

**COUR D'APPEL
D'ANGERS
CHAMBRE COMMERCIALE
(renvoi après cassation)**

**EXTRAIT DES MINUTES DU GREFFE
DE LA COUR D'APPEL D'ANGERS**
**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

PDG/SM
ARRÊT N° 26

AFFAIRE N° : 11/00004

Jugement du 19 Octobre 2007 - Tribunal de Commerce de Quimper
Arrêt du 5 Février 2008 - Cour d'Appel de Rennes (RG : 07/06553)
Arrêt du 26 mai 2009 - Cour de Cassation
Arrêt du 2 Février 1010 - Cour d'Appel de Rennes (RG : 09/03787)
Arrêt du 14 Décembre 2010 - Cour de Cassation

ARRÊT DU 24 JANVIER 2012

APPELANTE :

LA SA VECTORA

Route de Saint Jean Trolimon - 29720 PLONEOUR LANVERN

représentée par la SCP GONTIER - LANGLOIS, avoués à la Cour - N° du dossier
47837

assistée de Maître GENITEAU, avocat au barreau de BREST.

INTIMÉES :

La Société GROUPE FRANÇAISE DE GASTRONOMIE

2 allée d'Helsinki - 67300 SCHILTIGHEIM

représentée par la SCP DUFOURGBURG - GUILLOT, avoués à la Cour - N° du
dossier 14780

assistée de Maître LE PEN, avocat au barreau de PARIS.

La SAS LARZUL

Rue Henri Lautrédou - 29720 PLONEOUR LANVERN

représentée par la SCP GONTIER - LANGLOIS, avoués à la Cour - N° du dossier
47837

assistée de Maître GENITEAU, avocat au barreau de BREST.

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 06 Décembre 2011 à 14 H 00 en audience publique,
Monsieur DELMAS-GOYON, Premier Président ayant été préalablement entendu
en son rapport, devant la Cour composée de :

Monsieur DELMAS-GOYON, Premier Président
Madame RAULINE, Conseiller
Madame VAN GAMPELAERE, Conseiller

qui en ont délibéré

Greffier lors des débats : Monsieur BOIVINEAU

ARRÊT : contradictoire

Prononcé publiquement le 24 janvier 2012 par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions de l'article 450 du code de procédure civile ;

Signé par Monsieur DELMAS-GOYON, Premier Président, Président et, Monsieur BOIVINEAU, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

~~~~~

## **FAITS ET PROCÉDURE**

La société Larzul, qui produit et commercialise des plats cuisinés en conserve et dont l'unique associé était la société Vectora, s'est rapprochée de la société Française de gastronomie (ci-après dénommée la société FDG) afin que la filiale intégrale de cette dernière, la société UGMA, qui produisait des conserves d'escargots, fasse l'apport des éléments incorporels de son fonds de commerce à la société Larzul. A cette fin, la société FDG a confié à la société In Extenso audit (la société IEA) une mission d'audit de la société Larzul. Ultérieurement, une ordonnance du président du tribunal de commerce a désigné cette même société IEA en qualité de commissaire aux apports chargé d'apprécier la valeur de l'apport en nature fait par la société UGMA. Un traité d'apport conclu le 14 décembre 2004 lui a attribué une valeur de 800.000 € dont la société IEA a estimé, dans un rapport du 22 décembre 2004, qu'elle n'était pas surestimée. Par délibérations du 30 décembre 2004, statuant au vu de ce rapport en tant qu'unique associé de la société Larzul, la société Vectora a approuvé les opérations d'apport ainsi que l'augmentation de capital et les modifications statutaires qui en résultaient. Le 20 septembre 2005, la société FDG, associée unique de la société UGMA, a décidé, sur le fondement de l'article 1844-5 du code civil, la dissolution anticipée de celle-ci par confusion de patrimoine.

Se prévalant d'un rapport qu'elle avait obtenu le 20 juin 2007, hors procédure contradictoire, d'un cabinet spécialisé qui concluait à une surestimation de la valeur de l'apport fait par la société UGMA, la société Vectora a fait assigner devant le tribunal de commerce de Quimper la société Larzul, la société FDG et la société IEA afin d'obtenir l'annulation des délibérations de l'assemblée générale du 30 décembre 2004, la condamnation de la société IEA

à réparer son préjudice et la désignation avant dire droit d'un expert aux fins d'évaluation.

Statuant le 19 octobre 2007, le tribunal l'a déboutée de ses demandes et il l'a condamnée à payer à chacune de ses adversaires une indemnité de procédure de 5.000 €.

Sur l'appel interjeté par la société Vectora, la cour d'appel de Rennes a rendu le 5 février 2008 un arrêt confirmatif, après avoir relevé que la société IEA n'avait commis aucune faute, qu'aucune incompatibilité ni manquement au devoir déontologique d'indépendance ne résultait des faits de l'espèce, que le rapport non contradictoire produit par la société Vectora n'avait aucune valeur probante et que la société Larzul n'avait pas subi de préjudice mais avait au contraire bénéficié de l'apport litigieux qui lui avait permis de redresser une situation financière difficile.

Le 26 mai 2009, cet arrêt a été cassé et annulé, mais seulement en ce qu'il a rejeté les demandes tendant à l'annulation des délibérations de l'associé unique de la société Larzul du 30 décembre 2004. Statuant au visa des articles L 225-147, L 225-149-1, L 822-10 et L 822-11 du code de commerce dans leur rédaction applicable à la cause, la Cour de cassation a jugé qu'il résultait de la combinaison de ces textes que les fonctions de commissaire aux apports sont, à peine de nullité des délibérations prises au vu de son rapport, incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance à l'égard de l'une des parties à l'opération d'apport ou d'une personne qui la contrôle ou qu'elle contrôle et qu'il en est ainsi lorsque le commissaire aux apports a, avant sa désignation, accompli, pour le compte de la société qui contrôle la société apporteuse, une mission relative à la situation et aux résultats de la société bénéficiaire de l'apport. Statuant sur une autre branche du moyen au visa des deux premiers textes précités, la Cour a en outre relevé un autre cas de cassation. Précisant que le défaut d'indépendance du commissaire aux apports était sanctionné par une nullité d'ordre public n'ayant pas pour seul objet la protection de la société bénéficiaire de l'apport ou de ses associés, elle a relevé qu'il importait peu que la société Vectora eût elle-même demandé en connaissance de cause la désignation de la société IEA.

Statuant comme cour de renvoi, la cour d'appel de Rennes a rendu le 2 février 2010 un arrêt déclarant irrecevable la demande formée par la société Vectora contre la société IEA et prescrite l'action en annulation des délibérations du 30 décembre 2004. Au soutien de cette décision, la cour a considéré, d'une part, que la portée limitée de la cassation laissait subsister comme passé en force de chose jugée le débouté de la demande tendant à ce que la société IEA soit condamnée à réparer le préjudice invoqué par la société Vectora. Elle a, d'autre part, relevé que la société FDG était recevable et fondée à invoquer la prescription de trois mois de l'article L 235-9, alinéa 3 du code de commerce, après avoir estimé que l'arrêt du 5 février 2008 n'avait rejeté qu'une exception d'irrecevabilité tirée du non respect d'une clause du protocole d'accord du 14 décembre 2004 imposant une conciliation préalable et que la cassation laissait aux parties le droit d'invoquer des moyens nouveaux devant la cour de renvoi, notamment des fins de non recevoir qui peuvent être proposées en tout état de cause.

Le 14 décembre 2010, cet arrêt a été cassé et annulé, sauf en ses dispositions concernant la société IEA. Statuant au visa des articles 1351 du code civil, 623 et 624 du code de procédure civile, la Cour de cassation a jugé qu'en admettant la recevabilité de la fin de non recevoir tirée de la prescription, la cour d'appel avait violé les textes susvisés, la société Vectora ayant été irrévocablement déclarée recevable en ses demandes.

Devant la cour d'appel d'Angers, désignée comme juridiction de renvoi, les parties ont déposé leurs dernières conclusions, le 3 novembre 2011 pour la société Vectora, le 19 octobre 2011 pour la société FDG et le 17 août 2011 pour la société Larzul.

Il convient de s'y reporter pour un exposé complet de leurs moyens et prétentions.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 9 novembre 2011.

### **MOYENS ET PRETENTIONS DES PARTIES**

Au stade actuel de la procédure, aucune des parties ne conteste plus l'annulation des délibérations de l'associé unique de la société Larzul du 30 décembre 2004.

La société Vectora et la société FDG s'opposent essentiellement sur la portée et sur les conséquences de cette annulation.

La société Vectora considère que la nullité absolue et d'ordre public relevée par la Cour de cassation se rapporte nécessairement aux délibérations du 30 décembre 2004 et qu'elle ne saurait être limitée à la seule nomination du commissaire aux apports, qui ne forme d'ailleurs pas l'objet du litige, seule ayant été demandée la nullité des délibérations au motif d'un défaut d'indépendance du commissaire aux apports.

Elle considère que doivent être déclarées irrecevables comme constituant des prétentions nouvelles en cause d'appel les demandes de la société FDG visant à la constatation de la validité des engagements résultant du protocole d'accord du 14 décembre 2004.

L'appelante déduit de la nullité absolue qui affecte les délibérations du 30 décembre 2004 qu'elles ne sauraient produire aucun effet juridique et que les parties doivent être remises dans leur situation initiale. Elle soutient qu'en l'espèce la restitution (dont l'impossibilité imposerait seulement de procéder par voie d'indemnisation au lieu de procéder en nature) est déjà acquise, dès lors que la société FDG a repris possession du fonds que détenait la société UGMA, grâce à sa maîtrise des contrats d'agent commercial exclusif en France et de distribution exclusive à l'exportation et que la société Larzul a cessé le 31 janvier 2008 toute activité se rapportant aux escargots qui a immédiatement été poursuivie par la société FDG. Elle conteste l'apport d'un outil industriel et elle prétend qu'il n'y a aucune difficulté pour qu'elle transfère à son adversaire ses droits sur les marques apportées, qui n'étaient d'ailleurs, selon elle, pas réellement utilisées.

La société Vectora prétend que la nullité absolue des délibérations exclut toute régularisation. Elle ajoute que le traité d'apport du 14 décembre 2004 est caduc, dès lors qu'il comporte une clause qui le prévoit à défaut d'approbation avant le 31 mars 2005. L'appelante conteste que le protocole du même jour qui porte sur l'ensemble des accords, contienne de sa part un engagement ferme et définitif d'accepter l'apport à la société Larzul du fonds de la société UGMA. L'article 6.2 invoqué à cet effet ne porte pas en effet, selon elle, sur le point litigieux. Elle rappelle que des conditions suspensives étaient stipulées et que le rapport attendu du commissaire aux apports était nécessairement un élément déterminant du consentement.

La société Vectora conclut donc à l'irrecevabilité des prétentions nouvelles émises par son adversaire, à l'infirmité du jugement rendu le 19 octobre 2007 par le tribunal de commerce de Quimper, à l'annulation des délibérations du 30 décembre 2004, à la constatation de la caducité du traité d'apport du 14 décembre 2004 et au rejet de toutes les prétentions de la société FDG à qui elle réclame une indemnité de procédure de 25.000 .

**La société Larzul** s'associe aux conclusions de la société Vectora et elle réclame à la société FDG le paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 €.

**La société FDG** soutient que, s'il résulte de l'arrêt de cassation du 26 mai 2009 que la conséquence du défaut d'indépendance du commissaire aux apports est la nullité des délibérations prises au vu de son rapport, il ne s'agit pas pour autant d'une nullité d'ordre public, qui ne sanctionne que le défaut d'indépendance lui-même et donc la nomination du commissaire aux apports.

La désignation d'une cour de renvoi pour que soient jugées les demandes, les parties étant remises dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt, lui semble confirmer que la sanction d'une délibération prise par l'assemblée au vu du rapport d'un commissaire aux comptes non indépendant n'est pas une nullité d'ordre public mais au contraire une nullité relative qui peut être régularisée si la cause de la nullité disparaît.

L'apport du fonds de commerce n'étant qu'une partie de l'opération globale de rapprochement qui résulte du protocole d'accord du 14 décembre 2004 dont la validité n'est pas affectée par l'irrégularité de l'apport, la société FDG en déduit qu'elle est fondée à exiger une régularisation pour obtenir de la société Vectora qu'elle respecte les engagements qu'elle a valablement consentis et qui n'ont pas été remis en cause par l'arrêt de cassation.

A la société Vectora, qui lui objecte qu'elle présente ainsi des demandes nouvelles, irrecevables en cause d'appel, la société FDG rétorque qu'elle ne fait que répondre à l'argumentation de son adversaire laissant supposer que, par suite de l'arrêt de cassation, le protocole d'accord serait nul ou caduc. Elle soutient qu'elle ne fait par ailleurs qu'explicitement ses demandes déjà exposées devant la cour d'appel de Rennes après la première cassation.

Elle ajoute que c'est le président de la société Vectora qui a proposé au président du tribunal de commerce de désigner la société IEA pour apprécier la valeur de l'apport en nature fait par la société UGMA, bien qu'il tente aujourd'hui de tirer argument de son défaut d'indépendance. L'intimée considère que son adversaire ne saurait se prévaloir de sa propre turpitude pour exercer des actions

en restitution consécutives à l'annulation du contrat qui, outre cette impossibilité juridique, lui semblent aussi se heurter à une impossibilité matérielle.

La société FDG demande en définitive à la cour, après constatation de la nullité relative des délibérations du 30 décembre 2004, de constater que l'apport du fonds de commerce de la société UGMA n'est pas nul mais qu'il a été réalisé irrégulièrement, que le traité d'apport du 14 décembre 2004 n'est pas nul mais privé d'effet jusqu'à régularisation, que les engagements du protocole d'accord forment la loi des parties et de dire en conséquence qu'il appartiendra à la société Vectora de régulariser la situation pour se conformer à ces engagements en faisant nommer un nouveau commissaire aux apports qui établira un nouveau rapport sur lequel statuera l'associé unique de la société Vectora. Subsidiairement, elle demande que soit rejetée l'action en restitution, la nullité relative des délibérations résultant de la propre turpitude de la société Vectora. Elle réclame paiement de 30.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

### **MOTIFS DE LA DÉCISION**

Il n'est plus contesté, au stade actuel de la procédure, que les délibérations prises le 30 décembre 2004 par l'associé unique de la société Larzul ont été entachées de nullité par le vice qui affectait la désignation de la société IEA en qualité de commissaire aux apports.

Ce vice, tenant au défaut d'indépendance du commissaire aux apports, est une cause de nullité d'ordre public qui n'a pas pour seul objet la protection de la société bénéficiaire de l'apport ou de ses associés et qui ne saurait donc être limitée à la désignation de la société IEA. S'agissant d'une nullité absolue, elle s'étend nécessairement aux délibérations prises au vu du rapport du commissaire aux apports et elle n'est pas susceptible de régularisation.

La société FDG prétend que cette annulation n'a aucune incidence sur la validité du protocole d'accord du 14 décembre 2004 portant sur l'entière opération qui devait lui permettre de prendre le contrôle de la moitié du capital social de la société Larzul. Elle en déduit qu'elle est fondée à demander que la société Vectora soit tenue de régulariser la situation pour se conformer à cet engagement.

La société Vectora lui oppose qu'une telle demande est irrecevable, comme constituant une demande nouvelle présentée en cause d'appel.

La société FDG répond en premier lieu qu'elle ne fait qu'explicitement des demandes déjà exposées devant la cour d'appel de Rennes après la première cassation. Cette argumentation est sans portée, dès lors qu'elle invoque ainsi des prétentions émises non en première instance, mais pour la première fois au stade de l'appel.

La société FDG fait aussi valoir qu'elle se borne à répondre à l'argumentation de son adversaire laissant entendre que la cassation aurait rendu le protocole d'accord nul ou caduc.

L'article 564 du code de procédure civile prévoit que l'interdiction faite aux parties de soumettre à la cour de nouvelles prétentions cède lorsqu'il s'agit de faire écarter, non l'argumentation ou les moyens de l'adversaire, mais les prétentions de celui-ci.

Demandeur à l'action, la société Vectora sollicitait en première instance l'annulation des délibérations du 30 décembre 2004 « avec toutes conséquences de droit ». Devant la cour d'appel de Rennes, elle a demandé plus précisément que soit constatée la caducité du traité d'apport du 14 décembre 2004. Puis, sur renvoi de cassation, elle a ajouté qu'il convenait de lui donner acte de ce qu'elle se réservait le droit de solliciter la nullité de tous autres actes ou contrats indivisiblement liés aux délibérations annulées et de ce que la société FDG avait déjà repris possession de son fonds de commerce.

Il apparaît ainsi que, au stade de l'appel, la société Vectora a explicité les conséquences qu'elle entendait tirer de l'annulation des délibérations du 30 décembre 2004, ce qui a conduit les parties, au cours de leurs échanges d'écritures, à préciser leurs prétentions respectives. Il s'en déduit que la société FDG a valablement émis des prétentions qui ne visaient qu'à faire écarter les prétentions adverses ou à limiter la portée qui devait leur être attribuée. Ces prétentions sont donc recevables et l'exception d'irrecevabilité sera écartée.

Le protocole d'accord du 14 décembre 2004 prévoyait en son article 7 que la société UGMA faisait l'apport de son fonds de commerce, constitué exclusivement d'éléments incorporels. Sous réserve de l'appréciation du commissaire aux apports, cet apport était évalué à 800.000 €. Il était rémunéré par l'émission de 28.756 actions de la société Larzul. La société UGMA devait ainsi devenir attributaire de 11,76% du capital social. Les stocks devaient être cédés après inventaire contradictoire. La société FDG garantissait une marge brute contributive minimale de 800.000 € par an pendant trois ans sur la production des produits apportés par sa filiale, la société UGMA.

L'augmentation du capital social de la société Larzul par suite de cet apport en nature devait être décidée par l'associé unique, la société Vectora, le 31 décembre 2004 au plus tard. Cette dernière s'engageait à signer le traité d'apport et à prendre toutes décisions en vue d'approuver les augmentations de capital aux dates fixées, sauf conditions suspensives prévues à l'article 6.1 (accord des conseils d'administration des sociétés FDG et Vectora, augmentation du capital de la société Larzul réservée à la société UGMA et réalisée par apport de son fonds de commerce).

L'article 11 du protocole d'accord, intitulé : « autres dispositions » comporte une clause 11.5 ainsi libellée : « Si l'un quelconque des termes ou stipulations des présentes est rendu invalide, illégal ou inapplicable par une quelconque disposition d'ordre législatif ou public, ou un jugement, tous les autres termes et stipulations des présentes demeureront valables ».

Au cas d'espèce, les décisions de justice ont rendu inapplicable dans le délai convenu l'apport du fonds de commerce de la société UGMA qui forme l'objet de l'article 7 de la convention. Il n'apparaît pas qu'il y ait lieu à régularisation de la convention sur ce point.

Le protocole d'accord du 14 décembre 2004 ne prévoit en premier lieu aucun engagement irrévocablement consenti de mener à bien l'entière opération qu'il décrit. Le mode conditionnel est employé à l'article préliminaire paragraphe IV pour évoquer les moyens du rapprochement entre les deux sociétés et ses conséquences sur la répartition du capital social de la société Larzul. Le terme d'engagement irrévocable ne figure qu'à l'article 1.1 qui traite de la cession des titres et non à l'article 7 où sont énumérées les diligences incombant aux parties

pour parvenir à l'apport des éléments incorporels du fonds de commerce de la société UGMA et à l'augmentation de capital corrélative de la société Larzul. L'engagement ne porte à cet égard que sur la signature du traité d'apport et la prise des décisions permettant d'approuver les augmentations de capital aux dates fixées, ce qui a bien été accompli par la société Vectora.

L'annulation, pour une cause de nullité d'ordre public, des actes correspondant à ces diligences, n'oblige pas le cédant à les exécuter à nouveau pour remédier aux irrégularités constatées.

Le traité d'apport du 14 décembre 2004 ne peut plus être utilement invoqué puisqu'il y est stipulé qu'il ne produira effet qu'à compter de son approbation par l'associé unique de la société Larzul et qu'il sera considéré comme non avenu sans indemnité de part ni d'autre à défaut d'approbation avant le 31 mars 2005.

Il ne peut être fait obligation à la société Larzul de signer un nouveau traité d'apport et de s'engager par de nouvelles délibérations, d'autant qu'aucun élément d'appréciation n'est fourni sur la valeur actualisée de l'apport offert par la société FDG. Elle ne saurait correspondre aux 800.000 € de l'estimation faite en 2004. L'évaluation que ferait le nouveau commissaire aux apports qu'il est demandé de désigner sept ans plus tard, alors que toute exploitation commune a cessé depuis plusieurs années, serait sans nul doute différente. Un écart trop sensible avec l'estimation initiale compromettrait inévitablement l'équilibre de l'opération puisqu'il obligerait à renégocier les montants de l'augmentation de capital du cédant et la garantie donnée par le bénéficiaire.

Pour faire échec aux conséquences de l'annulation des délibérations de l'associé unique de la société Larzul du 30 décembre 2004, la société FDG oppose à son adversaire l'adage selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. Elle fait valoir à cet effet que c'est le président de la société Vectora qui a proposé au président du tribunal de commerce la désignation de la société IEA pour apprécier la valeur de l'apport en nature du fonds de commerce de la société UGMA, alors que c'est le choix de ce commissaire aux apports qui est la cause de l'annulation.

Cette argumentation ne peut pas être admise. Il ne peut en effet être déduit de cette simple proposition que le président de la société Vectora ait alors eu conscience de l'obstacle à une désignation que constituait la mission antérieurement confiée à la société IEA par la société FDG. Celle-ci expose d'ailleurs elle-même, dans ses écritures, qu'à l'occasion de cette mission précédente, le président des sociétés Larzul et Vectora a connu M. Assié de la société IEA et qu'il l'a apprécié. Une proposition répondant à une telle motivation ne permet pas de caractériser la turpitude alléguée.

Il résulte de ce qui précède que doivent être admises les demandes de la société Vectora en ce qu'elles tendent à l'annulation des délibérations de l'associé unique de la société Larzul du 30 décembre 2004 et à la constatation de la caducité du traité d'apport du 14 décembre 2004. Il n'y a pas lieu en revanche de suivre l'appelante dans le détail de ses demandes de constatation des conséquences de ces décisions.

Il n'apparaît pas inéquitable de laisser à chaque partie la charge de ses frais non taxables de procédure.

**PAR CES MOTIFS :**

Statuant publiquement et par arrêt contradictoire ;

Rejette l'exception d'irrecevabilité soulevée par les sociétés Vectora et Larzul sur la demande de la société FDG tendant à obliger ses adversaires à régulariser la situation pour se conformer aux engagements résultant du protocole d'accord du 14 décembre 2004 ;

Infirme le jugement du tribunal de commerce de Quimper du 19 octobre 2007 en ce qu'il a rejeté les demandes de la société Vectora tendant à l'annulation des délibérations de l'associé unique de la société Larzul avec toutes conséquences de droit, ainsi qu'en ses dispositions relatives à l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens ;

Statuant à nouveau,

Annule les délibérations de l'associé unique de la société Larzul du 30 décembre 2004 et constate la caducité du traité d'apport du 14 décembre 2004 ;

Rejette la demande présentée par la société Vectora sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Déboute la société FDG de toutes ses demandes ;

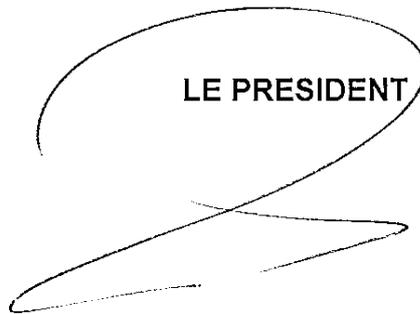
Condamne la société FDG aux dépens de première instance et d'appel, ces derniers pouvant être recouvrés conformément à l'article 699 du code de procédure civile.

**LE GREFFIER**



**D. BOIVINEAU**

**LE PRESIDENT**



**P. DELMAS-GOYON**