COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 18 mars 2020

Rejet

M. GUÉRIN, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 220 F-D

Pourvoi n° M 18-17.010

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 18 MARS 2020

La société Esprit métal, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...], représentée par la société [...], société d'exercice libéral à responsabilité limitée, dont le siège est [...], prise en la personne de M. P... G..., mandataire judiciaire, agissant en qualité de liquidateur judiciaire suivant jugement du tribunal de commerce de Pau en date du 12 juin 2018, a formé le pourvoi n° M 18-17.010 contre l'arrêt rendu le 9 avril 2018 par la cour d'appel de Pau (2e chambre, section 1), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. V... T..., domicilié [...],

2°/ à M. E... T..., domicilié [...],

3°/ à la société [...] à responsabilité limitée, dont le siège est [...], représentée par la société Guerin et associés, société d'exercice libéral par actions simplifiée, dont le siège est [...], prise en la personne de Mme W... I..., en qualité de

liquidateur suivant jugement du tribunal de commerce de Bayonne en date du 7 janvier 2019,

4°/ à Mme H... C..., domiciliée [...],

défendeurs à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme de Cabarrus, conseiller référendaire, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de la société [...], ès qualités, de la SCP Rousseau et Tapie, avocat de la société Guerin et associés ès qualités, MM. E... et V... T... et Mme C..., après débats en l'audience publique du 28 janvier 2020 où étaient présents M. Guérin, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme de Cabarrus, conseiller référendaire rapporteur, Mme Darbois, conseiller, et Mme Lavigne, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Pau, 9 avril 2018), M. E... T... a été révoqué, le 31 janvier 2015, de ses fonctions de gérant de la SARL Esprit métal, ayant pour activité la création et la fabrication de crédences, bars et tables, et dont il était associé, avec MM. X... et A... . La société [...] (la société [...]), immatriculée le 25 novembre 2010, a été créée par M. E... T..., Mme C..., épouse T... et M. V... T..., pour développer un marché d'aménagement de restaurants, conclu avec la chaîne « la Pataterie », MM. E... et V... T... étant désignés cogérants.

2. Invoquant des actes de concurrence déloyale, la société Esprit métal a assigné ces derniers et la société [...] en paiement de dommages-intérêts.

3. La société Esprit métal a été mise en liquidation judiciaire, la société [...] étant désignée liquidateur.

4. La société [...] a été mise en liquidation judiciaire, Mme I... étant désignée liquidateur.

Examen du moyen unique

Sur le moyen, pris en ses deuxième et quatrième branches, ci-après annexé

5. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, 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.

Sur le moyen, pris en ses première, troisième, cinquième, sixième, septième, huitième, neuvième et dixième branches

Enoncé du moyen

6. La société [...], ès qualités, fait grief à l'arrêt de rejeter la demande de dommages-intérêts formée par la société Esprit métal à l'encontre de la société [...] et de MM. E... et V... T... sur le fondement du manquement à l'obligation de loyauté ou de fait de concurrence déloyale et de la condamner à payer à la société [...] une certaine somme au titre du préjudice résultant du détournement d'une partie du marché des restaurants « la Pataterie » alors :

« 1°/ que le gérant d'une SARL est tenu d'une obligation de loyauté et de fidélité qui lui interdit de négocier, pour le compte d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité ; qu'en jugeant que M. E... T..., alors qu'il était gérant de la société Esprit métal, n'aurait commis aucune faute en négociant, pour le compte de l'entreprise de son père puis pour le compte de la société [...], dont il est le gérant et l'associé et qui a été créée postérieurement à sa nomination en qualité de gérant de la société Esprit métal, un marché dans le même domaine d'activité que cette dernière, au motif que « s'il est indéniable que la création d'une activité concurrente dans le même domaine d'activité parallèlement à la gestion de sa propre société constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité du gérant, elle perd néanmoins ce caractère fautif dès lors que non seulement l'existence de cette activité concurrente a été portée à la connaissance de l'ensemble des associés mais surtout qu'ils ont exprimé de façon non équivoque leur assentiment à ce mode de fonctionnement », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 223-22 du code de commerce ;

3°/ que les décisions sont prises en assemblée ; que toutefois, les statuts peuvent stipuler qu'à l'exception de celles prévues au premier alinéa de l'article L. 223-26 toutes les décisions ou certaines d'entre elles peuvent être prises par consultation écrite des associés ou pourront résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte ; qu'en jugeant que « la communauté des associés a pris une décision unanime, même si elle n'a pas été formalisée, dans le cadre d'une assemblée générale, de valider la création par le gérant d'une activité concurrente, et donc la société elle-même a exonéré M. E... T..., gérant, de sa responsabilité contractuelle à son égard au titre du marché « la pataterie » », qu'il aurait été décidé « entre les associés, au moins implicitement, d'une sorte de statu quo » et que dans le cadre du rapport de gestion soumis à l'assemblée générale des associés de la société Esprit métal en avril 2012, M. T... avait précisé que cette société n'intervenait que dans le cadre du marché de création et de fabrication des tables de restaurants « Pataterie » et qu'elle cherchait à développer l'activité crêpe, pour en conclure que le développement par M. E... T... d'une activité concurrente à celle de la société Esprit métal, dont il était le gérant, par l'intermédiaire de la société [...], n'était pas illicite, sans constater ni que les statuts de la société Esprit métal auraient permis aux associés de cette dernière de prendre la décision d'autoriser le gérant à réaliser une activité concurrente par consultation écrite ni que les associés auraient consenti à cette activité dans un acte, la cour d'appel a violé l'article L. 223-27 du code de commerce ;

5°/ que pour établir que les consorts T... et la société [...] avaient détourné le marché « la Pataterie », qui aurait dès l'origine dû être conclu par la société Esprit métal, cette dernière rappelait notamment, dans ses conclusions, que « la société Esprit Métal, à compter de janvier 2009, va par l'intermédiaire d'un maître d'oeuvre, M. N... M..., qu'il a sollicité à ce titre (pièce 35) tenter d'obtenir le marché d'aménagement de restaurants sous la franchise la Pataterie. La société Esprit métal contactera l'Esat Alpha pour obtenir de sa part un devis relatif à la fabrication de bancs (pièces n° 36 et 37). La négociation tarifaire portant pour objectif clairement affirmé « de récupérer toutes les franchises Patateries » (pièce n° 38). Le marché de l'aménagement de ces magasins portant, outre sur les bancs, également sur les tables (pièce n° 39) pour lesquels l'Esat Alpha soumissionnait (pièce n° 40). Par courrier du 4 septembre 2009, la société Esprit métal transmettait son devis pour l'aménagement du restaurant de Lannion (pièce n° 41). Devis accepté » (conclusions, p. 4), mais que « c'est la source du contentieux, M. E... T... décidait par courriel du 4 septembre 2009 que le marché concernait la société Esprit métal à l'exception des bancs, fabriqués par une autre structure familiale (pièce n° 41) () appelée Etablissements T... », et qu'en outre, M. N... M... avait lui-même attesté en septembre 2011, à la demande de M. T..., qu'il « l'avait contacté en octobre 2008 pour confier à la société Esprit métal la réalisation de différentes pièces de mobilier destinées à l'équipement des restaurants la Pataterie (pièce n° 46) » ; qu'en jugeant qu'« au lancement de cette activité (pour le marché « la pataterie ») aucune concurrence n'existait avec le marché détenu par la SARL Esprit métal dans le domaine des crêpes, l'activité envisagée étant totalement nouvelle », sans vérifier, comme il lui était demandé, si ce n'était pas la société Esprit métal qui avait initialement été sollicitée pour la réalisation de ce marché dans son intégralité, de sorte que c'est à cette société que ledit marché aurait dû être attribué, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1382, devenu 1240, du code civil, et L. 223-22 du code de commerce ;

6°/ qu'en jugeant que « dans une série de messages échangés en juillet 2014, entre les clients, M. J... X..., pour le compte de la SARL Esprit métal, et M. V... T..., la répartition du marché des restaurants la pataterie apparaît conforme à la configuration exposée par M. E... T... : la réalisation des tables est confiée à la SARL Esprit métal tandis que les bancs et les vitrines sont confiés-à la Sarl [...] . Chaque société facture ses prestations de manière autonome (mails de mai 2014)

et les factures établies par l'atelier de fabrication entre 2010 et 2014 sont ventilées entre la Sarl [...] et la SARL Esprit métal », par des motifs qui ne permettent pas de caractériser une renonciation non équivoque de la société Esprit métal à dénoncer les actes de concurrence déloyale accomplis par M. E... T... et la société [...], la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

7°/ qu'outre le détournement du marché « la Pataterie », la société Esprit métal reprochait aux consorts T... et à la société [...] le détournement du marché « Café Madeleine » ; qu'en jugeant qu'aucune faute n'était établie à l'encontre des consorts T... et de la société [...] sans répondre aux conclusions de la société Esprit métal leur reprochant le détournement du marché « Café Madeleine », la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

8°/ qu'un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyal, générateur d'un trouble commercial, fût-il seulement moral ; que l'arrêt sera cassé en ce qu'il a jugé qu'aucun préjudice n'était établi pour la société Esprit métal, par voie de conséquence de sa cassation en ce qu'il a jugé qu'aucun acte de concurrence déloyale n'était établi, conformément à ce que dispose l'article 624 du code de procédure civile ;

9°/ que l'arrêt sera cassé en ce qu'il a condamné la société Esprit métal à payer la somme de 13 094,06 euros à la société [...] au titre de la demande reconventionnelle en concurrence déloyale présentée par cette dernière, par voie de conséquence de sa cassation en ce qu'il a débouté la société Esprit métal de sa demande au titre d'une concurrence déloyale, sur le même marché, commise par la société [...], conformément à ce que dispose l'article 624 du code de procédure civile ;

10°/ qu'en condamnant la société Esprit métal pour avoir fabriqué et livré plusieurs dessertes, vitrines et bancs à destination de restaurants « la Pataterie » « qui selon les accords des parties rentraient dans la part de marché réservée à la SARL [...], entre le 31 janvier 2015 et août 2015 », sans caractériser aucune obligation de non-concurrence dont la société Esprit métal aurait été débitrice entre le 31 janvier 2015 et août 2015 qui aurait pu être méconnue par celle-ci ni aucun acte de concurrence déloyale qu'elle aurait commis, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. »

Réponse de la Cour

7. En premier lieu, ne donne pas lieu à responsabilité le fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer, si celle-ci y a préalablement consenti. Dès lors, le gérant d'une société à responsabilité limitée qui, durant son mandat, exerce, à titre personnel ou par l'intermédiaire d'une autre société, une activité concurrente de celle de la société qu'il dirige ne manque pas à son devoir de loyauté et n'engage pas sa responsabilité envers celle-ci en application de l'article L. 223-22 du code de commerce s'il a reçu, pour ce faire, l'autorisation unanime des associés. Le moyen, pris en sa première branche, procède donc d'un postulat erroné.

8. En deuxième lieu, après avoir relevé que l'activité concurrente développée par M. E... T... par le biais, dans un premier temps, de l'entreprise de son père, M. V... T..., puis dans le cadre de la société [...], et les modalités de répartition du marché « la Pataterie » entre les deux structures, ont été unanimement approuvées par les autres associés dès l'origine, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la communauté des associés avait pris valablement la décision de valider la création par le gérant d'une activité concurrente, même si elle n'avait pas été formalisée dans le cadre d'une assemblée générale.

9. L'arrêt relève encore que l'assemblée générale du 30 mai 2011 a donné quitus à M. E... T... de sa gestion et que les associés de la société Esprit métal ont unanimement approuvé, lors de l'assemblée générale d'avril 2012, le rapport de gestion dans lequel M. E... T... avait exposé la nature de l'activité de la société et ses perspectives de développement en 2012, en précisant clairement qu'elle n'intervenait que dans le cadre du marché de création et de fabrication des tables des restaurants « la Pataterie » et qu'elle cherchait à développer l'activité crêpe, puis le rapport de gestion suivant, lors de l'assemblée générale du 17 juin 2013, et en déduit que les associés, au moins implicitement, ont décidé unanimement d'une sorte de statu quo. Il retient encore que dans les messages échangés en juillet 2014, entre les clients, M. X..., pour le compte de la société Esprit métal, et M. V... T..., la répartition du marché des restaurants « la

Pataterie » apparaît conforme à la configuration exposée par M. E... T..., et que la communauté des associés a donc validé la répartition de ce marché entre les sociétés Esprit métal et [...] et a accepté ce mode de fonctionnement jusqu'en 2014.

10. De ces constatations et appréciations, caractérisant des actes manifestant sans équivoque la volonté de la société Esprit métal de renoncer à dénoncer des actes de concurrence accomplis par M. E... T... et la société [...], la cour d'appel a pu déduire que les faits de concurrence exercée par MM. T... et la société [...] n'étaient pas illicites.

11. En troisième lieu, appréciant souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a estimé que la société Esprit métal ne rapportait pas la preuve, qui lui incombait, de l'étendue du préjudice allégué résultant de la faute reprochée à MM. E... et V... T... et à la société [...]. Ce motif, qui suffit à justifier le rejet des demandes formées par la société Esprit métal, rend inopérants les griefs des cinquième et septième branches, qui critiquent des motifs surabondants.

12. En quatrième lieu, le rejet du moyen, pris en sept premières branches, rend sans portée les griefs des huitième et neuvième branches.

13. En dernier lieu, après avoir constaté l'accord unanime des associés sur la répartition du marché « la Pataterie » entre les sociétés Esprit métal et [...] exprimé notamment par des échanges de courriels datant de juillet 2014, l'arrêt retient qu'il est démontré par un constat du 27 août 2015 que la société Esat Alpha a fabriqué et livré, outre les tables traditionnellement fournies à la société Esprit métal, plusieurs dessertes, vitrines et bancs à destination de plusieurs restaurants « la Pataterie », qui, selon les accords des parties, rentraient dans la part de marché réservée à la société [...], entre le 31 janvier 2015 et août 2015. En l'état de ces constatations et appréciations, caractérisant des actes de concurrence déloyale, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

14. Par conséquent, le moyen, pour partie inopérant, n'est pas fondé pour le surplus.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société [...], en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société Esprit métal, aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour la société [...], ès qualités.

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR infirmé le jugement entrepris en ce qu'il a reconnu la SARL [...], Monsieur E... T... et Monsieur V... T... responsables de faits de concurrence déloyale, d'AVOIR débouté la SARL ESPRIT METAL de sa demande de dommages-intérêts à l'encontre de la SARL [...], de Monsieur E... T... et de Monsieur V... T... sur le fondement du manquement à l'obligation de loyauté ou de fait de concurrence déloyale et d'AVOIR condamné la SARL ESPRIT METAL à payer à la SARL [...] une somme de 13.094,06 € au titre du préjudice résultant du détournement d'une partie du marché des restaurants « la pataterie » ;

AUX MOTIFS QUE, aux termes de l'arrêt attaqué, « au-delà de la dénomination de concurrence déloyale choisie par la SARL ESPRIT METAL, la cour constate qu'elle recherche en réalité la responsabilité de Monsieur E... T..., de la société qu'il a créée et de son père, pour des agissements fautifs se situant à la fois avant et après sa révocation de son poste de

gérant de la société, le 31 janvier 2015 ; que la SARL ESPRIT METAL prétend en effet avoir été victime de la part de son gérant, Monsieur E... T... avec la complicité de son père, Monsieur V... T..., d'actes de concurrence déloyale à partir de mars 2009, date de l'inscription de Monsieur V... T... en qualité d'auto-entrepreneur puis après la création de la Sarl [...] en novembre 2010, en mettant en place une entreprise concurrente destinée à capter le marché des restaurants "la pataterie" ; qu'elle invoque par ailleurs un défaut de loyauté de son ancien gérant susceptible de revêtir le caractère fautif des manquements visés par l'article L.223-22 du code de commerce ; que les deux fondements juridiques sont d'ailleurs visés dans les conclusions de la SARL ESPRIT METAL et sont utilisés alternativement, les deux notions étant très proches dans ce domaine ; que s'il est indéniable que la création d'une activité concurrente dans le même domaine d'activité parallèlement à la gestion de sa propre société, constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité du gérant, elle perd néanmoins ce caractère fautif dès lors que non seulement l'existence de cette activité concurrente a été portée à la connaissance de l'ensemble des associés mais surtout qu'ils ont exprimé de façon non équivoque leur assentiment à ce mode de fonctionnement ; qu'en l'espèce, il convient de rappeler en premier lieu que les statuts de la SARL ESPRIT METAL ne contiennent aucune clause de non-concurrence opposable aux associés, ni restriction à leur droit de créer une activité concurrente ; que par conséquent, aucune décision collégiale des associés n'était nécessaire à Monsieur E... T..., en sa qualité d'associé, pour lancer une activité concurrente d'aménagements des restaurants de la chaîne "la pataterie" ; qu'en second lieu, il est démontré par les pièces du dossier que l'activité concurrente développée par Monsieur E... T... par le biais dans un premier temps de l'entreprise de son père, Monsieur V... T... puis dans le cadre de la Sarl [...], et les modalités de répartition du marché "la pataterie" entre les deux structures, ont été approuvées par les autres associés dès l'origine ; qu'il est en effet constant que c'est Monsieur E... T... seul, alors que les deux autres associés se désintéressaient totalement de la survie de la SARL ESPRIT METAL, qui a trouvé et négocié le marché "la pataterie" et a ensuite mis en place l'organisation nécessaire pour fabriquer, livrer et installer les aménagements intérieurs des différents restaurants "la pataterie" sur l'ensemble du territoire français ; qu'au lancement de cette activité, aucune concurrence n'existait avec le marché détenu par la SARL ESPRIT METAL dans le domaine des crédences, l'activité envisagée étant totalement nouvelle ; que le phénomène de concurrence n'a en définitive été créé que par le fait que Monsieur E... T... a souhaité faire profiter sa première société, au moins partiellement, de l'opportunité de ce nouveau marché, justement par loyauté envers ses associés originaires ; que c'est ainsi, qu'il a créé lui-même cette situation de concurrence en offrant à la SARL ESPRIT METAL la possibilité de retirer les fruits de la fabrication et de la revente d'une partie des meubles faisant partie du marché "la pataterie", en l'occurrence les tables ; qu'il ressort clairement des échanges écrits entre les différents associés, et notamment de ceux de mai 2011, que Messieurs J... X... et K... A... étaient parfaitement informés de l'existence de ce marché "restaurants patateries" trouvé et développé par Monsieur E... T... et qu'ils considéraient même normal que Monsieur E... T... prenne seul la décision d'externaliser cette activité et donc de priver la SARL ESPRIT METAL des revenus résultant de ce marché spécifique ; qu'à cette époque en effet, Monsieur X... avait fait son retour en reprenant des fonctions de co-gérance au sein de la SARL ESPRIT METAL et souhaitait relancer l'activité crédenche ; que la seule préoccupation des associés de Monsieur E... T... était de clarifier la situation de ce marché en lui laissant le choix, soit de l'intégrer totalement dans la SARL ESPRIT METAL, soit de "sortir les patateries d'Esprit pour les traiter seul via sa boîte" précisant que "c'est à E... de prendre cette décision." ; qu'il convient donc de considérer que la communauté des associés a pris une décision unanime, même si elle n'a pas été formalisée, dans le cadre d'une assemblée générale, de valider la création par le gérant d'une activité concurrente, et donc la société elle-même a exonéré Monsieur E... T..., gérant, de sa responsabilité contractuelle à son égard au titre du marché "la pataterie" ; que dans les suites immédiates de ces courriers, une assemblée générale s'est tenue le 30 mai 2011, aux termes de laquelle Monsieur X... a été désigné co-gérant et où il a été donné quitus à Monsieur E... T... de sa gestion ; qu'alors qu'une clarification était souhaitée par tous, la suite démontre qu'il a été décidé entre les associés, au moins implicitement, d'une sorte de statu quo ; qu'en effet, dans le cadre du rapport de gestion soumis à l'assemblée générale des associés de la SARL ESPRIT METAL en avril 2012, Monsieur E... T... a exposé la nature de l'activité de la société et ses perspectives de développement en 2012 ; qu'il est clairement précisé qu'elle n'intervient que dans le cadre du marché de création et de fabrication des tables des restaurants "pataterie" et qu'elle cherche à développer l'activité crédenche ; que ce rapport a été approuvé à l'unanimité par l'ensemble des associés présents ; qu'il en a été de même pour l'assemblée générale du 17 juin 2013 ; que dans une série de messages échangés en juillet 2014, entre les clients, Monsieur J... X..., pour le compte de la SARL ESPRIT METAL, et Monsieur V... T..., la répartition du marché des restaurants la pataterie apparaît conforme à la configuration exposée par Monsieur E... T... : la réalisation des tables est confiée à la SARL ESPRIT METAL tandis que les bancs et les vitrines sont confiés à la Sarl [...] ; que chaque société facture ses prestations de manière autonome (mails de mai 2014) et les factures établies par l'atelier de fabrication entre 2010 et 2014 sont ventilées entre la Sarl [...] et la SARL ESPRIT METAL ; que l'ensemble de ces faits démontre que la communauté des

associés avait validé la répartition du marché "la pataterie" entre les deux sociétés la SARL ESPRIT METAL et la Sarl [...] et a accepté ce mode de fonctionnement, avec ses inconvénients et le risque de confusion qui pouvait en résulter, jusqu'en 2014 ; que dans la mesure où les coassociés ont donné leur accord tant pour le passé que pour l'avenir à la création, au développement et à la poursuite de cette activité concurrentielle sous la direction de Monsieur E... T..., le comportement de ce dernier ne peut plus être considéré comme déloyal à l'égard de la SARL ESPRIT METAL, et aucun acte de concurrence déloyale ne peut dès lors être retenu à ce titre à l'encontre tant de Monsieur V... T... que de la Sarl [...] ; qu'au surplus, l'attitude des associés et la teneur de leurs échanges démontrent qu'ils considéraient au contraire que la manière de gérer le marché "la pataterie" était conforme aux intérêts de la SARL ESPRIT METAL, qu'ainsi Monsieur E... T... avait permis de pérenniser la société et lui avait donné l'assise financière suffisante pour relancer l'activité des créances ; que l'existence d'un préjudice économique dans ce contexte ne saurait être retenu, alors au surplus que les associés étaient prêts à renoncer à la totalité des bénéfices pouvant résulter pour eux de ce marché ; que la cour constate à la lecture des documents comptables déposés au RCS que durant la période litigieuse, le chiffre d'affaires de la SARL ESPRIT METAL a augmenté de manière significative passant de 227 370 € au 31 décembre 2010 à 407 360 € au 31 décembre 2011 ; qu'au cours de l'année 2012, le chiffre d'affaires de l'une et l'autre des deux sociétés a été moindre passant à 378 850 € pour la SARL ESPRIT METAL soit une perte de 28 510 € et à 221 498 € pour la Sarl [...], soit une perte bien supérieure de 72 546 €. En 2013, la perte de chiffre d'affaires s'est poursuivie, 90 770 € pour la SARL ESPRIT METAL et 42 573 € pour la Sarl [...] ; que cette baisse s'explique par l'essoufflement du marché "la pataterie" ; qu'en définitive, au 31 décembre 2013 et malgré la baisse constante de son chiffre d'affaires, le niveau d'activité de la SARL ESPRIT METAL (288 080 €) était encore supérieur à ce qu'il avait été avant la création de la Sarl [...] (227 370 €) ; que par conséquent, en l'absence de faute et de préjudice démontrés, l'action de la SARL ESPRIT METAL en responsabilité contre la Sarl [...], Monsieur E... T... et Monsieur V... T... n'est pas fondée ; () qu'il est démontré par un constat du 27 août 2015, que L'ESAT ALPHA a fabriqué et livré outre les tables traditionnellement fournies à la SARL ESPRIT METAL, plusieurs dessertes, vitrines et bancs à destination de plusieurs restaurants "la pataterie", qui selon les accords des parties, rentraient dans la part de marché réservée à la [...], entre le 31 janvier 2015 et août 2015 ; qu'au regard des pièces versées, des meubles identifiés grâce aux factures de L'ESAT ALPHA et du tarif de vente produit par la Sarl [...], la cour peut retenir une perte de marge de 13 094,06 € (24 031,51 € - 10 937,45 €) sur l'ensemble des meubles vendus par la SARL ESPRIT METAL au lieu et place de la Sarl [...] figurant au procès-verbal d'huissier du 27 août 2015 ; que la Sarl [...] ne rapporte pas la preuve que la SARL ESPRIT METAL aurait poursuivi ses agissements postérieurement à ce constat ; que l'allégation par la Sarl [...] de la poursuite d'une activité en 2015 et des livraisons effectués à certains restaurants "la pataterie" sans précision de la nature des équipements installés ne suffit pas à démontrer la persistance d'un comportement frauduleux de la SARL ESPRIT METAL ; que par conséquent, la SARL ESPRIT METAL sera condamnée à payer à la Sarl [...] une somme de 13 094,06 € au titre du préjudice résultant du détournement d'une partie du marché des restaurants "la pataterie" » ;

ALORS en premier lieu QUE le gérant d'une SARL est tenu d'une obligation de loyauté et de fidélité qui lui interdit de négocier, pour le compte d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité ; qu'en jugeant que Monsieur E... T..., alors qu'il était gérant de la SARL ESPRIT METAL, n'aurait commis aucune faute en négociant, pour le compte de l'entreprise de son père puis pour le compte de la société [...], dont il est le gérant et l'associé et qui a été créée postérieurement à sa nomination en qualité de gérant de la SARL ESPRIT METAL, un marché dans le même domaine d'activité que cette dernière, au motif que « s'il est indéniable que la création d'une activité concurrente dans le même domaine d'activité parallèlement à la gestion de sa propre société constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité du gérant, elle perd néanmoins ce caractère fautif dès lors que non seulement l'existence de cette activité concurrente a été portée à la connaissance de l'ensemble des associés mais surtout qu'ils ont exprimé de façon non équivoque leur assentiment à ce mode de fonctionnement » (arrêt, p.7), la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 223-22 du code de commerce ;

ALORS en deuxième lieu QUE le gérant ou, s'il en existe un, le commissaire aux comptes, présente à l'assemblée ou joint aux documents communiqués aux associés en cas de consultation écrite, un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés ; que l'assemblée statue sur ce rapport ; qu'en jugeant que « la communauté des associés a pris une décision unanime, même si elle n'a pas été formalisée, dans le cadre d'une assemblée générale, de valider la création par le gérant d'une activité concurrente, et donc la société elle-même a exonéré Monsieur E... T..., gérant, de sa responsabilité contractuelle à son égard au titre du marché « la pataterie » » (arrêt, p.8) et qu'il aurait été décidé « entre les associés, au moins implicitement, d'une sorte de

statu quo » (ibid.), pour en conclure que le développement par Monsieur E... T... d'une activité concurrente à celle de la société ESPRIT METAL, dont il était le gérant, par l'intermédiaire de la société [...], n'était pas illicite, la cour d'appel a violé l'article L. 223-19 du code de commerce ;

ALORS en troisième lieu QUE les décisions sont prises en assemblée ; que toutefois, les statuts peuvent stipuler qu'à l'exception de celles prévues au premier alinéa de l'article L. 223-26 toutes les décisions ou certaines d'entre elles peuvent être prises par consultation écrite des associés ou pourront résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte ; qu'en jugeant que « la communauté des associés a pris une décision unanime, même si elle n'a pas été formalisée, dans le cadre d'une assemblée générale, de valider la création par le gérant d'une activité concurrente, et donc la société elle-même a exonéré Monsieur E... T..., gérant, de sa responsabilité contractuelle à son égard au titre du marché « la pataterie » » (arrêt, p.8), qu'il aurait été décidé « entre les associés, au moins implicitement, d'une sorte de statu quo » (ibid.) et que dans le cadre du rapport de gestion soumis à l'assemblée générale des associés de la société ESPRIT METAL en avril 2012, Monsieur T... avait précisé que cette société n'intervenait que dans le cadre du marché de création et de fabrication des tables de restaurants « pataterie » et qu'elle cherchait à développer l'activité crêpe (ibid.), pour en conclure que le développement par Monsieur E... T... d'une activité concurrente à celle de la société ESPRIT METAL, dont il était le gérant, par l'intermédiaire de la société [...], n'était pas illicite, sans constater ni que les statuts de la société ESPRIT METAL auraient permis aux associés de cette dernière de prendre la décision d'autoriser le gérant à réaliser une activité concurrente par consultation écrite ni que les associés auraient consenti à cette activité dans un acte, la cour d'appel a violé l'article L. 223-27 du code de commerce ;

ALORS en quatrième lieu QUE dans son courriel du 6 septembre 2012, page 2, Monsieur X... énonçait que « juridiquement il n'y a pas de questions à se poser (cette activité appartient de plein droit à la société (ESPRIT METAL) dans la mesure où elle a été développée en utilisant ses moyens et donc le capital des associés) » et qu'il « n'était pas initialement prévu de transférer sur cette autoentreprise (des consorts T...) (devenue société après avoir réalisé plus de 82000 euros de CA) tous les nouveaux produits vendus à des clients ESPRIT METAL » ; qu'en jugeant qu'il résulterait de ce courriel que Monsieur X... aurait donné son accord à l'activité concurrente développée par Monsieur T..., la cour d'appel a méconnu l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer les documents de la cause et a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

ALORS en cinquième lieu QUE pour établir que les consorts T... et la société [...] avaient détourné le marché « la pataterie », qui aurait dès l'origine dû être conclu par la société ESPRIT METAL, cette dernière rappelait notamment, dans ses conclusions, que « la société ESPRIT METAL, à compter de janvier 2009, va par l'intermédiaire d'un maître d'oeuvre, Monsieur N... M..., qu'il a sollicité à ce titre (pièce 35) tenter d'obtenir le marché d'aménagement de restaurants sous la franchise LA PATATERIE. La société ESPRIT METAL contactera l'ESAT ALPHA pour obtenir de sa part un devis relatif à la fabrication de bancs (pièces n° 36 et 37). La négociation tarifaire portant pour objectif clairement affirmé « de récupérer toutes les franchises PATATERIES » (pièce n°38). Le marché de l'aménagement de ces magasins portant, outre sur les bancs, également sur les tables (pièce n°39) pour lesquels l'ESAT ALPHA soumissionnait (pièce n°40). Par courrier du 4 septembre 2009, la société ESPRIT METAL transmettait son devis pour l'aménagement du restaurant de LANNION (pièce n°41). Devis accepté » (conclusions, p.4), mais que « c'est la source du contentieux, Monsieur E... T... décidait par courriel du 4 septembre 2009 que le marché concernait la société ESPRIT METAL à l'exception des bancs, fabriqués par une autre structure familiale (pièce n°41) () appelée Etablissements T... » (conclusions, pp. 4-5), et qu'en outre, Monsieur N... M... avait lui-même attesté en septembre 2011, à la demande de Monsieur T..., qu'il « l'avait contacté en octobre 2008 pour confier à la société ESPRIT METAL la réalisation de différentes pièces de mobilier destinées à l'équipement des restaurants LA PATATERIE (pièce n°46) » (ibid. p.5) ; qu'en jugeant qu'« au lancement de cette activité (pour le marché « la pataterie ») aucune concurrence n'existait avec le marché détenu par la SARL ESPRIT METAL dans le domaine des crêpes, l'activité envisagée étant totalement nouvelle » (arrêt, p.7), sans vérifier, comme il lui était demandé, si ce n'était pas la société ESPRIT METAL qui avait initialement été sollicitée pour la réalisation de ce marché dans son intégralité, de sorte que c'est à cette société que ledit marché aurait dû être attribué, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1382, devenu 1240, du code civil, et L. 223-22 du code de commerce ;

ALORS en sixième lieu QU'en jugeant que « dans une série de messages échangés en juillet 2014, entre les clients,

Monsieur J... X..., pour le compte de la SARL ESPRIT METAL, et Monsieur V... T..., la répartition du marché des restaurants la pataterie apparaît conforme à la configuration exposée par Monsieur E... T... : la réalisation des tables est confiée à la SARL ESPRIT METAL tandis que les bancs et les vitrines sont confiés-à la Sarl [...] . Chaque société facture ses prestations de manière autonome (mails de mai 2014) et les factures établies par l'atelier de fabrication entre 2010 et 2014 sont ventilées entre la Sarl [...] et la SARL ESPRIT METAL », par des motifs qui ne permettent pas de caractériser une renonciation non équivoque de la société ESPRIT METAL à dénoncer les actes de concurrence déloyale accomplis par Monsieur E... T... et la société [...], la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 ;

ALORS en septième lieu QU'outre le détournement du marché « la pataterie », la société ESPRIT METAL reprochait aux consorts T... et à la société [...] le détournement du marché « Café Madeleine » (conclusions, pp. 5-6) ; qu'en jugeant qu'aucune faute n'était établie à l'encontre des consorts T... et de la société [...] sans répondre aux conclusions de la société ESPRIT METAL leur reprochant le détournement du marché « Café Madeleine », la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS en huitième lieu QU'un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyal, générateur d'un trouble commercial, fût-il seulement moral ; que l'arrêt sera cassé en ce qu'il a jugé qu'aucun préjudice n'était établi pour la société ESPRIT METAL, par voie de conséquence de sa cassation en ce qu'il a jugé qu'aucun acte de concurrence déloyale n'était établi, conformément à ce que dispose l'article 624 du code de procédure civile ;

ALORS en neuvième lieu QUE l'arrêt sera cassé en ce qu'il a condamné la société ESPRIT METAL à payer la somme de 13.094,06 € à la société [...] au titre de la demande reconventionnelle en concurrence déloyale présentée par cette dernière, par voie de conséquence de sa cassation en ce qu'il a débouté la société ESPRIT METAL de sa demande au titre d'une concurrence déloyale, sur le même marché, commise par la société [...], conformément à ce que dispose l'article 624 du code de procédure civile ;

ALORS en dixième lieu QUE, subsidiairement à la neuvième branche, en condamnant la société ESPRIT METAL pour avoir fabriqué et livré plusieurs dessertes, vitrines et bancs à destination de restaurants « la pataterie » « qui selon les accords des parties rentraient dans la part de marché réservée à la SARL [...], entre le 31 janvier 2015 et août 2015 » (arrêt, p. 10), sans caractériser aucune obligation de non-concurrence dont la société ESPRIT METAL aurait été débitrice entre le 31 janvier 2015 et août 2015 qui aurait pu être méconnue par celle-ci ni aucun acte de concurrence déloyale qu'elle aurait commis, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382, devenu 1240, du code civil, ensemble le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.