

19 janvier 2022

Cour de cassation

Pourvoi n° 20-14.010

Chambre commerciale financière et économique - Formation restreinte hors RNSM/NA

Publié au Bulletin

ECLI:FR:CCASS:2022:CO00048

Titre

- contrats et obligations conventionnelles
- nullité
- exception de nullité
- caractère perpétuel
- limites
- commencement d'exécution de l'acte
- objet du commencement d'exécution
- exclusion
- réalisation d'une condition suspensive

Sommaire

Il résulte des articles 1168 et 1304 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qu'après l'expiration du délai de prescription de l'action en annulation d'un acte, l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté ou n'a pas reçu un commencement d'exécution. Une condition suspensive faisant dépendre l'obligation souscrite d'un événement futur et incertain mais ne constituant pas l'objet de l'obligation, la réalisation de la condition ne constitue pas l'exécution, même partielle, de cette obligation et ne peut, par suite, faire échec au caractère perpétuel d'une exception de nullité

Texte de la décision

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 19 janvier 2022

Cassation partielle

M. GUÉRIN, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 48 F-B

Pourvoi n° S 20-14.010

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 19 JANVIER 2022

La société A7 Management, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 1], a formé le pourvoi n° S 20-14.010 contre l'arrêt rendu le 7 janvier 2020 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 8), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. [N] [J], domicilié [Adresse 5], pris en qualité de président de la société Blace finance ,

2°/ à M. [M] [R], domicilié [Adresse 6],

3°/ à la société Sehb, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 5],

4°/ à la société Techniques et Management hôteliers (TMH), société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [Adresse 10],

5°/ à la société des Hôtels littéraires, dont le siège est [Adresse 3], anciennement dénommé société Gargantua, représentée par son président M. [N] [J],

6°/ à la société [Y] Perdereau Manière El Baze, société civile professionnelle, dont le siège est [Adresse 8], en la personne de M. [W] [Y], prise en qualité de commissaire à l'exécution du plan de redressement de la société SEHB,

7°/ à la société BTSG, société civile professionnelle, dont le siège est [Adresse 2], en la personne de M. [G], prise en qualité de mandataire judiciaire de la société SEHB,

8°/ à la société Agena, société en nom collectif, dont le siège est [Adresse 5],

9°/ à la société Anne de France, société en nom collectif, dont le siège est [Adresse 9],

10°/ à la société Blace finance, société par actions simplifiée, agissant poursuites et diligences de son gérant M.[N]

[]],

11°/ à la société Du bois fleuri, société par actions simplifiée,

toutes deux ayant leur siège [Adresse 5],

12°/ à la société Hôtel de [Localité 12], société en nom collectif, dont le siège est [Adresse 7],

13°/ à la société [Localité 11] Hôtel, société en nom collectif, dont le siège est [Adresse 4],

défendeurs à la cassation.

M. []], ès qualités et les sociétés Agena, Anne de France, Blace finance, Du bois fleuri, Hôtel de [Localité 12] et [Localité 11] Hôtel ont formé un pourvoi incident contre le même arrêt.

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt.

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

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Ponsot, conseiller, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de la société A7 Management, de la SCP Bouzidi et Bouhanna, avocat de M. [R], de la SCP Foussard et Froger, avocat de M. []], ès qualités, et des sociétés Agena, Anne de France, Blace finance, Du bois fleuri, Hôtel de [Localité 12] et [Localité 11] Hôtel, après débats en l'audience publique du 23 novembre 2021 où étaient présents M. Guérin, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Ponsot, conseiller rapporteur, Mme Graff-Daudret, conseiller, et Mme Labat, 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 (Paris, 7 janvier 2020) rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 15 mars 2017, pourvois n° 15-16.609 et 15-17.589), M. []] et la société Blace finance ont conclu le 5 mai 2000 avec la société A7 Management une promesse de cession de leurs parts sociales constituant la totalité du capital de la Sarl Sehb exploitant un hôtel situé à Biarritz, dont la gestion a été confiée à la société A7 Management jusqu'en 2005 puis à la société Techniques et Management hôteliers (la société TMH). La cession était subordonnée à la réalisation de conditions suspensives tenant notamment au remboursement échelonné par la société Sehb du solde créditeur des comptes courants détenus par les promettants. La société Sehb, mise en redressement judiciaire le 19 juillet 2009, a fait l'objet d'un plan de continuation en exécution duquel des augmentations de capital ont été souscrites par les sociétés Agena, Gargantua, Hôtel de [Localité 12], Du bois fleuri, Anne de France et [Localité 11] Hôtel et par M. [R].

2. Reprochant à M. []] et à la société Blace finance de refuser de lui céder les parts de la société Sehb en exécution de la promesse et d'avoir convoqué irrégulièrement les assemblées d'associés ayant décidé les augmentations de capital, la société A7 Management les a assignés, ainsi que les sociétés Agena, Gargantua, Hôtel de [Localité 12], Du bois fleuri, Anne de France, [Localité 11] Hôtel et M. [R] afin que lui soit reconnue la qualité d'associée à 100 % dans le capital de la société Sehb et d'obtenir le paiement de dommages-intérêts ainsi que l'annulation des augmentations de capital et des parts sociales émises.

Examen des moyens

Sur les troisième et quatrième moyens du pourvoi principal, ci-après annexés

3. 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 ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal

Enoncé du moyen

4. La société A7 Management fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable la saisine de la cour de renvoi à l'égard de la société TMH, alors « que la mise hors de cause de la société TMH par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 mars 2017 résultant d'une erreur de procédure non imputable aux parties, le rabat de cet arrêt de ce chef entraînera, par voie de conséquence, l'annulation de l'arrêt de la cour d'appel de renvoi du 7 janvier 2020 en ce qu'il a déclaré irrecevable sa saisine à l'égard de cette société. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 625 du code de procédure civile :

5. Par arrêt du 23 juin 2021 (pourvois n° 15-16.609 et 15-17.589), la chambre commerciale, financière et économique a ordonné le rabat de son arrêt du 15 mars 2017 rendu dans la présente affaire, en ce qu'il avait mis hors de cause la société TMH.

6. Il en résulte que l'arrêt déféré, en ce qu'il a déclaré irrecevable la saisine de la cour d'appel de renvoi à l'égard de cette société par suite de cette mise hors de cause, se trouve dépourvu de fondement et que la cassation est encourue de ce chef.

Et sur le moyen du pourvoi incident, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

7. M. [J] et les sociétés Blace finance, Agena, Anne de France, Du bois fleuri, Hôtel de [Localité 12], et [Localité 11] Hôtel font grief à l'arrêt de déclarer la société A7 Management recevable et fondée en sa demande tendant à voir constater le caractère parfait de la cession au 3 septembre 2010, de confirmer le jugement sur ce point et en ce qu'il ordonne à M. [J] et à la société Blace Finance d'acter ce transfert de parts et de remettre à A7 Management sous astreinte de 500 euros par jour de retard, passé un délai de 15 jours suivant la signification du jugement, les actes de cession portant sur ces parts, établis au nom de A7 Management, et de dire parfaite, à la date du 3 septembre 2010, la cession des parts de la société Sehb, objet de la promesse signée le 5 mai 2000, alors « que la condition suspensive est étrangère à l'exécution du contrat dès lors qu'elle concerne sa formation ; qu'ayant constaté que le paiement de comptes courants était l'objet de conditions suspensives, il était par hypothèse exclu que l'arrêt retienne que le paiement révélait une exécution du contrat et que cette exécution fasse obstacle au caractère perpétuel de l'exception de nullité ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé l'article 1168 ancien du code civil, ensemble la règle suivant laquelle l'exception de nullité est perpétuelle. »

Réponse de la Cour

Vu les articles 1168 et 1304 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

8. Il résulte de ces textes qu'après l'expiration du délai de prescription de l'action en annulation d'un acte, l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté ou n'a pas reçu un commencement d'exécution.

9. Pour déclarer irrecevable l'exception de nullité opposée par M. [J] et la société Blace finance, l'arrêt constate qu'il a été procédé au règlement des comptes courants et que ce règlement correspond à deux des conditions suspensives prévues dans la promesse. Il en déduit que les paiements intervenus pour solder les créances de comptes courants visées à l'acte s'analysent en un commencement d'exécution de la promesse, peu important que le débiteur de cette obligation soit la société Sehb, dès lors que ce règlement conditionnait le transfert des

parts.

10. En statuant ainsi, alors qu'une condition suspensive fait dépendre l'obligation souscrite d'un événement futur et incertain mais ne constitue pas l'objet de l'obligation, de sorte que la réalisation de la condition ne constitue pas l'exécution, même partielle, de cette obligation et ne peut, par suite, faire échec au caractère perpétuel d'une exception de nullité, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Portée et conséquences de la cassation

11. L'examen de la validité de la cession étant préalable à celui de son opposabilité, il s'ensuit que ne peuvent être maintenues les dispositions de l'arrêt qui, après avoir dit que la société A7 Management était recevable et fondée en sa demande tendant à voir constater le caractère parfait de la cession de parts litigieuse au 3 septembre 2010, ont déclaré la cession inopposable à la société Sehb et aux personnes ayant souscrit aux augmentations de capital de cette dernière après cette date.

12. La cassation prononcée entraîne donc celle des dispositions de l'arrêt qui ont statué sur l'opposabilité de la cession et ses conséquences, ce qui rend sans objet l'examen du deuxième moyen du pourvoi principal.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le deuxième moyen du pourvoi principal et sur les autres griefs du pourvoi incident, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déclare irrecevable la saisine de la cour de renvoi à l'égard de la société Techniques et Management hôteliers, en ce qu'il dit la société A7 Management recevable et fondée en sa demande tendant à voir constater le caractère parfait de la cession au 3 septembre 2010 et condamne la société A7 Management à payer à M. [J] et à la société Blace finance le prix de cession, en ce qu'il dit que la cession de parts n'est pas opposable à la société Sehb ainsi qu'aux personnes ayant souscrit aux augmentations de capital, et en ce qu'il dit que la société A7 Management est irrecevable à agir en annulation des augmentations de capital réalisées dans le cadre du plan de redressement et à exercer l'action sociale, l'arrêt rendu le 7 janvier 2020, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne la société A7 Management aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société A7 Management et la condamne à payer à M. [J] et aux sociétés Blace finance, Agena, Anne de France, Du bois fleuri, Hôtel de [Localité 12] et [Localité 11] Hôtel la somme globale de 3 000 euros, et à M. [R], la somme 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, prononcé en l'audience publique du dix-neuf janvier deux mille vingt-deux, et signé par Mme Graff-Daudret, conseiller qui en a délibéré, en remplacement de M. Guérin, empêché.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils, pour la société A7 Management.

PREMIER MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré irrecevable la saisine de la cour de renvoi à l'égard de la société TMH ;

AUX MOTIFS QUE :

Sur la demande de mise hors de cause de TMH

La saisine par A7 Management de la cour de renvoi vise notamment TMH, partie en première instance, à laquelle elle reproche d'avoir souscrit à l'augmentation de capital votée le 25 octobre 2010 et engagé sa responsabilité personnelle pour avoir continué à gérer l'hôtel et, à la première occasion, pris une participation au capital de Sehb, en violation de la transaction conclue le 29 décembre 2006, aux termes de laquelle elle s'était interdit pendant une durée de cinq ans de s'intéresser à la gestion de l'hôtel de Sehb.

TMH, arguant de sa mise hors de cause par la Cour de cassation et des dispositions de l'article 625 du code de procédure civile, soulève l'irrecevabilité de la saisine de la cour de renvoi à son égard. Elle soutient que les différents pourvois ne visaient aucunement à remettre en cause la décision ayant débouté A7 Management de sa demande de dommages et intérêts à son encontre et conteste en tout état de cause avoir manqué aux engagements pris dans la transaction.

A7 Management réplique que cette société demeure en la cause tant en ce qui concerne sa revendication de la propriété des parts de Sehb souscrites par TMH, que sa demande de dommages et intérêts de 250.000 euros, au titre de sa responsabilité personnelle pour violation de la transaction, sa mise hors de cause par la Cour de cassation n'étant que partielle.

Par arrêt du 15 mars 2017, la Cour de cassation a, sur sa demande, mis hors de cause TMH relativement aux pourvois principaux formés respectivement par A7 Management (P 15-16.609) et par M.[J] et Blace Finance (D15-17.589), qui critiquaient les dispositions de l'arrêt du 22 janvier 2015 relatives à l'annulation des assemblées générales et des augmentations de capital et aux dommages et intérêts sollicités à l'encontre de M. [J] et de Blace Finance.

TMH avait en effet fait valoir dans son mémoire en défense devant la Cour de cassation qu'aucun moyen de cassation ne la concernait, dès lors qu'elle n'était plus titulaire d'aucune part de Sehb, ayant cédé en août 2012 à Blace Finance les parts qu'elle avait acquises lors de l'augmentation de capital et que la critique des dispositions relatives aux dommages et intérêts sollicités à l'encontre de M. [J] et de Blace Finance n'avait aucune incidence sur l'annulation de l'assemblée générale du 25 octobre 2010.

Il ne ressort par ailleurs pas du pourvoi formé par A7 Management que cette dernière, ni d'autres parties aient développé de moyen à l'encontre de l'arrêt du 22 janvier 2015 ayant débouté A7 Management de sa demande de dommages et intérêts à l'égard de TMH pour violation du protocole transactionnel signé le 29 décembre 2006.

C'est dès lors à juste titre, que TMH se prévalant des dispositions de l'article 625 alinéa 3 du code de procédure civile, soutient qu'elle n'avait pas à être mise en cause devant la cour de renvoi. La cour dira en conséquence irrecevable la déclaration de saisine effectuée par A7 Management en ce qu'elle visait TMH.

TMH sera déboutée de sa demande de dommages et intérêts, le caractère abusif de la saisine de la cour de renvoi n'étant pas établi, A7 Management ayant pu se méprendre sur l'incidence de la mise hors de cause prononcée par la Cour de cassation compte tenu de la complexité de l'affaire.

ALORS QUE la mise hors de cause de la société TMH par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 mars 2017 résultant d'une erreur de procédure non imputable aux parties, le rabat de cet arrêt de ce chef entraînera, par voie de conséquence, l'annulation de l'arrêt de la cour d'appel de renvoi du 7 janvier 2020 en ce qu'il a déclaré irrecevable sa saisine à l'égard de cette société.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR dit que la cession des parts sociales de la société Sehb n'était pas opposable à cette dernière à la date du 3 septembre 2010 et qu'A7 Management n'avait pas la qualité d'associé de cette société à compter du 3 septembre 2010, d'AVOIR en conséquence dit que la cession n'est pas opposable aux personnes ayant souscrit aux augmentations de capital, objet de la présente instance d'AVOIR en

conséquence dit la société A7 Management irrecevable en sa demande d'annulation des assemblées générales des 25 octobre 2010, 30 juin 2011, 29 juin 2012 et 2 août 2012, des augmentations de capital votées au cours de ces assemblées générales, ainsi qu'en sa demande d'annulation des nouvelles parts sociales de Sehb et des demandes qui en sont la conséquence d'AVOIR en conséquence débouté la société A7 Management de sa demande de restitution des documents sociaux et comptables de la société Sehb d'AVOIR en conséquence déclaré la société A7 Management irrecevable à exercer l'action sociale et d'AVOIR en conséquence dit la société A7 Management irrecevable en sa demande d'indemnisation présentée en qualité d'associée de la société Sehb ;

AUX MOTIFS QUE :

Sur l'opposabilité de cette cession et ses conséquences sur les demandes d'annulation des assemblées générales et des augmentations de capital.

L'exigence d'un acte écrit de cession, stipulée par l'article L 221-14 du code de commerce, n'étant édictée qu'à titre de preuve, ne constitue pas un préalable à la prise d'effet de la cession entre les parties à la promesse. Il s'ensuit qu'entre les parties à la promesse signée le 5 mai 2000, la cession a pris effet le 3 septembre 2010. Conformément aux tenues de la promesse, A7 Management est tenue de régler à M.[J] et Blace Finance le prix de cession convenu soit la somme de 76.224,51 euros (500.000 francs). Il sera ajouté au jugement sur ce point. Le jugement sera par ailleurs confirmé en ce qu'il a enjoint à M.[J] et Blace Finance d'acter ce transfert de parts et de remettre à A7 Management sous astreinte de 500 euros par jour de retard, passé un délai de 15 jours les actes de cession portant sur ces parts, établis au nom de A7 Management.

M.[J] et Blace Finance soutiennent toutefois que le transfert des parts ne peut intervenir à effet du 3 septembre 2010, faute pour A7 Management d'avoir respecté le formalisme prévu par les articles L221-14 et L227-17 du code de commerce, en notifiant à Sehb la levée des conditions suspensives, si elle estimait celle-ci effective. Ils en déduisent qu'A7 Management n'avait pas la qualité d'associée de Sehb aux dates des assemblées générales, objet de la présente instance, ayant voté les augmentations de capital suivantes :

- ▣ le 25 octobre 2010, une augmentation de capital par émission de 11.000 parts nouvelles de 20 euros chacune. M.[R], les sociétés Gargantua, TMH, Agena et Blace Finance ont souscrit à cette augmentation.
- ▣ le 30 juin 2011, une augmentation de capital par émission de 11.000 parts nouvelles de 20 euros chacune. Les sociétés Hôtel de [Localité 12], du Blois Fleuri, Anne de France, [Localité 11] Hôtels, et Blace Finance ont souscrit à cette augmentation
- ▣ le 29 juin 2012 une augmentation de capital par émission de 28.000 parts nouvelles de 20 euros chacune, cette augmentation de capital étant réservée à Blace Finance, qui y a intégralement souscrit.
- ▣ le 2 août 2012, TMH a été autorisée à céder ses 500 parts à Blace Finance et sous réserve de la réalisation de cette cession, il a été décidé de modifier les statuts, afin de fixer le capital social à 1.010.000 euros divisé en 50.500 parts de 20 euros, réparties comme suit :

- o M.[J] 1 part
- o société Blace Finance 33.999 parts
- o société Gargantua: 5000 parts - société Agena: 500 parts
- o M.[R] : 5000 parts
- o société Hôtel de [Localité 12]: 1.500 parts
- o société du Bois Fleuri: 1.500 parts
- o société Anne de France: 1.500 parts
- o société [Localité 11] Hôtels 1.500 parts

En l'absence de jonction avec l'affaire enrôlée sous le numéro RG 17 / 00326, seules sont examinées dans la présente instance les demandes d'annulation concernant les assemblées générales intervenues entre le 25 octobre 2010 et le 2 août 2012.

L'article L 221-14 du code de commerce, rendu applicable aux SARL par l'article L 223-17 du même code stipule que: "La cession des parts sociales doit être constatée par écrit. Elle est rendue opposable à la société, dans les

formes prévues à l'article 1690 du code civil. Toutefois la signification peut être remplacée par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt. Elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et, en outre, après publication des statuts modifiés au registre du commerce et des sociétés; ce dépôt peut être effectué par voie électronique".

Si dans les rapports entre cédant et cessionnaire la cession s'opère indépendamment de la signification faite à la société, il en va différemment de l'opposabilité de cette cession à la société dont les parts sont cédées. Il convient donc de rechercher si cette cession est ou non opposable à Sehb.

Il résulte de l'article 1690 du code civil auquel renvoie l'article L 221-14 du code de commerce, que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification faite de la cession à la société ou par l'acceptation qui en faite par la société dans un acte authentique.

Le courrier du 5 novembre 2009 (pièce 50 de A7 Management) par lequel A7 Management réclame à M. [J] et par courrier distinct à Blace Finance, " la pleine exécution de cette promesse synallagmatique au 31 décembre 2010 et en tout état de cause à la date de terminaison du contrat de crédit-bail liant la Société SEHB et la Société AFFINE [crédit-bailleur] que vous optiez pour un règlement par anticipation ou que le contrat aille jusqu'à son terme" et déclare renoncer en tant que de besoin à la condition suspensive tirée de l'absence d'état de cessation des paiements de Sehb, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire de Sehb au jour de la cession des titres, pour le cas où la société ne serait pas redevenue in bonis, n'est adressé qu'aux, promettants, et non à M. [J] pris en sa qualité de gérant de Sehb, la société n'étant pas davantage mise en copie. Ce courrier ne peut donc valoir signification à Sehb.

Quant aux sommations restées infructueuses, délivrées à la requête d'A7 Management à la société Sehb et aux promettants en décembre 2005, d'avoir à venir, pour Sehb, signer avec le crédit-bailleur l'acte d'acquisition des murs commerciaux, et pour M.[J] et Blace Finance, recevoir le prix de cession afférent au transfert des parts sociales, elles sont antérieures à la levée de la dernière condition suspensive et ne peuvent donc utilement valoir signification de la réalisation de la cession.

Il n'est donc pas justifié d'une signification spécifique à Sehb antérieurement aux augmentations de capital, objet de la présente instance.

Cette absence de signification n'a pas davantage été remplacée par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt.

En définitive, A7 Management déduit l'opposabilité de la cession à Sehb de la circonstance que M.[J] était gérant de Sehb et que la société était avisée de la cession par le biais de la procédure.

Cependant le seul fait que M.[J], promettant, était par ailleurs gérant de Sehb lors de la réalisation de la dernière condition suspensive, ne suffit pas à rendre opposable la cession à la société, rien ne démontrant que l'intéressé est également intervenu en sa qualité de gérant de Sehb.

Quant à l'assignation délivrée et aux conclusions notifiées au cours de la présente procédure à laquelle Sehb est partie, si elles ont permis à cette société d'avoir connaissance du litige relatif à la propriété des parts composant son capital social et de ce qu'A7 Management se prévalait de la réalisation de toutes les conditions suspensives au 3 septembre 2010, elles ne lui permettaient cependant pas compte tenu des nombreux points juridiques à trancher de disposer d'éléments rendant certaine la cession de parts à effet du 3 septembre 2010.

Il s'ensuit qu'il n'est pas établi que la cession des parts est opposable à la société Sehb au 3 septembre 2010, ni même antérieurement aux assemblées générales litigieuses.

L'opposabilité aux tiers souscripteurs, supposant, outre des mesures de publicité au registre du commerce et des sociétés, l'accomplissement des formalités à l'égard de la société, la cession n'est pas davantage opposable à ces derniers, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la connaissance qu'ils avaient de cette cession.

La cession intervenue entre les parties à la promesse n'étant pas opposable à la société cédée, A7 Management ne

peut se prévaloir de la qualité d'associée de Sehb à compter du 3 septembre 2010, ni même antérieurement aux assemblées générales intervenues entre octobre 2010 et août 2012 pour fonder sa demande d'annulation des dites assemblées et augmentations de capital.

Le jugement sera infirmé en ce qu'il a reconnu à A7 Management la qualité d'associée de Sehb à compter du 3 septembre 2010

N'ayant pas la qualité d'associé, les moyens d'A7 Management, pris de ce qu'elle n'a pas été convoquée aux assemblées générales, de son défaut d'agrément des nouveaux associés, de la mauvaise foi des tiers ayant souscrit aux augmentations de capital en connaissance de la cession des parts et de sa revendication, sont inopérants pour fonder la recevabilité de sa demande d'annulation des assemblées générales et des augmentations de capital. N'est pas davantage de nature à rendre recevable la demande d'annulation, le moyen pris de ce que M. [J] et Blace Finance n'avaient plus la qualité d'associés de Sehb et s'étaient interdit dans la promesse du 5 mai 2000 de modifier les statuts de Sehb, dès lors qu'en l'absence d'opposabilité de la cession à la société, A7 Management n'était pas substituée dans les droits d'associé de ces derniers, et que le manquement allégué à l'interdiction de modifier les statuts, s'il est susceptible de caractériser une violation de la promesse, ne constitue pas une cause d'annulation des assemblées générales et des augmentations de capital.

Dès lors, la fin de non-recevoir soulevée par les intimés, tirée du défaut de qualité à agir d'A7 Management en annulation des assemblées générales, des augmentations de capital et des nouvelles parts sociales, objet de la présente instance, est fondée.

En conséquence, A7 Management sera déclarée irrecevable en sa demande d'annulation des assemblées générales des 25 octobre 2010, 30 juin 2011, 29 juin 2012 et 2 août 2012, ainsi que des augmentations de capital décidées au cours de celles-ci et partant des prétentions qui en sont la conséquence, notamment la demande d'annulation de la création des parts nouvelles résultant de ces augmentations.

Il ne sera pas fait droit à sa demande de restitution sous astreinte de l'intégralité des documents sociaux de Sehb, tels que les grands livres, bilans, inventaires, balances, livre du personnel, contrats en cours et plus généralement toutes les archives sociales outre les documents en cours d'élaboration, A7 Management n'étant pas le représentant légal de Sehb.

Sur l'action sociale exercée par A7 Management

A7 Management reprend en cause d'appel la demande de dommages et intérêts au nom de Sehb, dont elle a été déboutée en première instance, arguant que M.[J] a commis des fautes de gestion dans le cadre de sa gérance de Sehb, engageant sa responsabilité vis-à-vis de la société et sollicite, sur le fondement des articles 223-22 et suivants du code de commerce, la condamnation de ce dernier à payer à la société Sehb, à titre de dommages et intérêts, la contre-valeur des diverses condamnations prononcées à l'encontre de la société par le tribunal de grande instance de Bayonne, la cour d'appel de Pau et la Cour de cassation, soit en l'état une somme de 1.105.400 euros, dépens et intérêts en sus, ainsi que l'intégralité des frais et honoraires exposés par Sehb et/ou facturés à cette dernière dans le cadre des divers contentieux ayant opposé M.[J], Blace Finance et Sehb à A7 Management, et qu'il soit ordonné une expertise pour arrêter le montant exact des dits frais et honoraires exposés par Sehb ou facturés à celle-ci.

Elle fait valoir que M.[J], pour tenter d'éviter le retour des titres de Sehb dans le patrimoine d'A7 Management, a délibérément exposé la société à un "désastre judiciaire", toutes les procédures entreprises au nom de Sehb entre 2006 et 2009 ne présentant aucun intérêt pour la société et n'étant menées que pour servir les intérêts personnels de M.[J], que ces fautes, parfaitement détachables des fonctions de gérant, ont généré un préjudice pour la société équivalent aux condamnations liquidées, outre les frais, honoraires, dépens et toutes autres sommes supportées par la société à l'occasion de ces litiges.

M.[J] et Blace Finance soulèvent le défaut de qualité d'A7 Management à agir au nom de la société Sehb, en ce qu'elle n'a pas rétroactivement au 3 septembre 2010 la qualité d'associé de Sehb, l'arrêt du 22 janvier 2015 ayant été cassé, et à défaut d'accomplissement des formalités de l'article L 221-14 du code de commerce rendu

applicable aux SARL par l'article L227-17 du même code.

Sur le fond, ils arguent de l'absence de faute détachable des fonctions de gérant, M.[J] n'ayant fait que mettre en oeuvre les droits de Sehb, dont l'intérêt était d'expulser A7 Management, dès lors que son dirigeant se livrait à un pillage organisé de la société, ajoutant que le gérant a toujours agi dans l'intérêt social, redonnant sa valeur à Sehb en lui permettant de conserver son fonds de commerce, en la cautionnant avec Blace Finance auprès des banques et du crédit-bailleur et en apportant les fonds nécessaires à son fonctionnement et qu'à l'inverse A7 Management a essayé de piller Sehb en obtenant la liquidation d'astreintes injustes et provoqué la mise en redressement judiciaire de Sehb.

Selon l'article L223-22 du code de commerce que " Les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement selon les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. [...] .Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les associés peuvent, soit individuellement, soit en se regroupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société à laquelle, le cas échéant, les dommages et intérêts sont alloués [...] "

Il résulte de ces dispositions que l'action sociale "ut singuli" ne peut être exercée dans l'intérêt de la société que par un associé de cette société, cette qualité s'appréciant à la date de l'assignation et devant être conservée pendant le déroulement de l'instance.

Il vient d'être jugé qu'A7 Management n'avait pas la qualité d'associé de Sehb au 3 septembre 2010, faute d'opposabilité de la cession à la société.

Il s'ensuit qu' A7 Management n'est pas recevable à exercer l'action ut singuli, le jugement étant infirmé en ce qu'il a seulement dit mal fondée cette demande.

Sur la demande de dommages et intérêts formée à titre personnel par A7 Management au titre des fautes de gestion du gérant

A7 Management sollicite la condamnation de M. [J] au paiement de 2 millions d'euros de dommages et intérêts en réparation du préjudice personnel que lui ont causé les fautes de gestion du gérant. Fondant sa demande sur les articles 1382 du code civil et L223-22 du code de commerce, elle reproche au gérant d'avoir rompu sans préavis la convention d'exploitation la liant à Sehb, d'avoir mis en oeuvre un nombre impressionnant de procédures qui ont abouti à la création d'un passif sans rapport avec l'exploitation normale de Sehb, de s'être dédit en 2005 de l'option d'achat au nom de Sehb, d'avoir orchestré l'ouverture d'une procédure collective, et profiter de celle-ci pour faire procéder à des augmentations de capital et la diluer afin de faire échec, par un autre procédé, à la restitutions des titres, toutes décisions prises en parfaite connaissance des droits d'A7 Management.

Elle expose que l'action directe contre M.[J] ne dépend pas uniquement de la qualité d'associée de la société A7 Management et que "la demande est également recevable au titre de l'action individuelle ouverte aux associés d'une société à responsabilité limitée, en sus de l'action sociale", que les fautes alléguées caractérisent la responsabilité personnelle du gérant vis à vis des associés et des tiers ayant subi un dommage propre et personnel indépendant de celui subi par l'ensemble des créanciers et que M.[J] doit a minima la garantir de " la contre-valeur de la créance générée par ses agissements ayant obéré le passif social et ayant causé un préjudice personnel et distinct à la société exposante", rappelant qu'outre la dépossession de ses droits sociaux, elle n'est toujours pas désintéressée de sa créance, qui a pour seule cause l'aveuglement du gérant poursuivant un dessein personnel.

Il résulte de l'article L 223-22 du code de commerce que toute personne qui a été lésée trouve dans cet article le fondement d'une action en responsabilité et peut engager une action individuelle. Cette action est ouverte aux associés, mais également aux tiers qui se prévalent d'un préjudice personnel résultant des fautes de gestion du

dirigeant.

A7 Management n'étant pas associée de Sehb au jour où elle a formé cette demande n'est pas en recevable à solliciter une indemnisation de son préjudice personnel en qualité d'associé.

Ses écritures visant également la responsabilité du gérant à l'égard des tiers, il convient subsidiairement d'examiner sa demande d'indemnisation en cette qualité. La responsabilité du gérant à l'égard des tiers suppose de caractériser une faute "détachable", définie comme une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice des fonctions sociales, ainsi qu'un préjudice personnel résultant de cette faute.

La responsabilité de M. [J] au titre des fautes de gestion commises à l'occasion de l'exercice de ses fonctions de gérant de Sehb, doit être distinguée de sa responsabilité en tant que promettant, au titre de l'exécution de la promesse.

Le grief pris de ce que, sous la gérance de M. [J], Sehb s'est en 2005 dédit de l'option d'achat du crédit-bail, a déjà donné lieu à indemnisation, M. [J] et Blace Finance ayant été condamnés à verser à A7 Management 150.000 euros de dommages et intérêts pour résistance abusive dans l'exécution des accords qui avaient été trouvés avec le crédit-bailleur pour lever la 3^e condition suspensive de la promesse.

S'agissant des diverses procédures s'étant soldées par des condamnations, il ressort du dossier que sous la gérance de M. [J], la société Sehb après avoir le 21 décembre 2005, résilié pour faute avec effet immédiat la convention d'assistance commerciale qui la liait à A7 Management et confié deux jours plus tard un nouveau mandat de gestion à la société TMH, a entrepris de faire expulser A7 Management, demande dont elle a été déboutée par le juge des référés, que sans attendre la décision du tribunal saisi de l'appréciation du caractère sérieux du manquement invoqué, elle a refusé l'accès des locaux à A7 Management, situation que la cour d'appel de Pau a qualifiée, le 2 octobre 2006, de trouble manifestement illicite, et qui a donné lieu à la condamnation de Sehb sous astreinte de 5.000 euros par jour de retard à compter du prononcé de l'ordonnance de restituer les clés de l'hôtel à A7 Management et à rétablir l'accès à l'hôtel et la restitution de tout document administratif, commercial et comptable. Par arrêt du 20 septembre 2007, la cour d'appel de Pau a confirmé le jugement du juge de l'exécution du 26 octobre 2006, qui avait constaté la non-exécution de la condamnation prononcée par le juge des référés prescrivant la restitution des documents et a liquidé l'astreinte pour la période du 14 avril au 22 juin 2006 à la somme de 345.000 euros et dit que l'astreinte continuera à courir sur les mêmes bases. Poursuivie en exécution forcée de cette décision, Sehb a saisi le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Bayonne, qui par nouvelle décision du 26 juin 2008, devenue définitive, a constaté que la société restait redevable d'un solde de 112.273 euros au titre de l'astreinte liquidée et, constatant que les documents n'avaient pas été restitués avant le 14 novembre 2006, a liquidé l'astreinte pour la période du 23 juin 2006 au 14 novembre 2006 à la somme de 720.000 euros. Sehb s'étant désistée de son appel, ses condamnations au titre de la liquidation des astreintes sont devenues définitives et ont conduit M. [J] à déclarer la cessation des paiements de la société. Sur le fond, le tribunal de commerce de Paris, par jugement du 17 juin 2008, confirmé par arrêt du 27 octobre 2009, a jugé injustifiée la résiliation de la convention d'assistance commerciale, la cour d'appel ayant par ailleurs déclaré irrecevables, comme nouvelles en cause d'appel, les demandes de Sehb et de ses mandataires relatives à l'anéantissement de l'astreinte prononcée.

Les autres procédures aux fins d'anéantissement de l'astreinte ont été menées par les mandataires judiciaires de Sehb et non par M. [J].

La rupture brutale de la convention d'assistance commerciale conclue avec A7 Management pour confier la gestion de l'hôtel à une autre société (TMH), si elle s'est révélée être une mauvaise décision, la cour d'appel ayant jugé cette rupture injustifiée, ne constitue cependant pas une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice des fonctions sociales, dès lors qu'il s'agit d'une décision en rapport avec la gestion du fonds de commerce, que le gérant pouvait penser plus approprié, compte tenu des agissements qu'il reprochait à tort ou à raison à A7 Management, d'en confier la gestion à une autre structure et qu'il n'est pas établi qu'à la date de cette résiliation M.[J] savait que cette décision engendrerait de telles conséquences financières.

Si le fait de ne pas avoir exécuté les décisions de justice, relatives à la remise des documents de la société, ayant conduit à la liquidation de très lourdes astreintes au préjudice de Sehb, est fautif de la part du gérant, il s'agit là d'un préjudice subi par la société elle-même, dont un tiers n'est pas recevable à demander réparation, quand bien même il a vocation compte tenu du transfert des parts sociales à devenir associé.

La déclaration de cessation des paiements aux fins d'ouverture de la procédure collective, qu'A7 Management décrit comme une manoeuvre de M.[J] pour la diluer, ne peut être regardée comme une faute de gestion, dès lors que la loi impose au dirigeant dont la société se trouve dans l'incapacité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible de déposer une déclaration de cessation des paiements dans un délai de 45 jours et que Sehb n'était pas en mesure de faire face avec son actif disponible au paiement d'astreintes de plus de 800.000 euros.

N'est pas non plus constitutif d'une faute, de surcroît détachable de ses fonctions, le fait pour le gérant d'avoir présenté un plan de redressement adossé à des augmentations de capital, dès lors que ces opérations ont permis de préserver et de redresser la société, quand bien même ces augmentations avaient aussi pour effet de diluer A7 Management.

A7 Management fait encore grief à M.[J] de ce qu'elle n'est toujours pas à ce jour intégralement réglée des sommes dues par Sehb.

Il ressort de la décision du juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Paris du 24 mai 2017, que dans le cadre du plan de redressement désormais exécuté, A7 Management a été remboursée de l'ensemble des sommes que lui devait Sehb à l'exception de la créance antérieure fixée par l'arrêt du 27 octobre 2009, qui n'a pas été prise en compte dans le cadre du plan (que cela soit dû au défaut de notification aux organes de la procédure ou à une omission fautive de ces organes), ce qui a contraint A7 Management à reprendre les poursuites en exécution forcée et à pratiquer le 31 janvier 2017 une saisie attribution partiellement fructueuse (100.056,49 euros), Sehb ayant été déboutée de sa demande de délais de paiement pour le solde restant dû.

Il n'est pas établi que Sehb disposait des liquidités lui permettant de faire immédiatement face aux sommes qu'elle reste devoir à A7 Management, et ce défaut ou retard de paiement ne constitue pas une faute détachable des fonctions de gérant.

Il s'ensuit, sur ce fondement subsidiaire, qu'A7 Management doit être déboutée de sa demande de dommages et intérêts présentée à titre personnel.

1°) ALORS QUE la cession des parts sociales d'une société est opposable à celle-ci lorsque l'assignation en exécution forcée de cet acte lui a été régulièrement signifiée, peu important que, lors de cette instance, cette société ou les associés cédants contestent la validité de la cession ; qu'en déclarant inopposable à la société SEHB la cession de ses parts sociales intervenue le 3 septembre 2010, bien que l'assignation en exécution forcée de cette cession lui ait été signifiée le même jour par la société cessionnaire, motif inopérant pris qu'en raison des nombreux points juridiques restant à trancher lors de cette instance, elle n'aurait pas disposé d'éléments pour rendre certaine cette cession, la cour d'appel a violé les articles L. 221-14 et L. 223-17 du code de commerce et 1690 du code civil ;

2°) ALORS QUE même si elle n'a pas fait l'objet d'un dépôt d'actes en annexe du registre du commerce et des sociétés, la cession de parts sociales est opposable aux tiers qui en ont personnellement connaissance ; que pour déclarer inopposable la cession des parts sociales de la société SEHB aux tiers ayant souscrit aux augmentations de capital de cette société après ladite cession, la cour d'appel a retenu qu'il importait peu qu'ils aient eu connaissance de cette cession dès lors que celle-ci n'avait pas été publiée au registre du commerce et des sociétés ; qu'elle a ainsi violé l'article L. 221-14 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société A7 Management de sa demande d'indemnisation en qualité de tiers ;

Sur la demande de dommages et intérêts formée à titre personnel par A7 Management au titre des fautes de

gestion du gérant

A7 Management sollicite la condamnation de M. [J] au paiement de 2 millions d'euros de dommages et intérêts en réparation du préjudice personnel que lui ont causé les fautes de gestion du gérant. Fondant sa demande sur les articles 1382 du code civil et L223-22 du code de commerce, elle reproche au gérant d'avoir rompu sans préavis la convention d'exploitation la liant à Sehb, d'avoir mis en oeuvre un nombre impressionnant de procédures qui ont abouti à la création d'un passif sans rapport avec l'exploitation normale de Sehb, de s'être dédit en 2005 de l'option d'achat au nom de Sehb, d'avoir orchestré l'ouverture d'une procédure collective, et profiter de celle-ci pour faire procéder à des augmentations de capital et la diluer afin de faire échec, par un autre procédé, à la restitutions des titres, toutes décisions prises en parfaite connaissance des droits d'A7 Management.

Elle expose que l'action directe contre M.[J] ne dépend pas uniquement de la qualité d'associée de la société A7 Management et que "la demande est également recevable au titre de l'action individuelle ouverte aux associés d'une société à responsabilité limitée, en sus de l'action sociale", que les fautes alléguées caractérisent la responsabilité personnelle du gérant vis à vis des associés et des tiers ayant subi un dommage propre et personnel indépendant de celui subi par l'ensemble des créanciers et que M.[J] doit a minima la garantir de " la contre-valeur de la créance générée par ses agissements ayant obéré le passif social et ayant causé un préjudice personnel et distinct à la société exposante", rappelant qu'outre la dépossession de ses droits sociaux, elle n'est toujours pas désintéressée de sa créance, qui a pour seule cause l'aveuglement du gérant poursuivant un dessein personnel.

Il résulte de l'article L 223-22 du code de commerce que toute personne qui a été lésée trouve dans cet article le fondement d'une action en responsabilité et peut engager une action individuelle. Cette action est ouverte aux associés, mais également aux tiers qui se prévalent d'un préjudice personnel résultant des fautes de gestion du dirigeant.

A7 Management n'étant pas associée de Sehb au jour où elle a formé cette demande n'est pas en recevable à solliciter une indemnisation de son préjudice personnel en qualité d'associé.

Ses écritures visant également la responsabilité du gérant à l'égard des tiers, il convient subsidiairement d'examiner sa demande d'indemnisation en cette qualité. La responsabilité du gérant à l'égard des tiers suppose de caractériser une faute "détachable", définie comme une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice des fonctions sociales, ainsi qu'un préjudice personnel résultant de cette faute.

La responsabilité de M. [J] au titre des fautes de gestion commises à l'occasion de l'exercice de ses fonctions de gérant de Sehb, doit être distinguée de sa responsabilité en tant que promettant, au titre de l'exécution de la promesse.

Le grief pris de ce que, sous la gérance de M. [J], Sehb s'est en 2005 dédit de l'option d'achat du crédit-bail, a déjà donné lieu à indemnisation, M. [J] et Blace Finance ayant été condamnés à verser à A7 Management 150.000 euros de dommages et intérêts pour résistance abusive dans l'exécution des accords qui avaient été trouvés avec le crédit-bailleur pour lever la 3' condition suspensive de la promesse.

S'agissant des diverses procédures s'étant soldées par des condamnations, il ressort du dossier que sous la gérance de M. [J], la société Sehb après avoir le 21 décembre 2005, résilié pour faute avec effet immédiat la convention d'assistance commerciale qui la liait à A7 Management et confié deux jours plus tard un nouveau mandat de gestion à la société TMH, a entrepris de faire expulser A7 Management, demande dont elle a été déboutée par le juge des référés, que sans attendre la décision du tribunal saisi de l'appréciation du caractère sérieux du manquement invoqué, elle a refusé l'accès des locaux à A7 Management, situation que la cour d'appel de Pau a qualifiée, le 2 octobre 2006, de trouble manifestement illicite, et qui a donné lieu à la condamnation de Sehb sous astreinte de 5.000 euros par jour de retard à compter du prononcé de l'ordonnance de restituer les clés de l'hôtel à A7 Management et à rétablir l'accès à l'hôtel et la restitution de tout document administratif, commercial et comptable. Par arrêt du 20 septembre 2007, la cour d'appel de Pau a confirmé le jugement du juge de l'exécution du 26 octobre 2006, qui avait constaté la non-exécution de la condamnation prononcée par le juge

des référés prescrivant la restitution des documents et a liquidé l'astreinte pour la période du 14 avril au 22 juin 2006 à la somme de 345.000 euros et dit que l'astreinte continuera à courir sur les mêmes bases. Poursuivie en exécution forcée de cette décision, Sehb a saisi le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Bayonne, qui par nouvelle décision du 26 juin 2008, devenue définitive, a constaté que la société restait redevable d'un solde de 112.273 euros au titre de l'astreinte liquidée et, constatant que les documents n'avaient pas été restitués avant le 14 novembre 2006, a liquidé l'astreinte pour la période du 23 juin 2006 au 14 novembre 2006 à la somme de 720.000 euros. Sehb s'étant désistée de son appel, ses condamnations au titre de la liquidation des astreintes sont devenues définitives et ont conduit M. [J] à déclarer la cessation des paiements de la société. Sur le fond, le tribunal de commerce de Paris, par jugement du 17 juin 2008, confirmé par arrêt du 27 octobre 2009, a jugé injustifiée la résiliation de la convention d'assistance commerciale, la cour d'appel ayant par ailleurs déclaré irrecevables, comme nouvelles en cause d'appel, les demandes de Sehb et de ses mandataires relatives à l'anéantissement de l'astreinte prononcée.

Les autres procédures aux fins d'anéantissement de l'astreinte ont été menées par les mandataires judiciaires de Sehb et non par M. [J].

La rupture brutale de la convention d'assistance commerciale conclue avec A7 Management pour confier la gestion de l'hôtel à une autre société (TMH), si elle s'est révélée être une mauvaise décision, la cour d'appel ayant jugé cette rupture injustifiée, ne constitue cependant pas une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice des fonctions sociales, dès lors qu'il s'agit d'une décision en rapport avec la gestion du fonds de commerce, que le gérant pouvait penser plus approprié, compte tenu des agissements qu'il reprochait à tort ou à raison à A7 Management, d'en confier la gestion à une autre structure et qu'il n'est pas établi qu'à la date de cette résiliation M.[J] savait que cette décision engendrerait de telles conséquences financières.

Si le fait de ne pas avoir exécuté les décisions de justice, relatives à la remise des documents de la société, ayant conduit à la liquidation de très lourdes astreintes au préjudice de Sehb, est fautif de la part du gérant, il s'agit là d'un préjudice subi par la société elle-même, dont un tiers n'est pas recevable à demander réparation, quand bien même il a vocation compte tenu du transfert des parts sociales à devenir associé.

La déclaration de cessation des paiements aux fins d'ouverture de la procédure collective, qu'A7 Management décrit comme une manoeuvre de M.[J] pour la diluer, ne peut être regardée comme une faute de gestion, dès lors que la loi impose au dirigeant dont la société se trouve dans l'incapacité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible de déposer une déclaration de cessation des paiements dans un délai de 45 jours et que Sehb n'était pas en mesure de faire face avec son actif disponible au paiement d'astreintes de plus de 800.000 euros.

N'est pas non plus constitutif d'une faute, de surcroît détachable de ses fonctions, le fait pour le gérant d'avoir présenté un plan de redressement adossé à des augmentations de capital, dès lors que ces opérations ont permis de préserver et de redresser la société, quand bien même ces augmentations avaient aussi pour effet de diluer A7 Management.

A7 Management fait encore grief à M.[J] de ce qu'elle n'est toujours pas à ce jour intégralement réglée des sommes dues par Sehb.

Il ressort de la décision du juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Paris du 24 mai 2017, que dans le cadre du plan de redressement désormais exécuté, A7 Management a été remboursée de l'ensemble des sommes que lui devait Sehb à l'exception de la créance antérieure fixée par l'arrêt du 27 octobre 2009, qui n'a pas été prise en compte dans le cadre du plan (que cela soit dû au défaut de notification aux organes de la procédure ou à une omission fautive de ces organes), ce qui a contraint A7 Management à reprendre les poursuites en exécution forcée et à pratiquer le 31 janvier 2017 une saisie attribution partiellement fructueuse (100.056,49 euros), Sehb ayant été déboutée de sa demande de délais de paiement pour le solde restant dû.

Il n'est pas établi que Sehb disposait des liquidités lui permettant de faire immédiatement face aux sommes qu'elle reste devoir à A7 Management, et ce défaut ou retard de paiement ne constitue pas une faute détachable des fonctions de gérant.

Il s'ensuit, sur ce fondement subsidiaire, qu'A7 Management doit être déboutée de sa demande de dommages et intérêts présentée à titre personnel.

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE

Sur la demande de 17M de condamner M. [J] à payer à SEHB la somme de 1 082 400 euros de dommages et intérêts ; A7M, en qualité d'associé de la SEHB, était qui lui est désormais reconnu par le tribunal de céans, intente l'action sociale en responsabilité contre le gérant M. [J] et lui reproche les multiples procédures qu'il aurait menées dans son propre intérêt et non dans celui de la société et qui ont coûté 1 082 400 euros à la société ;

La responsabilité d'un dirigeant ne peut être engagée que pour une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice de ses fonctions sociales ; le fait d'avoir tenté d'expulser 17M de la gestion de la société SEHB dès lors que le dirigeant de 17M se livrait à de multiples indécidités à l'encontre de cette même société, indécidités confirmées par un rapport d'audit sur l'analyse des charges de l'hôtel pour la période 1998-2004 ne peut revêtir une telle gravité. Le tribunal retient que, dans ces circonstances, la faute personnelle détachable de M. [J] n'est pas démontrée et débouterait A7M de sa demande de condamnation à payer la somme de 1 082 300 euros à SEHB ;

Sur la demande de A7M d'une condamnation de M. [J] à payer la somme de 2 000 000 d'euros à titre de réparation du préjudice personnel qu'elle dit avoir subi ; sur les mêmes griefs que précédemment, A7M engage cette demande au titre de l'action individuelle ouverte aux associés en sus de l'action sociale ; Le tribunal débouterait, également pour les mêmes motifs que précédemment, A7M de cette demande ;

1°) ALORS QUE la faute séparable des fonctions de dirigeant s'entend d'un comportement intentionnel d'une gravité particulière incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ; que commet une telle faute le dirigeant qui, pour ne pas exécuter son engagement de céder ses parts sociales, évince le futur acquéreur de la gestion de la société qu'il dirige et expose celle-ci à d'importantes condamnations financières ; qu'en refusant de voir une telle faute dans le fait, pour M. [J], d'avoir rompu la convention d'assistance commerciale conclue avec la société A7 Management, motif inopérant pris qu'il s'agissait d'une décision « en rapport » avec la gestion de la société SEHB, mais sans rechercher, comme elle y était invitée, si cette décision n'avait pas été prise dans l'unique but d'évincer la société A7 Management de la structure pour ne pas avoir à exécuter son obligation de lui céder ses parts sociales, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 223-22 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE le caractère intentionnel de la faute séparable n'implique pas que le dirigeant ait eu conscience, au jour de ses agissements, de leurs conséquences financières ; qu'en écartant toute faute de gestion dans le fait, pour M. [J], d'avoir rompu la convention d'assistance commerciale conclue avec la société A7 Management dans le seul but de l'évincer de la structure et de ne pas avoir à respecter son engagement de lui céder ses parts sociales, motif inopérant pris qu'il n'aurait pas eu conscience des conséquences financières engendrées par ses agissements, la cour d'appel a violé l'article L. 223-22 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE l'exercice d'actions en justice dans un but étranger à l'intérêt social est une faute détachable des fonctions ; qu'en ne recherchant pas, comme elle y était invitée, si M. [J] n'avait pas commis une faute détachable de ses fonctions de dirigeant de la société SEHB en engageant cette société dans des procédures juridictionnelles manifestement vouées à l'échec dans le seul but d'échapper à son engagement personnel de cession de parts sociales, de provoquer la cessation des paiements de cette société et de procéder à des restructurations ayant pour effet de diluer les droits du cessionnaire de ces parts sociales, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 223-22 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE l'inexécution d'une décision de justice cause préjudice à celui au profit de qui elle est prononcée ; qu'en déclarant la société A7 Management irrecevable à demander réparation à M. [J] des préjudices nés de son refus d'exécuter les condamnations prononcées sous astreinte contre la société SEHB, motif inopérant pris que seule cette société serait victime de la faute de son gérant, après avoir cependant constaté qu'une partie des astreintes dues à la société A7 Management restaient en souffrance du fait de la procédure collective ouverte contre la société SEHB, la cour d'appel a violé les articles L. 223-22 du code de commerce et 1382 du code civil

dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la société A7 Management de sa demande d'indemnisation au titre de l'abus de droit ;

AUX MOTIFS QUE :

Sur les dommages et intérêts sollicités par A7 Management au titre de l'abus de droit

A7 Management sollicite la confirmation du jugement ayant condamné solidairement M.[J] et Blace Finance à lui payer 300.000 euros de dommages et intérêts en réparation de l'abus de droit commis, faisant valoir qu'en procédant à des augmentations de capital au mépris des contentieux en cours, alors que sa gérance et sa qualité d'associé sont contestées, M. [J] a agi dans l'intention de lui nuire et de l'évincer, commettant ainsi un abus de droit.

M. [J] et Blace Finance objectent qu'ils n'ont fait qu'exercer leurs devoirs et défendre leurs droits, qu'ils n'ont pas agi de mauvaise foi en soutenant que la résiliation " des engagements souscrits" était la résiliation de la promesse de cession, qu'ils étaient fondés à penser au vu de l'arrêt du 27 octobre 2009 ayant rejeté la demande d'exécution de la promesse et de surcroît alloué 150.000 euros de dommages et intérêts, qu'une nouvelle demande d'exécution de la promesse était irrecevable et qu'ils étaient définitivement titrés, qu'en outre A7 Management n'a subi aucun préjudice dès lors qu'elle récupère 500 parts sur les 50.500 parts composant le capital de Sehb, ce qui est en rapport avec son investissement de 76.244,51 euros.

Les trois augmentations de capital, objet de la présente instance, sont intervenues dans le cadre de l'exécution du plan de redressement arrêté par le tribunal le 20 septembre 2010, en connaissance de la revendication par A7 Management de la propriété des parts de Sehb. Si le jugement arrêtant le plan ne pouvait imposer des modifications du capital social de la société débitrice, lesquelles doivent être votées par l'assemblée générale des associés, et n'affectait pas la recevabilité de la contestation d'A7 Management relativement à la propriété des parts, M. [J] et Blace Finance ont pu se méprendre sur la portée du plan arrêté par le tribunal en connaissance du contentieux existant, sachant que la tierce opposition formée par A7 Management à l'encontre de ce jugement a été rejetée. Par ailleurs, l'état de cessation des paiements de Sehb consécutif à la liquidation des astreintes, imposait de refinancer la société pour éviter sa mise en liquidation judiciaire.

Dans ce contexte, le contentieux en cours sur le transfert de parts lors des augmentations de capital ne suffit pas à caractériser un abus de droit de M. [J] et de Blace Finance.

A7 Management sera en conséquence déboutée de sa demande de dommages et intérêts, le jugement étant infirmé en ce sens.

1°) ALORS QU'en écartant la faute de M. [J] et de la société Blace Finance résultant du fait d'avoir augmenté le capital social de la société SEHB, tout en relevant qu'ils avaient parfaitement connaissance de la revendication par A7 Management de la propriété de l'intégralité des parts de cette société et que le jugement arrêtant le plan de continuation de la société SEHB n'imposait nullement une telle augmentation de capital, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°) ALORS QU'en retenant, pour écarter la faute de M. [J] et de la société Blace Finance, qu'ils avaient pu se méprendre sur la portée du jugement arrêtant le plan de continuation et que ces augmentations de capital avaient permis de refinancer le capital de la société SEHB pour éviter sa mise en liquidation judiciaire, quand ces décisions étaient soumises à un risque manifeste d'annulation et ne pouvaient donc avoir pour seul but que de diluer les parts de la société A7 Management, la cour d'appel a statué par des motifs impropres et a violé l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Foussard et Froger, avocat aux Conseils, pour M. [J], ès qualités et les sociétés Agena, Anne de France, Blace

finance, Du bois fleuri, Hôtel de [Localité 12] et [Localité 11] Hôtel.

L'arrêt attaqué encourt la censure ;

EN CE QU'IL a « dit la société A7 Management recevable et fondé en sa demande tendant à voir constater le caractère parfait de la cession au 3 septembre 2010, confirme le jugement sur ce point et en ce qu'il a ordonné à M. [J] et à la société Blace Finance d'acter ce transfert de parts et de remettre à A7 Management sous astreinte de 500 euros par jour de retard, passé un délai de 15 jours suivant la signification du jugement, les actes de cession portant sur ces parts, établis au nom de A7 Management » et « dit parfaite, à la date du 3 septembre 2010, la cession des parts de la société Sehb, objet de la promesse signée le 5 mai 2000 » ;

AUX MOTIFS QUE « M.[J] et Blace Finance opposent, par voie d'exception, à la demande de transfert des titres, la nullité de la promesse pour absence de cause et vileté du prix, soutenant d'une part, que le prix de 500.000 francs (76.224,50 euros) est dérisoire et n'a été accepté qu'en raison des résultats déficitaires de Sehb, dont ils ont découvert ultérieurement, au travers de l'audit réalisé par M.[H], qu'ils n'étaient que la conséquence des abus de biens sociaux et détournements commis au profit de M.[T], d'autre part, que contrairement à ce que soutiennent les promettants il n'existait aucune convention de portage de parts avec A7 Management. A7 Management soulève l'irrecevabilité de cette demande de nullité, en ce qu'elle se heurte au principe de l'estoppel, à l'autorité de la chose jugée et en ce qu'elle est prescrite. Les dispositions de l'article 1304 du code civil dans sa rédaction applicable aux faits de la cause, selon lesquelles la nullité d'un contrat ne peut être présentée que dans le délai de cinq ans suivant sa formation, ce délai ne courant en cas d'erreur ou de dol que du jour où ils ont été découverts, ne sont pas applicables dès lors que la nullité n'est invoquée que pour s'opposer à l'exécution de la promesse revendiquée par A7 Management et qu'elle constitue une défense au fond pouvant être présentée en tout état de cause. Cette nullité n'est toutefois recevable que pour faire échec à un acte qui n'a pas encore été exécuté. M.[T] et A7 Management soutiennent, que la promesse a déjà reçu un commencement d'exécution, en ce que les promettants ont été payés de leurs comptes courants ainsi que le prévoyait l'acte. M. [J] et Blace Finance, qui ne contestent pas avoir été réglés du montant de leurs comptes courants visés dans la promesse, objectent que ce règlement émanant de la société Sehb dont ils étaient créanciers indépendamment de la promesse de cession, ne caractérise pas une exécution de la promesse. Toutefois, le règlement des comptes courants correspond bien à deux des conditions suspensives prévues dans la promesse. Il s'ensuit que les paiements intervenus pour solder les créances de comptes courants visées à l'acte, s'analysent bien en un commencement d'exécution de la promesse, peu important que le débiteur de cette obligation soit Sehb, dès lors que règlement conditionnait le transfert des parts. Ce commencement d'exécution rend irrecevable l'exception de nullité opposée en défense par les promettants » (arrêt, p. 15, al. 5 et s. et p. 16, al. 1er) ;

ALORS QUE premièrement, la condition suspensive est étrangère à l'exécution du contrat dès lors qu'elle concerne sa formation ; qu'ayant constaté que le paiement de comptes courants était l'objet de conditions suspensives, il était par hypothèse exclu que l'arrêt retienne que le paiement révélait une exécution du contrat et que cette exécution fasse obstacle au caractère perpétuel de l'exception de nullité ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé l'article 1168 ancien du code civil, ensemble la règle suivant laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ;

ALORS QUE deuxièmement, pour paralyser le caractère perpétuel de l'exception de nullité, l'exécution postule un acte accompli sous l'égide du contrat et par l'une des parties au contrat ; que la société SEHB, société cédée, était étrangère, par hypothèse, à la cession ; qu'à ce titre, le paiement qu'elle a pu effectuer ne pouvait être pris en compte ; qu'en décidant le contraire, les juges du fond ont violé l'article 1168 ancien du code civil, ensemble la règle suivant laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ;

ALORS QUE troisièmement, et en tout cas, pour paralyser le caractère perpétuel de l'exception de nullité, l'exécution postule un acte accompli sous l'égide du contrat ; qu'en s'abstenant de dire en quoi un paiement effectué par la société SEHB, société cédée, pour apurer les comptes courants, pouvait être regardé comme intervenu en application de la promesse du 5 mai 2000 et en vue de son exécution, les juges du fond ont à tout le moins privé leur décision de base légale au regard de l'article 1168 ancien du code civil, ensemble la règle suivant

laquelle l'exception de nullité est perpétuelle.

Décision **attaquée**

Cour d'appel de paris i8
7 janvier 2020 (n°17/08559)

VOIR LA DÉCISION >

Textes **appliqués**

Article 625 du code de procédure civile.

Articles 1168 et 1304 du code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

Rapprochements de **jurisprudence**

Com., 13 mai 2014, pourvoi n° 12-28.013, Bull. 2014, IV, n° 84 (rejet).

Les **dates clés**

- Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 19-01-2022
- Cour d'appel de Paris I8 07-01-2020