

Newsletter Novembre 2020

Dans ce numéro :

JURISPRUDENCE

RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS : la responsabilité pénale d'un dirigeant pour des faits postérieurs à la cessation de ses fonctions, défaut de publication légale (Cass. Crim. 09 septembre 2020 ; n° 19-81.118 F-D)

p. 1

FLASHS INFO

p. 2-3

1. Covid 19 et assemblées générales : prorogation du recours à la visio/téléconférence jusqu'au 30 novembre 2020
2. Convocation aux assemblées : l'associé doit veiller à notifier à la société son changement d'adresse
3. Société en difficulté : la caractérisation de la confusion des patrimoines

CESSION DE DROITS SOCIAUX : garantie sur la consistance de la clientèle

p.3-4

(CA Paris, pôle 5, ch. 8, 2 juin 2020, n°17/18974, SASU Labeyrie fine foods c/ SAS Jacquet Brossard distribution)

JURISPRUDENCE

1° Responsabilité pénale des dirigeants : de l'intérêt de publier promptement les changements de mandataires sociaux et responsabilité pénale pour les faits postérieurs à la cessation des fonctions (Cass. Crim. 09 septembre 2020 ; n° 19-81.118 F-D)

Le défaut de publicité de la cessation des fonctions d'un dirigeant conduit à maintenir sa responsabilité pénale: la Cour de Cassation illustre par son arrêt cette règle qui pourrait paraître évidente.

En l'espèce, la gérante d'une SARL constituée entre son conjoint et un autre associé cesse ses fonctions et est remplacée par son compagnon. Cependant, la publicité de la cessation de ses fonctions n'intervient qu'un an après.

Condamnée par la cour d'appel pour travail dissimulé, faux et usage de faux, falsification de chèques et usage, abus de biens sociaux, banqueroute, complicité d'organisation frauduleuse d'insolvabilité, la gérante se pourvoit en cassation au motif que les faits qui lui sont reprochés ont été commis après sa démission de la gérance, laquelle qui a été entérinée par une assemblée des associés, au cours de laquelle un nouveau gérant avait été régulièrement nommé.

Ces arguments n'ont pas fait convaincre la Haute Juridiction: pour mémoire, **l'article L.210-9, al. 2** du Code de commerce prohibe aux sociétés ainsi qu'aux tiers, « *pour se soustraire à leurs engagements, de se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société, lorsque cette nomination a été régulièrement publiée* ». Les sociétés « *ne peuvent se prévaloir, à l'égard des tiers, des nominations et cessations de fonction des personnes visées ci-dessus, tant qu'elles n'ont pas été régulièrement publiées* ».

Sur cette base, la Cour de Cassation écarte les arguments de la requérante en rappelant que **le changement de gérance d'une SARL** ne produit effet qu'à l'égard des tiers lorsque toutes les **formalités légales de publicité** relatives à ce changement ont été accomplies. Faute d'avoir effectué celles-ci, elle reste donc pénalement (et civilement) responsable des actes de gestion.

En outre, la Cour d'Appel avait relevé que la gérante avait conservé, en fait et en droit — **malgré la cessation de ses fonctions** — ses prérogatives de gérante de la société et qu'elle agissait de concert avec le nouveau gérant, qui était en fait son compagnon. La Cour de Cassation relève donc que la cessation de ses fonctions n'était qu'apparente car l'intéressée avait elle-même retardé la publication du changement de dirigeant, intervenu en fraude des droits du coassocié de son compagnon.

C'est à notre connaissance la première illustration de cette règle par la chambre criminelle, et qui doit être rapprochée de la jurisprudence de la chambre commerciale, pour qui le défaut de publicité de la désignation d'un nouveau dirigeant a pour effet de maintenir la responsabilité civile attachée aux mandats exercés (Cass.com. 8 juillet 2003 ; n°1226 : RJDA 1/04 n°76).

Les enseignements à retirer de cette décision sont multiples:

- ⇒ **le dirigeant qui cesse ses fonctions a un intérêt à s'assurer de l'accomplissement des formalités légales**, quitte à les effectuer ou les faire effectuer lui-même afin de faire cesser sa responsabilité personnelle pénale et civile en qualité de mandataire; rappelons que cette responsabilité persiste pour les actes commis pendant son mandat, et que la démission n'a en ce sens aucun effet rétroactif;
- ⇒ **Les tribunaux considéreront l'exercice d'une gestion de fait avec la même sévérité qu'un mandat régulièrement publié**; en l'espèce, la Cour avait relevé la démission qui n'était que de façade et commise en fraude des droits des associés.

FLASH INFO

1° Covid 19 et réunions des organes sociaux : prorogation de la faculté de tenir les réunions par visio ou téléconférence

L'ordonnance du 25 mars 2020 avait introduit, pour faire face à la crise sanitaire, des règles temporaires de fonctionnement pour les assemblées et les organes collégiaux d'administration, de surveillance et de direction des groupements. C'est en application de l'article 11 de l'ordonnance précitée, prévoyant que : « *la présente ordonnance est applicable aux assemblées et aux réunions des organes collégiaux d'administration, de surveillance et de direction tenues à compter du 12 mars 2020 et jusqu'au 31 juillet 2020; sauf prorogation de ce délai jusqu'à une date fixée par décret, et au plus tard le 30 novembre 2020* »

Le décret n°2020-925 du 29 juillet 2020 porte prorogation de la durée d'application de l'ordonnance n°2020-321 du 25 mars 2020 jusqu'au **30 novembre 2020**. Compte tenu des mesures de confinement du mois de novembre, il faut néanmoins s'attendre à de nouveaux textes législatifs autorisant la prorogation par ordonnance ce dispositif destiné à permettre le fonctionnement des sociétés et groupements de droit privé.

2° Convocation aux assemblées : l'associé doit veiller à notifier à la société son changement d'adresse (Cass. 3e civ., 25 juin 2020, n°18-26.719, inédit)

La jurisprudence constante de la Cour de cassation pose le principe de la convocation réputée régulière lorsqu'elle a été faite au « *dernier domicile connu* » de l'intéressé. Dans son arrêt du 25 juin 2020, la troisième chambre civile de la Cour de cassation rappelle l'obligation pour les associés d'informer le dirigeant de leur changement d'adresse.

En l'espèce, les associés d'une société ont été convoqués à une assemblée générale mixte. Un des associés soutenant qu'il n'avait pas été régulièrement convoqué et demandait l'annulation de ces deux assemblées. En effet, la convocation qui avait été envoyée à sa dernière adresse connue, qui figurait dans les statuts et sur l'extrait Kbis de la société, était revenue à la société avec la mention « *destinataire inconnu à l'adresse* ». La Haute juridiction estime que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que « *dans le silence des statuts, les convocations avaient été valablement envoyées au dernier domicile connu de l'associé* » et en a déduit que celui-ci avait été régulièrement convoqué aux assemblées générales et que par conséquent les résolutions prises lui étaient parfaitement opposables.

Cette solution est éminemment transposable à toute forme de société, voire tout groupement, quelle que soit sa forme sociale.

C'est la première fois à notre connaissance que la troisième chambre civile semble reconnaître que la règle consacrée n'a qu'une valeur supplétive, puisque l'arrêt précise qu'elle s'applique « *dans le silence des statuts* » : a contrario, les statuts pourraient théoriquement stipuler qu'il appartiendrait à la société de rechercher le domicile actuel.

Il serait souhaitable que cette précision soit clarifiée à l'avenir, car en pratique cette faculté statutaire ferait peser à la société une obligation d'investigation des adresses actualisées de ses associés ou actionnaires, obligation qui nous paraît en pratique source de contentieux.

3° Sociétés en difficultés: la rémunération excessive des dirigeants ne caractérise par en soi l'existence d'une confusion des patrimoines (Cass. com., 11 mars 2020, n°18-24.052, F D)

Le fait pour un dirigeant de s'octroyer une rémunération élevée et de faire supporter ses cotisations personnelles par une société dont les fonds propres sont négatifs ne caractérise pas à lui seul des relations financières anormales de nature à caractériser une confusion des patrimoines susceptible de donner lieu à une extension de procédure au patrimoine personnel des dirigeants.

En l'espèce, une société de menuiserie est placée en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire. Par la suite, le liquidateur de cette société assigne les co-gérants de la société en extension de la procédure pour confusion des patrimoines. La cour d'appel de Chambéry fait droit à la demande du liquidateur. Les co-gérants se pourvoient en cassation.

La Cour de cassation rappelle que la confusion des patrimoines est caractérisée par la confusion des comptes personnels et ceux de la société, ou l'existence des relations financières anormales entre les deux patrimoines; qu'en revanche, la rémunération excessive que se sont attribués les co-gérants étaient impropres à caractériser par elle-même des relations financières anormales.

Cet arrêt illustre le contrôle de la Cour de Cassation, qui limite les cas d'extension de la procédure aux patrimoines personnels des dirigeants, sanction particulièrement dure dans la mesure où elle aboutit à une faillite personnelle de ceux-ci avec des conséquences qui peuvent être dramatiques, notamment pour leurs familles, puisqu'elle permet aux organes de la procédure de saisir l'ensemble du patrimoine des dirigeants comme s'il s'agissait du patrimoine du débiteur.

On notera que dans ce cas de figure, une action en comblement de passif aurait sans doute été plus adéquate, dans la mesure où les dirigeants auraient vu leur responsabilité engagée au passif auquel ils auraient directement contribué par leur faute, c'est-à-dire en l'espèce à la portion excessive de leur rémunération.

CESSION DE DROITS SOCIAUX

◇ Contentieux de garantie de passif : Garantie de la déclaration de la clientèle (CA Paris, pôle 5, ch. 8, 2 juin 2020, n°17/18974, SASU Labeyrie fine foods c/ SAS Jacques Brossard distribution)

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 02 juin 2020 illustre les difficultés de mise en œuvre d'une garantie de conformité à la charge des cédants suite à l'omission fautive par eux de la mention dans les déclarations d'un important contrat liant la cible à un concurrent de l'acquéreur.

En l'espèce, le cessionnaire découvrit post acquisition que l'un de ses concurrents bénéficiait d'un contrat de vente exclusive de la part de la société cible. Compte tenu de cette situation de conflit d'intérêts commerciaux, la cible sous l'impulsion de son nouveau groupe, notifia audit concurrent la rupture de la relation commerciale avec un préavis de trois (3) mois, et fut condamnée à payer à son cocontractant d'importantes sommes (près 400.000 Euros) au titre de l'indemnisation du préjudice résultant de la rupture abusive du contrat.

L'acquéreur et la société cible mirent consécutivement en œuvre la garantie prévue à l'acte de cession, par lequel le cédant garantissait dans une stipulation relative au « *Caractère complet des déclarations préalables des Cédants* »: qu'il avait révélé au Cessionnaire « *toutes les informations importantes concernant l'Activité [] et/ou nécessaires à l'évaluation de l'Activité []* ». Plus précisément, l'acte garantissait l'exhaustivité des annexes visant les contrats clients, dont la fourniture par les cédants constituait une condition suspensive à l'opération.

L'acte d'acquisition précisait in fine les conséquences de l'inexactitude des déclarations et des garanties des cédants: « *les Cédants Personnes Morales s'engagent solidairement à indemniser le Cessionnaire, ou si le Cessionnaire en fait la demande, [la société cédée], de l'intégralité de tout préjudice supporté par ce dernier, et résultant d'une inexactitude des déclarations et garanties visées dans le Présent Protocole* », formule parfaitement classique dans les garanties de passif consenties.

La cour d'appel de Paris considère dans son jugement que les cédants « *ont manqué à leurs déclarations en ne mentionnant pas le contrat [concurrent] dans la liste exhaustive des Contrats Clients et sont tenues à garantie* » à l'égard du cessionnaire et admet le principe d'une indemnisation.

La décision ainsi rendue nous semble très intéressante et ce à plusieurs titres:

- l'arrêt illustre clairement le caractère crucial de la clientèle dans **les cessions de contrôle**, et l'importance pour l'acquéreur d'en maîtriser le périmètre exact.

Alors que le plus souvent, lorsque les déclarations du cédant pèchent, c'est pour n'avoir pas signalé la perte d'un client ou pour n'avoir pas précisé les incidences de cette perte. Or, ce que rappelle la Cour d'Appel de Paris ici, c'est que la garantie portait sur le caractère *exhaustif* des déclarations, c'est-à-dire non seulement les omissions, qui auraient pu constituer un bénéfice pour le cessionnaire, mais également la *consistance* de la clientèle, c'est-à-dire une assurance de pouvoir maintenir le lien d'affaires post cession. Compte tenu du risque de conflit d'intérêt lié au client qui était en l'espèce un concurrent, cette violation de l'exhaustivité des informations n'a pas pu permettre au cessionnaire d'évaluer les conséquences de cette situation et dans le domaine d'activité (grande distribution).

- la cour d'appel a considéré, concernant **l'évaluation du préjudice**, que l'obligation d'indemniser l'acquéreur de « *l'intégralité de tout préjudice supporté, et résultant d'une inexactitude des déclarations et garanties visées dans le Présent Protocole* » n'impliquait cependant pas la prise en charge la condamnation en justice prononcée contre l'acquéreur, celle-ci résultant d'une « *décision unilatérale de rompre le contrat* » en outre postérieure à l'acquisition, et par conséquent hors du champ de la garantie.

La Cour d'appel établit ainsi le fondement de la réclamation basée sur la *perte de chance* d'avoir pu négocier le prix dans d'autres conditions si le cessionnaire avait eu connaissance de la situation.

- Enfin, l'arrêt rappelle **l'indifférence de l'absence de bonne ou mauvaise foi du bénéficiaire de la garantie, c'est à dire sa connaissance, réelle ou putative, de la situation.**

Alors que le tribunal de commerce de Paris avait dans son jugement retenu que l'acquéreur, qui avait eu accès dans la *data room* au listing de l'ensemble des clients « *ne devait s'en prendre qu'à son insuffisance de vérification* » et sanctionnait donc le manque de curiosité de l'acquéreur, la cour d'appel de Paris élude la question et de ce fait invalide tout argument fondé sur la connaissance préalable du fait générateur de la garantie.

Ainsi, les discussions relatives à la communication préalable d'informations en *data room* n'ont aucun impact sur l'obligation d'indemnisation, si les annexes au contrat d'acquisition ne suffisent pas à se décharger de l'obligation d'exactitude et d'exhaustivité stipulée dans la garantie.

Par opposition, il faut donc comprendre que le caractère exhaustif de l'information n'est pas liée à la communication pré-acquisition, mais dans l'information fournie dans l'acte d'acquisition lui-même ou ses annexes.

Sous réserve que ce que pourrait en dire la Cour de Cassation, cette décision ravivera donc les pratiques des vendeurs de vouloir annexer l'intégralité des documents de *data room* à l'acte de garantie de passif ou de l'acte d'acquisition—et aux acquéreurs de s'y refuser !

Site internet : www.pechdelaclause.com

**PECH DE LA CLAUSE, BATHMANABANE
& ASSOCIES**

8, Place Vendôme
75001 Paris

Contact :
Nicolas BLANCHENAY

Téléphone : 01.44.94.98.98
Télécopie : 01.44.94.98.99
nblanchenay@pba.legal