

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

---

Par **Denis Voinot**, Professeur à l'Université de Lille 2, Co-directeur du Centre René Demogue, Responsable du Master Droit des affaires spécialité stratégie du recouvrement des créances de l'Université de Lille 2.

### **4.1. Contrats d'affaires**

#### **Vente mobilière – Bon de commande – Livraison – acceptation des marchandises sans réserves – Pourparlers (non) - Contrat (oui)**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, ch. commerciale, 20 octobre 2008 (RG n°07/00994)

La société ayant émis un bon de commande ne contenant ni signature ni cachet et ayant accepté sans réserve les marchandises livrées par un fournisseur avec lequel elle était en relations d'affaires ne peut retourner les marchandises et refuser leur paiement en invoquant l'absence de contrat et l'existence de simples pourparlers.

Une société avait adressé un bon de commande par télécopie à son fournisseur habituel. Par la suite l'acheteur avait réceptionné les marchandises sans émettre des réserves avant de se rétracter trois mois plus tard en réexpédiant une partie de la commande au fournisseur. Un litige était alors né, la société à l'origine de la commande ayant refusé de payer la marchandise.

La Cour d'appel donne raison au vendeur en s'appuyant sur trois arguments :

S'agissant tout d'abord du bon de commande les juges estiment « que bien que ce bon de commande ne comporte ni le cachet de la société (l'acheteur), ni la signature de son représentant, il ne peut être considéré comme un projet de commande, l'utilité du projet ne se concevant qu'en raison de la complexité du contrat projeté, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ».

S'agissant ensuite, des liens entre les parties les juges relèvent que celles-ci étaient « en relations d'affaires depuis 2 ans » et qu'elles « n'avaient encore jamais fait précéder leur commandes de projet ou subordonné leur exécution à des formalités précises ».

S'agissant enfin de la livraison des marchandises, les juges observent qu'en ayant accepté la livraison « sans émettre de réserves dans un délai raisonnable », la société a confirmé sa commande.

La solution ne surprend guère. Elle permet de revenir sur la question, importante en pratique du bon de commande dans la vente mobilière.

Il ne faut pas perdre de vue que le bon de commande adressé à l'initiative de l'acheteur constitue une simple offre d'achat qui suppose pour que la vente soit parfaite que le vendeur donne son consentement. Tant que cette volonté du vendeur n'est point exprimée le candidat acheteur devrait pouvoir retirer son offre d'achat sauf si cette offre a été assortie d'un délai. C'est la solution retenue par la Cour de cassation qui a ainsi récemment jugé que « si une offre d'achat ou de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée, il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque »

(Civ. 3e, 7 mai 2008, no 07-11.690.). Si le bon de commande ne contient aucun délai, le candidat acheteur peut donc se rétracter à tout moment et même, laisse entendre l'arrêt, au moment où les produits sont livrés. On peut cependant hésiter à suivre la Cour d'appel sur ce dernier point. Compte de tenu du délai de livraison auquel sont soumise la plupart des marchandises importées à La Réunion il ne paraît pas opportun de subordonner la perfection de la vente à l'acceptation des marchandises par l'acheteur. Certes ce dernier peut émettre des réserves à la livraison mais cela c'est alors une question d'exécution et non de formation du contrat. Il paraît ainsi plus juste de se demander si la rétractation de l'émetteur du bon de commande est intervenue dans un délai raisonnable en tenant compte, comme ce fut le cas en l'espèce, de la nature des relations d'affaires entre les parties.

**Agent commercial, rupture du contrat, résiliation à l'initiative de l'agent commercial (oui), justes motifs de rupture (non), article L. 134-12 du Code de commerce (C.COM), droit à l'indemnité compensatrice de cessation de contrat (non), article L. 134 13 du Code de commerce (C.COM), circonstances imputables au mandant (non) , clause de garantie (oui)**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 28 novembre 2008 (RG n°07/01394)

La résiliation du contrat par l'agent commercial n'est pas justifiée par une faute du mandant. Ce dernier était en effet en droit de ne pas payer les commissions dès lors que, certains clients n'ayant pas réglé leurs commandes, l'agent s'était engagé à l'égard du mandat par une clause de garantie.

Un agent commercial avait conclu un contrat moyennant le versement d'une commission de 15% sur le chiffre d'affaires hors taxes effectivement réalisé par lui et encaissé jusqu'à bonne fin des affaires et l'engagement par lui de garantir son mandant en cas de défaillance ou d'insolvabilité de ses clients. A la suite d'impayés, le mandant cessa les livraisons de produits commandés et réclama différentes sommes à l'agent commercial. En retour l'agent commercial mis un terme au contrat reprochant au mandat d'avoir commis des fautes justifiant une rupture du contrat. En première instance les juges avaient condamné le mandant à verser une indemnisation en raison de la rupture fautive du contrat. Cette décision fut infirmée en appel, la Cour jugeant fautive la résiliation du contrat par l'agent commercial. A l'appui de cette solution on relèvera pour l'essentiel la garantie mise à la charge de l'agent commercial.

La Cour analyse en effet le contrat pour déterminer si celui-ci comporte une clause de ducreire c'est-à-dire une clause par laquelle l'agent commercial garantit la bonne exécution de l'engagement du client. Les juges concluent à la présence d'une telle clause. Selon leur analyse, « il résulte du contrat signé entre les parties que M. X (l'agent commercial) doit percevoir une commission sur le chiffre d'affaires effectivement réalisé par lui et encaissé et jusqu'à bonne fin des affaires menées et qu'il s'est porté garant vis-à-vis de la SARL Z (le mandant) des engagements qu'il contractait en son nom et personnellement caution en cas de défaillance ou d'insolvabilité de ses clients quant au paiement des marchandises vendues ou négociées. Il s'en déduit (...) que M. X n'est pas fondé à faire grief à la société d'avoir subordonné le règlement des commissions au paiement effectif des factures par ses clients été que son engagement de garantie est indiscutable ».

## **4.2. Concurrence**

### **Droit pénal de la concurrence – Pratique restrictive de concurrence - Revente à perte – Exception de réapprovisionnement – condamnation (non)**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 16 octobre 2008 (RG n°08/00137)

Peut se prévaloir de l'exception de réapprovisionnement à la baisse et ne commet pas d'infraction à la législation prohibant la revente à perte le commerçant qui a revendu à perte des DVD après avoir passé le même jours deux commandes, la première pour un prix d'achat supérieur au seuil de revente à perte, la seconde en dessous de ce même seuil.

Un commerçant avait acheté puis revendu des DVD. A la suite d'une enquête de la DDCCRF, la société avait été poursuivie pour violation de l'article L. 442-2 du code commerce prohibant la revente à perte. Pour se défendre, le prévenu invoquait les exceptions au principe d'interdiction de la revente à perte et parmi elles le réapprovisionnement à la baisse. Il se fondait plus particulièrement sur l'article L. 442-4-1 du code de commerce applicable en l'espèce, selon lequel « les dispositions de l'article L. 442-2 ne sont pas applicables... 1° c) aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat... ». A cet argument de droit le ministère public opposait un argument de fait selon lequel les commandes faisant apparaître des prix différents (l'une à un prix au dessus du seuil de revente à perte l'autre en dessous de ce seuil) avait été passées le même jour et, partant, il ne s'agissait pas d'un réapprovisionnement mais d'un approvisionnement. Cet argument n'a cependant pas été retenu par la Cour d'appel qui relaxe le prévenu en relevant au contraire « *qu'il peut y avoir réapprovisionnement pour deux commandes du même jour si les deux commandes ne sont pas concomitantes, mais successives ; que le lot le moins cher a été commandé après le lot le plus cher ; que la loi n'exige pas pour qu'il y ait réapprovisionnement que le stock de la première commande ait été vendu* ».

Il n'y a en effet rien à redire à cette analyse qui respecte strictement le principe de la légalité du droit pénal. On observera toutefois que la loi pénale en matière de revente a connu de multiples modifications au cours des dix dernières années ce qui tend à montrer que les professionnels ont toujours un coup d'avance sur le législateur. Dès lors, il serait certainement préférable d'abroger définitivement une interdiction légale dont la France est l'un rare Etat en Europe à maintenir l'existence, il est vrai, avec l'aval de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE 24 nov. 1993, Keck et Mithouard, *JDI* 1994.491, obs. C.-J. Berr, *Gaz. Pal.* 1994.2.414, note O. d'Ormesson et A. Wachsmann, *Europe*, janv. 1994, p. 11, obs. D. Simon et A. Rigaux, *JCP*, éd. E, 1994. II. 592, note L. Vogel, *D.* 1994.185, note D. Voinot, *Rev. conc. consom.*, mars-avr. 1994, n° 78, p. 71, note F. Weil, à propos de la compatibilité au droit communautaire de la législation française sur la revente à perte).

## **4.3. Droit des sociétés**

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

#### **Liquidation judiciaire – Dirigeant – Responsabilité pour insuffisance d'actif (oui)**

Cour d'Appel de Saint-Denis de La Réunion, 8 décembre 2008 (RG n°07/00809)

Cet arrêt aurait pu passer inaperçu rejoignant ainsi les nombreuses décisions condamnant des dirigeants à combler le passif de leur société défailante. Toutefois l'évolution jurisprudentielle récente impose de le commenter dans la mesure où, dans l'hypothèse d'un pourvoi en cassation, cet arrêt subira probablement la censure de la juridiction régulatrice.

Aux termes de cette décision un dirigeant de société est condamné à combler le passif de cette dernière le montant à payer en appel étant d'ailleurs augmenté (de 100 000 à 150 000 euros). Après avoir relevé l'insuffisance d'actif les juges énumèrent un certain nombre de négligences du dirigeant qu'il faut bien qualifier – même si la Cour n'emploie pas l'expression – de fautes de gestion. Il lui est d'abord reproché de « n'avoir pris aucune mesure sérieuse pour tenter de redresser l'entreprise » qui a même financé des travaux sur des terrains appartenant à une autre société. Il lui est ensuite imputé le fait d'avoir usé « d'expédients pour financer le fonctionnement de l'entreprise ». Il lui est enfin reproché de n'avoir effectué sa déclaration de cessation des paiements « que le 20 avril 2004 lorsqu'éclatera une grève des salariés ». C'est après avoir relevé cette pluralité de fautes que la Cour condamne le dirigeant à supporter une partie des dettes sociales. C'est précisément cette pluralité de fautes qui doit retenir l'attention au regard de l'évolution récente de la jurisprudence. Plus précisément dans un arrêt du 15 décembre 2009 (Arrêt n°1142 du 15 décembre 2009, 08-21.906, P+B+R+I), la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, après avoir visé le principe de proportionnalité, « *que lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion, même unique, ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux ; que toutefois, si le montant de la condamnation prononcée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond dès lors qu'il n'excède pas l'insuffisance d'actif, il importe, lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, sont retenues, que chacune d'entre elles soit légalement justifiée* ». A l'issue de cette précision nouvelle s'agissant de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif (v. déjà pour l'application de la même solution à la faillite personnelle, Com. 1er déc. 2009, FS-P+B+R+I, n°08-17.187), la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir donné de précisions sur l'actif disponible « *lequel constituait la condition nécessaire pour retenir à l'encontre du dirigeant la déclaration tardive de l'état de cessation des paiements, la cour d'appel, qui a pris cette faute en considération, n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Le cadre d'un sommaire commenté est bien sûr trop limité pour évoquer la portée réelle de cet arrêt de principe. Toutefois les praticiens qui défendent les dirigeants en difficulté trouveront dans cette décision une source réelle d'élaboration de leurs futures conclusions prenant désormais appui sur le principe de proportionnalité. Quant aux liquidateurs il leur appartiendra de présenter une motivation suffisante pour permettre aux juges de proposer une motivation en adéquation avec cette nouvelle règle jurisprudentielle. Quant aux décisions déjà rendues, comme celle faisant l'objet de ce commentaire, il ne reste plus aux juges qu'à méditer sur les méfaits de l'effet rétroactif des solutions jurisprudentielles et aux créanciers dont l'intérêt collectif est défendu par le liquidateur à espérer que les dirigeants condamnés aient renoncé au pourvoi par lassitude. Pour notre part, nous approuvons une solution qui apportera un plus de sécurité juridique en matière de responsabilité et sanctions à l'encontre des dirigeants des sociétés défailtantes.