

# L'entreprise face à la concurrence de ses dirigeants et de ses cadres



**Par Youssef KNANI**

*Professeur agrégé des facultés de Droit  
Avocat à la Cour de Cassation B.K&Associés*

Dans une économie de marché, l'entreprise est par définition appelée à exercer ses activités dans un environnement concurrentiel. Chacun est censé évoluer dans un contexte de compétition où les parts de marché sont généralement l'objet d'une lutte permanente. Les fluctuations de ces parts reflètent dans une large mesure le dynamisme des uns, la stagnation ou le déclin des autres. L'apparition d'un concurrent, la disparition d'un autre, le lancement d'un nouveau produit, les nouveaux investissements réalisés par un concurrent pour augmenter sa production ou pour améliorer sa qualité sont le plus souvent surveillés par les autres concurrents qui suivent l'évolution du marché. Des moyens matériels et humains sont souvent mobilisés par l'entreprise pour assurer une veille continue en matière de concurrence et permettre aux instances dirigeantes de prendre les décisions qu'il faut en termes de marketing, de rénovation de l'outil de production, de recrutement de nouvelles compétences et de financement. Cette concurrence fait partie des règles du jeu et l'entreprise y est préparée. Elle est même obligée de les subir, sachant que le droit de la concurrence condamne les ententes illicites et les pratiques anticoncurrentielles<sup>1</sup>.

L'entreprise est cependant confrontée à une autre concurrence à laquelle elle n'est pas toujours préparée, à savoir la concurrence interne. Le danger viendrait alors des siens, c'est-à-dire de ceux à qui l'entreprise est censée faire confiance. Les dirigeants de la société, les associés minoritaires ou même majoritaires, ainsi que les salariés peuvent s'avérer de redoutables concurrents. Ce problème n'est pas nouveau ; tant s'en faut. Les personnes de confiance qui dirigent l'entreprise en tant que mandataires sociaux ou en tant que cadres salariés, peuvent être tentées d'utiliser les atouts que leur donnent leurs fonctions, pour concurrencer la société. Une telle concurrence peut avoir lieu soit concomitamment, en marge de l'exercice de leurs fonctions par les dirigeants et les salariés de l'entreprise, soit après la cessation de leurs fonctions par suite de démission ou de révocation.

Sur le plan pratique, la concurrence de l'entreprise par ses salariés et ses dirigeants est un risque réel, eu égard à leur accès direct à des informations techniques et commerciales privilégiées et même vitales (procédés de fabrication, know how, liste des clients, source d'approvisionnement,

---

<sup>1</sup> Article 5 de la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991

liste des fournisseurs, comptabilité etc...). De plus, ce que l'entreprise peut cacher à ses concurrents, elle peut très difficilement le dissimuler à ses dirigeants et cadres, surtout ceux qui sont appelés, de par leurs fonctions et leur compétence à gérer ses activités les plus exposées à la curiosité de la concurrence. Lorsque ces personnes acquièrent une expérience suffisante au sein de l'entreprise, cette expérience leur donne parfois des ailes pour s'établir pour leur propre compte et devenir ainsi des concurrents capables d'offrir à la même clientèle des produits ou des services comparables, à des prix abordables, sinon plus bas. Les cadres qualifiés et les dirigeants expérimentés qui ne choisissent pas de s'établir pour leur propre compte ou qui ne peuvent pas le faire, peuvent être attirés par des offres alléchantes, émanant de concurrents de l'entreprise.

Sur le plan éthique, l'entreprise victime de la concurrence de ses anciens dirigeants et cadres, ressent cette concurrence comme un manque de loyauté à son égard, voire comme une forme de trahison, surtout si l'entreprise a réservé un budget substantiel à la formation et au perfectionnement de ceux qui l'ont quittée.

En revanche, du côté du salarié promu au rang d'entrepreneur indépendant, ou du gérant se sentant en mesure de gérer ses propres affaires, au lieu de gérer celles des autres, la concurrence apparaît non seulement comme légitime, mais également comme une promotion sociale hautement valorisante.

D'un point de vue économique, la concurrence de l'entreprise par ses anciens cadres et dirigeants apparaît comme étant bénéfique dans la mesure où elle peut mettre fin à une situation de monopole ou de position dominante sur le marché. C'est un signe de dynamisme qui augure d'une croissance dans le secteur où l'on assiste à la création de nouvelles entreprises par ceux qui travaillaient ou dirigeaient des entreprises existantes. L'expérience en Tunisie des entreprises publiques est assez édifiante. Lorsque dans les années qui ont suivi l'indépendance, l'Etat a joué le rôle de pionnier dans certains secteurs, tels que le tourisme (SHTT), le textile (SOGITEX) ou l'habitat (SNIT), les cadres supérieurs qui avaient acquis après plusieurs années de travail une maîtrise certaine du métier, se sont lancés grâce à cette expérience et grâce aux incitations de l'Etat, dans des activités concurrentes qui ont permis la constitution d'un tissu d'entreprises souvent plus performantes, économiquement plus saines et mieux gérées que les entreprises publiques.

Au cours de la dernière décennie, on a même expérimenté à travers l'externalisation, la création par les anciens cadres de l'entreprise de nouvelles entités autonomes pour lui fournir, sur une base contractuelle des produits ou des services que l'entreprise produisait directement elle-même. Ainsi, l'entreprise renonce à faire elle-même ce que ses anciens cadres peuvent lui faire sous leur responsabilité, en tant qu'entrepreneurs indépendants, agissant pour leur propre compte.

Le revers de la médaille est que la concurrence de l'entreprise publique ou privée par ses salariés et ses dirigeants n'est pas toujours une concurrence saine et loyale. Dans certains cas, elle est même franchement malhonnête et repose sur un détournement de clientèle. Dans d'autres cas, le détournement porte sur une opportunité d'affaires (*business opportunity*) au détriment de l'entreprise et en privant celle-ci d'un marché ou d'un partenariat qui auraient pu promouvoir ses activités, développer son chiffre d'affaires et accroître ses bénéfices.

En fait, lorsqu'on réfléchit sur la concurrence de l'entreprise par ses salariés et ses dirigeants, on constate que le problème ne se pose pas dans les mêmes termes, suivant que les concurrents dont il

s'agit sont encore à leurs postes ou qu'ils ont quitté leurs fonctions. Dans le premier cas, le devoir de loyauté semble s'opposer à ce que l'on prête ses services à l'un des concurrents de l'entreprise ou que l'on gère une entreprise concurrente.

En revanche, on doit admettre comme règle générale, qu'après la cessation de son contrat de travail ou de son mandat de gérant ou de PDG, on puisse créer une entreprise concurrente, travailler dans une entreprise exerçant la même activité ou diriger une entreprise similaire. Cette règle générale doit cependant souffrir des exceptions pour tenir compte d'une part de ce que les parties ont convenu comme clauses de non concurrence et pour moraliser la concurrence.

La concurrence de l'entreprise par ses cadres et ses dirigeants n'obéit pas toujours à des règles claires. L'examen des textes du Code des obligations et des contrats, comme du Code des sociétés commerciales, permet de constater que la concurrence de l'entreprise par les siens, n'a pas suffisamment retenu l'attention du législateur. Celui-ci n'a consacré à la question que quelques dispositions éparses, ne permettant pas de protéger efficacement l'entreprise. L'article 92 condamne la concurrence déloyale, en citant à titre indicatif cinq exemples dont aucun ne se rapporte à la déloyauté objet de cette étude. En outre, il n'y a pas de jurisprudence suffisamment élaborée, permettant de conclure à l'existence d'un droit prétorien dans ce domaine.

La pratique contractuelle a imaginé et mis en œuvre depuis un certain nombre d'années, des clauses de non concurrence tendant à préserver l'entreprise contre la concurrence potentielle de ses dirigeants et de ses salariés. Cette pratique s'inspire de ce qui est communément admis dans d'autres pays et notamment en France dont les modèles et formulaires d'actes sont largement accessibles aux juristes de notre pays. Ces clauses, souvent reproduites par les entreprises dans leurs contrats, avec ou sans adaptation, semblent cependant mériter une réflexion quant à leur validité au regard de la théorie générale des obligations d'une part et du droit de la concurrence d'autre part.

Pour cerner le problème de la concurrence, tel qu'il a été posé dans la partie introductive ci-dessus exposée, il y a lieu d'opérer une distinction fondamentale entre la concurrence concomitante à l'exercice de ses fonctions par le dirigeant de l'entreprise ou son cadre salarié d'une part (I) et la concurrence intervenant après la cessation du mandat social ou du contrat de travail de ces personnes, d'autre part (II).

## **I) La concurrence de l'entreprise par ses cadres ou ses dirigeants au cours de l'exercice de leurs fonctions**

L'on sait que le droit des affaires distingue entre le directeur technique (directeur commercial, directeur financier, directeur des ressources humaines etc....) qui est lié à l'entreprise individuelle ou sociétaire par un contrat de travail et le directeur général (P.D.G, D.G.A, D.G) qui est un organe de la société, n'ayant pas le statut de salarié et non soumis au droit du travail<sup>2</sup>. Le gérant de la SARL est également un organe de la société. Il ne lui est pas lié par un contrat de travail<sup>3</sup>. Néanmoins, qu'il s'agisse d'un cadre salarié ou d'un dirigeant social, le problème de la concurrence vis-à-vis de la

---

<sup>2</sup> Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, les sociétés commerciales, par Michel Germain, LGDJ 19<sup>e</sup> édition, n° 1684 et les références citées.

<sup>3</sup> Ibid n° 1310.

société se pose dans les mêmes termes, sachant que dans l'un comme dans l'autre cas, l'obligation de loyauté empêche celui qui en est tenu d'agir dans un intérêt autre que celui de son employeur ou de son mandant. L'interdiction de la concurrence n'obéit pas cependant aux mêmes textes et l'analyse des dispositions applicables aux dirigeants de sociétés permet de conclure à l'existence dans le Code des sociétés commerciales de certaines nuances qu'on ne retrouve pas dans le Code du travail et les conventions collectives.

### **A) L'obligation de loyauté et de non concurrence du travailleur salarié**

Le Code du travail a défini dans son article 6 le contrat de travail comme étant « *une convention par laquelle l'une des parties appelée travailleur ou salarié s'engage à fournir à l'autre partie appelée employeur ses services personnels, sous la direction et le contrôle de celle-ci moyennant une rémunération* ». Cette définition du contrat par référence au louage de services (la fourniture de services personnels) et au lien de subordination juridique (la direction et le contrôle), semble étriquée et ne pas correspondre à l'esprit qui doit présider à la relation entre employeur et salarié. En effet, le fait de voir dans le salarié une simple force de travail physique ou intellectuelle, appelée à fournir un service, sous la direction et le contrôle d'un patron, relève d'une vision purement matérialiste de la relation de travail, faisant abstraction de la place du travailleur dans l'entreprise, comme élément de sa richesse. Cette vision fait également abstraction des obligations du travailleur et de ses responsabilités en tant que partie intégrante de l'entreprise, hautement intéressé par son sort, liant même son avenir au sien et réellement engagé à contribuer à son succès pour qu'elle soit pérenne et pour qu'elle joue pleinement le rôle qui lui est dévolu dans l'intérêt de toutes les parties intéressées. En d'autres termes, il y a malheureusement une lacune dans la définition législative du contrat de travail quant à l'élément psychologique de l'engagement du travailleur et de sa contribution à l'œuvre commune que l'entreprise est appelée à réaliser. Or, cette contribution ne se limite pas à la fourniture de services personnels à l'employeur, comme cela est indiqué dans l'article 6. Elle suppose en plus une adhésion sincère à l'œuvre commune et un devoir de loyauté à son égard. Ce devoir de loyauté condamne que le salarié puisse concurrencer l'entreprise à laquelle il appartient pendant la durée de son contrat de travail, même si aucune clause de non concurrence n'est stipulée dans ce contrat<sup>4</sup>.

L'examen des articles 10 à 13 dont se compose le chapitre II intitulé « les obligations du salarié » confirme que le législateur tunisien n'a pas réservé la place qu'il fallait à la contribution du travailleur au projet de l'entreprise. Il n'est même pas requis que le travailleur apporte dans l'accomplissement de ses activités envers l'entreprise la diligence qu'une personne diligente apporte dans ses propres affaires. Selon ces articles, le travailleur a simplement l'obligation d'appliquer les instructions reçues (article 10), de conserver les choses qui lui ont été remises pour l'accomplissement de ses services et de veiller à ce que ces choses ne soient pas volées ou détériorées (articles 11 et 13). Ces textes semblent surtout conçus pour les manœuvres et ouvriers auxquels il est généralement demandé de conserver l'outillage et les marchandises qui leur sont confiés et d'exécuter les instructions reçues. Les cadres et les agents de maîtrise qui ne manipulent pas de matériel et à qui la marchandise n'est pas remise par l'employeur, ne semblent pas visés. Les obligations fondamentales qui leur incombent en termes de conception

---

<sup>4</sup> Voir dans ce sens : Louis Vogel, du droit commercial au droit économique, 19<sup>e</sup> édition, LGDJ n° 731-1 et la jurisprudence citée.

et de direction sont passées sous silence et la loyauté qui détermine leur engagement vis-à-vis de l'entreprise est en quelque sorte oubliée. En effet, être loyal vis-à-vis de l'entreprise ne devrait pas se confondre avec l'exécution des instructions reçues de l'employeur. L'obligation de loyauté qui exprime une adhésion à l'entreprise en tant que projet économique et social et en tant que cadre de vie professionnel, ne saurait se traduire par un comportement passif, se limitant à se conformer aux instructions. Cette obligation implique un comportement actif tendant à réaliser au mieux les objectifs inhérents à son poste et à agir en tout état de cause dans l'intérêt de l'institution.

Sur le plan de la concurrence, l'obligation pour le travailleur d'agir exclusivement dans l'intérêt de l'entreprise veut dire qu'il ne doit pas accomplir en marge de ses activités professionnelles des activités concurrentes pour son propre compte ou pour le compte d'un concurrent. De telles activités concurrentes placeraient en effet le travailleur dans une situation de conflit d'intérêts et ce conflit risque fort de conduire le travailleur à faire prévaloir ses intérêts sur ceux de l'entreprise. Il n'est pas exclu non plus que lorsque le travailleur prête ses services, même à titre accessoire à un concurrent de l'entreprise, il soit conduit d'une manière ou d'une autre à faire bénéficier ce concurrent du savoir faire de l'entreprise, du fichier de ses clients et de ses secrets commerciaux. L'obligation de loyauté est ainsi incompatible avec la concurrence. Malheureusement, cette incompatibilité n'est pas clairement énoncée dans les textes, même si elle n'y est pas totalement absente. Elle apparaît implicitement dans l'article 6 de la loi n° 85-78 du 5 août 1985 portant statut général des agents de offices, établissements publics à caractère industriel et commercial et des sociétés dont le capital est directement et entièrement détenu par l'Etat ou les collectivités publiques locales. Ce texte déclare :

*« Il est interdit à tout agent d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. Les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à cette interdiction seront fixées par décret.*

*Il est interdit à tout agent quel que soit sa position d'avoir par lui-même ou par personne interposée, sous quelque dénomination que ce soit, dans une entreprise soumise au contrôle de son organisme employeur ou en relation avec son organisme employeur des intérêts de nature à compromettre son indépendance<sup>5</sup> ».*

Cet article interdit à l'agent d'exercer toute activité privée lucrative en marge de son activité au sein de l'office, de l'établissement public ou de l'entreprise publique. L'interdiction qui s'applique à toute activité privée lucrative, couvre en particulier les activités concurrentes, abstraction faite de leur exercice pour le compte de l'agent lui-même ou pour le compte d'un tiers. L'obligation de loyauté apparaît donc en filigrane à travers l'article 6.

Elle apparaît aussi dans l'article 37 de la convention collective cadre qui traite de la discipline et qui prévoit la possibilité de révocation du travailleur par le conseil de discipline pour faute grave et notamment lorsque celui-ci « sans autorisation spéciale, se livre en dehors de l'établissement auquel il est attaché, à des occupations rémunérées ou utilise à titre gracieux ou onéreux des

---

<sup>5</sup> Le second paragraphe de l'article 6 vise une situation autre que la situation de la concurrence. Il s'applique aux cas où le conflit d'intérêt surgit du fait que l'agent directement ou par personne interposée détient à quelque titre que ce soit des intérêts dans une autre entreprise soumise au contrôle de l'organisme employeur ou en relation avec cet organisme (par exemple en tant que fournisseur ou prestataire de services).

marchandises ou du matériel qui lui sont confiés par l'employeur ». Cette disposition qui qualifie de faute grave l'exercice par le travailleur de toute occupation rémunérée, même non concurrente par rapport à l'activité de l'entreprise, suppose incontestablement qu'il incombe au salarié de s'abstenir de toute activité concurrente. Là encore, l'obligation de loyauté se lit à travers l'interdiction de se livrer en marge de son travail à une activité lucrative, surtout si cette activité est concurrente par rapport à l'entreprise.

## **B) L'obligation de loyauté et de non concurrence des dirigeants de l'entreprise**

A la différence de la *common law*, où l'obligation de loyauté ( *fiduciary duty* ) revêt un caractère général et interdit la concurrence entre la société et ses dirigeants, le droit tunisien reconnaît cette obligation, mais n'exprime l'interdiction qu'à travers quelques dispositions que l'on trouve ça et là dans les deux codes régissant les sociétés.

D'abord, dans le Code des obligations et des contrats, l'article 1271 dispose :

*« Un associé ne peut, sans le consentement des autres associés, faire d'opérations pour son propre compte ou pour le compte d'un tiers ou dans des opérations analogues à celles de la société, lorsque cette concurrence est de nature à nuire aux intérêts de la société. En cas de contravention, les associés peuvent à leur choix répéter les dommages-intérêts ou prendre à leur compte les affaires engagées par l'associé et se faire verser les bénéfices par lui réalisés, le tout sans préjudice du droit de poursuivre l'exclusion de l'associé de la société. Les associés perdent la faculté de choisir, passé le délai de trois mois et ne peuvent plus que répéter les dommages-intérêts, si le cas y échet ».*

Bien que cet article vise l'associé, son application au dirigeant de la société se justifie par les dispositions de l'article 1282 du même code qui déclare que *« le droit d'administrer les affaires sociales appartient à tous les associés conjointement et nul ne peut l'exercer séparément s'il n'y est pas autorisé par les autres »* ; bien que l'article 1289 permette aussi que l'administration de la société soit confiée à un plusieurs gérants qui peuvent être pris même en dehors de la société.

Ensuite, dans le Code des sociétés commerciales, il est curieux de constater que le législateur n'a prévu expressément l'obligation de non concurrence que pour les sociétés les moins répandues, à savoir la société en nom collectif et la société en participation. Dans la société en nom collectif qui semble tombée en désuétude du fait de la responsabilité solidaire qu'elle impose aux associés, l'article 62 déclare que *« les gérants ne peuvent gérer une société ou une entreprise individuelle exerçant une activité concurrente »*<sup>6</sup>. De même, il est prévu dans l'article 82 que *« l'associé d'une société en participation doit s'abstenir de toute activité concurrente à celle de la société, à moins que cette activité n'ait été exercée avant sa constitution »*.

En revanche, dans la SARL qui est la forme sociale la plus courante en Tunisie, les articles 112 et suivants régissant la gestion ne comportent aucune allusion à la concurrence de la société par son gérant associé ou non associé.

---

<sup>6</sup> Cf. S. Mellouli et S. Frikha, les sociétés commerciales, Tunis 2008, n°329.

De même, dans la société anonyme dont la forme est généralement empruntée par les grandes entreprises et les entreprises de taille moyenne<sup>7</sup>, les textes du C.S.C n'édicte pas une interdiction expresse pour le P.D.G, le D.G et le DGA de se livrer à une activité concurrente. La même observation vaut pour les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance. Le législateur exige cependant dans l'article 209 que dans le mois qui suit sa prise de fonctions, le P.DG avise le conseil d'administration de sa désignation au poste de gérant, administrateur, P.D.G, D.G, membre du directoire ou du conseil de surveillance d'une autre société. Cette autre société n'est pas forcément une entreprise concurrente. Elle peut exercer une activité sans aucun rapport avec celle de l'entreprise ; le problème fondamental étant un problème de cumul et non un problème de concurrence. Néanmoins, il va sans dire que lorsque la deuxième société est une entreprise concurrente, la logique des affaires ne peut que condamner le cumul, car on voit très mal comment la direction générale d'une société puisse assurer parallèlement la gestion d'une entreprise concurrente, sans livrer à l'une les secrets de l'autre, même inconsciemment ou sans entraver les règles de la concurrence par une entente ou des pratiques concertées entre les deux entreprises. Nous pensons donc que lorsque le cumul visé par l'article 209 est doublé d'une concurrence entre les deux entreprises, l'interdiction s'impose. Cette opinion se justifie sur le plan textuel par le principe général édicté par l'article 200 du C.S.C suivant lequel « les dirigeants de la société anonyme doivent veiller à éviter tout conflit entre leurs intérêts personnels et ceux de la société ». Or, un dirigeant ne saurait servir la société et en même temps servir ses propres intérêts ou les intérêts d'une entreprise concurrente<sup>8</sup>.

L'analyse juridique ci-dessus exposée est aussi valable pour les administrateurs qui sont soumis à l'obligation de déclaration dans le mois qui suit leur prise de fonctions (article 192), aux membres du directoire (article 233) et aux membres du conseil de surveillance (article 241). Tous ces dirigeants doivent à notre avis s'abstenir personnellement de concurrencer la société. Ils doivent également ne pas siéger dans les organes de direction, d'administration et de contrôle (conseil de surveillance) de sociétés concurrentes, eu égard au conflit d'intérêt que l'article 200 leur a prescrit d'éviter.

Par ailleurs, le problème de la concurrence de la société par ses dirigeants et particulièrement par son organe de direction (gérant, P.D.G, D.G, D.G.A) se pose avec beaucoup d'acuité lorsqu'une opportunité d'affaires se présente à la société. Tel est le cas notamment lorsqu'un nouveau client demande une offre de prix pour un produit ou un service déterminé. Le dirigeant de la société est-il en droit de saisir une telle demande pour y répondre personnellement?

---

<sup>7</sup> Ibid

<sup>8</sup> Monsieur Ahmed Ouerfelli semble cependant considérer que dirigeant doit informer la société du cumul et qu'il appartient à cette dernière de prendre éventuellement la décision de le révoquer si elle juge que ce cumul crée une situation de conflit d'intérêts, de concurrence déloyale ou qu'il empêche le dirigeant d'assurer efficacement ses fonctions dans l'ensemble des sociétés (Précis de droit des sociétés commerciales (en arabe) ; Editions Latrache, p.164). Cette opinion nous semble fondée lorsqu'il y a un simple cumul de mandats ; mais lorsque le cumul est doublé d'une concurrence entre les deux entreprises, le dirigeant ne devrait pas à notre sens attendre que la société le révoque pour conflit d'intérêt. L'article 200 met à la charge du dirigeant lui-même l'obligation d'éviter les conflits d'intérêt et cette obligation de ne pas faire (ne pas concurrencer la société et ne pas diriger une société concurrente) pèse sur le dirigeant lui-même.

Dans d'autres cas, il arrive que les relations d'affaires qu'une société entretient avec une autre entreprise en tant que client, fournisseur ou partenaire dans une joint venture, lui donnent l'occasion de découvrir des possibilités de développement de ces relations sur d'autres marchés. Le dirigeant de la société peut-il, en accord avec l'entreprise dont il s'agit, bâtir de nouvelles relations avec elle ?

Cette situation qui est connue dans les pays de *common law* sous l'expression consacrée de *corporate opportunity*, n'a pas été envisagée par le législateur tunisien. Pourtant, des abus semblent avoir été commis par certains dirigeants dans ce domaine. Certains auraient profité de leur poste à la tête de la société, pour détourner à leur profit des opportunités d'affaires qui s'étaient présentées lors de l'exercice de leurs fonctions ou du moins pour construire directement ou indirectement avec les clients ou les fournisseurs de la société de nouvelles relations.

Dans les pays de *common law*, l'obligation de loyauté (*fiduciary duty*) qui pèse sur les dirigeants et autres mandataires (*agents*), empêche en règle générale ces personnes de saisir pour elles-mêmes des opportunités d'affaires qui auraient pu bénéficier à la société. Certains auteurs américains utilisent le terme « usurper » pour rendre compte du comportement indélicat de celui qui profite de son pouvoir, pour s'attribuer les avantages d'une opportunité qui s'était présentée à la société. Les Professeurs Richard A. Mann et Barry S. Roberts écrivent :

*“Directors and officers may not usurp any corporate opportunity that in all fairness should belong to the corporation”<sup>9</sup>.*

L'opportunité d'affaires peut avoir pour objet non seulement un droit appartenant à la société, mais aussi une simple expectative<sup>10</sup>, telle que la chance de pouvoir conclure un marché. Le dirigeant loyal est censé agir en tout état de cause pour le compte de la société. Il ne doit pas occulter les opportunités qui se présentent, en vue d'en tirer profit directement ou indirectement. Dans la société anonyme par exemple, le P.D.G ne saurait garder le silence sur un marché en perspective, en vue de l'usurper. Il ne peut saisir une telle opportunité pour son propre compte que si la société, après en avoir pris connaissance, s'en est désintéressée. Le dirigeant pourra alors démissionner de la société et saisir l'opportunité d'affaires pour la réaliser à son profit ou au profit d'une autre société qu'il dirigera ou dans laquelle il sera intéressé ; ce qui nous conduit à étudier la concurrence de la société par ses anciens dirigeants. Cette concurrence pose aussi problème pour les anciens salariés, surtout lorsqu'ils occupaient des postes de direction leur donnant accès à des informations techniques et commerciales précieuses.

## **II) La concurrence de l'entreprise par ses anciens salariés et anciens dirigeants**

---

<sup>9</sup> Essentials of business law, fifth edition, West publishing, p.717.

<sup>10</sup> Ibid. Il est cependant exigé que l'opportunité soit en rapport avec l'activité de la société (*within the corporation's line of business*) et que la société soit en mesure de bénéficier de cette opportunité, compte tenu des connaissances et de l'expérience dont elle dispose.



Lorsqu'un cadre salarié ou un dirigeant de l'entreprise quitte ses fonctions pour exercer pour son propre compte, le premier projet qui lui vient presque naturellement à l'esprit, est de mettre à profit ses connaissances et son expérience acquises au sein de l'entreprise, pour se livrer à une activité similaire, voire identique.

Le législateur, depuis le début du siècle dernier, a prévu sans préjudice de l'action pénale, des dispositions tendant à sanctionner la concurrence déloyale sur le plan civil. L'article 92 du C.O.C, faisant partie du chapitre III régissant les « obligations provenant des délits et quasi-délit », sanctionne par des dommages-intérêts notamment le fait d'user d'un nom ou d'une marque à peu près similaire à ceux appartenant à une maison déjà connue, de manière à induire le public en erreur sur l'individualité du fabricant. Le même texte sanctionne le fait d'utiliser une enseigne, une inscription, un écriteau ou autre emblème identique, similaire ou semblable à ce qui est déjà adopté par un concurrent en vue de détourner sa clientèle. Bien que l'article 92 ne vise pas spécialement les anciens cadres et anciens dirigeants de l'entreprise, il est probable que ces personnes soient en fait celles qui devraient le plus être attentives au message véhiculé par l'article 92, à savoir, ne pas détourner la clientèle de l'entreprise qu'on a quittée. Toutefois, il est bien évident que l'obligation de ne pas détourner la clientèle d'une entreprise ne signifie pas ne pas la concurrencer loyalement. La libre concurrence n'est-elle pas la pierre angulaire du droit des affaires aujourd'hui ?

D'où l'intervention de la technique contractuelle pour donner à l'obligation de non concurrence un caractère à la fois explicite et précis. Les clauses de non concurrence ont acquis dans le droit moderne une place de premier plan. Le fait pour l'entreprise de ne pas y penser, risque de la mettre en situation délicate lorsque la concurrence post-contractuelle se produit. Le défaut de les avoir stipulées ne « pourra qu'être parcimonieusement comblé par le recours à la police de la concurrence déloyale<sup>11</sup>», c'est-à-dire l'application des règles de la responsabilité civile délictuelle de l'article 92 du CO.C. La technique contractuelle s'est développée en la matière, tant en droit du travail (A), qu'en droit des sociétés (B).

#### **A) Les clauses de non concurrence dans les rapports avec les salariés**

Les clauses de non concurrence insérées dans les contrats de travail, surtout lorsqu'il s'agit de cadres ayant un rôle clef dans l'entreprise, répondent à un besoin souvent légitime de protection contre le débauchage<sup>12</sup>, sachant surtout qu'en règle générale, l'embauche par un employeur d'un salarié qui vient de démissionner d'une entreprise concurrente, ne présume pas en tant que tel, l'existence d'une concurrence déloyale<sup>13</sup>. D'où l'intérêt des clauses de non concurrence.

Dans l'absolu, la clause interdisant à un salarié d'être embauché après la fin de son contrat de travail par une entreprise concurrente, semble a priori contraire à la liberté du travail et au droit à l'emploi, mais ceci doit être concilié avec le droit de l'employeur de protéger son entreprise et

---

<sup>11</sup> Jean Marc Mousseron, technique contractuelle, 3<sup>e</sup> édition, n°1457

<sup>12</sup> La pratique a conçu contre le débauchage des clauses de non de non démarchage, interdisant à chacune des entreprises membre d'un groupement par exemple, de solliciter les services d'un salarié exerçant ses fonctions dans l'autre, même lorsque ce salarié ne travaille plus dans cette dernière.

<sup>13</sup> Cf. Blaise, Droit des affaires, LGDJ, 3<sup>e</sup> édition n°665, qui cite l'arrêt Com. 19 octobre 1999, BRDA 1999, n°22, p.8.

surtout les biens immatériels de celle-ci, contre les détournements qui se produisent à travers le débauchage de ses hommes (et femmes).

En France, bien que le Code du travail soit muet sur la question, la jurisprudence a admis le principe de la validité de la clause<sup>14</sup> ; mais ce principe a été critiqué par certains auteurs, motif pris de ce qu'il avait pour conséquence de mettre à la charge du salarié la preuve de l'illicéité de la clause<sup>15</sup>. Ces critiques ont conduit la chambre sociale de la Cour de cassation en 1991 à nuancer sa position, en considérant que le principe de la licéité de la clause de non concurrence n'est admis que dans la mesure où trois conditions cumulatives sont remplies :

- La clause doit être justifiée par l'intérêt légitime de l'entreprise.
- Son domaine d'application doit être limité dans le temps ou dans l'espace.
- Elle ne doit pas empêcher le salarié d'exercer l'activité qui lui est propre<sup>16</sup>.

Le 10 juillet 2002, la Cour de cassation française, par trois arrêts remarquables, a mis en place le régime actuel des clauses de non concurrence<sup>17</sup>. Ce régime juridique, qui est plus sévère à l'égard des clauses de non concurrence, subordonne leur validité à cinq conditions :

**Premièrement** : La clause doit être stipulée pour servir un intérêt légitime de l'entreprise. Ceci veut dire que la clause doit viser des activités pouvant concurrencer l'employeur. Il a été ainsi décidé que la clause de non concurrence ne pouvait pas concerner un laveur de vitres<sup>18</sup>, un conducteur de travaux<sup>19</sup> ou une secrétaire n'ayant que des tâches d'exécution<sup>20</sup>. Par contre, il a été jugé que la clause concernant un garçon de café était licite, dans la mesure où ce salarié est en contact direct avec la clientèle<sup>21</sup> ; ce qui veut dire que la clause n'est pas spécifique aux cadres et qu'elle peut toucher toutes les catégories de salariés.

**Deuxièmement** : La clause doit être limitée dans le temps. Cette limitation doit être raisonnablement fixée. Dans certaines conventions collectives, cette limitation (généralement de 6 à 18 mois) est établie en fonction des différentes catégories d'emploi<sup>22</sup>. S'il n'y a pas de limitation dans la convention collective, le juge appréciera cette limitation en tenant compte notamment de la contrepartie financière prévue au profit du salarié appelé à ne pas travailler.

**Troisièmement** : La clause doit être limitée dans l'espace. Cet espace est souvent défini dans la convention collective applicable à laquelle le contrat de travail ne peut pas déroger, en étendant le champ d'application de la clause. La limitation dans l'espace doit également être raisonnable

---

<sup>14</sup> Soc.9 mai 1967, D.1967, p.230 note G. Lyon-Caen ; les grands arrêts, p. 239.

<sup>15</sup> Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, Droit du travail, Editions Dalloz, 20<sup>e</sup> édition, n°255

<sup>16</sup> Ibid

<sup>17</sup> Voir : Cathy Neubauer, le contrat de travail et la clause de non concurrence, lundi 12 janvier 2015 in Village-justice.com

<sup>18</sup> Ibid

<sup>19</sup> Soc. 13 octobre 1988, D.1989.722

<sup>20</sup> Lyon 30 novembre 1992, RJS 1993, n°273

<sup>21</sup> Soc. 1<sup>er</sup> mars 1995, RJS 4/95. N°377.

<sup>22</sup> Dans certains pays, la limitation dans le temps est prescrite par la loi. Tel est le cas en Belgique (1 an) et en Allemagne (2ans) ; voir : Pélissier, Supiot et Jeammaud op.cit n°257.

et ne pas porter sur des lieux où le salarié ne peut pas faire concurrence à son ex-employeur<sup>23</sup>. L'interdiction portant sur tout le territoire national est considérée comme nulle<sup>24</sup>.

**Quatrièmement** : La clause de non concurrence ne doit pas avoir pour effet d'empêcher le salarié de jouir de la liberté du travail. La Cour de cassation française a depuis longtemps posé le principe suivant lequel « pour être valable, une clause de non concurrence doit laisser au salarié la possibilité d'exercer normalement l'activité qui lui est propre<sup>25</sup> ». Pour apprécier dans quelle mesure une clause de non concurrence entrave la liberté du travail d'un salarié déterminé, la jurisprudence prend en considération sa formation et les connaissances qu'il a acquises dans la pratique professionnelle. En conséquence, pour les spécialités très pointues, le risque de nullité de la clause est élevé<sup>26</sup>.

**Cinquièmement** : La clause doit prévoir une contrepartie financière. La Cour de cassation a opéré en la matière un revirement de jurisprudence depuis les arrêts ci-dessus cités du 10 juillet 2002. Sa jurisprudence antérieure qui n'exigeait pas de contrepartie financière, a été vivement critiquée car elle méconnaissait la règle de base qui gouverne les contrats synallagmatiques, à savoir que l'obligation de chaque partie doit avoir une cause qui est la contrepartie fournie par l'autre partie. La Cour de cassation a remédié à l'iniquité de sa jurisprudence antérieure en consacrant en 2002 que la contrepartie financière est une condition de validité de la clause de non concurrence<sup>27</sup>. De plus, la contrepartie financière doit être réelle. Une contrepartie dérisoire serait l'équivalent d'une contrepartie inexistante<sup>28</sup>. Néanmoins, lorsque la contrepartie n'est pas stipulée ou qu'elle est dérisoire, l'action en nullité ne peut être introduite que par le salarié<sup>29</sup>. Enfin, depuis 2011, la jurisprudence française exige que la contrepartie réelle soit versée après et non avant la rupture du contrat de travail<sup>30</sup>. Les montants payés par anticipation (sous forme de majoration de salaire) ne sont pas pris en considération.

En droit tunisien, la jurisprudence semble également marquée par un contrôle des clauses de non concurrence, bien que les éléments de cette jurisprudence ne soient pas rigoureusement fixés dans des arrêts de principe, permettant de conclure à l'existence d'un droit prétorien en la matière. Les grandes orientations semblent rejoindre celles du Droit français.

Dans un jugement en date du 13 janvier 2005, rendu par le tribunal de première instance de Tunis sous le numéro 39131 ( inédit), on peut lire que la clause de non concurrence est en principe valable mais elle doit obéir à certaines conditions tendant à protéger le salarié, sinon elle méconnaîtrait le droit au travail tel que consacré dans la constitution et à la convention

---

<sup>23</sup> Il a été par exemple jugé que pour un salon de coiffure, l'interdiction dans un rayon de 500 mètres était licite (Soc. 11 janvier 1971, Bul.civ. V.39).

<sup>24</sup> Soc. 31 mars 1981, D.1982. I.R. 202, obs. Serra. Il est cependant permis de se demander si l'interdiction visant tout le territoire national n'est pas au fond légitime, si l'entreprise ayant stipulé une telle clause, exerce ses activités sur un marché très étendu couvrant tout le pays.

<sup>25</sup> Soc. 18 octobre 1952, Bull. IV, n° 736.

<sup>26</sup> Cf. Pélissier op.cit. n° 258.

<sup>27</sup> Cf. Cathy Neubauer op.cit

<sup>28</sup> Il a été ainsi jugé que la contrepartie égale au dixième du salaire mensuel était dérisoire et qu'elle devait de ce fait entraîner la nullité de la clause (Soc. 15 novembre 2006, n° 04-46-721) cité par Cathy Neubauer op.cit).

<sup>29</sup> Soc. 2 février 2006, n° 04-41004, LawLex200600001216JBJ. Cette décision a admis le rejet de la tierce opposition formulée par le nouvel employeur contre l'arrêt qui avait reconnu la validité de la clause.

<sup>30</sup> Soc. 22 juin 2011, n° 09-71-567

internationale de l'OIT n° 122, ratifiée par la loi du 21 décembre 1965<sup>31</sup>. Selon le même jugement, la clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace. Le fait qu'elle soit limitée à 5 ans, mais applicable sur tout le territoire tunisien, a pour effet de la rendre nulle. La nouvelle constitution tunisienne de 2014 consacre à son tour dans son article 40 le droit de chaque citoyen et citoyenne au travail, en mettant à la charge de l'Etat l'obligation de prendre les dispositions nécessaires pour assurer l'exercice de ce droit sur la base de la compétence et de l'équité. Nous considérons que cet article ne peut qu'orienter la jurisprudence vers un contrôle sévère des clauses de non concurrence afin d'éviter qu'elles ne privent le salarié de la jouissance d'un droit constitutionnellement reconnu ; mais nous ne pensons pas que l'article 40 de la constitution puisse être interprété dans le sens de l'interdiction pure et simple des clauses de non concurrence à l'égard des salariés. Le Droit étant l'art des nuances, il faudrait que le juge trouve dans chaque cas l'équilibre qui s'impose entre la protection du salarié et la protection légitime de l'entreprise. Cette protection suppose que le juge veille en cas de contestation de la clause, sur l'intérêt qu'elle tend à protéger et vérifier que cet intérêt est légitime pour l'entreprise.

## **B) Les clauses de non concurrence dans les rapports avec les dirigeants sociaux**

Après la cessation de leurs fonctions, les dirigeants ont le droit de concurrencer la société, en procédant à la création d'une entreprise concurrente. Ceci relève de la liberté d'entreprendre et de la liberté de la concurrence, telle que consacrée dans la loi du 29 juillet 1991. La société qui bénéficiait de la compétence et de l'expérience d'un dirigeant, ne saurait reprocher à celui-ci, une fois que son mandat est expiré, d'être devenu directement ou indirectement un concurrent. Dans un système de libre concurrence, aucune entreprise ne peut prétendre qu'elle a « un droit privatif sur ses clients », selon l'expression de l'éminent commercialiste Louis Vogel<sup>32</sup>. Concrètement, cela veut dire que les anciens dirigeants d'une société peuvent postérieurement à la fin de leurs mandats, démarcher la clientèle de la société pour lui proposer le même produit ou le même service à un prix plus bas ou à des conditions plus favorables notamment, en termes de délais ou en termes de garantie. La clientèle n'appartient pas à une entreprise déterminée. Elle est libre de traiter avec qui elle veut.

Toutefois, la liberté d'entreprendre n'autorise pas la concurrence déloyale. Celle-ci est établie lorsqu'un ancien dirigeant utilise des manœuvres déloyales pour détourner les clients de la société qu'il dirigeait. Ce détournement peut résulter de l'utilisation du fichier de l'entreprise et du démarchage systématique de sa clientèle<sup>33</sup> ; ce qui dénote d'une certaine paresse, voire d'une intention de ne pas faire d'effort sur le plan commercial et de récolter d'une certaine manière le fruit du travail d'autrui<sup>34</sup>. La jurisprudence française qui est abondante dans ce domaine, qualifie de concurrence déloyale notamment le fait de s'approprier les secrets de fabrication de l'entreprise et de piller systématiquement ses informations techniques et commerciales<sup>35</sup>, le fait de dénigrer son ancienne entreprise<sup>36</sup>, ou de pratiquer une politique de débauchage de ses

---

<sup>31</sup> Cette convention se réfère à son tour à l'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

<sup>32</sup> Op.cit n° 730

<sup>33</sup> Cf. Louis Vogel, op.cit n° 730 et la jurisprudence citée.

<sup>34</sup> Cf. Y. Serra. Rép. Dalloz de Droit commercial V° concurrence déloyale, n°178.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Cf. Yves Reinhard et Sylvie Thomasset-Pierre, Droit commercial, Litec, 7<sup>e</sup> édition, n°228.

salariés pour qu'ils transfèrent à la nouvelle entreprise leur savoir faire et sa force de frappe commerciale<sup>37</sup>. L'agression du concurrent peut prendre la forme d'une désorganisation systématique de l'entreprise rivale, en utilisant cumulativement une série de procédés déloyaux (débauchage<sup>38</sup>, désorganisation de la production<sup>39</sup> et désorganisation des moyens de distribution<sup>40</sup>). Dans ce domaine, le dirigeant social n'a pas besoin de passer par l'espionnage pour puiser l'information dont il a besoin. Il dispose déjà de cette information. Certes, les connaissances techniques qui ne sont protégées par un brevet d'invention sont dans le domaine public et qu'il n'est pas interdit d'utiliser par exemple les méthodes de production conçues par une entreprise, pour la concurrencer. Toutefois, cette concurrence sera qualifiée de déloyale si les moyens utilisés pour s'approprier le savoir faire d'autrui sont des moyens frauduleux<sup>41</sup>. D'où la difficulté pour l'entreprise lésée de prouver l'existence d'une fraude. L'ancien gérant ou l'ancien P.D.G qui de par ses fonctions, a accédé légalement au savoir faire de la société, ne commet pas de faute lorsqu'il crée une nouvelle entreprise et fait bénéficier celle-ci de ce savoir faire. De même, le dirigeant qui connaît bien le marché de la société à la tête de laquelle il était placé, n'est pas obligé d'éviter ce marché lorsqu'il quitte la société et s'installe pour son compte ou pour le compte d'une entreprise concurrente. Il faut qu'il y ait de sa part des manœuvres déloyales pour que la concurrence engage sa responsabilité.

D'où l'intérêt des clauses de non concurrences dans ce domaine. La société peut préalablement à la nomination de son gérant ou de son directeur général, exiger qu'il lui signe un engagement de non concurrence post mandat. Au lieu que le litige soit placé sur le terrain de la concurrence déloyale, il sera ainsi déplacé vers celui de la concurrence anti contractuelle<sup>42</sup>. A la différence de la première qui sanctionne le défaut de loyauté du procédé utilisé, la seconde interdit purement et simplement l'activité concurrente et contrairement à la concurrence déloyale qui a pour fondement la responsabilité civile délictuelle, la concurrence anticontractuelle, comme son nom l'indique, est basée sur la responsabilité contractuelle de celui qui a méconnu son obligation de ne pas faire<sup>43</sup>

Le problème se pose avec moins d'acuité pour les administrateurs et les membres du conseil de surveillance qui ne disposent pas des mêmes informations et n'ont pas les mêmes atouts que les dirigeants en charge du management. C'est pourquoi, il est rare qu'ils soient soumis à des engagements de non concurrence.

Lorsque la clause de non concurrence concerne le gérant de la SARL, le P.D.G, le D.G ou le DGA de la S.A, il n'existe pas de règles pouvant guider le rédacteur d'une telle clause quant aux limites de sa validité. Nous estimons cependant que ces limites devraient être tracées par référence à ce qui a été ci-dessus exposé pour les salariés, même si socialement et juridiquement le problème ne se pose pas exactement dans les mêmes termes. Lorsqu'il s'agit d'un dirigeant, on ne saurait considérer la clause de non concurrence, comme étant contraire à la liberté du travail, sachant

---

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Voir : Jean-Bernard Blaise, op.cit, n°665.

<sup>39</sup> Blaise, op.cit n° 666.

<sup>40</sup> Blaise, op.cit n°667.

<sup>41</sup> Blaise, op.cit n° 666

<sup>42</sup> Voir sur cette distinction : Vogel, op.cit n° 716.

<sup>43</sup> Ibid.

que les dirigeants sociaux ne sont pas des salariés et ne sont pas régis par le droit du travail. Ils ont cependant le droit d'entreprendre, sachant que la loi du 29 juillet 1991 consacre la libre concurrence<sup>44</sup>.

A la différence des travailleurs, les dirigeants de sociétés ne relèvent pas d'une catégorie sociale vulnérable, ayant besoin d'un statut protecteur. Les obligations de non concurrence qu'ils contractent sont censées négociées et acceptées librement et « *at arm's length* »<sup>45</sup>. Le respect de la parole donnée s'impose donc pour ce qui a été convenu et arrêté. Les clauses de non concurrence ne semblent pas appeler de la part du juge un contrôle sévère. Nous estimons que la limitation du domaine de l'interdiction de la concurrence n'a pas besoin d'être à la fois dans le temps<sup>46</sup> et dans l'espace. Il suffit qu'il y ait l'une ou l'autre de ces limitations<sup>47</sup>; mais en tout état de cause, il faudrait que la clause soit réellement justifiée et qu'elle réponde à un intérêt légitime de la société qui l'a stipulée. Ce point mérite d'être souligné, car à notre connaissance, le juge tunisien n'a pas eu l'occasion de s'y prononcer. Dire que la clause de non concurrence doit correspondre à un intérêt légitime de la société bénéficiaire de l'obligation, signifie d'abord que l'interdiction ne doit pas porter d'une manière générale et absolue sur l'exercice du commerce en général. Autrement dit, la société qui parvient à interdire à son dirigeant d'exercer le commerce après la cessation de ses fonctions, n'a pas un intérêt légitime à défendre. Par définition, la société a un objet déterminé. Elle n'exerce pas toutes les activités commerciales et à supposer que son ancien dirigeant se lance dans une activité nouvelle, sans rapport avec l'activité sociale, ce nouveau commerce ne concurrence pas la société et par voie de conséquence la clause doit être annulée pour défaut d'intérêt légitime. Nous pensons toutefois que le domaine de l'interdiction peut ne pas être circonscrit aux activités identiques et qu'il peut valablement porter sur des activités complémentaires, car il est légitime pour une entreprise qui exerce une activité déterminée, de prévoir à moyen terme une croissance dans un domaine complémentaire. Elle peut légitimement se protéger à cet effet.

Lorsque le dirigeant social lié par une clause de non concurrence quitte ses fonctions mais au lieu de concurrencer directement la société, prête ses services en tant que gérant, D.G ou DGA, à une autre société concurrente, le problème se pose de savoir si cette société peut être tenue pour responsable vis-à-vis de celle qui avait stipulé la clause de non concurrence.

Il va sans dire que sur le plan de la responsabilité contractuelle, l'effet relatif des contrats s'oppose à ce que la deuxième société soit poursuivie pour violation de l'obligation de non concurrence, à supposer que cette clause interdise au dirigeant non seulement de concurrencer directement la société, mais aussi de diriger une société concurrente. Sur le plan de la responsabilité délictuelle en revanche, la deuxième société qui engage un dirigeant, tout en sachant qu'il est lié à la première par une clause de non concurrence et que cette clause lui

---

<sup>44</sup> Il est à noter cependant qu'à la différence du droit au travail qui est consacré dans l'article 40, le droit d'entreprendre n'a pas acquis droit de cité dans la constitution.

<sup>45</sup> Dans la terminologie juridique anglaise, cette expression désigne les transactions dans lesquelles les parties sont censées avoir des capacités de négociation équivalentes, leur permettant de discuter et de convenir d'un accord exprimant leur volonté commune.

<sup>46</sup> La limitation dans le temps doit être raisonnable. Une limitation à 99 ans par exemple n'aurait aucun sens. De même, une limitation disproportionnée par rapport à l'âge du dirigeant et de son espérance de vie, serait annulable.

<sup>47</sup> Le Droit français consacre cette limitation alternative. Voir : Reinhard et Thomasset-Pierre op.cit n° 121.

interdit de diriger une entreprise concurrente, commet une faute délictuelle et se rend d'une certaine manière complice de la violation de son obligation par le dirigeant en question.

Sur le plan de la preuve, il semble difficile d'établir d'une manière certaine la connaissance par la nouvelle société de l'obligation de non concurrence contractée par son dirigeant, mais si cette preuve est rapportée, le problème se pose de savoir quelle est la sanction ?

La condamnation du dirigeant et de la société dont il a pris la direction *in solidum* peut être prononcée pour réparer le préjudice causé à la société lésée par la concurrence, étant précisé que cette concurrence est illégale vis-à-vis du dirigeant et déloyale vis-à-vis de la société<sup>48</sup>.

Peut-on concevoir en la matière une réparation en nature, sous forme de condamnation sous astreinte du dirigeant et de la société complice de la violation de la clause de non concurrence, à mettre fin à la situation contraire à cette clause?

S'agissant d'une obligation de ne pas faire (ne pas diriger une société concurrente), son inexécution ne se résout pas seulement en dommages-intérêts. L'article 276 du C.O.C dispose que lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, le créancier peut du seul fait de la violation de cette obligation, obtenir des dommages-intérêts. Il « peut en outre se faire autoriser à supprimer aux dépens du débiteur, ce qui aurait été fait contrairement à l'engagement ». A proprement parler, lorsqu'il s'agit d'une obligation de non concurrence, la société lésée ne saurait obtenir du juge l'autorisation de supprimer cette concurrence aux dépens du dirigeant. Elle pourrait cependant sur la base de l'article 276, demander que le dirigeant et la société complice soient tous les deux condamnés à mettre fin au mandat social contraire à l'obligation de non concurrence. Une astreinte peut être prononcée pour assurer l'exécution de cette décision.

---

<sup>48</sup> Voir : Reinhard et Thomasset-Pierre op.cit n° 121.