

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



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

Société par actions simplifiée – Dirigeants de la société – Délégation de pouvoirs – Publicité au registre du commerce et des sociétés – Article R. 123-54 du Code de commerce.

• Rép. Min. n° 12583 à M. Roland du Luart : JO Sénat Q, 9 sept. 2010, p. 2367
• CA Paris ch. 8, 18 mai 2010, n° 10/00710, SAS Groupe Lucien Barrière, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 2010 n° 9, p. 716 note P. Le Cannu

L'article R. 123-54 du Code de commerce, qui concerne l'ensemble des formes de sociétés, précise que sont déclarés dans la demande d'immatriculation des sociétés les noms et les coordonnées des « a) Directeurs généraux, directeurs généraux délégués, membres du directoire, président du directoire ou, le cas échéant, directeur général unique, associés et tiers ayant le pouvoir de diriger, gérer ou engager à titre habituel la société... b) les administrateurs, président du conseil d'administration, président du conseil de surveillance, membres du conseil de surveillance et commissaire aux comptes ». L'application de cette exigence à la SAS soulève de nombreuses contestations portant sur l'interprétation de l'expression « pouvoir d'engager à titre habituel la société ». Dans les SAS, la pratique des délégations et subdélégations de pouvoirs s'est développée au bénéfice de certains préposés auxquels les représentants légaux ont donné des pouvoirs spécifiques pour assurer le fonctionnement interne de la société, pouvoirs toutefois limités dans leur objet et dans leur durée : est-il requis de déclarer aux fins d'opposabilité aux tiers toutes ces délégations de pouvoirs au registre du commerce et des sociétés ? Par ailleurs, en présence de stipulations statutaires qui mettent en place dans une SAS un organe appelé administrateur, ou directeur, ou membre du conseil de surveillance, sans lui conférer de pouvoir de décision, convient-il de mentionner l'identité de cet organe au registre du commerce et des sociétés ?

Cette question revêt un intérêt pratique non négligeable, en raison des divergences de position des greffes, qui peuvent refuser d'immatriculer des SAS pour défaut de déclaration de la composition des organes de direction ; en outre, l'absence de publication de ces délégations de pouvoirs peut entraîner l'inopposabilité aux tiers, voire la nullité, des actes accomplis pour le compte de la société.

Dans l'attente d'une prise de position claire sur cette question par une chambre mixte de la Cour de cassation, il est intéressant de mentionner l'interprétation proposée par la Garde des sceaux en réponse à une question ministérielle¹.

D'une part, il est précisé que les délégations de pouvoir spéciales ou fonctionnelles, qui peuvent être données par les dirigeants à un ou plusieurs préposés, ne concernent pas le pouvoir d'engager « à titre habituel » la société, mais portent sur un objet déterminé ; elles n'ont pas à faire l'objet d'une publicité au registre du commerce et des sociétés. Est ainsi rejetée l'interprétation contestable de certaines juridictions du fond² qui annulent des décisions de licenciement prises pour le compte d'une SAS par un préposé bénéficiaire d'une délégation spéciale non déclarée au registre du commerce et des sociétés³.

D'autre part, la Garde des sceaux relève que les dispositions de l'article R. 123-54 du Code de commerce n'opèrent aucune distinction selon que la société soumise à immatriculation est dotée d'un conseil d'administration ou de surveillance en application de dispositions légales, comme dans le cas des sociétés anonymes, ou en application de clauses statutaires, comme pour les SAS ; le caractère général de ces dispositions ne permet donc pas d'exclure ces dernières du champ de la publicité requise, la locution « le cas échéant » renvoyant à l'existence d'un conseil d'administration ou de surveillance au sein de la

1. Rép. Min. n° 12583 à M. Roland du Luart : JO Sénat Q, 9 septembre 2010, p. 2367

2. CA Paris, pôle 6, 2^e ch., 10 décembre 2009, Levy Renssen c/ SAS Leewood Montparnasse : JurisData n° 2009-016988 ; CA Paris, pôle 6, 2^e ch.,

3 décembre 2009, Pellerin c/ SAS ED : JurisData n° 2009-019935 ; CA Versailles, 5^e ch., 24 sept. 2009, Vinzend c/ SA Distribution Casino France : JurisData n° 2009-379626 ; en sens contraire, CA Paris 31 août 2010 n° 08-11 236, ch. 6-10, Adjalle c/ Sté Osiatis Systems : le licenciement d'un salarié de société par actions simplifiée peut valablement être décidé par un titulaire d'une délégation de pouvoirs même si les statuts n'autorisent pas expressément le président à déléguer ses pouvoirs.

3. Pour une critique de cette jurisprudence, v. P. Morvan, « Nullité en droit du travail et délégation de pouvoirs dans la SAS », JCP éd. Social, 15 juin 2010, n° 24, 1 239 ; v. aussi T. Dalamasso et A. Bourcereau, « Mandats de gestion et délégations de pouvoirs, une nécessaire distinction », JCP E 2010, n° 24, 1 590 ; I. Mathieu, « Qui peut signer une lettre de licenciement dans une SAS » : JCP S 2009, 1 573. - A. Lepout et H. Guyot, « Polémiques autour du pouvoir de licenciement dans la société par actions simplifiée » : JCP S 2010, 1 067. - F. Broud et S. Usunier, « La validité des lettres de licenciement au sein des SAS » : JCP E 2010, 1 205 ; D. Gallois-Cochet, « Délégations de pouvoirs dans la SAS », Droit des sociétés n° 5, mai 2010, comm. 91.



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



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

société, quelle qu'en soit l'origine légale ou statutaire. Dès lors, il y a lieu d'envisager la mention au RCS des personnes exerçant les fonctions précitées, y compris lorsque leur nomination est intervenue en application des seuls statuts.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 mai 2010⁴ retient également cette interprétation en présence d'une SAS dotée d'un conseil de surveillance pour lequel les statuts ne prévoient qu'un pouvoir de contrôle et non de direction :

« Qu'elles se dotent d'un directoire et/ou d'un conseil de surveillance, les SAS doivent révéler au registre du commerce et des sociétés les présidents et membres de ces organes, quels que soient leurs pouvoirs aux termes des statuts. »

Cette application littérale de l'article R. 123-54 du Code de commerce met en évidence l'inadaptation de ce mécanisme légal de publicité, contraignant et standardisé, à la SAS qui repose sur une très grande liberté contractuelle. L'article L. 227-6 du Code de commerce confère en effet une grande souplesse aux fondateurs d'une SAS dans le choix des organes de direction, tant pour leur dénomination que pour l'étendue de leurs pouvoirs : n'est imposée que la désignation d'un président, investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société dans la limite de l'objet social, dont le rôle est de représenter la SAS à l'égard des tiers ; en outre, depuis la réforme du 1^{er} août 2003, ce pouvoir de représentation peut être étendu à un directeur général ou à un directeur général délégué. Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée et désignent, s'il en existe d'autres que le président, les personnes chargées de la direction de la société. Il est possible ainsi de mettre en place dans les statuts de la SAS des organes tels qu'un conseil d'administration, un directoire, un conseil de surveillance, un comité de pilotage, une gérance... Il est possible également de moduler les pouvoirs de ces organes, en limitant par exemple le pouvoir d'un conseil de surveillance à une simple approbation des comptes, sans que ce conseil puisse être appelé à donner des autorisations préalables à la prise de décisions de gestion comme cela peut être le cas dans une SA. Eu égard aux exigences générales de publication de l'identité de tous les organes d'une société qui sont mentionnés à l'article R. 123-54 du Code de commerce, il convient de retenir dans les statuts d'une SAS une qualification appropriée pour désigner les organes de contrôle et de direction, en évitant notamment de mentionner l'un des organes cités à l'article R. 123-54 si les statuts ne lui confèrent pas de pouvoir effectif de représentation ou de direction de la société. Pour toute opération importante conclue avec une SAS, les tiers co-contractants peuvent se protéger des risques de contestations ultérieures résultant d'une application des clauses statutaires fixant les pouvoirs des dirigeants de la société, en ne traitant qu'avec le président, le directeur général ou un directeur général délégué, qui exercent le pouvoir légal de représentation et de

direction de la SAS⁵ ; s'ils traitent avec un autre organe de la société, les tiers doivent exiger de cette personne la justification de ses pouvoirs statutaires.

M.S.

Cession de contrôle – Négociations – Avantage consenti dans un memorandum précontractuel – Émission de bons de souscription d'actions (BSA) au profit du dirigeant de la société cédante – Avantage non repris dans l'acte contractuel final – Faute précontractuelle – Manquement à l'obligation de loyauté – Préjudice – Perte de chance de gain (non) – Engagement de la responsabilité précontractuelle (oui).

Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 mars 2010 n° 09-12.455, arrêt non publié mais déjà commenté dans le Bulletin Joly juillet-août 2010, p. 639 par Marie Caffin-Moi.

« Les avantages formulés dans des documents précontractuels à l'occasion d'une négociation d'une cession d'un bloc de contrôle sont susceptibles d'engager ceux qui les proposent. Un cessionnaire rédacteur d'un memorandum précontractuel qui prévoyait l'attribution au cédant de bons de souscription d'action (BSA) ne peut ensuite soustraire cet avantage du contrat final sans manquer à son obligation de loyauté. Il engage sa responsabilité précontractuelle. »

Voilà un arrêt, en apparence, curieux. En principe, lors des négociations précontractuelles, chacun est libre de rétracter ses propositions tant que le contrat n'est pas formé. Seul le contrat lie les parties (C. civ., art. 1134). Pourtant, en l'espèce, il semble qu'un avantage proposé à l'occasion de pourparlers, mais absent dans le contrat définitif ait engagé son auteur. Pour comprendre et éventuellement critiquer l'analyse et la solution des magistrats, il faut partir des faits de l'espèce et en saisir leur particularité à la lumière du droit positif.

Une société Jag Holding et gestion, devenue ultérieurement Biocorps Services, avait donné mandat à la société financière X de préparer une offre en vue de prendre le contrôle d'une société Axcell Biotechnologie (la société cible). Probablement pour faciliter l'opération, un memorandum rédigé par la société financière X en date du 24 janvier 2004 avait évoqué l'attribution à un dirigeant de la société cible de bons de souscriptions d'action (BSA), qui aurait été émis par la société acquéreur, Jag Holding et Gestion. Mais, l'acte final de cession, signé le 8 avril 2005 ne comportait aucune allusion à cette attribution. Les BSA destinés à M. Y n'ont jamais été émis.

À la demande de M. Y, la cour d'appel de Riom a condamné la société cessionnaire du bloc de contrôle à verser au dirigeant privé de BSA la somme de 20 000 euros à titre de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de loyauté.

Dans son arrêt du 23 mars 2010, la Cour de cassation

4. CA Paris P. 5 ch. 8, 18 mai 2010, n° 10/00710, SAS Groupe Lucien Barrière, Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} septembre 2010 n° 9, p. 716.

5. C. com. art. L 227-6, al. 2.

rejette le pourvoi de la société cessionnaire en considérant que l'opération avait été couronnée de succès « grâce à la collaboration déterminante, ou pour le moins active » des dirigeants de la société cible, dont M. Y. Les magistrats relèvent encore que « le but avait été obtenu par la rédaction d'un mémorandum prévoyant à son égard un traitement particulier en tant que dirigeant de la société cible ».

Selon l'arrêt de rejet, en ne reprenant pas dans l'acte de cession cet avantage envisagé – l'attribution de BSA – au bénéfice de M. Y., « la société Jag Holding avait manqué de loyauté » et la cour d'appel avait souverainement apprécié le préjudice causé par ce comportement fautif.

Ainsi donc, à interpréter rapidement l'arrêt, les offres précontractuelles non tenues engageraient la responsabilité ceux qui les formulent et les exposeraient à une condamnation à verser des dommages et intérêts. C'est un peu surprenant. Le sens de la décision mérite d'être affiné pour en améliorer la compréhension et éviter une critique inappropriée. Mais pour cela, il faut revenir sur le manquement à l'obligation de loyauté, faute relevée par les magistrats lors des négociations pour ensuite s'interroger sur le préjudice subi et son indemnisation.

Quel manquement à l'obligation de loyauté dans les pourparlers ?

Pour répondre à cette question il faut rechercher ce qu'il faut entendre habituellement par manquement à l'obligation de loyauté.

Lorsque le contrat est formé, respecter l'obligation de loyauté consiste pour le débiteur à exécuter fidèlement ses engagements ou pour le créancier à s'abstenir de manœuvres qui pourraient rendre l'exécution d'un contrat impossible ou plus difficile.⁶ Mais quel est son contenu à l'occasion des pourparlers précontractuels ?

Dans ses chapitres I et II du titre troisième consacrés à la formation du contrat, le Code civil n'évoque pas les pourparlers, encore moins la sanction de fautes qui pourraient être commises à cette occasion. C'est la jurisprudence qui nous fournit des indications sur les conditions d'engagement de la responsabilité pour faute précontractuelle. Et le manquement à l'obligation de loyauté en fait partie. Ainsi, il est admis qu'au nom de la loyauté des négociations des pourparlers ne sauraient être interrompues brutalement avec l'intention de nuire ou de mauvaise foi ou même avec une légèreté blâmable, sans engager la responsabilité de l'auteur de cette rupture.⁷ A interpréter la jurisprudence, une confiance minimale doit s'instaurer entre les négociateurs fondée sur la transparence de leurs intentions. Au fil de la négociation et du rapprochement des positions des parties, cette confiance sera plus forte de telle sorte qu'un retrait intempestif sera d'autant plus facilement qualifié d'abusif que les négociations seront avancées. Ainsi, la Cour de cassation a approuvé la condamnation de négociateurs qui avaient renoncé sans motifs à céder leurs actions au

moment de conclure alors que les négociations s'étaient déroulées sur plusieurs mois et que les conditions de la cession dont le prix avaient été fixées⁸. Selon cet arrêt, la loyauté régit les relations des parties non seulement durant la période contractuelle, mais aussi pendant la période précontractuelle.

De même, une société ayant rompu des pourparlers au cours desquels lui avait été communiquées des techniques confidentielles a pu être condamnée pour concurrence déloyale, une des figures de la déloyauté, parce qu'elle avait utilisé ces procédés dans son activité ultérieure⁹.

On perçoit nettement dans cette jurisprudence, la volonté du juge de sanctionner la trahison de la confiance qui normalement doit s'instaurer dans les pourparlers.

Mais, il est difficile de déterminer quand le retrait d'une proposition dans le cadre de négociations contractuelles doit être qualifié de déloyal. Car le seul fait de se rétracter n'est pas en soi fautif. Qualifier de déloyale toute rétractation d'une proposition serait attenter à la liberté indispensable au déroulement de la négociation précontractuelle. Selon la jurisprudence, il faut relever d'autres éléments de nature à donner à ce retrait un caractère fautif. Ainsi, une rupture « sans raison légitime, brutale et unilatérale de pourparlers avancés » sont des circonstances qui constituent une atteinte à la loyauté.¹⁰

En l'espèce, on peut s'interroger sur l'existence de circonstances de nature à révéler le caractère déloyal du retrait de l'attribution de BSA à M. Y.

Plus précisément, est-ce que le fait pour le mandataire du cessionnaire de rédiger et de remettre un mémorandum contenant une telle proposition puis de la soustraire du document final constitue une déloyauté ? A priori, à la lecture du droit positif, on peut en douter. Les éléments susceptibles de révéler la déloyauté semblent faire défaut. Et cela d'autant plus que le contrat contenait une clause qui invalidait « tout autre engagement antérieur entre les parties ». Il ne pouvait y avoir de doute sur l'exclusion de cet avantage au moment de la conclusion de l'accord. Le consentement du cessionnaire n'a pas été surpris par une opération déloyale de soustraction d'un avantage, réalisée à son insu. Toutefois, certains éléments permettent de comprendre et de légitimer au moins partiellement la position de la Cour de cassation. L'arrêt souligne que le mandataire du cédant a négocié la cession globale pour l'ensemble des actionnaires de la société cible et « la collaboration déterminante ou pour le moins active de ses dirigeants » et « M. Y. a participé à la négociation dont le but a été obtenu (sic) par la rédaction d'un mémorandum prévoyant à son égard un traitement particulier en tant que dirigeant de la société cible ». Ainsi donc, pour les magistrats, l'attribution des BSA serait une sorte contrepartie destinée à s'assurer de la collaboration de M. Y. pendant la négociation du contrat de cession. Privé de cet avantage dans l'acte final, la confiance de M. Y. aurait été trahie. L'attitude du mandataire du cédant aurait été déloyale.

6. Sur la notion de loyauté v. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, « Les obligations », Précis Dalloz, 10^e éd. §440, p. 456.

7. Sur le manquement à l'obligation de loyauté à l'occasion des pourparlers v. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, « Les obligations », Précis Dalloz, 10^e éd. §185, p. 191 et la jurisprudence citée.

8. Cass. civ. 1, 14 juin 2000, CCC 2000, n° 157.

9. Cass. com., 3 octobre 1978, n° 77-10 915, note J. Schmidt-Salewski, D.1980, p. 55.

10. Cass. com. 7 janvier et 22 avril 1997, D. 1998 p. 45 note P. Chauvel, RTD civ. 1997.651.

Mais est-ce suffisant pour caractériser une faute précontractuelle ? Ce n'est pas certain. D'autant plus que la jurisprudence, attentive à respecter « la liberté individuelle et la sécurité commerciale » exige que la faute soit « patente et indiscutable »¹¹. Cette incertitude sur l'engagement de la responsabilité précontractuelle du cédant est d'autant plus forte que la détermination du préjudice subi et le montant de sa réparation soulève de sérieuses difficultés.

Quel préjudice et quel montant de la réparation ?

Devant les juges du fond, M. Y avait réclamé à titre d'indemnisation le versement d'une somme égale à la valeur totale des BSA déduction faite du prix d'achat des titres soit 44 900 euros. Il considérait que l'attribution des BSA avait été contractualisée et que c'était le montant des bénéfices qu'il aurait pu retirer de la vente des titres qui devait lui être versé. En en corrigeant le fondement, les juges du fond ont réduit la condamnation à paiement de la somme de 20 000 euros sans entrer dans le détail de la méthode de l'évaluation.

Le rejet de l'indemnisation à hauteur des gains espérés n'est pas une surprise. La Cour de cassation n'a jamais admis une telle évaluation en cas d'engagement de la responsabilité précontractuelle.¹² L'indemnisation pour perte de chance de gain est exclue. C'est logique. Cela reviendrait à donner force exécutoire à un avantage non contractualisé.

En réalité, cette réduction semble signifier que les magistrats se sont fondés sur un autre terrain que celui de la perte de chance de gain, celui des dommages causés à l'occasion des pourparlers. En préférant s'intéresser aux dommages causés à l'occasion des pourparlers, ils n'ont fait que se conformer à leur jurisprudence antérieure. En effet, dans l'arrêt Manoukian du 26 novembre 2003 de la chambre commerciale de la Cour de cassation après avoir écarté par principe une indemnisation pour perte de chance de gain, les magistrats ont retenu comme base d'indemnisation les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles le négociateur avait fait procéder.

En transposant cette règle à l'espèce commentée, ne pourrait-on pas considérer que l'effort de collaboration déployé par M. Y. lors des négociations a été évalué à 20 000 euros par les magistrats ? En se contentant d'énoncer que dans l'évaluation du préjudice subi les juges du fond sont souverains, la Cour de cassation nous a privés de la possibilité de mieux saisir la méthode employée dans l'évaluation du préjudice subi. Il aurait pourtant été précieux de compléter les informations fournies par la jurisprudence du 26 novembre 2003.

Q.U.

Société civile – Retrait judiciaire – Modalités du retrait – Reprise d'apports (C. civ., art. 1869, al. 2. ; 1844-9, al. 3).

Cass. 3^e civ., 12 mai 2010, n° 09-14-747, Petit c/ SCI Villeteint (n° 583 FS-PB)¹³

« L'associé qui se retire d'une société civile peut obtenir que lui soient attribués les biens qu'il a apportés lorsqu'ils se retrouvent en nature dans l'actif social. »

L'associé d'une société civile qui exerce son droit de retrait peut obtenir que lui soient attribués les biens qu'il a apportés lorsqu'ils se retrouvent en nature dans l'actif social. Énoncée par la 3^e chambre civile de la Cour de cassation le 12 mai 2010, la règle découle de la combinaison de l'article 1844-9, alinéa 3 du Code civil relatif aux modalités de partage de l'actif et de l'article 1869, alinéa 2, du même code relatif aux conditions du droit de retrait de l'associé d'une société civile.

Dans cette affaire, des époux avaient apporté en nature des terrains à l'occasion de la constitution d'une société civile immobilière (SCI). Ils ont ensuite demandé au juge à pouvoir exercer leur droit de retrait et obtenir la restitution en nature des biens apportés. Afin de rejeter la demande de restitution, la cour d'appel (CA Amiens, 26 mars 2009) a retenu que le retrait d'un seul associé n'entraîne pas dissolution de la société, qui subsiste, que son exercice implique une réduction du capital social par annulation des parts sociales de l'associé se retirant, opération assimilable à un rachat de droits sociaux et non constitutive d'un partage partiel anticipé et que les dispositions de l'article 1844-9 du Code civil ne peuvent recevoir application que lorsque l'actif social a été établi après paiement des dettes et remboursement du capital social, de sorte qu'un associé retrayant ne peut prétendre qu'au remboursement de ses droits sociaux, mais pas à la reprise de son apport en nature.

Cet arrêt qui lie la reprise d'apports à la dissolution de la société est censuré sur le fondement d'une application combinée des articles 1869, alinéa 2 du Code civil et 1844-9, alinéa 3 du Code civil, au motif que :

« À moins qu'il ne soit fait application de l'article 1844-9 (3^e alinéa), l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée, à défaut d'accord amiable, conformément à l'article 1843-4 ; que les associés peuvent valablement décider, soit dans les statuts, soit par une décision ou un acte distinct, que certains biens seront attribués à certains associés, sur sa demande, et à charge de soulte s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport ; [et] que cette faculté s'exerce avant tout autre droit à attribution préférentielle. [...] L'associé qui se retire d'une société civile peut obtenir que lui soient attribués les biens qu'il a apportés lorsqu'ils se retrouvent en nature dans l'actif social ».

Cet arrêt rappelle ainsi le droit de l'associé retrayant à la reprise de ses apports en nature, ainsi que les modalités de cette reprise.

11. CA Pau 14 janvier 1969, D.1969, D.1969, p. 716 ; v. aussi Cass. com. 10 juin 1986 Bull. civ. IV, n° 123, p. 104.

12. V. par ex. Cass. com. 26 novembre 2003, Bull. civ. IV n° 186.

13. Juris-Data n° 2010-005910 ; « Droit des sociétés » 2010, comm. n° 160, note H. Hovasse ; BRDA 10/10, n° 3 p. 2 ; D. 2010, p. 1344 ; JCP E 2010, 1794, note Ch. Lebel.

Le droit de l'associé retrayant à la reprise de ses apports

« L'associé qui se retire d'une société civile peut obtenir que lui soient attribués les biens qu'il a apportés lorsqu'ils se retrouvent en nature dans l'actif social ». La règle résulte du renvoi explicite à l'article 1844-9, alinéa 3, du Code civil opéré par l'article 1869, alinéa 2 de ce même code en vertu duquel « à moins qu'il ne soit fait application de l'article 1844-9 (3^e alinéa), l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée, à défaut d'accord amiable, conformément à l'article 1843-4 ». La combinaison est en apparence très simple à mettre en œuvre. Toutefois, certains ont pu se demander si, eu égard à la localisation de cette procédure au sein d'un texte intéressant le partage des sociétés post liquidation, elle pouvait jouer en cas de retrait d'un associé de société civile en dehors de l'hypothèse de dissolution de la société. La réponse négative apportée par la cour d'appel dans la présente affaire a été censurée par la Cour de cassation.

La solution est parfaitement justifiée car l'attribution de biens en nature dans le cadre de l'exercice du droit de retrait ne constitue pas un partage partiel anticipé¹⁴. Il s'analyse juridiquement en une opération sui generis qui réalise une réduction du capital emportant annulation des parts et remboursement des droits sociaux moyennant l'allotissement de la quote-part correspondante de l'actif social. Les règles du partage ne s'appliquent quant à elles qu'après dissolution de la société et non dans l'hypothèse du retrait, lequel laisse survivre la société après réduction du capital social. Il convient d'ailleurs d'observer qu'une partie de l'alinéa 3 de l'article 1844-9 n'a pas été reproduite dans la formulation de la motivation de l'arrêt du 12 mai 2010. Il s'agit de l'indication, après la référence à l'attribution à certains associés, qu'« à défaut, tout bien apporté qui se trouve en nature dans la masse partagée est attribuée, (sur sa demande) [...] ». Il n'est pas interdit de voir dans cette découpe une prise de distance par rapport à la notion de partage suggérée par la « masse partagée ».

Cette solution suggère donc que l'alinéa 3 de l'article 1844-9 est susceptible de recevoir une application autonome, déconnectée des autres alinéas¹⁵, lorsqu'il est combiné avec l'alinéa 2 de l'article 1869. La solution doit être approuvée, car admettre le contraire eût conduit à réduire à une peau de chagrin la possibilité pour un associé retrayant d'obtenir la reprise de ses apports ou plus largement l'attribution de biens en nature. Le renvoi opéré par l'article 1869 n'est donc qu'un simple renvoi sur les modalités de l'attribution en nature dans le cadre de la procédure de reprise des apports. La solution avait d'ailleurs déjà été retenue en 2005 par la Cour de cassa-

tion au sujet du retrait d'un associé d'un groupement forestier, sans que la question de la dissolution du groupement n'ait été évoquée¹⁶.

Par ailleurs, est-il possible d'envisager une extension de la règle à d'autres sociétés pour lesquelles un droit de retrait est organisé, telles que les sociétés à capital variable? L'article L. 231-6 du Code de commerce relatif au droit de retrait dans cette société ne comporte pas de renvoi exprès à l'article 1844-9 du Code civil. La réponse à cette interrogation dépend de la portée reconnue à ce renvoi. S'il s'analyse en une exception, l'interprétation stricte s'impose. Si au contraire, il est admis que la reprise des apports est une modalité comme une autre du retrait et que l'article 1844-9, alinéa 3 participe du droit commun en la matière, il pourrait y être recouru sans renvoi explicite.

Les conditions de la reprise des apports

L'article 1844-9, alinéa 3, du Code civil subordonne la reprise des apports et, plus largement, l'attribution de biens en nature à certaines conditions qui se retrouvent dans la motivation de l'arrêt: « Les associés peuvent valablement décider, soit dans les statuts, soit par une décision ou un acte distinct, que certains biens seront attribués à certains associés, sur sa demande, et à charge de soulte s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport, que cette faculté s'exerce avant tout autre droit à attribution préférentielle ».

En premier lieu, les biens attribués peuvent consister, comme en l'espèce, en biens apportés par l'associé. L'opération est alors dénommée reprise des apports. Peu importe la nature des biens: qu'il s'agisse de biens mobiliers, corporels ou incorporels (fonds de commerce, valeurs mobilières, droit au bail, brevets etc.) ou de biens immobiliers. Il importe toutefois que ces biens se retrouvent « en nature » dans l'actif social¹⁷. La reprise des apports n'est donc pas possible si les biens ont été transformés ou si la société s'en est séparée. Mais rien ne permet d'écarter les conséquences normales de l'accession¹⁸. La reprise peut porter sur la totalité ou sur une partie seulement des biens apportés. L'associé doit cependant pouvoir recueillir la plénitude des droits issus de l'apport. Ainsi ne peut-il, sauf convention contraire, demander à ce que lui soit attribué un bien, alors que ses parts ne représentent que la moitié de l'apport en nature effectué par un tiers¹⁹. Il en va ainsi en cas d'apport d'un bien en indivision ou démembré.

En outre, les biens dont la reprise est demandée ne doivent pas avoir déjà fait l'objet d'une clause d'attribution à un autre associé. L'article 1844-9, alinéa 2, autorise en effet l'attribution en nature « de certains biens sociaux à certains associés ». Ce texte permet donc au retrayant de se faire attribuer d'autres biens sociaux que ceux qu'il a apporté – s'il en a apporté.

14. Il échappe en conséquence aux règles du partage successoral. V. Cass. 3^e civ., 15 janvier 1997, n° 94-22 154: Bull. civ. III, n° 15; JCP G 1997, II, 22 842, note A. Couret; JCP E 1998, p. 1296; D. 1997, jur. p. 216, note Ph. Malaurie; D. aff. 1997, n° 9, p. 291; D. 1998, somm. p. 187, obs. J.-C. Hallouin; Bull. Joly 1997, p. 328, note J.-J. Daigre; Dr sociétés 1997, comm. n° 38, note Th. Bonneau; RJDA 6/1997, n° 766 p. 503 rapp. C. Daum; Defrénois 1997, p. 664, note H. Hovasse; Defrénois 1998, p. 70, note A. Chappert. Adde J.-P. Garçon et F.-X. Lucas, « Peut-on encore parler de partage partiel d'une société? », JCP N 1998, p. 1585.

15. V. en ce sens, R. Legrenre, « La notion de partage partiel de sociétés conserve-t-elle un sens fiscal? », JCP E 2007, 1999, n° 13.

16. Cass. com., 22 mars 2005, n° 01-11.154: Juris-Data n° 2005-027 776; « Droit des sociétés » 2005, comm. n° 109, note F.-X. Lucas; RJDA 2005, n° 838.

17. Il appartient à l'associé qui demande la reprise des apports de prouver que le bien figure encore en nature dans l'actif social.

18. V. en ce sens: D. Randoux, « Partage des sociétés », J.-Cl. Sociétés fasc. 31-50, n° 78.

19. CA Paris, 3^e ch., sect. A, 10 février 2004: Juris-Data n° 2004-241 979.

Ces biens doivent être évalués, car la reprise des apports – et plus largement l'attribution en nature – s'opère dans la limite de la valeur des droits sociaux de l'associé. L'opération implique donc à la fois l'évaluation des biens et celle des droits sociaux. En vertu de l'article 1869 du Code civil, la valeur des droits est fixée par accord amiable ou, à défaut, selon les dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, à dire d'expert. Selon la Cour de cassation, en l'absence de dispositions statutaires, la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits et non à la date de sa demande ou de la décision de justice l'autorisant à se retirer²⁰. Cette solution a vocation à être transposée à l'évaluation des biens destinés à être repris.

L'évaluation permet également de déterminer si une soulte est due. À cet égard l'article 1844-9 du Code civil envisage la soulte due « à l'associé », ce qui correspond à l'hypothèse dans laquelle la valeur de ses parts sociales est supérieure à celle du ou des biens dont la reprise est demandée. Le texte n'envisage pas l'hypothèse inverse de la plus-value que l'exploitation sociale a pu procurer au bien. La Cour de cassation a énoncé qu'« il doit être tenu compte, en principe, lors de la reprise par chacun des associés de ses apports personnels en nature [...] de la plus-value résultant pour ces apports de l'activité des autres associés, ainsi que des investissements et équipements particuliers dont ils ont bénéficié »²¹. Cette plus-value correspond en effet à un bénéfice revenant à la collectivité des associés devant être partagé entre tous les associés. Aussi, logiquement, l'associé se retirant qui demande la reprise du bien doit-il pouvoir verser une soulte destinée à dédommager les autres associés ou renoncer à la reprise.

En second lieu, certaines formalités doivent être respectées. La reprise des apports n'est qu'une possibilité offerte par l'article 1844-9 du Code civil, qui n'est pas d'ordre public²². Pour pouvoir en bénéficier, il importe qu'elle ait été expressément prévue, soit par les statuts, soit par une décision sociale ou un acte distinct pris à l'unanimité. L'attribution présente donc une nature conventionnelle. Inversement, les statuts ou la décision sociale peuvent valablement l'avoir écartée, notamment si le bien est indispensable à la réalisation de l'objet social.

L'associé retrayant doit ensuite en avoir fait la demande. À défaut, le mécanisme de remboursement de la valeur des droits sociaux de l'article 1869, alinéa 2, du Code civil s'applique. Comme la reprise repose sur le volontariat, elle ne saurait être imposée à l'associé. Inversement, « sauf clause contraire des statuts, les autres associés ne peuvent pas s'opposer à cette reprise d'apports. L'article 1844-9, al. 3 du Code civil affirme, en effet, le droit de tout associé à reprendre ses apports et ne prévoit aucune possibilité d'opposition de la part des autres associés. Mais l'apporteur peut renoncer par avance, dans les statuts au bénéfice de la reprise car, en vertu du même article, il peut accepter que ces apports soient attribués à d'autres associés »²³.

La SCI est aujourd'hui une forme sociale à laquelle il est recouru très fréquemment en gestion de patrimoine. Or l'associé qui apporte un immeuble espère intérieurement pouvoir reprendre ce bien, non seulement en cas de dissolution, mais aussi et surtout s'il exerce son droit de retrait en cours de vie sociale. L'arrêt du 12 mai 2010 contribuera donc à le rassurer sur ce point. Il ne saurait cependant que trop lui être conseillé de prévoir la reprise de ses apports dans les statuts. ■

I. R

20. Cass. com., 4 mai 2010, n° 08-20.693 : RJD 2010, n° 861 ; « Droit des sociétés » 2010, comm. n° 137, note H. Hovasse.

21. Cass. 1^{re} civ., 23 mai 1984 : Bull. civ. I, n° 169 ; Bull. Joly 1984, p. 878. L'arrêt intéresse une société en participation, mais la solution peut être appliquée par analogie aux sociétés civiles.

22. En ce sens, v. D. Randoux, « Partage des sociétés », JCl. Sociétés fsc. 31-50, n° 82.

23. « Mémento Francis Lefebvre, Sociétés civiles », 2010, n° 20234.