



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE  
*SORBONNE LAW REVIEW*

Juillet 2022 - N° 5



UNIVERSITÉ PARIS 1  
**PANTHÉON SORBONNE**

## Sommaire

ÉDITO.....	4
ARTICLE.....	5
<i>Le bouleversement relatif de l'expertise budgétaire en temps de crise sanitaire</i> .....	5
Arthur GAUDIN	
DOSSIER THÉMATIQUE, <i>Apréhender le droit à l'aune de la relation</i> .....	18
<i>Penser l'autonomie des personnes intersexuées avec Jennifer Nedelsky</i> .....	21
Benjamin MORON-PUECH	
<i>Du contrat à la relation. Pour une approche relationnelle du droit du travail</i> .....	33
Simon FOUQUET	
<i>Identifier les racines, élaguer l'arbre : brèves observations sur deux pistes de recherche pour façonner une « théorie relationniste du droit »</i> .....	45
Pierre-Marie RAYNAL	
<i>Le cas, la relation et la confiance : la face cachée du droit moderne</i> .....	66
Jérémie VAN MEERBEECK	
<i>La relation première</i> .....	83
Emmanuel JEULAND	
<i>Saisir la base interactionnelle de l'autorité du droit. Préférer Austin à Kelsen</i> .....	105
Gregory BLIGH	
<i>L'interaction rationnelle en vue de résoudre les questions de la raison pratique : l'apport de la théorie de l'argumentation de Robert Alexy</i> .....	132
Romain GENIEZ	
<i>L'interaction humaine et le droit</i> .....	146
Lon L. FULLER	
<i>Repenser les droits comme des relations</i> .....	183
Jennifer NEDELSKY	
<i>Redessiner la relation juridique</i> .....	206
George PAVLAKOS	
CHRONIQUE DES GRANDS ARRÊTS .....	228
<i>Le règlement de copropriété : méditation sur la notion de contrat : Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 2021, n° 20-18.327, comm. Rémy LIBCHABER</i> .....	229
<i>La garantie d'éviction et ses incohérences : Com. 10 novembre 2021, n° 21-11.975, comm. Maud LAGELEE-HAYMANN</i> .....	236
<i>Civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 2021, n° 20-14.743, comm. Rémy LIBCHABER</i> .....	247
<i>Analyse d'un contrat très spécial : les fontes posthumes : Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 2021, n° 19-14.205, comm. Marine RANOUIL</i> .....	253
RECENSION DES THÈSES 2021 - PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS.....	265
1. Romain DUMONT, <i>Les devoirs de l'actionnaire</i> , thèse Paris 1, 2021.....	265
2. Laure THOMASSET, <i>La neuroéthique saisie par le droit. Contribution à l'élaboration d'un droit des neurotechnologies</i> , thèse Paris 1, 2021 .....	266
APPEL À CONTRIBUTIONS N° 6/22.....	268

## 2. La garantie d'éviction et ses incohérences

---

### « Sale temps pour la garantie d'éviction » : Comm., 10 novembre 2021, n° 21-11.975, Publié

**Maud LAGELEE-HEYMANN**

*Maître de Conférence, Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne  
IRJS (EA4150)*

La garantie d'éviction a donné lieu en 2021 à deux arrêts remarquables qui ont montré, tout à la fois, sa force et ses limites dans sa mise en œuvre, notamment quant à sa durée<sup>1</sup>. Tantôt particulièrement efficace face au jeu de l'usucapion, tantôt battue en brèche par un intérêt supérieur qu'est la liberté du commerce et de l'industrie, la garantie d'éviction du fait personnel est en quête de cohérence<sup>2</sup>.

Cette garantie a été choisie par la jurisprudence pour constituer le fondement d'une obligation légale de non-concurrence. Loin d'être évident, ce choix est régulièrement questionné, car il aboutit à la déformation d'une technique tirée du régime de la vente en droit civil dans un domaine spécial qu'est la cession de droits sociaux. D'aucuns invitent d'ailleurs à abandonner ce fondement du droit spécial de la vente au profit du droit commun des contrats. L'arrêt rendu le 10 novembre 2021 relance le débat.

Dans cette solution, la Cour de cassation interroge de nouveau la fonction de la garantie d'éviction dans les cessions de droits sociaux. C'est un nouvel équilibre que la Cour entend poser entre les libertés d'entreprendre, du commerce et de l'industrie d'une part, et l'obligation de jouissance paisible qui s'impose à tout vendeur vis-à-vis de son acquéreur d'autre part, au moyen d'un renouvellement – attendu ou craint – de la méthode d'appréciation des intérêts en présence.

En l'espèce, deux actionnaires ont cédé par acte du 14 mai 2007 les actions qu'ils détenaient dans la société qu'ils avaient créée (société Aliasource), spécialisée dans le développement de logiciels de messagerie et de travail collaboratif, à la société Linagora. Par la même occasion, ils sont devenus, tout à la fois actionnaires de cette dernière société et salariés de la société cédée, devenue la société Linagora GSO.

---

<sup>1</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 2021, n° 20-14.743 (jeu de la garantie par voie d'exception), et Cass. com., 10 nov. 2021, n° 21-11.975.

<sup>2</sup> Sur cette question : v. plus généralement, « La garantie d'éviction : utilité et originalité ? », *RDC* 2016, p. 527.

Quelques années plus tard, et à quelques semaines d'intervalle, les deux actionnaires ont démissionné de leurs fonctions de salariés (avril et mai 2010), et l'un d'entre eux a créé une nouvelle société (Blue Mind). Un an plus tard (mai 2011), les actionnaires ont cédé l'intégralité de leurs actions détenues dans la société Linagora à celle-ci. Le second actionnaire a par la suite rejoint la nouvelle société.

Invoquant la garantie légale d'éviction, la société Linagora a assigné les deux actionnaires en restitution partielle de la valeur des droits sociaux, ainsi qu'en réparation de son préjudice.

En cause d'appel, la cour de Paris a retenu que les deux actionnaires avaient manqué à l'obligation de non-concurrence née de la garantie légale d'éviction, et elle les a condamnés à indemniser la société Linagora au titre de la valeur perdue des actions. Elle a ainsi relevé que les deux actionnaires s'étaient rétablis, par l'intermédiaire de la nouvelle société, « dans le même secteur d'activité que la société cédée, pour proposer au marché un produit concurrent », qu'ils s'étaient « réappropriés [...] une partie du code source du logiciel », qu'ils avaient « débauché le personnel qui avait été essentiel à l'activité » et que « les clients s'étaient détournés de la société après le départ des deux actionnaires pour contracter avec leur nouvelle société ». Elle en a conclu que « leurs agissements ont abouti à un détournement de la clientèle attachée aux produits et services [...] empêchant [la société] de poursuivre pleinement son activité ». La cour d'appel leur a interdit, en outre, d'exercer tout acte de concurrence visant la clientèle cédée à travers la cession des actions de la société Linagora.

Saisie d'un pourvoi formé par les actionnaires cédants, la Cour de cassation a censuré les juges du fond en rendant un arrêt de principe.

Au visa des principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté d'entreprendre, ainsi que de l'article 1626 du code civil, la Cour de cassation affirme qu'« [i]l se déduit de l'application combinée de ces principes et de ce texte que si la liberté du commerce et la liberté d'entreprendre peuvent être restreintes par l'effet de la garantie d'éviction à laquelle le vendeur de droits sociaux est tenu envers l'acquéreur, c'est à la condition que l'interdiction pour le vendeur de se rétablir soit proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ».

Par suite, la Chambre commerciale vient censurer les juges du fond pour ne pas avoir recherché « concrètement si, au regard de l'activité de la société dont les parts avaient été cédées et du marché concerné, l'interdiction de se rétablir se justifiait encore au moment des faits reprochés ».

L'arrêt est remarquable à plus d'un titre<sup>3</sup> : la Cour décide d'appliquer à la garantie légale d'éviction un contrôle qu'elle réservait jusqu'à présent aux clauses

<sup>3</sup> Il suffit d'ailleurs de constater le nombre de commentaires dont il a pu faire l'objet. Sans prétendre à l'exhaustivité, *RTD civ.* 2022, 153, obs. P.-Y. GAUTIER ; *JCP G* 2021, 1264, note N. MATHEY ; *CCE* 2022, Comm. n° 26, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; M. CAFFIN-MOI, « Garantie d'éviction du cédant de droits sociaux et contrôle de proportionnalité : était-ce utile ? », *BJS* févr. 2022, n° 2, p. 5 ; *RDC* 2022/1, p. 53, obs. J.-F. HAMELIN et p. 58, obs. L. SAUTONIE-LAGUIONIE ; *JCP G* 2022, chron. 1139, obs.

de non-concurrence, ce qui n'est pas sans conséquence quant à la conception qu'elle se fait de la garantie d'éviction, et quant à l'articulation de celle-ci avec lesdites clauses de non-concurrence. En outre, la Cour vient étendre l'usage d'une méthode, savoir celle du contrôle de proportionnalité, lequel doit être concret.

L'arrêt n'innove guère en dépit des apparences : il confirme une tendance (considérer la garantie d'éviction comme le fondement d'une obligation légale de non-concurrence dans les cessions de droits sociaux), et il persiste dans l'entreprise de déformation de ladite garantie au moyen d'une méthode prétendument nouvelle (le contrôle de proportionnalité).

Un bref retour sur l'état antérieur du droit paraît nécessaire pour mieux apprécier l'apport de l'arrêt, et envisager les suites à lui prêter.

### **I.- La garantie d'éviction dans les cessions de droits sociaux, le point de départ.**

L'arrêt du 10 novembre 2021 réaffirme clairement que le cédant de droits sociaux est tenu envers l'acquéreur d'une garantie d'éviction (tout en la conditionnant). À dire vrai, ce point n'est guère nouveau en jurisprudence et ce, en dépit des critiques régulièrement adressées à la Cour quant à la mise en œuvre des garanties tirées du droit de la vente dans le domaine des droits sociaux.

En droit commun de la vente, la garantie contre l'éviction du fait personnel du cédant entretient un lien étroit avec l'obligation de délivrance. Le vendeur ne peut reprendre d'une main ce qu'il a donné de l'autre<sup>4</sup>. Autrement dit, « qui doit garantie ne peut évincer ». À ce titre, le cédant doit garantir une « possession paisible de la chose vendue », selon les termes de l'article 1625 du Code civil. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur le terme « possession ». Il est admis que sont ainsi prévenues toutes les atteintes à la propriété et à la détention que l'acheteur pourrait subir du fait du vendeur. Il s'agit donc d'éviter que l'obligation principale du contrat ne soit vidée de sa substance<sup>5</sup>, ce qui explique pourquoi la garantie légale trouve à s'appliquer, « quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation » sur celle-ci (art. 1626 du Code civil). L'article 1628 du Code civil en tire une conclusion logique, en reconnaissant un caractère d'ordre public à cette garantie qui ne saurait donc être restreinte dans son objet. Du point de vue du droit commun des contrats, la garantie d'éviction présente donc une utilité, tout à la fois logique et pratique.

---

J. VALIERGUE ; TH. MASSART, « La garantie d'éviction du fait personnel du vendeur de droits sociaux », *BJS*, mai 2022, n° 5, p. 59.

<sup>4</sup> On retrouve ici le principe valable pour les donations selon lequel « donner et retenir ne vaut ».

<sup>5</sup> A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Précis Domat, LGDJ, 14<sup>e</sup> éd., 2021, n° 219 ; F. COLLART-DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 2019, 11<sup>e</sup> éd., n° 249.

En matière de cession de droits sociaux, le jeu de la garantie d'éviction ne va pas de soi<sup>6</sup>. Seule une atteinte dans la jouissance des titres sociaux détenus par le cessionnaire paraît justifier sa mise en œuvre. Les actes de concurrence faits à l'encontre de la société ne devraient donc pas être pris en considération, car ce serait oublier dans le cas contraire le voile de la personne morale qui s'intercale entre le cédant et le cessionnaire. C'est d'ailleurs l'un des arguments soulevés par les opposants à la mise en œuvre de la garantie d'éviction dans les cessions de droits sociaux : on ne peut mettre à la charge du cédant une obligation de garantie pour des actes qui porteraient atteinte non aux actions ou parts cédées mais au fonds exploité par la société<sup>7</sup>. Le cessionnaire peut-il encore se prévaloir de la garantie d'éviction lorsque c'est le fonds de commerce de la société dont il vient d'acquérir les titres qui subit la concurrence du cédant ? La transposition par analogie du raisonnement mené à propos des cessions de fonds de commerce n'est pas si évidente en matière de cession de droits sociaux<sup>8</sup>.

Jusqu'à l'arrêt du 10 novembre 2021, on pouvait constater deux approches qui avaient finalement réussi à se concilier tant bien que mal. D'un côté, une volonté d'appliquer la garantie d'éviction du fait personnel dans les cessions de droits sociaux au risque de nier parfois la personnalité morale qui s'intercale entre le cédant et le cessionnaire, et, de l'autre, une tendance à rejeter la garantie dans les hypothèses d'éviction seulement partielle au risque de nier une partie du régime élaboré par le Code civil...

Dans l'affaire ayant donné lieu au litige, c'est la création d'une nouvelle société par les deux actionnaires dans le même secteur d'activité que la société cédée, pour proposer sur le marché un produit concurrent, qui a provoqué la mise en œuvre de la garantie. Les cessionnaires des actions ont considéré que la nouvelle activité concurrente déployée par les cédants troublait la jouissance de leurs titres et donc leur droit de propriété. Cette concurrence vise-t-elle pour autant leurs titres ou l'activité déployée par la société ? S'il est vrai que la personne morale fait écran, et qu'elle est tiers au contrat de cession des droits sociaux, on ne saurait toutefois oublier que lesdits droits ont une nature particulière. Tout à la fois droits politiques et financiers, ils perdent de leur valeur du fait de la concurrence faite à la société. La perte de valeur pourrait ainsi être assimilée à une atteinte à la jouissance des

<sup>6</sup> Sur les différences dans le jeu de la garantie d'éviction dans les cessions de fonds de commerce et dans les cessions de droits sociaux, et l'assimilation qui a pu en être faite, v. F.-G. TREBULLE, « Le contrôle de proportionnalité de la clause de non-concurrence contenue dans un acte de cession de droits sociaux », *Dr. Des sociétés*, 2003, chron. 6.

<sup>7</sup> M. CAFFIN-MOI, « Garantie d'éviction du cédant de droits sociaux et contrôle de proportionnalité : était-ce utile ? » *BJS* février 2022, n° 2, p. 5.

<sup>8</sup> Sur la mise en œuvre de la garantie d'éviction en cas de cession de parts sociales d'une société exploitant un fonds de commerce, v. Cass. com., 12 déc. 1972, n° 71-11.080, et à propos des cessions de parts sociales, v. Cass. com. 26 mars 1985, *D.* 1985, IR, p. 480, Y. SERRA. Sur cette question, M. CAFFIN-MOI, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. D. BUREAU, Economica, 2009, n° 347, p. 228.



droits financiers<sup>9</sup>. Au même titre que d'autres techniques tirées du droit des affaires, la garantie d'éviction conserve dès lors une utilité certaine. Dans l'affaire commentée, le détournement de clientèle pouvait être sanctionné par d'autres voies, mais pourquoi priver le cessionnaire d'un recours supplémentaire ?

Pourtant, jusqu'à présent, la jurisprudence s'était employée à cantonner le jeu de la garantie d'éviction en déterminant les types d'agissements qui pouvaient justifier sa mise en œuvre.

Par deux arrêts remarquables, la Cour de cassation avait trouvé un équilibre<sup>10</sup>. Dans un arrêt de principe du 21 janvier 1997<sup>11</sup>, la Chambre commerciale avait conditionné le jeu de la garantie du fait personnel à deux éléments : non seulement, il fallait relever que l'acquéreur n'était plus en mesure de poursuivre l'activité économique de la société reprise, mais encore que l'atteinte à l'activité cédée était telle que la poursuite de l'objet social n'était plus envisageable. Cette jurisprudence contenait la garantie d'éviction dans des limites claires. Les apparences étaient sauves : la garantie due par le cédant d'une cession de titres ne pouvait *a priori* jouer en faveur d'une personne morale, non partie à l'acte de cession. Elle se déclenchait uniquement lorsque le cessionnaire ne pouvait jouir des titres acquis, et était ainsi privé de leur usage du fait du cédant. La motivation de la Cour de cassation prenait en compte l'existence de cet écran constitué par la personnalité morale, en opérant un lien entre l'atteinte aux titres et l'impossibilité de réaliser l'objet social de la société.

La décision n'était toutefois pas à l'abri de toute critique. Certes contenue, la garantie n'en perdait pas moins une partie de son régime, ne jouant en définitive que dans les seuls cas d'éviction totale. *Exit* l'éviction partielle, soit une première entorse au régime de droit commun de la vente prévu par le Code civil. En outre, en dépit d'un effort de clarification opéré par la Cour de cassation, il n'était pas certain que la « détermination du bénéficiaire ait été clarifiée »<sup>12</sup>. Dès lors, le cessionnaire pouvait être tenté de se prévaloir de la garantie alors que l'éviction n'était pas caractérisée ; de même que la société pouvait être tentée de se prévaloir de la garantie alors qu'elle n'en était pas bénéficiaire.

Par la suite, dans un arrêt du 9 juillet 2002<sup>13</sup>, la Chambre commerciale avait conforté sa position, en rappelant que « la mise en œuvre de la garantie d'éviction est subordonnée à l'existence d'actes de nature à constituer des reprises ou des tentatives de reprise du bien vendu ou d'atteintes aux activités telles qu'elles

<sup>9</sup> Pour un rappel de cette nature particulière et de ses conséquences, *RDC* 2022/1, p. 58, obs L. SAUTONIE-LAGUIONIE.

<sup>10</sup> L'équilibre aboutissait en réalité à ne guère reconnaître le jeu de la garantie.

<sup>11</sup> Cass. com., 21 janvier 1997, n° 94-15.207 *Dr. sociétés* 1997, chron. 5, note T. BONNEAU ; *JCP E* 1997, II, 936, note Y. GUYON ; *Dr. et patr.* mai 1997, note A. COURET. Ultérieurement, v. Cass. com., 17 juillet 2001, n° 99-14.268.

<sup>12</sup> V. M. CAFFIN-MOI, thèse préc., n° 364, p. 239, où l'auteur identifie les limites de cette jurisprudence.

<sup>13</sup> Cass. com. 9 juillet 2002, n° 00-18.311, *BJS* 2002, p. 1311, § 277, note A. COURET ; *CCC* 2003, comm. 5, note M. MALAURIE-VIGNAL.

empêchent l'acquéreur de poursuivre l'activité économique de la société ainsi que de réaliser l'objet social ».

Sur les conditions de mise en œuvre de la garantie, il faut néanmoins admettre que la Cour de cassation était sévère. De surcroît, les chambres de la Cour de cassation n'ont pas toujours semblé retenir une conception unanime. Alors que la Chambre commerciale semblait avoir limité le jeu de la garantie d'éviction, la Première chambre civile de la Cour de cassation avait rendu un arrêt plutôt accueillant pour le jeu de ladite garantie, à propos d'une cession de parts sociales<sup>14</sup>. Par la suite, la Chambre commerciale de la Cour de cassation semblait avoir nuancé sa position en se montrant, à son tour, plus libérale dans la mise en œuvre de la garantie d'éviction<sup>15</sup> – mais on pouvait également justifier les deux arrêts en relevant qu'il s'agissait de sociétés civiles professionnelles...

C'est dans ce contexte que fut donc rendu l'arrêt du 10 novembre 2021, lequel envisage la garantie d'éviction sous un nouvel angle. Cette garantie issue du droit commun de la vente peut ainsi venir limiter la liberté du commerce et la liberté d'entreprendre mais « à la condition que l'interdiction pour le vendeur de se rétablir soit proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ». En cas contraire, la garantie doit céder devant les intérêts supérieurs de la liberté du commerce. Le régime de la garantie d'éviction, déjà partiellement amputé en matière de cession de droits sociaux, se voit donc encore quelque peu aménagé. Reste à savoir si le nouveau principe est opportun.

## II.- Le contrôle de proportionnalité ou l'extension d'une nouvelle méthode

La Cour de cassation entend désormais soumettre au contrôle de proportionnalité le jeu de la garantie d'éviction : le principe d'un contrôle n'est pas contestable en soi, mais l'appréciation *in concreto* soulève des difficultés.

Dans un premier temps, on peut y voir la confirmation d'un mouvement plus général en droit des affaires, dans lequel la liberté d'entreprendre, proclamée dès 1791 sous la forme de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>16</sup>, et désormais élevée au rang de principe général du droit à valeur constitutionnelle<sup>17</sup>, rayonne et commande des restrictions conventionnelles. C'est ainsi que les clauses de non-concurrence, tempéraments à cette liberté du commerce et de l'industrie,

<sup>14</sup> Cass. 1<sup>re</sup>, 24 janvier 2006, n° 03-127.36, *Dr. sociétés* 2006, comm. 86, note F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2006, p. 561, note B. LECOURT. Dans l'affaire, il n'était point démontré que le cessionnaire avait été évincé de ses titres.

<sup>15</sup> Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-26.452, *JCP E* 2015, 1577, obs. M. CAFFIN-MOI.

<sup>16</sup> Décret d'Allarde des 2-17 mars 1791, conforté par la suppression des groupements professionnels et corporations opérée par la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791. La liberté du commerce et de l'industrie se trouve par ailleurs affirmée dans les dispositions du Traité de fonctionnement de l'Union européenne sous la forme du droit d'établissement (art. 49 TFUE), et des libertés de circulation des marchandises (art. 34 TFUE), des personnes (art. 45 TFUE) et des services (art. 56 et 57 TFUE). La liberté d'entreprendre est quant à elle proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 16).

<sup>17</sup> CC, 16 janvier 1982, DC 82-141, « loi de nationalisation ».



demeurent d'interprétation stricte, et ne sont licites qu'à la condition d'être justifiées et proportionnées aux intérêts légitimes du créancier. La Cour de cassation a pu en outre récemment étendre ce contrôle de proportionnalité à « toute stipulation qui porte atteinte » aux principes de liberté du travail et de liberté d'entreprendre, et donc aux clauses de non-sollicitation<sup>18</sup>.

On peut ainsi considérer l'arrêt du 10 novembre 2021 comme une suite logique de ce mouvement plus général de contrôle des restrictions à la liberté d'entreprendre. Peu importe dans cette perspective que la garantie soit légale et non conventionnelle, ni même d'ordre public. Le cédant ne saurait subir une interdiction de se rétablir trop excessive, quelle que soit sa source. Le fonctionnement du marché exige en effet du professionnel qui jouit d'une liberté de créer et d'exercer de composer avec la liberté des autres, et donc la concurrence que lui opposent ces derniers... Le dommage concurrentiel demeure licite.

La décision du 10 novembre 2021 surprend d'autant moins que ce n'est pas la première fois que la Haute juridiction entend limiter le jeu de la garantie d'éviction, comme le rappelle la lettre de la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>19</sup>. Dans un arrêt du 15 juillet 1922, la Haute Juridiction avait en effet déjà affirmé que « si [cette liberté du commerce et de l'industrie] peut être restreinte, soit par des conventions particulières, soit par l'effet de l'obligation de garantie dont le vendeur est tenu envers l'acheteur, c'est à la condition qu'il n'en résulte pas une interdiction absolue, c'est-à-dire illimitée quant au temps et au lieu ». Il faut reconnaître que cet arrêt est demeuré isolé et qu'il ne portait pas sur des droits sociaux... Pourtant, sa formulation avait un grand mérite, celui de la clarté et de l'efficacité. Il n'est pas certain que le nouveau contrôle opéré par la Cour le soit autant, alors que l'objectif reste le même.

Dans un second temps, la nouvelle motivation, recourant au contrôle de proportionnalité, ne surprend guère au regard du fait que, lorsque des libertés fondamentales sont en jeu, il est d'usage d'introduire un contrôle de proportionnalité, lequel conduit à mettre en balance les intérêts en jeu pour les concilier, et déterminer un meilleur équilibre entre les intérêts divergents en présence. Dans les cessions de fonds de commerce, le contrôle est pratiqué afin de protéger le cessionnaire d'une éventuelle concurrence, d'une atteinte à son droit de propriété, quitte à limiter la liberté d'entreprendre au nom d'une efficacité économique<sup>20</sup>. La Cour de cassation a donc transposé ici son contrôle aux cessions de droits sociaux.

Il n'est toutefois pas certain que le recours à la méthode du contrôle de proportionnalité offre une réelle clarification.

<sup>18</sup> Cass. com., 27 mai 2021, n° 18-23-261 et n° 18-23.699, *JCP S* 2021, 1182, G. LOISEAU.

<sup>19</sup> Lettre de la chambre commerciale, financière et économique, nov. 2021-janv. 2022, p. 12.

<sup>20</sup> CH.-E. BUCHER, « L'obligation de non-concurrence née de la garantie d'éviction : entre droit de la concurrence et droits fondamentaux », *CCC* 2011, ét. 12.

D'abord, la Cour de cassation énonce dans l'arrêt rapporté que le jeu de la garantie d'éviction, et l'interdiction qui en découle pour le vendeur de se rétablir, doivent être « proportionné[s] aux intérêts légitimes à protéger ». Or, de quels intérêts légitimes est-il ici question ? *A priori*, ceux du cessionnaire des droits sociaux. Il ne faudrait pas que, sous couvert du contrôle de proportionnalité, la jurisprudence retombe dans ses travers, et omette l'existence d'une personne morale. Autrement dit, il ne s'agirait pas pour les juges d'apprécier les intérêts de la personne morale qui fait écran entre le cédant et le cessionnaire. Dans un tel cas, loin de résoudre les difficultés, le contrôle de proportionnalité ferait réapparaître un problème combattu pendant des années par une partie de la doctrine. En l'absence de précision de la Cour de cassation, on ne peut que douter du prétendu gain de sécurité qu'offre la solution.

Ensuite, la Cour de cassation censure les juges du fond pour ne pas « avoir recherché concrètement si, au regard de l'activité de la société dont les parts avaient été cédées et du marché concerné, l'interdiction de se rétablir se justifiait *encore* au moment des faits reprochés »<sup>21</sup>. Le contrôle de proportionnalité ne peut donc être *qu'in concreto* et la restriction ne tire sa légitimité que de sa nécessité. Ledit contrôle invite ainsi à prendre en compte la durée de la garantie d'éviction, et à la réduire, si besoin, au regard des circonstances de fait. Déjà amputée d'une partie de son régime civiliste quant à l'éviction partielle, la garantie légale, présentée comme perpétuelle, se voit donc désormais réduite temporellement ! Ou comment un mécanisme de droit commun de la vente n'en finit plus d'être défiguré...

Encore faut-il s'entendre sur le caractère perpétuel de la garantie<sup>22</sup>. En vérité, il est admis que la garantie dure tant qu'elle est utile à préserver la substance du contrat ! La jurisprudence a ainsi pu considérer qu'« après l'expiration de la clause de non-concurrence, l'acquéreur d'un fonds de commerce demeure fondé à se prévaloir de la garantie légale d'éviction, qui interdit au cédant tout agissement ayant pour effet de lui permettre de reprendre la clientèle du fonds cédé, privant ainsi celui-ci de sa substance »<sup>23</sup>.

La perpétuité de la garantie - ou plus exactement sa durée indéterminée - se justifie par son fondement. Planiol et Ripert ont ainsi rappelé qu'elle n'était que le prolongement de la bonne foi dans l'exécution du contrat<sup>24</sup>. Comment un cédant pourrait-il vider de sa substance l'engagement pris vis-à-vis du cessionnaire ? Dès lors, la garantie serait justifiée toutes les fois où le vendeur manque à ce devoir

<sup>21</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>22</sup> On ne saurait oublier la prohibition des engagements perpétuels.

<sup>23</sup> Cass. com. 16 janvier 2001, n° 98-21.145

<sup>24</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, t. X par J. HAMEL, n° 89 : « Cette règle, conforme au droit commun de l'art. 1134 al. 3, n'est formulée par le Code civil que d'une manière indirecte dans l'article 1628 qui interdit, comme contraire à la bonne foi, toute clause du contrat de vente exonérant le vendeur de cette garantie ».

élémentaire de bonne foi, et apprécié au regard du domaine considéré, c'est-à-dire *in concreto*<sup>25</sup>.

Dans l'affaire commentée, la motivation de la Cour de cassation interpelle en ce qu'elle conduit à une sévère réduction du délai de garantie. La Cour relève en effet les constatations des juges du fond (selon lesquelles l'un des actionnaires avait créé la nouvelle société plus de trois ans après la cession des actions, et que le second actionnaire n'avait rejoint cette société que quatre ans après la cession), en prenant comme point de départ, dans l'appréciation de la durée, la date de cession des droits sociaux. Ce point de départ est parfaitement logique puisque c'est à cette date que le transfert de propriété s'est réalisé, et que les cédants sont devenus débiteurs de la garantie légale. *In abstracto*, la démarche est justifiée. Pour autant, *in concreto*, on peut émettre une réserve quant au résultat obtenu<sup>26</sup>. Les actionnaires étaient devenus salariés de la société et ne l'avaient quitté que quelques années après. Et si l'on s'attache aux faits, ce n'est finalement qu'au moment où ils ont quitté la société que la garantie légale a trouvé un réel intérêt en pratique - quand bien même elle serait née antérieurement. Dès lors, le délai écoulé entre le départ de la société et la création de la nouvelle est rapporté à 6 mois... Cette durée était-elle proportionnée aux intérêts légitimes à protéger ? On mesure ici que la garantie d'éviction risque d'être sérieusement raccourcie... N'est-ce pas encourager une libre concurrence excessive<sup>27</sup> ? À ces arguments, on pourrait objecter que le domaine économique considéré, celui du marché de l'*open source* est très compétitif, si bien que la courte durée de la garantie d'éviction pourrait être justifiée « au regard de l'activité de la société » en cause<sup>28</sup>... On mesure bien alors que l'appréciation *in concreto* de la durée pertinente devient imprévisible.

*In fine*, le choix du recours au contrôle de proportionnalité suscite quelques interrogations. N'y avait-il pas d'autres moyens de contenir le jeu de la garantie d'éviction par rapport à la liberté d'entreprendre ? La Cour n'aurait-elle pas pu, tout simplement, reprendre sa motivation tirée de l'arrêt du 15 juillet 1922, laquelle visait clairement les deux limites possibles : le temps et l'espace. Désormais, la définition des intérêts en présence semble malaisée. Le recours fréquent au contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation se justifiait-il donc réellement ? Ou n'est-ce que l'énième expression d'une mode juridique<sup>29</sup> ?

À cette première difficulté s'en ajoute une seconde. La décision intervient dans une période au cours de laquelle la garantie d'éviction se voit contestée dans sa

<sup>25</sup> P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2022, 153.

<sup>26</sup> P.-Y. GAUTIER, note préc.

<sup>27</sup> P.-Y. GAUTIER, note préc.

<sup>28</sup> En ce sens, TH. MASSART, « La garantie d'éviction du fait personnel du vendeur de droits sociaux », *Bull. Joli Sociétés*, mai 2022, n° 5, p. 59 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *CCC* 2022, comm. 26.

<sup>29</sup> Pour une vision critique, v. P.-Y. GAUTIER, note préc. En outre, il n'existe pas qu'un contrôle de proportionnalité, et le recours très (trop) fréquent à cette méthode tend à obscurcir les types de contrôles de proportionnalité.

fonction même en matière de cession de droits sociaux<sup>30</sup>. Il a ainsi été proposé de recourir non plus à la garantie d'éviction mais au droit commun des contrats pour s'assurer que le cédant exécute son contrat de bonne foi<sup>31</sup>. Dans cette perspective, il suffirait de vérifier que l'engagement de non-concurrence présente une durée raisonnable. Ce standard nécessite également une mise en balance, laquelle demeure toutefois moins risquée car plus limitée dans son étendue<sup>32</sup>. L'alternative ainsi proposée interpelle. Il est vrai que le recours au contrôle de proportionnalité cache parfois un recours à une technique bien connue, et pourrait ici n'exprimer que la bonne foi élémentaire, attendue de tout contractant dans un échange économique – ne serait-ce que pour ne pas tromper les attentes légitimes du cocontractant. Il n'est néanmoins pas certain que recourir à un principe de bonne foi (laquelle a pu être hypertrophiée dans le passé) offrirait un meilleur gain de prévisibilité que le contrôle de proportionnalité. Le temps où la bonne foi était décriée et où le raisonnable était pointé du doigt n'est en effet pas si loin... Dès lors, ne serait-il pas préférable de se fonder sur la loyauté propre à l'associé<sup>33</sup> ? L'on voit ici les limites du droit commun des contrats spéciaux : la sur-spécialisation du régime de la vente conduit à une autonomisation de certains régimes.

### III.- Les suites

Reste à préciser les suites de cette jurisprudence. Comment articuler, d'une part, le principe de l'arrêt du 10 novembre 2021 avec la jurisprudence *Ducros* ? Rien dans l'arrêt ne laisse penser que le principe initialement dégagé le 21 janvier 1997 soit abandonné. Pour autant, on ne peut que s'interroger : l'arrêt commenté ajoute-t-il un contrôle de proportionnalité aux critères déjà dégagés ou *substitue-t-il* ledit contrôle aux deux critères<sup>34</sup> ? Il reviendra à la Cour de cassation de clarifier ce point au plus vite.

D'autre part, comment articuler la garantie d'éviction et les clauses de non-concurrence ? La garantie d'éviction, de laquelle découle une obligation légale de non-concurrence, est souvent complétée en pratique par ces clauses qui peuvent donc étendre son objet (sans le restreindre).

Jusqu'à l'arrêt du 10 novembre 2021, la garantie légale d'éviction se révélait être un complément utile à l'engagement conventionnel de non-concurrence. Là où la clause de non-concurrence s'éteignait, l'obligation légale de non-concurrence

<sup>30</sup> V. FORTI, « Le fondement de l'obligation de non-concurrence dans les contrats relatifs à une clientèle : pour le remplacement de la garantie d'éviction par le droit commun des contrats », *RDC* 2016, p. 561

<sup>31</sup> L'article 1103 désormais mis en exergue pourrait davantage encore justifier ce choix.

<sup>32</sup> Sur la systématisation de la mise en balance dans le raisonnable ou dans le contrôle de proportionnalité, v. M. LAGELEE HEYMANN, « Le raisonnable dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, p. 473.

<sup>33</sup> M. CAFFIN-MOI, note préc.

<sup>34</sup> Pour une analyse très précise, v. TH. MASSART, note préc.

prolongeait l'engagement du vendeur<sup>35</sup>, et ce en application de l'article 1628 du Code civil.

Qu'en est-il désormais ? Bien évidemment, l'article 1628 trouvera encore à s'appliquer toutes les fois que les clauses de non concurrence s'éteindront. Pour autant, le rapport de complémentarité entre l'engagement légal de non-concurrence et la clause semble inversé. Au regard des incertitudes découlant du contrôle de proportionnalité, les contractants ne peuvent qu'être invités à renforcer leurs clauses de non-concurrence afin de prévenir tout aléa découlant de l'appréciation judiciaire de l'obligation légale de non-concurrence.

Surtout, en cas d'extinction de la période fixée par la clause de non-concurrence, il n'est pas certain que le cessionnaire puisse compter sur la garantie d'éviction pour protéger les atteintes à ses intérêts.

En guise de conclusion, on peut certes regretter qu'une fois de plus, la garantie d'éviction soit déformée dans les cessions de droits sociaux, et qu'elle soit en l'espèce raccourcie par ce contrôle de proportionnalité. Pour autant, le problème ne vient-il pas du fait que l'on a assigné à la garantie d'éviction une fonction qui n'est pas la sienne dans les contrats de clientèle ? Pourquoi en avoir fait un moyen de lutte contre le détournement de clientèle, alors qu'elle ne vise qu'à garantir la jouissance paisible des droits sociaux du cessionnaire ? Le « forçage » de la garantie d'éviction laisse définitivement perplexe.

M. LAGELEE-HEYMANN

---

<sup>35</sup> À propos d'une cession d'un fonds de commerce, v. Cass. com. 14 avril 1992, n° 89-21182, *RTD civ.* 1993, note P.-Y. GAUTIER ; à propos d'une cession de droits sociaux, Cass. com., 15 décembre 2009, n° 08-20.522, *BJS* 2010, p. 459, note A. COURET