

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK

Professeur

Faculté de droit de Strasbourg

QUENTIN URBAN

Maître de conférences

Faculté de droit de Strasbourg

ISABELLE RIASSETTO

Maître de conférences

Faculté de droit de Strasbourg

Centre du droit de l'entreprise de

l'Université Robert Schuman

Société en participation. Obligation des associés à paiement d'une dette de la société (oui). Solidarité en cas de société en participation à caractère commercial. Conditions nécessaires à l'existence de l'obligation (art. 1872-1 al. 2 du Code civil). Détermination du tiers pour l'application de l'article 1872-1. Difficultés lorsqu'un des associés est aussi partenaire contractuel de la société en participation. Fondement du recours de l'associé, ayant aussi la qualité de tiers, contre les autres associés.

Chambre commerciale de la Cour de cassation, 11 mars 2003, Sté Acte IARD et autres c/SA Tignol Béton et autres, Bull. Joly Sociétés, juin 2003 § 147 p. 688, note Jocelyne Vallansan.

Un contrat pour la fourniture de béton avait été passé entre une société fournisseuse et une société cliente. Pour l'exécution de ce contrat, cinq sociétés avaient formé une société en participation. Une des sociétés, associée de la société en participation avait fourni du béton défectueux à la société cliente. La société cliente avait alors retenu 558 000 F sur le montant dû à la société, fournisseuse contractuelle. Cette dernière se retourne contre ses associées. La Cour de cassation estime que c'est à tort que la cour d'appel avait réparti la dette entre les quatre associés de la société en participation, en excluant la société qui avait contracté le marché. La Cour de cassation estime que la dette doit être répartie entre tous les associés qui ont agi au vu et au su des tiers avec solidarité puisque la société est commerciale.

La société en participation est un instrument juridique très prisé dans les affaires, car son régime juridique est très flexible et adapté à des opérations ponctuelles¹. Il est néanmoins important de connaître les règles essentielles de son fonctionnement, surtout quand on est appelé à être

partenaire ou associé de l'une d'entre elles. Or, à la lecture de l'arrêt évoqué on ne peut que constater que les magistrats n'ont pas été très clairs dans leurs justifications des solutions apportées à un litige né d'une mauvaise exécution d'un contrat. Il semble qu'en l'espèce, l'article 1872-1 du Code civil ait été évoqué à tort.

Le litige qui a donné lieu à l'arrêt de la chambre commerciale du 11 mars 2003 avait pour origine une livraison de béton défectueux à une cliente, la société Demathieu et Bard qui avait conclu un contrat de fourniture avec une société Tarmac Sud-Ouest. Ce béton défectueux avait été livré par une autre société, Montauban Béton. Cette dernière faisait partie d'une société en participation qui avait été constituée pour l'exécution de contrat. Comme le béton était défectueux, la société Demathieu et Bard retint 558 000 F sur le prix convenu avec la société Tarmac Sud-Ouest. La société Tarmac Sud-Ouest s'est alors retournée contre ses associés pour récupérer au moins une fraction de cette somme. Le tribunal de commerce saisi a réparti cette somme à concurrence de 20 % par associée. La cour d'appel de Toulouse a confirmé ce jugement, mais a modifié la répartition en considérant que la société Tarmac Sud-Ouest n'avait pas à supporter la moindre conséquence financière résultant de cette retenue et elle a considéré que c'était aux quatre autres associés de contribuer chacun à hauteur 25 % au paiement de cette somme entre les mains de Tarmac Sud-Ouest. La Cour de cassation a censuré cette décision en considérant que des associés, agissant au vu et au su des tiers, étaient tenus solidairement à la dette sociale. Les associés, y compris la société Tarmac Sud-Ouest, devaient, selon la Haute juridiction, se partager la dette à parts égales. Si cette répartition à parts égales est un résultat satisfaisant qu'il faut approuver, il n'est pas sûr que ce soit parce que les associés ont agi en cette qualité au vu et au su des tiers. Un autre fondement était en concurrence avec une telle justification. La rédaction de l'arrêt est trop elliptique pour qu'on puisse comprendre pourquoi ce fondement a été choisi. La lecture de l'arrêt suscite un trouble pour cette raison. Pour en saisir l'origine, il est nécessaire de revenir sur les règles originales qui s'appliquent lorsque la société en participation est partie à un contrat et quelles sont les obligations des associés face à une dette sociale.

¹ Ainsi, par exemple, une société française et une société américaine ont pu former une société en participation pour commercialiser un produit en Europe de l'Est : v. CA Paris 21 mars 1989, p. 886, Bull. Joly 1989, P. 886, n° 308. Mais la constitution de société en participation peut

s'étendre à des activités aussi diverses que le transport, le cinéma, l'opéra, la reproduction des chevaux, l'acquisition et l'entretien d'un bateau, v. Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, oct. 2001, § 601, p. 670.

1. La société en participation contractante

Pour comprendre comment se nouent les relations entre une société en participation et son partenaire contractuel, il faut se reporter à l'article 221-3 du Code de commerce, applicable aux sociétés en nom collectif mais aussi aux sociétés en participation lorsqu'elles ont un objet commercial (art. 1871-1), qui prévoit que tous les associés sont gérants sauf disposition statutaire contraire. Les pouvoirs du (des) gérant(s) sont en principe fixés par les statuts. A défaut, le gérant peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société (art. L 221-4 al. 1 C. com.). En l'espèce, la société en participation a passé un contrat de sous-traitance pour la fourniture de béton avec une de ses associés, la société Tarmac Sud-Ouest. Il est probable que la société Tarmac a aussi tenu le rôle de gérant de la société en participation à l'occasion de ce contrat. L'arrêt ne le précise pas, mais on peut le supposer ².

Quelle est l'étendue de l'engagement contracté par le gérant ? L'article 1872-1 du Code civil indique que l'associé, donc le gérant sauf disposition statutaire contraire, agit en son nom personnel. C'est à la condition toutefois que l'existence de la société en participation n'ait pas été portée à la connaissance de l'autre partie contractante.

Dans ce cas c'est la société tout entière qui est engagée.

La révélation d'une société en participation par un moyen quelconque (utilisation du nom social sur un camion, ouverture d'un compte bancaire société, ou de façon plus générale un acte de gestion ³) engage en effet la société elle-même. Comme il est possible de le déduire de la motivation de l'arrêt de cassation, la société était révélée ou ostensible.

On en conclut donc que la société Tarmac Sud-Ouest, en sa qualité de gérante, a engagé la société en participation.

Il reste alors à déterminer les conséquences qu'emporte, pour chaque associé, l'engagement contractuel de la société et, en particulier, lorsqu'une dette trouve son origine dans une inexécution contractuelle. C'est à ce stade où les magistrats de la chambre commerciale ont probablement trébuché.

2. La dette sociale et les associés

La société cliente, Demathieu et Barth, faisait reproche d'avoir été livrée d'un béton défectueux. Son partenaire contractuel, la société Tarmac Sud-Ouest, s'était vu privée d'une partie du prix convenu. Cette qualité défectueuse était le fait d'une des sociétés associée de la société en participation, Montauban Béton. La société Tarmac Sud-Ouest pouvait en conséquence se retourner contre son partenaire sous-traitant, la société en participation, pour lui faire supporter le coût d'une mauvaise exécution du

contrat. Il fallait déterminer ensuite si les associés de la société en participation étaient tenus à contribuer au paiement de la dette et dans quelles proportions.

La réponse à la première question ne fait a priori guère de difficultés. La société en participation est une société transparente car elle n'a ni personnalité juridique, ni patrimoine propre et ses associés répondent des pertes par application de l'article 1832 du Code civil.

La réponse à la deuxième question ne semble pas non plus soulever d'importantes difficultés. La répartition des pertes est déterminée selon les règles statutaires par application de l'article 1134 du Code civil ou, à défaut selon l'importance des parts détenues par chacun des associés. Il était donc logique que, dans l'espèce commentée, la dette soit divisée en cinq parts égales, car chacune des sociétés associées détenait 20 % des parts, et qu'il n'y avait, semble-t-il, aucune disposition statutaire divergente. Le règlement des comptes, visant à apurer cette dette, aurait dû intervenir après l'opération, à la fin de l'année ou encore à la fin de la participation. Il n'y avait là aucune nécessité de recourir à la notion d'obligation à la dette à l'égard d'un tiers.

Pourtant, si la Cour de cassation retient bien une répartition à parts égales entre les cinq associées, y compris Tarmac Sud-Ouest, elle trouve un autre fondement à ce fractionnement de la dette initiale.

Elle estime que c'est parce que toutes les sociétés avaient été révélées à l'égard du tiers contractant ⁴ que les associées seraient chacune tenues solidairement pour 20 % de la dette. Elle transpose ici la règle de l'article L 1872-1 al. 2 du Code civil : «... si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, ... ».

La Cour de cassation considère implicitement que Tarmac Sud-Ouest était un tiers pour la société en participation et qu'à ce titre elle pouvait invoquer l'article 1872-1 al.2 et la solidarité à la dette sociale à l'égard d'un tiers.

Mais il s'agissait bien d'un curieux de tiers, puisque ce tiers était lui-même associé de la société en participation !

N'est-ce pas là une nouvelle occasion d'évoquer le dieu Janus, aux deux visages opposés ?

Il était difficile de préférer l'un à l'autre fondement. Les magistrats de la chambre commerciale auraient pu donner plus de force à leur choix en l'éclairant de plus amples justifications.

De plus, cette préférence de la Cour de cassation pour l'article 1872-1 al. 2. impliquant que Tarmac Sud-Ouest soit qualifié de tiers était en contradiction avec la formulation de l'attendu de l'arrêt qui fait reproche aux juges d'appel d'avoir traité Tarmac Sud-Ouest comme un tiers !

Q. U.

2 V. J. Vallansan, Bull. Joly Sociétés, juin 2003 § 147 p. 688 note sous l'arrêt commenté.

3 Cass. com. 26 nov 1996, Rev. sociétés, 1997, p. 357.

4 La Cour de cassation ne précise pas qui est le tiers, mais il s'agit probablement de la société Tarmac Sud-Ouest.