des professionnels nécessaires au bon fonctionnement de la société, et que la seule interdiction de concurrence ne permettrait pas d'obtenir. L'ouverture du capital des sociétés civiles professionnelles aux seuls professionnels exerçants, à l'exclusion des non professionnels qui ne pourraient apporter à la société que des capitaux, révèle encore l'importance attachée à la collaboration des associés dans cette forme sociale.

26.- Les associés des sociétés d'exercice libéral¹⁰⁷ sont également souvent tenus de n'exercer

¹⁰¹ Sur cette forme de société, v. not. A. Lamboley, th. préc. ; du même auteur, JCl Soc. Traité, Fasc. 191-10, *Sociétés civiles professionnelles.-Généralités*, août 2006 ; F. Maury, *Sociétés civiles professionnelles*, Rép. soc., janv. 2009.

¹⁰² Cf L. n° 66-879 du 29 nov. 1966, art. 1 al. 2.

¹⁰³ L'interdiction d'être membre de plusieurs SCP ne vise cependant que les sociétés exerçant une profession identique et non toute SCP : en ce sens, A. Lamboley, th. préc., n° 134, p. 104, et JCl Soc. Traité, op. cit., n° 45. V. par ex. Circ. n° 69-16, 22 oct. 1969, p. 8 pour les commissaires-priseurs.

¹⁰⁴ L. 29 nov. 1966, art. 4 : "Sauf disposition contraire du décret particulier à chaque profession, tout associé ne peut être membre que d'une seule société civile professionnelle et ne peut exercer la même profession à titre individuel". Les décrets d'application sont venus réaffirmer cette interdiction (v. par ex. art. R4113-72 c. santé publ. pour les SCP de médecins ou chirurgiens-dentistes), certains précisant que l'associé ne peut pas non plus exercer ses fonctions en qualité de membre d'une SEL (v. par ex. art. 43 D. n° 92-680 du 20 juill. 1992 pour les SCP d'avocats). Sur cette question, A. Lamboley, th. préc., n° 131 s., p. 102 s.

¹⁰⁵ Sur l'idée que l'obligation d'exercice exclusif faite aux associés d'une SCP met à leur charge une véritable obligation de non-concurrence, Y. Auguet, th. préc., n° 104, p. 124.

¹⁰⁶ Encore faut-il cependant que les règles déontologiques applicables à la profession autorisent le cumul de deux activités. Pour un exemple, v. Code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable, art. 14, 6°, admettant l'exercice du commissariat aux comptes.

¹⁰⁷ Sur ces sociétés, v. not. B. Saintourens, *Les sociétés d'exercice libéral*, Rev. soc. 1991.707 s. ; *Sociétés d'exercice libéral*, Rép. soc., mars 2003 ; G. Durand-Lépine, JCl Soc. Traité, Fasc. 192-10, *Sociétés d'exercice libéral.- Régime général*, févr. 2006 ; J. Mestre et D. Velardocchio, Lamy soc. com. 2009, n° 5350 s. Sur les raisons de la création des SEL, J.-J. Daigre, Bull. Joly 1991.243 s. ; C. Slobodansky, *L'activité libérale est devenue un objet de droit*, LPA 30 avr. 2009.38.

leur profession qu'au sein de la société. La loi relative à l'exercice des professions libérales sous forme de sociétés disposait en effet que des décrets en Conseil d'Etat pouvaient prévoir qu'un associé ne pourrait exercer sa profession qu'au sein de la société d'exercice libéral¹⁰⁸, et cette possibilité a été largement utilisée par les décrets d'application, en particulier par ceux qui concernaient les professions médicales¹⁰⁹ et juridiques¹¹⁰.

Le choix laissé par la loi semble cependant démontrer précisément que l'obligation d'exercice exclusif n'est pas indispensable à la protection des intérêts essentiels de la société d'exercice libéral. Le fait que la grande majorité des décrets d'application aient mis une telle obligation à la charge des associés exerçants affaiblit toutefois quelque peu la portée de cet argument, qui soulignerait en tout état de cause le caractère accessoire de la seule obligation d'exclusivité, et non de l'obligation de non-concurrence, qui peut en découler mais s'en détacher également.

27.- Néanmoins même l'existence d'une obligation de non-concurrence pesant de plein droit sur les associés des sociétés d'exercice libéral semble incertaine. En effet, si l'article 5 de la loi du 31 décembre 1990 applicable aux sociétés d'exercice libéral indique que la majorité du capital de ces sociétés doit être détenue par les professionnels qui exercent leur activité au sein de la société, le complément peut être détenu notamment par des personnes physiques ou morales exerçant la profession constituant l'objet social¹¹¹, l'article 5-1 al. 1 disposant en outre

¹⁰⁸ L'article 21 de la loi n° 90-1258 du 31 déc. 1990, modifié par la loi n° 2001-1168 du 11 déc. 2001, dispose ainsi que des décrets en Conseil d'Etat "peuvent prévoir qu'un associé n'exerce sa profession qu'au sein d'une seule société d'exercice libéral et ne peut exercer la même profession à titre individuel ou au sein d'une société civile professionnelle".

¹⁰⁹ Un aménagement est toutefois prévu pour les professions médicales. L'article R4113-3 c. santé publ., portant application de l'article 21 de la loi du 31 déc. 1990, indique ainsi qu'un associé ne peut exercer la profession de médecin qu'au sein d'une seule SEL de médecins et ne peut cumuler cette forme d'exercice avec l'exercice à titre individuel ou au sein d'une SCP, excepté dans le cas où l'exercice de sa profession est lié à des techniques médicales nécessitant un regroupement ou un travail en équipe ou à l'acquisition d'équipements ou de matériels soumis à autorisation en vertu de l'article L6122-1 c. santé publ. ou qui justifient des utilisations multiples. Rejetant l'interprétation retenue par le conseil national de l'ordre des médecins, le Conseil d'Etat a estimé que le cumul des formes d'exercice était ouvert aussi bien au médecin exerçant déjà au sein d'une SEL et demandant à exercer à titre individuel qu'au médecin exerçant à titre individuel et demandant à exercer au sein d'une SEL (CE 3 sept. 2007, n° 291887, Fournier, AJDA 2007.2167 ; J. Penneau, *Droit médical*, déc. 2006-nov. 2007, D. 2008.506).

¹¹⁰ V. par ex. D. n° 92-545, 17 juin 1992, art. 3, pour les directeurs de laboratoires d'analyses médicales, D. n° 93-492, 25 mars 1993, art. 20 et 22, pour les avocats. Pour une présentation complète des différentes professions pour lesquelles l'exercice exclusif de l'activité est exigé, J. Mestre et D. Velardocchio, *Lamy soc. com.* 2009, n° 5380.

¹¹¹ Le complément peut être détenu par des personnes physiques ou morales exerçant en dehors de la société la ou les professions constituant l'objet social de la société ; par des personnes physiques ayant exercé cette ou ces professions au sein de la société, pendant un délai de dix ans à compter de la cessation de leur activité professionnelle ; par les ayants droit de ces associés, pendant un délai de cinq ans suivant le décès de ces derniers ; par une société constituée dans les conditions prévues à l'article 220 quater A du code général des impôts ou une société de participation financière de professions libérales régie par le titre IV de la présente loi, si les membres de ces sociétés exercent leur profession au sein de la société d'exercice libéral ; par des personnes exerçant soit l'une quelconque des professions libérales de santé, soit l'une quelconque des professions libérales juridiques ou judiciaires, soit l'une quelconque des autres professions libérales, visées au premier alinéa de l'article 1^{er}, selon que l'exercice de l'une de ces professions constitue l'objet social. L'article 6 de la loi indique en outre que des décrets particuliers à chaque profession peuvent prévoir la faculté pour des tiers non professionnels de détenir une part du capital, demeurant inférieure à la moitié de celui-ci, ou au quart de celui-ci lorsque la société a pour objet l'exercice d'une profession de santé. A la différence des SCP, les SEL ne sont donc pas fermées aux simples apporteurs de capitaux. En effet, la création de SEL avait notamment pour finalité de

que par dérogation au premier alinéa de l'article 5, plus de la moitié du capital social des sociétés d'exercice libéral peut être détenue par de tels associés¹¹². Des concurrents¹¹³ potentiels¹¹⁴ de la société pourraient donc être associés, et même détenir plus de la moitié du capital social, ce qui leur conférerait un pouvoir important au sein de la société, même si le texte ne semble pas déroger à l'autre principe posé par l'article 5 al. 1, selon lequel les professionnels en exercice au sein de la société doivent détenir plus de la moitié des droits de vote¹¹⁵.

Cette disposition laisse ainsi penser qu'aucune obligation de non-concurrence ne pèse de plein droit sur les associés des sociétés d'exercice libéral. Les auteurs déclarent cependant généralement que cette règle pourrait être source de difficultés compte tenu de l'obligation de non-concurrence pesant sur les associés des sociétés d'exercice libéral¹¹⁶, ce qui montre qu'elle n'emporte pas pour eux remise en cause générale du principe de non-concurrence. En tout état de cause, même si un professionnel exerçant dans une société concurrente pouvait détenir une fraction du capital social, il n'en demeurerait pas moins interdit, pour l'associé qui exerce au sein de la société, d'accomplir les actes de sa profession à titre individuel ou au sein d'une autre société. Cette interdiction n'est écartée que dans certaines sociétés d'exercice libéral, telles que celles qui regroupent des architectes¹¹⁷ ou des experts comptables¹¹⁸, et là encore, la liberté d'exercice reconnue aux associés n'implique pas qu'ils aient la possibilité de faire

permettre aux professionnels libéraux de réunir des capitaux plus importants, afin d'assurer la compétitivité de la société, et de permettre l'acquisition de matériels ou de moyens technologiques coûteux, particulièrement recherchés par certaines professions médicales. Par exception, les SEL constituées pour l'exercice de professions judiciaires ou juridiques ne peuvent cependant accueillir de tiers non professionnels.

¹¹² Des décrets en Conseil d'Etat peuvent toutefois prévoir, compte tenu des nécessités propres à chaque profession autre que les professions juridiques et judiciaires, que le premier alinéa ne s'applique pas lorsque cette dérogation serait de nature à porter atteinte à l'exercice de la profession concernée, au respect de l'indépendance de ses membres ou de ses règles déontologiques propres (cf article 5-1 al. 2, introduit par l'article 74, 1° de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, JO 03.08.2005).

¹¹³ B. Saintourens remarque ainsi que "la majorité du capital d'une SEL peut d'abord être détenue par une ou plusieurs personnes physiques, professionnels libéraux à titre individuel, qui sont en réalité des concurrents de la SEL puisqu'ils exercent leur propre activité à l'extérieur de cette société" (*Sociétés d'exercice libéral*, op. cit., n° 26).

¹¹⁴ Les personnes physiques ou morales exerçant la profession constituant l'objet social ne se trouvent pas nécessairement en situation de concurrence avec la SEL, en particulier si elles exercent leur activité dans une zone géographique éloignée.

¹¹⁵ En ce sens, B. Saintourens, op. cit., n° 25 : "Les professionnels en exercice au sein de la SEL considérée doivent toujours détenir plus de la moitié des droits de vote au sein de la société ; la dérogation ouverte par l'article 5-1 autorise seulement que les catégories identifiées détiennent plus de la moitié du capital social".

¹¹⁶ Par ex. D. Vidal, *Société d'exercice libéral et modifications des règles concernant la détention du capital social*, JCP N 2002, n° 26, 1395, p. 974 s., spéc. n° 18, qui déclare que "cette règle inattendue pourrait ne pas manquer de poser quelques difficultés, [...] sur le plan du droit des sociétés au regard en particulier de l'obligation de non concurrence auquel l'associé est tenu au profit de la société dont il est membre" ; B. Saintourens, op. cit., n° 26, qui évoque quant à lui "l'obligation de loyauté" pesant sur les associés.

¹¹⁷ Le décret n° 92-619 du 6 juill. 1992 relatif à l'exercice en commun de la profession d'architecte sous forme de SEL (JO n° 156, 07.07.1992, p. 9034) n'exige pas que la profession soit exercée exclusivement au sein de la SEL. Une telle exigence ne résulte pas non plus du Code de déontologie des architectes.

¹¹⁸ Le décret n° 92-1124 du 2 oct. 1992 relatif aux SEL d'experts-comptables et de comptables agréés (JO n° 236, 10.10.1992, p. 14157) n'exige pas que la profession soit exercée exclusivement au sein de la SEL. Une telle exigence ne résulte pas non plus du Code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable.

concurrence à la société¹¹⁹.

Si la plus grande ouverture des sociétés d'exercice libéral indique que l'exigence de collaboration est moins forte dans ces sociétés que dans les sociétés civiles professionnelles, il reste possible d'affirmer que l'exercice d'une activité concurrente par un associé exerçant est difficilement compatible avec la collaboration exigée de lui dans le cadre d'une telle société.

28.- L'existence d'une obligation de non-concurrence pesant de plein droit sur les associés ne fait en tout état de cause pas de doute dans l'autre société d'exercice professionnel que constitue le groupement agricole d'exploitation en commun¹²⁰. Les associés sont en effet tenus de ne pas se livrer, à titre individuel ou dans un cadre sociétaire, à une activité de production agricole à l'extérieur du groupement s'ils font partie d'un groupement total, ou à une production pratiquée par le groupement si le groupement est seulement partiel¹²¹. Le bon fonctionnement et la prospérité du groupement reposent clairement sur la collaboration et la fidélité des associés, les textes exigeant d'ailleurs ouvertement une participation effective au travail en commun¹²².

29.- L'importance de la collaboration des associés dans les sociétés qui ont pour objet l'exercice en commun d'une profession interdit ainsi à ces derniers de se livrer à une activité concurrente de celle qui est développée par la société. La concurrence exercée par un associé peut encore s'avérer particulièrement préjudiciable à la société parce qu'il est en mesure de détourner sa clientèle.

2) L'obligation de non-concurrence pesant sur les associés qui exercent une attraction déterminante sur la clientèle de la société

30.- La considération du rôle que jouent parfois les associés dans l'attraction de la clientèle semble également avoir été déterminante dans l'introduction des dispositions spéciales qui font peser une obligation d'exclusivité sur certains associés. L'associé risque en effet de détourner la clientèle de la société vers sa propre activité s'il a développé des relations privilégiées avec les clients, ou s'il maîtrise les éléments d'attraction de la clientèle. La clientèle qui se trouve directement en contact avec l'un des associés sera en effet

¹¹⁹ Paris, 12 févr. 1982, JurisData n°1982-030339.

¹²⁰ Sur cette société d'exercice professionnel, J. Bozec, *Le groupement agricole d'exploitation en commun*, th. Rennes, 1966 ; J.-F. Pillebout, *Sociétés d'exploitation agricole : SCEA, GAEC, EARL, Litec*, 1986 ; J. Rozier, *Les groupements agricoles d'exploitation en commun*, Litec, 1971 ; C. Dupeyron, *Jcl Rur. V° Sociétés*, Fasc. 12, *Groupement agricole d'exploitation en commun*, avr. 2008, actualisé par F. Roussel et la bibliographie citée.

¹²¹ Art. L323-2 al. 2 c. rur.

¹²² Art. L323-7 al. 2 c. rur. : "Les associés doivent participer effectivement au travail en commun".

naturellement portée à s'adresser à lui de manière préférentielle. Il est de ce fait possible qu'elle fasse appel à lui sans considération pour la structure dans laquelle il intervient, et qu'elle se détourne ainsi de la société au bénéfice de la structure concurrente qu'il a créée ou intégrée.

31.- Les relations privilégiées que les associés entretiennent avec la clientèle dans les sociétés civiles professionnelles justifient ainsi qu'ils soient tenus de n'exercer la profession relevant de l'objet social qu'au sein de la société¹²³, alors que l'associé d'une société civile de moyens peut exercer la même profession en dehors du cadre sociétaire¹²⁴. A la différence de la société civile de moyens, dont l'objet est simplement de réunir les moyens nécessaires à l'exercice d'une profession¹²⁵, et qui n'a aucun rapport avec la clientèle¹²⁶, la société civile professionnelle est en effet une société d'exercice, qui dispose d'une clientèle propre¹²⁷. La protection de la clientèle sociale s'impose d'autant plus que le principe du libre choix de son praticien par le patient¹²⁸, ou de son avocat par le client¹²⁹, implique que le professionnel accepte de recevoir celui-ci¹³⁰, même s'il est tenu d'un engagement de non-concurrence qui lui interdit de solliciter la clientèle. Le fait que l'exclusivité requise ne concerne que l'activité professionnelle relevant de l'objet social tend à confirmer que l'exigence d'exclusivité vise à

¹²³ Cf Y. Auguet, *Concurrence et clientèle*, th. préc., n° 105, p. 125, qui estime que ce n'est pas tant la qualité d'associé que le rôle des associés au sein des SCP qui justifie l'interdiction de concurrence faite à ces derniers : "En contact direct avec la clientèle de la société, l'exercice de la même profession dans un autre cadre risquerait de porter trop gravement atteinte aux intérêts de la société et des autres associés". V. aussi J.-J. Daigre, qui souligne la "complète transparence" de la SCP, "qui maintient la relation personnelle directe entre le professionnel et ses clients" (*L'exercice en groupe monoprofessionnel*, in *Exercice en groupe des professions libérales*, préc., p. 57 s., spéc. p. 58).

¹²⁴ Une clause d'exclusivité d'exercice professionnel peut toutefois être stipulée dans les statuts d'une société civile de moyens : Civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, Rev. soc. 1995.525 s., note Jeantin.

¹²⁵ Cf L. n° 66-879 du 29 nov. 1966, art. 36, indiquant que les personnes qui exercent des professions libérales "peuvent constituer entre elles des sociétés civiles ayant pour objet exclusif de faciliter à chacun de leurs membres l'exercice de son activité", et qu'à cet effet, "les associés mettent en commun les moyens utiles à l'exercice de leurs professions, sans que la société puisse elle-même exercer celle-ci".

¹²⁶ Cf Paris, 7 mai 2004, JurisData n°2004-252539, rappelant une position du Conseil national de l'ordre des chirurgiens dentistes, selon laquelle une SCM, "qui n'exerce pas de profession par elle-même, n'a aucune clientèle à protéger".

¹²⁷ Les associés exercent en effet leur activité au nom de la société : *L'exercice en groupe des professions libérales*, préc., p. 25 ; S. Pieyre de Mandiargues, *La pratique des sociétés civiles professionnelles*, th. Montpellier, 1980, n° 393 s. ; v. par ex. pour les SEL d'avocats, D. n° 93-492, 25 mars 1993, art. 19 et 21. F. Maury (op. cit., n°122) déclare ainsi que "le fait que l'activité professionnelle soit menée par la société, sous sa propre raison sociale, conduit à admettre que la clientèle est, en principe, la clientèle de la société". L'auteur note cependant que si ce principe est indiscutable lorsque la société a été constituée entre des associés qui n'avaient encore aucune clientèle personnelle, ou lorsque la société a bénéficié d'un apport de clientèle en propriété, qui produit un effet translatif, il faudrait distinguer entre la clientèle apportée, qui demeurerait celle de l'apporteur, et la clientèle nouvelle qui appartiendrait à la société, lorsque la société a reçu un apport de clientèle en simple jouissance, encore que la clientèle de l'apporteur tendrait à devenir celle de la société avec le temps.

¹²⁸ Art. L1110-8 c. santé publ. : "le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation sanitaire" et art. L162-2 c. séc. soc.

¹²⁹ Art. 19 NCPC et art. L127-3 C. assur. Plus récemment, CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-199/08, Erhard Eschig c/ UNIQA Sachversicherung AG.

¹³⁰ En ce sens, J. Guirec Raffray, *La cession des clientèles libérales : une question réglée ?*, JCP N 2003, n° 36, 1483, spéc. n° 26.

protéger la clientèle de la société, l'exercice d'une activité étrangère à l'objet social n'étant pas de nature à détourner cette clientèle.

32.- La réglementation applicable aux sociétés civiles professionnelles de médecins ou de chirurgiens-dentistes paraît cependant remettre en cause une telle analyse, car l'interdiction d'exercer la profession à titre individuel faite à ces professionnels semble ne viser que l'exercice individuel sous forme libérale et non l'exercice individuel sous forme salariée¹³¹. L'exercice d'une activité concurrente serait donc autorisé dans une certaine mesure, puisque l'associé peut pratiquer sa profession en dehors du cadre social en tant que salarié. Selon certains auteurs, il pourrait en être de même dans les autres sociétés civiles professionnelles, du moins lorsque le cumul de l'activité libérale concernée et d'une activité salariée est licite selon la réglementation¹³². Les clients de la société pourraient alors décider de s'adresser au professionnel libéral dans le cadre de la structure au sein de laquelle il exerce en tant que salarié, bien que le risque de détournement de la clientèle sociale paraisse moins important dans cette hypothèse que si l'associé exerçait par ailleurs son activité sous forme libérale.

33.-La possibilité reconnue aux professionnels de santé envisagés de cumuler l'exercice de leur profession au sein d'une SCP avec un exercice individuel comme salarié semble cependant trouver une justification bien particulière, propre aux professions de santé. Il est en effet d'utilité publique qu'un médecin associé au sein d'une société civile professionnelle puisse exercer également en tant que salarié dans un hôpital, par exemple. Il semble significatif à cet égard que le cumul de l'activité avec un exercice libéral de la profession, que ce soit à titre individuel ou au sein d'une autre société civile professionnelle, ne soit quant à lui pas admis, la seule exception résidant dans la possibilité pour l'associé d'exercer parallèlement son activité au sein d'une SEL de médecins, mais seulement dans le cas où "l'exercice de la profession est lié à des techniques médicales nécessitant un regroupement ou un travail en équipe, ou à l'acquisition d'équipements ou de matériels soumis à autorisation ou qui justifient des utilisations multiples"¹³³. Outre la justification tenant à l'amélioration du service public de la santé, le risque de détournement de la clientèle sociale semble plus réduit lorsque l'associé exerçant par ailleurs son activité sous forme salariée est un professionnel de santé. L'employeur sera en effet souvent dans ce cas un service public administratif, comme un hôpital, auquel le patient ne s'adressera pas de la même manière qu'à un médecin de ville,

¹³¹ Ainsi, l'article R4113-72 c. santé publ. ne semble pas interdire l'exercice de la profession sous la forme salariée : "un associé, médecin ou chirurgien-dentiste, ne peut exercer sa profession à titre individuel sous forme libérale sauf gratuitement, ni être membre d'une autre société civile professionnelle de la même profession médicale".

¹³² En ce sens, F. Maury, op. cit., n° 69 ; A. Lamboley, JCl Soc. Traité, op. cit., n° 46.

¹³³ Art. R4113-3 c. santé publ., supra, note 109.

notamment pour des raisons de remboursement des soins par la sécurité sociale¹³⁴. Des auteurs font en outre remarquer que même si l'exercice d'une activité au sein d'une société civile professionnelle n'interdisait pas à l'associé d'exercer par ailleurs cette activité en tant que salarié, l'obligation de non-concurrence pesant de plein droit sur le salarié s'opposerait à la généralisation de la solution applicable aux professions médicales¹³⁵.

Dans la mesure où seuls les décrets relatifs aux professions de santé décident que le professionnel ne peut exercer sa profession à titre individuel "sous forme libérale", l'interdiction d'exercer la même profession "à titre individuel" posée par l'article 4 de la loi du 29 novembre 1966, qui semble viser tous les modes d'exercice individuel de la profession, devrait constituer la règle dans les autres sociétés civiles professionnelles, puisque ce texte s'applique en l'absence de disposition contraire ou de restriction contenue dans les décrets particuliers à chaque profession. L'exclusivité exigée de l'associé d'une société civile professionnelle semble ainsi bien lui interdire d'exercer sa profession en tant que salarié d'une autre société.

34.- L'obligation de n'exercer qu'au sein de la société généralement faite aux associés des sociétés d'exercice libéral semble également procéder de la volonté d'éviter tout détournement de la clientèle sociale. Dans cette hypothèse, il apparaît clairement que ce n'est pas la forme de la société qui commande l'existence de l'obligation d'exclusivité, puisque les structures d'exercice peuvent être tout autant des sociétés non commerciales que des sociétés commerciales par la forme¹³⁶.

Le fait que seuls les professionnels qui accomplissent les actes de leur profession au sein de la société soient tenus d'une obligation d'exclusivité à l'égard de cette dernière tend à confirmer qu'une telle obligation trouve sa justification dans les relations privilégiées que le professionnel exerçant dans la société entretient avec la clientèle. L'exercice de la même profession par un associé en dehors de la société d'exercice libéral n'est en effet pas de nature à attirer spécialement la clientèle de la société vers une autre structure si l'associé n'exerce pas au sein de la société, mais seulement en dehors de celle-ci, puisqu'il n'a alors pas de contact avec cette clientèle. La concurrence exercée par l'associé ne diffère alors pas réellement dans ses effets de celle qui pourrait être pratiquée par un professionnel tiers au contrat de société. Le fait que l'obligation d'exclusivité ne pèse que sur l'associé exerçant au sein de la société n'exclut certes pas dans l'absolu que les autres associés puissent être tenus d'une obligation implicite de non-concurrence, l'obligation d'exclusivité allant au-delà de la simple obligation

¹³⁴ Depuis la création du "parcours de soins", le patient doit s'adresser à son médecin traitant, qui le met si besoin en relation avec d'autres professionnels de santé. S'il ne respecte pas ce parcours, il est en principe moins bien remboursé par sa caisse d'assurance maladie et doit payer une majoration du ticket modérateur.

¹³⁵ Y. Auguet, th. préc., n° 104, p. 124.

¹³⁶ Cf L. n° 90-1258 du 31 déc. 1990, art. 1^{er}, JO n° 4, 05.01.1991, p. 216.

de non-concurrence. Il semble cependant que cela ne soit pas le cas, dès lors que le capital des SEL peut être ouvert aux professionnels à la retraite, aux professionnels exerçant une profession voisine, à des personnes extérieures¹³⁷, mais aussi à des personnes physiques ou morales exerçant la même profession en dehors de la société, donc potentiellement à des concurrents¹³⁸.

35.-Le lien ainsi établi entre l'obligation d'exclusivité pesant de plein droit sur l'associé qui exerce au sein de la société et le risque d'un détournement de clientèle n'apparaît néanmoins pas toujours clairement dans toutes les sociétés d'exercice libéral.

En effet, si les professions libérales sont généralement en contact étroit avec une clientèle de particuliers ou de professionnels, certaines d'entre elles n'impliquent pas de relation avec une clientèle, telle la profession de greffier de tribunal de commerce ou d'administrateur judiciaire¹³⁹. Dans cette hypothèse, il paraît donc difficile de voir dans l'obligation d'exclusivité mise à la charge des associés¹⁴⁰ un instrument de protection de la clientèle de la société. L'obligation d'exclusivité semble ainsi procéder avant tout dans ces sociétés de considérations déontologiques ou d'ordre, et non de la volonté de protéger une clientèle sociale qui fait défaut. L'exigence d'exercice exclusif semble avoir pour finalité première de faciliter le contrôle d'une profession qui participe à l'exécution d'un service public¹⁴¹.

Ces professions présentent cependant une réelle spécificité par rapport aux autres professions libérales, de sorte que ce constat n'interdit pas que l'obligation d'exclusivité tende à éviter un

¹³⁷ Cf L. n° 90-1258 du 31 déc. 1990, art. 5, 5-1 et 6.

¹³⁸ Les personnes physiques ou morales exerçant la même profession en dehors de la société ne se trouveront pas en situation de concurrence avec la société si elles exercent sur un autre marché géographique.

¹³⁹ Encore que les administrateurs peuvent exercer à titre civil et intervenir, à la demande des intéressés, en matière de succession, d'indivision, de gestion de patrimoine, de séquestre ou dans l'intérêt de personnes placées sous protection judiciaire. Les huissiers de justice également tenus de n'exercer qu'au sein d'une seule SEL peuvent aussi avoir une clientèle de particuliers.

¹⁴⁰ Cf D. n° 93-892, 6 juill. 1993, art. 20, pour les administrateurs judiciaires : un administrateur judiciaire associé exerçant au sein d'une SEL "ne peut exercer sa profession à titre individuel ou en qualité de membre d'une autre société, quelle qu'en soit la forme", et art. 22 : "Les associés exerçant au sein de la société doivent lui consacrer toute leur activité professionnelle, l'informer et s'informer mutuellement de cette activité" ; et pour les greffiers, D. n° 93-86, 21 janv. 1993, art. 29 : "un greffier de tribunal de commerce associé, exerçant au sein d'une société d'exercice libéral, ne peut exercer la profession de greffier de tribunal de commerce à titre individuel ou en qualité de membre d'une autre société, quelle qu'en soit la forme", et art. 30 : "Chaque greffier de tribunal de commerce associé, exerçant au sein d'une société d'exercice libéral, exerce les fonctions de greffier de tribunal de commerce au nom de cette société. Les associés exerçant au sein de la société doivent lui consacrer toute leur activité professionnelle, l'informer et s'informer mutuellement de cette activité".

¹⁴¹ V. par ex., pour la profession de greffier des tribunaux de commerce, les articles R741-1 s., et plus particulièrement les articles R743-29 s. c. com., qui réglementent de manière très stricte l'exercice de la profession sous forme de société. L'article R743-51 commande par exemple au greffier d'indiquer, dans tous les actes professionnels qu'il accomplit et dans toutes ses correspondances, son titre de greffier de tribunal de commerce, sa qualité d'associé d'une société titulaire d'un office de greffier de tribunal de commerce et l'adresse du siège de cette société. L'article R743-52 c. com. dispose qu'un "greffier de tribunal de commerce associé, exerçant au sein d'une société," ne peut exercer cette profession "à titre individuel ou en qualité de membre d'une autre société, quelle qu'en soit la forme", et l'article R743-53 que les associés doivent consacrer à la société toute leur activité professionnelle et s'informer mutuellement de cette activité, confirmant que l'exigence d'exclusivité ne tient pas à la forme de la société d'exercice.

détournement de clientèle dans les autres sociétés d'exercice libéral.

Une autre objection pourrait être tirée du fait qu'un certain nombre de professionnels libéraux ne sont pas tenus d'exercer leur profession exclusivement au sein de la SEL, tels les architectes¹⁴², les experts agricoles¹⁴³, les experts comptables¹⁴⁴, les chirurgiens-dentistes¹⁴⁵ ou les infirmiers¹⁴⁶, alors pourtant qu'ils sont bien en contact avec une clientèle.

L'absence d'obligation d'exclusivité n'indique cependant pas qu'aucune obligation de non-concurrence de plein droit ne pèse sur ces professionnels, l'exercice de la profession pouvant très bien s'opérer en dehors du cadre social sans entrer en concurrence avec l'activité développée par la société, par exemple s'il intervient dans un secteur relativement éloigné géographiquement.

36.- Le caractère personnel des relations établies entre le professionnel libéral et le client peut ainsi conduire la clientèle à se tourner vers une autre structure d'exercice si le professionnel y accomplit également les actes de sa profession, mettant en péril l'activité développée par la société.

L'interdiction de concurrence paraît donc parfois indispensable à la protection des intérêts essentiels de l'entreprise, autrement dit à sa viabilité. Un tel constat devrait présider au traitement de la concurrence exercée par l'associé, au-delà des hypothèses dans lesquelles les textes mettent une obligation de non-concurrence à la charge de ce dernier.

II- La portée substantielle de l'obligation de non-concurrence de plein droit

37.- La présentation des dispositions spécifiques qui mettent une obligation de non-concurrence, voire d'exclusivité, à la charge de l'associé ne permet pas d'appréhender de manière satisfaisante la portée de l'obligation spéciale de non-concurrence qui pèse sur ce dernier. Relevant de l'essence du pacte social, celle-ci interdit à l'associé de mettre en péril la viabilité de la société. La sauvegarde des intérêts essentiels de la société constitue ainsi tout à la fois le socle (A) et la limite (B) de l'obligation.

A- La sauvegarde des intérêts essentiels de la société, socle de l'obligation de non-concurrence de plein droit

38.- Les intérêts essentiels de la société ne se confondent pas avec les intérêts légitimes de

¹⁴² D. n° 92-619, 6 juill. 1992, préc.

¹⁴³ Le décret n° 92-789 du 4 août 1992 ne pose pas d'exigence d'exercice exclusif.

¹⁴⁴ D. n° 92-1124, 2 oct. 1992, préc.

¹⁴⁵ Le décret n° 92-740 du 29 juill. 1992 ne posait aucune exigence d'exclusivité.

¹⁴⁶ Le décret n° 92-741 du 29 juill. 1992 relatif à l'exercice en commun des professions paramédicales sous forme de SEL ne posait aucune exigence d'exclusivité.

l'entreprise, auxquels il est généralement fait référence lors de l'examen de la licéité des clauses de non-concurrence¹⁴⁷. Si les intérêts essentiels de la société constituent assurément des intérêts légitimes dignes de protection, ordinairement la notion d'intérêts légitimes ne désigne pas le seul intérêt de la personne morale à la viabilité de l'activité entreprise, l'intérêt que la société peut avoir à la protection d'informations confidentielles étant par exemple susceptible d'être qualifié d'intérêt légitime¹⁴⁸, alors pourtant que la divulgation de telles informations ne met pas nécessairement en péril la pérennité de l'activité sociale. Les intérêts légitimes de la société sont donc entendus plus largement que les seuls intérêts vitaux de la société. Alors que la protection des intérêts légitimes de l'entreprise justifie seulement la stipulation d'une obligation de non-concurrence, sous réserve qu'une telle clause réponde aux autres conditions de validité posées par le droit positif, la préservation des intérêts essentiels de la société fonde l'existence d'une obligation spéciale de non-concurrence pesant de plein droit sur l'associé (1). La protection des intérêts essentiels de la société doit alors guider la définition du champ de l'obligation de non-concurrence de plein droit, l'associé devant s'abstenir de développer une activité concurrente chaque fois que cela mettrait en péril la viabilité de la société (2).

1) La sauvegarde des intérêts essentiels de la société, fondement d'une obligation de non-concurrence de plein droit

39.- L'obligation de non-concurrence indispensable à la sauvegarde des intérêts essentiels de la société pèse de plein droit sur l'associé parce qu'en vertu du pacte social, celui-ci est tenu de ne pas porter atteinte aux intérêts essentiels de la société (1). Cette interdiction prend même la forme d'une véritable obligation contractuelle de ne pas faire, qui peut être rattachée au contrat de société au titre des suites contractuelles envisagées par l'article 1135 c. civ. (2).

a) L'interdiction de porter atteinte aux intérêts essentiels de la société, fruit de l'assujettissement de l'associé au contrat de société

40.- Une approche renouvelée de la notion de force obligatoire consiste à considérer que le contractant est tenu de respecter les obligations issues du contrat, mais également de ne pas agir en contravention avec la norme juridique que constituerait le contrat lui-même¹⁴⁹. L'accord des parties donnerait ainsi naissance à une norme obligatoire dont les effets ne se réduiraient pas à la création d'obligations, et qui s'imposerait aux contractants à la manière

¹⁴⁷ Sur cette notion, v. not. M. Malaurie-Vignal, JCI Contrats-Distrib., Fasc. 120, nov. 2004, n°111 s.

¹⁴⁸ Cf par ex. Nancy, 4 janv. 1995, JurisData n°1995-040936.

¹⁴⁹ Sur cette notion, v. not. P. Ancel, art. préc., spéc. n°26 s. ; G. Wicker, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, coll. des 30 & 31 janv. 2003, ss dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, Thèmes et commentaires, p. 151 s.

d'une norme légale. Le caractère contraignant des clauses compromissaires et des clauses de loi applicable procéderait par exemple directement de la force obligatoire du contrat, et non d'une obligation contractuelle. Le contractant devrait de ce fait exécuter les obligations qui lui incombent, mais encore respecter les règles fixées par le contrat et les exigences découlant de la nature même du contrat. Il ne pourrait donc faire obstacle à la réalisation du but contractuel sans violer la norme que représente le contrat¹⁵⁰.

41.- *Le respect de la finalité du pacte social.* Dans cette perspective, il serait possible de considérer que l'assujettissement de l'associé au contrat de société lui impose de ne pas porter atteinte aux intérêts essentiels de la société, dès lors que la finalité du pacte social qui a été conclu par les associés, ou auquel ces derniers ont adhéré, est le succès d'une entreprise commune. L'associé ne serait donc pas à proprement parler débiteur d'une obligation de non-concurrence découlant implicitement de la nature du contrat, il serait simplement tenu de respecter les intérêts de la société en application du pacte social, ce qui lui imposerait de ne pas faire concurrence à cette dernière lorsqu'un tel comportement mettrait en péril la viabilité de l'activité qu'elle a développée. En manifestant leur volonté de faire partie de la société, les nouveaux associés intégrant la société s'engageraient également à respecter le pacte social dans son intégralité. L'analyse qui fait de l'intérêt social le fondement de l'obligation de non-concurrence¹⁵¹ pesant sur les associés dans certaines sociétés rattache en réalité une telle obligation au contrat de société lui-même, qui commande aux associés de se comporter dans le respect de l'intérêt social, compris comme l'intérêt propre de la personne morale¹⁵². Cette exigence semble s'imposer dans tous les cas à l'associé, mais le risque que la concurrence exercée par ce dernier mette en danger la pérennité de la société varie selon le rôle qu'il occupe au sein de la société et le type de société, de sorte que l'intérêt social ne commande pas toujours qu'il s'abstienne de faire concurrence à la société. Cette règle comportementale découlerait directement du contrat, sans qu'il soit besoin pour la dégager de recourir à la notion de bonne foi, comprise comme règle d'interprétation de la norme contractuelle¹⁵³. De la même manière, la collaboration des associés dans les sociétés d'exercice professionnel

¹⁵⁰ En ce sens, G. Wicker, op. cit., spéc. n°21 s., p. 165 s., qui déclare que "de façon générale, l'assujettissement des parties les oblige à ne pas faire obstacle à la réalisation du but contractuel".

¹⁵¹ P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n°254, p. 148. L'auteur fonde l'obligation de non-concurrence à laquelle sont selon lui tenus les associés des SNC et des SCP avant tout sur l'esprit de communauté particulièrement marqué dans ces sociétés, mais estime que cette obligation "peut se recommander aussi de l'intérêt commun poursuivi par le contrat de société". Si la doctrine distingue souvent l'intérêt commun des associés de l'intérêt social, qui serait propre à la personne morale, l'auteur semble bien se référer à l'intérêt de la personne morale, puisqu'il envisage l'intérêt "poursuivi par le contrat de société".

¹⁵² Sur la notion d'intérêt social, v. not. Ph. Bissara, *L'intérêt social*, Rev. soc. 1999.5 ; G. Goffaux-Callebaut, *La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, RTD com. 2004.35 ; J. Paillusseau, *La société anonyme, Technique d'organisation de l'entreprise*, préc., p. 196 s. ; A. Pirovano, *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997.189.

¹⁵³ Sur cette approche de la notion de bonne foi, P. Ancel, op. cit., spéc. n°39.

constituerait une exigence dérivant de la nature même du contrat de société¹⁵⁴.

L'interdiction de porter atteinte à l'intérêt social faite aux associés conduit déjà la jurisprudence à sanctionner les abus¹⁵⁵ de majorité ou de minorité, par exemple. Si l'abus de majorité est caractérisé lorsque des associés majoritaires prennent une décision contraire à l'intérêt social afin de privilégier leurs propres intérêts¹⁵⁶, la démonstration d'un abus de minorité¹⁵⁷ semble même imposer que soit établie une atteinte aux intérêts essentiels de la société¹⁵⁸. L'abus de minorité "négatif" s'entend ainsi du blocage, par les associés minoritaires, d'une décision essentielle pour la survie de la société, dans l'unique dessein de favoriser leurs propres intérêts¹⁵⁹. La jurisprudence a ainsi considéré que l'associé qui préférerait garder ses fonds pour les besoins de l'activité concurrente qu'il exerçait par ailleurs, plutôt que de participer à une opération d'augmentation de capital nécessaire à la survie de la société, et qui bloquait le vote de cette mesure d'augmentation de capital, commettait un abus de minorité¹⁶⁰. En ce sens, le comportement de l'associé qui met en péril les intérêts essentiels de la société en lui faisant concurrence est similaire à celui de l'associé qui se rend coupable d'un tel abus. L'associé privilégie en effet ses intérêts personnels, placés dans une entreprise concurrente, au détriment de la société.

42.- *Le respect de la finalité des pouvoirs concédés.* Dans cette approche, le respect de l'intérêt social s'imposerait à un double titre aux associés qui détiennent le contrôle de la société. L'exercice d'un contrôle sur la société semble en effet correspondre dans la plupart des hypothèses à l'exercice d'un pouvoir, autrement dit d'une prérogative juridique permettant à son titulaire de décider pour autrui et s'exerçant de manière contraignante sur la personne

¹⁵⁴ Sur le devoir de collaboration déterminé par la nature ou l'objet de certains contrats, G. Wicker, op. cit., n°24, p. 166.

¹⁵⁵ Sur l'abus dans les sociétés, Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Abus de droit*, Rép. civ., avr. 2008, spéc. n°187 s. ; A. Couret, *L'abus et le droit des sociétés*, D. & Patr. 06-2000, n°83, p. 66 s. ; Y. Reinhard, *L'abus de droit dans le contrat de société*, JCP E 1999, Cah. dr. entr. n°6, p. 8 s.

¹⁵⁶ Sur l'idée que la décision contraire à l'intérêt général de la société constitue un abus de droit, Com., 18 avr. 1961, D. 1961.jur.661, caractérisant un abus de majorité.

¹⁵⁷ Sur cette notion, v. not. P. Le Cannu, *L'abus de minorité*, Bull. Joly 1986.429 s. ; J. Branchut, *L'abus de minorité*, th. Paris II, 1974 ; M. Boizard, *L'abus de minorité*, Rev. soc. 1988.365 ; A. Constantin, *La tyrannie des faibles. De l'abus de minorité en droit des sociétés*, Mél. Guyon, Dalloz, 2003, p. 213 ; Ph. Merle, *L'abus de minorité*, RJC 1991, n° spécial, p. 81 s.

¹⁵⁸ Selon S. Almaseanu, "alors que la simple atteinte à l'intérêt général de la société constitue la condition objective de l'abus de majorité, il faut que l'abstention ou le refus du minoritaire [...] empêche de prendre une décision indispensable à la survie de la société, autrement dit qu'il empêche la réalisation d'une opération essentielle" (*Retour sur la définition et la sanction de l'abus de minorité*, LPA 22 févr. 1999.10 s.).

¹⁵⁹ En ce sens, Com., 9 mars 1993, Bull. civ. IV, n°101 ; LPA 1993.12, note Merle ; JCP E 1993, II, p. 448, note Viandier ; Rev. soc. 1993.403, note Merle ; D. 1993.jur.363, note Guyon. Pour un ex. récent, Dijon, 16 oct. 2008, Dr. sociétés 2009, n°3, comm. 50, Mortier, estimant que constitue un abus de minorité le fait de refuser de voter une "opération essentielle à la survie financière de la société et à la sauvegarde de l'existence de l'*affectio societatis*", à savoir la fixation d'un loyer en contrepartie de l'occupation par un associé d'un immeuble appartenant à la société, "dans l'unique dessein de favoriser un intérêt égoïste".

¹⁶⁰ Com., 18 juin 2002, Bull. Joly 2002.1197 s., note Godon, spéc. n°5, qui remarque que le refus de voter une augmentation de capital opposé par un associé minoritaire désireux de conserver ses fonds pour la réalisation d'une opération concurrente, sanctionné en l'espèce au titre de l'abus de minorité, aurait pu être appréhendé sous l'angle de la concurrence faite à la société.

d'autrui ou sur ses biens, selon l'acception juridique généralement prêtée à ce terme¹⁶¹. Le titulaire de la majorité des droits de vote au sein des assemblées générales, par exemple, peut ainsi déterminer les décisions sociales et la politique générale de la société. Dans la mesure où l'associé tire généralement un tel pouvoir du contrat de société, ou des règles relatives aux droits de vote posées par les statuts, il serait possible de considérer que son assujettissement au contrat de société lui impose d'exercer les pouvoirs dont il dispose conformément à l'intérêt social¹⁶². Il ne devrait donc pas user de son pouvoir d'influencer la politique sociale afin de favoriser l'activité qu'il exerce concurremment, au détriment de la société. Il serait même possible de considérer que la détention d'un tel pouvoir met à sa charge des devoirs plus importants à l'égard de la société, qui lui imposent de prendre en compte les intérêts de cette dernière et à ce titre lui interdisent d'y porter atteinte en développant une activité concurrente. La notion de pouvoir renvoie ainsi pour la majorité de la doctrine à une prérogative juridique devant être exercée au moins en partie dans l'intérêt de la personne à l'encontre de laquelle elle est mise en oeuvre¹⁶³. L'idée que la possibilité d'exercer un pouvoir s'accompagnerait d'un devoir de loyauté plus important a déjà été développée relativement au pouvoir que détiennent les associés dans les assemblées générales, de par le droit de vote que leur confèrent leurs parts sociales. La sanction de l'abus de majorité mettrait ainsi en évidence le devoir de loyauté incombant aux associés majoritaires en contrepartie du pouvoir dont ils disposent dans les assemblées, et qui leur permet d'imposer leur point de vue à la société et aux autres associés¹⁶⁴. De même, parce qu'ils sont titulaires d'un pouvoir d'obstruction, les associés minoritaires devraient respecter l'intérêt social dans l'exercice de leur droit de vote¹⁶⁵. Cependant, dans cette optique, seul le contrôle de droit détenu par un associé sur la société relèverait de la catégorie des pouvoirs entendus comme des prérogatives juridiques, et se doublerait à ce titre d'un devoir de loyauté. Le pouvoir tiré des formes de contrôle résultant de situations de fait, qui ne se traduirait pas par des prérogatives juridiques, pourrait s'exercer sans être soumis à une exigence particulière de loyauté.

43.- Il n'est pas certain cependant que la non-concurrence exigée de l'associé ne prenne pas la forme d'une véritable obligation. La possibilité de sanctionner la concurrence exercée par ce

¹⁶¹ V. not. E. Gaillard, *La notion de pouvoir en droit privé*, th. Paris II, 1981, spéc. n°258 s., p. 360 s., qui explique que l'une des prérogatives conférées par le pouvoir à son détenteur consiste dans la possibilité d'édicter une norme, autrement dit de prendre une décision ayant valeur contraignante pour son destinataire.

¹⁶² Lorsque la détention du contrôle de la société résulterait de conventions de vote conclues avec d'autres associés (cf art. L233-3, I, 2° c. com), l'assujettissement de l'associé à ces contrats lui imposerait également d'exercer son pouvoir de contrôle dans le respect de la finalité de ces conventions.

¹⁶³ En ce sens, E. Gaillard, op. cit., n°259 s., p. 361 s., pour qui le pouvoir serait l'aptitude à exprimer un intérêt distinct de son intérêt propre ; P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 2005, n°23, p. 190 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, 6° ed. 1998, n°978 et 979. Sur cette idée, v. aussi G. Wicker, op. cit., n°31 s., p. 169.

¹⁶⁴ En ce sens, L. Godon, note ss Com., 18 juin 2002, préc., spéc. n°6.

¹⁶⁵ L. Godon, ibid : "il est possible de considérer l'abus de minorité comme étant lui aussi la traduction d'un devoir de loyauté pesant sur les minoritaires en tant que titulaires d'un pouvoir d'obstruction".

dernier au même titre que la violation de n'importe quelle obligation, par la condamnation à des dommages et intérêts ou à la cessation de l'activité concurrentielle, indiquerait qu'il est débiteur d'une obligation au sens propre du terme. Il est effectivement possible de considérer que l'associé est tenu, en vertu du pacte social, d'une obligation contractuelle de comportement, inhérente au contrat de société, qui lui impose de ne pas porter atteinte aux intérêts essentiels de la société.

b) L'obligation de ne pas porter atteinte aux intérêts essentiels de la société, "suite contractuelle" aux obligations de l'associé

44.- Selon certains auteurs, l'obligation contractuelle devrait être envisagée à la fois sous son aspect actif, comme un pouvoir de contrainte conféré au créancier à l'égard du débiteur, et sous son aspect passif, comme une dette, un engagement pris par le débiteur¹⁶⁶. Elle se présenterait ainsi comme un rapport d'obligation, permettant au créancier d'exiger du débiteur la réalisation de la prestation promise, mais également comme un rapport obligatoire, en ce sens qu'elle aurait pour effet d'assujettir le débiteur au respect de son engagement. Elle imposerait au débiteur d'exécuter son obligation, mais encore de s'abstenir de tout comportement qui pourrait compromettre cette exécution. Dans cette perspective, l'abstention de concurrence pourrait constituer l'aspect passif d'une obligation particulière. La collaboration au bon fonctionnement de la société pourrait à cet égard représenter la prestation promise. La question de l'existence d'une obligation imposant à l'associé de collaborer au succès de l'entreprise commune renvoie cependant en grande partie au problème du caractère normatif de la notion d'*affectio societatis*, dont on a vu qu'il fait discussion¹⁶⁷.

45.- L'obligation de ne pas porter atteinte aux intérêts essentiels de la société pourrait plus classiquement être déduite du pacte social au titre des suites que la loi donne au contrat d'après sa nature, en vertu de l'article 1135 c. civ.¹⁶⁸. Elle ressortirait ainsi du contenu intrinsèque du type de contrat conclu, le contrat de société¹⁶⁹. L'article 1135 c. civ. poserait en effet une règle d'appréciation du contenu des accords de volonté, qui permettrait de

¹⁶⁶ Pour une présentation de cette conception, G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, LGDJ, 1996, Bibl. dr. privé, t. 253, n°151 s. ; L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, LGDJ, 2008, Bibl. dr. privé, t. 500, spéc. n°122 s., p. 77 s.

¹⁶⁷ Cf supra, n°19.

¹⁶⁸ Sur ce texte, Ph. Jacques, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, préc. ; C. Mouly-Guillemaud, *Retour sur l'article 1135 du Code civil...*, préc. V. aussi l'article 1135 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, et l'article 135 du projet portant réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie, reprenant l'article 1135 c. civ.

¹⁶⁹ En ce sens, Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, *Rép. com., V° Concurrence (Obligation de non-)*, févr. 2009, n°28 s., qui notent que l'obligation de non-concurrence peut apparaître comme étant impérativement nécessaire à l'économie d'une convention. Selon ces auteurs, elle s'inscrit alors dans le contenu obligationnel du contrat, puisant sa source dans l'exigence de bonne foi de l'article 1134 ou encore dans les suites contractuelles de l'article 1135 du code civil.

déterminer les effets communs des conventions par référence au modèle défini par le droit objectif, le juge se voyant reconnaître le pouvoir d'accoler aux prévisions particulières des parties les suites attachées à ce type d'accord par la loi, l'usage ou l'équité¹⁷⁰.

46.- La solution jurisprudentielle décidant que l'introduction d'une clause de non-concurrence dans les statuts au cours de la vie sociale constitue une augmentation des engagements des associés¹⁷¹, appelant l'accord¹⁷² unanime des ces derniers en vertu de l'article 1836 c. civ.¹⁷³, semble cependant contredire la possibilité d'une obligation de non-concurrence découlant implicitement du contrat de société, dans la mesure où les engagements des associés sont déterminés par le contrat de société¹⁷⁴. Si l'introduction d'une clause de non-concurrence s'analyse comme une révision essentielle des termes du contrat de société, cela signifie que le contrat de société ne contient pas déjà en germe une telle obligation.

¹⁷⁰En ce sens, Ph. Jacques, op. cit. spéc. n°149 s., p. 281 s, qui déclare que "le contenu des conventions est surtout fixé par le droit objectif, qu'il est avant tout le fruit d'une détermination légale, voire selon l'usage ou l'équité", de sorte que "ce serait par voie de soustraction, de retranchement ou de remplacement que les parties interviendraient sur ce contenu, bien plus que par voie de création ou d'addition, tant le modèle juridique des conventions est, sinon complet, tout au moins ouvert à la complétude grâce à l'article 1135". Sur l'idée de modèle de contrat, v. aussi. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, th. préc., qui met en évidence l'existence de types de contrats, compris comme des modèles de contrats dans lesquels, par choix ou par contrainte, les contractants coulent leur volonté. V. aussi l'article 80 du projet portant réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie, indiquant que "les obligations implicites se déterminent par référence à l'intention des parties et à leurs relations habituelles, mais également en considération de la nature du contrat éclairés par la loi, les usages et l'équité".

¹⁷¹ Com., 26 mars 1996, Bull. civ. IV, n°94 ; Rev. soc. 1996.793, note Godon ; Bull. Joly 1996.604, note Le Cannu : "si une clause interdisant à l'ancien actionnaire d'une société anonyme toute forme de concurrence envers celle-ci peut être comprise dans les statuts adoptés lors de sa création, l'introduction ultérieure d'une telle clause qui, par l'atteinte qu'elle porte à la liberté du travail et du commerce, augmente les engagements de l'actionnaire, ne peut être décidée qu'à l'unanimité" – Lyon, 20 nov. 1998, JurisData n°1998-108446. La doctrine ne réduit donc plus la notion d'engagement des associés aux seuls engagements financiers pris par ces derniers, comme elle le faisait initialement : l'exigence d'une abstention de la part de l'associé peut constituer une aggravation de ses engagements. Sur la notion d'augmentation des engagements des associés et son évolution, L. Jobert, *La notion d'augmentation des engagements des associés*, Bull. Joly 2004.627 ; H. Le Nabasque, *L'article 1836, alinéa 2, du Code civil...*, Bull. Joly 2004.413 ; B. Petit et Y. Reinhard, *Augmentation des engagements des actionnaires. Notion*, RTD com. 1996.487 ; F. Rizzo, *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, RTD com. 2000.27, pour qui les termes de l'article 1836 al. 2 permettraient que les résolutions adoptées en assemblée générale soient opposables aux associés qui les ont adoptées, du moins lorsqu'elles répondent aux conditions légales ou statutaires de majorité et qu'elles peuvent faire l'objet d'une application sélective à ces seuls associés, puisque le texte prohibe simplement toute mesure aggravant les charges d'un associé à laquelle celui-ci n'a pas consenti ; alors que les dispositions spécifiques aux SARL et aux sociétés par action conditionneraient la validité même de la résolution à un vote unanime des associés.

¹⁷² Cet accord revêt un caractère discrétionnaire, les associés n'ont pas à motiver leur refus de consentir à l'augmentation de leurs engagements.

¹⁷³ "Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés. En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci". Des textes spécifiques existent pour les SA, et pour les SARL. Pour les premières, l'article L225-96 al. 1 c. com. dispose que "l'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions [...]", mais qu'elle "ne peut, toutefois, augmenter les engagements des actionnaires, sous réserve des opérations résultant d'un regroupement d'actions régulièrement effectué". Pour les SARL, le principe d'intangibilité figure à l'article L223-30 al. 5 c. com., qui déclare que "la majorité ne peut en aucun cas obliger un associé à augmenter son engagement social".

¹⁷⁴ Sur le lien entre l'interdiction d'augmenter les engagements des associés sans leur accord et les dispositions de l'article 1134 c. civ., F. Rizzo, op. cit., spéc. n°2 : "le principe général de droit des sociétés interdisant d'aggraver les obligations des associés sans leur consentement s'inspire directement des prescriptions de l'article 1134, alinéa 2 du code civil, ce qui l'inscrit parmi les manifestations principales de la nature contractuelle de la société".

47.- La solution pourrait certes tenir avant tout à la spécificité de la situation des associés qui étaient concernés par l'insertion de la clause de non-concurrence en l'espèce, dès lors que ces derniers exerçaient leur profession au sein de la société. La délibération qui mettait à leur charge une obligation de non-concurrence à effet post-contractuel aurait eu par conséquent pour effet, si elle leur avait été opposable, de les empêcher pendant un temps d'exercer leur profession dans un secteur géographique déterminé, à leur sortie de la société¹⁷⁵ ; alors qu'une telle obligation n'a normalement pas cet effet lorsque l'associé exerce en dehors de la société une activité professionnelle qui n'entre pas dans l'objet social. Si une interdiction de cette nature ne devrait pas être jugée illicite dès lors qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace, proportionnée aux intérêts légitimes à protéger, et qu'elle n'empêche pas complètement celui à qui elle s'applique d'exercer son activité professionnelle, il serait effectivement relativement inhabituel qu'une telle obligation pèse sur un opérateur sans que celui-ci n'y ait expressément consenti. L'introduction d'une clause de non-concurrence dans les statuts aurait ainsi été considérée comme une augmentation des engagements des associés en l'espèce parce que ces derniers exerçaient une profession dans le cadre de la société. Cette analyse est cependant démentie par la généralité de l'attendu, qui invite à considérer que la solution est applicable à tout type de société¹⁷⁶. Il semble en outre que la clause n'ait pas eu pour objet d'empêcher les associés d'exercer une activité concurrente à leur sortie de la société, mais seulement de protéger la clientèle de la société, dès lors qu'elle interdisait simplement aux anciens actionnaires d'entrer en relation ou d'entrer au service d'un client de la société.

Il serait également possible de soutenir que l'introduction d'une obligation de non-concurrence expresse dans les statuts vient augmenter les engagements de l'associé même si celui-ci est déjà tenu d'une obligation de non-concurrence implicite, par exemple parce que la violation d'une obligation formellement posée par les statuts risque d'être plus lourdement sanctionnée que la violation d'une obligation implicite. La solution jurisprudentielle précitée n'exclurait alors pas nécessairement qu'une obligation de non-concurrence pèse de plein droit sur les associés. L'argument semble cependant assez fragile, car une obligation découlant de plein droit de la nature du contrat pourrait être considérée comme une obligation essentielle, dont la violation appelle les sanctions les plus lourdes. Il pourrait encore être objecté qu'en spécifiant

¹⁷⁵ En ce sens, L. Godon, Rev. soc. 1996.793, spéc. n°8, soulignant qu'une telle obligation imposerait au débiteur "soit une suppression de ressources, soit une disqualification professionnelle peu compatibles avec le respect du droit au travail". De plus, "pour échapper, le cas échéant, à la mise en oeuvre de la clause l'intéressé n'aurait en fait d'autre choix que de rester dans la société, solution qui ne manquerait pas de heurter, cette fois, le principe du droit des sociétés selon lequel un actionnaire ne doit jamais demeurer prisonnier de ses titres".

¹⁷⁶ P. Le Cannu estime d'ailleurs que la forme de la société en cause n'est pas de nature à influencer sur la règle, du moins s'agissant des clauses produisant effet contre les ex-associés, car le principe consistant à défendre la liberté du commerce et la liberté du travail transcende les catégories de sociétés (note ss Com., 26 mars. 1996, préc.).

clairement le champ de l'interdiction de concurrence, la clause de non-concurrence viendrait au contraire limiter l'étendue de l'obligation de non-concurrence implicite, par hypothèse plus indéfinie.

La conception selon laquelle l'introduction d'une clause de non-concurrence dans les statuts en cours de vie sociale constitue une augmentation des engagements des associés a cependant été critiquée, certains considérant qu'il s'agit davantage d'une réduction des droits de ces derniers, dans la mesure où une telle clause les prive de la possibilité d'exercer une activité concurrente¹⁷⁷. La clause se présenterait plutôt selon eux comme une limitation apportée à la liberté du travail et à la liberté d'entreprendre des associés, la cour elle-même relevant l'atteinte qu'une telle clause porte à la liberté du travail et du commerce. L'obligation de non-concurrence mise à la charge des associés correspond pourtant bien juridiquement à une obligation de ne pas faire. La réduction de la liberté des associés découlant de la clause ne semble pas contredire l'analyse qui voit dans l'insertion d'une telle clause une augmentation des engagements des associés, car les obligations de ne pas faire restreignent généralement les droits et libertés de ceux qui les supportent. L'obligation faite à une entreprise de ne pas revendre des marchandises à une catégorie d'acheteurs déterminée restreint par exemple son droit de propriété sur ces marchandises. En tout état de cause, la position consistant à affirmer que l'introduction d'une clause de non-concurrence vient réduire les droits des associés suggère également qu'une telle obligation ne découle pas déjà implicitement du contrat de société. Une conclusion identique s'impose même si l'on y voit une aggravation non substantielle des engagements des associés¹⁷⁸.

48.- Il semble en revanche plus pertinent de relever que les décisions jurisprudentielles envisagées se prononçaient sur l'introduction d'une clause de non-concurrence à effet post-contractuel¹⁷⁹, et non sur l'insertion d'une clause imposant aux associés de s'abstenir de faire concurrence à la société pendant le temps où ils ont cette qualité. En ce sens, la solution retenue ne paraît pas interdire qu'une obligation de non-concurrence pèse de plein droit sur

¹⁷⁷ L. Jobert, art. préc., considère qu'il est inexact d'affirmer qu'une clause de non-concurrence augmente les engagements des associés, celle-ci portant en réalité diminution de leurs droits, mais estime cependant que l'unanimité est requise parce qu'il s'agit d'un droit intangible de l'associé.

¹⁷⁸ Cf G. Taormina, *Réflexions sur l'aggravation des engagements de l'associé*, Rev. soc. 2002.267, relevant le caractère parfois artificiel de la distinction entre augmentation des engagements des associés et diminution de leurs droits, et qui préfère dès lors distinguer entre modification substantielle et modification non substantielle du contrat de société.

¹⁷⁹ Ainsi, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 26 mars 1996, malgré la généralité de la solution qui envisage "la clause interdisant à l'ancien actionnaire d'une société anonyme toute forme de concurrence envers celle-ci", la clause qui avait été insérée dans les statuts mettait une obligation de "respect de la clientèle" à la charge de chaque actionnaire *se retirant de la société*. De même, l'interdiction de concurrence visée par la cour d'appel de Lyon (20 nov. 1998, préc.), qui ne pourrait résulter valablement que d'un vote unanime des associés si elle n'est pas prévue dans les statuts au moment de la création de la société, est celle qui est "mise à la charge des associés *après leur démission*". La précision apportée au sein même de la solution pourrait d'ailleurs laisser penser que celle-ci serait différente si l'exigence de non-concurrence était posée pour le temps où l'associé est encore dans la société.

l'associé tant qu'il est membre de la société. Certains considèrent ainsi que la clause contestée augmentait les engagements des associés parce que l'obligation de non-concurrence à effet post-contractuel présente un caractère rémanent, et affecte l'activité future de celui qui en est débiteur¹⁸⁰. L'insertion d'une clause de non-concurrence contraignant les associés tant qu'ils ont cette qualité, en revanche, ne constituerait pas selon eux une augmentation des engagements des associés¹⁸¹. Dans le même sens, d'autres auteurs estiment que la clause qui consacrerait une obligation de non-concurrence dans les sociétés professionnelles, applicable aux associés pendant leur participation à la vie sociale, devrait pouvoir être officialisée dans les statuts malgré l'opposition d'associés minoritaires, lorsqu'elle viserait une activité identique à celle de la société¹⁸².

49.- Si l'associé supporte une obligation de non-concurrence de plein droit lorsque l'exercice d'une activité identique en dehors du cadre social mettrait en péril la viabilité de la société, la définition des hypothèses dans lesquelles l'interdiction de concurrence faite à l'associé est indispensable à la sauvegarde des intérêts essentiels de la société permet de préciser le domaine de l'obligation de non-concurrence de plein droit.

2) La sauvegarde des intérêts essentiels de la société, critère de l'obligation de non-concurrence de plein droit

50.- La concurrence exercée par un associé peut se révéler gravement préjudiciable à la société à laquelle il appartient en raison de la fonction qu'il remplit en son sein, ou de la vulnérabilité particulière de la forme sociale considérée à la concurrence exercée par l'un de ses membres. Comme on l'a vu, tel est le cas si l'associé pratique sa profession au sein de la société, ou joue un rôle déterminant dans l'attraction de la clientèle. Le comportement de l'associé peut également menacer la viabilité de la société lorsqu'il exerce une influence déterminante sur la gestion de la société (b) ou que l'activité en cause relève d'un secteur très concurrentiel (a), justifiant là encore la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein droit.

a) L'obligation de non-concurrence pesant sur l'associé dans les sociétés dont l'activité

¹⁸⁰ L. Godon, Rev. soc. 1996, préc., spéc. n° 7 et 8. Dans le même sens, P. Le Cannu, note préc., qui déclare que l'obligation ainsi mise à la charge de l'associé "ne correspond pas à la mise en forme d'une obligation préexistante issue du contrat de société", car "s'agissant de comportements postérieurs à la perte de la qualité d'associé, on ne peut dire qu'ils enfreignent l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de société, ou l'obligation légale de non-concurrence des associés". L'auteur estime que la solution peut être étendue aux SA dans lesquelles les actionnaires ne sont que des investisseurs, car "le danger n'est pas moindre, en termes de limitation de la liberté du commerce ou de la liberté du travail", pour ceux qui souscrivent une obligation relative à une époque postérieure à leur sortie de la société.

¹⁸¹ Cf P. Le Cannu, note préc.

¹⁸² L. Godon, Rev. soc. 1996, préc., spéc. n°9.

relève d'un secteur très concurrentiel

51.- Le caractère particulièrement concurrentiel de l'activité en cause peut rendre la société plus vulnérable à la concurrence exercée par ses associés¹⁸³. Dans un tel contexte, l'obtention d'informations sur la stratégie concurrentielle de l'adversaire procure en effet à celui qui en bénéficie un avantage certain dans la concurrence. Lorsque la puissance financière et logistique des opérateurs est équivalente, la concurrence s'exerce sur le terrain de la conquête de nouveaux marchés, de la recherche de produits innovants. La connaissance des projets commerciaux de la société et de ses perspectives de développement, qu'elle offre la participation aux assemblées générales, permettrait à l'associé qui a développé par ailleurs une activité concurrente d'entamer l'avantage compétitif pris par la société. Le risque est notable lorsque la réussite de l'entreprise repose sur des pratiques commerciales qui restent mal connues de ses concurrents, et auxquelles la détention de parts de la société permet d'accéder, en raison des droits qu'elle confère à l'associé. La concurrence exercée directement ou indirectement par un associé se révélerait ainsi particulièrement rigoureuse, mais ne relèverait pas dans tous les cas de la concurrence déloyale. Le détournement des commandes ou des moyens matériels de la société, ou la divulgation de ses secrets de fabrique¹⁸⁴, pourraient être sanctionnés à ce titre, en revanche l'utilisation des connaissances acquises au sein de la société ne devrait pas être considérée en elle-même comme une forme de concurrence déloyale. La préservation des intérêts essentiels de la société imposerait donc qu'il soit interdit à l'associé de faire concurrence à la société.

La pérennité de la société peut également se trouver menacée, non parce qu'elle est structurellement vulnérable à la concurrence exercée par ses membres, mais parce que l'activité concurrente est développée par un associé qui joue un rôle important voire déterminant dans le cadre sociétaire.

b) L'obligation de non-concurrence pesant sur l'associé qui exerce une influence déterminante sur la gestion de la société

52.- Indépendamment de la forme sociale considérée, la concurrence exercée par un associé peut s'avérer spécialement préjudiciable à la société lorsque celui-ci occupe une place particulière au sein de cette dernière. Tel est le cas lorsqu'il est par ailleurs salarié de la société, ou occupe des fonctions de direction, la connaissance privilégiée des décisions

¹⁸³ Comp. P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n°254, qui déclare que l'existence d'une obligation de non-concurrence implicite à la charge des associés constitue un cas exceptionnel dans les sociétés de capitaux, qui dépend des circonstances, comme par exemple du caractère très concurrentiel de l'activité.

¹⁸⁴ Si l'associé n'est pas directeur ou salarié de l'entreprise, les sanctions pénales réprimant la divulgation de secrets de fabrique ne sont pas applicables car l'une des conditions d'application fait défaut, dès lors que l'article L1227-1 c. trav. vise "le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication".

sociales ou des techniques commerciales de la société que lui procure cette position justifiant classiquement l'interdiction de concurrence qui lui est faite, outre l'exigence de loyauté s'imposant au titulaire de fonctions salariales ou directionnelles. La concurrence émanant d'un associé peut cependant mettre en péril l'activité de la société alors même qu'il n'occupe aucun emploi salarié au sein de cette dernière et n'en assure pas la direction, en particulier s'il exerce une influence déterminante sur la gestion sociale, ou est en mesure de détourner la clientèle de la société vers sa propre activité. L'associé qui exerce une influence déterminante sur la gestion de la société semble dès lors tenu de s'abstenir de faire concurrence à cette dernière.

53.- L'influence présente de l'associé sur la gestion de la société, une circonstance justifiant la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein droit.

L'influence de l'associé sur la gestion de la société se révèle déterminante lorsqu'il en détient le contrôle ou à défaut, lorsqu'il exerce un ascendant notable sur sa politique générale. Le pouvoir d'influer sur les décisions sociales dont il dispose alors peut lui permettre de fausser le jeu normal de la concurrence, en orientant la politique concurrentielle de la société de manière à protéger sa propre activité de la concurrence que celle-ci est susceptible de lui faire, voire à renforcer la position de son entreprise à l'égard de la clientèle au détriment de la société. L'associé peut par exemple oeuvrer pour empêcher la société d'intervenir sur de nouveaux marchés, freiner l'acquisition de matériel innovant, ou bloquer l'achat des fonds de commerce qu'il est désireux d'acquérir pour l'exercice de son activité. Un tel comportement pourrait être appréhendé comme une forme de désorganisation de l'entreprise constitutive de concurrence déloyale, mais il est également contraire au pacte social.

54.- *Le contrôle de la société.* Le Code de commerce connaît deux définitions de la notion de contrôle¹⁸⁵ qui ne se recoupent pas complètement. La plus communément utilisée, posée par l'article L233-3 c. com., détermine entre autres l'application d'obligations de notification et d'information¹⁸⁶, la soumission de conventions conclues par la société à l'autorisation préalable du conseil d'administration et du conseil de surveillance¹⁸⁷, ou l'application de dispositions relatives à l'expertise de gestion¹⁸⁸. La seconde définition, d'ordre comptable, figure à l'article L233-16, II c. com. relatif à l'établissement des comptes consolidés, mais intervient également pour l'application des dispositions prévoyant l'information des actionnaires sur la rémunération totale perçue par chaque mandataire social¹⁸⁹, ou encore dans

¹⁸⁵ Sur la notion de contrôle, M.-H. Monsérié-Bon, JCl Soc. Traité, Fasc. 165-10, avr. 2008, spéc. n°41 s ; J. Mestre et D. Velardocchio, Lamy soc. com. 2009, n°2051 s.

¹⁸⁶ Cf art. L233-6 c. com.

¹⁸⁷ V. par ex. art. L225-38 et L225-86 pour les SA, et L226-10 pour les SCA, soumettant à de telles autorisation les conventions conclues entre la société et celle qui en détient le contrôle.

¹⁸⁸ V. par ex. art. L225-231 c. com.

¹⁸⁹ Cf art. L225-90-1 c. com.

le cadre des dispositions fixant les règles relatives au cumul des mandats¹⁹⁰. Les hypothèses de contrôle dégagées correspondent dans les deux cas à des situations de contrôle de droit, tenant à la détention par une entreprise de la majorité des droits de vote dans une autre société, ou à des situations de contrôle de fait. Si elles coïncident en partie, les situations de contrôle visées dans les deux textes ne sont pas strictement identiques, de sorte que se pose la question de savoir au regard de quelle acception de la notion de contrôle il convient de déterminer si l'associé doit s'abstenir de faire concurrence à la société. L'utilisation de la notion de contrôle dans une finalité différente de celles que se fixent les articles précités semble autoriser le recours à des critères figurant dans l'un ou l'autre article. Dans la mesure où la simple caractérisation d'une influence déterminante de l'associé sur la gestion de la société est de nature à justifier qu'une obligation de non-concurrence soit mise à sa charge de plein droit, il paraît souhaitable de retenir une acception large de la notion de contrôle, et d'adopter l'ensemble des critères fixés par ces articles. L'associé détenant la majorité des droits de vote, dans les assemblées générales de la société¹⁹¹ ou même en dehors de ces dernières¹⁹², exercerait ainsi un contrôle de droit sur la société, que ces droits de vote procèdent de la fraction du capital dont il est directement ou indirectement titulaire¹⁹³, ou qu'ils aient été obtenus au moyen d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires dans le respect de l'intérêt de la société¹⁹⁴. Le contrôle de fait de la société par l'associé serait caractérisé lorsque ce dernier, sans détenir la majorité des droits de vote, pourrait déterminer en fait, par les droits de vote dont il dispose, les décisions dans les assemblées générales de la société, disposerait du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société, en application des 3° et 4° de l'article L233-3, I, mais également lorsqu'il disposerait du droit d'exercer une influence dominante sur la société en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires¹⁹⁵, ou aurait procédé à la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance¹⁹⁶. L'associé ne devrait alors pas pouvoir exercer une activité concurrente en son nom propre, ni même diriger une société concurrente, sauf naturellement s'il y est expressément autorisé.

¹⁹⁰ Cf art. L225-77 c. com.

¹⁹¹ Cf art. L233-3 I, 1° c. com. visant la détention directe ou indirecte par une société d'une "fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales" d'une autre société.

¹⁹² L'article L233-16, II, 1° c. com. vise simplement " la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise".

¹⁹³ Cf art. L233-3, I, 1° c. com.

¹⁹⁴ Cf art. L233-3, I, 2° c. com.

¹⁹⁵ Cf art. L233-16, II, 3° c. com.

¹⁹⁶ Cf art. L233-16, II, 2° c. com. Le contrôle pourrait en outre être présumé lorsque l'associé disposerait directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détiendrait directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne (cf art. L233-3, II), ou lorsqu'il aurait disposé d'une telle fraction des droits de vote pendant deux exercices successifs, car il serait alors présumé avoir procédé à la désignation envisagée (cf art. L233-16, II, 2°, al. 2).

La volonté de préserver le jeu normal de la concurrence, non pas sur le marché, mais dans les compétitions sportives, semble ainsi à l'origine de la réglementation prohibant le contrôle de plusieurs sociétés sportives¹⁹⁷ relevant de la même discipline¹⁹⁸. L'associé qui contrôlerait différents clubs sportifs pourrait en effet privilégier l'un d'entre eux au détriment des autres, en optant dans ces derniers pour une politique de recrutement des sportifs moins judicieuse, ou pour une politique de rémunération moins attractive, qui ne serait pas sans conséquence sur les possibilités de recrutement. Les résultats sportifs des différents clubs pourraient s'en trouver faussés. Selon le texte, le contrôle prohibé doit être entendu au sens de l'article L233-16 c. com., ce qui tend à confirmer que la notion de contrôle doit être comprise largement¹⁹⁹ lorsqu'il s'agit d'apprécier dans quelle mesure l'influence d'un opérateur sur la gestion d'une société est de nature à fausser le jeu de la concurrence. La législation antérieure appréhendait l'influence exercée sur la société de manière plus large encore, dès lors qu'elle interdisait même la simple détention de titres donnant accès au capital ou conférant un droit de vote²⁰⁰ dans plusieurs sociétés relevant de la même discipline sportive²⁰¹. Cette solution avait cependant été jugée disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi²⁰², motivant l'abandon du critère de la détention de titres au profit de celui du contrôle de la société sportive²⁰³. Des interdictions de participation au capital relativement similaires figurent dans la réglementation applicable à certaines sociétés d'exercice libéral²⁰⁴, cependant l'interdiction posée n'a alors pas tant pour objet de protéger le jeu de la concurrence que de préserver l'indépendance des associés et le respect par ces derniers des règles de déontologie applicables²⁰⁵. La solution

¹⁹⁷ Sur les sociétés sportives, v. not. D. Poracchia, *Lamy dr. du sport* 2009, spéc. fasc. 206, 209, 212.

¹⁹⁸ Art. L122-7 C. sport. La règle semble également avoir eu pour objectif d'éviter les ententes entre clubs.

V. sur ce point M. Peltier, *JCl Soc. Traité*, Fasc. 193-65, *Sociétés sportives*, janv. 2008, spéc. n°59 s. ; D. Poracchia, *Le nouveau régime de la multipropriété des sociétés sportives*, D. & Patr. 07-2005, n°139, n°139-5.

¹⁹⁹ H. Le Nabasque relève ainsi que "le contrôle au sens du droit comptable est une notion souvent plus large que le contrôle du « droit des sociétés »" (LPA 5 juill.2001.3 s.). Selon certains auteurs cependant, le texte serait à certains égards plus restrictif que l'article L233-3 c. com. S'il présenterait l'avantage de prendre en compte les contrôles contractuels, il n'envisagerait pas, par exemple, l'hypothèse d'un contrôle résultant de la possibilité pour l'associé de déterminer en fait les décisions dans les assemblées générales, par les droits de vote dont il dispose (D. Poracchia, art. préc.).

²⁰⁰ Les titres visés ne se limitaient donc pas aux seules actions.

²⁰¹ Cf ancien art. 15-1, al. 1^{er} L. n°84-610 du 16 juill. 1984. V. D. Poracchia, *La « multipropriété » des sociétés sportives*, LPA 3 oct. 2003.3 s.

²⁰² Des groupes de travail mis en place par le Ministre des sports avaient jugé que cette interdiction était excessive, et qu'elle pouvait être jugée contraire à l'article 56 du Traité CE prohibant les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres, car elle était de nature à bloquer les investissements réalisés sous forme de participation, analysés comme des mouvements de capitaux.

²⁰³ La solution retenue présentait en outre l'inconvénient de limiter les investissements dans les sociétés sportives, et faisait douter de la possibilité, pour les sportifs détenant des actions de la société sportive dans laquelle ils étaient auparavant employés, de recevoir des options de souscription ou d'achat d'actions de la nouvelle société sportive dont ils étaient devenus salariés (Cf D. Poracchia, op. cit.).

²⁰⁴ V. par ex. D n° 92-789 du 4 août 1992, pour les SEL d'experts agricoles ou d'experts forestiers. Les interdictions concernent cependant souvent les professions de santé (v. par ex. art. R. 4113-14 C. santé publ. pour les SEL de chirurgiens-dentistes).

²⁰⁵ Cf art. 7 L. n°90-1258 du 31 déc. 1990 : des décrets en Conseil d'Etat pourront interdire la détention, directe ou indirecte, de parts ou d'actions représentant tout ou partie du capital social à des catégories de personnes physiques ou morales déterminées, "lorsqu'il apparaîtrait que cette détention serait de nature à mettre en péril

applicable au contrôle de sociétés sportives fait en réalité figure d'exception, car s'il est possible de considérer que le contrôlaire d'une société devrait s'abstenir de lui faire concurrence, la détention du contrôle d'une société concurrente n'est généralement pas analysée comme une forme de concurrence, comme on le montrera ultérieurement. L'exemple illustre bien néanmoins les conséquences qui pourraient découler de l'exercice d'une activité concurrente par le contrôlaire de la société.

55.- Si l'associé qui contrôle une société devait effectivement s'abstenir d'exercer une activité concurrente, il devrait en être de même de l'actionnaire majoritaire, encore que la détention de la majorité du capital n'offre pas nécessairement celle de la majorité des droits de vote, l'actionnaire pouvant être en partie titulaire d'actions de préférence ou d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote, ou les autres actionnaires détenteurs de droits de vote double, par exemple. L'actionnaire majoritaire est en tout cas plus souvent considéré comme débiteur d'une obligation de non-concurrence de plein droit à l'égard de la société²⁰⁶ que l'actionnaire minoritaire²⁰⁷, ou même que l'actionnaire égalitaire²⁰⁸, sans compter les hypothèses dans lesquelles il est sanctionné pour concurrence déloyale bien qu'il n'ait commis aucun acte déloyal. L'associé peut cependant exercer une influence déterminante sur la société sans être majoritaire ni détenir le contrôle de la société.

56.- *L'exercice d'une influence notable sur la gestion et la politique financière de la société.* La notion de contrôle n'appréhende pas toutes les formes d'influence qui peuvent infléchir la politique de la société. L'article L233-16 c. com. distingue ainsi le contrôle exclusif ou conjoint de la société, et l'exercice d'une influence notable sur cette dernière. Selon le texte, l'exercice d'une influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise devrait être présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise²⁰⁹. En dehors de cette

l'exercice de la ou des professions concernées dans le respect de l'indépendance de ses membres et de leurs règles déontologiques propres".

²⁰⁶ V. not. Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés-Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd. 2002, n°37, p. 74 : "la concurrence est fautive lorsqu'elle émane de l'associé majoritaire d'une société anonyme familiale ou d'une SARL".

²⁰⁷ Cf Nancy, 15 févr. 2006, JurisData n°2006-298359, considérant qu'en l'absence de clause statutaire ou d'engagement particulier, l'associé minoritaire d'une société de courtage pouvait s'intéresser à une entité ayant une activité similaire à celle de la société dont il était porteur de parts. V. aussi Lyon, 4 déc. 2008, JurisData n°2008-006533, décidant que des actionnaires minoritaires d'une SAS ont pu, sans violer le pacte social, créer une société concurrente alors qu'ils étaient toujours actionnaires, mais avaient démissionné de leurs fonctions de salariés, et d'un mandat de directeur général délégué de la société pour l'un d'entre eux. La cour relève que les statuts de la société ne comportaient pas de clause de non-concurrence applicable aux associés, confirmant sur ce point le jugement rendu en première instance. Les statuts de la société donnaient pourtant à l'assemblée générale la possibilité d'exclure les associés exerçant une activité concurrente, ce qu'elle avait fait en l'espèce quelques mois après le début de l'activité concurrente.

²⁰⁸ Pour un ex. de décision admettant qu'un actionnaire égalitaire d'une SARL exerce une activité concurrente à celle de la société, Chambéry, 12 sept. 2006, JurisData n°2006-311715.

²⁰⁹ Cf art. L233-16, IV, c. com.

hypothèse, l'influence notable sur la société pourrait résulter notamment d'une représentation dans les organes de direction ou de surveillance, de la détention de comptes d'associés, ou encore de bons de souscription d'actions et d'options d'achat d'actions susceptibles de donner à l'associé un pouvoir de vote important dans la société s'ils sont exercés.

Plus généralement, une partie de la doctrine considère que l'associé qui joue un rôle actif, sinon prépondérant dans la société devrait se garder de lui faire concurrence en exerçant une activité identique²¹⁰. L'importance du rôle joué par les associés dans les sociétés civiles professionnelles explique ainsi assurément qu'une obligation de non-concurrence pèse sur eux de plein droit. Les associés sont en effet tous gérants dans ce type de société, sauf stipulation contraire des statuts désignant un ou plusieurs gérants parmi les associés²¹¹. L'associé est en tout état de cause amené à jouer un rôle actif dans la société civile professionnelle, même s'il n'en assure pas la gérance, dès lors qu'il concourt à la réalisation de l'objet social en exerçant son activité professionnelle au sein même de la société.

57.- D'autres formes sociales semblent appeler par elles-mêmes une participation active des associés à la vie sociale, telles les sociétés en nom collectif. Il en est d'abord ainsi lorsqu'il est fait usage de la possibilité d'exercer une activité professionnelle en commun au sein d'une telle société. Si la SNC est rarement utilisée à cette fin²¹², elle reste le cadre obligé de l'exercice en commun de certaines professions²¹³, pendant que d'autres continuent à y recourir de manière privilégiée²¹⁴. Cette hypothèse mise à part, le régime et le fonctionnement même de la SNC semblent impliquer une collaboration particulière des différents associés. Là encore, tous les associés ont la qualité de gérant, sauf stipulation contraire des statuts désignant un ou plusieurs gérants²¹⁵. S'il est fréquent qu'un gérant soit désigné, l'étendue de la responsabilité des associés, qui sont tenus d'une obligation indéfinie et solidaire au passif social²¹⁶, devrait en tout état de cause imposer à chacun d'entre eux de ne pas se livrer à une activité susceptible d'entamer les recettes commerciales de la société. L'obligation aux dettes sociales pesant sur tous les associés en nom, aucun d'entre eux ne devrait normalement avoir intérêt à faire concurrence à la société. L'existence de résultats déficitaires peut cependant présenter un intérêt pour l'associé personne morale, la transparence fiscale de la société lui

²¹⁰ En ce sens, v. not. Y. Guyon, *Les sociétés*, op. cit., n°37, p. 74 ; *La fraternité dans le droit des sociétés*, Rev. soc. 1989.439 s., spéc. 443. V. aussi S. Mazé, *Les devoirs des actionnaires prépondérants en droit comparé*, th. Paris I, 1987.

²¹¹ L. n°66-879, 29 nov. 1966, art. 11.

²¹² Sur les modalités d'utilisation de la SNC, M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 19^e éd. 2006, n°1086 s., p. 466 s.

²¹³ La loi exige par exemple que les débitants de tabac soit indéfiniment responsables (art. 283 CGI), ce qui leur impose d'exercer leur activité soit sous forme individuelle, soit sous forme de SNC.

²¹⁴ C'est le cas des pharmaciens, même s'ils peuvent également exercer au sein d'une SEL ou, sous certaines conditions, constituer une SARL (cf art. L5125-17 c. santé publ.).

²¹⁵ Art. L221-3 al. 1 c. com.

²¹⁶ Art. L221-1 c. com.

permettant d'imputer les déficits de la société sur son propre résultat²¹⁷. L'associé ne devrait cependant pas exercer une activité susceptible d'appauvrir la société, sauf à ce que tous les associés se soient entendus pour en faire un outil de défiscalisation. Lorsqu'elles ne sont pas aménagées dans les statuts, les modalités d'adoption des décisions sociales confèrent par ailleurs à chaque associé un rôle actif dans la définition de la politique générale de la société, les textes indiquant que les décisions sont prises à l'unanimité²¹⁸ et chaque associé disposant d'une seule voix en l'absence de stipulation contraire²¹⁹. La possibilité de bloquer l'adoption d'une décision sociale ainsi conférée à l'associé donne à ce dernier une certaine emprise sur la politique de la société. Cette influence peut cependant être neutralisée dans les statuts, ceux-ci pouvant prévoir l'attribution d'une voix par part sociale, par exemple, ou l'adoption des décisions sociales à la majorité des voix simplement²²⁰. Seules les règles légales supplétives relatives au droit de vote et à l'exercice de la gérance font de l'associé un acteur majeur de la vie sociale. Il reste que tel qu'il est défini par les textes, le rôle de l'associé dans la SNC peut lui permettre de privilégier ses propres intérêts au détriment de ceux de la société. Le conflit d'intérêt qui résulterait de l'exercice d'une activité concurrente pourrait ainsi mettre en péril la viabilité de la société, emportant de graves conséquences pour les associés en nom tenus des dettes sociales. Il faut encore souligner que le droit à l'information dont bénéficie l'associé en nom est particulièrement étendu, celui-ci se voyant même garantir un accès aux correspondances émises ou reçues par la société²²¹. L'associé qui exercerait par ailleurs une activité concurrente serait donc très au fait de la politique générale de la société et des rapports entre associés, il pourrait avoir connaissance des projets d'acquisition et de cession, de lancement de nouveaux produits ou de pénétration de marchés avant même leur soumission au vote de l'assemblée générale, ce qui lui conférerait un avantage indéniable dans la concurrence.

De nombreux auteurs estiment dès lors que l'associé en nom est tenu d'une obligation de non-

²¹⁷ Sur ce point, M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit., n°1089, p. 467, expliquant que l'utilisation de SNC comme filiales au sein de groupes de sociétés permet de faire remonter les déficits de la filiale jusqu'à la société mère, en raison de la transparence fiscale de la SNC. L'intérêt de la SNC comme instrument de défiscalisation à disposition des particuliers s'est en revanche nettement amoindri depuis que l'imputation des déficits industriels et commerciaux sur le revenu global de l'associé n'est plus possible lorsque ce dernier n'exerce pas sa profession au sein de la société (cf n°1088).

²¹⁸ Art. L221-6 c. com.

²¹⁹ Si cette règle n'est pas expressément formulée par les textes, le vote par tête est généralement présenté comme le mode de vote de principe dans les SNC (Cf M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit., n°1115, p. 478 ; G. Durand-Lépine, JCl Soc. Traité, Fasc. 59-40, mai 2002, n°24). Le caractère intuitus personae de la SNC et le fait que les associés en nom soient tous indéfiniment et solidairement tenus du passif social plaideraient pour que ces derniers aient un poids égal dans les décisions sociales (en ce sens, B. Solle, *Le domaine de la loi de la majorité dans les groupements de droit privé*, RJC nov. 1991, n° spéc., p. 44).

²²⁰ En ce sens, Ph. Merle, *Sociétés commerciales*, préc., n°147.

²²¹ Cf art. R221-8 c. com. : "En application des dispositions de l'article L. 221-8, l'associé non gérant a le droit de prendre par lui-même, au siège social, connaissance des livres de commerce et de comptabilité, des contrats, factures, correspondances, procès-verbaux et plus généralement de tout document établi par la société ou reçu par elle".

concurrence de plein droit à l'égard de la société²²². Cette position demeure toutefois essentiellement doctrinale, la jurisprudence restant relativement silencieuse sur la question de la concurrence exercée par l'associé en nom, bien qu'un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation²²³ ait été perçu comme un signe annonciateur de la reconnaissance d'une obligation légale de non-concurrence à la charge de l'associé d'une SNC²²⁴. L'exercice d'une activité concurrente par l'associé en nom paraît pourtant bien de nature à contrarier le bon fonctionnement de la société en nom collectif. Il semble à cet égard significatif que de nombreux droits étrangers mettent une obligation de non-concurrence à la charge des associés en nom, en leur interdisant de se livrer à une activité concurrente pour leur compte ou celui d'un tiers²²⁵, ou de participer à une autre société en nom collectif ou à responsabilité limitée²²⁶, alors qu'ils ne font pas peser une telle obligation sur les associés des

²²² En ce sens, D. Gibirila, *Rép. soc., préc., spéc.* n°363, qui estime qu'il est plus aisé de reconnaître l'existence d'une obligation de non-concurrence à la charge des associés dans une SNC que dans une SA, "eu égard au rôle plus actif joué par les associés" ; *Mémento Lefebvre Soc. com.* 2008, n°4242, les auteurs indiquant que l'associé doit s'abstenir de toute concurrence s'il participe effectivement à l'activité sociale, "car il ne saurait en même temps « servir » la société et lui faire concurrence". V. cependant *Mémento Lefebvre Soc. com.* 2008, n°4242.

Sur la question de l'existence d'une obligation de plein droit à la charge des associés des SNC, v. not. L. Jobert, *JCI Soc. Traité*, Fasc. 59-10, août 2003, n°19.

²²³ Civ. 3^e, 12 oct. 1971, *Bull. civ. III*, n°486. Dans cette affaire, les juges avaient en effet décidé qu'un associé en nom ne pouvait céder à un tiers un bail commercial conclu en son nom, mais portant sur des terrains dont l'exploitation commerciale entrait dans l'objet de la société, et que cette dernière exploitait effectivement. Suite à la constitution d'une SNC ayant pour objet l'aménagement d'une grotte en vue de son exploitation commerciale, l'un des associés avait conclu un bail commercial à son nom avec les propriétaires de la grotte, pour obtenir la mise à disposition des terrains destinés à être aménagés, mais quelques années plus tard, il avait cédé ce bail à un tiers. En interdisant à l'associé de réaliser à son seul profit une opération avec un concurrent de la société, de nature à favoriser ce dernier dans l'exercice de l'activité au détriment de la société, l'arrêt semble effectivement mettre à la charge de l'associé en nom une obligation de non-concurrence à l'égard de la société, l'obligation de non-concurrence imposant à celui qui en est débiteur de ne pas proposer à des tiers des affaires relevant de l'activité exercée par le créancier. La cession du bail opérée par l'associé n'est cependant pas présentée comme la violation d'une obligation de non-concurrence pesant de plein droit sur ce dernier. Considérant que la société était sous-locataire des terrains loués, qu'elle avait exploités en assumant toutes les obligations du preneur, les juges annulent la cession au motif que la sous-location était opposable au cessionnaire. La spécificité de l'activité exercée, qui consistait dans l'exploitation commerciale d'une grotte déterminée, donnait de plus une dimension particulière à la cession opérée par l'associé. En cédant le bail portant sur les terrains exploités, ce dernier ne donnait pas simplement à un tiers un moyen de concurrencer la société, mais privait tout bonnement cette dernière de la possibilité d'exercer son activité. Ainsi, l'opération reprochée à l'associé ne relevait pas de la simple concurrence faite à la société, mais tendait à déposséder cette dernière de l'exploitation de la grotte, contrariant la réalisation de l'objet social (les juges avaient ainsi relevé la "collusion frauduleuse" établie entre le locataire et le cessionnaire "en vue de déposséder la société de l'exploitation de la grotte"). Il paraît donc difficile de considérer que cette solution reconnaît l'existence d'une obligation de non-concurrence pesant de plein droit sur l'associé.

²²⁴ En ce sens, Y. Guyon, *Les sociétés*, op. cit., n°37, p. 74 ; L. Godon, op. cit. n°195, p. 126.

²²⁵ L'article 2204 du Code civil du Québec dispose ainsi que l'associé d'une SNC "ne peut, pour son compte ou celui d'un tiers, faire concurrence à la société ni participer à une activité qui prive celle-ci des biens, des connaissances ou de l'activité qu'il est tenu d'y apporter ; le cas échéant, les bénéfices qui en résultent sont acquis à la société, sans préjudice des recours que celle-ci peut exercer".

²²⁶ L'article 561 du Code suisse des obligations relatif aux SNC déclare ainsi "qu'aucun des associés ne peut, dans la branche exploitée par la société et sans le consentement des autres, faire des opérations pour son compte personnel ou pour le compte d'un tiers, ni s'intéresser à une autre entreprise à titre d'associé indéfiniment responsable ou de commanditaire, ni faire partie d'une société à responsabilité limitée". Sur ce point, R. Patry, *Précis de droit suisse des sociétés*, t. 1, préc., p. 294. L'article 2301 du Code civil italien relatif à la "défense de concurrence" dans les SNC dispose également que l'associé d'une telle société ne peut, sans le consentement des autres associés, exercer pour son propre compte ou pour autrui une activité concurrente de celle de la société, ni participer en qualité d'associé à responsabilité illimitée à une société concurrente. La violation d'une telle obligation peut justifier l'exclusion de l'associé (art. 2286).

sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions, par exemple²²⁷.

58.- Les associés seront plus fréquemment amenés à jouer un rôle actif dans les sociétés de personnes que dans les sociétés de capitaux, comme les sociétés anonymes²²⁸. Il n'est pas cependant exclu qu'un associé joue un rôle prépondérant dans des structures de ce type, en particulier s'il s'agit d'une personne morale dotée d'une forte puissance financière et détenant un nombre conséquent d'actions. La forme sociale ne devrait alors pas s'opposer à ce qu'une obligation de non-concurrence pèse de plein droit sur l'associé qui participe activement à la vie sociale, dès lors que l'influence qu'il exerce sur la gestion lui confère le pouvoir d'infléchir la politique concurrentielle de la société, tout autant que dans le cadre d'une société de personnes. Une partie de la doctrine se montre favorable à la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein droit dans une telle hypothèse²²⁹, quand bien même la dilution de l'actionnariat dans les sociétés de capitaux et la faible implication des actionnaires dans la vie sociale conduisent généralement à exclure l'existence d'une telle obligation.

L'associé participera enfin souvent activement à la définition de la politique de la société dans les formes sociales qui se situent à mi-chemin entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, telle la SARL, souvent utilisée dans le cadre d'exploitations familiales. Certaines décisions jurisprudentielles affirment pourtant qu'en l'absence de clause, l'associé d'une SARL n'est tenu de s'abstenir d'exercer une activité concurrente que lorsqu'il occupe par ailleurs des fonctions de salarié ou de gérant²³⁰. Si le critère de la fonction exercée par l'associé permet d'identifier facilement les hypothèses dans lesquelles il est tenu d'une obligation de non-concurrence de plein droit, une telle conception occulte néanmoins les formes d'influence qui peuvent s'exercer sur la société en dehors de toute convention ou représentation, du fait de l'implication particulière d'un associé dans la gestion, et des modalités de fonctionnement propres à la société.

L'associé qui exerce une influence déterminante sur la gestion de la société dispose donc du pouvoir d'orienter la politique concurrentielle de cette dernière, ce qui devrait lui interdire de développer par ailleurs une activité concurrente. La protection de la capacité concurrentielle

²²⁷ Si le droit suisse met une obligation de non-concurrence à la charge des associés des sociétés simples et des sociétés en nom collectif, l'associé d'une SARL n'est en revanche pas tenu d'une telle obligation, par exemple, l'article 776a du Code suisse des obligations indiquant que "la prohibition pour les associés de faire concurrence" n'est valable que si elle figure dans les statuts.

²²⁸ En ce sens, L. Godon, th. préc., n°195, p. 126.

²²⁹ P. Le Cannu voit ainsi dans la participation directe des associés à la vie sociale une circonstance susceptible de conduire à la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence à la charge de ces derniers, exceptionnelle dans les sociétés de capitaux (*Droit des sociétés*, préc., n°254, p. 149) ; M. Buy, op. cit. : "s'il ne s'agit pas d'une société de personnes, l'apporteur en capitaux ne sera tenu d'une obligation de non-concurrence que dans l'hypothèse où il joue un rôle prépondérant dans la société".

²³⁰ Cf Paris, 21 oct. 1957, préc. La société avait pourtant fait valoir que l'associé, à qui elle reprochait d'avoir publié une revue concurrente de celle qu'elle éditait, était "entré dans la société en raison d'un véritable intuitus personae", et qu'il avait apporté un concours effectif à la publication de la revue qu'elle diffusait, circonstances qui avaient d'ailleurs été relevées par les juges en première instance pour retenir la concurrence déloyale.

de la société justifie ainsi la restriction apportée à la liberté professionnelle de l'associé.

Même s'il n'exerce plus d'influence significative sur la politique générale de la société, l'associé qui détenait auparavant un tel pouvoir occupe encore une position particulière au sein de cette dernière, car il dispose de ce fait d'une connaissance particulière de la société.

59.- L'influence passée de l'associé sur la gestion de la société, une circonstance impropre à justifier la reconnaissance d'une obligation de non-concurrence de plein droit. L'associé qui jouait un rôle actif au sein de la société est ordinairement au fait des techniques commerciales utilisées et des méthodes de gestion employées, il connaît les principaux fournisseurs et clients de la société, avec lesquels il a généralement été en contact. Du fait de ses anciennes fonctions, il peut également avoir connaissance des perspectives de développement de la société, et notamment des projets de lancement de nouveaux produits ou de rachat d'un concurrent. Il serait donc à même de mettre à profit une telle expérience au sein d'une nouvelle structure, qu'il aurait créée ou intégrée. Les informations stratégiques dont il dispose lui permettraient d'orienter son activité afin de devancer la société sur de nouveaux marchés, par exemple. De telles considérations semblent motiver les décisions jurisprudentielles qui mettent une obligation de non-concurrence à la charge de l'associé qui a participé à la création de la société et qui a occupé un poste à responsabilité au sein de cette dernière, considérant qu'il est tenu d'une obligation particulière de loyauté²³¹.

Si elle peut se révéler préjudiciable à la société, la concurrence exercée par un tel associé ne semble pourtant pas de nature à mettre en péril les intérêts essentiels de cette dernière. Dès lors qu'il n'est plus en mesure d'infléchir la politique générale de la société, sa situation ne diffère guère de celle d'un ancien salarié qui occupait un poste à responsabilité. Par analogie, l'exploitation des connaissances qu'il a pu acquérir au sein de la société ne devrait pas être considérée comme fautive, sauf s'il s'avère qu'il procède à un détournement de commandes ou de procédés de fabrication, ou à des manoeuvres de débauchage du personnel, mais ce comportement relèverait alors de la concurrence déloyale.

La concurrence exercée par l'associé qui a exercé des fonctions de gérance est également parfois appréhendée de manière particulière. La jurisprudence décide généralement que l'obligation de non-concurrence incombant au gérant prend fin avec la cessation de ses fonctions²³², et refuse de condamner personnellement l'ancien gérant devenu dirigeant d'une

²³¹ Cf Com. 5 oct. 2004, n°02-17375, D. 2005.2454, obs. Picod, considérant que le co-fondateur d'une société, qui avait occupé au sein de celle-ci un poste de responsable, à savoir un poste de dirigeant, et qui en était resté actionnaire, avait manqué à son obligation de loyauté envers cette société en travaillant en qualité de principal responsable salarié dans une société concurrente, dont les locaux professionnels étaient situés en face de ceux de la société. Dans cette affaire, l'associé jouait donc un rôle actif dans la société concurrente, mais aussi dans la société concurrente, se présentant même comme le responsable de cette dernière auprès des clients potentiels.

²³² En ce sens, Com., 12 nov. 1996, Bull. Joly 1997.157, note Hallouin - Chambéry, 12 sept. 2006, JurisData n°2006-311715 - Lyon, 4 déc. 2008, JurisData n°2008-006533. V. aussi D. Poracchia, note ss Com., 12 févr. 2002, préc. ; L. Godon, Rev. soc. 2002.702 s., n°9, qui explique que "le pouvoir de direction disparaissant, l'obligation « fonctionnelle » de non-concurrence du dirigeant s'éteint concomitamment".

société concurrente qui s'est rendue coupable de concurrence déloyale, sauf s'il apparaît qu'il a commis une faute détachable de ses fonctions de direction²³³. Quelques arrêts, cependant, mettent clairement une obligation de non-concurrence à la charge de l'ancien gérant²³⁴. Une partie de la doctrine estime également que l'obligation de non-concurrence qui pèse sur le directeur général durant les fonctions de direction peut se prolonger quelques temps après la cessation des fonctions²³⁵. Sans se ranger ouvertement à cette opinion, d'autres arrêts déclarent que l'ancien dirigeant reste tenu d'une obligation de loyauté à l'égard de la société²³⁶. Dans la mesure où l'obligation de non-concurrence qui pèse sur le gérant pendant l'exercice de ses fonctions est fréquemment perçue comme un prolongement de son obligation de loyauté à l'égard de la société, la persistance de cette obligation de loyauté au-delà de la date de cessation des fonctions pourrait fonder une extension similaire de l'obligation de non-concurrence. Si un arrêt semble se prononcer en ce sens²³⁷, les décisions qui invoquent l'obligation de loyauté de l'ancien gérant apportent cependant peu de précisions quant à la portée exacte de cette obligation, voire estiment qu'en l'absence de clause non-concurrence, la simple concurrence exercée par l'ancien gérant n'est pas fautive si aucun acte de concurrence déloyale n'est rapporté²³⁸. Cette dernière solution devrait être privilégiée. Le dirigeant social, plus que tout autre associé, a certes accès à des données capitales sur la société, et dispose encore effectivement d'informations stratégiques dans la période qui suit immédiatement la cessation de ses fonctions. Dès lors qu'il ne met plus en oeuvre les décisions sociales, cette connaissance privilégiée du fonctionnement et de la politique de la société ne devrait cependant pas en elle-même lui interdire d'exercer une activité concurrente, mais seulement l'exposer à un risque plus important de condamnation pour concurrence déloyale, dans la mesure où il aura naturellement tendance à exploiter les informations auxquelles il a eu accès

²³³ Pour un ex. de faute détachable, Paris, 10 sept. 1999, JurisData n°1999-024145. V. aussi G. Auzero, *L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé*, D. Aff. 1998.502.

²³⁴ Cf Aix-en-Provence, 4 mars 2005, JurisData n°2005-275023, affirmant qu'en raison de sa qualité d'ancien gérant, l'associé démissionnaire devait s'interdire, même en l'absence de clause de non-concurrence, de concurrencer la société dont il avait été mandataire.

²³⁵ P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, op. cit., n°740, p. 466.

²³⁶ Cf Com., 24 févr. 1998, Rev. soc. 1998.546, note Coquelet ; Bull. Joly 1998.813, note Petit, reprochant à une cour d'appel de n'avoir pas vérifié concrètement si l'ancien gérant puis directeur général d'une société n'avait pas manqué à l'obligation de loyauté à laquelle il était tenu à l'égard de cette entreprise, en créant une société concurrente : l'obligation de loyauté pesant sur le mandataire social ne prendrait pas fin avec la cessation des fonctions sociales mais perdurerait sur le fondement de l'article 1382 c. civ. Il semble toutefois que pour les juges, la déloyauté du défendeur aurait résidé, non pas tant dans la création d'une société concurrente, que dans le fait que certains salariés de la société, qu'il avait par la suite embauchés, avaient été déliés de la clause de non-concurrence qu'ils avaient souscrite alors qu'il était encore directeur général de l'entreprise. Ce serait donc la faute dans la concurrence qui pourrait être sanctionnée sur le fondement de l'obligation de loyauté, et non la concurrence elle-même. Cette faute aurait de plus pris naissance à une époque où le défendeur occupait encore les fonctions de dirigeant social, l'embauche ultérieure des salariés de la société par ce dernier jetant le doute sur la légitimité des raisons pour lesquelles ceux-ci avaient été déliés de leur obligation de non-concurrence.

²³⁷ Com., 5 oct. 2004, préc. V. aussi P. Le Cannu, *ibid.*, qui fonde l'obligation de non-concurrence à laquelle est tenu le dirigeant social sur son devoir de loyauté, et indique que cette obligation peut s'étendre à l'époque où le dirigeant social vient de cesser ses fonctions.

²³⁸ Aix-en-Provence, 5 déc. 2005, JurisData n°2005-298500.

au cours de ses fonctions²³⁹. La dangerosité de l'associé ancien dirigeant social s'atténue en tout état de cause avec le temps, et le renouvellement des perspectives de développement de l'entreprise.

60.- Si l'obligation de non-concurrence envisagée pèse de plein droit sur l'associé, elle est strictement limitée à la sauvegarde des intérêts essentiels de la société.

B- La sauvegarde des intérêts essentiels de la société, limite de l'obligation de non-concurrence de plein droit

61.- Destinée à protéger les intérêts essentiels de la société, et non son intérêt général ou les intérêts propres des associés, l'obligation de non-concurrence mise à la charge des associés a une portée relativement limitée.

1) Une obligation destinée à protéger les intérêts de la société uniquement

62.- L'obligation de non-concurrence identifiée pèse de plein droit sur les associés qui jouent un rôle déterminant au sein de la société ou dans l'attraction de la clientèle, parce que le pacte social leur interdit de porter atteinte aux intérêts essentiels de la société. Les associés ne semblent en revanche pas tenus en vertu du contrat de société de se comporter de manière à ne pas heurter l'intérêt particulier d'un ou de plusieurs associés. Aucune obligation leur imposant de ne pas faire concurrence à un autre associé ne devrait dès lors peser sur eux de plein droit²⁴⁰. Une clause interdisant aux associés de se faire concurrence pourrait figurer dans les statuts, ou être prévue dans un pacte d'associés ou d'actionnaires, mais elle viendrait introduire une obligation que le pacte social ne fait pas d'ores et déjà peser sur les associés. Dans le cas où la société regrouperait des opérateurs concurrents, il serait même difficile pour ces derniers de stipuler une telle obligation sans s'exposer à une condamnation pour entente anticoncurrentielle²⁴¹. Seule la société est ainsi créancière de l'obligation de non-concurrence,

²³⁹ Il sera tenté d'utiliser les secrets de fabrication de la société ou les fichiers clients, par exemple. Le détournement des procédés de fabrication ou de la clientèle sera en outre plus facile à démontrer dès lors que le dirigeant bénéficiait d'un accès privilégié à ces informations. La concurrence exercée par l'ancien dirigeant encore associé pourra ainsi être jugée déloyale si celui-ci fait appel de manière systématique aux mêmes fournisseurs, recourt aux procédés de fabrication mis au point par la société, ou met en avant son statut d'ancien dirigeant pour détourner massivement la clientèle de la société ou débaucher son personnel.

²⁴⁰ Ainsi, si l'activité développée par un associé vient concurrencer celle qu'exerce l'un de ses coassociés en dehors du cadre social, mais n'entre pas dans le champ des activités relevant de l'objet social ou plutôt dans le champ des activités effectivement mises en oeuvre par la société, cet associé ne viole pas l'obligation de non-concurrence que le contrat de société met à sa charge de plein droit.

²⁴¹ V. en ce sens M. Buy, D. & Patr. 03-1999, n°69, qui évoque l'hypothèse dans laquelle plusieurs concurrents se seraient unis au sein de la structure sociétaire, estimant que dans ce cas, les associés ne sauraient se reprocher la concurrence qu'ils se font sans s'exposer au risque d'une condamnation pour entente. Des décisions jurisprudentielles se sont effectivement déjà prononcées en ce sens : Paris, 17 sept. 2008, Dr. rur. févr. 2009, comm.22, J.-J. Barbiéri, considérant que des coopératives intervenant sur le marché de la commercialisation des céréales à travers un GIE constitué en structure commune ne peuvent prévoir une clause de non-démarchage de leurs adhérents respectifs, car une telle clause est de nature à cloisonner les parts de marché de chacune d'elles et à cristalliser artificiellement leurs positions respectives, de sorte qu'elle est contraire à l'article L420-1 c. com.

même si les associés en bénéficient indirectement lorsqu'ils exercent leur activité professionnelle au sein de la société, comme dans les sociétés civiles professionnelles ou les sociétés d'exercice libéral²⁴². Il en résulte que seule l'action sociale devrait pouvoir être exercée à l'encontre de l'associé qui porte atteinte aux intérêts essentiels de la société en se livrant à une activité concurrente, les associés n'étant pas créanciers de l'obligation de non-concurrence à titre personnel. En tout état de cause, le préjudice individuel subi par l'associé, consistant par exemple en une diminution du montant des dividendes perçus, n'est pas distinct par nature du préjudice subi par la société, dont il n'est que le corollaire, de sorte que l'action individuelle lui serait de ce fait fermée²⁴³.

L'obligation de non-concurrence mise à la charge des associés répondant à la nécessité de préserver les intérêts essentiels de la société, seule cette dernière en est créancière, même si les associés en bénéficient indirectement, surtout lorsqu'ils exercent leur activité professionnelle au sein de la société. La finalité de l'obligation détermine encore son étendue.

2) Une obligation proportionnée à l'objectif de sauvegarde des intérêts essentiels de la société

63.- L'interdiction de concurrence faite aux associés n'est pas absolue mais strictement limitée aux formes de concurrence qui porteraient atteinte aux intérêts essentiels de la société, ainsi qu'au territoire dans lequel s'exerce l'activité de la société. En outre, en l'absence de clause de non-concurrence à effet post-contractuel, cette interdiction ne pèse sur les associés que tant qu'ils sont soumis au contrat de société.

a) Le champ matériel et territorial de l'interdiction

64.- **Les activités interdites.** Il ne fait pas de doute que la sauvegarde des intérêts essentiels de la société impose seulement aux associés précédemment envisagés, dont la concurrence serait gravement préjudiciable à la société, de s'abstenir d'exercer l'activité qui entre en concurrence avec l'activité développée par la société, et non de renoncer à toute activité professionnelle en dehors du cadre social. Les médecins et les avocats membres de SCP ou de

²⁴² Il semble à première vue plus délicat de faire le départ entre la concurrence faite à la société et la concurrence faite aux associés dans une telle hypothèse. L'interdiction de concurrencer la société faite à l'associé protège en effet également les autres associés contre la concurrence que celui-ci pourrait éventuellement leur faire. Ces derniers ne sont cependant protégés que parce qu'ils exercent leur activité au sein de la société, en son nom, et concourent ainsi à la réalisation de l'objet social. L'associé est en réalité tenu de ne pas exercer l'activité sociale en dehors de la société, et non à proprement parler de ne pas faire concurrence à ses coassociés. La collaboration exigée de l'associé dans ces formes sociales lui impose certes de ne pas gêner les autres associés dans l'exercice de leur profession en leur faisant concurrence, mais cette collaboration n'est requise que parce qu'elle conditionne la réussite de l'activité sociale. Le fait que les associés puissent exercer par ailleurs une activité étrangère à l'objet social, et ainsi faire concurrence aux autres associés qui se livreraient également à une telle activité en dehors de la société, tend à confirmer que seule la société est créancière de l'obligation de non-concurrence qui pèse sur eux de plein droit.

²⁴³ Sur l'action individuelle, v. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, op. cit., n°265, p. 128, les auteurs soulignant la réticence de la jurisprudence à prendre en compte ce type de demande.

SEL, par exemple, ne violent pas leurs obligations en exerçant des fonctions d'enseignant dans une faculté²⁴⁴. Il est en revanche plus délicat de déterminer si la concurrence exercée par l'associé doit être appréciée au regard de l'activité réelle de la société, de son objet social tel qu'il est défini dans les statuts, ou encore par référence aux activités indiquées lors l'inscription de la société au RCS. Si l'exercice d'une activité relevant de l'objet social mais non encore exploitée par la société est susceptible de gêner le développement ultérieur de cette dernière, il est cependant difficile d'y voir une forme de concurrence autre que purement potentielle, et a fortiori de considérer que cette activité est de nature à mettre en péril les intérêts essentiels de la société. Seules les activités correspondant à l'activité effectivement mise en oeuvre par la société devraient de ce fait être interdites aux associés dont la concurrence peut se révéler dangereuse pour la société. La jurisprudence décide d'ailleurs généralement que la portée des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats doit s'apprécier par rapport à l'activité réelle de l'entreprise, et non par rapport à la définition statutaire de son objet²⁴⁵.

65.- Les modalités d'exercice de l'activité interdites. Dans les circonstances précédemment définies, la préservation des intérêts essentiels de la société impose aux associés de s'abstenir de faire concurrence à la société, que ce soit directement en développant une activité identique pour leur propre compte, ou indirectement, en créant une société concurrente. Si dans cette dernière hypothèse, l'activité concurrente a vocation à être exercée par une personne morale distincte de la personne de l'associé, la création d'une société concurrente par ce dernier constitue en elle-même un acte de concurrence réalisé en violation de l'obligation de non-concurrence. La création d'une société concurrente est en tout cas analysée de la sorte lorsqu'elle est le fait d'un associé incontestablement tenu d'une obligation de non-concurrence, tel l'associé qui assume les fonctions de dirigeant social²⁴⁶.

66.- Il est plus difficile de déterminer si les associés dont la concurrence peut se révéler dangereuse pour la société peuvent prendre la direction d'une société concurrente déjà constituée. L'associé qui assure la gestion d'une autre société participe activement à la définition de la politique concurrentielle de cette dernière et au choix de ses investissements. Du fait des exigences de ses fonctions, il pourrait être tenté d'exploiter les informations dont il dispose sur la société concurrencée, qui seront particulièrement nombreuses s'il occupe une position privilégiée au sein de cette dernière. Si l'associé joue un rôle déterminant dans

²⁴⁴ En ce sens, Y. Auguet, th. préc., n°104, p. 124.

²⁴⁵ Soc., 18 déc. 1997, D. 1998.somm.214, obs. Serra.

²⁴⁶ Cf par ex. Com., 12 févr. 2002, Bull. Joly 2002.617, note Saintourens ; D. & Patr. 5/2002, n°104, note Poracchia ; Rev. soc. 2002.702, note Godon : dès lors qu'un gérant démissionnaire a créé une société concurrente pendant le délai de préavis qui lui était imposé par une clause des statuts, et que cette société a commencé son exploitation à cette même date, les juges du fond en ont déduit à bon droit qu'il a manqué à son obligation de loyauté et de fidélité à l'égard des sociétés dont il était le gérant.

l'attraction de la clientèle de la société, le fait qu'il prenne la direction d'une société concurrente peut également amener une partie des clients, au fait de cette prise de fonction et attachés à la notoriété ou à la personnalité de l'associé, à se tourner vers la société concurrente. Il reste que dans un tel cas de figure, l'activité concurrente est exercée par une autre personne juridique, et non par l'associé. La représentation des intérêts d'une société concurrente qu'assume le dirigeant social pourrait cependant être considérée en elle-même comme une forme de concurrence à l'égard de la société²⁴⁷.

67.- En revanche la simple prise de participation dans une structure concurrente déjà existante opérée par un associé ne devrait pas mettre en péril les intérêts essentiels de la société, même si l'associé occupe une place centrale au sein cette dernière ou exerce une forte attraction sur la clientèle. L'associé n'exerce pas à proprement parler une activité concurrente dans cette hypothèse, et ne se trouve pas a priori de ce seul fait dans une position génératrice d'un conflit d'intérêts, qui pourrait le conduire à infléchir à son avantage la politique concurrentielle de l'une des sociétés. Une telle situation ne met donc pas en péril les intérêts essentiels de la société. Le fait que le salarié, qui est incontestablement tenu d'une obligation de non-concurrence à l'égard de la société qui l'emploie, soit libre de prendre des participations financières dans des sociétés concurrentes, tend à confirmer cette analyse. La jurisprudence décide ainsi qu'il ne saurait être interdit au salarié d'une société de se porter acquéreur d'actions d'une autre société²⁴⁸, sous réserve qu'il n'y ait pas de confusion entre les deux sociétés dans l'esprit de la clientèle du fait de la prise de participation²⁴⁹. Il paraît surtout significatif que l'interdiction de détenir des participations dans plusieurs sociétés sportives relevant de la même discipline, posée pendant un temps par la législation, ait été levée, celle-ci ayant été jugée disproportionnée par rapport au but poursuivi²⁵⁰.

Il convient cependant de réserver l'hypothèse dans laquelle la prise de participation confère à l'associé le contrôle de droit ou de fait de la société concurrente, ou lui permet d'exercer une influence déterminante sur la gestion de cette dernière. La détention du contrôle de deux sociétés est en effet source de conflits d'intérêts, et peut amener celui qui en bénéficie à

²⁴⁷ Comp. les solutions jurisprudentielles relatives au salarié, indéniablement tenu d'une obligation de non-concurrence, considérant que ce dernier manque à son obligation s'il exerce un rôle actif au sein d'une société concurrente : M. Malaurie-Vignal, JCl Conc.- Cons., fasc. 223, nov. 2004, n°14, et la jurisprudence citée.

La direction d'une société concurrente ne saurait cependant être reprochée au dirigeant social s'il a été expressément autorisé à assumer un tel mandat social. V. à cet égard R. Vatinet, note ss Com., 7 juin 1994, Rev. soc. 1995.275, qui estime que "des sociétés ayant des activités concurrentes peuvent avoir entre elles des liens financiers qui expliquent la présence d'administrateurs communs".

²⁴⁸ Soc., 8 nov. 1989, n°86-44323. L'employeur prétendait que la participation d'un salarié à une entreprise concurrente de la sienne constituait un manquement grave à l'obligation de fidélité et de loyauté du salarié justifiant un licenciement immédiat.

²⁴⁹ Ainsi, dans l'arrêt du 8 nov. 1989, les juges du second degré avaient relevé qu'aucune confusion n'était possible entre les deux sociétés en cause. V. aussi Soc., 16 juill. 1987, Bull. civ. V, n°491.

²⁵⁰ Cf supra, n°54.

influencer la politique de l'une des deux sociétés, faussant ainsi le jeu normal de la concurrence. Si la détention de titres donnant accès au capital ou conférant un droit de vote dans plusieurs sociétés relevant de la même discipline sportive n'est plus prohibée, le contrôle de plusieurs sociétés de ce type reste ainsi toujours interdit²⁵¹. Il est en revanche possible de constater que les prises de participations dans des sociétés concurrentes opérées par des salariés font l'objet d'un traitement différent, la chambre sociale considérant que le salarié peut détenir une participation majoritaire dans une société concurrente sans manquer à l'obligation de loyauté dont il est débiteur à l'égard de son employeur²⁵². La portée de cette solution doit néanmoins être relativisée, dès lors qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une réglementation particulièrement protectrice, le droit social se montrant très favorable au salarié. Cependant même en dehors de l'hypothèse particulière d'une prise de contrôle réalisée par un salarié, l'interdiction envisagée reste exceptionnelle. Il n'existe pas de principe prohibant directement le contrôle simultané de sociétés intervenant dans un même secteur d'activité. On ne retrouve des règles similaires que dans des secteurs bien particuliers²⁵³. Une règle qui interdirait de manière générale au contrôlaire d'une société d'acquérir le contrôle d'une société concurrente serait en effet difficilement compatible avec les réalités économiques et pourrait entraver le développement des opérateurs, voire figer les positions concurrentielles. Le fait qu'une telle interdiction ne soit formellement posée que dans des domaines particuliers tend à indiquer que la protection du jeu de la concurrence ne justifie pas ordinairement pareille atteinte à la liberté économique. Il est certain que le contrôle de la société confère à celui qui le détient le pouvoir de déterminer en fait ou en droit les décisions prises par la société, et notamment son comportement concurrentiel, même si juridiquement l'activité concurrente est exercée par la société. Il semblerait cependant particulièrement rigoureux d'analyser la prise de contrôle d'une société concurrente comme un acte positif de concurrence, dès lors qu'un opérateur peut acquérir le contrôle d'une société sans l'avoir spécialement recherché, par voie de succession par exemple, ou suite à l'acquisition d'une entreprise qui la contrôle déjà.

Pour résumer, l'obligation de non-concurrence de plein droit pesant sur le contrôlaire d'une société lui imposerait de ne pas exercer directement une activité concurrente et de ne pas assurer la direction d'une société concurrente, mais ne lui interdirait pas de prendre le contrôle d'une société concurrente. Une telle interdiction ne paraît pas nécessaire dès lors qu'il est possible d'appréhender les effets de la prise de contrôle d'une société concurrente sur le

²⁵¹ Cf supra, n°54.

²⁵² Soc., 8 nov. 1989, préc. En l'espèce, une salariée avait pris une participation de 50 % dans la société créée par son fils, directement concurrente de celle où elle était employée.

²⁵³ Comme le secteur de la presse écrite, où il est fait interdiction aux opérateurs de contrôler plus de 30% des quotidiens nationaux afin de garantir la liberté de la presse (art. 11 L. n°86-897 du 1^{er} août 1986, mod. par Ord. 2000-912, 18 sept. 2000), ou celui des médias audiovisuels, où le pourcentage de participation d'une même personne dans le capital d'une société autorisée à diffuser des programmes audiovisuels détermine les participations qu'elle peut prendre dans d'autres sociétés, une participation de 15% ou plus lui fermant l'accès au capital de sociétés identiques (art. 39 L. n°86-1067 du 30 sept. 1986, mod. par L. n°2009-258, 5 mars 2009).

fondement des règles générales organisant le contrôle des concentrations²⁵⁴, posées par le droit interne²⁵⁵ et le droit communautaire²⁵⁶, et de sanctionner la désorganisation de la société opérée par son contrôlaire au titre de la concurrence déloyale²⁵⁷.

68.- Il convient encore de déterminer si l'exercice d'une activité concurrente à titre salarié peut être analysée comme une violation de l'obligation de non-concurrence de plein droit pesant sur l'associé dans certaines circonstances. A cet égard, le fait qu'il soit possible pour un salarié de détenir des participations dans une société concurrente n'implique pas a contrario qu'un associé peut occuper des fonctions de salarié dans une entreprise concurrente quel que soit le rôle qu'il joue au sein de la société. Une telle possibilité lui est assurément fermée lorsqu'il est déjà salarié de la société, encore qu'il serait possible de considérer que le salarié qui exerce des fonctions salariées de nature différente au sein de la société concurrente ne manque pas à son obligation de non-concurrence. L'obligation de loyauté pesant sur l'associé dirigeant social devrait également lui interdire l'exercice de fonctions salariées au sein d'une société concurrente²⁵⁸. De la même manière, l'associé qui est tenu d'une obligation de non-concurrence de plein droit, non parce qu'il est par ailleurs dirigeant social ou salarié, mais parce qu'il détient le contrôle de la société ou joue un rôle déterminant dans l'attraction de la clientèle, manquerait à cette obligation s'il exerçait au profit d'une société concurrente des fonctions salariées qui le mettraient en contact avec la clientèle ou qui exigeraient qu'il traite avec les fournisseurs de la société ou mette en place la stratégie concurrentielle de la société, par exemple. L'exercice de fonctions n'impliquant pas d'acte positif de concurrence ne constituerait pas une violation de l'obligation de non-concurrence, en revanche.

La limitation du champ géographique de l'interdiction participe alors à la sauvegarde de la liberté professionnelle de l'associé²⁵⁹. En effet, parce que l'obligation de non-concurrence identifiée a pour seule finalité d'assurer la protection des intérêts essentiels de la société, l'interdiction ne devrait pas s'étendre au-delà du champ territorial de l'activité sociale.

b) Le champ temporel de l'interdiction

²⁵⁴ Sur cette question, D. Ferrier et D. Ferré, *Droit du contrôle national des concentrations*, Dalloz, 2004.

²⁵⁵ Art. L430-1 s. c. com.

²⁵⁶ Règl. CE 139/2004 du 20 janv. 2004, JOCE n°L 24, 29.01.2004, p. 1.

²⁵⁷ Pour des exemples de décisions sanctionnant la désorganisation d'une société concurrente pour concurrence déloyale, G. Courtieu, *Jcl civ.*, Art. 1382 à 1386, fasc. 132-20, mai 2006, n°41 s.

²⁵⁸ Si le cumul d'un mandat social et d'un contrat de travail au sein d'une même société, ou d'un même groupe de sociétés, a fait l'objet de nombreuses analyses, l'hypothèse dans laquelle les fonctions de salarié seraient exercées par le dirigeant social dans une autre société est rarement envisagée.

²⁵⁹ En effet, si les associés de SCP pratiquent leur profession au sein de la société, les associés exercent souvent leur activité professionnelle en dehors du cadre social, de sorte que l'interdiction de concurrence qui leur est faite dans certaines hypothèses peut fortement les gêner dans l'exercice de leur profession, surtout si le champ matériel de l'interdiction est très étendu parce que la société a développé des activités variées.

69.- **Le principe de la liberté de la concurrence post-contractuelle.** L'obligation de non-concurrence pesant parfois sur l'associé prend fin en principe avec la qualité d'associé²⁶⁰, ce qui suscite un contentieux sur la date à laquelle l'associé perd cette qualité²⁶¹. Si l'associé qui quitte la société n'est plus partie au pacte social, il n'est certes pas rare qu'un contrat donne naissance à des obligations qui perdurent voire prennent effet à l'issue de la relation²⁶². L'obligation de non-concurrence identifiée devrait cependant s'éteindre avec le départ de l'associé, dès lors que le respect de la finalité du pacte social, qui commande à l'associé de se comporter conformément à l'intérêt social, ne s'impose à lui que tant qu'il est assujéti au pacte social. Des décisions jurisprudentielles, déjà évoquées, considèrent ainsi que l'insertion dans les statuts d'une clause de non-concurrence à effet post-contractuel constitue une augmentation des engagements de l'associé, suggérant qu'une telle obligation ne pèse pas sur l'ancien associé ordinairement²⁶³. Il est en revanche généralement admis que l'associé qui a procédé à un apport de fonds de commerce²⁶⁴ ou à un apport de clientèle²⁶⁵ est tenu de l'obligation de garantie d'éviction pesant sur le vendeur pour le temps suivant son retrait, et qu'il ne peut donc à ce titre solliciter la clientèle apportée à la société. La concurrence exercée par l'apporteur après son retrait de la société est en outre parfois sanctionnée sur le fondement des règles de déontologie propres à sa profession. En dehors de ces hypothèses, l'ancien associé devrait être libre de faire concurrence à la société du moment qu'il ne commet pas d'acte déloyal, sauf si les statuts ou l'acte de cession comportaient une clause de non-concurrence à effet post-contractuel²⁶⁶. Quand l'associé ne saurait porter atteinte aux intérêts essentiels de la société, l'ancien associé n'est plus tenu de contribuer, ne serait-ce que de

²⁶⁰ En ce sens, L. Godon, th. préc., n°196 et n°390 – Civ., 15 mars 1893, D.P.1895.I.171 – Grenoble, 13 janv. 1999, JurisData n°1999-040058 – Aix-en-Provence, 13 avr. 2004, JurisData n°2004-242671 – Com., 15 janv. 2002, n°99-18.799. Comp. droits étrangers : l'obligation de non-concurrence que le Code civil du Québec met à la charge de l'associé, par exemple, ne semble pas concerner l'associé qui a quitté la société (v. Cour Sup. Québec, 23 févr. 2006, 2006 QCCS 990 CanLII), ce qui motive l'introduction de clauses de non-concurrence à effet post-contractuel (v. P. Iannuzzi, *L'obligation de non-concurrence...*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006).

²⁶¹ Cf par ex. Civ. 1^{re}, 8 juin 2004, Bull. Joly 2004.1281, note Randoux ; Dr. sociétés janv. 2005, comm. 2, F. G. Trébulle, cassant pour manque de base légale l'arrêt qui avait déclaré régulière la réinstallation d'un associé de SCP le lendemain du jour où il avait cessé ses activités dans la société, sans rechercher si les statuts ne lui faisaient pas défense de se réinstaller dans ce même délai ou jusqu'au rachat ou la cession de ses parts. Sur cette question, v. not. J.-J. Barbiéri, *Retrait, exclusion : quand la qualité d'associé est-elle perdue ?*, Dr. rur. oct. 2008, n°366, comm. 183 ; R. Mortier, *Retrait : le remboursement des droits sociaux marque la perte de la qualité d'associé*, Dr. sociétés 2008, n°8, comm. 176.

²⁶² Sur ce point, J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, F. Lefebvre, 3^e éd. par P. Mousseron, J. Raynard, J.-B. Seube, 2005, n°1430 s.

²⁶³ Cf supra, n°46.

²⁶⁴ Sur ce point, A. Charrassin, *De l'interdiction de se rétablir dans les ventes de fonds de commerce*, th. Lyon, 1929 ; Y. Serra, *L'obligation de non-concurrence*, Sirey, 1970, th. Montpellier 1968, n°36 s., p. 35 s.

²⁶⁵ En ce sens, Y. Serra, *La non-concurrence...*, préc., n°72, p. 52, qui déclare "qu'analysé comme un apport en industrie, l'apport de clientèle n'impose aucune obligation de non-concurrence de plein droit à l'ancien associé-apporteur, l'interdiction de concurrence dont il était tenu pendant sa participation à la société s'éteignant avec son retrait", mais souligne que la loi du 29 nov. 1966 et les décrets d'application envisagent l'apport de clientèle comme un apport en nature, de sorte que l'apporteur est obligé dans les mêmes termes qu'un vendeur.

²⁶⁶ Sur les clauses de non-concurrence dans une convention de cession d'actions, J. Amiel-Donat, *Clause de non-concurrence et cession de droits sociaux*, Dr. sociétés 1989.chron.1 ; Th. Massart, note ss Com., 17 juill. 2001, Bull. Joly 2002.242 ; S. Schiller, art. préc. Pour un ex., Limoges, 12 janv. 2006, JurisData n°2006-294315.

manière minimale, au succès d'une entreprise à laquelle il ne prend plus part. Même lorsqu'il était tenu d'une obligation de non-concurrence de plein droit, parce qu'il aurait constitué un concurrent particulièrement dangereux pour la société, il devrait ainsi pouvoir exercer librement une activité concurrente²⁶⁷. L'étude des solutions jurisprudentielles montre cependant que l'appréhension de la concurrence exercée par l'ancien associé diffère quelque peu selon qu'il était auparavant tenu d'une obligation de non-concurrence de plein droit ou non.

70.- Les reliquats de l'obligation de non-concurrence de plein droit dans la période post-contractuelle. Les obligations mises à la charge du cédant de droits sociaux révèlent que la concurrence exercée par l'ancien associé reçoit un accueil moins favorable lorsque celui-ci était débiteur d'une obligation de non-concurrence de plein droit pendant le temps où il était associé.

L'associé qui cède ses parts sociales, ou une partie d'entre elles, est assurément tenu de garantir le cessionnaire contre toute éviction, du fait des tiers ou de son fait personnel, même si aucune clause de garantie ne figure dans l'acte de cession. La garantie d'éviction due par le cédant ne devrait en principe jouer qu'en cas de trouble dans la jouissance des titres cédés, dès lors que la cession porte sur des parts sociales, et non sur un fonds de commerce par exemple²⁶⁸. La jurisprudence récente²⁶⁹ tend cependant à considérer que la garantie d'éviction impose à l'ancien associé de ne pas exercer une activité identique à celle développée par la

²⁶⁷ V. par ex., pour l'associé d'une SCP, Limoges, 8 nov. 2006, JurisData n°2006-322259, décidant qu'un chirurgien-dentiste qui se retire d'une SCP peut se réinstaller à proximité.

²⁶⁸ Des auteurs estiment cependant que par exception, il n'en est pas de même lorsque l'associé cède des parts de SCP (Y. Serra, *La non-concurrence...*, préc., n°156 et n°159, considérant que "le rôle du cédant vis-à-vis de la clientèle commande cette solution"). L'obligation de non-concurrence serait ainsi un élément de l'acte de cession lorsque celle-ci porterait sur des parts de SCP ou de SEL (B. Lecourt, *Rev. soc.* 2006.561, n°11). De même, selon certains auteurs, le cédant de droits sociaux serait débiteur d'une obligation de non-concurrence lorsqu'il aurait eu une réelle influence sur la clientèle avant la cession (M. Fréjaville, note ss Nîmes, 1^{er} juill. 1933, D.P.1934.II.49 s., spéc. 50 ; Y. Guyon, *Les sociétés*, op. cit., n°216).

²⁶⁹ Les solutions posées par la jurisprudence se sont progressivement écartées de l'approche classique de la notion de garantie d'éviction pour en retenir une conception plus extensive. Refusant initialement de mettre à la charge du cédant de parts sociales une obligation de non-concurrence de plein droit identique à celle qui pèse sur le vendeur d'un fonds de commerce, elle considérait que la garantie d'éviction ne pouvait être invoquée que lorsque les parts ou actions cédées n'appartenaient pas au vendeur ou n'étaient pas libres de droits réels. Tempérant quelque peu cette position rigoureuse, des arrêts ont par la suite admis le jeu de la garantie d'éviction lorsqu'il apparaissait que les agissements du cédant vidaient les parts sociales de la plus grande partie de leur substance (Com., 26 mars 1985, JurisData n°1985-701107, conf. Paris, 27 oct. 1983, JurisData n°1983-600632) autrement dit lorsque le rétablissement du cédant était de nature à empêcher les acquéreurs de ces actions de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social (Com., 21 janv. 1997, Bull. civ. IV, n°25 – 9 juill. 2002, n°98-22284), en diminuant l'achalandage ou en détournant la clientèle de son fonds de commerce (Com., 17 déc. 2002, Bull. Joly 2003.302, note Couret). La garantie ne pouvait donc être invoquée en pratique que lorsque le cédant avait procédé à une cession massive de droits sociaux, voire à une cession de contrôle, et que la concurrence à laquelle il se livrait s'avérait particulièrement préjudiciable à l'activité développée par la société. Il semblait effectivement opportun de réserver un traitement particulier à la cession de contrôle, dans la mesure où le cessionnaire de contrôle n'entend pas seulement recevoir des parts sociales, mais aussi acquérir la maîtrise de l'activité économique de la société. En ce sens, la concurrence exercée par le cédant de contrôle vide effectivement les parts sociales de leur substance.

société dont il a cédé les parts²⁷⁰, procédant ainsi à une extension des effets de l'obligation. L'obligation de non-concurrence ainsi mise à la charge du cédant semble indépendante de l'obligation de non-concurrence de plein droit que ce dernier pouvait éventuellement supporter quand il était associé. Elle n'est pas non plus attachée à la qualité d'ancien associé, mais à celle de cédant de parts sociales. En ce sens, elle n'intéresse donc pas a-priori l'étude entreprise. Les solutions jurisprudentielles considérant que la société dont les parts ou actions sont cédées est également créancière de la garantie due par le cédant semblent en revanche faire de l'obligation de garantie un prolongement de l'obligation de non-concurrence dont l'associé est parfois débiteur à l'égard de la société.

71.- *L'extension significative du bénéfice de la garantie à la société débiteur cédé.* Alors que la garantie due par le cédant joue normalement à l'égard du seul cessionnaire, plusieurs décisions jurisprudentielles sont ainsi venues affirmer que la personne morale dont les titres ont été cédés en bénéficie également²⁷¹. Une telle extension du jeu de la garantie semble être une rémanence de l'obligation de non-concurrence de plein droit dont l'associé est parfois débiteur à l'égard de la société, car la société débiteur cédé, n'étant pas partie au contrat de cession, ne devrait normalement pas être créancière des obligations pesant sur le cédant. On voit ainsi mal à quel titre la société pourrait se prévaloir d'une obligation découlant de la convention de cession pour reprocher au cédant de lui faire concurrence et quelle serait la faute commise par ce dernier.

S'ils estiment que le recours à la notion de garantie est contestable, certains auteurs considèrent néanmoins que la société serait davantage fondée à contester le rétablissement du cédant que le cessionnaire, car elle constitue la véritable victime des agissements de ce dernier. L'activité nouvelle déployée par le cédant ne porte en effet directement préjudice qu'à la personne morale, le cessionnaire ne subissant qu'un préjudice indirect consistant dans la diminution de la valeur de ses parts sociales, dès lors que le rétablissement du cédant n'a pas pour effet de l'évincer de ses droits. L'extension du bénéfice de la garantie à la personne morale permettrait selon eux de lever la confusion entre l'hypothèse d'une cession de droits

²⁷⁰ Les décisions récentes n'exigent plus que les agissements du cédant empêchent la poursuite de l'activité économique de la société, considérant que ce dernier viole la garantie d'éviction de son fait personnel dès lors qu'il se livre à une activité concurrente (Versailles, 20 nov. 1997, JurisData n°1997-210171, Bull. Joly 1998.355, note Pigassou - Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, Bull. Joly 2006.965, note Lécuyer ; Rev. soc. 2006.561, note Lecourt - Com., 20 févr. 2007, n° 04-19932, CCC 2007, n°123, note Malaurie-Vignal). Cette position est souvent critiquée par la doctrine : v. par ex. Th. Massart, note préc. ; P. Mousseron, *Les conventions de garantie dans les cessions de droits sociaux*, Nouvelles Ed. Fiduciaires, 1997, n°164 s.

²⁷¹ Cf Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, préc. - Nancy, 7 nov. 2007, JurisData n°2007-355684, décidant que la garantie d'éviction "concerne également la société dont les parts ont été cédées, puisque son non-respect lui causerait un préjudice financier". Une telle solution est généralement critiquée, v. par ex. B. Lecourt, note préc., n°12. Dans une optique similaire, le bénéfice d'une clause de non-concurrence expressément prévue dans l'acte de cession au profit du cessionnaire a déjà été étendu à la société par certaines décisions jurisprudentielles, qui ont reconnu l'intérêt de cette dernière à agir en responsabilité à l'encontre du cédant (Com., 4 déc. 2007, n°04-17449, Bull. Joly 2008.274, note Poracchia).

sociaux et celle d'une cession de fonds de commerce ou d'entreprise, qu'entreprendrait le recours à la notion de garantie pour sanctionner le rétablissement du cédant²⁷². Le constat d'un préjudice n'appelle cependant pas nécessairement réparation. Le préjudice concurrentiel subi par la personne morale ne devrait ainsi pas être réparable en l'absence de faute. La position selon laquelle la société serait également créancière de l'obligation de garantie pesant sur le cédant semble dès lors reposer sur l'idée, discutable, que l'ancien associé est tenu d'une forme d'obligation de non-concurrence à l'égard de la société. Il est certes possible que les juges considèrent simplement que la société peut, en tant que tiers au contrat de cession, invoquer un manquement contractuel qui lui cause un dommage, encore que la tournure employée dans les solutions ne plaide pas vraiment en ce sens. Le fait que les décisions jurisprudentielles envisagées concernent généralement des cédants qui en tant qu'associés étaient tenus d'une obligation de non-concurrence de plein droit tend cependant à confirmer que la considération de la qualité d'ancien associé du cédant a joué un rôle déterminant dans la définition des obligations pesant sur ce dernier.

72.- *Une solution retenue en considération du rôle de l'associé cédant dans la société.* Les décisions qui mettent une obligation de non-concurrence à la charge du cédant de parts sociales sur le fondement de la garantie d'éviction du fait personnel concernent ainsi généralement des associés sur lesquels pesaient une obligation légale de non-concurrence, ou qui jouaient un rôle particulier dans la société et qui à ce titre pouvaient être considérés comme débiteurs d'une obligation de non-concurrence implicite, comme le cédant qui entretenait des relations avec la clientèle²⁷³ ou qui jouait un rôle actif dans la société²⁷⁴. L'obligation de non-concurrence mise à la charge du cédant vient alors prolonger celle qui pesait sur lui de plein droit quand il était associé.

²⁷² En ce sens, H. Lécuyer, note ss Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, préc. L'auteur estime cependant que le recours à la garantie est contestable car la personne morale n'est pas partie à la cession.

²⁷³ Les décisions qui considèrent que la garantie d'éviction du fait personnel implique que le cédant s'abstienne de faire concurrence au cessionnaire et à la société sont en général relatives à des cessions de parts de SCP (Civ. 1^{re}, 24 janv. 2006, préc.) ou de SEL, dans lesquelles les associés sont directement en contact avec la clientèle, ou bien à des cessions opérées par un associé qui avait acquis une notoriété particulière (Versailles, 20 nov. 1997, préc., considérant toutefois qu'en l'espèce la garantie d'éviction ne pesait plus sur le cédant à la date des faits reprochés car il avait perdu toute notoriété sur le marché considéré). Dans les autres hypothèses, le cédant occupait précédemment des fonctions commerciales (Com., 6 avr. 1993, Bull. Joly 1993.680, note Arséguet) ou avait une part d'influence sur la clientèle parce que la société était une SARL qui ne comptait que deux associés (Nîmes, 1^{er} juill. 1933, préc., qui relève que le cédant entretenait des relations journalières avec les clients).

²⁷⁴ Paris, 2 avr. 1997, JurisData n°1997-020727 : "l'obligation de non-concurrence du cédant d'un fonds de commerce envers l'acquéreur, qui résulte des termes de l'article 1625 du code civil, s'étend au cédant de parts sociales lorsque celui-ci exerçait au sein de la société considérée une participation active, telle que caractérisée par des fonctions de direction" et que "le contenu de cette obligation, qui prend effet à compter du transfert de propriété, sanctionne notamment un établissement rapide dans la même localité pour l'exercice de la même activité".

73.- Il apparaît ainsi que les différentes dispositions spéciales qui mettent indirectement une obligation de non-concurrence à la charge de certains associés ne sont en réalité que la manifestation d'une règle unique, qui intéresse toute forme de société bien qu'elle trouve plus fréquemment à s'appliquer dans les sociétés où les associés sont très impliqués dans la vie sociale. Si l'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles ou la notion d'*affectio societatis* ne commandent pas à l'associé de s'abstenir en toutes circonstances de faire concurrence à la société à laquelle il appartient, le pacte social semble imposer à celui qui y a souscrit de ne pas porter atteinte aux intérêts essentiels de la société. L'associé est dès lors tenu d'une obligation spéciale de non-concurrence qui lui interdit de se livrer à une activité concurrente lorsque cette concurrence mettrait en péril la viabilité même de la société, par exemple parce qu'il exerce une influence déterminante sur la gestion ou joue un rôle prépondérant dans l'attraction de la clientèle. Une telle obligation apparaît comme une suite que la loi donne au contrat d'après sa nature, aux termes de l'article 1135 du Code civil. Strictement proportionnée à l'objectif de sauvegarde des intérêts essentiels de la société, l'obligation de non-concurrence ainsi définie reste relativement limitée.

Octobre 2009