

COUR D'APPEL DE DIJON

2^{ème} chambre civile

ARRÊT DU 18 JUIN 2020

N° RG 18/00905 - N° Portalis DBVF-V-B7C-FBTM

S.A.R.L. B

C/

**M M.
S.A.S.
S.A.R.L.**

MINUTE N°

Décision déferée à la Cour : Jugement du 26 avril 2018,
rendu par le tribunal de commerce de Dijon - RG : 2016008595

APPELANTE :

SARL B , représenté par Monsieur J F T , gérant en
exercice domicilié :

représentée par Me Claude SIRANDRE, membre de la SELARL AVOCAT CONSULTING
CÔTE D'OR, avocat au barreau de DIJON, vestiaire : 109

INTIMÉS :

Monsieur M M.
né le '

S.A.S. A F

S.A.R.L. I C

représentés par Me Pascale GATTI-CHEVILLON, membre de la SCP
GATTI-CHEVILLON, avocat au barreau de DIJON, vestiaire : 52

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile,
l'affaire a été appelée le 19 mars 2020 en audience publique, les avocats ne s'y étant pas
opposés, devant Lucette BROUTECHOUX, Première Présidente, chargé du rapport, la
cour étant alors composée lors du délibéré de :

Lucette BROUTECHOUX, Première Présidente, Président,
Françoise VAUTRAIN, Présidente de Chambre,
Michel WACHTER, Conseiller,

GREFFIER A L'AUDIENCE : Sylvie RANGEARD, Greffier

DÉBATS : l'affaire a été mise en délibéré au 18 Juin 2020,

ARRÊT : rendu contradictoirement,

PRONONCÉ : publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile,

SIGNÉ : par Françoise VAUTRAIN, Présidente de chambre, et par Laurence SILURGUET, greffier auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS ET PROCÉDURE :

Le 20 décembre 2012, l'Association de L'A , donne mandat à l'agence M. N , gérée alors par Monsieur M. M. et exerçant sous l'enseigne C de vendre un ensemble immobilier sis

Le 1^{er} janvier 2013, la société M , M -N vend une partie de son fonds de commerce à la société Bi , gérée par Monsieur J -F T . L'acte comporte la clause de non-concurrence suivante:

“ Tant le vendeur que chacun de ses associés, s'interdit expressément pour une durée de cinq (5) années entières et consécutives à compter de la date de jouissance, de s'intéresser directement ou indirectement, même comme associé, commanditaire ou salarié, à l'exploitation d'une activité de même nature que celle du fonds de commerce ou susceptible de lui faire concurrence, à l'exception de (i) l'activité rurale (fermes, étangs, vignes, bois hors résidentiel et fonds ruraux) et (ii) de l'activité d'expert immobilier et (iii) de la fourniture de prestations de service au profit de l'acquéreur que le vendeur pourra continuer d'exercer, et ce, dans un rayon de cent (100) kilomètres à vol d'oiseau à partir de la situation actuelle du fonds.”.

Reprochant à Monsieur M. M. de violer cette clause de non concurrence par le biais des sociétés A P et I C dont il est le représentant légal, la Société B les assigne devant le tribunal de commerce de Dijon par actes d'huissier du 12 octobre 2016 dans lesquels elle expose:

- que Monsieur M. est le directeur général de la SAS A P
- qu'il est également le gérant de la Sarl I. C qui a pour objet social la fourniture de toutes prestations de services, de quelque nature que ce soit, de conseil à l'exercice de l'activité d'agent immobilier, et l'activité d'intermédiaire et d'agent immobilier en matière rurale, de marchand de biens, de promotion immobilière et d'aménagement foncier,
- que par acte notarié du 3 juin 2014 passé en l'étude de Maître ECHINARD, notaire à Beaune, la SAS A P s'est portée acquéreur de l'ensemble immobilier vendu par l'Association de L'A , alors qu'il était sous mandat de la société B jusqu'au 20 mars 2014,
- que la société I C a perçu dans le cadre de cet acte la somme de 60 000 € d'honoraires de négociation au titre de la commission d'agence.

Elle affirme que ces faits constituent une violation de la clause de non-concurrence et un détournement du mandat donné dans le cadre de la cession du fonds de commerce; que Monsieur M continue par ailleurs ses actes de concurrence déloyale en commercialisant par lots et en effectuant des travaux dans cet immeuble.

Elle ajoute avoir préalablement mis en demeure Monsieur M et ses sociétés le 2 octobre 2015 en vain, puis les avoir assignés en référé devant le tribunal de commerce, lequel, par ordonnance du 6 avril 2016, a dit n'y avoir lieu à référé compte-tenu des contestations sérieuses opposées à ses demandes en paiement.

Elle précise que le mandat du 20 décembre 2012 consenti pour 12 mois était la confirmation de deux mandats précédents ; qu'il faisait partie du fonds de commerce cédé le 1^{er} janvier 2013 et que, lorsque le compromis de vente a été signé entre l'Association de L' A et Monsieur M. , il était toujours en vigueur et non pas expiré comme ce dernier le soutient.

Elle reproche à l'Association de ne pas avoir communiqué le-dit compromis de vente malgré ses demandes au cours de la procédure de référé.

Elle conteste que l'Association ait pu résilier ce mandat par simple lettre de sa présidente contrairement à ce que Monsieur M. affirme.

Au visa des articles 1315, 1142 et 1147 du code civil, elle reproche à Monsieur M. sa mauvaise foi.

Elle ajoute que l'article 1596 du code civil interdit au mandataire d'acheter par lui-même ou par l'intermédiaire d'un proche le bien qu'il est chargé de vendre.

Elle affirme que la société A P, en vendant l'immeuble à la Sarl I C, a exercé une activité identique à la sienne au mépris de la clause de non-concurrence, et relève qu'ainsi Monsieur M. s'est versé via ses sociétés une commission de 60 000 € à lui-même. Elle en conclut qu'elle est fondée à demander l'indemnisation de son préjudice qu'elle évalue à 84 000 € (soit les honoraires qu'elle aurait dû percevoir).

Elle reproche également à Monsieur M. d'avoir fait oeuvre de manoeuvres dolosives pour augmenter la valeur de son fonds juste avant la cession avant de conclure lui-même la vente concernée par le mandat. Elle demande, au visa de l'article 1134 du code civil, une réduction du prix de vente du fonds "pour comportement déloyal, détournement du mandat, concurrence déloyale et perte de chance de chiffre d'affaire sur les appartements neufs construits dans l'ancien couvent que vend la société A P par d'autres agents immobiliers".

Elle demande en conséquence la condamnation solidaire de Monsieur M. et des sociétés I C et A P à lui verser 84 000 € de dommages intérêts et à cesser tous actes de violation de la clause de non-concurrence sous astreinte de 1 000 € par jour de retard à compter de la signification du jugement.

Elle demande en outre la condamnation solidaire de Monsieur M. et des deux sociétés à lui verser 10 000 € par acte violant la clause de non-concurrence, 100 000 € au titre de "l'indemnisation sur le prix de cession du fonds de commerce", le tout avec exécution provisoire, et 6 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Les défendeurs concluent au débouté et à la condamnation de la société B à leur verser à chacun 6 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Ils soutiennent qu'en réalité la cession entre la société M M N et la société B ne portait que sur l'ensemble du fonds de commerce de transactions mobilières et immobilières appartenant à la première, mais pas sur la société M M N elle-même, laquelle est devenue I C avec pour objet la fourniture de prestations de services liées à l'activité d'agent immobilier ; qu'une convention de prestations des services a été conclue entre B et I C à laquelle Monsieur M. a mis un terme le 1^{er} janvier 2014, et qu'I C a continué son activité, devenant notamment associée de la société A P qui a une activité de marchand de biens.

Ils ajoutent que la société A P a acquis le bien pour le revendre dans le cadre de son activité de marchand de biens ; qu'elle n'a donc effectué aucune transaction immobilière correspondant à l'activité de la société B ; que si B a bien acquis le fichier clientèle du fonds de commerce de la société M M N qui contenait le mandat litigieux valable un an, elle n'a fait aucune diligence pour vendre ce bien et ne peut donc pas prétendre à une commission réclamée après la résiliation du mandat intervenue le 2 octobre 2013.

Ils soutiennent que, suite à cette résiliation, Monsieur M. a acheté le bien lui-même via ses sociétés dans le cadre de son activité de marchand de biens ; que la société I C n'a jamais servi d'intermédiaire puisque c'est elle-même, par le biais d'A P dont elle est l'associée, qui a acheté, et qu'elle n'a jamais perçu de commission.

Par jugement du 26 avril 2018, le tribunal de commerce de Dijon déboute la société B de l'intégralité de ses demandes et la condamne à verser à chacun des défendeurs 1 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Le tribunal retient :

- que dépendait de la vente du fonds de commerce d'agent immobilier conclue le 17 décembre 2012 entre les sociétés B et M M N le mandat exclusif de vente portant sur un bien immobilier appartenant à l'Association de l'A P
- que concomitamment, une convention de prestation a été conclue entre B et I C que cette dernière a dénoncée le 23 septembre 2013 à effet au 1^{er} janvier 2014,
- que le mandat signé le 20 décembre 2012 était pour une période de 3 mois renouvelable sans pouvoir dépasser 12 mois et expirait le 19 décembre 2013,
- que ce mandat a fait l'objet d'une résiliation dans les formes et délais prévus le 13 septembre 2013 à effet 15 jours plus tard, soit le 2 octobre 2013,
- que la valeur du fonds a été déterminée en considération des chiffres d'affaires réalisés entre les exercices 2009 et 2012 et que le mandat de vente ne constitue pas en lui-même une garantie d'un chiffre d'affaires,

- que l'acte de vente du fonds mentionne bien qu'aucune garantie n'est donnée quant à la poursuite des mandats par les mandants,
- que la vente de l'immeuble a été réalisée au profit de la société A P créée par M le 9 avril 2014, l'acte de vente mentionnant qu'une commission de 60 000 € est versée à I C en vertu d'un mandat signé entre A P et elle; qu'il n'est toutefois pas mentionné qu'il s'agirait d'honoraires d'entremise d'agent immobilier.
- que lors de cette vente, ni A P, ni I C ne peuvent être considérées comme mandataires chargées de la vente d'un bien immobilier; qu'elles échappent donc à l'application de 1596 du code civil.
- que le fonds de commerce cédé est constitué d'une activité d'agent immobilier et d'intermédiaire dans la vente de biens immobiliers, et que la clause de non-concurrence interdit une activité similaire, mais que la vente immobilière litigieuse s'est réalisée directement par A P marchand de biens, les honoraires perçus par I C l'étant au titre d'une convention générale de prestations passée entre ces 2 sociétés.
- que la clause de non-concurrence n'a pas été enfreinte.

La Sarl B fait appel par déclaration reçue au greffe de la cour d'appel le 2 juillet 2018. Par conclusions n° 3 "complémentaires, d'actualisation et récapitulatives en appel" déposées le 19 février 2020, elle demande à la cour d'appel de:

"Vu l'acte de cession du fonds de commerce de la SARL M. -N à la SARL B,
Vu la clause de non concurrence prévue à ce contrat, paragraphe 12, page 14 applicable au 1^{er} janvier 2013 entre Monsieur M., gérant de la société M. -N, de la société I C et de la Société A P d'un côté, et la société B gérée par Monsieur T de l'autre côté,
Vu le mandat exclusif signé par l'association de l'A. mandat appartenant au 1^{er} janvier 2013 à la Société B, gérée par Monsieur T)
Vu le compromis du 10 décembre 2013 et la vente du 03 juin 2014 passée par acte notarié concernant cet immeuble et les 60 000,00 euros perçus au titre de cette vente par la société I C gérée par Monsieur M., se versant un honoraire à lui-même,
Vu la jurisprudence de la cour de cassation,
Vu les articles 1134, 1135, 1142, 1145, 1147, 1315, version applicable au litige et les articles 1596 et 1626 du code civil,

- Constaté la violation de la clause de non concurrence précitée par Monsieur M., comme associé gérant de la Société M. -N au moment de la vente du fonds de commerce, et comme représentant légal également de la société I C et de la Société A P
- Constaté la violation grave des dispositions de l'article 1596 du code civil.

Par conséquent, condamner solidairement Monsieur M., la société I C la société A P à payer à la société B la somme de 60 000,00 euros à titre d'indemnité compensant les honoraires encaissés précités,

- Condamner solidairement Monsieur M., la société I C, la société A P à cesser tout acte de violation de la clause de non concurrence de l'acte de cession de fond de commerce du 1^{er} janvier 2013, sous astreinte de 1 000,00 € par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt à rendre en cas de constatation de la violation de cette cause, la cour d'appel de Dijon étant la juridiction chargée de la liquidation de l'astreinte,
- Condamner solidairement Monsieur M., la société I C, la société A P à payer à la société B la somme de 10 000,00 euros valant sur chaque acte violant la clause de non concurrence,
- Condamner Monsieur M. à indemniser la société B à hauteur de 100 000,00 euros sur le prix de cession de fond de commerce fixé à 300 000,00 euros,
- Dire et juger que cette indemnisation tient, d'une part sur le détournement de clientèle dudit mandat de vente, et de la vente litigieuse et de la perte de chance de la vente du programme neuf mis en place, (sic)
- Condamner solidairement Monsieur M., la société I C, la société A P à payer à la société B la somme de 3 600,00 euros au titre des frais irrépétibles de l'article 700 du code de procédure civile pour la procédure de première instance et la même somme au même titre pour la procédure d'appel,
- Condamner solidairement Monsieur M., la société I C, la société A P aux entiers dépens d'instance et d'appel."

Après avoir repris sa présentation des faits développée dans son assignation, la société B1 ajoute que, lorsque Michel M. a accepté le mandat de vente exclusif, il savait que cela donnerait de la valeur à son fonds de commerce qu'il envisageait déjà de vendre.

Elle ajoute que la société A P1 a acquis l'immeuble par l'intermédiaire d'I C qui a perçu des honoraires de négociation, mais qu'en réalité c'est Monsieur M. qui a été l'intermédiaire entre le vendeur et l'acquéreur, et qui est également l'acquéreur du bien. Alors que Monsieur M. dit que le mandat de vente était expiré lors de la cession du bien immobilier, elle affirme qu'en réalité il expirait le 20 mars 2014 car il avait une durée de 12 + 3 mois.

Elle souligne qu'un compromis de vente a nécessairement été conclu avant cette expiration puisque l'acte de vente dit que la vente a été autorisée par assemblée générale ordinaire de l'Association du 10 décembre 2013, ce qui suppose préalablement un compromis prévoyant le prix de vente et la commission d'agence, et que d'ailleurs il a finalement été produit devant la cour suite à un incident.

Monsieur M. arguant d'une résiliation du mandat du 20 décembre 2012 par l'Association, elle réplique qu'une telle résiliation nécessite une décision de l'assemblée générale des membres, une décision de la présidente ne suffisant pas ; que le mandat était donc toujours valable lors de la signature du compromis de vente, et que la mauvaise foi de l'Association et de Monsieur M. est démontrée ; que par ailleurs il y a également violation de l'interdiction édictée par 1596 du code civil

Elle soutient qu'en achetant pour revendre un immeuble à rénover et à vendre sous forme d'un ensemble d'appartements neufs, et en commissionnant la société I C A P1 a exercé une activité ayant la même finalité économique que la sienne, et qu'elle a perdu en plus de la commission une perte de chance de conclure des ventes (celle de l'immeuble et celles des appartements) .

Elle ajoute que le cédant d'un fonds de commerce doit la garantie d'éviction, et que le vendeur est tenu de garantir l'acquéreur des troubles émanant de son fait personnel; qu'en l'espèce, le gérant a manifestement eu un comportement déloyal et de mauvaise foi pour récupérer cette vente à son profit du fait des connaissances qu'il avait des personnes physiques représentant l'Association ; que cette violation justifie l'allocation de 60 000 € de dommages intérêts.

Elle affirme également que, par ses manoeuvres dolosives, Monsieur M. a augmenté la valeur de son fonds de commerce ; qu'elle est fondée en conséquence à demander une réduction du prix de vente en application de 1134 du code civil.

Le tribunal ayant dit qu'un mandat de vente ne constitue pas en lui même la garantie d'un chiffre d'affaires, elle réplique que c'est exact, mais qu'en l'espèce il s'agissait d'un mandat exclusif sur un immeuble à Beaune en plein centre ville où les prix à la vente explosent depuis plusieurs années et au surplus sur un immeuble de 6 263 m2 permettant la rénovation d'une cinquantaine d'appartements.

Le tribunal ayant retenu que les sociétés de Monsieur M. en pouvaient pas être considérées comme mandataires chargées de vendre un bien immobilier et qu'elles échappaient ainsi à l'application de 1596 du code civil, l'appelante soutient que c'est faux; que Monsieur M. qui a rentré le mandat a ensuite acheté le bien par le biais de la société A P1 et financé une commission d'agence ainsi que l'acte du 3 juin 2014 le mentionne en page 4 ; que, contrairement à ce que le tribunal a retenu, cette commission ne correspond pas à une convention générale de prestation passée entre les deux sociétés de Monsieur M., les faits démontrant le contraire; que Monsieur M., qui était en contact régulier avec les représentants de l'Association, a obtenu qu'elle résilie de manière irrégulière (ou pas mais peu importe) le mandat".

L'appelante ajoute qu'à hauteur d'appel les intimés ont produit le compromis de vente : qu'il est daté du 10 décembre 2013 et a été passé au profit de Messieurs A B1 et M M1 avec faculté de substitution ; qu'il mentionne en page 4 que "l'Acquéreur reconnaît devoir à titre d'honoraires de négociation à l'Agence I C (...) la somme de soixante mille euros (60 000 €) TTC"; qu'une agence ne peut percevoir de rémunération que dans le cadre d'un mandat de vente régulier, lequel n'est pas communiqué, et que c'est la société A P1 qui a bénéficié de la substitution.

Concernant le mandat du 20 décembre 2012, la société B soutient qu'il a manifestement été détourné par Monsieur M et ses sociétés alors qu'un mandat exclusif entraîne l'interdiction pendant un an après son expiration de vendre sans le concours du mandataire à tout acquéreur qui aurait été préalablement présenté par ce dernier ou un mandataire substitué pendant le cours de son mandat ; que cette interdiction vise aussi bien la personne de l'acheteur que toute société dans laquelle il aurait une participation ; que si la cour de cassation dit que cette nullité est relative et d'interprétation stricte, en cas de comportement dolosif et fautif la sanction est soit la nullité soit un dédommagement, soit même les deux.

Par conclusions n° 2 responsives et récapitulatives déposées le 21 février 2020, Monsieur M M , la SAS A I P et la Sarl I C demandent à la cour de :

"Confirmer en toutes ses dispositions le jugement rendu par le tribunal de commerce de Dijon le 26 avril 2018,

Y ajoutant,

Vu l'article 700 du code de procédure civile,

- Condamner la société B à payer à Monsieur M M à la société I C et à A P , la somme de 3.600 € à chacun, au titre des frais irrépétibles exposés devant la cour,
La condamner aux entiers dépens."

Les intimés reprennent leurs explications sur le contenu exact de l'acte de cession du fonds de commerce du 17 décembre 2012, soit la vente uniquement du fonds de commerce de transactions mobilières et immobilières en qualité d'agent immobilier, gérance, gestion et administration de biens et syndic de copropriété, mais pas de la société M M -N devenue I C .

Ils ajoutent que l'objet social de la société I C est:

- la fourniture de toutes prestations de service, de quelque nature qu'elles soient, de conseil à l'exercice de l'activité d'agent immobilier,
- l'activité d'intermédiaire et d'agent immobilier en matière rurale (fermes, étangs, vignes, bois hors résidentiels et fonds ruraux), de marchand de biens, de promotion immobilière et d'aménagement foncier,
et qu'une convention de prestation a été conclue entre les sociétés B et I C le 17 décembre 2012, Monsieur M s'engageant à mettre à la disposition de la société B son appui technique, commercial et administratif, à présenter les clients et accompagner les collaborateurs; que la société B n'a obtenu sa carte professionnelle que le 8 mars 2013 alors qu'elle avait commencé son activité le 1^{er} janvier 2013 ; que par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 23 septembre 2013, Monsieur M a informé la société B du fait qu'il usait de la faculté de mettre un terme à ce contrat à effet au 1^{er} janvier 2014, et que la société I C a alors continué son activité telle que prévue à son objet social et est devenue associée de la société A I P qui a une activité de marchand de biens, ce qui signifie qu'elle achète elle-même un bien pour ensuite le revendre.

Ils affirment que c'est dans le cadre de cette activité de marchand de biens que la société A I P a acquis l'immeuble.

Concernant le mandat exclusif de vente invoqué par la société B , ils relèvent que l'appelante soutient qu'il a été vendu avec le fonds de commerce et qu'il a servi à la valorisation du fonds; que toutefois le prix de vente a été fixé au regard du chiffre d'affaires et non pas de celui des mandats de vente en cours; qu'au surplus, la société B n'a jamais prétendu avoir subi une perte de chiffre d'affaires et n'a jamais justifié d'un préjudice financier; qu'au surplus l'acte de cession mentionne qu'il n'y a aucune garantie de la poursuite des mandats par les mandants.

Ils reprochent à l'appelante d'oublier de dire :

- que ce mandat d'une durée d'un an pouvait être librement exploité par elle pendant cette période,
- que l'Association de L'A a régulièrement résilié ce mandat avant son terme,
- qu'aucun honoraire n'a été versé par l'Association que ce soit à Monsieur M/ ou à I C ,
- qu'elle n'a fait aucune diligence pour vendre le bien et ne peut donc demander aucune commission si ce n'est éventuellement à l'Association, ce qu'elle ne fait pas.

Ils ajoutent que, malgré leurs demandes, la société B n'a pas produit l'original de son registre des mandats sur lequel les annulations ou résiliations de mandats doivent figurer, et que sur la copie qu'elle produit aucune mention ne figure face à ce mandat alors même que, selon elle, il est arrivé à son terme le 20 décembre 2013.

Ils soutiennent qu'ils prouvent par l'attestation de l'ancienne présidente de l'Association que celle-ci a résilié le mandat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 13 septembre 2013 à effet 15 jours après réception du courrier, soit au 2 octobre 2013, et que cette lettre de résiliation qu'ils produisent ne souffre d'aucune ambiguïté ; que par ailleurs cette résiliation était logique puisque la société B n'avait présenté aucun client ; que si la société B affirme que cette résiliation est irrégulière, elle ne prouve pas l'absence d'assemblée générale ou de délégation de pouvoir au profit du président, alors que les pièces annexées à l'acte de vente de l'immeuble prouvent la régularité de la procédure suivie au sein de l'association, soit un procès-verbal du conseil d'administration du 8 novembre 2013 et le procès-verbal de l'assemblée générale du 10 décembre 2013.

Ils maintiennent qu'aucun honoraire n'a été versé par l'Association que ce soit à Monsieur M ou à la société I C, et ajoutent que la société B invoque une clause du compromis de vente et de l'acte notarié qu'elle critique, mais que cette clause ne produit effet qu'entre les parties à l'acte, et qu'aucune n'en demande l'annulation ; que l'appelante n'a pas qualité pour agir et qu'au surplus cette commission n'a pas été versée.

Ils relèvent que la société B ne prouve pas qu'une commission lui serait due alors quelle ne justifie d'aucune visite par un client présenté par elle.

Ils ajoutent que Monsieur M ne peut pas être considéré comme un acheteur présenté par la société B alors qu'il connaissait ce bien depuis 2008 et qu'il a décidé de l'acheter pour lui-même via la société A P ; que cette acquisition n'a pas été faite en violation des dispositions de 1596 du code civil puisqu'aucun des intimés n'avait la qualité de mandataire chargé de vendre un bien.

S'agissant de la violation de la clause de non-concurrence, ils maintiennent que la société A P est un marchand de biens et n'a jamais eu d'activité de transaction immobilière ; qu'elle a acheté le bien pour elle-même ; que Monsieur M, par le biais des sociétés A P et I C, est devenu acquéreur d'un bien immobilier sans avoir effectué une quelconque opération de transaction à l'égard d'un tiers ; qu'au surplus le fonds de commerce a été cédé par une personne morale (la société M-N) et que la clause de non-concurrence n'est opposable qu'à cette personne morale et non pas à son dirigeant à titre personnel.

Ils ajoutent que la société I C doit également être mise hors de cause ; qu'en effet elle n'a jamais servi d'intermédiaire pour une transaction consentie à un tiers puisqu'elle a acheté elle-même par le biais de la société A P dont elle est associée ; que surtout elle n'a perçu aucune commission nonobstant la mention dans l'acte notarié qui ne fait pas foi puisque rien n'a été enregistré dans la comptabilité du notaire ; que cela est également établi par le compte de résultat d'I C qui démontre qu'au titre de ses produits elle a uniquement perçu de A P les honoraires prévus à la convention de prestations de service les liant.

Concernant enfin les préjudices invoqués par la société B, ils estiment qu'en tout état de cause le chiffre de 60 000 € n'est pas justifié dès lors qu'elle n'a effectué aucune diligence pour vendre le bien ; que pour celui résultant de la prétendue violation de la clause de non-concurrence, ni Monsieur M personnellement, ni la société I C ne sont tenus par cette clause puisqu'aucun d'eux n'exerce une activité concurrentielle à celle de B, I C n'étant pas chargée de commercialiser le programme immobilier. Ils précisent que la société A P, qui n'est que marchand de biens, a confié deux mandats de vente à deux agents immobiliers pour commercialiser le programme immobilier qu'au surplus, elle n'a réalisé aucun bénéfice, et justifie au contraire d'un déficit.

L'ordonnance de clôture est rendue le 25 février 2020.

En application des articles 455 et 634 du code de procédure civile, la cour se réfère, pour un plus ample exposé des prétentions et des moyens des parties, à leurs dernières conclusions sus-visées.

MOTIVATION :

Il est établi par les pièces produites, et au demeurant incontesté, que lorsque la Sarl B a acquis par acte du 17 décembre 2012 prenant effet au 1^{er} janvier 2013 une partie du fonds de commerce de la Sarl M M -N, dépendait de la branche d'activité cédée le mandat de vente donné le 20 décembre 2012 par l'Association de L' A, portant sur un ensemble immobilier sis à Beaune, et que, si le vendeur s'engageait à apporter "ses meilleurs efforts pour présenter l'acquéreur comme son successeur", l'acte mentionnait expressément qu'aucune garantie de la poursuite des mandats par les mandants n'était accordée.

Il sera sur ce point souligné que, si la Sarl B soutient qu'elle a été victime de manoeuvres de la part de Monsieur M. M. qui aurait ainsi cherché à augmenter la valeur du fonds cédé en enregistrant ce mandat juste avant la prise d'effet de la cession, elle fait elle-même état de mandats précédents dont celui du 20 décembre 2012 n'aurait été que la confirmation selon ses propres termes, et produit effectivement deux mandats en date des 15 novembre 2008 et 16 avril 2010 qui confirment cette version même si celui de 2008 ne portait que sur une partie de la propriété. Rien ne permet de retenir que Monsieur M. aurait eu dès novembre 2008 l'intention de vendre une partie du fonds de commerce de la société dont il était le gérant.

La Sarl B reproche aux intimés d'avoir acquis l'ensemble immobilier sans passer par son intermédiaire alors qu'elle était encore titulaire du mandat de vente dont la validité n'expirait que le 12 mars 2014 dès lors que l'acte notarié a été précédé d'un compromis de vente du 10 décembre 2013. Les intimés invoquant une résiliation anticipée du mandat par l'Association de l'A, elle en conteste la validité.

Il doit être en premier lieu relevé qu'effectivement, aux termes de son article VI, le mandat donné le 12 décembre 2012 l'était pour une période de 3 mois renouvelable une seule fois pour 12 mois, et qu'il expirait donc le 12 mars 2014.

Les intimés produisent copie du courrier adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'agence M. -N par la Présidente de l'Association de L' A par lequel la résiliation du mandat litigieux était prononcée à effet 15 jours après réception du-dit courrier conformément aux stipulations contractuelles.

La Sarl B n'établit par aucune pièce que cette résiliation aurait préalablement dû être autorisée par l'assemblée générale de l'association et que la présidente aurait agi sans pouvoir. Toutefois, s'il est justifié de l'envoi le 17 septembre 2013 de ce courrier, et si la Sarl B n'a jamais contesté l'avoir reçu, l'accusé de réception n'est pas produit, ce qui ne permet pas de connaître sa date effective de prise d'effet.

En tout état de cause, le mandat prévoyait, ainsi qu'il est d'usage, que le mandant s'interdisait, même dans un délai d'un an après l'expiration du mandat, de vendre sans le concours du mandataire à tout acquéreur qui aurait été présenté préalablement par ce dernier ou un mandataire substitué pendant le cours de son mandat, cette interdiction visant aussi bien la personne de l'acheteur que son conjoint ou partenaire avec lequel il se porterait acquéreur, ou encore toute société dans laquelle ledit acheteur présenté aurait une participation ou un intérêt. Cette interdiction n'était ainsi formulée qu'à l'encontre du mandant, soit en l'espèce l'Association de L' A, laquelle n'est pas mise en cause dans la présente procédure.

La Sarl B invoque ensuite les dispositions de l'article 1596 du code civil qui interdisent aux mandataires d'acheter par eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un proche les biens qu'ils sont chargés de vendre.

Il doit être relevé sur ce point qu'il ressort des pièces produites, et notamment des statuts de la société M M -N devenue I C qui a reçu le mandat litigieux, que le capital social de cette société était alors détenu par C M J M C M et M M -N, Monsieur M. M n'en étant que le gérant non associé, et que la situation n'a pas évolué sur ces points suite à la cession du fonds de commerce au profit de la société B; que seule la société M M -N avait qualité de mandataire chargée de la vente, à l'exclusion de M M, contrairement à ce que la Sarl B affirme.

Surtout, l'article 1596 du code civil est rédigé au présent de l'indicatif, ce dont il se déduit que l'interdiction d'acquérir ne concerne que le mandataire en charge de la vente au moment de l'acquisition du bien. Or, en l'espèce, la société M M -N devenue I C n'était plus titulaire du mandat de vente depuis le 1^{er} janvier 2013. Il importe peu en conséquence de savoir sur ce point qui, des sociétés A P et I C ou de Monsieur M M, est le réel acquéreur de l'ensemble immobilier dès lors qu'au moment de la vente, seule la Sarl B était concernée par l'interdiction légale.

L'appelante reproche par ailleurs aux intimés d'avoir violé la clause de non-concurrence figurant dans l'acte de cession du fonds de commerce.

Ainsi que rappelé plus haut, l'acte de cession qui porte sur un fonds de commerce de transaction mobilières et immobilières en qualité d'agent immobilier, de gestion et administration de biens et syndicat de copropriété à l'exclusion du fonds relatif à l'activité rurale comporte la clause suivante: *"Tant le vendeur que chacun de ses associés, s'interdit expressément pour une durée de cinq (5) années entières et consécutives à compter de la date de jouissance, de s'intéresser directement ou indirectement, même comme associé, commanditaire ou salarié, à l'exploitation d'une activité de même nature que celle du fonds de commerce ou susceptible de lui faire concurrence, à l'exception de (i) l'activité rurale (fermes, étangs, vignes, bois hors résidentiel et fonds ruraux) et (ii) de l'activité d'expert immobilier et (iii) de la fourniture de prestations de service au profit de l'acquéreur que le vendeur pourra continuer d'exercer, et ce, dans un rayon de cent (100) kilomètres à vol d'oiseau à partir de la situation actuelle du fonds."*

Dès lors que Monsieur M M n'était pas associé de la Sarl M M -N et ne l'est toujours pas, il n'est pas tenu personnellement par cette clause de non-concurrence.

La société A P C, qui n'est pas plus associée de la Sarl M M -N, n'est également pas tenue par cette clause.

Seule la Sarl I C est concernée par cette interdiction.

Il ressort des pièces produites les éléments suivants :

- suite à la cession du fonds de commerce, la Sarl M M -N a modifié sa dénomination pour devenir I C, et son objet social pour ne plus conserver que les activités suivantes:

- la fourniture de toutes prestations de services, de quelque nature qu'elle soient, de conseil à l'exercice de l'activité d'agent immobilier,
- l'activité d'intermédiaire et d'agent immobilier en matière rurale (fermes, étangs, vignes, bois hors résidentiel et fonds ruraux), de marchand de biens, de promotion immobilière et d'aménageur foncier.

- dès le 12 décembre 2012, une convention de prestations avait été conclue entre les sociétés B et M M -N ayant pour objet la fourniture par la seconde d'une assistance et de services en relation avec l'activité d'agent immobilier consistant en un appui technique, commercial et administratif, la présentation de clients et fournisseurs, l'accompagnement des collaborateurs de B, le suivi juridique des transactions et l'assistance à l'administration des biens. Cette convention prenait effet au 1^{er} janvier 2013 pour une durée de 2 années non renouvelable.

- la société I C a mis fin à cette convention par lettre recommandée avec demande d'avis de réception du 23 septembre 2013 à effet au 1^{er} janvier 2014, que la société B a reçue.

- le 2 octobre 2013, selon le conseil d'administration de l'Association de L'A, Monsieur M M "associé à la SAS G B" a fait une proposition d'achat au prix de 900 000 € sans clause de condition suspensive, et ce conseil, dans sa réunion du 8 novembre 2013, a donné pouvoir à la présidente pour "effectuer toutes les démarches nécessaires afin d'organiser avec les acquéreurs la signature d'un compromis de vente au prix de 925 000 € sans clause suspensive".

- lors de l'assemblée générale ordinaire de l' Association en date du 10 décembre 2013, a été acté le fait que, le jour même, le compromis de vente devait être signé devant notaire.

- suivant acte rédigé par Maître Echinard, notaire à Beaune, le 10 décembre 2013, l' Association de L'A d'une part, et Messieurs A B et M M d'autre part ont signé un compromis de vente par lequel ces derniers s'engageaient à acheter l'ensemble immobilier au prix de 925 000 € outre les frais d'acte estimés à 18 500 € et une "commission de l'agence immobilière" fixée à 60 000 €. La réitération devait intervenir au plus tard le 15 mars 2014. Les acquéreurs pouvaient se substituer, à titre gratuit, toute personne physique ou morale sous réserve qu'il restent solidairement tenus avec le substitué des obligations nées de l'acte jusqu'à sa réitération par acte authentique.

- dans ce compromis, il est expressément mentionné au paragraphe "Commission d'agence" :

"L'acquéreur reconnaît devoir à titre d'honoraires de négociation à l'Agence I C la somme de 60 000 TTC. Il est indiqué ici que l'acquéreur donne d'ores et déjà mandat au notaire de verser ce montant au profit de l'agence immobilière susnommée lors de la signature de l'acte authentique."

- le 9 avril 2014, la SAS A P a été immatriculée au RCS de Dijon, son président étant Monsieur A B et Monsieur M M étant directeur général. Cette société a pour objet une activité de marchand de biens, de promotion immobilière et d'aménageur foncier. Selon Monsieur B, cette société a été créée à 50/50 entre lui-même et Monsieur M dans l'optique d'acquérir l'ensemble immobilier vendu par l'Association de L'A à l'effet de réaliser une opération de promotion immobilière.

- suivant acte notarié du 3 juin 2014 reçu par Maître Echinard, la vente a été réitérée au profit de la SAS A P au prix de 925 000 €, l'acquéreur s'engageant à payer tous les frais, droits et émoluments. Cet acte mentionne au paragraphe "Commission d'agence": "L'acquéreur reconnaît devoir à titre d'honoraires de négociation à l'Agence I C en vertu d'un mandat la somme de 60 000 € TTC, laquelle a été réglée en dehors de la comptabilité du notaire associé soussigné."

- suivant convention de prestations en date du 15 avril 2014 conclue entre les sociétés I C et A P, la première s'engageait moyennant une rémunération forfaitaire de 25 000 € à mettre à la disposition de la seconde :

- une assistance dans les domaines administratifs, comptable et de gestion consistant notamment mais pas seulement en l'établissement et le suivi du courrier, l'établissement des déclarations de TVA, le suivi de la comptabilité courante et quotidienne,

- une assistance en matière financière consistant notamment mais pas seulement en l'élaboration des budgets de faisabilité du Programme en vue de leur présentation notamment aux établissements bancaires pour l'obtention des crédits d'accompagnement,

- une assistance technique consistant notamment mais pas seulement en l'élaboration matérielle de la demande de permis de construire, le suivi des dossiers techniques avec les concessionnaires réseaux,

- une assistance juridique consistant notamment mais pas seulement en la rédaction et/ou la supervision des contrats de réservation, dont le descriptif de l'opération, le suivi du secrétariat du bénéficiaire,

cette convention s'inscrivant expressément dans le programme de réhabilitation et de construction de l'ancien couvent des dominicaines de Beaune.

- suivant deux mandats de vente sans exclusivité en date du 22 décembre 2015, la SAS A P a donné mandat d'une part à Maître Echinard et d'autre part au Cabinet S H de Beaune de vendre les appartements ainsi qu'une maison "en cours de construction ou de réhabilitation" (sic) réalisés dans l'ancien couvent.

Il sera relevé, s'agissant de la SAS A P, qu'outre le fait qu'elle n'a jamais été associée de la société I C, les opérations réalisées sur le site de l'ancien couvent des Dominicaines de Beaune ne correspondent qu'à celle de marchand de bien telle que déclarée au RCS, et que la Sarl B échoue à démontrer qu'elle aurait eu une autre activité et plus particulièrement celle d'agent immobilier. Elle n'a ni revendu le bien à la société I C ni commercialisé les appartements réalisés dans le cadre de la rénovation.

Pour contester le fait que la société I C ait violé la clause de non concurrence à laquelle elle était tenue, les intimés soutiennent qu'en réalité elle n'a pas perçu la commission mentionnée tant dans le compromis que dans l'acte de vente définitif, et produisent un document intitulé "compte de résultat" faisant état des comptes arrêtés au 31 décembre 2014 de cette société, document sur lequel la commission de 60 000 € n'apparaît effectivement pas, ainsi qu'une attestation de Monsieur A B selon laquelle aucune commission n'a été versée.

Toutefois, outre le fait que ce compte de résultat émane de la société I C elle-même et qu'il n'est pas justifié de son approbation par l'assemblée générale des actionnaires, il importe peu en réalité que la commission n'ait pas été effectivement versée, cette absence de paiement ne constituant pas une preuve de l'absence d'une prestation dont Messieurs B et M, puis la société A P ont clairement et sans ambiguïté attesté par deux fois de la réalité et du montant de la rémunération prévue en contrepartie.

Les explications pour le moins confuses des intimés selon lesquelles, en réalité, l'acquéreur de l'ensemble immobilier serait la société I C dans la mesure où elle serait l'un des associés de la société A P et/ou Monsieur M M lui-même par le biais des sociétés dont il est le gérant (mais dont il n'est pas l'associé !) ne changent rien aux mentions des actes passés qui permettent à I C à tout moment de prétendre au paiement par A P de la somme de 60 000 €.

Il est ainsi suffisamment établi qu'en violation de la clause de non-concurrence, la Sarl I C a exercé une activité d'agent immobilier lors de la vente de l'ensemble immobilier litigieux. Cette violation, dont aucune pièce du dossier n'établit qu'elle n'a pas été unique, a privé la Sarl B de la chance de procéder à cette vente et de percevoir la rémunération correspondant à sa prestation. Cette chance est toutefois réduite dès lors que l'Association de L'A avait préalablement résilié le mandat. Cette perte de chance peut en conséquence être évaluée à 10 000 €.

Par contre, dès lors le délai de cinq ans prévu par l'acte de cession du fonds de commerce est maintenant expiré, il n'y a pas lieu de prononcer une quelconque autre condamnation que ce soit à une astreinte ou à une indemnisation en cas de nouvelle infraction à l'encontre de cette société.

La Sarl B' demande enfin la condamnation de "Monsieur M. à l'indemniser à hauteur de 100 000,00 euros sur le prix de cession de fond de commerce fixé à 300 000,00 euros", précisant que "cette indemnisation tient, d'une part sur le détournement de clientèle dudit mandat de vente, et de la vente litigieuse et de la perte de chance de la vente du programme neuf mis en place.". (sic)

Or ainsi que déjà relevé par les premiers juges, le prix de vente du fonds de commerce a été fixé au regard du chiffre d'affaires et des résultats d'exploitation des exercices 2009, 2010 et 2011 et de celui réalisé entre le 1^{er} janvier et le 30 novembre 2012. Par ailleurs, le mandat litigieux a bien été cédé à la Sarl B' qui a pu proposer à la vente le bien à compter du 1^{er} janvier 2013, jusqu'à ce que l' Association le dénonce.

La Sarl B n'a jamais soutenu avoir au cours de cette année présenté un quelconque candidat à l'acquisition du bien à son mandant. La cour peine sur ce point à comprendre de quel "détournement de clientèle du mandat" Monsieur M. se serait rendu coupable. Le préjudice résultant de la vente par le biais de l' C est déjà réparé par l'allocation de la somme de 60 000 €. Quant à la perte de chance de vendre les appartements réalisés dans le cadre de la réhabilitation de l'ensemble immobilier, dès lors que l' Association de L'A n'est plus propriétaire de cet ensemble, l'acquéreur de ce bien quel qu'il soit n'avait aucune obligation de charger la Sarl B' de leur commercialisation, surtout compte-tenu de l'absence de résultat du précédent mandat qui lui avait été confié. Il n'est ainsi justifié d'aucune perte de chance.

PAR CES MOTIFS :

Infirmes le jugement du tribunal de commerce de Dijon du 26 avril 2018,

Statuant à nouveau,

Condamne la Sarl I C à verser à la Sarl B' 60 000 € à titre de dommages intérêts pour violation de la clause de non-concurrence,

Déboute la Sarl B' de l'ensemble de ses autres prétentions,

Condamne la Sarl I C aux entiers dépens de première instance et d'appel,

Vu les dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,
Condamne la Sarl I C à verser à la Sarl B' 2 000 € pour ses frais irrépétibles,

Déboute les autres parties de leurs demandes respectives sur ce fondement.

Le Greffier,

Le président.