

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



**ISABELLE
RIASSETTO**
Professeur à
l'Université du
Luxembourg

Actionnaires minoritaires – Irrégularités dans la facturation de prestations – Expertise judiciaire de l'article 145 C. pr. civ. – Expertise de gestion (art. L. 225-231 C. com.) – Choix de l'expertise – Absence de subsidiarité.

Cass. Com. 18 oct. 2011, F-P+B, n° 10-18.989, Komorowski c/ SA Unis, Juris-Data n° 2011-022317

Dans un arrêt du 18 octobre 2011, la chambre commerciale de la Cour de cassation précise que les actionnaires minoritaires d'une société par actions qui souhaitent établir la preuve d'irrégularités commises par les dirigeants portant sur certaines décisions de gestion, ont le choix entre l'expertise de gestion de l'article L. 225-231 C. com. ou l'expertise *in futurum* de l'article 145 C. proc. civ. destinée à obtenir des preuves en vue d'une action en justice éventuelle.

En cette espèce, après avoir été révoqués de leurs mandats de dirigeant de deux sociétés par actions liées par des conventions, deux actionnaires minoritaires ont demandé sur le fondement de l'article 145 C. proc. civ. une expertise avant tout procès afin de vérifier la réalisation effective de certaines prestations effectuées par l'une des sociétés au profit de l'autre et de chiffrer d'éventuels surcoûts facturés qui permettraient d'établir l'existence d'abus de biens sociaux.

Cette demande a été rejetée par la cour d'appel qui a considéré que les requérants étant toujours actionnaires des deux sociétés visées, disposaient de procédures spécifiques de droits d'information et de vote en matière de droit des sociétés ainsi que des procédures spécifiques pour l'exercice de ces droits prévues à l'article L. 225-231 C. com. Cet article permet à des associés minoritaires répondant à certaines conditions de demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion déterminées. L'article 145 C. proc. civ. dispose que tout intéressé peut demander des mesures d'instruction par voie de requête ou de référé s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige. Or les conditions d'application de l'expertise de minorité de l'article L. 225-231 C. com., assouplies par la loi NRE du

15 mai 2001¹, demeurent plus contraignantes que celles exigées pour l'expertise *in futurum*².

L'arrêt d'appel s'inscrit dans une démarche restrictive de certaines juridictions du fond, qui considèrent, face à « la vitalité jurisprudentielle embarrassante »³ de l'article 145 C. proc. civ., que les actionnaires qui veulent faire apprécier par un expert tout ou partie de la gestion d'une société, doivent mettre en œuvre les moyens spécifiques d'investigation dont ils disposent (art. L. 225-231 C. com.) ; le juge modifierait la portée de ce texte s'il accordait une « mesure d'instruction parallèle » (art. 145 C. proc. civ.)⁴.

L'arrêt d'appel est cassé au motif qu'« une mesure d'instruction ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile ne revêt aucun caractère subsidiaire par rapport à l'expertise de gestion prévue par l'article L. 225-231 du Code de commerce ».

La jurisprudence dominante considère en effet que l'associé disposant de la procédure d'expertise de gestion de l'article L. 225-231 peut également demander en justice la désignation d'un expert judiciaire sur le fondement de l'article 145 C. proc. civ.⁵.

Dans ce contexte, il peut être intéressant de préciser les avantages de l'expertise judiciaire de l'article 145 C. proc. civ. par rapport à l'expertise de gestion du droit des sociétés :

– L'expertise de gestion ne peut être exercée que dans les



**QUENTIN
URBAN**
Maître de conférences
à la faculté
de droit de
Strasbourg



**MICHEL
STORCK**
Professeur
à la faculté
de droit de
Strasbourg

1. Actionnaires représentant au moins 5 % du capital social (et non plus 10 %), question écrite préalable au dirigeant sur une ou plusieurs opérations de gestion, désignation par le juge des référés d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.
2. L. Cadiet, « Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés », *Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999, pp. 151-160 ; S. Michelin-Finielz, « L'expertise de l'article 226 et l'expertise préventive dans la société anonyme », *Rev. Sociétés*, 1982, p. 33. – M. Jeantin, « Les mesures d'instruction *in futurum* », D. 1980, chron. p. 205.
3. V. en ce sens, J. Moury, « Expertise de gestion, la concurrence indélicatée de l'article 145 NCPC », *Mélanges Jeantin*, Dalloz 1999, p. 297 sq.
4. En ce sens, T. com. Paris 27 juin 2002, JCP E 2002, n° 36, p. 1390, note Viandier ; Banque & droit juill.-août 2002, 36, obs. M. Storck ; Bull. Joly 2002. 942, note Couret ; Dr. sociétés 2003, n° 2, note Trébulle ; *Rev. sociétés* 2002. 719, note Le Cannu.
5. Cass. com. 7 déc. 1981, D. 1982, IR 212 ; *Rev. sociétés* 1982, 519, note Michelin-Finielz (V. l'arrêt d'appel : CA Reims 7 janv. 1980, D. 1981, 666, note Bousquet) ; CA Paris 25 oct. 2002, Bull. Joly 2003, 213, note Couret ; RJDA 2004, n° 176 ; CA Paris 6 févr. 2008, Dr. sociétés 2008, n° 142, note Coquelet. Pour un complément d'expertise, fondé sur l'art. 145 C. pr. civ., à une expertise ordonnée sur le fondement de l'art. L. 225-231 C. com., V. Cass. Com. 21 sept. 2004, RJDA 2005, n° 46 ; Bull. Joly 2005, 73, note Godon.

sociétés à responsabilité limitée (art. L. 223-37 C. com.), les sociétés anonymes (art. L. 225-231 C. com.), les sociétés en commandite par actions (art. L. 226-1 C. com.), et les sociétés par actions simplifiées (art. L. 227-1 C. com.). L'expertise de gestion ne peut être exercée que par des associés détenant seuls ou à plusieurs une fraction minimale du capital social (dans les SARL, 10 % ; dans les SA, 5 % ; dans les SA dont les actions sont admises sur un marché réglementé, l'action peut également être engagée par une association d'actionnaires ou par l'AMF) ou par le ministère public ou par le comité d'entreprise. L'expertise *in futurum* requiert uniquement l'existence d'un motif légitime du demandeur qui consiste à établir, avant tout procès, la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige⁶.

– pour les sociétés anonymes, l'article L. 225-231 exige que les associés minoritaires posent préalablement au président du conseil d'administration ou du directoire une ou plusieurs questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société ; ce n'est qu'à défaut de réponse dans le délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, que les actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur les opérations de gestion concernées. Dans les SARL, les associés ne sont pas tenus d'interroger préalablement le gérant avant de demander en justice la désignation d'un expert. L'article 145 C. proc. civ. n'impose pas cette interrogation préalable du dirigeant sur les faits qui font grief ;

– par application de l'article 145 C. proc. civ., la demande de nomination d'un expert judiciaire peut être présentée par voie de requête à l'insu du dirigeant, ce qui permet d'éviter de laisser aux dirigeants le temps nécessaire pour dissimuler les pièces comptables ou autres documents compromettants ;

– L'article 145 C. proc. civ. exige, pour voir ordonner des mesures d'instruction, qu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige. L'article L. 225-231 n'impose pas que la demande présente un caractère précontentieux ; toutefois, la jurisprudence a précisé que la juridiction saisie d'une demande d'expertise de gestion n'est tenue de l'ordonner que si elle relève des présomptions d'irrégularités affectant une ou plusieurs opérations de gestion déterminées⁷.

– L'expertise *in futurum* est la seule voie ouverte dès lors que la demande d'expertise sort du champ d'application de l'expertise de gestion : tel est notamment le cas d'expertises préventives qui ne se rapportent pas à des actes de gestion accomplis par les dirigeants de la société,

mais qui sont menées à l'encontre des commissaires aux comptes, pour des opérations d'audit ou de certification des comptes⁸, ou à l'encontre d'établissements de crédit pour une immixtion dans la gestion de la société ou pour un octroi abusif de crédit⁹.

– Les frais de l'expertise de gestion peuvent être laissés à la charge de la société (art. L. 223-37 et L. 225-231) ; le rapport sera largement diffusé puisqu'il doit être remis aux demandeurs, aux défendeurs mais aussi au comité d'entreprise, aux commissaires aux comptes, au Ministère Public, aux organes dirigeants, à l'AMF si les actions sont cotées. Les actionnaires en auront également connaissance puisque ce rapport sera annexé au rapport du commissaire aux comptes. Les frais de l'expertise *in futurum* sont en revanche à la charge du demandeur ; le rapport est peu diffusé : il n'est remis qu'au demandeur et au défendeur.

Le demandeur doit veiller à bien préciser le fondement de la demande et doit saisir la juridiction compétente. Deux écueils procéduraux risquent en effet de conduire à l'irrecevabilité de la demande d'expertise.

D'une part, le juge des référés du tribunal de commerce et le président de ce tribunal statuant en la forme des référés sont des juridictions distinctes, aux pouvoirs juridictionnels de nature différente, l'une statuant par une décision provisoire et la seconde par une décision au fond. Les dispositions de l'article L. 225-231 du Code de commerce, qui prévoient que la désignation d'un expert chargé d'une expertise de gestion d'une société anonyme doit être demandée en référé concernant exclusivement les sociétés anonymes ; elles ne sont pas transposables à l'expertise de gestion d'une SARL de l'article L. 223-37 complétées par celles de l'article R. 223-30 du même code, qui prévoient sans aucune ambiguïté que l'expert est désigné par le président du tribunal de commerce « statuant en la forme des référés »¹⁰.

D'autre part, les deux expertises ne relevant pas de la même juridiction, la demande ne peut être présentée à titre principal pour l'une des procédures et à titre subsidiaire pour l'autre¹¹. Le président du tribunal de commerce saisi d'une demande en désignation d'un expert sur le fondement de l'article L. 223-37 C. com. ne peut, d'office, ordonner une expertise préventive visant à examiner les comptes d'une société en application de l'article 145 C. proc. civ. dans la mesure où ce texte prévoit que la désignation d'un expert se fait « à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé », sans laisser d'initiative à cet égard au magistrat¹².

M. S.

6. V. CA Paris, 4^e ch., 9 sept. 2011, *Juris-Data* 2011-019012 : la demanderesse n'invoque aucun risque de déperdition de preuve et détient ou est en mesure de se faire communiquer, en qualité d'associée, tous les documents lui permettant d'engager une éventuelle action en justice, étant observé que la société lui a communiqué des réponses et documents complémentaires en cours de procédure ; l'intérêt probatoire, condition indispensable du recours à l'article 145 C. pr. civ. fait défaut en l'espèce ; la mesure sollicitée s'apparente davantage à une expertise de gestion prévue à l'article L. 223-37 C. com. qu'à la mesure d'instruction générale *in futurum* prévue à l'article 145 C. pr. civ.

7. Isabelle Urbain-Parleani, « L'expertise de gestion et l'expertise *in futurum* », *Revue des sociétés* 2003, p. 223.

8. V. par ex. CA Paris 14 oct. 1998, *Bull. Joly* 1999, p. 38, note J.-F. Barbieri. CA Paris, 14^e ch. A, 1^{er} oct. 1997, *Juris-Data* n° 023566. Cass. com. 14 nov. 1995, D. 1995, IR p. 265 ; JCP 1996, éd. G, IV, n° 15 p. 2 ; *Bull. civ.* IV n° 263.

9. CA Bordeaux, 1^{er} ch., 25 avr. 2001, *Juris-Data* n° 141596 ; Cass. com. 16 janv. 2001, RD bancaire et financier 2001 n° 2 p. 74, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; Cass. com. 19 déc. 2000, RTDco 2001 p. 522 obs. J.-L. Vallens.

10. CA Paris, 4^e ch., 11 mars 2011, n° 10/20822. Sur le piège procédural de la procédure en la forme des référés, v. Y. Strickler et M. Foulon, « Le décret 2011-1043 du 1^{er} septembre 2011 et la procédure en la forme des référés », D. 2011, 10 nov 2011, n° 39, p. 2668.

11. CA Poitiers 4 juin 2010, Dr. Sociétés nov. 2010, n° 201 note D. Gallois-Cochet.

12. CA Aix-en-Provence, 2^e ch., 15 juin 2011, *Juris-Data* n° 2011-019853 ; dans le même sens, CA Versailles, 14^e ch., 8 juin 2011, n° 09/10054 : les dispositions de

Abus de majorité – SARL – Trois décisions simultanées prises en assemblée générale – Deux décisions de réduction de personnel et de restructuration et une décision d'augmentation de la rémunération des gérants – Décisions incohérentes, sinon contradictoires constitutives d'un abus de majorité – État de cessation de paiement et procédure collective concernant la SARL – Condamnation des associés majoritaires à verser des dommages et intérêts à l'associé minoritaire à raison du préjudice subi en raison de l'abus commis.

Cour d'appel de Paris, P. 5, ch.8, 24 mai 2011, n° 10/09266, arrêt déjà commenté au Bulletin Joly sociétés 2011, n° 394, pp. 780 sq, note H. Barbier

La jurisprudence relative aux décisions constitutives d'un abus de majorité dans une société est solidement établie et connue. L'originalité de l'arrêt consiste en ce qu'il relève un abus de majorité révélé par une incohérence entre des décisions prises simultanément au cours d'une même assemblée générale. L'exigence de cohérence est un principe juridique, déjà connu en droit contractuel et en procédure, dont le champ d'application s'étend pour affleurer par cette décision le droit des sociétés.

« Il faut être cohérent ». L'injonction n'est pas habituelle en droit, même si on peut la déceler fréquemment en creux dans certaines règles légales ou formules jurisprudentielles. Elle ne figure d'ailleurs dans aucun code. Elle connaît cependant un relatif essor en jurisprudence et en doctrine¹³, marqué toutefois par une certaine réticence de la Cour de cassation à la reprendre clairement. Son apparition dans la jurisprudence relative à l'abus de majorité dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 mai 2011 est donc un événement qui incite à s'interroger sur son avenir dans ce domaine.

En l'espèce, la société Kovadis, prestataire de services auprès des banques, des acteurs de la bourse, de l'assurance et d'Internet avait connu en 2008 des difficultés économiques et financières qui l'avaient conduite à un état de cessation de paiement, déclaré le 6 juillet 2009. Pendant cette période difficile, les trois gérants, associés chacun pour un tiers du capital se sont déchirés et affrontés. Deux contre un, comme il arrive souvent. Forts de leur détention des deux tiers du capital, les deux associés alliés ont usé de leur pouvoir pour favoriser leurs intérêts personnels au détriment de la société et du troisième associé au cours des assemblées générales. Le 2 août 2008, l'assemblée générale a révoqué de ses fonctions de gérant le troisième associé. Le 5 décembre 2008 trois délibérations sont intervenues en assemblée générale. Deux étaient destinées à réduire les charges (réorganisation des équipes, rupture de la période d'essai d'un

salarié et déménagement prévu pour le second semestre). La troisième approuve et ratifie l'augmentation de la rémunération des deux gérants. Le 23 juin 2009, utilisant encore leur majorité en voix lors des délibérations, les deux gérants s'octroyaient une prime de fin d'année pour 2008. Ces décisions avaient été prises alors même que la situation financière de l'entreprise connaissait une dégradation rapide très inquiétante. À l'évidence, un glissement s'était opéré dans les objectifs poursuivis par les deux gérants dans la gestion de la société : leurs intérêts personnels primaient sur ceux de la société. Tirant les conséquences de ce dérapage, la cour d'appel a qualifié, sans surprise, ces comportements d'abus de majorité « caractérisé lorsqu'une résolution a été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité ». Il n'est guère surprenant non plus que la cour d'appel ait annulé les décisions entachées d'un abus de majorité et condamné les deux gérants fautifs à verser des dommages et intérêts à la société et l'associé, gérant écarté et victime. Mais ce qui est original et qui mérite notre attention c'est que pour motiver leur décision les magistrats relèvent que les trois décisions prises au cours de l'assemblée générale du 5 décembre 2008 étaient « incohérentes, sinon contradictoires ». L'incohérence du comportement aurait en quelque sorte servi de révélateur à l'abus de majorité. Or, depuis quelques années l'exigence de cohérence connaît un relatif succès en droit des contrats ou en procédure civile. Une esquisse de jurisprudence fait référence implicitement, parfois expressément¹⁴, à un principe de cohérence pour sanctionner des contractants qui auraient manqué de bonne foi dans l'exécution de leurs obligations, comme l'impose l'alinéa 3 de l'article 1134 C. civ.¹⁵. Serions-nous donc en présence d'un élargissement du recours à ce principe ? Ce ne serait pas sans conséquences sur le contrôle du juge sur la gestion de la société.

1. L'incohérence révélatrice d'un abus de majorité

Pour faire simple, car le principe est diffus¹⁶, l'exigence de cohérence consiste à interdire aux personnes de se contredire dans leurs actes ou dans leurs comportements. À première réflexion, le contenu de ce principe peut surprendre car la liberté individuelle reconvenue à chacun pourrait inciter à conclure à son contraire. Ainsi, par exemple, le libre choix de gestion du chef est depuis longtemps consacré en jurisprudence par l'arrêt de cassation du 31 mai 1956¹⁷, même si depuis des limites importantes y ont été apportées. Pourquoi cette liberté ne contiendrait pas le droit pour le chef d'entreprise de changer d'avis, même pour adopter une position contraire ? On peut hésiter sur la réponse à donner. En

l'article 145 C. pr. civ. sont inopérantes dans le cadre d'une expertise de gestion relevant de la compétence du président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés sur le fondement de l'article L. 223-37 C. com.

13. V. D. Houtcieff, « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », JCP G, 16 nov. 2009, 463.

14. Cass. civ., 3^e ch., 28 janv. 2009, n° 07-20891, Rev. des contrats, 1^{er} juill. 2009, n° 3, p. 999, note Denis Mazeaud.

15. « [Les conventions] doivent être exécutées de bonne foi » (art. 1134 al. 3 C. civ.).

16. D. Houtcieff qualifie la réception par le droit de la notion de cohérence de maïeutique, cf. D. Houtcieff, article op. cit.

17. Cass. civ. 31 mai 1956, D. 1958, p. 21 note Levasseur.

réalité, l'incohérence ne réside pas simplement dans une contradiction entre deux faits ou deux actes. Il faut qu'ils soient inconciliables : « le revirement est possible à condition qu'il puisse être concilié avec l'attitude originare ». ¹⁸ Seul le revirement illégitime mérite le qualificatif d'incohérent. C'est au juge que revient la mission de stigmatiser l'illégitimité d'un revirement contradictoire. Ainsi, récemment, la troisième chambre civile de la Cour de cassation considérait comme une atteinte au principe de cohérence le fait pour un assureur de s'être prévalu de la nature décennale de certains désordres pour exiger de son assuré le versement de primes majorées et qui avait ensuite contesté la garantie correspondante pour lui voir substituer la garantie « défaut de performance » moins onéreuse. ¹⁹

En l'espèce la cour d'appel de Paris a considéré que le fait de décider d'un côté de réduire le personnel, déménager pour réduire les coûts et de l'autre côté de se faire attribuer une augmentation substantielle était « incohérent sinon contradictoire », mais il était bien précisé dans l'arrêt que ces décisions étaient intervenues au cours de la même assemblée générale. Cette précision était essentielle. Pourquoi ? Parce que ces décisions ne sont incohérentes que parce qu'elles ont été prises au cours de la même assemblée du 5 décembre 2008.

Réduire les effectifs et les charges puis, ultérieurement, s'attribuer une augmentation ne révèlent nullement une incohérence. La vie d'une entreprise est faite de croissance, de décroissance, de crise qui exige des décisions adaptées à chaque conjoncture. Des décisions de gestion peuvent se révéler en symétrie : réduire le personnel puis embaucher. Elles ne sont pas forcément incohérentes car elles s'inscrivent le plus souvent dans des contextes économiques différents. En l'espèce, ce qui fait l'incohérence des décisions prises en assemblée générale du 5 décembre 2008, c'est leur simultanéité. C'est parce que des mesures d'économies ont été prises en même temps qu'une augmentation des rémunérations des gérants que l'incohérence s'est trouvée révélée. Cette révélation de l'incohérence par la simultanéité de deux positions inconciliables n'est pas une innovation jurisprudentielle radicale. Ainsi, par le passé, la Cour de cassation avait déjà censuré une cour d'appel qui avait fait droit à une demande incohérente d'un contractant qui sollicitait simultanément l'exécution du contrat et sa résolution. ²⁰ Mais, la nouveauté réside ici dans le fait que cette incohérence est d'ordre économique. Est-ce à dire que le juge s'est fait, pour un temps, analyste de gestion pour constater l'incohérence constitutive d'un abus de majorité ?

2. L'absence de cohérence fondement de l'abus de majorité

S'il fallait utiliser une image pour caractériser l'abus de majorité, on pourrait la présenter comme un moment où la boussole de l'intérêt social s'est affolée par la faute des

associés majoritaires ²¹. Au lieu de servir l'intérêt social et de tenir compte de l'intérêt commun à tous les associés y compris des minoritaires, ils se sont préoccupés exclusivement d'eux-mêmes. Ils ont tourné l'aiguille de la boussole vers leur personne et leurs intérêts propres. Et c'est alors au juge de constater que cette boussole a été malmenée. Les exemples jurisprudentiels sont divers : délibérations imposant des mises en réserve systématique des bénéfices ²², délibérations organisant une dévolution héréditaire de la gérance d'une société civile au profit de l'un des groupes opposés d'associés ²³, délibération imposant une sous-filialisation abusive ²⁴.

En l'espèce, ce brouillage des repères – intérêt social et intérêts communs – se manifeste par une attitude incohérente. Mais est-ce si évident que cela d'associer abus de majorité et incohérence ? En économie des incohérences apparentes sont parfois salutaires pour l'entreprise. On peut par exemple imaginer qu'une entreprise en difficulté financière décide de mesures en apparence contradictoires : relancer son activité par de nouveaux investissements tout en tentant de recapitaliser pour assurer le remboursement des emprunts en cours. En macroéconomie, on sait que le génie de Keynes avait été de prôner une sortie de crise par la relance de la consommation fondée sur une politique d'un puissant engagement économique de l'État. D'aucuns assuraient qu'il y avait là une énorme incohérence. On perçoit ainsi que la frontière entre mesures cohérentes et incohérentes en économie et en gestion n'est pas simple, surtout lorsque des juges se livrent à l'analyse de décisions économiques. En réalité, il faut voir dans l'appréciation de la cohérence de décisions plus un travail de raison que d'analyse économique. Or, le « raisonnable », qui impose la « cohérence », est bien de la compétence du juge. Pierre Sargos s'en est longuement ouvert dans une remarquable chronique ²⁵. L'arrêt commenté en est une parfaite illustration.

Q. U

18. v. D. Houtcieff, *op. cit.*, § 2.

19. Cass., 3^e ch. civ., 28 janv. 2009, n° 07-20 891, D. 2009, p. 2008, note D. Houtcieff.

20. Cass., 3^e ch. civ., 7 juin 1989, n° 87-14083, RTD civ. 1990, p. 473, obs. J. Mestre, et p. 100, obs. Ph. Rémy.

21. Cette image est classique pour décrire le rôle de l'intérêt social en droit des sociétés : v. par ex. A. Pirovano, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », D. 1997, ch. p. 190.

22. Cass. com. 22 avr. 1976, *Rev. sociétés* 1976, p. 479, note D. Schmidt.

23. CA Paris 27 févr. 1997, *JCP E* 1997, I, 982, note A. Viandier.

24. Cass. com. 30 nov. 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 241, note P. Le Cannu.

25. P. Sargos, « Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *JCP G*, n° 46, nov. 2009, p. 442.

Société civile de moyens – Liquidation judiciaire – Contribution aux pertes – Fixation de la contribution – Action du liquidateur à l'encontre des associés – Recevabilité de l'action (art. 1832 C. civ.).

Cass. com. 20 sept. 2011, n° 10-24.888 (FS-P+B+R) 26

Le liquidateur judiciaire est recevable à agir à l'encontre des associés d'une société civile de moyens pour voir fixer leur contribution aux pertes sociales par la prise en compte, outre du montant de leurs apports, de celui du passif social et du produit de la réalisation des actifs.

Il ne faut pas confondre l'obligation aux dettes sociales et la contribution aux pertes ! La distinction semble tellement évidente qu'il peut paraître surprenant d'avoir à le rappeler. La première intéresse en effet le paiement de dettes sociales ou passif social et donc les rapports entre les créanciers sociaux et les associés (« rapports externes ») (art. 1857 C. civ.). La seconde, qui a trait au comblement des pertes, trouve à s'exprimer dans les rapports entre la société et les associés (« rapports internes ») (art. 1832, al. 3, C. civ.).

Apparemment très simple, la distinction peut toutefois s'avérer délicate à mettre en œuvre à l'occasion de la liquidation de la société²⁷ consécutive à une dissolution (art. 1844-7 C. civ.²⁸) et, plus spécialement, en cas de liquidation judiciaire de la société. Deux éléments contribuent à rendre la tâche plus difficile et, partant, à accroître le risque de confusion. Le premier réside dans le rôle du liquidateur judiciaire qui, d'un côté, représente la société débitrice dessaisie de ses droits par l'effet de l'ouverture de la procédure (art. L. 641-9 C. com.) et, de l'autre, est chargé de défendre l'intérêt collectif des créanciers sociaux (art. L. 622-20 C. com., sur renvoi de L. 641-4, al. 3). Le second élément perturbateur réside dans la prise en compte du passif social dans le calcul de la contribution aux pertes au moment de la liquidation, combinée avec la possibilité pour les créanciers sociaux d'exercer individuellement leur action en paiement des dettes sociales contre les associés (art. 1857 C. civ.) dès l'ouverture de cette procédure²⁹.

De là à considérer que lorsqu'un liquidateur judiciaire agit contre les associés en recouvrement de charges sociales, ce ne peut être qu'en règlement de dettes sociales pour le compte des créanciers, il n'y a qu'un pas. Celui-ci a été franchi par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 juin

2010³⁰, cassé pour violation de l'article 1832 C. civ. par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 20 septembre 2011. En l'espèce le liquidateur judiciaire d'une société civile de moyens (cabinet médical) avait assigné les associés de cette société en paiement d'une certaine somme au titre de leur participation aux charges résultant de l'exploitation de la SCM sur le fondement de l'article 1832 C. civ. Pour déclarer cette action irrecevable, la cour d'appel avait retenu que ce texte ne vise que la contribution aux pertes, laquelle joue exclusivement dans les rapports internes à la société. Il est étranger à l'obligation de payer les dettes et ne peut donc servir de fondement à l'action en recouvrement du passif social par le liquidateur judiciaire à l'encontre des associés. La cour d'appel avait en outre considéré que les « associés d'une société civile demeurent tenus personnellement à l'égard des créanciers sociaux, même en cas de procédure collective et que ni le représentant des créanciers ni le liquidateur judiciaire n'ont qualité pour agir contre les associés en paiement des dettes sociales ». Cet arrêt est censuré au motif que « le liquidateur était recevable à agir à l'encontre des associés de la SCM pour voir fixer leur contribution aux pertes sociales par la prise en compte, outre du montant de leurs apports, de celui du passif social et du produit de la réalisation des actifs ».

Il convient de remarquer que l'action exercée par le liquidateur n'était, en l'espèce, ni une action en paiement des dettes sociales, ni une action en contribution aux pertes mais, comme l'énonce la Haute juridiction en réponse au premier moyen rendu au visa de l'article 4 C. proc. civ., une action tendant à voir « constater le montant du passif définitivement admis et celui des actifs réalisé en vue de la fixation de la contribution aux pertes des associés ». Pour ce faire, la Cour précise ensuite les éléments entrant la détermination de la contribution aux pertes, à savoir le montant des apports, celui du passif social et le produit de la réalisation. Pour calculer le montant des pertes à la liquidation il faut donc intégrer le passif social. En effet, si au cours d'un exercice les pertes comptables – ou déficit – correspondent aux charges d'exploitation en excédent des produits réalisés, à la liquidation de la société, le montant de ces charges correspond à celui des dettes impayées. Et pour déterminer ce passif définitivement admis, il faut également tenir compte des actions individuelles des créanciers ayant abouti.

Il reste que cette antichambre qu'est la fixation de la contribution de chaque associé doit permettre une contribution effective aux pertes. Cela se traduit concrètement dans les sociétés à risque illimité par un appel à contribution collective lancé par le liquidateur agissant pour le compte de la société en liquidation³¹, une fois le

26. *Juris-Data* n° 2011-019356 ; D. 2011, AJ p. 2334, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly sociétés nov.* 2011, p. 902, § 457, note F.-X. Lucas.

27. En cours de vie sociale, le risque de confusion est somme toute très restreint, car la contribution aux pertes est limitée au cas dans lequel les capitaux propres tombent en dessous du minimum légal ou lorsque les associés l'ont prévu.

28. Pour le droit spécial des sociétés, v. notamment M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 23^e éd., 2010, n° 442.

29. Ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10413, *Bull. civ.*, ch. mixte, n° 4 ; D. 2007, p. 1414, obs. A. Lienhard ; JCP G. 2007, II, 10128, note J.-P. Legros ; JCP E 2007, 1877, n° 10, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *Bull. Joly sociétés* 2007, p. 1174, § 316, note F. Pérochon ; *Rev. Sociétés* 2007, p. 620, note J.-F. Barbiéri ; *Dr. sociétés* 2007, comm. n° 130, note F.-X. Lucas ; RJDA 8-9/2007, n° 861 et p. 766, rapp. A. Besançon ; *Banque & droit juill.-août* 2007, p. 57, obs. M. Storck.

30. CA Paris 29 juin 2010, n° 09/00121, *Bull. Joly sociétés* 2010, p. 901, § 198, note F.-X. Lucas.

31. Le liquidateur n'agit pas en lieu et place des créanciers sociaux dans le cadre de l'obligation aux dettes sociales. Il ne s'agit donc pas d'un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure décidant que le représentant des créanciers de la société ni, en cas de liquidation judiciaire, le liquidateur, n'ont qualité pour exercer l'action ouverte par l'article 1857 du Code civil à chacun des créanciers contre les associés, v. Cass. com., 12 janv. 1988, n° 85-12.477 : D. 1989, somm. p. 338, obs. A. Honorat ; *Rev. soc.* 1988, p. 269, note B. Bouloc ; Cass. com. 18 janv. 1994, n° 91-15.932 ; Cass. com. 7 oct. 1998, n° 96-20.395 : *Dr. sociétés* 1999, n° 4, obs. Th. Bonneau ; Cass. com. 24 janv. 2006, n° 04-19061, *Bull. civ.* 2006, IV, n° 17 ; D. 2006, AJ, 445, obs. A. Lienhard ; JCP E 2006, p. 672, obs. M. Cabrillac et P. Pétel ; *Bull. Joly sociétés* 2006, p. 588 § 123, note J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 2006, comm.

montant de la contribution de chacun déterminé. L'arrêt donne ainsi tout son sens à la règle selon laquelle la contribution aux pertes a lieu en principe à la dissolution de la société³².

L'intégration du passif social dans la détermination de la contribution aux pertes à la liquidation et le droit des créanciers sociaux d'agir individuellement en recouvrement des dettes sociales à l'encontre des associés dès l'ouverture de la liquidation judiciaire, soulèvent la question de l'articulation de ces actions. Il va sans dire que l'associé ne doit pas être contraint à régler deux fois la même dette. Comme les créanciers sociaux peuvent exercer leur droit au paiement des dettes sociales à l'encontre des associés dès le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure, la fixation du montant de la contribution des pertes ne peut avoir lieu qu'après évaluation du passif social « définitivement admis », après exercice des actions individuelles en paiement intentées par les créanciers à l'encontre des associés (art. 1857 C. civ.)³³. Ainsi les créanciers n'ayant pas intenté l'action individuelle en paiement des dettes

sociales pourront encore être désintéressés par la société via son liquidateur.

La portée de l'arrêt du 20 septembre 2011 est très large. Par son visa de l'article 1832 C. civ., elle a vocation à être étendue, au-delà des sociétés civiles de moyens, à toutes les sociétés à risque illimité (sociétés civiles, sociétés en nom collectif)³⁴ ainsi qu'aux commandités dans les sociétés en commandite.

Enfin, la solution ne doit pas être restreinte au cas particulier de la liquidation judiciaire. Elle intéresse toutes les liquidations consécutives à une dissolution de la société, sans distinction selon que la société est en liquidation judiciaire ou *in bonis*. Dans ce dernier cas, c'est au liquidateur « amiable » de l'article 1844-8 C. civ. ou des articles L. 237-1 et suivants C. com. qu'il revient d'exercer l'action en contribution aux pertes. En revanche, la règle n'a pas à s'appliquer en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, car ces procédures n'impliquent pas dissolution de la société et contribution aux pertes des associés³⁵. ■

I. R.

n° 73, note F.-X. Lucas ; *Rev. sociétés* 2006, p. 410, note J.-F. Barbiéri et p. 637, note Th. Bonneau.

32. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 130. En ce sens, V. Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. soc.* 1975, p. 454, note D. Randoux (« Sauf application de stipulations particulières, c'est seulement en cas de dissolution de la société que celle-ci peut agir contre ses membres en paiement de ses pertes »).

33. V. sur ce point, F.-X. Lucas, note sous Cass. com. 20 sept. 2011, préc.

34. Elle ne présente guère d'intérêt pour les sociétés à risque limité, la contribution aux pertes étant limitée au montant des apports.

35. Il en irait différemment si une clause de contribution a été stipulée dans les statuts.