

920001

DSCG

**SESSION 2009****UE1 - GESTION JURIDIQUE, FISCALE ET SOCIALE**

Durée de l'épreuve : 4 heures - coefficient : 1,5

Document autorisé :

**Aucun**

Matériel autorisé :

Une calculatrice de poche à fonctionnement autonome sans imprimante et sans aucun moyen de transmission, à l'exclusion de tout autre élément matériel ou documentaire (circulaire n° 99-186 du 16/11/99 ; BOEN n° 42).

Document remis au candidat :

**Le sujet comporte 11 pages numérotées de 1/11 à 11/11, dont 2 annexes.**

Il vous est demandé de vérifier que le sujet est complet dès sa mise à votre disposition.

*Le sujet se présente sous la forme de 5 dossiers indépendants*

Page de garde .....	page 1
Présentation du sujet.....	page 2
DOSSIER 1 – Cession de droits sociaux..... (5 points).....	page 3
DOSSIER 2 – Recours à une société holding .....	(4 points)..... page 4
DOSSIER 3 – Prix de cession d'une participation.....	(4 points)..... page 5
DOSSIER 4 – Recours à une société civile immobilière.....	(4 points)..... page 5
DOSSIER 5 – Entreprise en difficulté et droit social.....	(3 points)..... page 6

*Le sujet comporte les annexes suivantes :***DOSSIER 1**

Annexe 1 – Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation (extrait).....page 8

Annexe 2 – Arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation (extrait) et  
arrêt de la 3<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation (extrait).....page 10**AVERTISSEMENT**

**Si le texte du sujet, de ses questions ou de ses annexes, vous conduit à formuler une ou plusieurs hypothèses, il vous est demandé de la (ou les) mentionner explicitement dans votre copie.**

## SUJET

*Il vous est demandé d'apporter un soin particulier à la présentation de votre copie.  
Toute réponse devra être argumentée.*

Messieurs Dupont et Martin ont créé en 1990 la société anonyme (SA) dénommée « Iliade » qui développe ses activités dans le secteur informatique.

Son capital social d'un montant de 40 000 euros est réparti de la manière suivante :

- Monsieur Dupont, président du conseil d'administration et directeur général, détient 80 % des actions,
- Monsieur Martin, qui n'a aucune activité dans la SA et n'est pas administrateur, en possède 19 %,
- cinq personnes de l'entourage de Monsieur Dupont détiennent 1 %.

Lors de la création de la société, Messieurs Dupont et Martin ont signé un pacte d'actionnaires dont la durée prévue est la même que celle de la société. Ce pacte contient, notamment, une clause de préemption aux termes de laquelle chacun d'eux s'est engagé, dans l'hypothèse où il céderait ses actions, à les proposer d'abord à l'autre actionnaire signataire du pacte.

## DOSSIER 1 - CESSION DE DROITS SOCIAUX

En 2009, Monsieur Dupont, qui souhaite faire valoir ses droits à la retraite, reçoit une proposition extrêmement intéressante d'acquisition de sa participation. L'acheteur, Madame Pictout, lui propose, en effet, 8 millions d'euros pour les 80 % des actions de la société anonyme « Iliade » qu'il détient. La relation entre Messieurs Dupont et Martin s'étant au fil du temps dégradée, le premier envisage d'accepter cette proposition d'acquisition inespérée sans en parler au second, c'est-à-dire sans respecter la clause de préemption contenue dans le pacte d'actionnaires.

### Travail à faire

1. Définir et préciser les principales caractéristiques d'un pacte d'actionnaires ?
2. A l'aide de *l'annexe 1*, indiquer les problèmes qui peuvent découler de la durée du pacte d'actionnaires conclu entre Messieurs Martin et Dupont.
3. Sur la clause de préemption :
  - 3.1. – Préciser les sanctions encourues par M. Dupont si celui-ci ne respecte pas la clause de préemption contenue dans le pacte d'actionnaires.
  - 3.2. – Préciser les conditions dans lesquelles la solution retenue dans les arrêts cités en *annexe 2* est transposable au cas d'espèce.
4. Calculer le montant de l'impôt sur le revenu que devra payer Monsieur Dupont sur la plus-value qu'il réalisera à l'occasion de la vente à Madame Pictout de sa participation dans la société « Iliade », en retenant la solution la plus avantageuse.
5. Quels sont les droits d'enregistrement dus sur cette cession de droits sociaux ? Qui en est redevable ?

## DOSSIER 2 - RECOURS A UNE SOCIÉTÉ HOLDING

Madame Pictout envisage finalement de procéder à l'acquisition de la participation de Monsieur Dupont, soit 80 % des actions de la société anonyme « Iliade », dans le cadre d'un montage de *leverage buy out* (LBO). Elle va, dans le cadre de ce montage, créer une société holding de reprise dénommée « Telmac », destinée à racheter les actions de Monsieur Dupont.

La société « Telmac » disposera de fonds propres en provenance de Mme Pictout (environ 60% du capital) et d'une société de capital-investissement, « Zora & Co » (environ 40% du capital). Celle-ci souscrira par ailleurs à un emprunt obligataire convertible en actions de « Telmac », pour un montant équivalent à 100% du capital social.

Sur la base de la stratégie bâtie pour le groupe par Mme Pictout, « Zora & Co » est prête à lui consentir un droit à dividende double. Toutefois, si cette stratégie s'avérait défaillante ou n'était plus suivie, « Zora & Co » disposerait d'un droit immédiat de conversion en actions de ses obligations et pourrait exiger l'exclusion de Mme Pictout, à la fois de ses fonctions de dirigeante et d'associée de la holding « Telmac ».

« Zora & Co » a précisé qu'elle ne voulait pas participer à la direction du groupe, mais qu'elle tenait à disposer trimestriellement d'une information complète sur l'activité.

Madame Pictout spéculait sur le fait que la société reprise exerce une activité qui présente des synergies avec la société « Odyssée », située en Belgique, et dont Madame Pictout est actionnaire principal et dirigeante. La société « Odyssée » pourrait en effet distribuer les produits de la société « Iliade ». Ainsi, l'activité de la société « Iliade » devrait augmenter, lui permettant de réaliser davantage de bénéfices et d'en verser la quasi-totalité à la société « Telmac » pendant les sept années au cours desquelles cette dernière devra faire face aux échéances de son emprunt.

Dans cette perspective, Madame Pictout a établi un compte de résultat prévisionnel et il s'avère alors que la société « Iliade » générerait des résultats supérieurs aux résultats nécessaires pour la remontée des dividendes. Madame Pictout aimerait par conséquent améliorer le schéma financier et calibrer les opérations commerciales. Il suffirait par exemple que la société « Iliade » facture ses ventes à un prix plus faible à la société « Odyssée ».

### Travail à faire

1. Quelle est, selon vous, la forme de société par actions la plus adaptée pour le rôle de société holding dans un tel montage ?
2. Le montage envisagé est-il de nature à léser les autres actionnaires de la société « Iliade » ?
3. Quel est le régime fiscal applicable aux dividendes reçus par la société holding en provenance de la société « Iliade » ?
4. Les prix envisagés pour les transactions avec la société « Odyssée » posent-ils des problèmes au plan fiscal ?

### DOSSIER 3 – PRIX DE CESSIION D'UNE PARTICIPATION

La société « Telmac » a été constituée comme prévu et a procédé au rachat des actions de M. Dupont. La situation des minoritaires de la société « Iliade » est demeurée inchangée.

Quelques mois plus tard, alors que Mme Pictout est à son tour devenue présidente de la société « Iliade », elle découvre que les documents comptables sur la base desquels avait été arrêté le prix d'acquisition de la participation de Monsieur Dupont sont très loin de refléter la réalité. Plus précisément, deux corrections particulièrement significatives s'imposent :

- compte tenu de leur caractère obsolète, les stocks valorisés à l'actif sont pour une bonne partie à déprécier,
- les engagements représentant les indemnités de fin de carrière n'ont pas été mentionnés dans l'annexe aux états financiers.

Mme Pictout, particulièrement mécontente de cette situation, ne souhaite pas en rester là et consulte ses conseils.

#### Travail à faire

1. A l'issue de ces consultations, il est envisagé d'utiliser un des trois motifs de recours suivants : le dol, l'erreur ou la garantie des vices cachés. Après avoir défini brièvement chacun de ces trois motifs de recours, vous indiquerez dans quelles conditions ils sont applicables au cas d'espèce.
2. En réaction aux irrégularités constatées au plan comptable, la société « Iliade » a-t-elle une voie de recours à l'encontre de M. Dupont ?
3. Sur la valeur des actions acquises, par quel(s) moyen(s) la société « Telmac » aurait-elle pu se prémunir de sa déconvenue ?

### DOSSIER 4 – RECOURS À UNE SOCIÉTÉ CIVILE IMMOBILIÈRE

Quelques mois plus tard, Madame Pictout envisage d'acheter, par le biais d'une société civile immobilière (SCI), le local dans lequel la société « Iliade » exerce son activité. La SCI donnera le local acheté à bail commercial à la société anonyme « Iliade ».

Madame Pictout explique que cette SCI, qui sera soumise à l'IS et dont elle détiendra les parts avec son mari, va souscrire un emprunt bancaire très important pour procéder à cette acquisition immobilière. Pour permettre à la SCI de faire face aux échéances de l'emprunt bancaire, Madame Pictout envisage de fixer le loyer du bail commercial à 150 % de ce qu'il devrait être, s'il était fixé à son juste niveau.

### Travail à faire

1. Consciente que la société « Iliade » va déjà subir pendant sept ans des ponctions financières importantes sous forme de distributions massives de dividendes (pour permettre à la société holding d'assurer le remboursement de son emprunt bancaire), Madame Pictout s'inquiète un peu de cette nouvelle série de décaissements que va entraîner le loyer surévalué pour les besoins de son montage d'acquisition immobilière. Quelles peuvent être les conséquences juridiques et fiscales de cette surévaluation artificielle du loyer du bail commercial entre la SCI et la société anonyme « Iliade » ?
2. L'établissement bancaire prêteur songe à faire garantir l'opération de financement par le biais d'une hypothèque conventionnelle. Après avoir rappelé les conditions de fond et de forme permettant de consentir une hypothèque sur l'immeuble, vous indiquerez les conséquences qui résulteraient du défaut de paiement de la dette par l'emprunteur.
3. Au plan fiscal, Mme Pictout s'interroge sur deux points : d'une part, elle estime que l'IS ne sera pas nécessairement toujours le régime le plus favorable pour la société et, d'autre part, elle n'exclut pas à terme de vendre, avec son mari, une fraction des titres détenus dans la SCI. En fonction de la réglementation fiscale en vigueur :
  - 3.1 – Indiquer à quelle(s) condition(s) la SCI pourra ne plus être soumise à l'IS ?
  - 3.2 – Indiquer quel est le régime fiscal applicable à la cession des parts de la SCI par M. et Mme Pictout ?

## DOSSIER 5 – ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ ET DROIT SOCIAL

Au 3<sup>ème</sup> trimestre 2009, l'activité de la société « Iliade » est marquée par les points suivants :

- La société a procédé à un acompte sur dividende versé le 30 juin 2009. La trésorerie de la société est depuis cette date pratiquement réduite à zéro.
- Depuis le changement d'actionnaire, la société attend désormais que ses fournisseurs aient réclamé leur dû par lettre recommandée avant de les régler.
- De même, la société mobilise systématiquement ses créances clients en les cédant à sa banque (Dailly).
- Les stocks obsolètes encombrant l'entrepôt, il a été décidé de les entreposer à l'extérieur de l'usine. Malheureusement, à la suite d'un orage violent, des résidus de ces stocks se sont répandus dans le voisinage. Cette pollution, très visible, est dépourvue de conséquences sanitaires, mais elle fait l'objet d'une campagne de presse violente qui ternit l'image de la société.

La centaine de salariés de « Iliade » s'inquiète. Au sein du comité d'entreprise, les élus s'interrogent sur leur droit d'alerte. Le commissaire aux comptes, pour sa part, semble estimer que les événements précédents ne justifient pas qu'il déclenche une procédure d'alerte.

### Travail à faire

- 1. Les conditions de l'exercice du droit d'alerte par le comité d'entreprise vous paraissent-elles réunies ? Une procédure d'alerte à l'initiative du commissaire aux comptes vous paraît-elle requise ?**

Parallèlement, Mme Pictout et M. Donaldson, le responsable comptable de « Iliade », ont décidé de cesser d'un commun d'accord leur collaboration, en raison de divergences de plus en plus nettes dans la gestion administrative de la société. Il est précisé que M. Donaldson n'est pas un salarié protégé.

### Travail à faire

- 2. Exposez les caractéristiques essentielles et le calendrier d'une rupture conventionnelle applicable au contrat de travail de M. Donaldson.**

Pour pourvoir au remplacement de M. Donaldson, Mme Pictout a passé une annonce dans la presse locale. Elle a reçu plusieurs *curriculum-vitae* (CV) et s'apprête à recevoir certains des candidats en entretien.

Mme Pictout veut recruter un responsable comptable, jeune, disponible pour s'investir intensément dans ses fonctions. Elle se demande si elle peut questionner les candidats sur leur situation de famille, leur état de santé et tenir compte de leur âge dans son choix. A défaut, comme « condition-joker », elle envisage d'exiger la maîtrise de la langue anglaise, langue qui n'est pas nécessaire pour le poste à pourvoir. Elle craint néanmoins de se voir reprocher une discrimination à l'embauche.

Mme Pictout a par ailleurs noté qu'en cas de litige, le candidat avait simplement la charge de présenter des éléments de fait faisant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et qu'il incombait alors à l'entreprise de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

### Travail à faire

- 3. Mme Pictout peut-elle poser les questions envisagées et exiger la « condition-joker » sur la maîtrise de la langue anglaise ?**
- 4. Compte tenu du régime de la preuve en matière de discrimination, exactement relevé par Mme Pictout, que pouvez-vous lui conseiller pour le traitement des candidatures et pour le déroulement des entretiens ?**

## Annexe 1

### Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation (extrait)

**Cass. com., 6 novembre 2007, pourvoi n° 07\_10620**

Attendu que le 7 juillet 1992, la Société nationale maritime Corse-Méditerranée (la SNCM), à laquelle a ultérieurement été substituée sa filiale la société Compagnie générale de tourisme et d'hôtellerie (la CGTH) a conclu avec la Compagnie de navigation d'Orbigny (la CNO), devenue la Société de travaux industriels et maritimes d'Orbigny (la STIM), un pacte d'actionnaires précisant qu'il s'appliquerait aussi longtemps que ces sociétés ou leurs substitués demeureraient ensemble actionnaires de la Compagnie méridionale de participation (la CMP), laquelle détenait la majorité des actions composant le capital de la Compagnie méridionale de navigation (la CMN) ; que ce pacte comportait notamment une clause stipulant que celle des parties qui serait à l'origine d'une décision ayant pour conséquence un manquement important à l'accord de coopération conclu entre la SNCM et la CMN ou un changement substantiel de la politique de la CMN entraînant entre elles un profond désaccord s'engageait, à première demande de l'autre et au choix de celle-ci, soit à lui céder tout ou partie des titres détenus dans cette société, soit à lui acheter tout ou partie des siens ; que par lettre adressée à la SNCM le 15 mars 2006, la STIM a dénoncé le pacte d'actionnaires ; que par lettre du 21 juillet 2006, la SNCM et la CGTH ont notifié à la STIM qu'elles exerçaient l'option prévue par la clause susmentionnée, entendant ainsi acquérir un certain nombre des actions détenues par cette société dans le capital de la CMP ; que la STIM s'étant opposée à l'exercice de l'option, la SNCM et la CGTH ont demandé en justice que soit constatée la cession et ordonné le transfert des titres ;

Attendu que la CGTH et la SNCM font grief à l'arrêt d'avoir dit que le pacte d'actionnaires du 7 juillet 1992 avait été conclu pour une durée indéterminée et qu'il avait été valablement dénoncé par la STIM, alors, selon le moyen :

*1°/ qu'est pris pour une durée déterminée l'engagement dont le terme est fixé par référence à un événement futur, même si la date de réalisation de cet événement est inconnue dès lors que cette réalisation n'est pas aléatoire en son principe ; que la clause fixant le terme du pacte à la date à laquelle les parties cesseront d'être ensemble actionnaires de la CMP constitue un terme incertain, ce pacte ayant ainsi pour limite la durée de la société, peu important que celle-ci puisse être ultérieurement prorogée comme peut l'être tout contrat ; qu'en jugeant que le pacte avait une durée indéterminée au prétexte que "pour un contrat de société, l'arrivée du terme convenu n'est pas inéluctable ou encore une fatalité puisque les associés ont la possibilité, avant la date fatidique, d'en décider la prorogation", cependant que cette faculté ouverte dans tous les contrats à durée indéterminée, ne leur fait pas perdre pour autant ce caractère, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1185 et 1838 du code civil et L. 210-2 du code de commerce ;*

*2°/ que, dès lors que l'objet même d'un pacte d'actionnaires est, comme l'avait rappelé le tribunal, de "fixer les relations entre les signataires pour la durée de leur participation commune dans une société", ce pacte, qui n'est pas plus à durée indéterminée que ne l'est la société elle-même, ne peut pas être dénoncé unilatéralement par une partie qui entendrait demeurer associée en s'affranchissant des obligations corrélatives définies par le pacte ; qu'en validant une telle dénonciation, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;*

*3°/ que la faculté de dénonciation unilatérale des contrats à durée indéterminée, qui procède de la prohibition des engagements perpétuels, est sans application dès lors que le contrat lui-même ouvre à chacune des parties le moyen de mettre fin à son engagement ; que dès lors que le pacte stipulait qu'il ne durerait qu'autant que les parties demeureraient ensemble actionnaires de la CMP et qu'il n'était pas contesté que chacun des actionnaires avait la faculté de céder ses titres à tout moment, et de mettre ainsi fin aux obligations nées de ce pacte, la cour d'appel ne pouvait décider que le*

*pacte avait été valablement dénoncé le 15 mars 2006 sans violer les articles 1134 et 1184 du code civil ;*

*4°/ que la clause par laquelle les signataires d'un pacte d'actionnaires conviennent que ses dispositions s'appliqueront aussi longtemps qu'ils demeureront ensemble engagés dans les liens du contrat de société suffit à conférer à leur convention un caractère extinctif, calqué, au plus tard, sur celui du contrat de société ; qu'il importe peu, à cet égard, que le contrat de société puisse être ultérieurement prorogé, dès lors que cette décision, qui peut être votée à la majorité requise pour la modification des statuts, n'a pas pour effet de proroger les accords extrastatutaires qu'ont pu conclure les associés entre eux ; qu'en jugeant, au contraire, que la clause du pacte d'actionnaires du 7 juillet 1992 qui prévoyait que ses dispositions s'appliqueraient aussi longtemps que ses signataires demeureraient actionnaires de la CMP n'était pas de nature à imprimer un terme à leur convention, au motif inopérant que les actionnaires d'une société ont toujours la possibilité de proroger le contrat de société, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1185 du code civil, ensemble l'article L. 210-2 du code de commerce ;*

*5°/ (...)*

Mais attendu, en premier lieu, qu'il ne résulte ni de leurs conclusions ni de l'arrêt que la CGTH ou la SNCM aient soutenu devant la cour d'appel le moyen qu'invoque la cinquième branche ; que ce moyen est donc nouveau ; qu'il est mélangé de fait et de droit ;

Et attendu, en second lieu, qu'après avoir constaté qu'aucune disposition du pacte litigieux n'est relative à son terme, l'arrêt relève que l'article 3 des dispositions générales énonce seulement que "Les dispositions du présent pacte s'appliqueront aussi longtemps que la CNO et la SNCM ou leurs substitués demeureront ensemble actionnaires" de la CMP ; que l'arrêt retient encore que la perte, par l'un ou l'autre des cocontractants, de la qualité d'actionnaire ne présente aucun caractère de certitude, quand bien même l'un ou l'autre peut-il à tout moment céder ses actions ; que l'arrêt relève enfin que la SNCM et la CGTH se bornent à invoquer la fin de la société, dont la durée est au maximum de quatre-vingt dix neuf ans, sans préciser s'il s'agit de la fin de la société dans laquelle elles sont actionnaires ou de la leur ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, dont elle a exactement déduit que le pacte d'actionnaires du 7 juillet 1992 n'étant affecté d'aucun terme, même incertain, avait été conclu pour une durée indéterminée, et abstraction faite du motif surabondant critiqué par les première et quatrième branches, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que ce pacte avait été régulièrement résilié par la volonté unilatérale de la STIM, peu important à cet égard que celle-ci ait également disposé de la faculté de céder ses actions ;(...)

***Par ces motifs (...) : - Rejette le pourvoi (...).***

## Annexe 2

### Arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation (extrait)

**Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-19.376**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (*CA Papeete, 13 févr. 2003*), qu'un acte de donation partage dressé le 18 décembre 1957 et contenant un pacte de préférence a attribué à Mme Adèle Amaru un bien immobilier situé à Haapiti ; qu'une parcelle dépendant de ce bien a été transmise, par donation partage du 7 août 1985, rappelant le pacte de préférence, à M. Ruini Amaru, qui l'a ensuite vendue le 3 décembre 1985 à la SCI Emeraude, par acte de M. Solari, notaire ; qu'invoquant une violation du pacte de préférence stipulé dans l'acte du 18 décembre 1957, dont elle tenait ses droits en tant qu'attributaire, Mme Pere a demandé, en 1992, sa substitution dans les droits de l'acquéreur et, subsidiairement, le paiement de dommages intérêts ;

Attendu que les consorts Pere font grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande tendant à obtenir une substitution dans les droits de la société Emeraude alors, selon le moyen :

*1° / que l'obligation de faire ne se résout en dommages intérêts que lorsque l'exécution en nature est impossible, pour des raisons tenant à l'impossibilité de contraindre le débiteur de l'obligation à l'exécuter matériellement ; qu'en dehors d'une telle impossibilité, la réparation doit s'entendre au premier chef comme une réparation en nature et que, le juge ayant le pouvoir de prendre une décision valant vente entre les parties au litige, la cour d'appel a fait de l'article 1142 du code civil, qu'elle a ainsi violé, une fausse application ;*

*2°/ qu'un pacte de préférence, dont les termes obligent le vendeur d'un immeuble à en proposer d'abord la vente au bénéficiaire du pacte, s'analyse en l'octroi d'un droit de préemption, et donc en obligation de donner, dont la violation doit entraîner l'inefficacité de la vente conclue malgré ces termes avec le tiers, et en la substitution du bénéficiaire du pacte à l'acquéreur, dans les termes de la vente ; que cette substitution constitue la seule exécution entière et adéquate du contrat, laquelle ne se heurte à aucune impossibilité ; qu'en la refusant, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1138 et 1147 du code civil ;*

*3°/ qu'en matière immobilière, les droits accordés sur un immeuble sont applicables aux tiers dès leur publication à la conservation des hypothèques ; qu'en subordonnant le prononcé de la vente à l'existence d'une faute commise par l'acquéreur, condition inutile dès lors que la cour d'appel a constaté que le pacte de préférence avait fait l'objet d'une publication régulière avant la vente contestée, la cour d'appel a violé les articles 28, 30 et 37 du décret du 4 janvier 1955 ;*

Mais attendu que, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ; qu'ayant retenu qu'il n'était pas démontré que la société Emeraude savait que Mme Pere avait l'intention de se prévaloir de son droit de préférence, la cour d'appel a exactement déduit de ce seul motif, que la réalisation de la vente ne pouvait être ordonnée au profit de la bénéficiaire du pacte ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

***Par ces motifs (...) : - Rejette le pourvoi (...).***

**Arrêt de la 3<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation (extrait)**

**Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 14 février 2007, pourvoi n° 05-21.814**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Metz, 4 octobre 2005), que M. X... a fait apport à la société d'exercice libéral à responsabilité limitée Pharmacie du Lion (la SELARL) de son fonds de commerce de pharmacie et du bail commercial contenant au profit de l'apporteur un pacte de préférence immobilier consenti par Mme Irma Y..., bailleresse, qui a agréé l'apport ; que Mme Romaine Y..., venant aux droits de cette dernière, décédée, a vendu à la société civile immobilière Serp (la SCI) l'immeuble donné à bail et que la SELARL, se disant bénéficiaire du pacte de préférence consenti à l'origine à M. X... et soutenant que la vente avait été conclue au mépris de ses droits, a assigné Mme Z... en qualité de tutrice de Mme Romaine Y... et la SCI en nullité de cette vente ;

Attendu que la SCI fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen :

(...)

3 / que constitutive d'un manquement à une obligation de faire, la méconnaissance d'un droit de préférence se résout en dommages-intérêts en application de l'article 1142 du code civil ; que l'annulation d'une vente consentie en violation d'un pacte de préférence n'est encourue qu'à la double condition d'établir que l'acquéreur a eu connaissance, non seulement du droit de préférence, mais encore de la volonté du bénéficiaire de s'en prévaloir ; qu'en statuant par les motifs sus-reproduits établissant que la SCI Serp avait eu connaissance de l'existence du pacte de préférence, mais sans constater qu'elle avait eu également connaissance de la lettre du 30 mars 2001 par laquelle la Pharmacie du Lion avait proposé d'acquérir le bien litigieux et, partant, de l'intention de cette dernière de faire usage du droit dont elle se prétendait titulaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des dispositions de l'article 1142 du code civil ;

Mais attendu que le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ;

Qu'ayant, d'une part, constaté que le pacte de préférence consenti par Mme Y... au preneur M. X... dans le bail commercial de mars 1988 avait été transféré à la société Pharmacie du Lion, bénéficiaire de la cession de bail, par acte authentique du 14 avril 1998 auquel était intervenue Mme Y... qui avait déclaré accepter la société Pharmacie du Lion aux lieu et place de M. X..., et, d'autre part, relevé que le gérant de la SCI en avait eu connaissance parce qu'il lui avait été remis un exemplaire du contrat de bail, que le rapport d'expertise produit aux débats par la SCI mentionnait l'existence d'un pacte de préférence au profit du preneur et que selon l'acte notarié il avait eu connaissance du litige judiciaire qui opposait Mme Z... à la société Pharmacie du Lion dont le représentant légal avait, au cours de la procédure, exprimé la volonté d'acquérir l'immeuble, la cour d'appel, qui en a exactement déduit que le pacte de préférence était opposable à la SCI et qui a souverainement retenu, par motifs adoptés, que les parties à l'apport n'avaient cessé de manifester leur volonté de maintenir leurs obligations et droits contenus dans le contrat de bail initial quand bien même le bail avait été renouvelé et que la SELARL s'était substituée à M. X..., a légalement justifié sa décision ;

***Par ces motifs (...) : - Rejette le pourvoi (...).***