

Références

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du mardi 20 novembre 2012

N° de pourvoi: 11-20256 11-22295

Non publié au bulletin

Cassation

M. Espel (président), président

Me Bertrand, Me Copper-Royer, SCP Blanc et Rousseau, SCP Odent et Poulet, avocat(s)

Texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Joint les pourvois n° V 11-20. 256 et M 11-22. 295 qui attaquent le même arrêt ;

Statuant tant sur les pourvois principaux formés par la société Sinclair pharma France Holding et Hight Tech Consult, que sur le pourvoi incident relevé par la société Arlette A... consultants ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en janvier 2003, par un acte intitulé « convention de courtage », la société BGA Pharma (la société BGA) a confié à la société Arlette A... consultants (la société AGC) la mission non exclusive de lui présenter des acquéreurs potentiels en vue de la cession de son fonds de commerce, les honoraires étant calculés en fonction du montant du prix de vente ; que la société AGC lui a présenté à cette fin la société CS dermatologie ; qu'après un protocole d'accord du 14 mars 2003, portant sur la cession de ce fonds de commerce à un certain prix, signé entre les sociétés CS Dermatologie, aux droits de laquelle se trouve la société Sinclair pharma France Holding (la société SPFH), Druginvest, BGA et High Tech Consult (la société HTC), la cession du fonds a été réalisée par acte du 30 mars 2003 à un prix inférieur ; que par jugement du 24 juin 2004, la société BGA a été mise en liquidation judiciaire, Mme X...étant ultérieurement désignée en qualité de liquidateur ; qu'estimant qu'avec la complicité des sociétés CS Dermatologie, CS et HTC, il avait été frauduleusement détourné une partie des actifs de la société BGA, et notamment les produits Fazol et Jonctum, à son détriment, la société AGC a fait assigner ces sociétés, ainsi que le liquidateur de la société BGA, en paiement de dommages-intérêts et subsidiairement aux fins d'inopposabilité de l'ensemble des actes passés en fraude de ses droits ; que le liquidateur de la société BGA a pour sa part fait valoir que la cession du fonds était intervenue à des conditions financières moins favorables au cédant que celles prévues dans le protocole d'accord, en fraude des créanciers de cette dernière, s'en rapportant à justice sur les mérites de l'action de la société AGC ;

Sur le premier moyen des pourvois principaux, pris en leur première branche, réunis :

Vu l'article 1167 du code civil ;

Attendu que pour accueillir l'action paulienne de la société AGC, et déclarer inopposables à celle-ci, ainsi qu'à Mme X..., ès qualités, les actes passés par les sociétés BGA, HTC et SPFH, en fraude de ses droits, l'arrêt retient que la valorisation de la société BGA résultait des droits qu'elle pouvait avoir sur les spécialités Fazol et Jonctum et que le fonds de commerce de la société BGA a été vidé de son potentiel, avant sa cession, par un montage réalisé de concert avec l'acquéreur et destiné à priver la société AGC de sa commission ;

Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir constaté qu'au jour du montage litigieux, la société BGA ne bénéficiait sur le Fazol que d'une option d'achat venue à expiration le 15 mars 2003 et qu'elle n'avait entrepris que de simples pourparlers avancés s'agissant du Jonctum, de sorte que le patrimoine du débiteur n'avait pu être appauvri par la perte de droits qu'il ne détenait pas, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident et le second moyen du pourvoi principal n° M 11-22. 295, réunis :

Vu l'article 1167 du code civil ;

Attendu que l'action paulienne, qui peut être exercée par un créancier en son nom personnel pour attaquer les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits et qui a pour effet de rendre inopposable ces actes au

créancier qui l'exerce, ne permet pas au liquidateur du débiteur, agissant dans l'intérêt collectif des créanciers, d'obtenir la condamnation du tiers complice de la fraude au paiement de la créance personnelle détenue sur le débiteur mis en liquidation par le créancier ayant initié cette action ;

Attendu que pour dire que Mme X..., agissant en sa qualité de liquidateur de la société BGA, était fondée à poursuivre entre les mains des sociétés HTC et SPFH le recouvrement de la créance détenue par la société AGC à l'encontre de la société BGA, l'arrêt retient que les actes conclus en fraude des droits de la société AGC ont également été conclus en fraude des droits des créanciers ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 mai 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Arlette A... consultants aux dépens ;

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

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 cassé ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Copper-Royer, avocat aux Conseils, pour la société Sinclair pharma France holding, demanderesse au pourvoi principal n° V 11-20. 256

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR fait droit à l'action paulienne de la Société AGC, et partant, d'AVOIR déclaré inopposables à la Société ACG et à Maître X...ès qualités les actes suivants passés par les sociétés BGA PHARMA, HIGH TECH CONSULT, SINCLAIR PHARMA FRANCE HOLDING GROUPE venant aux droits des sociétés GROUPE CS DERMATOLOGIE, SINCLAIR PHARMA et CS en fraude de ses droits et ayant concouru à la cession des spécialités FAZOL et JONCTUM à savoir, le protocole d'accord conclu le 14 mars 2003, la création de la Société DRUGINVEST, les cessions portant sur les spécialités FAZOL et JONCTUM, et la cession du fonds de commerce intervenue le 31 mars 2003.

AUX MOTIFS QUE : « sur la convention de courtage

« (...) que par acte du 21 janvier 2003 la société BGA Pharma a confié à la société AGC « la mission, non exclusive, de lui présenter des acquéreurs potentiels » et accompagner BGA dans les négociations ;

Qu'il était prévu en cas de réussite des honoraires calculés par tranches cumulables sur le montant total du prix de cession et des capitaux déplacés à savoir un minimum de 5 000 € quel que soit le niveau de la transaction, 5 % HT du montant de la transaction inférieure ou égale à 1, 5 million d'euros, 4 % HT de la tranche supérieure allant jusqu'à 3 millions d'euros, 3 % de la suivante jusqu'à 4, 5 millions d'euros, 2 % ensuite jusqu'à 6 millions d'euros, enfin 1 % au dessus de 6 millions d'euros ;

Qu'il convient de relever que ce taux de rémunération ne pouvait qu'être à la hauteur de la valeur estimée par chacune des parties de la valeur de la société ;

Que le terme cession était défini comme étant « toute transaction ou combinaison de transactions qui ont pour effet de transférer directement ou indirectement de BGA à l'acquéreur tout ou partie de la société, par l'achat ou par souscription d'actions ou de titres assimilables ou de tout ou partie des actifs contre rémunération » ;

« (...) que la commission était en conséquence due que l'opération soit réalisée directement par la société BGA ou par l'intermédiaire de toute personne physique ou morale agissant de concert avec la société BGA ;

« (...) qu'il n'est pas contesté que la société AGC a présenté l'acquéreur du fonds de commerce de la société BGA et a organisé des rendez vous avec celui-ci, le groupe CS DERMATOLOGIE, qualifiant l'intervention de la société AGC de « superficielle » ;

« (...) que la Société AGC a droit à sa commission en exécution de son contrat de courtage et qu'à ce titre elle a régulièrement produit à la liquidation de la société BGA ;

« (...) que la Société HIGH TECH CONSULT se prétend tiers à cette convention et fait valoir qu'elle n'a donné aucun accord pour le paiement d'une commission à la société AGC ; qu'il convient en conséquence de dire que c'est à tort que les premiers juges ont donné acte à la société HIGH TECH CONSULT d'un engagement de

régler la somme de 5. 000 € à la société AGC en rémunération de la convention de courtage et d'infirmier le jugement sur ce point ;

« (...) que la Société AGC a mis en demeure par lettre recommandée en date du 9 avril 2003 la Société BGA de lui communiquer l'acte de vente passé avec le Groupe CS DERMATOLOGIE ; que faute de recevoir l'intégralité des documents, elle a engagé un référé au terme duquel Monsieur Y...a été condamné sous astreinte à lui remettre les pièces ;

Que la Société BGA ayant fait l'objet d'une procédure collective, elle a déclaré en temps utile sa créance et a fait part de ses observations au mandataire sur les cessions intervenues et dont elle pouvait avoir eu connaissance ; que le mandataire lui a alors fait parvenir de nouveaux documents ; que dès lors il ne saurait lui être reproché d'avoir assigné les parties seulement le 14 mars 2007 ;

Qu'il convient de relever qu'elle a déclaré une créance d'un montant de 225. 000 € entre les mains du liquidateur ; que celle-ci n'a donné lieu à aucune opposition.

Sur la cession du fonds de commerce de la société BGA

« (...) que la Société BGA Pharma a été créée en janvier 2000 par Eric Y...et s'était vue confier par la Société JANSSEN la commercialisation de cinq spécialités ; que les relations se sont dégradées au cours de l'année 2002 et ont été rompues ;

Que la Société JANSSEN a assigné la Société BGA PHARMA devant le Tribunal de commerce de PARIS en paiement d'un solde net de 866 000 € HT, cette dernière assignant à son tour la société Janssen devant le Tribunal de commerce de PARIS pour rupture abusive des relations commerciales ;

« (...) qu'il n'est pas contesté que, si BGA commercialisait une autre spécialité le YELNAC et était propriétaire de cette marque, l'essentiel de son chiffre d'affaires provenait de ses relations commerciales avec les laboratoires JANSSEN ;

« (...) qu'après cette rupture des relations avec la Société JANSSEN, la valorisation de la Société BGA PHARMA résultait non pas de la possession de la spécialité YELNAC mais des droits qu'elle pouvait avoir sur deux autres spécialités le FAZOL et le JONCTUM pour lesquelles elle était en relations d'affaires avancées avec les trois sociétés détentrices de droits sur celles-ci ;

« (...) que le Groupe CS PHARMA relate avoir été intéressé dès 2000 par les deux spécialités FAZOL et JONCTUM indiquant « FAZOL, une spécialité dermatologique dont le succès durable s'était confirmé dans la plupart des pays où elle était commercialisée » et que « ceci valait également pour la spécialité JONCTUM » ; qu'elle indiquait que Monsieur Y...était la « cheville ouvrière de HIGH TECH CONSULT et de BGA PHARMA » et qu'il « entretenait depuis longtemps des relations de proximité et de confiance avec les propriétaires de FAZOL (laboratoires AVENTIS et JANSSEN) et de JONCTUM (laboratoires AVENTIS et MARION BELL) ;

« (...) qu'il n'est pas contesté que la société BGA détenait une option auprès du laboratoire AVENTIS arrivant à échéance le 15 mars 2003 pour l'acquisition des AMM de la spécialité FAZOL ; que malgré deux sommations l'option d'achat de cette spécialité n'a pas été communiquée ;

Que s'agissant de ces droits sur la spécialité JONCTUM, ceux-ci résultent des propres affirmations de la société BGA qui dans ses conclusions à l'occasion de l'instance engagée contre la société JANSSEN a écrit : « afin de préserver les emplois, la Société BGA a été contrainte de céder une partie de son fonds de commerce pour moins de 100 000 € à la veille de conclure un accord avec la Société AVENTIS pour l'exploitation et la promotion de la spécialité FAZOL et de la spécialité JONCTUM ;

Au surplus BGA s'est trouvé dans l'obligation de céder son fonds de commerce à la sauvette à un prix nettement sous évalué (100. 000 €) et à l'aube de conclure une solution alternative avec les Laboratoires AVENTIS. Le préjudice qui s'en infère s'analyse en une perte de chance de conclure un contrat de promotion avec les Laboratoires AVENTIS FRANCE et doit être évalué à 1 M € représentant la marge (CA-Achats) que représenterait pour une structure telle que BGA la promotion des spécialités FAZOL et JONCTUM sur un chiffre d'affaires de 6M € » ;

« (...) qu'un protocole d'accord portant sur la cession du fonds de commerce de la société BGA a été signé le 14 mars 2003 entre la SAS GROUPE CS DERMATOLOGIE représenté par Monsieur Didier RASE d'une part et la SARL DRUGINVEST représentée par Monsieur Eric Y..., la SA HIGH TECH CONSULT également représentée par Monsieur Eric Y...et la SAS BGA PHARMA représentée par Monsieur Nicolas Z..., étant observé que les trois sociétés ont leur siège social à la même adresse 38 bd des Batignolles 75017 PARIS et que le Groupe CS DERMATOLOGIE a reconnu que Eric Y...était la cheville ouvrière du montage juridique ;

Qu'il était préalablement exposé au protocole que :

- BGA est un laboratoire pharmaceutique qui exploite des spécialités pharmaceutiques, notamment la spécialité YELNAC et qu'elle était également propriétaire de la marque ;

- BGA détient une option auprès du laboratoire AVENTIS arrivant à échéance le 15 mars 2003 pour l'acquisition de l'AMM relative à la spécialité FAZOL mais qu'elle ne disposait pas des moyens financiers de lever cette option exerçable pour un prix total de 5, 5 millions d'euros payable à raison de 100. 000 € le 15 mars 2003, 1. 000. 000 à la date du transfert de l'AMM, le reste en trois échéances mensuelles après ce transfert et au plus tard le 31 décembre 2004 ;

Qu'il était mentionné qu'en outre la Société AVENTIS était disposée à renoncer au bénéfice de sa licence d'exploitation de la marque FAZOL qui lui avait été concédée par la société JANSSEN qui en était propriétaire ;

Que, concernant la Société DRUGINVEST, partie à ce protocole il était précisé que :
- celle-ci était une filiale à 100 % de HIGH TECH CONSULT et constituée pour détenir des AMM,
- celle-ci avait eu un contact avec AVENTIS en vue de l'acquisition de l'AMM relative à la spécialité JONCTUM crème ;

Que concernant CS DERMATOLOGIE, il était indiqué que celle-ci a « indiqué à BGA qu'elle était intéressée par l'acquisition de 100 % des parts de la société DRUGINVEST du fait de son option d'achat sur l'AMM du FAZOL et a accepté en contrepartie de cette acquisition, d'envisager d'acquérir également le fonds de commerce de B GA et de financer l'acquisition de l'AMM du FAZO » ;

Qu'il était mentionné que HIGH TECH CONSULT avait conseillé DRUGINVEST pour la négociation et la mise en place des opérations décrites au profit de CS DERMATOLOGIE et que celle-ci souhaitait que HIGH TECH CONSULT continue de lui apporter son assistance ;

Qu'il était stipulé un prix de cession du fonds de commerce de BGA de 150 000 € à verser sur un compte séquestre jusqu'à la purge des droits des créanciers, la cession des parts de DRUGINVEST au prix de 7 500 € et des commissions à verser à HTC, soit 160 000 € pour la cession de DRUGINVEST soit plus de 20 fois le prix de vente, 45 000 € pour la réalisation de l'opération FAZOL et 45 000 € pour celle de JONCTUM ;

Qu'il était stipulé au titre des conditions suspensives à la cession du fonds de commerce BGA :
- la cession par AVENTIS de la licence de marque et d'exploitation à CS DERMATOLOGIE de la spécialité du JONCTUM crème pour un prix maximum de 1, 5 millions d'euros
- la cession de l'AMM FAZOL par AVENTIS à DRUGINVEST avec rétrocession de 95 % de la marge réalisée par AVENTIS pendant la période courant de la signature de cette cession au transfert par l'ASSAPS de l'AMM à condition que le paiement à AVENTIS du prix intervienne sur l'année 2003 ;

Qu'il convient d'observer que cette condition était particulièrement intéressante dès lors que la levée de l'option était fixée à seulement 100 000 € ;

Qu'il était stipulé des conditions résolutoires à l'acquisition de DRUGINVEST concernant l'exploitation de la marque FAZOL au profit des la Société CS DERMATOLOGIE, d'autre part le transfert des AMM des spécialités FAZOL et JONCTUM crème ;

« (...) qu'aux termes de ce protocole d'accord le groupe CS DERMATOLOGIE ne pouvait ignorer l'option détenue par BGA pour l'acquisition de l'AMM relative à la spécialité FAZOL, ni l'enjeu financier important qui en découlait dès lors qu'il était également fait état des engagements des sociétés JANSSEN et AVENTIS sur la marque FAZOL et d'AVENTIS sur la spécialité JONCTUM ;

Que, de plus le Groupe CS DERMATOLOGIE actait la participation de la Société DRUGINVEST et les stipulations sur un droit à option dont elle n'était pas titulaire, participant dès cette date à l'éviction de la société BGA PHARMA ;

Que par acte du 31 mars 2003, la Société HIGH TECH CONSULT représentée par Monsieur Eric Y..., a cédé au Groupe CS DERMATOLOGIE représenté par Monsieur Didier RASSE la totalité des parts de DRUGINVEST au prix de 1500 € ;

Que par ailleurs le protocole d'accord mentionnait que la levée de l'option était soumise au paiement de la somme de 100 000 € au 15 mars 2003, somme que ni la Société DRUGINVEST, ni la Société HIGH TECH CONSUL, ni le Groupe CS DERMATOLOGIE n'ont acquittée à la date stipulée, sans pour autant qu'il soit rapporté la preuve de la perte par la Société BGA de son droit à option, aucun élément émanant de la Société AVENTIS démontrant d'ailleurs qu'elle entendait se prévaloir de ce droit ;

« (...) que s'agissant de la spécialité FAZOL, celle-ci bénéficiait de quatre AMM (crème, émulsion, poudre et ovule) dont la Société JANSSEN avait par acte du 12 mai 1976 concédé l'exploitation à la Société AVENTIS ; que par acte du 25 mars 2003 entre la Société AVENTIS et la Société DRUGINVEST, il était acté que la Société JANSSEN acceptait que le contrat la liant à la société AVENTIS soit résilié et qu'AVENTIS cède les AMM à la société DRUGINVEST ; que l'acte de cession des AMM du FAZOL au nombre de 4 est intervenu le 25 mars 2003 entre la Société AVENTIS et la Société DRUGINVEST ;

Que le prix était fixé à 5 millions d'euros dont 1. 600. 000 € à la date de signature du contrat ;

Que celui-ci sera en réalité payé en trois échéances, la première le 14 avril 2003 d'un montant de 1. 913 600 €, la deuxième le 30 juillet 2003 d'un montant de 2 033 200 € et la dernière du 31 décembre 2003 par le Groupe CS ce qui démontre que la Société DRUGINVEST n'a été qu'une création artificielle destinée à évincer BGA tout en conservant ses acquis ; que d'ailleurs le contrat de cession indique AVENTIS cède et transfère au profit de DRUGINVEST ou à toute Société du Groupe dont DRUGINVEST fait partie et qu'elle pourra se substituer librement... » ;

Que s'agissant du JONCTUM, celui-ci était la propriété de la Société MARION MERELL qui en avait concédé l'exploitation à la Société AVENTIS ; que le 25 mars 2003 il a été convenu entre la Société MARION MERELL, en présence de la société AVENTIS et la Société DRUGINVEST, de la cession du fonds de commerce

comprenant trois AMM (crème et gélule sous deux conditionnements), la marque française JONCTUM, la clientèle et le savoir faire, le prix de cession étant décomposé comme suit :

-1 250 000 € pour la marque française,

-1 250 000 € pour les autres éléments du fonds de commerce cédés à savoir les AMM, les dossiers, la clientèle et le savoir faire, les AMM au nombre de trois concernant le JONCTUM crème et le JONCTUM gélule ;

Qu'il était stipulé payable en trois échéances, la première de 832. 000 € à la date de signature et versée par la Société DRUGINVEST entre les mains du séquestre, cette somme étant destinée à garantir le paiement des créanciers ayant des droits sur le prix du fonds de commerce, les deux suivantes de 834 000 € devant être réglées à la SA MARION MERELL ; qu'en réalité le paiement sera effectué comme pour le FAZOL par le groupe CS ;

« (...) que ces actes de cession portant sur les deux spécialités, stipulaient que pouvait être substituée à la Société DRUGINVEST « une société du groupe » ce qui démontre que les accords passés stipulaient des cessions au profit d'une société du groupe qui, par son antériorité était BGA ;

« (...) que, si la Société HIGH TECH CONSULT prétend que le montage juridique ayant consisté à créer la Société DRUGINVEST a été réalisé car la société BGA PHARMA était dans l'incapacité financière de lever l'option dont elle bénéficiait sur la spécialité FAZOL, il convient de relever que la Société DRUGINVEST, créée le 3 mars 2003 n'avait aucune capacité financière, étant observé qu'elle avait un capital social de 7. 500 €, libéré à hauteur seulement de 1/ 5ème, détenu à 100 % par la Société HIGH TECH CONSULT ; que d'ailleurs elle n'a honoré aucune des échéances aux dates convenues et que c'est la Société GROUPE CE DERMATOLOGIE qui a payé l'ensemble des échéances, qu'elle a financées en recourant à un emprunt ;

« (...) que la Société BGA PHARMA était alors in bonis ; que la levée de l'option FAZOL, si besoin était, ne nécessitait qu'un investissement de 100 000 € ; qu'il n'est pas rapporté la preuve que la société BGA PHARMA n'était pas en mesure de conserver cette option et de tirer bénéfice des conséquences induites par celle-ci à savoir les cessions portant sur les AMM des deux spécialités mais également sur des éléments du fonds de commerce JONCTUM qui avaient nécessairement donné lieu à des accords antérieurs entre les parties ; qu'il convient de relever que malgré deux sommations, HIGH TECH CONSULT n'a pas versé l'option convenue sur le FAZOL ;

« (...) qu'ainsi la Société BGA PHARMA s'est trouvée évincée d'un marché extrêmement prometteur portant sur l'exploitation des AMM FAZOL et JONCTUM avant la cession de son fonds de commerce dès lors vidé de son potentiel ;

Que de plus le prix du fonds de commerce fixé à 150 000 € au terme du protocole d'accord du 14 mars 2003 a encore été amoindri lors de la cession et fixé à 100 000 € ; que si le protocole d'accord a été signé par le groupe CS DERMATOLOGIE et la cession par la Société CS et si la liberté contractuelle peut autoriser une diminution du prix, cette diminution s'inscrit en l'espèce dans l'ensemble du montage qui a conduit à minorer la valeur réelle du fonds de commerce et à priver la société AGC de sa commission ;

« (...) que l'article 1167 du Code civil dispose que les créanciers peuvent aussi en leur nom personnel attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ;

Que la Société AGC a une créance régulièrement déclarée, certaine liquide et exigible qui est née avant l'organisation du montage qui n'a eu pour objet que de l'en priver notamment au profit de la société HIGH TECH CONSULT qui a perçu une commission de 250 000 € ;

« (...) que le montage a été réalisé de concert avec l'acquéreur, que ce soit le Groupe CS DERMATOLOGIE signataire du protocole de cession ou la Société CS cessionnaire afin d'écarter la Société AGC et de la priver de ses commissions ;

Qu'il y a lieu en conséquence de dire que les actes conclus en fraude des droits de la société AGC et de la masse des créanciers leur sera inopposable et que Maître X...ès qualités est fondée à poursuivre le recouvrement des créances dont celle de AGC entre les mains des sociétés HIGH TECH CONSULT, SINCLAIR PHARMA France HOLDING GROUPE » (arrêt attaqué p. 6, deux derniers § à p. 11, § 6) ;

ALORS, D'UNE PART, QUE le succès de l'action paulienne accordée au créancier pour le protéger contre la fraude d'un débiteur suppose que l'acte attaqué ait causé un préjudice au créancier en ayant provoqué l'appauvrissement de son débiteur ; que son appauvrissement suppose une sortie d'un bien de son patrimoine ainsi que le faisaient valoir les sociétés GROUPE CS DERMATOLOGIE et CS, dans leurs conclusions récapitulatives d'appel (p. 5, § 1 et 2, p. 7, § 3 et dernier, et p. 22, § 3, pénultième et dernier, et p. 23, § 1er) considérant que la Société BGA PHARMA ne pouvait avoir été dépouillée des produits FAZOL et JONCTUM lesquels n'avaient jamais fait partie de son fonds de commerce et qui étaient respectivement la propriété des sociétés JANSSEN et MARION MERELL et dont l'exploitation avait été concédée au laboratoire AVENTIS ; que la Cour d'Appel elle-même évoquait de simples « droits ... qu'elle (BGA PHARMA) pouvait avoir sur deux autres spécialités le FAZOL et le JONCTUM pour lesquelles elle était en relation d'affaires avancées avec les trois sociétés détentrices de droits sur celles-ci.. », retenant les « propriétaires de FAZOL (laboratoires AVENTIS et JANSSEN) et de JONCTUM (laboratoires AVENTIS et MARION BELL (mis par erreur pour MARION MERELL) (arrêt attaqué p. 8, § 1et 5) ; qu'en faisant cependant droit à l'action paulienne de la Société AGC, la Cour d'Appel a violé les dispositions de l'article 1167 du Code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE s'agissant d'un acte à titre onéreux, le créancier qui exerce l'action paulienne doit prouver la complicité de fraude du tiers acquéreur ; qu'ainsi que le faisaient valoir les sociétés exposantes à cet égard, si un montage juridique et financier avait été élaboré, en parfaite transparence, conformément à l'objet social des sociétés, en vue d'acquérir les deux spécialités FAZOL et JONCTUM, moyennant les sommes de 2. 500. 000 € et de 5. 000. 000 € versés à leurs propriétaires, et avait ainsi pu établir l'intérêt porté par la Société GROUPE CS DERMATOLOGIE aux produits FAZOL et JONCTUM, cette société n'avait nullement pour autant conscience du prétendu préjudice causé à la Société BGA PHARMA (conclusions p. 8, § 1er, p. 11, § pénultième, p. 17, § dernier, et p. 24, § 1 et 2) ; qu'en faisant cependant droit à l'action de la Société AGC, motifs pris de ce que ce montage aurait été réalisé de concert avec l'acquéreur (arrêt attaqué p. 11, § 5) sans autrement établir la prétendue participation frauduleuse de celui-ci, la Cour d'Appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1167 du Code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR retenu la possibilité pour la Société BGA PHARMA de lever l'option FAZOL au prix de 100. 000 €, au vu de relations d'affaires prétendument avancées avec ses propriétaires et, partant, d'AVOIR déclaré inopposables à la Société ACG et à Maître X...ès qualités les actes suivants passés par les sociétés BGA PHARMA, HIGH TECH CONSULT, SINCLAIR PHARMA FRANCE HOLDING GROUPE venant aux droits des sociétés GROUPE CS DERMATOLOGIE, SINCLAIR PHARMA et CS en fraude de ses droits et ayant concouru à la cession des spécialités FAZOL et JONCTUM à savoir, le protocole d'accord conclu le 14 mars 2003, la création de la Société DRUGINVEST, les cessions portant sur les spécialités FAZOL et JONCTUM, et la cession du fonds de commerce intervenue le 31 mars 2003.

AUX MOTIFS QUE : « Sur la cession du fonds de commerce de la société BGA

« (...) que la Société BGA Pharma a été créée en janvier 2000 par Eric Y...et s'était vue confier par la Société JANSSEN la commercialisation de cinq spécialités ; que les relations se sont dégradées au cours de l'année 2002 et ont été rompues ;

Que la Société JANSSEN a assigné la Société BGA PHARMA devant le Tribunal de commerce de PARIS en paiement d'un solde net de 866 000 € HT, cette dernière assignant à son tour la société Janssen devant le Tribunal de commerce de PARIS pour rupture abusive des relations commerciales ;

« (...) qu'il n'est pas contesté que, si BGA commercialisait une autre spécialité le YELNAC et était propriétaire de cette marque, l'essentiel de son chiffre d'affaires provenait de ses relations commerciales avec les laboratoires JANSSEN ;

« (...) qu'après cette rupture des relations avec la Société JANSSEN, la valorisation de la Société BGA PHARMA résultait non pas de la possession de la spécialité YELNAC mais des droits qu'elle pouvait avoir sur deux autres spécialités le FAZOL et le JONCTUM pour lesquelles elle était en relations d'affaires avancées avec les trois sociétés détentrices de droits sur celles-ci ;

« (...) que le Groupe CS PHARMA relate avoir été intéressé dès 2000 par les deux spécialités FAZOL et JONCTUM indiquant « FAZOL, une spécialité dermatologique dont le succès durable s'était confirmé dans la plupart des pays où elle était commercialisée » et que « ceci valait également pour la spécialité JONCTUM » ; qu'elle indiquait que Monsieur Y...était la « cheville ouvrière de HIGH TECH CONSULT et de BGA PHARMA » et qu'il « entretenait depuis longtemps des relations de proximité et de confiance avec les propriétaires de FAZOL (laboratoires AVENTIS et JANSSEN) et de JONCTUM (laboratoires AVENTIS et MARION BELL) ;

« (...) qu'il n'est pas contesté que la société BGA détenait une option auprès du laboratoire AVENTIS arrivant à échéance le 15 mars 2003 pour l'acquisition des AMM de la spécialité FAZOL ; que malgré deux sommations l'option d'achat de cette spécialité n'a pas été communiquée ;

Que s'agissant de ces droits sur la spécialité JONCTUM, ceux-ci résultent des propres affirmations de la société BGA qui dans ses conclusions à l'occasion de l'instance engagée contre la société JANSSEN a écrit : « afin de préserver les emplois, la Société BGA a été contrainte de céder une partie de son fonds de commerce pour moins de 100 000 € à la veille de conclure un accord avec la Société AVENTIS pour l'exploitation et la promotion de la spécialité FAZOL et de la spécialité JONCTUM ;

Au surplus BGA s'est trouvé dans l'obligation de céder son fonds de commerce à la sauvette à un prix nettement sous évalué (100. 000 €) et à l'aube de conclure une solution alternative avec les Laboratoires AVENTIS. Le préjudice qui s'en infère s'analyse en une perte de chance de conclure un contrat de promotion avec les Laboratoires AVENTIS FRANCE et doit être évalué à 1 M € représentant la marge (CA-Achats) que représenterait pour une structure telle que BGA la promotion des spécialités FAZOL et JONCTUM sur un chiffre d'affaires de 6M € » ;

« (...) qu'un protocole d'accord portant sur la cession du fonds de commerce de la société BGA a été signé le 14 mars 2003 entre la SAS GROUPE CS DERMATOLOGIE représenté par Monsieur Didier RASE d'une part et la SARL DRUGINVEST représentée par Monsieur Eric Y..., la SA HIGH TECH CONSULT également représentée par Monsieur Eric Y...et la SAS BGA PHARMA représentée par Monsieur Nicolas Z..., étant observé que les trois sociétés ont leur siège social à la même adresse 38 bd des Batignolles 75017 PARIS et que le Groupe CS DERMATOLOGIE a reconnu que Eric Y...était la cheville ouvrière du montage juridique ;

Qu'il était préalablement exposé au protocole que :

- BGA est un laboratoire pharmaceutique qui exploite des spécialités pharmaceutiques, notamment la spécialité YELNAC et qu'elle était également propriétaire de la marque ;
- BGA détient une option auprès du laboratoire AVENTIS arrivant à échéance le 15 mars 2003 pour l'acquisition de l'AMM relative à la spécialité FAZOL mais qu'elle ne disposait pas des moyens financiers de lever cette option exerçable pour un prix total de 5, 5 millions d'euros payable à raison de 100. 000 € le 15 mars 2003, 1. 000. 000 à la date du transfert de l'AMM, le reste en trois échéances mensuelles après ce transfert et au plus tard le 31 décembre 2004 ;

Qu'il était mentionné qu'en outre la Société AVENTIS était disposée à renoncer au bénéfice de sa licence d'exploitation de la marque FAZOL qui lui avait été concédée par la société JANSSEN qui en était propriétaire ;

Que, concernant la Société DRUGINVEST, partie à ce protocole il était précisé que :

- celle-ci était une filiale à 100 % de HIGH TECH CONSULT et constituée pour détenir des AMM,
- celle-ci avait eu un contact avec AVENTIS en vue de l'acquisition de l'AMM relative à la spécialité JONCTUM crème ;

Que concernant CS DERMATOLOGIE, il était indiqué que celle-ci a « indiqué à BGA qu'elle était intéressée par l'acquisition de 100 % des parts de la société DRUGINVEST du fait de son option d'achat sur l'AMM du FAZOL et a accepté en contrepartie de cette acquisition, d'envisager d'acquérir également le fonds de commerce de BGA et de financer l'acquisition de l'AMM du FAZO » ;

Qu'il était mentionné que HIGH TECH CONSULT avait conseillé DRUGINVEST pour la négociation et la mise en place des opérations décrites au profit de CS DERMATOLOGIE et que celle-ci souhaitait que HIGH TECH CONSULT continue de lui apporter son assistance ;

Qu'il était stipulé un prix de cession du fonds de commerce de BGA de 150 000 € à verser sur un compte séquestre jusqu'à la purge des droits des créanciers, la cession des parts de DRUGINVEST au prix de 7 500 € et des commissions à verser à HTC, soit 160 000 € pour la cession de DRUGINVEST soit plus de 20 fois le prix de vente, 45 000 € pour la réalisation de l'opération FAZOL et 45 000 € pour celle de JONCTUM ;

Qu'il était stipulé au titre des conditions suspensives à la cession du fonds de commerce BGA :

- la cession par AVENTIS de la licence de marque et d'exploitation à CS DERMATOLOGIE de la spécialité du JONCTUM crème pour un prix maximum de 1, 5 millions d'euros
- la cession de l'AMM FAZOL par AVENTIS à DRUGINVEST avec rétrocession de 95 % de la marge réalisée par AVENTIS pendant la période courant de la signature de cette cession au transfert par l'ASSAPS de l'AMM à condition que le paiement à AVENTIS du prix intervienne sur l'année 2003 ;

Qu'il convient d'observer que cette condition était particulièrement intéressante dès lors que la levée de l'option était fixée à seulement 100 000 € ;

Qu'il était stipulé des conditions résolutoires à l'acquisition de DRUGINVEST concernant l'exploitation de la marque FAZOL au profit des la Société CS DERMATOLOGIE, d'autre part le transfert des AMM des spécialités FAZOL et JONCTUM crème ;

« (...) qu'aux termes de ce protocole d'accord le groupe CS DERMATOLOGIE ne pouvait ignorer l'option détenue par BGA pour l'acquisition de l'AMM relative à la spécialité FAZOL, ni l'enjeu financier important qui en découlait dès lors qu'il était également fait état des engagements des sociétés JANSSEN et AVENTIS sur la marque FAZOL et d'AVENTIS sur la spécialité JONCTUM ;

Que, de plus le Groupe CS DERMATOLOGIE actait la participation de la Société DRUGINVEST et les stipulations sur un droit à option dont elle n'était pas titulaire, participant dès cette date à l'éviction de la société BGA PHARMA ;

Que par acte du 31 mars 2003, la Société HIGH TECH CONSULT représentée par Monsieur Eric Y..., a cédé au Groupe CS DERMATOLOGIE représenté par Monsieur Didier RASSE la totalité des parts de DRUGINVEST au prix de 1500 € ;

Que par ailleurs le protocole d'accord mentionnait que la levée de l'option était soumise au paiement de la somme de 100 000 € au 15 mars 2003, somme que ni la Société DRUGINVEST, ni la Société HIGH TECH CONSULT, ni le Groupe CS DERMATOLOGIE n'ont acquittée à la date stipulée, sans pour autant qu'il soit rapporté la preuve de la perte par la Société BGA de son droit à option, aucun élément émanant de la Société AVENTIS démontrant d'ailleurs qu'elle entendait se prévaloir de ce droit ;

« (...) que s'agissant de la spécialité FAZOL, celle-ci bénéficiait de quatre AMM (crème, émulsion, poudre et ovule) dont la Société JANSSEN avait par acte du 12 mai 1976 concédé l'exploitation à la Société AVENTIS ; que par acte du 25 mars 2003 entre la Société AVENTIS et la Société DRUGINVEST, il était acté que la Société JANSSEN acceptait que le contrat la liant à la société AVENTIS soit résilié et qu'AVENTIS cède les AMM à la société DRUGINVEST ; que l'acte de cession des AMM du FAZOL au nombre de 4 est intervenu le 25 mars 2003 entre la Société AVENTIS et la Société DRUGINVEST ;

Que le prix était fixé à 5 millions d'euros dont 1. 600. 000 € à la date de signature du contrat ;

Que celui-ci sera en réalité payé en trois échéances, la première le 14 avril 2003 d'un montant de 1. 913 600 €, la deuxième le 30 juillet 2003 d'un montant de 2 033 200 € et la dernière du 31 décembre 2003 par le Groupe CS ce qui démontre que la Société DRUGINVEST n'a été qu'une création artificielle destinée à évincer BGA tout en conservant ses acquis ; que d'ailleurs le contrat de cession indique AVENTIS cède et transfère au profit de DRUGINVEST ou à toute Société du Groupe dont DRUGINVEST fait partie et qu'elle pourra se substituer librement... » ;

Que s'agissant du JONCTUM, celui-ci était la propriété de la Société MARION MERELL qui en avait concédé l'exploitation à la Société AVENTIS ; que le 25 mars 2003 il a été convenu entre la Société MARION MERELL, en présence de la société AVENTIS et la Société DRUGINVEST, de la cession du fonds de commerce comprenant trois AMM (crème et gélule sous deux conditionnements), la marque française JONCTUM, la clientèle et le savoir faire, le prix de cession étant décomposé comme suit :

-1 250 000 € pour la marque française,

-1 250 000 € pour les autres éléments du fonds de commerce cédés à savoir les AMM, les dossiers, la clientèle et le savoir faire, les AMM au nombre de trois concernant le JONCTUM crème et le JONCTUM gélule ;

Qu'il était stipulé payable en trois échéances, la première de 832. 000 € à la date de signature et versée par la Société DRUGINVEST entre les mains du séquestre, cette somme étant destinée à garantir le paiement des créanciers ayant des droits sur le prix du fonds de commerce, les deux suivantes de 834 000 € devant être réglées à la SA MARION MERELL ; qu'en réalité le paiement sera effectué comme pour le FAZOL par le groupe CS ;

« (...) que ces actes de cession portant sur les deux spécialités, stipulaient que pouvait être substituée à la Société DRUGINVEST « une société du groupe » ce qui démontre que les accords passés stipulaient des cessions au profit d'une société du groupe qui, par son antériorité était BGA ;

« (...) que, si la Société HIGH TECH CONSULT prétend que le montage juridique ayant consisté à créer la Société DRUGINVEST a été réalisé car la société BGA PHARMA était dans l'incapacité financière de lever l'option dont elle bénéficiait sur la spécialité FAZOL, il convient de relever que la Société DRUGINVEST, créée le 3 mars 2003 n'avait aucune capacité financière, étant observé qu'elle avait un capital social de 7. 500 €, libéré à hauteur seulement de 1/ 5ème, détenu à 100 % par la Société HIGH TECH CONSULT ; que d'ailleurs elle n'a honoré aucune des échéances aux dates convenues et que c'est la Société GROUPE CE DERMATOLOGIE qui a payé l'ensemble des échéances, qu'elle a financées en recourant à un emprunt ;

« (...) que la Société BGA PHARMA était alors in bonis ; que la levée de l'option FAZOL, si besoin était, ne nécessitait qu'un investissement de 100 000 € ; qu'il n'est pas rapporté la preuve que la société BGA PHARMA n'était pas en mesure de conserver cette option et de tirer bénéfice des conséquences induites par celle-ci à savoir les cessions portant sur les AMM des deux spécialités mais également sur des éléments du fonds de commerce JONCTUM qui avaient nécessairement donné lieu à des accords antérieurs entre les parties ; qu'il convient de relever que malgré deux sommations, HIGH TECH CONSULT n'a pas versé l'option convenue sur le FAZOL ;

« (...) qu'ainsi la Société BGA PHARMA s'est trouvée évincée d'un marché extrêmement prometteur portant sur l'exploitation des AMM FAZOL et JONCTUM avant la cession de son fonds de commerce dès lors vidé de son potentiel ;

Que de plus le prix du fonds de commerce fixé à 150 000 € au terme du protocole d'accord du 14 mars 2003 a encore été amoindri lors de la cession et fixé à 100 000 € ; que si le protocole d'accord a été signé par le groupe CS DERMATOLOGIE et la cession par la Société CS et si la liberté contractuelle peut autoriser une diminution du prix, cette diminution s'inscrit en l'espèce dans l'ensemble du montage qui a conduit à minorer la valeur réelle du fonds de commerce et à priver la société AGC de sa commission ;

« (...) que l'article 1167 du Code civil dispose que les créanciers peuvent aussi en leur nom personnel attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ;

Que la Société AGC a une créance régulièrement déclarée, certaine liquide et exigible qui est née avant l'organisation du montage qui n'a eu pour objet que de l'en priver notamment au profit de la société HIGH TECH CONSULT qui a perçu une commission de 250 000 € ;

« (...) que le montage a été réalisé de concert avec l'acquéreur, que ce soit le Groupe CS DERMATOLOGIE signataire du protocole de cession ou la Société CS cessionnaire afin d'écarter la Société AGC et de la priver de ses commissions ;

Qu'il y a lieu en conséquence de dire que les actes conclus en fraude des droits de la société AGC et de la masse des créanciers leur sera inopposable et que Maître X...ès qualités est fondée à poursuivre le recouvrement des créances dont celle de AGC entre les mains des sociétés HIGH TECH CONSULT, SINCLAIR PHARMA France HOLDING GROUPE » (arrêt attaqué p. 7, trois derniers § à p. 11, § 6) ;

ALORS, D'UNE PART, QU'aux termes du considérant B du protocole d'accord du 14 mars 2003 tels que relevés par la Cour d'Appel elle-même (arrêt attaqué p. 8, § antépénultième) : « BGA détient une option auprès de LABORATOIRE AVENTIS, arrivant à échéance le 15 mars 2003, pour l'acquisition de l'AMM relative à la spécialité FAZOL, mais ne dispose pas des moyens financiers lui permettant de lever l'option dans son délai de validité. Cette option est exerçable pour un prix total de 5, 5 M € payable à raison de 100. 000 € le 15 mars 2003, 1. 000. 000 € à la date de transfert de l'AMM, 900. 000 €, 1. 800. 000 € et 1. 700. 000 €

respectivement 9, 14 et 20 mois après ce transfert, et au plus tard pour la totalité avant le 31 décembre 2004 » ; qu'en méconnaissance flagrante de la foi due à cet acte, la Cour d'Appel a cependant considéré que : « la levée de l'option FAZOL, si besoin était, ne nécessitait qu'un investissement de 100. 000 € » (arrêt attaqué p. 10, § antépénultième) cependant que ladite somme correspondait à la seule première tranche du prix de la levée de l'option sur la spécialité FAZOL ; qu'en statuant ainsi, la Cour d'Appel a dénaturé purement et simplement les termes du protocole d'accord du 14 mars 2003, en violation des dispositions de l'article 1134 du Code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE par Ordonnance du 3 mars 2011, le Magistrat en charge de la Mise en Etat a rejeté la demande émanant de la Société AGC tendant à la production de l'option d'achat sur la spécialité FAZOL motifs pris de sa tardivité et de son défaut d'intérêt dès lors que « cette demande est bien tardive alors que l'existence du protocole d'accord en date du 14 mars 2003 ne vient pas d'être découverte par l'EURL Arlette A... Consultants qui en a connaissance depuis la première instance. Si les termes de l'option d'achat (...) présentait (ent) un tel intérêt pour l'EURL Arlette A... Consultants il lui appartenait d'en solliciter la production dès le début de la procédure et non près de quatre ans plus tard, à quelques jours de la date de clôture » (Ordonnance p. 2, § antépénultième et pénultième) ; que la Cour d'Appel a pourtant retenu à deux reprises le défaut de production de l'option d'achat portant sur la spécialité FAZOL (arrêt attaqué p. 8, § 3 in fine et 10, § pénultième) ; que ce faisant sans avoir nul égard à l'Ordonnance ayant précisément rejeté la demande de la Société AGC tendant à la production de cette option, la Cour d'Appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1167 du Code civil ;

ALORS, ENFIN, QUE pour retenir l'existence de prétendus droits de la Société BGA PHARMA sur les spécialités FAZOL et JONCTUM, la Cour d'Appel s'est fondée sur d'anciennes relations d'affaires entre la Société BGA PHARMA et la Société JANSSEN, tirées de l'assignation pour rupture abusive de relations commerciales initiée en son temps par l'une contre l'autre (arrêt attaqué p. 7, 3 derniers §), pour en conclure à l'existence de « relations d'affaires avancées (de BGA PHARMA) avec les trois sociétés détentrices de droits sur celles-ci (les spécialités FAZOL et JONCTUM) » (arrêt attaqué p. 8, § 1er) ; qu'en statuant ainsi cependant que l'instance engagée précédemment par la Société BGA PHARMA contre la Société JANSSEN était insusceptible d'établir la prétendue faisabilité de la levée de l'option sur la spécialité FAZOL par la Société BGA PHARMA, la Cour d'Appel a à nouveau privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 1167 du Code civil.

Moyen produit par la SCP Odent et Poulet, avocat aux Conseils, pour la société Arlette A... consultants, demanderesse au pourvoi incident n° V 11-20. 256

Le pourvoi fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR dit que Me X..., es qualités, était fondée à poursuivre le recouvrement de la somme de 225. 000 € entre les mains des sociétés HIGH TECH CONSULT, SINCLAIR PHARMA France HOLDING GROUPE, venant aux droits des sociétés GROUPE CS DERMATOLOGIE, SINCLAIR PHARMA et CS,

AUX MOTIFS QUE les actes conclus en fraude des droits de la société AGC et de la masse des créanciers leur sera inopposable et que Me X..., es qualités, est fondée à poursuivre le recouvrement des créances, dont celle de la société AGC, entre les mains des sociétés HIGH TECH CONSULT, SINCLAIR PHARMA France HOLDING GROUPE ;

ALORS QUE le créancier peut, en son nom personnel, attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de ses droits, y compris lorsqu'une procédure collective est ouverte contre le débiteur ; que son action paulienne est dès lors recevable, indépendamment de celle éventuellement exercée par le mandataire liquidateur, l'inopposabilité en résultant n'ayant d'effet qu'à son égard ; qu'en l'espèce, ayant, d'une part, fait droit à la demande d'inopposabilité présentée par la société AGC, créancière, des actes visés par le dispositif, passés en fraude de ses droits, et, d'autre part, constaté sa créance certaine et exigible d'un montant de 225. 000 € au titre du contrat de courtage conclu le 21 janvier 2003 avec la société EGA PHARMA, la cour ne pouvait que condamner les sociétés dont elle a constaté la complicité à verser à la société AGC, et uniquement à elle, la somme susvisée ; qu'en disant dès lors que Me X..., es qualités de liquidateur de la société EGA PHARMA, qui en toute hypothèse s'en était rapportée à justice sur les demandes de la société AGC, était fondée à en poursuivre le recouvrement entre les mains desdites sociétés, la cour n'a pas tiré les conséquences légales attachées à ses constatations, en violation de l'article 1167 du code civil.

Moyens produits par la SCP Blanc et Rousseau, avocat aux Conseils, pour la société High Tech Consult, demanderesse au pourvoi n° M 11-22. 295

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir déclaré inopposables à la société AGC et à Me X... les actes passés par les sociétés BGA Pharma, HTC, Sinclair Pharma France Holding Group, Sinclair Pharma et CS en fraude de ses droits et ayant concouru à la cession des spécialités Fazol et Jonctum, à savoir le protocole d'accord conclu le 14 mars 2003 entre les sociétés Groupe CS Dermatologie, Druginvest, BGA Pharma et HTC, la création de la société Druginvest, les cessions portant sur les spécialités Fazol et Jonctum en faveur de la société Druginvest et la cession du fonds de commerce intervenue le 31 mars 2003 entre la société BGA Pharma et la société Groupe CS Dermatologie ;

Aux motifs que « par acte du 21 janvier 2003, la société BGA Pharma a confié à la société AGC " la mission, non exclusive, de lui présenter des acquéreurs potentiels " et accompagner BGA dans les négociations (...) » ;

qu'il n'est pas contesté que la société AGC a présenté à l'acquéreur du fonds de commerce de la société BGA et a organisé des rendez-vous avec celui-ci, le groupe CS Dermatologie, qualifiant l'intervention de la société AGC de " superficielle " ; que la société AGC a droit à sa commission en exécution de son contrat de courtage et qu'à ce titre elle a régulièrement produit à la liquidation de la société BGA ; que la société HTC se prétend tiers à cette convention et fait valoir qu'elle n'a donné aucun accord pour le paiement d'une commission à la société AGC ; qu'il convient en conséquence de dire que c'est à tort que les premiers juges ont donné acte à la société HTC d'un engagement de régler la somme de 5. 000 € à la société AGC en rémunération de la convention de courtage et d'infirmer le jugement sur ce point (...) ; que la valorisation de la société BGA Pharma résultait non pas de la possession de la spécialité Yelnac mais des droits qu'elle pouvait avoir sur les deux autres spécialités, le Fazol et le Jonctum pour lesquelles elle était en relation d'affaires avancées avec les trois sociétés détentrices de droits sur celles-ci (...) ; qu'il n'est pas contesté que la société BGA détenait une option auprès du laboratoire Aventis arrivant à échéance le 15 mars 2003 pour l'acquisition des AMM de la spécialité Fazol (...) ; que s'agissant de ses droits sur la spécialité Jonctum, ceux-ci résultent des propres affirmations de la société BGA qui, dans ses conclusions à l'occasion de l'instance engagée contre la société Janssen, a écrit : " afin de préserver les emplois, la société BGA a été contrainte de céder une partie de son fonds de commerce pour moins de 100. 000 € à la veille de conclure un accord avec la société Aventis pour l'exploitation et la promotion de la spécialité Fazol et de la spécialité Jonctum (...) ; que le préjudice qui s'en infère s'analyse en une perte de chance de conclure un contrat de promotion avec les Laboratoires Aventis France et doit être évalué à 1 M € représentant la marge (CA-Achats) que représenterait pour une structure telle que BGA la promotion des spécialités Fazol et Jonctum sur un chiffre d'affaires de 6 M € " ; qu'un protocole d'accord portant sur la cession du fonds de commerce de la société BGA a été signé le 14 mars 2003 entre la société Groupe CS Dermatologie (...) d'une part et les sociétés Druginvest et HTC représentées par M. Eric Y...et la société BGA Pharma représentée par M. Nicolas Z...(...) ; que par acte du 31 mars 2003, la société HTC représentée par M. Eric Y...a cédé au groupe CS Dermatologie (...) la totalité des parts de Druginvest au prix de 1. 500 € ; que par ailleurs le protocole d'accord mentionnait que la levée de l'option était soumise au paiement de la somme de 100. 000 euros au 15 mars 2003, somme que ni la société Druginvest, ni la société HTC, ni le groupe CS Dermatologie n'ont acquittée à la date stipulée, sans pour autant qu'il soit rapporté la preuve de la perte par la société BGA de son droit à option, aucun élément émanant de la société Aventis démontrant d'ailleurs qu'elle entendait se prévaloir de ce droit ; que s'agissant de la spécialité Fazol, celle-ci bénéficiait de quatre AMM (...) dont la société Janssen avait, par acte du 12 mai 1976, concédé l'exploitation à la société Aventis ; que par acte du 25 mars 2003 entre la société Aventis et la société Druginvest, il était acté que la société Janssen acceptait que le contrat la liant à la société Aventis soit résilié et qu'Aventis cède les AMM à la société Druginvest ; que l'acte de cession des AMM du Fazol est intervenu le 25 mars 2003 entre la société Aventis et la société Druginvest ; que le prix était fixé à 5 millions d'euros dont 1. 600. 000 € à la date de signature du contrat ; que celui-ci sera en réalité payé en 3 échéances, la première le 14 avril 2003 d'un montant de 1. 913. 600 €, la deuxième le 30 juillet 2003 d'un montant de 2. 033. 200 € et la dernière du 31 décembre 2003 par le groupe CS, ce qui démontre que la société Druginvest n'a été qu'une création artificielle destinée à évincer BGA tout en conservant ses acquis ; que d'ailleurs le contrat de cession indique qu'" Aventis cède et transfère au profit de Druginvest ou à toute société du groupe dont Druginvest fait partie et qu'elle pourra se substituer librement " ; que s'agissant du Jonctum, celui-ci était la propriété de la société Marion Merrell qui avait concédé l'exploitation à la société Aventis ; que le 25 mars 2003, il a été convenu entre la société Marion Merrell, en présence de la société Aventis et de la société Druginvest, de la cession du fonds de commerce comprenant trois AMM, la marque française Jonctum, la clientèle et le savoir-faire (...) ; que si la société HTC prétend que le montage juridique ayant consisté à créer la société Druginvest a été réalisé car la société BGA Pharma était dans l'incapacité financière de lever l'option dont elle bénéficiait sur la spécialité Fazol, il convient de relever que la société Druginvest, créée le 3 mars 2003 n'avait aucune capacité financière (...) ; que d'ailleurs elle n'a honoré aucune des échéances aux dates convenues et que c'est la société Groupe CS Dermatologie qui a payé l'ensemble des échéances, qu'elle a financées en recourant à un emprunt ; que la société BGA Pharma était alors in bonis ; que la levée d'option Fazol, si besoin en était, ne nécessitait qu'un investissement de 100. 000 € ; qu'il n'est pas rapporté la preuve que la société BGA Pharma n'était pas en mesure de conserver cette option et de tirer le bénéfice des conséquences induites par celle-ci à savoir les cessions portant sur les AMM des deux spécialités mais également sur des éléments du fonds de commerce Jonctum qui avait nécessairement donné lieu à des accords antérieurs entre les parties (...) ; qu'ainsi la société BGA Pharma s'est trouvée évincée d'un marché extrêmement prometteur portant sur l'exploitation des AMM Fazol et Jonctum avant la cession de son fonds de commerce dès lors vidé de son potentiel ; que de plus le prix du fonds de commerce fixé à 150. 000 € au terme du protocole d'accord du 14 mars 2003 a encore été amoindri lors de la cession et fixé à 100. 000 € ; que si le protocole d'accord a été signé par le groupe CS Dermatologie et la cession par la société CS et si la liberté contractuelle peut autoriser une diminution du prix, cette diminution s'inscrit en l'espèce dans l'ensemble du montage qui a conduit à minorer la valeur réelle du fonds de commerce et à priver la société AGC de sa commission ; que l'article 1167 du code civil dispose que les créanciers peuvent aussi en leur nom personnel attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ; que la société AGC a une créance régulièrement déclarée, certaine, liquide et exigible qui est née avant l'organisation du montage qui n'a eu pour objet que de l'en priver notamment au profit de la société HTC qui a perçu une commission de 250. 000 € ; que le montage a été réalisé de concert avec l'acquéreur, que ce soit le groupe CS Dermatologie signataire du protocole de cession ou la société CS cessionnaire afin d'écarter la société AGC et de la priver de ses commissions ; qu'il y a lieu de dire que les actes conclus en fraude des droits de la société AGC et de la masse des créanciers leur sera inopposable et que Me X...ès qualités est fondée à poursuivre le recouvrement des créances dont celle de AGC entre les mains des sociétés HTC et Sinclair Pharma France Holding Groupe » ;

Alors que 1°) l'action paulienne implique la démonstration, par le créancier, de ce que le débiteur a accompli un acte à titre onéreux ou à titre gratuit d'appauvrissement de son patrimoine, qui a provoqué son insolvabilité ; que la société BGA Pharma ne disposait ni de droit sur la spécialité Fazol, l'option d'achat des autorisations de mise sur le marché de cette spécialité ayant expiré le 15 mars 2003 faute d'avoir été levée, ni de droit sur la spécialité Jonctum, qui était la propriété de la société Marion Merrell ; qu'en ayant retenu que l'appauvrissement de la société BGA Pharma résultait de la perte de droits qui ne lui appartenaient pas, la cour d'appel a violé l'article 1167 du code civil ;

Alors que 2°) il appartient au demandeur à l'action paulienne de prouver l'appauvrissement du débiteur ; qu'en ayant reproché aux défendeurs à l'action paulienne de n'avoir pas prouvé que le débiteur, la société BGA Pharma, n'avait pas été privé de la faculté de lever l'option d'achat relative à la spécialité Fazol et ne s'était donc pas appauvri, quand il appartenait au contraire aux demandeurs de prouver que cette société, qui réalisait un chiffre d'affaires de 13. 000 euros en 2003, aurait pu payer, avant le 15 mars 2003, le prix de l'option, fixé à 5, 5 millions d'euros, et qu'elle avait été privée de cette possibilité du fait des actes litigieux, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et a ainsi violé l'article 1315 du code civil ;

Alors que 3°) l'aveu doit émaner de la partie à laquelle on l'oppose ; qu'en s'étant fondée, pour retenir que les actes litigieux avaient privé la société BGA Pharma de ses droits sur la spécialité Jonctum, sur l'aveu par la société BGA Pharma de l'existence de tels droits, qui n'émanait donc pas de la société HTC à laquelle il était opposé, la cour d'appel a violé l'article 1354 du code civil ;

Alors que 4°) la déclaration d'une partie ne peut être retenue comme constituant un aveu que si elle porte sur des points de fait, et non sur des points de droit ; qu'en s'étant fondée, pour retenir que les actes litigieux avaient privé la société BGA Pharma de ses droits sur la spécialité Jonctum, sur l'aveu par celle-ci de l'existence de tels droits, qui n'était pas constitutif d'un aveu sur un point de fait, la cour d'appel a de nouveau violé l'article 1354 du code civil ;

Alors que 5°) l'action paulienne implique la démonstration, par le créancier, de ce que l'acte d'appauvrissement a provoqué l'insolvabilité du débiteur, laquelle s'apprécie au jour de l'acte litigieux ; qu'en n'ayant pas constaté l'insolvabilité de la société BGA Pharma en mars 2003, dont elle avait au contraire relevé qu'elle était in bonis lors de la conclusion des actes litigieux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1167 du code civil ;

Alors que 6°) et subsidiairement, lorsque l'acte visé par l'action paulienne est un acte à titre onéreux, le succès de l'action est subordonné à la démonstration de la complicité frauduleuse du tiers-acquéreur ; que cette dernière ne peut résulter que de la connaissance par le tiers de l'état d'insolvabilité du débiteur principal au moment de la conclusion de l'acte attaqué et du préjudice causé au créancier ; que la société HTC, qui était un tiers à la convention de courtage conclue entre la société BGA Pharma et son créancier, ne s'était pas porté acquéreur des spécialités Fazol et Jonctum et n'avait pas non plus acquis le fonds de commerce de la société BGA Pharma ; qu'en ayant néanmoins accueilli l'action paulienne dirigée contre la société HTC sans avoir constaté ni sa qualité de tiers-acquéreur ni la complicité frauduleuse de cette dernière, qui était demeurée étrangère à tous les prétendus actes d'appauvrissement du débiteur et ne pouvait donc avoir eu connaissance du préjudice causé par ceux-ci au créancier, la cour d'appel a violé l'article 1167 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que Me X..., ès qualités de liquidateur à la liquidation de la société BGA Pharma, était fondée à poursuivre le recouvrement entre les mains de la société HTC de la créance d'un montant de 225. 000 € déclarée par la société AGC au passif de la société BGA Pharma ;

Aux motifs que « par acte du 21 janvier 2003, la société BGA Pharma a confié à la société AGC " la mission, non exclusive, de lui présenter des acquéreurs potentiels " et accompagner BGA dans les négociations (...) ; qu'il n'est pas contesté que la société AGC a présenté à l'acquéreur du fonds de commerce de la société BGA et a organisé des rendez-vous avec celui-ci, le groupe CS Dermatologie, qualifiant l'intervention de la société AGC de " superficielle " ; que la société AGC a droit à sa commission en exécution de son contrat de courtage et qu'à ce titre elle a régulièrement produit à la liquidation de la société BGA ; que la société HTC se prétend tiers à cette convention et fait valoir qu'elle n'a donné aucun accord pour le paiement d'une commission à la société AGC ; qu'il convient en conséquence de dire que c'est à tort que les premiers juges ont donné acte à la société HTC d'un engagement de régler la somme de 5. 000 € à la société AGC en rémunération de la convention de courtage et d'infirmier le jugement sur ce point (...) ; que la valorisation de la société BGA Pharma résultait non pas de la possession de la spécialité Yelnac mais des droits qu'elle pouvait avoir sur les deux autres spécialités, le Fazol et le Jonctum pour lesquelles elle était en relation d'affaires avancées avec les trois sociétés détentrices de droits sur celles-ci (...) ; qu'il n'est pas contesté que la société BGA détenait une option auprès du laboratoire Aventis arrivant à échéance le 15 mars 2003 pour l'acquisition des AMM de la spécialité Fazol (...) ; que s'agissant de ses droits sur la spécialité Jonctum, ceux-ci résultent des propres affirmations de la société BGA qui, dans ses conclusions à l'occasion de l'instance engagée contre la société Janssen, a écrit : " afin de préserver les emplois, la société BGA a été contrainte de céder une partie de son fonds de commerce pour moins de 100. 000 € à la veille de conclure un accord avec la société Aventis pour l'exploitation et la promotion de la spécialité Fazol et de la spécialité Jonctum (...) ; que le préjudice qui s'en infère s'analyse en une perte de chance de conclure un contrat de promotion avec les Laboratoire Aventis France et doit être évalué à 1 M € représentant la marge (CA-Achats) que représenterait pour une structure telle que BGA la promotion des spécialités Fazol et Jonctum sur un chiffre d'affaires de 6 M € " ; qu'un protocole d'accord portant sur la cession du fonds de commerce de la société BGA a été signé le 14 mars

2003 entre la société Groupe CS Dermatologie (...) d'une part et les sociétés Druginvest et HTC représentées par M. Eric Y...et la société BGA Pharma représentée par M. Nicolas Z... ; que par acte du 31 mars 2003, la société HTC représentée par M. Eric Y...a cédé au groupe CS Dermatologie (...) la totalité des parts de Druginvest au prix de 1. 500 € ; que par ailleurs le protocole d'accord mentionnait que la levée de l'option était soumise au paiement de la somme de 100. 000 euros au 15 mars 2003, somme que ni la société Druginvest, ni la société HTC, ni le groupe CS Dermatologie n'ont acquittée à la date stipulée, sans pour autant qu'il soit rapporté la preuve de la perte par la société BGA de son droit à option, aucun élément émanant de la société Aventis démontrant d'ailleurs qu'elle entendait se prévaloir de ce droit ; que s'agissant de la spécialité Fazol, celle-ci bénéficiait de quatre AMM (...) dont la société Janssen avait, par acte du 12 mai 1976, concédé l'exploitation à la société Aventis ; que par acte du 25 mars 2003 entre la société Aventis et la société Druginvest, il était acté que la société Janssen acceptait que le contrat la liant à la société Aventis soit résilié et qu'Aventis cède les AMM à la société Druginvest ; que l'acte de cession des AMM du Fazol est intervenu le 25 mars 2003 entre la société Aventis et la société Druginvest ; que le prix était fixé à 5 millions d'euros dont 1. 600. 000 € à la date de signature du contrat ; que celui-ci sera en réalité payé en 3 échéances, la première le 14 avril 2003 d'un montant de 1. 913. 600 €, la deuxième le 30 juillet 2003 d'un montant de 2. 033. 200 € et la dernière du 31 décembre 2003 par le groupe CS, ce qui démontre que la société Druginvest n'a été qu'une création artificielle destinée à évincer BGA tout en conservant ses acquis ; que d'ailleurs le contrat de cession indique qu'" Aventis cède et transfère au profit de Druginvest ou à toute société du groupe dont Druginvest fait partie et qu'elle pourra se substituer librement " ; que s'agissant du Jonctum, celui-ci était la propriété de la société Marion Merrell qui avait concédé l'exploitation à la société Aventis ; que le 25 mars 2003, il a été convenu entre la société Marion Merrell, en présence de la société Aventis et de la société Druginvest, de la cession du fonds de commerce comprenant trois AMM, la marque française Jonctum, la clientèle et le savoir-faire (...) ; que si la société HTC prétend que le montage juridique ayant consisté à créer la société Druginvest a été réalisé car la société BGA Pharma était dans l'incapacité financière de lever l'option dont elle bénéficiait sur la spécialité Fazol, il convient de relever que la société Druginvest, créée le 3 mars 2003 n'avait aucune capacité financière (...) ; que d'ailleurs elle n'a honoré aucune des échéances aux dates convenues et que c'est la société Groupe CS Dermatologie qui a payé l'ensemble des échéances, qu'elle a financées en recourant à un emprunt ; que la société BGA Pharma était alors in bonis ; que la levée d'option Fazol, si besoin en était, ne nécessitait qu'un investissement de 100. 000 € ; qu'il n'est pas rapporté la preuve que la société BGA Pharma n'était pas en mesure de conserver cette option et de tirer le bénéfice des conséquences induites par celle-ci à savoir les cessions portant sur les AMM des deux spécialités mais également sur des éléments du fonds de commerce Jonctum qui avait nécessairement donné lieu à des accords antérieurs entre les parties (...) ; qu'ainsi la société BGA Pharma s'est trouvée évincée d'un marché extrêmement prometteur portant sur l'exploitation des AMM Fazol et Jonctum avant la cession de son fonds de commerce dès lors vidé de son potentiel ; que de plus le prix du fonds de commerce fixé à 150. 000 € au terme du protocole d'accord du 14 mars 2003 a encore été amoindri lors de la cession et fixé à 100. 000 € ; que si le protocole d'accord a été signé par le groupe CS Dermatologie et la cession par la société CS et si la liberté contractuelle peut autoriser une diminution du prix, cette diminution s'inscrit en l'espèce dans l'ensemble du montage qui a conduit à minorer la valeur réelle du fonds de commerce et à priver la société AGC de sa commission ; que l'article 1167 du code civil dispose que les créanciers peuvent aussi en leur nom personnel attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ; que la société AGC a une créance régulièrement déclarée, certaine, liquide et exigible qui est née avant l'organisation du montage qui n'a eu pour objet que de l'en priver notamment au profit de la société HTC qui a perçu une commission de 250. 000 € ; que le montage a été réalisé de concert avec l'acquéreur, que ce soit le groupe CS Dermatologie signataire du protocole de cession ou la société CS cessionnaire afin d'écarter la société AGC et de la priver de ses commissions ; qu'il y a lieu de dire que les actes conclus en fraude des droits de la société AGC et de la masse des créanciers leur sera inopposable et que Me X...ès qualités est fondée à poursuivre le recouvrement des créances dont celle de AGC entre les mains des sociétés HTC et Sinclair Pharma France Holding Groupe » ;

Alors que l'action paulienne n'a pour effet que de rendre inopposable l'acte frauduleux du débiteur au créancier, et non de permettre à ce dernier d'obtenir la condamnation d'un tiers au paiement de sa créance sur le débiteur ; qu'en s'étant fondée sur l'action paulienne engagée par la société AGC pour condamner la société HTC à payer au liquidateur de la société BGA Pharma la créance déclarée sur celle-ci, la cour d'appel a violé l'article 1167 du code civil.

Analyse

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 26 mai 2011