



contact@lexcontractus.fr
12 avenue de Tivoli - 33110 Le Bouscat
05 56 44 40 56

ACTUALITÉS SEPTEMBRE 2019

DROIT DES SOCIÉTÉS



Rédacteur :



Maître Cédric BERNAT

Docteur en Droit – Avocat

Membre de l'IDABB (Institut de Droit des Affaires du Barreau de Bordeaux)

Membre de l'AFDM (Association Française du Droit Maritime)

Première partie.
ACTUALITÉ JURISPRUDENTIELLE

1. DIRIGEANTS DE FAIT : ATTENTION A VOTRE RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE POUR LE PAIEMENT DES DETTES SOCIALES (ET NOTAMMENT FISCALES)

Cour de cassation, Chambre commerciale, 10 avril 2019
Pourvoi n° 17-19844

En 1990, les époux N et Monsieur M ont constitué une société D, dont l'objet était la promotion et le commerce d'œuvres d'art, dont l'activité consistait notamment à commercialiser les œuvres de Madame N.

Cette société, dont Monsieur L était le gérant, a fait l'objet d'une liquidation amiable clôturée en 2010.

A la suite d'une vérification de sa comptabilité, l'administration fiscale lui a adressé en 2011, une proposition de rectification. En l'absence de contestation, un avis de mise en recouvrement a été notifié en février 2013, à son représentant légal. N'ayant pu recouvrer les impositions en résultant, et estimant que les époux N étaient les dirigeants de fait de la société, le comptable du pôle de recouvrement spécialisé de Paris Sud-Ouest les a assignés, en septembre 2014, sur le fondement de l'article L. 267 du livre des procédures fiscales, afin qu'ils soient déclarés **solidairement responsables, avec la société, du paiement des impositions et pénalités dues par cette dernière.**

Dans un arrêt du 21 mars 2017, la Cour d'appel de DIJON a constaté (notamment) :

- que, le 16 mai 2008, Madame N a conclu trois contrats pour le compte de la société D, en vue de la promotion et de la vente de ses œuvres en République populaire de Chine et qu'elle détenait une carte bancaire adossée au compte ouvert par la société dans les livres de la banque UBS ;
- que le 10 décembre 2001, Monsieur N, pour le compte de la société, a confié à la société Eliz production la promotion des œuvres de son épouse ; que, par courrier du 10 mai 2005, il a adressé à la banque UBS des instructions pour qu'il soit procédé à des virements sur les comptes de la société ;
- que de nombreuses factures intéressant la société étaient adressées au domicile des époux N, et que Monsieur L, dirigeant de droit de la société, prenait ses instructions auprès des époux N, excluant ainsi tout lien de subordination et l'exécution d'engagements contractuels de la part de ces derniers ;
- qu'en l'état de ces constatations et appréciations, force est de constater que les époux N disposaient à la fois du pouvoir d'engager la société envers les tiers et de toutes prérogatives sur les comptes de la société, de sorte qu'ils en étaient les

dirigeants de fait, et que seuls leurs manquements répétés à leurs obligations déclaratives étaient à l'origine de l'impossibilité pour l'administration fiscale de recouvrer les impositions dues par la société dont la liquidation amiable avait été décidée.

Les époux N ont formé un pourvoi en cassation.

Dans son arrêt du 10 avril 2019, la Chambre commerciale de la Cour de cassation rejette leur recours, au motif que la Cour d'appel a parfaitement motivé sa décision, lui conférant ainsi une base légale.

Mots Clé : Dirigeant de fait – Responsabilité civile – Responsabilité fiscale – Responsabilité solidaire entre dirigeants de fait – Solidarité du dirigeant de fait – Dettes sociales – Dette fiscale – Rejet du pourvoi

Commentaire

Certaines personnes, qui ne souhaitent pas apparaître en qualité de « gérant » ou représentant légal auprès du registre du commerce et des sociétés, et donc, en cette qualité sur l'extrait Kbis, pensent néanmoins pouvoir agir en toute liberté, au nom et pour le compte de la société, en n'en tirant que des avantages, et ne souffrant d'aucune obligation, à quelque titre que ce soit.

Erreur !

Le droit commercial, mais aussi le droit civil connaissent la notion de « **dirigeant de fait** », **qui**, à côté du « dirigeant de droit », **accomplit des actes de gestion** :

Comme dans cette affaire :

- Conclusion de contrats dans l'intérêt de la société,
- Ordres de virements bancaires adressés au banquier gestionnaire du compte de la société,
- Détention et usage d'une carte bancaire adossée au compte de la société,
- Réception du courrier de la société, à son domicile personnel,
- Encadrement des positions devant être adoptées par dirigeant de droit (ce dernier étant alors subordonné aux décisions du dirigeant de fait)

Mais, bien évidemment, cette liste n'est pas exhaustive, et est régulièrement enrichie par la jurisprudence, au gré des décisions rendues.

Et, en l'espèce, les dirigeants de fait avaient manqué aux obligations déclaratives (fiscales) de la société, d'où la proposition de rectification, mise en recouvrement en l'absence de contestation.

Le droit connaît bien cette situation des dirigeants de fait.

1. Ainsi, au plan pénal, en cas d'infractions, les dirigeants de fait s'exposent aux mêmes sanctions que les dirigeants de droit :

► L'article **L. 241-9 du Code de commerce** prévoit que les sanctions pénales définies aux articles L. 241-2 à L. 241-5 du même Code, « *sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion* »

d'une société à responsabilité limitée (SARL) sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal ».

► Une disposition équivalente existe, concernant les dirigeants de fait, dans les **sociétés par actions** : l'article **L. 246-2 du Code de commerce** dispose ainsi que « *Les dispositions des articles L. 242-1 à L. 242-29, L. 243-1 et L. 244-5, visant le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes ou de sociétés européennes et les gérants de sociétés en commandite par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, a, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux* ».

► Aux termes de l'article R. 128-2 du Code de commerce : « *Les mesures mentionnées au troisième alinéa de l'article L. 128-1 sont inscrites sur le **fichier national des interdits de gérer** par le greffier du tribunal de commerce chargé de la tenue du registre du commerce et des sociétés auquel est immatriculée la personne physique qui en est l'objet ou la personne morale dont elle était le **dirigeant de droit ou de fait**, dès que la décision de ce tribunal n'est plus susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution* ».

► Sur la responsabilité pénale du dirigeant de fait et celle du dirigeant de droit à propos des mêmes faits, en matière d'**infractions fiscales** : cf. **articles 1741 et 1743 du Code général des impôts**.

2. Au plan civil, les dirigeants de fait s'exposent aux mêmes risques (financiers) que les dirigeants de droit :

► Ainsi, aux termes de l'**article L. 651-2** (alinéa 1) **du Code de commerce** : « *Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une **insuffisance d'actif**, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de **pluralité de dirigeants**, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du **dirigeant de droit ou de fait** dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée.* »

Par suite, l'**article L. 651-4** (alinéa 2) précise que « *Le président du tribunal peut (...) ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens des dirigeants ou de leurs représentants visés à l'alinéa qui précède ou encore des biens de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée compris dans son patrimoine non affecté. Il peut maintenir la **mesure conservatoire ordonnée à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait** en application de l'article L. 631-10-1.* »

► Plus largement, la **responsabilité civile délictuelle** du dirigeant de fait peut être engagée sur le fondement du droit commun (articles 1240 et 1241 du Code civil), spécialement pour les faits antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective : la Cour de cassation a ainsi précisé que « *la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions* » (Cass. Com. 7 mars 2006, pourvoi n° 04-16536).

2. LA PERTE DE CONFIANCE D'ACTIONNAIRES ENVERS LE PRÉSIDENT D'UNE SAS, CONSTITUE-T-ELLE UN JUSTE MOTIF DE RÉVOCACTION ?

**Cour de cassation, Chambre commerciale, 14 novembre 2018
Pourvoi n° 17-11103**

La SAS A, dont Monsieur X était président, était détenue à 88,59 % par la société N. Les statuts de la société A prévoyaient que le président pouvait être révoqué par décision collective des associés, et que si la révocation était décidée sans juste motif, elle pouvait donner lieu à des dommages-intérêts.

Estimant que sa révocation, survenue en 2010, était intervenue en violation des statuts, sans juste motif et dans des conditions vexatoires, Monsieur X a assigné les sociétés A et N en paiement de dommages-intérêts au titre de son préjudice moral et de sa perte de revenus.

Dans un arrêt du 22 novembre 2016, la Cour d'appel de BESANÇON a considéré :

- que, nonobstant les bons résultats de la société de 2006 à 2010 sous sa présidence, la perte de confiance des actionnaires à son égard, pour subjective qu'elle puisse être, apparaît bien réelle et constitue un motif légitime de révocation ;

- que, s'agissant du préjudice financier invoqué quant à la perte de revenus consécutive à sa révocation, Monsieur X ne conteste pas qu'il tirait l'essentiel de ses revenus de ses fonctions de directeur financier de la société A appartenant au groupe N, en contrepartie desquelles il percevait une rémunération moyenne de l'ordre de 7 525 euros bruts par mois auxquels ne s'ajoutaient que 1 000 euros brut mensuels au titre de son mandat social au sein de la société A ;

La Cour d'appel en a déduit que la révocation de Monsieur X était fondée sur un juste motif et a rejeté sa demande indemnitaire à ce titre.

Monsieur X a formé un pourvoi en cassation.

Dans un arrêt du 14 novembre 2018, **la Cour de cassation casse cette décision**, au visa des articles 1382 (devenu 1240) du Code civil, et L. 227-5 du Code de commerce, aux motifs :

- qu'en se déterminant ainsi, sans **rechercher**, comme elle y était invitée, **si cette perte de confiance était de nature à compromettre l'intérêt social de la société**, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

- qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel n'a pas caractérisé des motifs propres à exclure l'existence d'un préjudice subi par Monsieur X, et a donc privé sa décision de base légale.

Mots Clé : Président de SAS – Révocation statutaire pour juste motif – Article L. 227-5 du Code de commerce – Perte de confiance – Compromission de l'intérêt social (non) – Juste motif de révocation (non) – Perte de rémunération – Préjudice – Cassation

1. Précision sur le sens de la décision, articulée sur deux notions : la perte de confiance et l'intérêt social

La solution doit être lue avec attention.

Il ne s'agit pas, pour la Cour de cassation, d'écarter de manière générale, la perte de confiance, comme juste motif de révocation du dirigeant.

La Cour de cassation pose une condition :

- Si cette **perte de confiance** est **de nature à compromettre l'intérêt social**, alors elle constitue un juste motif de révocation du dirigeant ;
- Mais si cette perte de confiance n'est pas de nature à compromettre l'intérêt social, alors, elle est insuffisante à caractériser un juste motif de révocation du dirigeant.

En l'espèce, la Cour d'appel avait estimé que « nonobstant les bons résultats de la société de 2006 à 2010 sous sa présidence, la perte de confiance des actionnaires à son égard, pour subjective qu'elle puisse être », apparaissait bien réelle et pouvait donc constituer un juste motif de révocation.

La Cour de cassation censure : non, en statuant ainsi, **la Cour d'appel ne caractérise pas en quoi** cette perte de confiance aurait compromis l'intérêt social. **Au contraire**, la Cour d'appel avait même observé les « bons résultats de la société de 2006 à 2010 » sous la présidence de ce dirigeant, ce qui était la caractérisation que **la perte de confiance, à la supposer établie, n'a nullement compromis l'intérêt social, qui a été manifestement préservé.**

Cela signifie encore que, pour donner une base légale à sa décision, une juridiction ne peut pas se contenter, dans un pareil cas de révocation pour juste motif, de la simple allégation d'une perte de confiance. Pour motiver utilement leur décision, **les juges devront rechercher si** cette perte de confiance alléguée était de nature à compromettre l'intérêt social.

Ainsi, à l'inverse, si la perte de confiance entraîne un véritable blocage du fonctionnement de la société, ou que le nombre de contrats signés avec la clientèle est en chute libre, de même que le chiffre d'affaires, on pourra alors considérer que la perte de confiance alléguée est de nature à compromettre l'intérêt social, et révoquer le dirigeant pour juste motif.

2. Portée de la décision

Par ailleurs, on prendra garde de bien comprendre que cette solution ne vaut pas pour toutes les sociétés commerciales.

En effet, en application de l'article L. 227-5 du Code de commerce, au moment de la rédaction des statuts, ou ultérieurement, à l'occasion de leur modification par un vote en assemblée générale, les associés de la **SAS** ont le choix :

- Ou bien opter pour une révocation *ad nutum* (sans motif) du dirigeant,
- Ou bien opter pour une révocation pour juste motif : *a contrario*, cela implique que, si le dirigeant ne pouvant être révoqué que pour juste motif, fait l'objet d'une telle révocation mais en l'absence d'un juste motif, alors la société s'expose à devoir indemniser ce dernier en lui versant des dommages-intérêts.

En l'espèce, nous étions dans ce second cas de figure, puisque les statuts de la SAS prévoyaient une révocation pour juste motif. Dès lors, les conditions strictes de la révocation pour juste motif devaient être respectées ; ce qui n'a pas été le cas dans cette affaire, et qui a été mal compris par la Cour d'appel : d'où la censure de la Cour de cassation.

On ajoutera enfin, que, plus fréquemment, le juste motif allégué est plus directement appréciable que le sentiment subjectif et relatif d'une « perte de confiance ».

Ainsi, **la révocation pour juste motif résultera plus souvent d'une faute de gestion, ou de la violation d'une obligation légale** : manquement aux obligations déclaratives de la TVA, harcèlement sur un(e) salarié(e), etc.

3. ACTION EN NULLITÉ D'UN ACTE DE CESSION DE PARTS SOCIALES D'UNE SARL : QUEL EST LE TRIBUNAL COMPÉTENT ?

Cour d'appel de PARIS, 25 septembre 2018 - RG n° 18-04571

En octobre 2014, Madame D a cédé à la SCI G, les 300 parts qu'elle détenait au sein de la Sarl P, créée pour la gestion du patrimoine familial constitué d'un terrain situé à Chamonix divisé en 5 lots sur lequel se trouvent 5 chalets.

La cession est intervenue au prix de 4 573 euros pour 300 parts sociales représentant 21% du capital social.

Madame D, arguant du caractère dérisoire du prix et indiquant avoir cédé sous la pression du gérant de la société G, a assigné ladite société devant le **tribunal de commerce** de PARIS afin d'obtenir la nullité de la cession de parts sociales.

Par jugement du 16 février 2018, ce tribunal **s'est déclaré incompétent au profit du tribunal de grande instance** de PARIS au motif, que la cession des parts sociales est intervenue entre deux personnes non commerçantes et que même si la société P est une SARL, il s'agit d'un litige purement civil.

Par acte du 5 mars 2018, Madame D a relevé appel de cette décision.

Dans un arrêt du 25 septembre 2018, la Cour d'appel infirme le jugement et retient que **seul le tribunal de commerce est compétent** pour connaître de cette action en nullité de la cession de parts sociales.

Au visa de l'article L 721-3 du code de commerce, la Cour rappelle que les tribunaux de commerce connaissent :

- 1) **Des contestations** relatives aux engagements entre commerçants, entre artisans, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux,
- 2) de celles **relatives aux sociétés commerciales**,

3) de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.
Ainsi, les litiges entre associés d'une société commerciale relèvent de la compétence du tribunal de commerce, par application du 2° de ce texte.
En l'espèce, le litige portait sur une demande de nullité d'un acte portant cession de parts d'une SARL (société commerciale). Dès lors, seul le tribunal de commerce avait compétence pour en connaître.

Deuxième partie. ACTUALITÉ LÉGISLATIVE

Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, dite « de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés »

Publiée au Journal Officiel du 20 juillet 2019

Ce texte est issu d'une proposition de loi déposée au Sénat par Monsieur Thani SOILHIHI (Sénateur de MAYOTTE), le 4 août 2014.
C'est un patchwork de dispositions éparses, dont l'utilité peut interroger.

♦ D'abord, le texte adopté vient **contredire une jurisprudence établie de la Cour de cassation**, concernant la répartition du droit de vote entre le nu-proprétaire et l'usufruitier des parts sociales.

Pour mémoire, notamment, dans un arrêt du 15 septembre 2016 (pourvoi n° 15-15172), la 3ème Chambre civile de la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel (AIX-EN-PROVENCE, 22 janvier 2015) a exactement retenu que **l'assemblée générale** (d'une SCI, ayant pour objet la cession d'un immeuble social) du 14 janvier 2005, ayant pour objet des décisions collectives autres que celles qui concernent l'affectation des bénéfices, **ne saurait être annulée** au motif que l'usufruitière des parts sociales, n'avait pas été convoquée pour y participer.

Le **nouvel article 1844, alinéa 3 du Code civil** dispose désormais du contraire : « *Si une part est grevée d'un usufruit, le nu-proprétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Toutefois, pour les autres décisions, le nu-proprétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier* ».

♦ Ensuite, le législateur a jugé utile d'ajouter un **alinéa 4 à l'article 1844-6 du Code civil**. Là encore, le droit antérieur est **contredit**.

Jusqu'ici :

- Toute société est créée pour une certaine durée qui ne peut excéder 99 ans ;
- **Lorsque ce terme survient, la société est dissoute de plein droit** ;
- Mais, à condition que les statuts le permettent, ce terme (initial) peut être prorogé, par un vote en assemblée générale (à l'unanimité, selon l'article 1844-6, alinéa 1, ou

selon les règles de majorité et de quorum fixées pour les décisions emportant modification des statuts) ;

- Les alinéas 2 et 3 de l'article 1844-6 ajoutaient (et sont inchangés) : « *Un an au moins avant la date d'expiration de la société, les associés doivent être consultés à l'effet de décider si la société doit être prorogée* » ; « *A défaut, tout associé peut demander au président du tribunal, statuant sur requête, la désignation d'un mandataire de justice chargé de provoquer la consultation prévue au deuxième alinéa* ».

Le **nouvel alinéa 4**, issu de la loi du 19 juillet 2019, ajoute que : « *Lorsque la consultation n'a pas eu lieu, le président du tribunal, statuant sur requête à la demande de tout associé **dans l'année suivant la date d'expiration de la société**, peut constater l'intention des associés de proroger la société et autoriser la consultation à titre de régularisation dans un délai de trois mois, le cas échéant en désignant un mandataire de justice chargé de la provoquer. Si la société est prorogée, les actes conformes à la loi et aux statuts antérieurs à la prorogation sont réputés réguliers et avoir été accomplis par la société ainsi prorogée* ».

Cet alinéa a donc pour objet de rajouter un filet de sécurité supplémentaire, à **destination des étourdis qui ne se seraient « pas aperçu »** en temps utile, de la survenance du terme de la société...

♦ Autre illustration de la qualité du travail parlementaire :

Lors de l'examen du projet de loi PACTE, le 12 février 2019, le **Sénat** avait estimé utile d'imposer à **toute société commerciale** de désigner un commissaire aux comptes, dès lors qu'un ou plusieurs associés représentant au moins un quart du capital en font la demande.

A l'occasion de l'examen du même projet de loi PACTE, le 15 mars 2019, l'**Assemblée nationale** a réduit le champ d'application de cette mesure, aux seules **SARL, SNC et SCS**, au motif que les actionnaires des sociétés par actions (SA, SAS, SCA) sont suffisamment protégés par ailleurs.

Puis, la même Assemblée nationale, **examinant cette fois la proposition de loi SOILHIHI, le 27 mars 2019, a souhaité étendre ce dispositif aux...** sociétés par actions (**à la stupéfaction du Professeur Jean-François BARBIERI : La réforme du commissariat aux comptes par la loi PACTE : raboutage du contrôle légal et lots de consolation**, Bulletin Joly du 1^{er} juin 2019, n° 4, p. 84) !

Et, finalement, dans le texte adopté le 19 juillet 2019, le dispositif est étendu aux seules **SAS** : on ajoute ainsi une strate supplémentaire à l'**article L. 227-9-1 du Code de commerce**, désormais doté d'un **nouvel alinéa 4** : « *Lorsque les conditions prévues au deuxième alinéa du présent article ne sont pas atteintes, un commissaire aux comptes peut être nommé pour faire application du second alinéa de l'article L. 225-146* ».

Pour mémoire, ce dispositif (issu de la loi PACTE du 22 mai 2019) figure à l'article L. 223-34 alinéa 4, pour les SARL, et L. 221-9 alinéa 4, pour les SNC.

www.lexcontractus.fr

Vous pouvez librement vous abonner ou vous désabonner à notre newsletter.

Mention légale :

Le présent bulletin est gratuit et ne peut être vendu.

Tous les droits de propriété intellectuelle (tels que notamment droits d'auteur, droits voisins, droits des marques) sont réservés. Ces éléments sont la propriété unique de la société d'exercice libéral à responsabilité limitée (SELARL) LEX CONTRACTUS, immatriculée au RCS de BORDEAUX sous le n° 519 133 219.

Toute utilisation non expressément autorisée entraîne une violation des droits d'auteur et constitue une contrefaçon. Elle peut aussi entraîner la violation de tous autres droits et réglementations en vigueur. Elle peut donc engager la responsabilité civile et/ou pénale de son auteur.

©LexContractus