

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 26 septembre 2018

Cassation partielle

Mme RIFFAULT-SILK, conseiller
doyen faisant fonction de président

Arrêt n° 745 F-P+B

Pourvoi n° K 16-28.133

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ M. Claude X..., domicilié [...],

2°/ M. Michel Y..., domicilié [...],

contre l'arrêt rendu le 18 octobre 2016 par la cour d'appel de Bordeaux (2e chambre civile), dans le litige les opposant :

1° à la société SC Conseil, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

2° à M. Jean-Philippe Z..., domicilié [...],

3° à la société M&M Investissements, société par actions simplifiée, dont le siège est [...],

4° à M. Jean-François A..., domicilié [...],

défendeurs à la cassation ;

MM. Z... et A... et les sociétés SC Conseil et M&M Investissements ont formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;
Les demandeurs au pourvoi principal invoquent, à l'appui de leur recours, quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demandeurs au pourvoi incident invoquent, à l'appui de leur recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 26 juin 2018, où étaient présents : Mme RIFFAULT-SILK, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme de Cabarrus, conseiller référendaire rapporteur, Mme Orsini, conseiller, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme de Cabarrus, conseiller référendaire, les observations de la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat de MM. X... et Y..., de la SCP Didier et Pinet, avocat des sociétés SC Conseil et M&M Investissements et de MM. Z... et A..., l'avis de M. Debacq, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué et les productions, que le 19 novembre 2004, MM. X... et Y... ont promis de céder à MM. A... et Z... et à la société Foncière immobilière Girondine les cent parts qu'ils détenaient dans le capital de la SARL SC Conseil, devenue SAS, société de courtage d'assurances ; que ce protocole de cession prévoyait une faculté de substitution des cessionnaires par un tiers et comportait une clause de non-concurrence pour une durée de cinq ans, expirant le 31 décembre 2009 ; qu'une convention de garantie d'actif et de passif a été signée le même jour ; que par acte du 31 janvier 2005, M. X... a cédé une action à M. Z... et quarante-neuf à la société M&M Investissements, et M. Y... a cédé une action à M. A... et quarante-neuf à cette société ; qu'estimant que MM. X... et Y... avaient violé la clause de non-concurrence stipulée au bénéfice de la société SC Conseil, par le biais de la société Axialis qu'ils avaient constituée, et que la garantie d'actif et de passif devait être mise en jeu, MM. A... et Z... et la société SC Conseil ont assigné en paiement MM. X... et Y... et la société Axialis ; que la société M&M Investissements est intervenue volontairement à l'instance pour demander l'exécution, à son bénéfice, de la garantie d'actif et de passif ;

Sur le quatrième moyen du pourvoi principal :

Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt de rejeter leur demande en paiement de la somme de 7 622 euros alors, selon le moyen, que le paiement volontaire réalisé en exécution d'un contrat ne saurait suffire à en modifier les termes ; qu'en retenant, pour exclure tout remboursement de MM. X... et Y..., qu'ils avaient accepté de prendre en charge le paiement de la somme de 7 622 euros au titre de la garantie de passif, quand un tel constat ne suffisait pas à justifier l'application de la garantie, qui supposait un passif effectivement mis à la charge de la société SC Conseil, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce ;

Mais attendu que l'arrêt retient qu'à la suite d'un sinistre survenu en 2004, un litige s'est élevé entre la société SC Conseil et M. C... sur la prise en charge d'une franchise d'un montant de 7 622 euros, et que MM. X... et Y..., tenus informés des péripéties du dossier, et de la proposition d'indemnisation de M. C... par accord amiable, ont accepté de prendre en charge ce règlement au titre de leur garantie de passif, puisque ce litige était bien relatif à leur gestion ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu rejeter la demande en remboursement de la somme de 7 622 euros ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident :

Attendu que la société SC Conseil, MM. A... et Z... et la société M&M Investissements font grief à l'arrêt de rejeter la demande formée par la société SC Conseil sur le fondement de la concurrence déloyale alors, selon le moyen, qu'un préjudice s'infère nécessairement de la violation d'une clause de non-concurrence, génératrice d'un trouble commercial ; qu'en se fondant, pour débouter la société SC Conseil, sur la circonstance que celle-ci ne parvenait ni à établir ni chiffrer

un préjudice, ni un lien de causalité entre un préjudice et les agissements reprochés aux appelants, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction applicable ;

Mais attendu que la cour d'appel, appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, a pu estimer que la société SC Conseil, qui n'avait communiqué à l'expert aucune information, malgré sa demande, sur le montant des commissions payées par ses clients, ne rapportait pas la preuve qui lui incombait de l'étendue du préjudice allégué ni du lien de causalité entre ce préjudice et la faute reprochée à MM. X... et Y... ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le deuxième moyen du pourvoi principal :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal :

Vu l'article 1197 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Attendu que pour écarter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action de la société M&M Investissements et condamner solidairement MM. X... et Y... à lui payer certaines sommes en exécution de la garantie d'actif et de passif, l'arrêt retient que la solidarité est présumée en matière commerciale, et que la prescription a donc été utilement interrompue par l'action de MM. A... et Z... et de la société SC Conseil ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la solidarité active ne se présume pas et que MM. A... et Z... agissaient en qualité de créanciers, bénéficiaires de la garantie, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le dernier grief :

REJETTE le pourvoi incident ;

Et sur le pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il condamne solidairement MM. X... et Y... à payer à la société M&M Investissements les sommes de 37 007,74 euros et 1 892,35 euros au titre de la garantie d'actif et de passif, l'arrêt rendu le 18 octobre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Poitiers ;

Condamne la société SC Conseil, la société M&M Investissements et MM. Z... et A... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette leur demande et les condamne à payer à MM. X... et Y... la somme globale de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-six septembre deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits AU POURVOI PRINCIPAL par la SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, avocat aux Conseils, pour MM. X... et Y....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR jugé que l'action de M&M Investissements n'était pas atteinte par la prescription, d'AVOIR condamné solidairement M. X... et M. Y... à payer de 37 007,74 euros et de 1 892,35 euros à la société M&M Investissements, en exécution de la garantie d'actif et de passif ;

AUX MOTIFS QUE les appelants opposent alors la prescription à la société Investissements, au double motif que la convention de garantie arrivait à échéance le 31 décembre 2009, et qu'il résulte de l'article 2224 du code civil que les actions se prescrivent par 5 ans du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits qui lui permettaient de l'exercer ; que pour autant, c'est à bon droit que les intimés et la société intervenante soutiennent que la convention de garantie bénéficie aux cessionnaires quels qu'ils soient, et que la cession de droits sociaux étant de nature commerciale, s'applique la règle voulant que la Solidarité est présumée en matière commerciale si les débiteurs d'une même dette se sont engagés solidairement, ce qui est le cas de MM. X... et Y... vis à vis de la société M&M Investissements ; qu'en l'espèce, la prescription a donc été utilement interrompue par l'action de M. A..., M. Z..., et de la société SC Conseil ; que l'action de la société Investissements n'est donc pas atteinte par la prescription ;

ALORS QU'à la différence de la solidarité passive, la solidarité active ne se présume pas en matière commerciale et suppose que le titre donne expressément à chacun des créanciers le droit de demander le paiement du total de la créance ; qu'en jugeant que la solidarité est présumée en matière commerciale, de sorte que la prescription de l'action de la société M&M Investissements avait été utilement interrompue par l'action de M. A..., M. Z..., et de la société SC Conseil, quand les parties agissaient en qualité de bénéficiaires de la garantie et donc de créanciers, la cour d'appel a violé l'article 1197 du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné solidairement M. X... et M. Y... à payer les sommes de 377 euros à M. A..., 377 euros à M. Z..., et celle de 37 007,74 euros à la société M&M Investissements, en exécution de la garantie d'actif ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE la clause de garantie d'actif et de passif liant les cédants (pièce n° des intimés) n'est pas contestée en elle-même ; que le tribunal de commerce a retenu la mise en oeuvre de la garantie d'actif ; qu'on doit considérer que les appelants, qui demandent que les intimés et l'intervenante soient « déboutés de toutes leurs demandes », sollicitent l'infirmité de cette disposition, bien que, sans doute par erreur matérielle, ils incluent la somme de 90 000 euros que le tribunal de commerce a allouée à MM. A... et Z... dans une « garantie de passif » alors que le premier juge l'a au contraire allouée au titre de la garantie d'actif ; que les intimés et la société intervenante demandent à la cour de juger que MM. X... et Y... doivent garantir la diminution d'actif résultant du redressement opéré par la société Generali ; qu'ils font valoir que le prix de cession avait été déterminé au vu d'une Situation comptable arrêtée au 30 septembre 2004 faisant ressortir un chiffre d'affaires de 370 193 euros sur neuf mois réalisé grâce à une liste de contrats d'assurance dont un grand nombre placés auprès de la société Generali avec laquelle la société SC Conseil travaillait depuis plusieurs années (leur pièce n° 4), mais que, dès les premiers mois d'exploitation par les cessionnaires, Generali a imposé en 2005 un plan de redressement destiné à éliminer tous les contrats en cours fortement déficitaires car souscrits dans des conditions anormales par les cédants ; qu'il ressort des pièces produites à la fois le caractère exceptionnel de ce plan de redressement, et l'imputation de son origine dans la gestion de MM. X... et Y... ; qu'il est constant que ce plan de redressement a entraîné la résiliation de 190 polices correspondant à une perte de chiffre d'affaires de 000 euros et à une majoration de 5 % de la prime, ce que les intimés indiquent correspondre à une perte de commissions de 45 000 euros sur trois ans ; qu'ainsi, c'est à juste titre que le tribunal de commerce a fait jouer la garantie d'actif, le plan de redressement, pourtant antérieur à la cession et ayant eu ces conséquences dommageables, n'ayant pas été mentionné dans l'acte de cession ; qu'à ce titre, l'expert conclut que la valeur de la clientèle a été indument majorée de 37 763 euros dans le protocole de cession, en raison du plan de redressement de Generali ; qu'ainsi, si la décision du tribunal de commerce doit être confirmée en ce qu'elle a retenu la mise en oeuvre de

la garantie d'actif, elle doit être réformée sur son quantum, et il sera alloué, conformément à la proposition de l'expert, qui n'est pas utilement contredite par les parties, les sommes, au prorata de leurs parts sociales, de 377,63 euros à chacun pour MM. A... et Z..., et de 37 007,74 euros pour la société M&M Investissements ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE le paragraphe 3 de la convention de garantie d'actif et de passif conclue entre les parties au moment de la cession des parts sociales de la société SC CONSEIL le 19 novembre 2004 stipule que « Le bénéficiaire de la garantie s'engage à informer le cédant dans un délai maximum de 15 jours à compter de la découverte ou de la survenance d'un événement pouvant faire jouer sa garantie et à lui permettre de participer, personnellement, ou par l'intermédiaire de ses conseils aux travaux de contrôle. Ces conditions remplies, le cédant prendra à sa charge les suppléments de passif dans la limite de leur incidence sur l'actif net comptable de la société tel qu'il figure au bilan du 30 septembre 2004 aux conditions de l'article II qui précède. Le remboursement s'effectuera dans un délai de trois mois à compter de l'inscription du passif supplémentaire dans les comptes de la société. Le cédant s'engage à en effectuer le règlement intégral entre les mains du cessionnaire sur première demande de ce dernier, adressée sous pli recommandé avec demande d'avis de réception, où à la convenance du cessionnaire, à en imputer le montant sur le remboursement à due concurrence des sommes qui pourraient être dues par le cessionnaire au cédant, ou encore, par délégation sur toute dette de la société envers le cédant » ; que sur la garantie d'actif, le Tribunal relève qu'il ressort des pièces produites au débat par Messieurs A... et Z... que dès les premiers mois d'exploitation de l'année 2005 du cabinet d'assurances SC CONSEILS, Madame Hélène D... inspecteur commercial de la compagnie GENERALI, écrivait dans un mail du 29 juin 2005 adressé à sa hiérarchie que « Ce cabinet a été repris en janvier 2005 par 2 jeunes courtiers qui prennent connaissance en l'achetant du contenu et de la qualité du portefeuille GENERALI, « ils jouent le jeu » néanmoins en mettant en oeuvre avec succès le plan de redressement qui fait partie de leur charte 2005. À fin Mai, on peut déjà enregistrer 113 résiliations Auto pour un peu plus de 67 000 €, ce qui représentent déjà 70% des résiliations demandées dans ce plan que je tiens à votre disposition par courrier car je ne l'ai pas dans mes fichiers informatiques. Ces nouveaux courtiers pâtissent hélas d'un certain laxisme de souscription et de gestion des ex courtiers, en un mot ils héritent d'une réputation qu'ils doivent reconquérir et je pense qu'on peut leur faire confiance et qu'on peut même les aider car outre la bonne volonté qu'ils déploient pour mener à bien l'assainissement demandé du portefeuille AUTO, ils souhaitent également développer avec nous dans des cibles profitables. Je pense que SC CONSEIL tel que le cabinet est devenu depuis la reprise par les nouveaux courtiers Jean-François A... et Jean-Philippe Z..., est un point de vente de courtage fiable et prometteur sur BORDEAUX. Nous avons un mauvais cap à passer, qui est un héritage empoisonné de l'ex-gestion » ; qu'un autre mail de Madame D... en date du 6 juillet 2005 précise que le plan de redressement a été édité le 2 septembre 2004 avec mise en place en janvier 2005 ; que par conséquent, le Tribunal dira que Messieurs X... et Y... étaient forcément au courant de ce plan mais qu'ils n'en ont pas informé Messieurs A... et Z... lors de la cession des parts sociales de la société SC CONSEILS, l'existence de ce plan n'étant pas mentionnée dans l'acte de cession du 19 novembre 2004 ; qu'un courrier de la compagnie GENERALI en date du 29 juin 2009 adressé au conseil de Messieurs A... et Z... confirme les résultats du plan de redressement par la résiliation de 190 polices correspondant à une perte de chiffre d'affaires de 224 000 € représentant en fait les primes acquises sur 3 ans ; que par conséquent le Tribunal dira que Messieurs X... et Y... ont commis une faute à l'égard de Messieurs A... et Z... en ne signalant pas l'existence d'un plan de redressement mis en place par la compagnie GENERALI et ayant eu pour conséquence la résiliation forcée de 190 polices d'assurance qui étaient comprises dans l'actif de la société SC CONSEILS au moment de sa cession le 19 novembre 2004 ; que Messieurs A... et Z... ont subi un préjudice qui doit être indemnisé et en conséquence le Tribunal condamnera Messieurs X... et Y... à payer à Messieurs A... et Z... la somme de 90 000 €, la somme de 45 000 € correspondant aux commissions perdues étant justifiée par un tableau établi par la compagnie GENERALI qui liste tous les contrats d'assurance résiliés ;

1° ALORS QUE le cessionnaire d'actions ne peut invoquer la garantie d'actif relativement à ce dont il avait connaissance ; qu'en retenant que la garantie d'actif devait être mise en oeuvre au motif que le plan de redressement mis en oeuvre par Generali, antérieur à la cession de parts et ayant entraîné la résiliation de nombreuses polices et une diminution du chiffre d'affaires, n'avait pas été mentionné dans l'acte de cession, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les cessionnaires n'avaient pas connaissance de cet élément au moment de la cession, ce qui excluait le jeu de la garantie d'actif, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce ;

2° ALORS QU'en toute hypothèse, il était stipulé, dans la convention de garantie, que « le bénéficiaire s'engage à informer le cédant dans un délai maximum de 15 jours à compter de la découverte ou de la survenance d'un événement pouvant

faire jouer sa garantie et à lui permettre de participer, personnellement ou par l'intermédiaire de ses conseils aux travaux de contrôle » ; qu'en condamnant MM. X... et Y... au titre de la garantie d'actif, sans vérifier, comme elle y était invitée, que la condition d'information du cédant dans les quinze jours de la découverte ou de la survenance d'un événement pouvant faire jouer sa garantie avait été respectée, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné solidairement M. X... et M. Y... à payer la somme de 1 892,35 euros à la société M&M Investissements, en exécution de la garantie de passif ;

AUX MOTIFS QUE les cessionnaires ont également demandé la mise en oeuvre de la garantie de passif du fait de la majoration des primes d'assurance responsabilité professionnelle générée par les différentes procédures causées par la gestion antérieure à la cession ; qu'ils soutiennent qu'il leur est apparu des pratiques douteuses de leurs cédants, qui auraient encaissé des primes des clients sans souscrire les assurances correspondantes ; qu'ils font valoir que la multiplication des procédures en responsabilité générées par la mauvaise gestion des cédants a entraîné une majoration des primes d'assurance, et se réfèrent à un relevé de sinistralité au 15 décembre 2010 (leur pièce n° 77), pour lequel 6 des 7 sinistres seraient dus à la gestion des cédants, et invoquent particulièrement les sinistres Mathieu, SCI Les Portes de Langon, et Diaz ; qu'ils font également état d'une assignation par la société Aviva, qui n'a pas abouti ; qu'ils produisent une lettre de la compagnie CGPA du 27 octobre 2009 (leur pièce n° 37) qui leur indiquait que, compte tenu de la sinistralité anormale, elle appliquerait à compter du 1er janvier 2010 une franchise de 15 000 euros et une majoration tarifaire de 20 % ; que MM. X... et Y... opposent que MM. A... et Z... n'ont pas procédé à la notification dans les 15 jours prévue à la garantie, ni joint l'assignation de la société Aviva ; qu'il résulte en effet de l'article 3 de la Convention de garantie d'actif et de passif conclue lors de la cession que « le bénéficiaire de la garantie s'engage à informer le cédant dans un délai maximum de 15 jours à compter de la découverte ou de la survenance d'un événement pouvant faire jouer sa garantie et à lui permettre de participer, personnellement ou par l'intermédiaire de ses conseils, aux travaux de contrôle » ; que pourtant, le tribunal de commerce a justement relevé que c'est par un courrier du septembre 2009 que MM. A... et Z... ont notifié à MM. X... et Y... leur intention de faire jouer la garantie de passif en raison de l'assignation délivrée par la société Aviva le 4 septembre précédent, de sorte que les délais prévus au contrat ont été respectés ; que, comme déjà analysé supra pour ce qui est de la recevabilité de l'intervention volontaire, cette information de la part de MM. A... et Z... bénéficie par solidarité à l'ensemble des cessionnaires ; que les intimés rapportent désormais les éléments relatifs à l'augmentation de la sinistralité qui a conduit leur compagnie d'assurance à augmenter ses tarifs, ce qu'ils ne faisaient pas devant le tribunal de commerce qui avait rejeté leur demande pour ce motif ; qu'au vu des éléments produits devant la cour, il y a donc désormais lieu de mettre en oeuvre la garantie de passif à ce titre ; que le jugement sera en conséquence réformé de ce chef, et, les intimés limitant leurs demandes aux sommes proposées par l'expert, il sera alloué, conformément à cette proposition de l'expert, qui n'est pas non plus utilement contredite par les appelants, la somme totale de 1 930,95 euros correspondant à la majoration de la prime d'assurance liée à l'augmentation de la sinistralité, et donc les sommes, au prorata de leurs parts sociales, de 19,30 euros à chacun pour MM. A... et Z..., et de 1 892,35 euros pour la société M&M Investissements ;

ALORS QUE la solidarité active ne se présume pas en matière commerciale et suppose que le titre donne expressément à chacun des créanciers le droit de demander le paiement du total de la créance ; qu'en retenant, pour condamner MM. X... et Y... à payer 892,35 euros à la société M&M Investissements au titre de la garantie de passif, que cette société pourrait se prévaloir, en raison de la solidarité, de l'information préalable délivrée par les autres cessionnaires, MM. A... et Z..., quand, en l'absence de toute stipulation expresse de solidarité, il revenait à la société M&M Investissements de respecter elle-même les conditions contractuelles de la garantie dont elle entendait se prévaloir, la cour d'appel a violé l'article 1197 du code civil, ensemble l'article 1134 du même code, dans leur rédaction applicable à l'espèce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté MM. X... et Y... de leur demande en paiement de la somme de 7 622 euros ;

AUX MOTIFS QU'ils invoquent également un sinistre C..., dans lequel ils assurent que la société SC Conseil aurait prétendu avoir dû payer la franchise à hauteur de 7 622 euros, alors que la somme a été remise en sus à M. C... à titre de geste commercial, et soutiennent alors qu'il leur a été « extorqué » cette somme dans le cadre de la garantie de passif pour faire preuve de générosité envers un client ; qu'il apparaît qu'à la suite d'un sinistre survenu en 2004, un litige s'est élevé entre la société SC Conseil et M. C... sur la prise en charge d'une franchise ; que sur quoi, les intimés expliquent sans être utilement démentis qu'en réalité MM. X... et Y..., tenus informés des péripéties du dossier, et de la proposition d'indemnisation de M. C... par accord amiable, ont accepté de prendre en charge ce règlement au titre de leur garantie de passif, puisque ce litige était bien relatif à leur gestion ; que dans ces conditions, non seulement ce litige ne caractérise en rien une intention de nuire de MM. A... et Z... envers MM. X... et Y..., mais encore il n'y a pas lieu à remboursement à ces derniers, contrairement à ce qu'a décidé le tribunal de commerce ;

ALORS QUE le paiement volontaire réalisé en exécution d'un contrat ne saurait suffire à en modifier les termes ; qu'en retenant, pour exclure tout remboursement de MM. X... et Y..., qu'ils avaient accepté de prendre en charge le paiement de la somme de 7 622 euros au titre de la garantie de passif, quand un tel constat ne suffisait pas à justifier l'application de la garantie, qui supposait un passif effectivement mis à la charge de la société SC Conseil, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable à l'espèce. Moyen produit AU POURVOI INCIDENT par la SCP Didier et Pinet, avocat aux Conseils, pour les sociétés SC Conseil et M&M Investissements et MM. Z... et A....

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société SC Conseil de son action en concurrence déloyale ;

AUX MOTIFS QUE la société SC Conseil recherche les cédant pour la violation d'une clause de non-concurrence, et demande à ce titre la somme de 50 000 euros ; que le tribunal de commerce a rejeté la demande de ce chef, en considérant que les détournements de clientèle après cession n'étaient pas établis ; que les appelants soutiennent qu'ils n'ont pas repris d'activité d'assurance, ni directement, ni indirectement ; qu'il est constant que l'acte de cession du 19 novembre 2004 comportait une clause de non-concurrence ainsi libellée « le cédant s'interdit d'entreprendre personnellement ou par personne interposée toute activité de courtage d'assurance susceptible de concurrencer la société SC Conseil, comme de diriger ou d'administrer toute entreprise ou société concurrente, et ceci sur le territoire de la région d'Aquitaine, pendant un délai de cinq années expirant le 31 décembre 2009, à peine de dommages-intérêts et sans préjudice du droit de faire cesser toutes infractions à cette interdiction. De convention expresse entre les parties, la présente clause jouera pour toute activité de courtage d'assurances, à l'exception cependant de la réalisation de contrats d'assurances de prêt liés à toutes opérations immobilières ; qu'il est également constant que MM. X... et Y... ont constitué le 27 janvier 2005 une société Amans, ayant pour objet le courtage d'assurances pour la réalisation de prêts liés à toutes opérations immobilières et toutes opérations se rattachant à l'immobilier marchand de biens ; que les intimés soutiennent que derrière cette façade apparemment respectueuse de la clause de non-concurrence, les cédants ont en réalité immédiatement violé leur engagement, et font valoir le procès-verbal de constat dressé par Me E... les 12 et 13 avril 2005, dont il résulte que la société Axialis offrait toute assurance sans aucune restriction (leur pièce n° 9) ; que de même, ils exposent que la société SC Conseil a acquis de M. F... G... la clientèle de son cabinet de courtage, auprès de laquelle il s'engageait à présenter la société SC Conseil comme son seul successeur, alors qu'en réalité il se rapprochait, via une société DBL Promotion, de la société Axialis, et qu'il était procédé à « un détournement massif de la clientèle » propriété de la société SC Conseil, que c'est ainsi qu'ils évoquent la sollicitation par la société Axialis (leur pièce n° 25) d'un client de la société SC Conseil, Art Concept Services, pour l'original des conditions pour les adresser à un autre assureur afin de pouvoir la concurrencer directement, alors qu'il s'agissait d'un contrat de responsabilité professionnelle et non d'une opération immobilière ; que les intimés font valoir les résiliations en octobre 2006 de plusieurs de ses clients, sous des enveloppes écrites par M. X..., ainsi que d'autres résiliations en juillet 2007 et courant 2008 et 2009 ; qu'ils se prévalent aussi du constat de Me H... du 23 mars 2007, qui démontre selon eux la confusion et la « complicité active » entre M. F... G..., M. X... et la société Axialis (attestation de M. I...) ; que de même, tvi. F... G... lui-même a délivré le 18 novembre 2010 une attestation par laquelle les intimés estiment qu'est décrit très précisément le détournement de clientèle organisé par MM. X... et Y... (leur pièce n° 36) ; que l'expert, sur ce point, a relevé que SC Conseil a connu un nombre important de résiliations, mais qu'il était impossible de chiffrer d'éventuels préjudices en raison de l'absence d'informations sur le montant des commissions par clients et du refus du conseil de MM. X... et Y... de lui communiquer le portefeuille clients d'Axialis ; qu'ainsi, s'il apparaît bien des indices en faveur d'activités de concurrence de la société SC Conseil menées par la société Axialis, la société SC Conseil, sur laquelle repose la charge de la preuve, ne parvient à établir ni chiffrer un préjudice, ni un lien de causalité entre un préjudice et les agissements reprochés aux appelants, de

sorte que le jugement du tribunal de commerce doit être confirmé de ce chef ;

ALORS QU'un préjudice s'infère nécessairement de la violation d'une clause de non concurrence, génératrice d'un trouble commercial ; qu'en se fondant, pour débouter la SC Conseil, sur la circonstance que celle-ci ne parvenait ni à établir ni chiffrer un préjudice, ni un lien de causalité entre un préjudice et les agissements reprochés aux appelants, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction applicable.