

Chronique de *Droit des Sociétés*



MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences

Faculté de droit de Strasbourg



ISABELLE RIASSETTO
Professeur

Faculté de droit du Havre

Société civile – Recours d'un créancier contre un associé – Prescription quinquennale – Point de départ – Date de dissolution de la société

*Cass. com., 12 décembre 2006, n° 1413, Société civile Financière
expansion c/ CRCAM des Côtes d'Amor*

La publication du jugement de la liquidation judiciaire de la société civile au BODACC constitue le point de départ de la prescription de l'action visée par l'article 1859 du Code civil.

Une société civile s'est portée caution du remboursement de deux prêts consentis par un établissement de crédit à une EURL. Après mise en liquidation judiciaire de l'EURL en 1994, une liquidation judiciaire de la société civile est prononcée le 12 juillet 1995, avec publication du jugement de liquidation au BODACC le 19 août 1995, puis clôture de la procédure pour insuffisance d'actif le 30 décembre 1998. Le 8 mars 2001, l'établissement de crédit assigne un associé de la société civile en paiement d'une fraction des échéances des prêts impayés. Cet associé soulève la fin de non-recevoir tirée de la prescription quinquennale prévue à l'article 1859 du Code civil.

Le problème soulevé en cette espèce porte sur le point de départ de la prescription quinquennale : compte tenu des dispositions des articles 1858 et 1859 du Code civil, faut-il retenir la date de dissolution de la société ou la date à partir de laquelle des poursuites peuvent être engagées par le créancier contre un associé ?

L'article 1858 du Code civil énonce que le créancier d'une société civile ne peut poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé de la société qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale.

L'article 1859 du Code civil précise que toutes les actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent par cinq ans à compter de la publication de la dissolution de la société.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir décidé que la publication du jugement de la liquidation judiciaire de la société civile au BODACC constitue le point de départ de la prescription de l'action visée par l'article 1859 du Code civil.

Cette décision, dans le prolongement d'arrêts antérieurs rendus dans le même sens, doit inciter les créanciers d'une société civile à la plus grande diligence, en respectant deux impératifs : d'une part, retenir la date de dissolution de la société comme point de départ de la prescription quinquennale (A) ; d'autre part, pouvoir justifier qu'il y a eu des poursuites vaines contre la société (B).

A. L'arrêt du 12 décembre 2006 procède à une application littérale de l'article 1859 : ce texte fixe expressément le point de départ de la prescription à la date de publication de la dissolution de la société.

1. Dans un premier temps, il convient de déterminer cette date lorsque la société est en liquidation judiciaire. En dépit de retouches successives en 1985, 1988 puis 2005, l'article 1844-7,7° du Code civil est rédigé en des termes peu explicites : par le jugement ordonnant la liquidation judiciaire, la société "prend fin". Les juges ont très logiquement considéré que cette "fin" de la société est néanmoins synonyme de dissolution de la personne morale¹. Le jugement d'ouverture devant lui-même être publié au BODACC, la publication de la dissolution s'identifie dès lors à la publication du jugement d'ouverture². Il en résulte que la date à retenir comme point de départ du délai de

1. Cass. com., 8 mars 2005, Rev. sociétés 2005, p. 892, note J.-F. Barbieri ; Droit sociétés nov. 2005, comm. 192, obs. F.-X. Lucas

2. Décr. 28 déc. 2005, art. 63.

prescription quinquennale est celle de la publication au BODACC de la décision ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire. Cette solution a été également retenue par la troisième chambre civile de la Cour de cassation³.

Ce chemin chaotique conduisant de l'article 1844-7 à l'article 1859 aboutit à une impasse lorsque la procédure collective ne s'achève pas par une dissolution de la société, ou ne donne pas lieu à publicité. Ainsi, depuis la réforme du droit des procédures collectives du 26 juillet 2005, la cession totale des actifs de la société dans le cadre d'un plan de redressement n'entraîne plus dissolution automatique de la société⁴, et ne fait donc pas courir le délai de prescription⁵. De même, pour les sociétés civiles constituées avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 janvier 1978 et non immatriculées, la dissolution ne donnant pas lieu à publicité obligatoire, les associés ne pouvaient se prévaloir d'une prescription quinquennale⁶.

2. Le principe ainsi énoncé à l'article 1859 du Code civil n'exclut pas d'éventuelles dérogations. Fort légitimement, des créanciers ont en effet invoqué à titre d'exception l'adage *contra non valentem agere*, en justifiant qu'un droit d'agir ne devrait pas être frappé de prescription avant même que le créancier ait eu la possibilité d'agir! L'article 1858 subordonnant l'exercice de poursuites contre un associé à la preuve de poursuites préalables et vaines contre la société, ne conviendrait-il pas de retarder à cette date le point de départ de la prescription quinquennale? Le demandeur n'ayant pas invoqué en l'espèce cette exception devant les juges du fond, la Haute juridiction ne se prononce pas sur ce point. Mais un arrêt antérieur du 8 mars 2005 a précisé que la maxime *contra non valentem* ne peut jouer qu'à la condition que le créancier justifie qu'il s'est trouvé "*dans l'impossibilité d'agir contre les associés du fait de la procédure de liquidation judiciaire*". Or une telle preuve ne pourrait que rarement être rapportée car précisément les juges ont une interprétation large de la notion de "*vaines poursuites*" qui ouvre la voie aux poursuites contre un associé.

B. La rigueur constatée dans l'application de l'article 1859 est en effet atténuée par une flexibilité manifeste dans l'interprétation de la notion de vaines poursuites de l'article 1858.

Le créancier, qui doit justifier d'avoir "*vainement poursuivi la personne morale*", n'est pas tenu d'établir que la société est en état d'insolvabilité: "*si l'exercice des poursuites contre les associés n'est pas subordonné à la clôture de la procédure collective ouverte à l'égard de la société, il appartient au créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser*"⁷. La chambre commerciale rejoint ainsi la position libérale retenue par la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁹.

Le caractère infructueux des diligences du créancier résulte non de leur inefficacité ou de leur inutilité intrinsèque, mais de l'insuffisance, révélée par elles, du patrimoine social: il a été statué en ce sens à l'égard d'un créancier qui avait fait délivrer un commandement aux fins de saisie-vente resté infructueux du fait que la débitrice ne présentait aucun bien saisissable; par ailleurs, l'insuffisance du patrimoine de la SCI était également corroborée par un courrier du liquidateur lui-même indiquant que l'actif de la société était nul¹⁰.

Le créancier, qui doit prouver par tous moyens que la société ne dispose pas d'actifs suffisants pour le désintéresser, peut demander au liquidateur une attestation établissant que la société ne peut faire face à son obligation.

Il convient de souligner que les dispositions applicables aux poursuites contre un associé d'une société en nom collectif sont moins rigoureuses pour le créancier, qui peut poursuivre un associé "*après avoir vainement mis en demeure la société par acte extra-judiciaire*" (C. com. art. L 221-1): la Cour de cassation a précisé que "*lorsque la société en nom collectif a été mise en redressement ou liquidation judiciaires avant l'engagement des poursuites contre les associés en nom, la déclaration de créance, qui vaut mise en demeure, rend inutile la délivrance d'une mise en demeure par acte extrajudiciaire à cette même société*"¹¹. En revanche, une mise en demeure de la société civile restée infructueuse n'est pas suffisante pour justifier de la vaine poursuite de la personne morale¹².

M.S.

3. Cass. 3^e civ., 13 nov. 2003, Rev. Sociétés 2004, 149 note J.F. Barbieri ; RTDCom. 2004, p. 114, obs. H. Monsérié-Bon ; BRDA 24/03, p. 4, n° 6 ; D. 2004, AJ p. 64 ; Bull. Joly 2004, p. 212, § 31, note P. Le Cannu - Cass. 3^e civ., 9 juin 1999, RTD com. 1999, p. 692, obs. M.-H. Monsérié-Bon

4. Art. 1844-7, 7^o C.civ.

5. La procédure de redressement est alors poursuivie dans les limites de la période d'observation à fin de l'arrêt d'un plan de redressement ou de liquidation judiciaire : décr. 28 déc. 2005, art. 209

6. Cass. 3^e civ., 23 févr. 2000 : Bull. civ. 2000, III, n° 42 ; Bull. Joly 2000, p. 650, § 148, note Y. Dereu ; Dr. sociétés 2000, comm. 135, obs. Th. Bonneau ; D. 2000, somm., p. 481, obs. J.-C. Hallouin ; D. 2000, act. jurispr. p. 206, obs. M. Boizard ; Rev. sociétés 2000, p. 733, note Y. Chartier ; Defrénois 2000, art. 37243, p. 1191, obs. J. Honorat ; RTD com. 2000, p. 679, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; RJDA 2000/4, n° 435. - Cass. 3^e civ., 7 mai 2003 : Bull. civ. 2003, III n° 102 ; D. 2003, act. jurispr. p. 1567, note A. Lienhard ; Bull. Joly 2003, p. 956, § 201, note F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2003, p. 506, note B. Saintourens ; RTD com. 2003, p. 753, obs. M.-H. Monsérié-Bon

7. Cass. Com. 8 mars 2005 préc.

8. Cass. Com. 6 déc. 2005, Dr. sociétés février 2006 comm. 18 obs. F.-X. Lucas et mars 2006, comm. 38 obs. J.-P. Legros

9. Cass. 3^e civ., 6 janv. 1999 : Bull. civ. 1999, III, n° 5 ; Bull. Joly 1999, p. 455, note P. Le Cannu ; RTDcom. 1999, p. 452, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; Rev. sociétés 1999, p. 376, note J.-F. Barbieri. - Cass. 3^e civ., 18 juill. 2001 : Dr. sociétés 2001, comm. 172, obs. T. Bonneau ; JCP G 2002, II, 10052, note F.-X. Lucas. - Cass. 3^e civ., 6 juill. 2005 : Dr. sociétés 2005, comm. 191 - Cass. 3^e civ., 6 juill. 2005 : Dr. sociétés 2005, comm. 191.

10. CA Paris, 25^e ch., 9 nov. 2001, Bull. Joly Sociétés 2002, p. 272 note Dereu Y.

11. Cass. com., 19 déc. 2006, Cass. com., 19 déc. 2006, SNC Gest Cordon c/ receveur principal des impôts, n° 02-21333

12. Cass. 3^e civ. 3 juill. 1996, Bull. Civ. III, n° 174 ; D. Affaires 1996, 1072 ; RTDCom. 1996, 684, obs. Cl. Champaud et C. Danet ; Bull. Joly 1996, 1043 note Y. Dereu ; JCP 1996, E, 589 n° 15 obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Defrénois 1996, 1294, obs. J. Honorat

Groupe de sociétés – Opération de sous filialisation par interposition d'une société en commandite par actions (SCA) entre une société mère et une filiale – Apport par la société mère d'un fonds de commerce à la société en commandite par action, interposée – Action pour abus de majorité de l'actionnaire minoritaire de la société mère – Action dirigée contre l'actionnaire majoritaire – Contestation de la décision d'interposer une société et de réaliser un apport partiel d'actifs – Fondement de l'action : article 1382 du Code civil – Rejet – Absence de préjudice subi par l'actionnaire minoritaire

Arrêt de la cour d'appel de Versailles, 22^e chambre, 20 juin 2006 n° 05/02777 M. c/SA Champagnes Giesler et autres. Cette décision a déjà été commentée par Paul Le Camu dans le Bulletin Joly Sociétés, décembre 2006 p. 1424, § 292

Un actionnaire minoritaire de la SA Champagnes Giesler engage une action judiciaire en responsabilité contre l'actionnaire majoritaire car il considère avoir été victime d'un abus de majorité. Pour qu'une résolution puisse être constitutive d'un abus de majorité, il faut selon la Cour de cassation, qu'elle ait été prise contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité. Si ces conditions sont réunies, alors la responsabilité de l'actionnaire majoritaire sera engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Dans son arrêt du 20 juin 2006, la cour d'appel de Versailles constate que l'interposition de la société en commandite n'a eu aucune incidence sur les pouvoirs et les droits de l'actionnaire minoritaire dans les deux sociétés (société mère et sous filiale) et que la perte de valeur des actions est sans lien de causalité avec l'abus de majorité allégué. Les conditions requises pour l'engagement de la responsabilité de l'actionnaire majoritaire ne sont donc pas réunies. La demande est rejetée.

L'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 20 juin 2006 clôt une longue procédure judiciaire jalonnée de deux arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass.com., 24 janv.1995¹³ et Cass.com., 30 novembre 2004¹⁴). Le contentieux a pour origine une création d'une société en commandite par actions (SCA), SCA Champagnes Burtin, s'interposant entre une société mère, Champagnes Giesler SA et la filiale la SA Marne et Champagne, qui répondait, selon les initiateurs de l'opération, à deux objectifs :

13. Cass. com., 24 janv.1995, Bull.civ.IV, n°27.

14. Cass. com., 30 nov.2004, n°01-16581.

15. Même si, ultérieurement, il devait être nommé commandité de la société en commandite par action Champagnes Burtin.

16. La sœur et le beau-frère de M. Marret

17. L'assemblée générale extraordinaire de la SA Champagnes Giesler s'est réunie le 5 juillet 1986.

18. Neveu par alliance de M. Burtin.

19. Détenteur 27,87 % du capital avant les décisions à l'origine de la création de SCA.

– d'une part, dégager un fondateur vieillissant, Monsieur Burtin, de ses responsabilités de direction dans la société mère¹⁵.

– d'autre part, assurer la relève de l'ancien dirigeant fondateur par la désignation de nouveaux dirigeants, commandités dans la SCA¹⁶.

Concomitamment à la création de cette SCA, la société mère allait prendre la décision au cours d'une même assemblée générale extraordinaire¹⁷ d'apporter le fonds de commerce de négoce de champagne à la société en commandite. En conséquence, la société mère Champagnes Giesler devenait un simple holding, détenteur de 99,68 % du capital de la SCA. Le pivot du groupe devenait ainsi la SCA Champagnes Burtin concentrant les pouvoirs de direction et le patrimoine permettant l'exploitation de l'activité de négoce de champagne. M. Marret¹⁸, actionnaire minoritaire¹⁹ de la SA Champagnes Giesler et de la SA Marne et Champagne, avait voté en faveur de l'opération le 5 juillet 1986 en AGE de la SA Champagnes Giesler. Plus tard, il avait changé d'avis sur l'opération, et se considérait comme victime d'un abus de majorité. La création de la SCA et l'apport partiel d'actif auraient été décidés contre l'intérêt de la société et dans l'unique dessein de servir les intérêts de la majorité.

Dans les faits, à compter de la création de la SCA, le chiffre d'affaire de la société mère avait chuté, en raison de la disparition de l'activité de négoce. Le flux des dividendes versés par la filiale à la société mère s'est tari sur décision des gérants de la SCA. M. Marret avait alors considéré que l'opération l'avait privé de toute influence et des revenus issus des versements de dividendes substantiels autrefois versés par la société mère, alors florissante. Dans une première phase de la procédure, M. Marret avait d'abord demandé à ce que soit prononcé l'annulation de la décision de l'assemblée générale extraordinaire ayant conduit à la création de la SCA et de l'apport partiel d'actif. Il avait aussi sollicité le versement de dommages et intérêts destiné à réparer le préjudice causé par l'abus de majorité. Dans son arrêt du 30 novembre 2004, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait approuvé la cour d'appel de Reims, qui, dès l'amorce de la procédure judiciaire²⁰, avait considéré que l'action en nullité était prescrite par application de l'alinéa 2 de l'article L.235-9 du Code commerce.²¹

Il restait à statuer sur la demande en condamnation à versement de dommages et intérêts. Pour cela, il fallait que la cour d'appel de Versailles se penche sur l'existence éventuelle d'un abus de majorité susceptible d'avoir causé un préjudice à M. Marret. L'abus de majorité pouvait en particulier se trouver révélé par "*des effets défavorables*"²² de l'opération pour M. Marret. Pour cela, la cour d'appel a d'abord examiné les éventuelles atteintes aux pouvoirs de décision et aux droits de d'information, de contrôle et de critique (1) pour ensuite statuer sur l'existence d'un lien de causalité

20. Arrêt du 1^o février 1993 de la cour d'appel de Reims, cassé partiellement par le premier arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 24 janvier 1995, Bull. Joly avril 1995, §101, p.303

21. "*l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission de société se prescrit pas six mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et des sociétés rendue nécessaire par l'opération.*" C.com, art.L.235-9, 2^oal.

22. Selon l'expression employé par les magistrats de la cour d'appel de Versailles dans leur arrêt du 20 juin 2006.

entre l'opération et la prétendue perte de valeur des actions des SA Champagnes Giesler et SA Marne et Champagne (2). Au final, elle a conclu, probablement à tort, à l'absence de préjudice personnel et, en conséquence, a rejeté l'action en abus de majorité.

1. Une réduction non reconnue des pouvoirs

Dans une société anonyme, chaque actionnaire peut prétendre à un traitement égalitaire avec les autres associés : tous les actionnaires, même détenteurs d'une seule action, ont accès des informations poser des questions, peuvent voter lors des assemblées générales... Mais, cela ne signifie pas pour autant qu'ils détiennent tous, un pouvoir égal. Cette inégalité face au pouvoir résulte du fait que dans les assemblées générales les voix sont comptées non par tête mais par actions. Une action donne droit, en principe, à une voix. En conséquence, les actionnaires détenant le plus grand nombre de voix imposent leur volonté aux autres actionnaires et à la personne morale. Les actionnaires minoritaires se trouvent ainsi privés de tout pouvoir de décision. Tout en étant actionnaires, ils ne sont donc pas associés à la gestion de la société²³. En constatant que M. Marret était actionnaire minoritaire, donc dépourvu de pouvoir de décision dans la SA Champagnes Giesler, la cour d'appel de Versailles en a logiquement déduit que M. Marret ne pouvait être privé par l'interposition d'une SCA de pouvoirs de décision qu'il ne possédait pas. Il n'y avait pas atteinte à un pouvoir de décision inexistant ! L'analyse est tellement implacable qu'on peut douter de son intérêt. En réalité, ce qui semble plutôt caractériser l'abus de majorité c'est moins l'exercice d'un pouvoir majoritaire que le fait de s'en servir dans l'unique dessein que de servir ses intérêts d'actionnaire majoritaire. Or, l'interposition de la SCA avait bien pour objectif de permettre à l'actionnaire majoritaire d'assurer à lui-même et à ses proches, le contrôle exclusif de l'activité de négoce. Les commandités étaient, outre lui-même, des proches acquis à la défense de ses intérêts et ce sont ces commandités qui assuraient seuls la direction de la société. En assemblée générale, l'actionnaire ultra-majoritaire était la SA Champagnes Giesler dont M. Burtin était majoritaire. La situation politique était donc verrouillée à son unique profit. L'interposition de la SCA et l'apport du fonds de commerce servaient exclusivement l'exercice d'un pouvoir exclusif. Sur cette objection, à laquelle il n'est pas répondu dans l'arrêt de la cour de Versailles, les magistrats de la cour d'appel de Paris dans leur arrêt du 19 septembre 2001 s'étaient contentés de relever que *"l'opération réalisée avait un but légitime, celui d'assurer eu égard le grand âge de M. Gaston Burtin, la pérennité de l'entreprise, en faisant appel pour la diriger à des personnes étrangères aux actionnaires ; que le choix de la forme juridique de la société en commandite par actions était licite et adapté aux poursuivis"*. Le grand âge de M. Burtin ne lui avait pourtant interdit de devenir commandité de la SCA!

L'absence de pouvoir de M. Marret résultant de l'opé-

ration allait aussi se doubler d'un affaiblissement d'un accès à l'information, de contrôle et de critique sur les activités du groupe. L'activité de négoce de Champagne ne relevait plus désormais de la société dont il était actionnaire. Il n'avait donc plus accès à la comptabilité décrivant l'activité de négoce de champagne et aux documents visés par les articles L.225-117 renvoyant à l'article L.225-15 du Code commerce (selon la nouvelle codification), il ne pouvait plus poser de questions écrites à ce sujet (C.com., L.225-108, al.3, nouvelle codification). La société mère dont il était l'actionnaire n'était plus qu'un holding pur, simple coquille détentrice d'actions. Son droit de regard se limitait désormais à la gestion des titres et à sa traduction comptable : une réduction considérable de son droit d'information, de contrôle et de critique²⁴. Ce constat n'est pas celui fait par la cour d'appel de Versailles qui considère laconiquement que *"l'interposition n'était pas un obstacle pour l'exercice des droits d'actionnaire de Monsieur Marret"*, d'autant plus que, selon elle, s'il y avait eu obstacle à l'information et au contrôle du fait de l'interposition, celui-ci aurait disparu en 1998, date de la fusion de la SCA Champagnes Burtin et de la SA Lanson International, anciennement Marne et Champagne. En effet, cette fusion était antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, obligeant le conseil d'administration de la société mère à informer directement les actionnaires sur les activités des sociétés filiales²⁵. On en déduit que, selon la Cour, M. Marret n'aurait pas pu se prévaloir d'une privation d'un droit d'accès à l'information qui n'existait pas encore. La rigidité d'une telle analyse laisse insatisfait. C'est le cas aussi des développements de l'arrêt relatifs aux droits patrimoniaux de M. Marret.

2. Une atteinte non reconnue aux droits patrimoniaux

M. Marret prétendait que les deux sociétés Marne et Champagne SA et Champagne SA avaient connu une perte de valeur provoquée par l'opération. À l'appui de son constat, M. Marret évoquait la mauvaise gestion par ses dirigeants de la SA Marne et Champagne et le fait que la SA Champagnes Giesler était devenue *"une coquille vide"*. Pour appuyer ses observations, M. Marret citait la chute du chiffre d'affaires et des bénéfices de 1986 à 1988 de la société Champagnes Giesler. Dans son arrêt de cassation du 30 novembre 2004, les magistrats avaient marqué leur sensibilité à l'argument relatif à la baisse du chiffre d'affaire et des bénéfices susceptible de révéler une atteinte aux droits de M. Marret, et avaient décidé de casser et de renvoyer l'affaire devant la cour de Versailles en l'invitant à déterminer si *"l'opération n'avait pas en réalité pour objet de favoriser les associés majoritaires de la Société Giesler, qui s'étaient octroyé la qualité d'associés, commandités et partant, le pouvoir de décider la répartition des bénéfices issus de la société Marne et Champagne, au détriment de M. Marret, associé minoritaire de la société Giesler"*. La cour d'appel de Versailles rejette la totalité des observations et arguments en constatant que les faits évoqués, la prétendue mauvaise ges-

23. Selon la formule de P. Bezdard et P. Chaput : v. La Commission des opérations de Bourse et la protection des actionnaires minoritaires dans les groupes de sociétés, Rev.soc.1982, p.481.

24. Ce déficit ne pouvait être compensé par les droits d'information, de contrôle et de critique de M. Marret en sa qualité d'actionnaire de la sous filiale, la SA Marne et Champagne. Elle se situait en aval de la

société qui concentrait l'activité de négoce et le pouvoir de gestion du groupe.

25. C.com. art.L. 233-6 al.2. *"Le conseil d'administration,... rend compte dans son rapport de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société et des sociétés qu'elle contrôle par branche d'activité..."*

tion la SA Champagne et Marne et la baisse de chiffre d'affaires de la SA Champagne résultant du transfert de l'activité de négoce sont liens de causalité avec l'abus de majorité allégué. Pour la cour, il n'y a pas atteinte aux droits patrimoniaux. Mais, comment la suivre dans son analyse, alors que le seul patrimoine de la SA Giesler n'est plus que constitué des titres et que les commandités en concertation avec le commanditaire de la SCA (la SA Champagnes Giesler, contrôlée par M. Burtin) avait la possibilité de bloquer toute remontée de dividendes. Que reste-t-il, dès lors, de la valeur de titres d'une société qui ne distribue plus de dividendes et qui n'est plus que détentrice d'actions d'une société dirigée par des commandités indépendants et libres de leurs choix de gestion? Avant l'opération, comme l'activité de négoce était logée dans la société Champagnes Giesler dont il était l'actionnaire, M. Marret pouvait invoquer l'abus de majorité s'il affrontait un refus de distribution de dividendes²⁶. Avec le transfert de l'activité de négoce vers la SCA, la source des dividendes s'est déplacée vers la SCA dont il n'était ni actionnaire ni dirigeant. Il ne pouvait plus dès lors exiger une distribution de dividendes. En déplaçant les lieux de pouvoir et les sources de bénéfices, l'opération contestée avait privé de tout intérêt la détention des titres de M. Marret. Inutile de les conserver, mais pourtant difficile de les vendre à un prix substantiel! Il n'y avait pas d'issue. La situation de M. Marret pouvait ainsi conforter le constat cruel du professeur Jean Perroud: "les actionnaires sont quelquefois traités en parasites inutiles et à éliminer"²⁷. Dommage!

Q. U.

Dividendes – Fruits – Existence – Cession de parts sociales – Enregistrement (CGI, art. 726)

Cass. com., 28 novembre 2006, n° 04-17486 (n° 1344 FS-PBIR) : *Juris-Data* n° 2006-036163 ; D. 2006, AJ, p. 3055, obs. A. Lienhard ; JCP G, act. 582 ; JCP E 2006, pan. 3863.

Si les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, après décision de l'assemblée générale, réparties entre les associés, participent de la nature des fruits, ces dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables, et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé.

Les dividendes : des fruits ne pouvant se "cueillir" au mieux qu'une fois l'an, même en cas de vente des "arbres" avant leur maturité! Cette petite métaphore exprime en substance l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 28 novembre 2006.

L'affaire concernait deux associés de deux sociétés en nom collectif (A et B). En octobre 1997, l'un cède à l'autre ses parts dans la SNC A. Par une "convention de paiement"

datée du même jour, il était prévu que devrait être affectée à chacun des associés sa quote-part de bénéfices au 31 juillet 1997 dans chacune des SNC, et que les sommes dues au cédant par le cessionnaire seraient réglées par inscription au crédit du compte courant débiteur du premier ouvert dans la SNC B et par le débit du compte courant du second dans la même SNC dont le remboursement s'effectuerait uniquement par affectation des résultats de cette société jusqu'à apurement total. L'administration fiscale, considérant que la valeur des parts de la SNC A exprimée dans l'acte de cession enregistré n'était pas représentative de leur valeur réelle, a notifié au cessionnaire un redressement de droits d'enregistrement en incluant dans la base imposable la quote-part de bénéfices du cédant arrêtée au 31 juillet et créditée au compte courant de ce dernier. Le 7 juin 2004, la cour d'appel de Toulouse refusait d'annuler ce redressement. Pour rejeter le pourvoi formé par le cessionnaire, la Cour de cassation a rappelé que "si les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, après décision de l'assemblée générale, réparties entre les associés, participent de la nature des fruits, ces dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables, et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé". Elle en a déduit que la cour d'appel, ayant "relevé que l'engagement souscrit par le cessionnaire de rembourser au cédant le solde de son compte courant déterminé après qu'il eut été crédité de sa quote-part des bénéfices réalisés par la société au 31 juillet 1997 emportait pour lui obligation de supporter le paiement de cette quote-part, dès lors qu'avant la clôture de l'exercice, l'approbation des comptes et la décision d'affectation des résultats, ces bénéfices n'étaient pas acquis, a retenu, à bon droit, que cette convention, qui reposait sur une évaluation et une affectation anticipées des résultats, et, par là même, sur une estimation de la capacité de la société à dégager des bénéfices, participait directement de l'appréciation de la valeur de la société, et constituait une contrepartie négociée, à la charge de l'acquéreur, de la cession des parts dans laquelle elle trouvait sa cause, ce qui en faisait un élément du prix de cession des parts". Soulignant la nature de fruits des dividendes (1) et leur date de naissance (2), cet arrêt présente un intérêt théorique et pratique dépassant le cadre du droit fiscal.

1. La nature de fruits des dividendes

La Cour de cassation rappelle que les dividendes "participent de la nature des fruits"²⁸. Mais sur leur variété, fruits civils (C. civ., art. 586) ou bien fruits naturels ou industriels (C. civ., art. 585), elle ne dit mot. De ce qu'elle décide que les dividendes ne viennent à existence qu'à compter de la décision de distribution de l'assemblée générale²⁹ en rejetant le pourvoi fondé sur l'article 586 du Code civil, il pourrait être déduit qu'il ne s'agit pas de fruits civils réputés s'acquérir "jour par jour". Les dividendes seraient des fruits industriels résultant de l'activité déployée au sein de la société.

Toutefois, est-il encore utile de relancer le débat théo-

26. Sur la jurisprudence sur l'abus de majorité résultant d'un refus de distribution de dividende v. par ex : Cass.com. 22 janv.1991, n°89-15.725).

27. Dans son article "La condition de l'actionnaire", *Etudes offertes à Jean Ripert*, LGDJ, Paris 1950, p.320 et cité par Dominique Schmidt,

dans son ouvrage *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Ed. Joly 2004, p.329 note 56.

28. V. Cass. civ., 21 oct. 1931 : DH 1931, 1, p. 553, DP 1933, 1, p. 100, note P. Cordonnier ; S. 1933, 1, p. 137, note H. Battifol ; Cass. civ., 7 juill. 1941 : S. 1942, 1, p. 87, DH 1941, 1, p. 370 : Cass. com., 23 oct. 1990 :

rique sur la nature juridique des dividendes³⁰, dès lors que leur régime est désormais suffisamment précisé? De la nature frugifère des dividendes découle en effet toute une série de conséquences sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la catégorie de fruits dont ils relèvent. Il en va ainsi des droits de l'usufruitier et du paiement des intérêts légaux dus sur le prix de vente prévus par l'article 1652 du Code civil³¹. Pour le reste, les solutions peuvent être déduites de la date de naissance des dividendes rappelée par le présent arrêt.

2. La date de naissance des dividendes

“Les dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé”. Si la solution n'est pas nouvelle³², elle a désormais l'honneur d'une publication au rapport de la Cour de cassation. Elle présente une symétrie parfaite avec celle rendue en matière de contribution aux pertes³³. Il s'en évince une règle générale applicable à l'affectation des résultats, selon laquelle tant que l'assemblée générale statuait sur les comptes de l'exercice n'a pas décidé de leur affectation, les bénéfices ou les pertes n'ont pas d'existence juridique. Seul le vote de la mise en distribution transforme le bénéfice potentiel en un bénéfice réel prenant la forme de dividendes. Et cette règle est une règle impérative et non supplétive de volonté, ce dont témoigne implicitement le rejet du pourvoi³⁴.

En conséquence, tant que la décision sociale n'a pas été prise, aucun dividende ne saurait être distribué à un associé puisque, juridiquement, ils n'existent pas encore. Aussi, en cas de cession de parts, le droit aux dividendes pour l'exercice en cours n'appartient qu'à celui qui a la qualité d'associé à la date de la mise en distribution, à savoir le cessionnaire³⁵. Aucune ventilation prorata temporis des dividendes n'est donc possible entre le cédant et le cessionnaire au prétexte qu'ils seraient attachés à la propriété des parts sociales.

Pour autant, cette solution n'interdit pas la cession des parts sociales à leur valeur réelle estimée à la date à laquelle elle intervient ou à une date antérieure. Cette valeur réelle calculée à partir de l'actif net de la société intègre la quote-part de bénéfices évaluée à la date de référence. Si cette évaluation revient économiquement à permettre au cédant de profiter de la valorisation de la société,

il ne s'agit pas, juridiquement, d'une distribution de dividendes en cours d'exercice puisque ces derniers n'existent pas encore³⁶. Cette quote-part constitue un élément du prix de cession. On peut même aller plus loin en affirmant que tant que le vote de l'assemblée générale sur la distribution n'a pas eu lieu, la seule qualification possible d'un paiement par le cessionnaire d'une somme correspondant à une fraction de bénéfices est celle d'élément de prix. En effet, bénéfices et dividendes ne peuvent être acquis au cédant à la date de la cession, car en cours d'exercice les bénéfices participent du patrimoine social et les dividendes n'ont pas encore d'existence juridique!

La particularité de la présente espèce résidait en ce que deux actes avaient été dressés : l'acte de cession proprement dit et une *“convention de paiement”* qui prévoyait le paiement de la quote-part de bénéfices sous forme d'un jeu d'écritures entre comptes courants d'associés³⁷ ouverts dans une seconde société³⁸. Il s'agissait de savoir si cette convention pouvait être directement rattachée à la cession de parts litigieuse en tant qu'élément du prix. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel pour l'avoir qualifiée comme telle au motif qu'elle constituait *“une contrepartie négociée, à la charge de l'acquéreur, de la cession des parts dans laquelle elle trouvait sa cause”*. Le lien réside donc dans la cause du paiement, peu important les modalités de ce dernier (jeu d'écritures).

En tant qu'élément du prix de cession, il était donc parfaitement logique que cette quote-part soit prise en compte dans l'assiette du droit d'enregistrement de l'article 726 I du CGI. On observera que cette solution ne s'explique pas par l'idée de transparence fiscale, mais par le respect du droit des sociétés et du droit des contrats. En effet, ce ne sont pas des bénéfices non affectés qui sont appréhendés pour le calcul de l'assiette du droit d'enregistrement, mais le prix de cession tel que négocié entre les parties. Tout est donc affaire de qualification.

À l'avenir, on se gardera donc d'utiliser les comptes courants d'associés dans le secret espoir de soustraire à l'administration fiscale la partie du prix de cession de titres correspondant à une quote-part de bénéfices revenant contractuellement au cédant. ■

I. R.

D. 1991, jur. P. 173, note Y. Lienhard ; JCP N 1991, II, p. 97, note M. Marteau-Petit ; RTD civ. 1991, p. 361, obs. F. Zenati ; Cass. com., 19 sept. 2006, Dr. sociétés 2006, n° 185, note J. Monnet ; BRDA 22/06, inf. 2 ; Cass. com., 5 oct. 1999 ; D. 1999, AJ, p. 69, note M. Boizard et 2000, jur. p. 556, note G. Morris-Becquet ; JCP E 2000, p. 613, note R. Bernard-Goudet ; JCP 2000, I, 205, n° 2, chron. A. Viandier et J.-J. Caussain ; RTD com. 2000, p. 138, obs. M. Storck ; Rev. sociétés 2000, p. 286, note H. Le Nabasque ; Bull. Joly 1999, p. 1104, note A. Couret ; Dr. Sociétés 2000, n° 1, note Th. Bonneau ; RD bancaire et Bourse 1999, n° 76, p. 249, n° 4, obs. M. Germain et M.-A. Frison-Roche ; Cass. com., 5 déc. 2000 ; Dr. Sociétés 2001, n° 45, note F.-X. Lucas ; RJDA 2001 n° 327.

29. V. infra 2.

30. R. Micha-Goudet, La nature juridique des dividendes, JCP E 1998, p. 68. V. Cass. civ., 21 oct. 1931 et 7 juill. 1941 précités qui ont qualifiés les dividendes de fruits civils.

31. En vertu de ce texte, l'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au paiement du capital (...) si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus ». V. Cass. com., 5 oct. 1999 et 5 déc. 2000, précités.

32. Cass. com., 23 oct. 1990 ; 5 oct. 1999 et 5 déc. 2000 précités.

33. V. Cass. com., 13 nov. 2003, Bull. Joly sociétés, 2004, § 18, p. 110, note J.-C. Parot ; Dr. sociétés, févr. 2004, comm. n° 27, note J. Monnet ; Dr. fiscal 2004, p. 426, chron. G. Ladreyt ; Banque et droit, n° 94, mars-avr. 2004, p. 45, obs. I.R.

34. En ce sens A. Lienhard, note précitée.

35. Cass. com., 9 juin 2004 ; Bull. Joly 2004, p. 1403, note H. Le Nabasque ; Dr. sociétés 2004, n° 204, note F. G. Trébulle ; Dr. et patrim. févr. 2005, p. 132, obs. D. Poracchia ; Cass. com., 31 mars 2004 ; Bull. Joly 2004, § 282, p. 1421, note P. Mousseron ; RJDA 7/04, n° 833 ; Banque & Droit, n° 99, janv.-févr. 2005, p. 57.

36. D'ailleurs, des pertes peuvent survenir entre la date de la cession et celle de l'assemblée. En outre, la société peut décider de ne pas effectuer de distribution.

37. Ce paiement a eu lieu par inscription au crédit du compte courant débiteur du cédant et, réciproquement, au débit du compte courant du cessionnaire.

38. Cette convention prévoyait également l'engagement du cessionnaire de rembourser le solde créditeur du compte courant du cédant dans la société dont les titres faisaient l'objet de la cession.