

## ***4. Droit des affaires***

Chronique sous la responsabilité de **Anne-Françoise Zattara-Gros**, Maître de conférences à l'Université de La Réunion - Responsable du Master 2 Droit du Patrimoine-Droit notarial

### **4.2. Concurrence**

#### **Concurrence – propriété intellectuelle – droit d’auteur – contrefaçon – dépôt de marque en fraude aux droits des tiers – dénigrement.**

Cour d’appel de Saint-Denis de La Réunion, arrêt du 11 mars 2011 (Arrêt n°08/01096)

*Emilie JONZO, Doctorante à l’Université de La Réunion*

La société victime d’un dépôt de marque en fraude à ses droits peut agir contre le déposant concurrent sans avoir à justifier ni de droits antérieurs, ni d’une domiciliation en France. Les seules conditions nécessaires à l’exercice d’une telle action résident dans « l’existence d’intérêts sciemment méconnus par le déposant », de la conscience de la nécessité du signe pour la société victime et de l’intention de nuire à cette dernière.

La contrefaçon quant à elle ne peut résider dans l’identité du thème choisi mais exige l’existence d’une représentation ni nouvelle ni originale, donnant une « impression visuelle d’ensemble » identique à un observateur averti.

Enfin, le dénigrement est manifeste lorsque des informations mensongères sont transmises aux clients de la société victime, expressément nommée, dans le but de nuire à celle-ci.

Sur tous les marchés, les sociétés se livrent à une concurrence féroce afin de pouvoir développer ou pérenniser leur activité, et d’attirer la clientèle. Toutefois, même si les actes concurrentiels font partie de la vie des affaires, ils sont encadrés par la loi dans un objectif de protection des entreprises elles-mêmes. Cet arrêt de la Cour d’appel de Saint-Denis du 11 mars 2011 nous rappelle d’ailleurs les contours qu’instaure le droit en matière de concurrence.

Après avoir travaillé avec la société S. en tant qu’agent commercial, Monsieur D. crée avec Monsieur L., fondateur de la société précitée, la société B. en 1998. Des différences de point de vue opposant les deux associés, ils décident de mettre fin à leur collaboration. Le 31 décembre 2002, ils signent donc un protocole d’accord prévoyant la cession des parts de Monsieur L. dans ladite société à Monsieur D., ainsi qu’un engagement de ladite société de continuer la distribution de la marque « Baobab Company ». Dégagé du respect de la clause de non concurrence, Monsieur D. reste soumis au respect des règles de concurrence loyale. En 2003, Monsieur D. procède au dépôt de la marque « Maki Company » auprès de l’Office Malgache de la Propriété Intellectuelle, et à l’enregistrement d’une société nommée M. Le litige survient alors lorsqu’il se rend compte que la société S., appartenant à son ancien associé, a déposé en 2004 la même marque auprès de l’INPI. En 2006, il met alors en demeure cette société à plusieurs reprises de faire radier cette marque. Mais ces lettres n’eurent pas l’effet escompté. Au contraire, la société S. informait alors par courrier leurs clients communs que les articles de la société M

pourraient être saisis pour contrefaçon. Par la suite, la société S. fait effectivement saisir plusieurs milliers de marchandises de la société malgache au motif d'une prétendue contrefaçon.

Le 6 juin 2006, Monsieur D. ainsi que la société M. assignent la société S. afin d'obtenir le transfert de la marque déposée par cette dernière à leur profit, ainsi que l'annulation desdites saisies. La société S. exerce alors une action reconventionnelle dénonçant des actes de contrefaçons et de concurrence déloyale de la part des demandeurs. Par un jugement en date du 23 mai 2008, le TGI de Saint-Pierre répond favorablement aux demandes de Monsieur D. et de la société M. D'une part, il ordonne le transfert de la marque déposée par la société S. à leur profit, considérant que ce dépôt a été réalisé en fraude à leur droit. D'autre part, il condamne la société S. au versement de dommages et intérêts au profit des demandeurs pour les actes de dénigrement et de concurrence déloyale.

La société S. interjette appel. Elle défend l'idée que Monsieur D. et la société M. ne pouvaient demander le transfert de la marque déposée par elle à leur profit sur le fondement de l'article L.712-6 du code de la propriété intellectuelle. Selon elle, la fraude aux droits des tiers suppose que ce dernier en ait sur le territoire français, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. De plus, elle envisageait de déposer la marque « Maki » depuis 2001, ce que Monsieur D. n'ignorait pas du fait de ses fonctions d'agent commercial de la société. Enfin, ils ne démontrent pas qu'elle avait connaissance de l'utilisation de ladite marque sur le territoire français, ni son intention de leur nuire par le dépôt litigieux. Ensuite, quant aux saisies réalisées et aux courriers envoyés aux clients communs, la société S. se défend de tout acte de concurrence déloyale et de dénigrement, du fait de l'absence de mauvaise foi et d'une quelconque intention de nuire.

Cet arrêt pose donc la question des conditions d'existence de plusieurs infractions : celle du dépôt de marque en fraude aux droits d'un tiers, de la contrefaçon d'un dessin et du dénigrement.

L'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis du 11 mars 2011 répond successivement à chacune de ces questions. Il considère tout d'abord *« qu'il est constant en droit que l'annulation d'un dépôt de marque pour fraude ne suppose pas la justification de droits antérieurs de la partie plaignante sur le sigle litigieux mais seulement la preuve de l'existence d'intérêts sciemment méconnus par le déposant ; qu'il suffit qu'à la date du dépôt le déposant ait été conscient de la nécessité du signe pour l'activité de la victime de la fraude »* et enfin *« qu'il importe peu que la victime de la fraude soit domiciliée à l'étranger, la fraude étant caractérisée dès lors que le dépôt litigieux a été effectué en connaissance de cause et afin d'empêcher un concurrent de s'implanter sur le marché français en le privant du signe nécessaire à son activité »*. Il statue ensuite sur la question de la contrefaçon en considérant que la contrefaçon d'un dessin ou modèle n'est pas constituée par l'identité du thème, mais s'appuie sur une représentation identique *« sans aucun caractère de nouveauté ou d'originalité »* donnant une *« impression visuelle d'ensemble »* identique à un *« observateur averti »*. S'agissant d'ailleurs de la saisie réalisée sur des marchandises contrefaites, elle doit répondre à réglementation spécifique à la saisie-contrefaçon et ne peut en aucun cas se fonder sur l'article 145 du Code de procédure civile. Le non respect de cette procédure particulière entraîne la nullité de la saisie. Enfin, l'envoi de courriers à des clients communs avec un concurrent, qui désignent expressément la marque concurrente et le fournisseur de celle-ci et qui contiennent des affirmations mensongères, représente effectivement un dénigrement constitutif d'un acte de concurrence déloyale.

Le présent arrêt clarifie donc les contours de trois types d'agissements anticoncurrentiels : le dépôt d'une marque en fraude aux droits d'un tiers, la contrefaçon et le

dénigrement. Pour chacun, la Cour d'appel de Saint-Denis rappelle des règles d'ores et déjà établies.

- La protection d'un concurrent contre le dépôt de marque en fraude à ses droits passe par la nullité du dépôt litigieux et/ou par l'action en revendication.

En ce qui concerne l'action en annulation du dépôt frauduleux tout d'abord, la Cour d'appel de Saint-Denis ne fait que rappeler les conditions classiques de cette action. Ainsi, l'arrêt cite à la fois les conditions exigées et celles dont l'existence est indifférente. Les premières, qui permettent de constater l'existence de la fraude, sont triples. L'arrêt cite en premier lieu « la preuve de l'existence d'intérêts sciemment méconnus par le déposant ». Il reprend ainsi l'expression de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 décembre 2006<sup>394</sup>, s'inscrivant ainsi dans la ligne d'une jurisprudence constante. L'arrêt exige ensuite que « le déposant ait été conscient de la nécessité du signe pour l'activité de la victime de la fraude ». Il confirme ainsi la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 25 avril 2006, celle-ci considérait qu'« un dépôt de marque est entaché de fraude lorsqu'il est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité »<sup>395</sup>. Enfin, la Cour d'appel de Saint-Denis rappelle que le dépôt est frauduleux si l'objectif est « d'empêcher un concurrent de s'implanter sur le marché français ». Il reprend donc l'exigence classique résidant dans l'intention de nuire au concurrent. Il rappelle ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 février 2000, selon lequel la fraude réside dans le fait de « déposer [une marque] dans la seule intention de nuire et/ou de s'approprier indument le bénéfice d'une opération légitimement entreprise ou d'y faire obstacle en lui opposant la propriété de la marque frauduleusement obtenue »<sup>396</sup>. Or, c'est exactement l'intention qu'avait en l'espèce la société ayant procédé au dépôt frauduleux. L'ensemble de ces conditions étant réunies, la Cour ne pouvait que constater l'existence d'une fraude dans ce dépôt. Contrairement aux arguments invoqués par la société précitée, aucune autre condition n'était nécessaire pour constater cette infraction. L'arrêt rappelle que « la justification de droits antérieurs de la partie plaignante sur le sigle litigieux »<sup>397</sup> ainsi que le lieu de domiciliation sont toutes deux indifférentes. L'absence de celles-ci n'exclue pas le bénéfice de l'action pour la victime du déposant. Les juges du fond clarifient ainsi la situation quant aux conditions réellement nécessaires en excluant certaines d'entre elles invoquées par le déposant frauduleux.

En ce qui concerne l'action en revendication ensuite, celle-ci est régie par l'article L.712-6 du code de la propriété intellectuelle. Celui-ci exige un enregistrement, des droits antérieurs, mais aussi une fraude. Ces conditions sont entendues largement et témoignent ainsi de la sévérité des juges envers les dépôts en fraude aux droits des tiers. Tout d'abord, s'agissant de l'enregistrement, la seule demande de celui-ci suffit. Ensuite, les droits antérieurs sont constatés par le simple usage de la marque auparavant. Quant à la fraude, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 23 février 2000 considère que « L'expression "en fraude des droits d'un tiers" doit, au sens de l'article L.712-6 du code de la propriété intellectuelle, être prise dans son acception habituelle, laquelle ne vise pas uniquement la violation de droits spécifiques comme ceux de la propriété intellectuelle (...) »<sup>398</sup>.

---

<sup>394</sup> Com., 19 décembre 2006, pourvoi n°05-14431, Bulletin 2006 IV n° 265 p. 287.

<sup>395</sup> Com., 25 avril 2006, pourvoi n°04-15641, Bulletin 2006 IV N° 100 p. 97.

<sup>396</sup> CA Paris, 23 février 2000.

<sup>397</sup> Confirmation de l'arrêt Com., 19 décembre 2006, précité.

<sup>398</sup> CA Paris, 23 février 2000, précité.

Par conséquent, toutes les conditions étaient réunies pour que la société victime puisse obtenir à la fois l'annulation du dépôt et le transfert à son nom de la marque déposée frauduleusement.

- Un autre conflit opposait également ces deux sociétés, s'agissant d'une prétendue contrefaçon. Ce fut donc une occasion pour la juridiction de rappeler, là encore, des solutions jurisprudentielles constantes. L'action en contrefaçon, fondée en l'espèce sur le droit d'auteur à défaut d'enregistrement des dessins et modèles, posait ici deux questions.

La première résidait dans la qualité d'auteur, plus précisément celle de l'auteur salarié. En principe, l'auteur est celui sous le nom duquel l'œuvre est divulguée, tel que le prévoit l'article L.113-1 du code de propriété intellectuelle (« *la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée* »). Cependant, cette présomption simple bénéficie uniquement aux personnes physiques. Or, la personne sous le nom de laquelle les dessins litigieux étaient divulgués était une société, donc une personne morale. En réalité, le cas de l'auteur salarié obéit à un régime spécifique. En effet, le fait qu'une œuvre ait été réalisée par un salarié dans le cadre de son contrat de travail n'emporte en aucun cas transfert des droits d'auteur vers son employeur. En effet, l'article L.111-1 alinéa 3 dispose que « l'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1<sup>er</sup> ». La qualité d'auteur est attachée à la personne même qui a marqué l'œuvre de son empreinte, de sa personnalité. Elle ne saurait appartenir à l'employeur, malgré le lien de subordination ou les éventuelles directives ayant conduit le salarié à cette création. Il s'agit là d'une position jurisprudentielle constante<sup>399</sup>. Pour que l'employeur puisse jouir des prérogatives appartenant à l'auteur salarié, il faut que ce dernier lui transfère expressément ses droits. Toute cession implicite n'est pas valable. Le Code de la propriété intellectuelle met en place, par les articles L.131-2 et L.131-3, des conditions à respecter pour céder à son employeur ses droits d'auteur. Ce sont ces conditions qui ont permis de reconnaître à la société arguant d'une contrefaçon auteur de certains dessins et non d'autres. L'enjeu de cette reconnaissance de la qualité d'auteur s'avérait particulièrement important pour ladite société. En effet, la qualité d'auteur donnait ici qualité pour agir en contrefaçon. Par conséquent, la société ne pouvait agir que pour les dessins dont la cour l'a reconnu auteur.

Une fois cette qualité déterminée, il s'agissait ensuite de statuer sur l'existence ou non d'une contrefaçon. L'arrêt se prononce ainsi sur les conditions d'existence de cette infraction. La Cour se fonde ici sur la reproduction à « l'identique et sans aucun caractère de nouveauté ou d'originalité » ainsi que sur « l'impression visuelle d'ensemble que donne le dessin sur un observateur averti » (article L.713-3 a et b). Cette dernière étant rejetée par la Cour, la première l'est également *a fortiori*. La présence d'une quelconque contrefaçon devait donc être écartée en l'espèce, ce qui n'est pas sans conséquence sur les saisies précédemment réalisées. En effet, si la contrefaçon n'existe pas, les saisies réalisées sur ce fondement ne sont pas valables. La nullité de ces dernières a été demandée par la société victime, qui fonde sa demande sur un autre argument, celui du détournement de procédure. Conformément aux arguments invoqués, la Cour rappelle alors sur ce point que la saisie-contrefaçon obéit à une procédure particulière. Cette dernière doit impérativement être respectée sous peine de nullité. L'utilisation d'une autre procédure de saisie, motivée par l'existence d'une éventuelle contrefaçon, est considérée comme un détournement de procédure ayant pour conséquence la nullité de ladite saisie. Par conséquent, même si la

---

<sup>399</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 1992, pourvoi n°91-11480, Bulletin 1992 I N° 315 p. 207 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, pourvoi n°95-17256, Bulletin 1997 I N° 285 p. 192 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 2001, pourvoi n°98-17926, Bulletin 2001 I N° 12 p. 7.

contrefaçon alléguée avait été confirmée, la saisie litigieuse aurait été déclarée nulle pour détournement de procédure.

• Enfin, la société M. affirmait également être victime de dénigrement de la part de sa concurrente. Le dénigrement est un acte de concurrence déloyale consistant à discréditer publiquement les produits, l'entreprise ou la personnalité d'un concurrent afin d'en obtenir un certain profit. En l'espèce, la Cour ne pouvait que confirmer l'existence d'un tel acte de concurrence déloyale compte tenu des agissements du concurrent. Ce dernier a en effet émis, à destination de nombreux clients de la société victime, un message mensonger à propos de cette dernière poussant ainsi les dits clients à rompre les relations contractuelles avec elle. Ces messages citent expressément la société victime. De plus, ils mettent en cause l'honnêteté de celle-ci, ce qui constitue effectivement un dénigrement conformément à la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 5 décembre 2006, selon laquelle « Toute allégation ayant pour objet de mettre en cause l'honnêteté d'un concurrent afin d'en détourner la clientèle, telle que l'allégation de constitution de faux par le concurrent, constitue un dénigrement »<sup>400</sup>. L'intention de nuire au concurrent et même de l'évincer du marché était également manifeste, puisque le concurrent espérait, par ses agissements, enlever à la société victime toute chance de développement, lui assurant ainsi une place privilégiée sur le marché qu'ils partageaient. Le dénigrement étant manifeste, il fallait ensuite déterminer si la société victime était fondée à solliciter l'allocation de dommages et intérêts. Pour cela, elle devait impérativement démontrer avoir subi un préjudice. La nécessité d'un préjudice est d'ailleurs rappelée par un jugement du 17 janvier 2011<sup>401</sup>. La société victime n'a pas eu de mal à démontrer que le dénigrement effectué par sa concurrente auprès de leurs clients communs lui a fait perdre une part importante de sa clientèle, et qu'elle a donc subi des préjudices financiers et commerciaux importants. Le présent dénigrement constitue donc effectivement un acte de concurrence déloyale sanctionné par l'article 1382 du code civil, exigeant une faute, un préjudice et un lien de causalité, trois conditions manifestement réunies en l'espèce. La Cour décide donc à juste titre de mettre à la charge du concurrent peu scrupuleux le paiement de dommages et intérêts à la société victime.

### **4.3. Droit des sociétés**

**Société – cogérance – droit d'opposition – validité de l'acte de vente – accord des associés – ratification postérieure – intérêt social.**

Cour d'appel de Saint-Denis, arrêt du 25 février 2011 (Arrêt n°08/02341)

*Emilie JONZO, Doctorante à l'Université de La Réunion*

L'exercice de leurs pouvoirs par deux cogérants est encadré par un droit d'opposition. Celui-ci peut, dans certaines conditions, permettre d'annuler un acte, notamment un acte de vente. Cependant, l'absence d'accord préalable des associés à un tel acte ne peut quant à lui constituer un motif d'annulation. De plus, quand bien même l'exercice du droit d'opposition

---

<sup>400</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 décembre 2006, pourvoi n°05-17710, Bulletin 2006 I N° 532 p. 472.

<sup>401</sup> Tribunal de commerce de Montpellier, 17 janvier 2011.

permettrait d'envisager la nullité de l'acte concerné, celle-ci est écartée par l'effet d'une ratification postérieure des associés et par le respect de l'intérêt social.

La présence d'une pluralité de gérants au sein d'une même société crée certaines particularités, notamment sur la prise de décision. Cet arrêt de la chambre civile de la Cour d'appel de Saint-Denis du 25 février 2011 nous rappelle les conditions dans lesquelles l'acte conclu par un seul cogérant est susceptible d'annulation.

Une SARL est détenue à 97% par une femme, les 3% restant étant détenus par ses quatre fils. Deux d'entre eux assurent la cogérance de ladite société. Par acte authentique en date du 21 mars 2005, une SCI acquiert de la SARL un immeuble faisant partie de l'actif de cette dernière. Or, la réalisation de cette vente n'a été consentie que par l'un des cogérants, l'autre ayant manifesté son opposition expressément avant la conclusion de l'acte de vente, à la fois au cogérant, à la gérance de la société acquéreur, et au notaire ayant procédé à l'authentification dudit acte, par lettres recommandées avec accusé de réception. La SARL assigne donc la SCI et le notaire en nullité de la vente. Par jugement du 12 novembre 2009, le tribunal de grande instance de Saint-Denis déboute la SARL de ses demandes. Elle interjette appel, demandant à nouveau la nullité de la vente litigieuse au motif que les parties l'ayant conclu avaient connaissance de l'opposition du cogérant et de l'absence de décision de l'assemblée générale extraordinaire en ce sens.

L'opposition du cogérant et l'absence d'accord préalable des associés peuvent-ils conduire à l'annulation de la vente d'un actif de la société conclue par un seul des cogérants ?

La Cour d'appel de Saint-Denis a statué sur cette question par arrêt du 25 février 2011. Premièrement, elle considère qu'en l'absence de disposition statutaire spécifique, les rapports entre gérants et associés sont régis par l'article L. 221-4 du code de commerce, dans le silence des statuts sur renvoi de l'article L. 223-18 du même Code. Ce dernier prévoit que « le ou les gérants, ensemble ou séparément, peuvent faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société et qu'ils exercent séparément ces pouvoirs sauf le droit qui appartient à chacun de s'opposer à une opération avant qu'elle ne soit conclue ». La Cour ajoute que le fait que la vente ait été conclue sans accord préalable dans l'assemblée générale extraordinaire des associés « ne saurait conduire à prononcer la nullité de la vente en cause », « une telle irrégularité ne [pouvant] en effet concerner que les associés et n'avoir d'effet qu'en termes de responsabilité à l'égard du gérant signataire de l'acte ». La Cour nous rappelle ensuite qu'en vertu de l'article L. 223-18 du même code, repris dans les statuts, « la société est engagée envers les tiers notamment par les actes de son gérant qui en cas de pluralité détiennent séparément les pouvoirs d'agir au nom de la société, que l'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard desdits tiers à moins qu'il n'en soit établi qu'ils en ont eu connaissance et que les clauses statutaires limitant les pouvoirs de gérants sont inopposables aux tiers ». Toutefois, malgré une opposition valable, si l'acte de vente n'est pas contraire à l'intérêt de la société vendeuse et qu'il a reçu l'accord postérieur de la collectivité des associés, la société ne peut plus agir en annulation de cette vente.

Cet arrêt rappelle donc que si l'opposition d'un cogérant à la vente d'un actif de la société pourrait permettre l'annulation de celle-ci (I), le fait que la collectivité des associés n'ait pas donné d'accord préalable est indifférent sur la validité de l'acte (II).

# **I – L’opposition du cogérant : possible instrument d’annulation d’un acte de vente.**

Malgré la liberté d’action des gérants en cas de cogérance, leurs pouvoirs restent encadrés par le droit d’opposition pouvant être utilisé par l’un contre les actes prévus par l’autre (A). Cependant, cette opposition doit respecter certains impératifs pour être opposable aux tiers et permettre l’annulation de l’acte de vente (B).

## **A – L’encadrement du pouvoir des cogérants par le droit d’opposition.**

Les cogérants bénéficient de pouvoirs importants dans l’exercice de leur mission (1). Toutefois, ces pouvoirs sont tout de même encadrés par le droit d’opposition ouvert au cogérant contre les actes de l’autre (2).

### **1/ Les pouvoirs des cogérants.**

En principe, les pouvoirs des cogérants d’une société sont déterminés par les statuts de celle-ci. Cependant, il est possible en pratique que les associés n’aient pas déterminé les pouvoirs des cogérants dans ledit acte. Dans ce cas, la loi détermine elle-même ces pouvoirs L’article L. 223-18 alinéa 4 du code de commerce prévoit en effet qu’en l’absence de dispositions statutaires, l’article L. 221-4 du même Code s’applique. Ce dernier prévoit que les cogérants ont le pouvoir de faire « séparément » « tous actes de gestion dans l’intérêt de la société ».

Tout d’abord, les cogérants peuvent exercer leurs pouvoirs séparément. Ils bénéficient donc d’une indépendance et d’une grande liberté dans l’exercice de leur fonction. Ils n’ont pas à recueillir leurs autorisations ou avis respectifs.

Ensuite, cet article prévoit que les cogérants peuvent accomplir « tous actes de gestion ». La question est alors de savoir de quels types d’actes s’agit-il réellement ici. La doctrine considère qu’ils doivent ici être entendus largement. En effet, selon elle, il s’agit à la fois des actes d’administration, mais aussi dans certains actes de disposition, sous réserve que ces derniers soient relatifs à l’exploitation de la société. Entendus ainsi, les cogérants d’une société dispose de pouvoirs très étendus et importants, susceptibles d’avoir des conséquences plus ou moins graves sur la société. C’est pourquoi une condition affecte l’exercice de ce pouvoir.

Troisièmement, les cogérants doivent exercer leurs pouvoirs « dans l’intérêt de la société ». Ils ne disposent pas de pouvoirs absolus, ils doivent agir dans les limites de l’intérêt social. L’analyse de cette conformité des actes réalisés avec ledit intérêt prend en compte à la fois l’utilité et l’opportunité de l’opération pour la société elle-même. Il s’agit donc d’une appréciation casuistique, permettant une grande adaptation de la règle juridique à la pratique.

Cependant, malgré cet encadrement, le fait que les cogérants exercent leurs pouvoirs séparément appelle une autre problématique, résidant dans l’éventuel désaccord qui pourrait survenir entre eux. C’est pourquoi le législateur a prévu un droit d’opposition.

## **2/ Le droit d'opposition d'un cogérant.**

L'article L.221-4 offre à chacun des cogérants « le droit (...) de s'opposer à toute opération avant qu'elle ne soit conclue ». Cette formulation appelle trois remarques.

Tout d'abord, l'autonomie de chaque gérant dans l'exercice de sa mission est limitée par le droit d'opposition de l'autre cogérant sur l'opération à réaliser. Cela signifie que, malgré cette indépendance et cette liberté, un cogérant peut tout de même être confronté à une limitation de ses pouvoirs par l'autre cogérant. Ce droit d'opposition se justifie en pratique par le fait que les cogérants doivent s'accorder sur la gestion globale de la société, dans l'intérêt de celle-ci.

La deuxième remarque concerne le moment de cette opposition. Pour être valable, le cogérant doit la manifester avant la conclusion de l'opération litigieuse. Une fois cette dernière réalisée, il ne pourra pas arguer de son opposition pour la faire annuler.

Enfin, le texte n'impose aucune forme relative à cette opposition. Cependant, pour des raisons de preuve, le cogérant souhaitant s'opposer à la réalisation d'une opération devrait utiliser soit la lettre recommandée avec accusé de réception, soit la notification par huissier, permettant tout deux de donner une date certaine à l'opposition et de prouver la réception de cette opposition par les destinataires. En revanche, si aucune forme n'est imposée par le législateur, cette opposition doit être exprès, claire, sans équivoque.

Le respect de ces prescriptions légales relatives au droit d'opposition est important dans la mesure où elle peut avoir une influence sur la validité de l'acte de vente.

## **B – L'influence de l'opposition du cogérant sur la validité de l'acte de vente.**

Si l'opposition d'un cogérant à la vente d'un bien de la société est, en principe, inopposable aux tiers (1), elle peut l'être, sous certaines conditions (2).

### **1/ Un principe : l'inopposabilité de l'opposition du cogérant aux tiers.**

L'article L.223-18 alinéa 7 énonce ainsi ce principe d'inopposabilité : « En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs au présent article. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers (...) ». Cela signifie qu'une telle opposition ne peut pas, en principe, servir d'argument dans la demande d'annulation d'une opération conclue par un seul des cogérants, en désaccord avec l'autre.

L'insertion de cette disposition légale dans les statuts sociaux, comme en l'espèce, ne permet pas de contourner cette inopposabilité. En effet, l'alinéa 6 de ce même article dispose que les limites aux pouvoirs des gérants résultant des clauses statutaires ne peuvent être opposées aux tiers. Comme pour les contrats, les statuts ont donc également un effet relatif, car ils ne jouent qu'entre gérants et associés. Même avec une telle clause, les statuts seuls ne pouvaient donc pas, eux non plus, servir d'argument pour la demande en nullité de l'opération de vente litigieuse.

Cette inopposabilité, cet effet relatif de l'opposition d'un cogérant aux actes d'un autre, se justifie aisément par un principe de protection des tiers. En effet, ces derniers peuvent ne pas



être en connaissance de cause quant aux éventuels désaccords entre cogérants d'une société. Ils n'ont donc pas à subir, dans cette hypothèse, les conflits relationnels entre gérants de la société avec laquelle ils contractent. Le préjudice qui en résulterait pour eux ne trouverait aucun fondement valable.

Cependant, cette protection doit être encadrée afin de ne pas avoir des effets pervers. C'est pourquoi le législateur n'a pas mis en place une inopposabilité absolue. En effet, l'opposition du cogérant, peut, sous condition, être opposable aux tiers.

## **2/ Une limite : l'opposabilité conditionnelle aux tiers.**

L'article L.223-18 alinéa 7 pose lui-même la limite à ce principe : l'opposition du cogérant est inopposable aux tiers « à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance ». La condition permettant d'écarter l'inopposabilité précitée est donc la connaissance par les tiers de l'opposition du cogérant à l'acte qu'ils envisagent de conclure avec l'autre cogérant. Cette connaissance rend l'opposition précitée opposable aux tiers. Le fait pour le cogérant d'informer les tiers de son opposition est donc une initiative particulière importante, et même décisive, car il constitue un argument permettant de solliciter l'annulation de l'acte litigieux en justice. Tel est d'ailleurs le cas dans cette espèce. Le gérant a pris soin d'informer toutes les parties concernées : le cogérant, la société tierce acquéreur, et le notaire. Cette opposition manifestée expressément lui offre une chance d'obtenir l'annulation de la vente litigieuse.

Cette exception, cette opposabilité conditionnelle aux tiers, se justifie aisément par l'éventuelle mauvaise foi du tiers acquéreur. Tel était le cas en l'espèce puisque la société qui a acquis le bien avait parfaitement connaissance que l'un des cogérants était formellement opposé à ladite vente. Le cogérant opposé à la réalisation de cette opération peut donc, grâce à cette information, solliciter en justice l'annulation de l'acte auquel il était opposé.

Cependant, cette connaissance de l'opposition pose la question de sa preuve. En effet, l'opposition doit être prouvée pour produire ses effets. La première question est celle de la charge de la preuve. Il apparaît que celle-ci pèse sur le demandeur, à savoir le gérant demandant l'annulation de l'acte. La seconde question concerne la forme de l'opposition. Cette dernière devant être clairement manifestée et prouvée, il va de soi que les formes à privilégier sont la notification par acte d'huissier ou la lettre en recommandée avec accusé de réception. Cette dernière forme a été choisie par le cogérant en l'espèce. Elles permettent également de donner une date certaine à l'opposition, et ainsi de constater que celle-ci a bien été formulée avant la conclusion de l'opération, condition de validité de l'opposition.

En revanche, si l'exercice du droit d'opposition peut permettre d'annuler un acte de vente d'un actif de la société, l'absence d'accord préalable des associés ne peut avoir de telles conséquences.

## **II – L’indifférence de l’accord des associés sur la validité de l’acte de vente.**

L’absence d’accord préalable de l’assemblée générale extraordinaire des associés à la vente d’un bien de la société ne peut entraîner la nullité de cette opération (1). Toutefois, celle-ci peut être régularisée postérieurement, régularisation qui n’est pas sans effet (2).

### **A – L’impossible annulation pour absence d’accord de la collectivité des associés.**

L’absence d’accord de la collectivité des associés sur une telle vente ne peut engendrer son annulation (1). En revanche, les associés peuvent engager la responsabilité du cogérant ayant conclu l’acte (2).

#### **1/ Absence de nullité.**

Le cogérant opposé à la vente de l’actif immobilier de la société invoquait ici l’absence d’autorisation de la collectivité des associés quant à la réalisation de cette opération afin que cette dernière soit annulée par les juges du fond. Cependant, sur ce point, la Cour d’appel considère que l’absence d’accord de « la collectivité des associés réunie en assemblée générale extraordinaire » ne constitue en aucun cas un motif d’annulation de l’opération litigieuse. La permission des associés quant à la vente d’un actif de la société est donc totalement indifférente sur la validité de cet acte.

Cette position de la jurisprudence paraît défavorable aux associés s’ils subissent une mauvaise gestion de la part du gérant. En revanche, elle se justifie du point de vue des tiers. En effet, ces derniers n’ont pas à rechercher l’accord ou non des associés, le gérant étant habilité, de par ses fonctions, à réaliser tous les actes de gestion, y compris des actes de disposition. Les tiers ne sauraient donc être pénalisés par une telle situation.

La seule conséquence qu’aurait pu avoir ce défaut d’accord concerne les relations entre le gérant et les associés.

#### **2/ Engagement de responsabilité.**

Les associés éventuellement lésés doivent tout de même pouvoir agir contre le gérant qui aurait réalisé une telle opération. Cette action se concentre au sein de la relation entre ces derniers, puisque les associés ne disposent à l’encontre des cogérants que d’une action en responsabilité. Celle-ci ne permet pas d’annuler un acte de vente et de restituer aux associés un bien qu’ils ne souhaitent pas vendre. Mais la perte subie par eux à cause du cogérant signataire de l’acte peut trouver une compensation financière dans l’action en responsabilité. Le gérant accomplissant de telles opérations sans l’accord de la collectivité des associés prend donc des risques, puisqu’il engage sa responsabilité. Il va donc de soi que le gérant signataire à tout intérêt à s’assurer de l’accord des associés quant à la conclusion d’une vente de cette envergure. Dans le

cas contraire, l'éventuel préjudice subi par les associés serait très élevé et les dommages et intérêts qui pourraient leur être alloués pourraient atteindre de fortes sommes, à la charge dudit cogérant.

Cependant, la question du désaccord de l'ensemble des associés quant à cette vente ne se posait pas en l'espèce, puisque ces derniers ont procédé à une régularisation ultérieure de celle-ci.

## **B – Une validité renforcée par une ratification ultérieure et l'intérêt social.**

La ratification postérieure des actes de gestion est admise et emporte comme conséquence la perte du droit d'agir pour la société (1). L'intérêt social, quant à lui, ne fait que renforcer la validité de l'acte de vente litigieux (2).

### **1/ Régularisation de l'acte pour les associés et perte du droit d'agir de la société.**

L'accord de la collectivité des associés quant à la réalisation d'un acte de gestion ne doit pas obligatoirement lui être antérieur. Une ratification après l'accomplissement de l'acte est parfaitement admise. Le moment de l'accord de la collectivité des associés est donc indifférent quant à la validité de l'acte. L'accord préalable et la régularisation postérieure ont d'ailleurs le même effet. Ils manifestent l'accord de la collectivité des associés, et donc de la société, à la conclusion dudit acte. De cette validation par la société, à travers la collectivité des associés, d'une telle opération, il découle que celle-ci n'a point qualité à agir. En effet, la société ne pourrait agir en nullité d'un acte qu'elle a consenti ou validé.

Or, en l'espèce, les associés avaient effectivement validé, à une très grande majorité qui plus est (248 voix sur 254), la vente litigieuse lors d'une assemblée générale postérieure. La société ne pouvait donc agir en annulation de ladite vente en l'espèce. Le cogérant ayant manifesté son opposition ne disposait donc, dès cette régularisation, d'aucun moyen susceptible d'entraîner l'annulation de la vente par les juges du fond.

Cette validité de l'acte en dépit de l'opposition exprès d'un des cogérants est encore renforcée par sa cohérence avec l'intérêt social.

### **2/ Le prise en compte de l'intérêt social.**

La loi dispose que les gérants doivent agir dans l'intérêt social dans le cadre de leur mission. Comme précédemment énoncé, cet intérêt inclut aussi bien l'utilité que l'opportunité desdits actes. L'intérêt social est donc un facteur de validité déterminant. Sa présence offre une plus grande crédibilité à l'opération réalisée.

En l'espèce, les juges du fond n'ont constaté aucune contradiction de l'opération litigieuse avec l'intérêt de la société. L'arrêt précise en effet qu'aucune preuve n'est apportée « que l'acte de vente dont l'annulation est sollicitée ait été contraire aux intérêts de la société ». Le gérant demandeur, ayant manifesté son opposition, aurait donc du apporter la preuve que la vente litigieuse ne soit pas conforme à l'intérêt de la société. Or, il n'a pu le faire en l'espèce. La

Cour d'appel déduit des éléments du dossier que cette vente n'a pour effet que la cession des locaux appartenant auparavant à la SARL, mais non celle du fonds de commerce exploité par celle-ci. Aucun motif ne justifie selon elle que cet acte ait été contraire à l'intérêt social et qu'il justifie de ce point de vue une quelconque annulation. La contradiction à l'intérêt social n'étant pas démontrée, la cour considère que ce dernier a été respecté et que l'acte de vente est donc valable.

#### **4.4. Droit des entreprises en difficulté**

##### **Liquidation judiciaire – personnalité morale – pouvoirs du liquidateur – qualité à agir – capacité pour agir.**

Cour d'appel de Saint-Denis, arrêt du 6 mai 2011 (Arrêt n°09/02168)

*Emilie JONZO, Doctorante à l'Université de La Réunion*

Le placement d'une société en liquidation judiciaire n'a pas pour effet de lui faire perdre sa personnalité morale. Une telle société conserve donc sa capacité à agir en justice. Toutefois, l'exercice d'une action judiciaire en recouvrement des créances sociales relève, du fait de ce placement, de la compétence du liquidateur, désormais titulaire de la qualité à agir en justice au nom et pour le compte de la société.

Les dispositions légales régissant la liquidation judiciaire des sociétés demeurent parfois mal interprétées par les justiciables. Les juges du fond sont donc régulièrement amenés à statuer sur des litiges relatifs aux conséquences de l'ouverture d'une telle procédure collective. Tel est le cas de l'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis du 6 mai 2011.

Une société civile immobilière (SCI) a été placée en liquidation judiciaire. Elle tente, pour les besoins de cette procédure, de recouvrer ses créances auprès de l'un de ses débiteurs. Ce dernier, un commerçant, reste redevable envers elle de plusieurs mois de loyers impayés dans le cadre d'un contrat de bail commercial conclu en 1994. La SCI, représentée par son mandataire liquidateur, assigne ledit commerçant et la banque de celui-ci, créancier nanti, le 19 juillet 2007. La société créancière demande la résiliation du bail commercial ainsi que la condamnation de son débiteur à divers paiements.

Le tribunal de grande instance de Saint-Denis, par jugement du 2 décembre 2009, répond favorablement aux demandes de la SCI. Il prononce la résiliation dudit bail, l'expulsion du locataire, fixe le montant de l'indemnité d'occupation et le condamne au paiement des loyers impayés ainsi que des intérêts légaux.

Le commerçant débiteur interjette appel contre ce jugement au motif, tout d'abord, que la SCI n'avait pas capacité à agir. Il estime que celle-ci n'existait plus du fait de l'ouverture à son encontre d'une liquidation judiciaire. Il invoque donc la nullité de ce jugement.

Cet arrêt pose la question de l'existence juridique d'une société placée en liquidation judiciaire, de la conservation par elle de sa personnalité morale lui permettant d'ester en justice.

Par son arrêt du 6 mai 2011, la Cour d'appel de Saint-Denis considère qu' « une société en liquidation judiciaire (...) ne se trouve pas privée de toute existence juridique du fait du prononcé de sa liquidation judiciaire puisqu'en application des dispositions des articles 1844-8 du code civil et L.237-2 du code de commerce la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la clôture de celle-ci ». Toutefois, l'arrêt effectue un autre rappel : « il résulte de l'article L.641-9 du Code de commerce que le jugement prononçant la liquidation emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement du débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens, les droits et actions de celui-ci concernant son patrimoine étant exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur ».

Par conséquent, la société conserve sa personnalité morale et donc son existence juridique en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire. Cependant, cette procédure entraîne le transfert des pouvoirs des organes de la société vers le liquidateur de celle-ci.

- La première idée qui ressort de cette décision réside dans la conservation de la personnalité morale d'une société placée en liquidation judiciaire.

Tout d'abord, dissolution ne signifie pas disparition. En effet, la dissolution de la société constitue une conséquence directe de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Cependant, si la société est effectivement dissoute sous l'effet de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire en vertu de l'article 1844-7 7° du Code civil, cela ne signifie pas pour autant qu'elle cesse complètement d'exister. Elle conserve en effet sa personnalité morale pour les besoins de la liquidation judiciaire, tel que le prévoit l'article 1844-8 alinéa 3 du Code civil.

Cette survie de la personnalité morale entraîne également celle de la capacité à agir en justice. En effet, la conservation de la personnalité morale par la société en liquidation judiciaire maintient sa capacité à ester en justice, aussi bien en demande qu'en défense. Dans cette hypothèse, elle sera toutefois représentée par son liquidateur.

Cette survie reste toutefois encadrée par les besoins de la liquidation judiciaire. La capacité à ester en justice doit donc, elle aussi, répondre à cet impératif. Cela signifie que si la société dispose effectivement de la capacité d'agir en justice, celle-ci existe uniquement pour les besoins de sa liquidation. L'arrêt de la Cour d'appel de Saint-Denis confirme ainsi un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 février 2001<sup>402</sup>. Cette situation peut d'ailleurs subsister après la clôture de la liquidation judiciaire. En effet, puisque la personnalité morale demeure tant que les droits et obligations de nature sociale ne sont pas liquidés en vertu d'une jurisprudence constante<sup>403</sup>, et tant que la société se trouve engagée dans une action judiciaire pour ce faire<sup>404</sup>.

- Cette capacité ne doit toutefois pas être confondue avec la qualité à agir, que seul le liquidateur détient dès le placement en liquidation judiciaire. Ce dernier représentera la société en cas d'introduction d'une action en justice au nom et pour le compte de celle-ci.

---

<sup>402</sup> Com., 20 février 2001, n°98-16.842, arrêt « Société Les Cocotiers contre Société Caraïbes Tourisme », Bulletin 2001 IV N° 44 p. 41.

<sup>403</sup> Com., 11 juin 1985, pourvoi n°84-12.582, Bulletin 1985 IV n°189 p.158 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 mai 1999, pourvoi n°96-18.070, Bulletin 1999 II n°88 p.65 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 31 mai 2000, n°98-19.435, Bulletin 2000 III N° 120 p. 80.

<sup>404</sup> Com., 15 mai 1984, pourvoi n°83-12.094, Bulletin 1984 IV N° 164.

Une remarque doit être faite concernant la nature de l'action. Le liquidateur n'est pas investi des pleins pouvoirs, il exerce son rôle dans la limite du respect des droits propres du débiteur. L'exercice d'un de ces droits ne relève donc pas du liquidateur, mais d'un mandataire ad hoc désigné à cet effet. En l'espèce, l'action en justice ne concerne pas un droit propre. Le liquidateur est donc effectivement compétent.

Ce nouveau titulaire de la qualité à agir résulte du dessaisissement des organes de la société de leurs pouvoirs. Ces derniers perdent tout d'abord leurs pouvoirs de gestion au profit du liquidateur. Ce dernier sera désormais seul compétent pour assurer l'administration et la disposition des biens de la société. Il perd également son pouvoir de représentation puisque le liquidateur qui sera compétent pour exercer les droits et actions patrimoniaux de la société.

Le liquidateur de la société tient donc sa compétence des dispositions légales. Il est compétent pour représenter la société en justice, pour introduire l'action en son nom et pour son compte.

L'action ayant été introduite par une personne ayant qualité pour agir, le liquidateur, au nom et pour le compte d'une personne ayant capacité pour agir, la société placée en liquidation judiciaire, la Cour d'appel de Saint-Denis ne pouvait que conclure à la recevabilité de cette action. Cet arrêt ne fait qu'une simple application des dispositions légales en la matière. Compte tenu de la confusion qu'avait manifestée le commerçant débiteur dans ses arguments, ce rappel semblait nécessaire pour éclaircir, une fois de plus, les dispositions légales régissant la liquidation judiciaire.