

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



**ISABELLE
RIASSETTO**
Professeur à
l'Université du
Luxembourg

Cession des droits sociaux non négociables – Époux mariés sous le régime de communauté – Exigence d'un accord du conjoint.

Civ. 1^{re}, 9 nov. 2011, FS-P+B+I, n° 10-12.123.

Dans un arrêt du 9 novembre 2011, la Cour de cassation rappelle que les parts sociales d'une SCI ne sont pas des droits sociaux négociables : par conséquent, sous peine de nullité de la cession, un époux marié sous le régime de communauté ne peut céder des parts de SCI sans l'accord de son conjoint.

Une épouse, mariée sous le régime légal de communauté, a constitué une SCI avec une tierce personne à qui elle a, par la suite, cédé ses parts sans l'accord de son mari. La demande des époux en annulation de la cession a été rejetée par la cour d'appel, au motif que l'époux n'a jamais notifié son intention d'être personnellement associé et que les parts sociales souscrites au seul nom de l'épouse sont des droits sociaux négociables qui peuvent être cédés par elle, puisque était entrée en communauté la valeur des parts et non les parts elles-mêmes. Cet arrêt est cassé pour violation de l'article 1424 du Code civil : la Cour de cassation rappelle que les parts sociales d'une SCI ne sont pas des droits sociaux négociables. Cette qualification n'est pas discutable¹. Il est précisé à l'article 1841 du Code civil qu'il est interdit aux sociétés n'ayant pas été autorisées par la loi de procéder à une offre publique de titres financiers ou d'émettre des titres négociables ; à peine de nullité, une SCI ne peut émettre des titres à ordre, nominatifs ou au porteur.

Il convient dès lors de faire application des dispositions de l'article 1424 du Code civil qui précise que dans un régime de communauté, l'accord des deux époux est requis pour toute cession de droits sociaux non négociables. L'arrêt du 9 novembre 2011 en déduit qu'une cession de parts sociales de SCI réalisée par l'épouse, mariée sous le régime légal, sans le consentement de son mari, alors même que l'épouse était seule associée de la SCI, est frappée de nullité.

Lorsqu'une cession de parts de SCI est réalisée par un époux, le tiers cessionnaire ainsi que le rédacteur de l'acte de cession doivent vérifier quel est le régime matrimonial applicable à cet époux : s'il s'agit d'un régime de communauté et s'il apparaît que les parts cédées constituent des biens de communauté, l'intervention du conjoint est exigée par application de l'article 1424. Le défaut d'intervention ou d'accord du conjoint prive l'acte de cession de tout effet, même à l'égard d'un acquéreur de bonne foi. Cette action en nullité fondée sur l'article 1427 du Code civil est réservée au conjoint victime du dépassement de pouvoir et ne peut être engagée ni par l'époux qui a cédé des parts sans l'accord de l'autre, ni par le tiers acquéreur.

Un arrêt du 27 mai 2010 a précisé le régime applicable aux cessions d'actions réalisées par un époux marié sous un régime de communauté : les actions d'une société anonyme constituent, en principe, des titres négociables que chaque époux a le pouvoir d'aliéner seul, sauf à répondre, le cas échéant, d'une fraude dans l'exercice de ce pouvoir ; l'accord du conjoint n'est pas nécessaire pour la validité de l'acte, et s'il apparaît que la cession a été réalisée en fraude aux droits du conjoint, le délai de prescription de deux ans de l'article 1427 du Code civil n'est pas applicable : la sanction de l'acte frauduleux est alors l'inopposabilité au conjoint sur le fondement de l'article 1421 du Code civil².

La qualification de parts de SCI dans la catégorie des droits sociaux non négociables emporte également des conséquences lors de la constitution d'une telle société : il a été précisé qu'en application de l'article 1832-2 du Code civil, un époux ne peut, à peine de nullité de l'apport, employer des biens communs pour faire un apport à une SCI sans en avertir son conjoint et sans qu'il en soit justifié dans l'acte ; cette action en nullité, régie par l'article 1427 du Code civil, est exclusive de l'action en inopposabilité ouverte par l'article 1421 du Code civil pour sanctionner les actes frauduleux, lequel ne trouve à s'appliquer qu'à défaut d'autre sanction³.

M. S.



**QUENTIN
URBAN**
Maître de
conférences
à la faculté
de droit de
Strasbourg



**MICHEL
STORCK**
Professeur
à la faculté
de droit de
Strasbourg

1. V. en ce sens : Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 2011 : D. 2011. Pan. 2624, obs. Revel ; AJ fam. 2011. 382, obs. Hilt ; Rev. sociétés 2011. 488, note Naudin ; Defrénois 2011, 967, obs. Champenois.

2. Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2010, n° 09-11.894, AJ fam. 2010. 400, obs. Hilt ; RLDC 2010/75, n° 3974, obs. Serra.

3. Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 2011 préc.

Conditions de validité du cautionnement hypothécaire consenti par l'unanimité des associés d'une SNC ou d'une SCI – Exigence d'une conformité à l'intérêt social.

Cass. Com. 8 nov. 2011, F-D, n° 10-24.438, Caisse Régionale du Crédit Agricole Mutuel du Languedoc c/ Société Aubrac, Juris-Data n° 2011-025423.

La sûreté donnée par une société doit, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social.

Pour préciser sous quelles conditions le gérant d'une SCI peut consentir un cautionnement hypothécaire en garantie d'un engagement contracté par l'un des associés ou par un tiers, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation avait formulé, dans un arrêt du 8 novembre 2007, trois propositions : « Le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés »⁴.

Un arrêt de rejet de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 novembre 2011 remet en cause la solution qui semblait établie dans la 3^e hypothèse. Les première et troisième chambres civiles de la Cour de cassation considèrent que le cautionnement hypothécaire consenti au nom d'une société civile est valable dès lors que les associés ont donné à l'unanimité leur accord⁵ ; le fondement de cette solution réside dans une application de l'article 1854 du Code civil qui énonce que « les décisions » (c'est-à-dire les décisions collectives) « peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte ». Cette jurisprudence bien établie des chambres civiles conduit ainsi à considérer qu'en cas de doute sur l'aptitude du gérant à consentir la sûreté au nom de la société civile, les associés peuvent régler cette question en donnant à l'unanimité leur accord préalable pour la conclusion de cette opération, en assemblée générale ou par un acte spécial.

La chambre commerciale de la Cour de cassation s'était déjà démarquée de cette solution en laissant ouverte à la société la voie d'une contestation d'un cautionnement donné à l'unanimité des associés, s'il apparaissait que cette opération n'est pas conforme à l'intérêt social : dans un arrêt du 18 mars 2003, il est considéré qu'une société (en l'espèce, une SNC) est engagée par le cautionnement qu'elle a donné avec l'accord unanime de tous les associés « dès lors qu'il n'est pas allégué que la garantie est contraire à l'intérêt social »⁶.

L'arrêt du 8 novembre 2011 énonce sous forme d'attendu de principe, que « la sûreté donnée par une société doit, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social ». La chambre commerciale approuve les juges du fond qui, pour prononcer la nullité de la garantie hypothécaire, ont relevé que l'immeuble donné en garantie était le seul bien immobilier de la SCI, que l'opération ne lui rapportait aucune ressource, mais grevait ainsi très lourdement son patrimoine, exposé à une disparition totale sans aucune contrepartie pour elle, au risque donc de l'existence même de la société garante.

L'unanimité des associés n'entraînerait ainsi qu'une présomption de conformité à l'intérêt social : dans un arrêt du 12 octobre 2004, la Chambre commerciale a précisé qu'un cautionnement hypothécaire donné du consentement et à l'unanimité de tous les associés est valable « dès lors qu'il n'était pas démontré que le cautionnement était contraire à l'intérêt social »⁷.

Cette réserve d'un contrôle éventuel par le juge de la conformité à l'intérêt social d'une décision prise à l'unanimité des associés d'une société de personne n'est pas opportune : dans une société de personnes, l'intérêt social coïncide avec l'intérêt commun des associés tel qu'ils l'ont défini par une décision prise à l'unanimité⁸. En imposant comme condition de validité de la garantie hypothécaire consentie par l'unanimité des associés une conformité de l'acte à l'intérêt social soumise à l'appréciation des juges du fond, la Haute Juridiction porte atteinte à la sécurité juridique : après avoir donné leur accord à l'unanimité pour la conclusion de cet acte, les associés ont ainsi la possibilité de contester a posteriori le bien-fondé de leur décision en demandant l'annulation de la sûreté lorsque le créancier fait jouer cette garantie ! En outre, cette solution conduit à reconnaître au juge le pouvoir de se substituer aux associés et au dirigeant de la société pour fixer l'intérêt social, sans contexte de fraude ni d'atteinte établie à l'intérêt des créanciers de la société.

La collectivité des associés étant compétente pour apprécier ce qui est conforme ou non à l'intérêt social (ou à l'intérêt commun des associés), dès lors que la décision est prise à l'unanimité des associés, la validité de l'acte ne devrait pouvoir être contestée que s'il apparaît que la décision prise à l'unanimité des associés l'a été en fraude des droits de créanciers de la société⁹.

La position retenue par la chambre commerciale ouvre par ailleurs la voie à une restriction du même ordre lorsque le cautionnement hypothécaire est conforme

4. Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n° 04-17.893, Bull. civ. I, n° 345, Dr. sociétés 2008, comm. 26, note R. Mortier, Rev. dr. banc. et fin. 2008, comm. 6, obs. A. Cerles, BRDA 2007, n° 23, inf. 1, Banque & droit 2008, n° 117, p. 56, note M. Storck.

5. V. également en ce sens : Cass. 3^e civ., 25 sept. 2002, n° 00-22.362 ; Cass. com. 28 mars 2000, préc. ; Cass. com. 12 oct. 2004, n° 03-13.999, Dr. sociétés 2005, n° 5, obs. F.-X. Lucas.

6. Com. 18 mars 2003, Bull. civ. IV, n° 46 ; D. 2003, AJ 975, obs. A. Lienhard, et 2004, Somm. 271, obs. Hallouin ; Rev. sociétés 2003, 500, note Guyon, et 2004, 104, note Randoux ; RTD com. 2003, 739, obs. Champaud et Danet ; dans le même sens, Cass.

com. 12 oct. 2004, n° 03-13.999, Juris-Data n° 2004-025239 ; 13 novembre 2007, n° 06-15.826 ; 3 juin 2008, n° 07-11.785.

7. Cass. com. 12 oct. 2004, préc.

8. Cf. F.-X. Lucas, note préc.

9. Pour un exemple de fraude paulienne justifiant l'annulation d'un cautionnement autorisé par un vote unanime des associés d'une société civile : cf. Cass. com. 14 décembre 1999, Sté Cariplo Banque c/ Me Villa, ès qual., Dr. sociétés 2000, n° 51, obs. T. Bonneau ; Defrénois 2000, p. 505, obs. H. Hovasse ; RD banc. et fin. 2000, n° 114, obs. D. Legeais ; Rép. Defrénois 2000, p. 505 note H. Hovasse. Cass. civ. 3^e, 1^{er} déc 1993, pourvoi n° 91-16327.

à l'objet social, ou lorsqu'il est établi qu'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée : ces conditions ne sont plus suffisantes au regard des décisions rendues, le défaut de conformité de l'opération réalisée à l'intérêt social pouvant entraîner la nullité de la sûreté. Ainsi, dans l'arrêt précité du 13 novembre 2007, le cautionnement de l'une des sociétés du groupe au profit de l'autre est annulé, alors même qu'il y avait communauté d'intérêts entre les sociétés du même groupe : nonobstant les liens unissant les deux sociétés, l'arrêt relève que la sûreté litigieuse avait pour effet de priver la SCI, sans aucune contrepartie, de ressources éventuelles, en grevant lourdement son patrimoine immobilier : la cour d'appel a pu en déduire qu'en raison de cette contrariété à l'intérêt social, le cautionnement de l'une des sociétés du groupe au profit de l'autre n'était pas valable. De même, dans l'arrêt précité du 3 juin 2008, la communauté d'intérêt entre le bénéficiaire de la sûreté et la SCI qui s'est portée caution était établie : le cautionnement est néanmoins annulé comme étant contraire à l'intérêt de la SCI, dès lors que le montant de l'engagement était tel qu'en cas de défaillance de M. X, la société devait réaliser son entier patrimoine pour l'honorer, ce qui était de nature à compromettre son existence même.

La chambre commerciale ajoute ainsi, aux trois conditions alternatives énoncées par les chambres civiles, une condition commune qui est incontournable : dans tous les cas, la garantie hypothécaire consentie par la société doit, sous peine de nullité, être conforme à l'intérêt social laissé à l'appréciation des juges.

Dès lors, dans la mesure du possible, il est important de pouvoir justifier de l'intérêt de la société à souscrire une garantie hypothécaire : le gérant pourrait par exemple exposer en préambule dans l'acte de garantie les motifs ayant conduit les associés ou le gérant à faire souscrire cet engagement par la société, notamment lorsque l'opération greève lourdement le patrimoine de la société garante.

M. S.

Droits et obligations d'un associé d'une SARL – Obligations de loyauté et d'information – Activité concurrente de l'associé de celle de la SARL – Obligation d'abstention de se livrer à une activité concurrente (non) – Manquement à l'obligation de loyauté – Obligation d'information de la SARL incombant à l'associé (non) – Condamnation à des dommages et intérêts (non).

Droits et obligations d'un gérant de SARL – Obligations de fidélité et de loyauté – Obligation de s'abstenir de diriger une société ayant des activités concurrentes de la première (oui) – Interdiction de négocier un marché dans le même domaine d'activité de la SARL (oui) – Condamnation du gérant à verser des dommages-intérêts en raison de son attitude déloyale.

Cour de cassation, chambre commerciale, 15 novembre 2011 n° 10-15049 (FS+P+B), arrêt déjà commenté par A. Couret et B. Dondero dans la Semaine juridique, édition entreprise, 15 déc. 2011, n° 1893.

Alors qu'un associé d'une SARL peut valablement être associé d'une société concurrente et se livrer à une activité concurrente pour le compte de celle-ci, en revanche, le gérant de cette SARL est tenu en sa qualité de dirigeant à un devoir de fidélité et un devoir de loyauté qui lui interdisent toute activité concurrente. En conséquence, la demande condamnation de l'associé à verser des dommages intérêts à la SARL pour manquement à l'obligation d'information et de loyauté ne saurait être accueillie alors qu'il y a lieu de condamner le gérant à indemniser la société pour manquement à l'obligation de fidélité et de loyauté.

Le contenu de l'obligation de loyauté des associés et des dirigeants vis-à-vis de la société a été clarifié avec l'arrêt rendu le 15 novembre 2011. C'est donc un arrêt important. L'enjeu est considérable pour tous les acteurs impliqués dans la vie des sociétés, et donc pour les professionnels de la banque.

Les faits de l'espèce, par leur simplicité, se prêtaient bien à l'exercice de clarification. Une SARL Clos du Baty s'était engagée dans une opération de construction immobilière au bénéfice de la Gendarmerie dans la commune de Saint-Astier (24). Ce programme se décomposait en deux tranches. Au cours des travaux, un des associés, la société Faby, et le gérant de la SARL Clos du Baty, M. X, avaient agi pour que la seconde tranche échappe à la SARL Clos du Baty et qu'elle soit réalisée par une société civile immobilière La Chanterie, concurrente. Les autres associés de la SARL Clos du Baty apprenaient cette captation de marché et saisissaient le tribunal pour que l'associée et le gérant soient condamnés à leur verser des dommages-intérêts pour divers manquements.

À l'associée et au gérant, ils reprochaient des manquements à l'obligation de loyauté, en particulier de ne pas les avoir informés de l'existence d'un projet concurrent dans le cadre duquel ils avaient joué un rôle actif. L'arrêt d'appel condamne l'associée (mais pas le gérant) pour avoir manqué à son obligation de loyauté, et en particulier d'information en raison des activités concurrentes.

La chambre commerciale de la Cour de cassation casse la décision et inverse la solution. Le gérant doit être condamné et l'associé exonéré. Par ses activités concurrentes, seul le gérant a manqué à ses obligations de loyauté et de fidélité et aurait dû être condamné. Quand on replace cet arrêt dans le contexte jurisprudentiel et doctrinal antérieur, on ne peut que remarquer la volonté de clarifier une situation qui était empreinte d'incertitudes tant en ce qui concerne les hypothèses de responsabilité de l'associé que du gérant impliqués dans une activité concurrente. Autant la liberté semble l'emporter pour l'un, autant l'autre semble tenu de respecter une abstention. On peut s'interroger sur les raisons de cette discrimination.

1. Les raisons de la liberté reconnue à l'associé

Sauf clause contraire, l'associé peut se livrer à des activités concurrentes de la SARL dont il est l'associé. La règle énoncée par l'arrêt ne va pas de soi si l'on examine la doctrine et la jurisprudence antérieure. Pour certains, comme Yves Guyon¹⁰, c'est l'*affectio societatis*, qui doit en principe animer chaque associé, qui ferait obstacle à la reconnaissance d'une telle liberté. L'*affectio societatis*, habituellement entendue comme « la volonté de collaborer ensemble sur un pied d'égalité au succès d'une entreprise commune »¹¹, serait inconciliable avec des actes de concurrence de l'associé au préjudice de la société. Mais cette justification avancée peut faire hésiter, et cela pour plusieurs raisons. D'abord parce qu'on peut douter du bien-fondé de l'obligation pour l'associé de manifester de l'*affectio societatis*. En effet, la notion n'existe pas dans la définition de l'entreprise donnée à l'article 1832 du Code civil¹². On la trouve dans la doctrine et la jurisprudence¹³. Il existe en effet une jurisprudence pour considérer qu'une société ne saurait être valablement constituée et fonctionner régulièrement que si chaque associé est animé de cette « volonté ». Ainsi, des juges ont parfois décidé qu'en l'absence d'*affectio societatis*, la société devait être annulée¹⁴. D'autres magistrats ont considéré qu'une intention frauduleuse d'un associé qui était entré dans la société dans le seul but de réaliser une importante plus value à la suite du démantèlement de la société révélait une absence d'*affectio societatis*¹⁵. Mais, certains auteurs considèrent, à l'instar de Paul Didier que « le consentement [à conclure le contrat de société] doit se colorer d'une intention particulière que l'on dénomme traditionnellement *affectio societatis*, ce qui ne veut sans doute pas dire grand-chose (d'où l'emploi d'une expression latine)... »¹⁶. On peut en effet considérer que cette création jurisprudentielle est une sorte de standard juridique aux contours très incertains mais surtout bien commode pour les juges lorsqu'ils souhaitent s'ingérer dans le fonctionnement de sociétés au fonctionnement qu'ils considèrent comme anormal. Ainsi, par exemple, l'*affectio societatis* aura disparu, lorsque s'est instaurée une mésentente grave paralysant le fonctionnement de la société. Grâce à l'*affectio societatis*, le juge s'institue en régulateur des dysfonctionnements de la société. Mais est-ce bien légitime et pertinent ?

On peut sérieusement en douter. D'abord, parce que la jurisprudence elle-même limite ce recours à l'*affectio societatis* aux situations de dysfonctionnement dans des sociétés de personnes où l'intuitu personae est plus grand¹⁷. Ensuite, parce qu'il n'y a pas grand sens à s'intéresser à l'*affectio societatis* dans une société où les entreprises sont devenues souvent des marchandises¹⁸ et où le choix d'entrer dans le capital d'une société est largement dominé par l'objectif de faire des profits financiers, plutôt que de la volonté de s'engager dans un projet commun, critère substantiel de l'*affectio societatis*. L'*affectio societatis* est vide de sens lorsqu'on cherche à l'appliquer à des sociétés faisant appel public à l'épargne. Enfin, dans les situations de crise où l'*affectio societatis* a disparu, la loi n'impose pas au juge de constater cette disparition pour, par exemple, désigner un administrateur provisoire¹⁹ en raison de circonstances exceptionnelles ou encore prononcer la dissolution en application de l'article 1844-7° du Code civil²⁰. En conclusion, l'exigence d'*affectio societatis* apparaît non seulement privée de fondement légal mais aussi d'utilité.

Si donc l'exigence d'*affectio societatis* a perdu sa pertinence, l'obligation de loyauté imposée à l'associé et qui en est une conséquence perd de sa consistance. La fidélité et le respect dû au projet commun ne s'imposent plus avec autant de force et dès lors s'ouvre l'espace de liberté juridique pour reconnaître à l'associé la possibilité de se livrer à des activités concurrentes.

C'est la perspective ouverte par l'arrêt commenté. Certes, il importe d'être prudent puisque l'attendu de principe de l'arrêt précise qu'il s'agit là d'une liberté reconnue à l'associé d'une SARL. On peut hésiter à l'idée d'étendre la solution aux sociétés de personnes, particulièrement lorsque les associés des apports en industrie²¹. D'ailleurs, la loi l'exclut parfois expressément (comme c'est le cas pour les SCP)²². Mais, cet arrêt en revanche permet de soutenir que les actionnaires des sociétés de capitaux sont affranchis d'une obligation de non-concurrence.

Enfin, il faut relever que cette liberté de se livrer à des activités concurrentes connaît néanmoins deux restrictions, qui sont évoquées par l'arrêt. D'abord, il est possible de convenir de clauses de non-concurrence pour protéger la société. Mais, si la chambre commerciale de la Cour de cassation admet ce type de clause, c'est à certaines conditions. La clause statutaire ou extrastatu-

10. Yves Guyon, *Droit des affaires*, tome 1, 12^e éd., 2003, p. 254 « de telles pratiques semblent contraires à l'*affectio societatis* et par conséquent fautives, même si elles ne constituent pas en elle-même une concurrence déloyale ».

11. Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence de Boissy, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e édition, § 142.

12. Art. 1832 C. civ. : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

13. V. par exemple Cass. com. 3 juin 1986, *Rev. soc.* 1986, 585, Y. Guyon.

14. Cass. com. 19 nov. 1962, n° 61-11023; Cass. 3^e civ., 22 juin 1976, n° 74-10119.

15. Cass. com. 25 avril 2006, n° 01-15 754, *Rev. soc.* 2006, p. 793, note A. Viandier.

16. P. Didier, *Droit commercial*, t. 2, « L'entreprise en société, les groupes de sociétés », coll. « Thémis », PUF, 1^{er} éd. 1970, p. 311 ; v. aussi A. Viandier, qui considère aussi que l'*affectio societatis* n'est pas un concept juridique mais plus un sentiment, in La notion d'associé, préf. F. Terré, LGDJ, 1978, n° 75 ; J.-M. de Bermond de Vaulx, « Le spectre de l'*affectio societatis* », *JCP E*, 1994, I, 346.

17. V. Lamy Sociétés commerciales, J. Mestre et D. Velardocchio, 2011, § 1579.

18. V. Ch. Hannoun, « L'émergence de l'entreprise marchandise », *Revue de Droit du travail*, janvier 2010, p. 22 et s.

19. Cass. com. 25 janv. 2005, *Rev. sociétés*, p. 828 note A. Lecourt ; Cass. com. 29 septembre 2009, n° 08-19937 P+B ; *Bull. Joly Sociétés* 2010 § 4, p. 23, note G. Gil.

20. V. par exemple une dissolution prononcée pour un conflit irréductible entre deux associés d'une SARL pour la désignation d'un directeur de laboratoire (Cass. com. 4 mars 1974, n° 73-10322).

21. L'article 1843-3 du Code civil précise en effet que les gains de l'activité de l'apporteur en industrie doivent aller en totalité à la société. Il ne pourrait donc les diviser pour en faire profiter une autre société.

22. Il existe en effet une obligation légale de non-concurrence imposée par la loi aux associés d'une société civile professionnelle ; l'article 4 de la loi n° 66-879 du 26 novembre interdit au professionnel membre d'une SCP d'avoir une activité professionnelle en dehors du cadre de la société.

taire doit avoir un motif légitime, avoir un objet et être limitée dans le temps²³. Ensuite, si l'associé se livre à des activités concurrentes, il doit néanmoins s'abstenir de comportements déloyaux tels que le parasitisme, le dénigrement... mais nous sommes là sur le terrain du droit commun de la concurrence.

Ainsi, la liberté de l'associé de la SARL reconnue par l'arrêt commenté ne se bride pas si facilement. À la différence de celle du gérant, qui sera lui soumis en vertu de cet arrêt à une prohibition à l'exact opposé ou presque.

2. Les raisons de l'interdiction imposée au gérant

Pourquoi interdire l'exercice d'une activité concurrente à un gérant de société alors que cette interdiction a été clairement levée pour un associé? La justification donnée par l'arrêt commenté est donnée au visa de l'article L.223-22 du Code de commerce (« Les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée [...] »). Pour donner plus de sens à la règle légale visée, la Cour de cassation précise que la décision devait être censurée « en raison des motifs impropres à exclure tout manquement de M. X (le gérant) à l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur lui en raison de sa qualité de gérant de la société Clos du Baty, lui interdisant de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité ». Se livrer à des activités constitue donc, selon l'arrêt, un manquement du gérant à son obligation de loyauté et de fidélité. Mais pourquoi un gérant serait-il tenu d'une telle obligation et pourquoi l'aurait-il violé en raison de ses activités dans une société concurrente? La réponse se déploie avec une relative logique. En sa qualité de dirigeant, mandataire social, le gérant est tenu de servir l'intérêt social. C'est sa boussole dans la gestion de l'entreprise. Il est, en conséquence, tenu aux obligations de loyauté et de fidélité qui découlent de son obligation de faire primer l'intérêt social sur son intérêt personnel. À défaut, si, par exemple, il se livre à une concurrente au profit de lui-même ou d'une autre société qu'il dirige aussi, il se place en situation de conflit d'intérêts²⁴. La situation de conflit d'intérêts devrait normalement conduire l'acteur concerné à s'abstenir d'agir²⁵, mais si néanmoins une action est entreprise au préjudice de l'intérêt supérieur qui aurait dû l'emporter, l'auteur doit être condamné à indemniser les victimes, ici en l'occurrence la SARL, éventuellement ses associés. La jurisprudence antérieure a déjà eu l'occasion de sanctionner de tels comportements²⁶.

Et les raisons données explicitement ou implicitement ont leur cohérence. Mais on peut s'interroger aussi sur d'autres raisons, si on venait à examiner d'autres situations que celle visées par l'arrêt.

Pourrait-on transposer cette solution à tous les dirigeants de sociétés? On peut hésiter, même si la Cour de cassation a déjà pris position dans certains cas²⁷. D'abord, parce que l'arrêt n'a pas de formulation aussi large. Seuls les gérants sont visés. Ensuite, parce que cette généralisation peut soulever des difficultés, particulièrement à propos des administrateurs de sociétés anonymes, qui sont, en principe, des dirigeants de droit²⁸. En effet, nombreux sont les administrateurs qui participent à plusieurs conseils d'administration de différentes sociétés, dont certaines d'entre elles sont parfois concurrentes. Dans les sociétés de tailles importantes, le cumul de sièges aux conseils d'administration était d'ailleurs si important dans le passé que le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour limiter le nombre des mandats, aujourd'hui limité à cinq pour les personnes physiques²⁹. Y a-t-il des raisons suffisantes pour interdire à un administrateur de s'impliquer dans la direction d'une société concurrente? La réponse n'est pas évidente, car à la différence du gérant ou du P-DG, l'administrateur n'a pas de mandat général de représentation sociale de la société qui lui imposerait une obligation de loyauté et de fidélité. Il ne fait que participer aux débats et aux délibérations relatifs aux orientations de l'activité de la société et à la bonne marche de la société (art. L. 225-35 C. com.). Est-ce que ces attributions suffisent à justifier la restriction de sa liberté de concurrence? La jurisprudence devra apporter une réponse à cette délicate question. Ce sera encore moins évident dans des situations de groupe où un administrateur peut être conduit à siéger dans plusieurs conseils de sociétés du groupe qui peuvent être concurrentes les unes des autres et où une stratégie de groupe peut éventuellement justifier cette mise en concurrence intragroupe. Une veille jurisprudentielle s'impose!

Q. U.

23. Cass. com. 17 févr. 1982, n° 80-11961, *Gaz. pal.* 1982, jur. p. 429.

24. Sur les questions posées par les situations de conflits d'intérêts se reporter utilement à l'ouvrage de D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, 2^e éd., 2004 spéc. § 27 et 36.

25. Sur cette sanction, v. B. Dondero, « L'abstention est-elle le meilleur remède aux situations de conflits d'intérêts? », *RDTF* n° 4, 2011, p. 220; v. aussi D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la SA*, éditions Joly, 2004, n° 131 et s.

26. V. par ex. Cass. com. 27 févr. 1996, n° 94-11241.

27. Pour un directeur général de SA, v. Cass. com. 24 févr. 1998, n° 96-12 638.

28. V. Cass. com. 31 mai 2011, n° 09-13 975 : D. 2011, p. 1551 obs. A. Lienhardt.

29. Cette limitation concerne exclusivement les fonctions d'administrateurs de sociétés ayant leur siège social sur le territoire français, v. art. L. 225-21 al. 1 C. com.