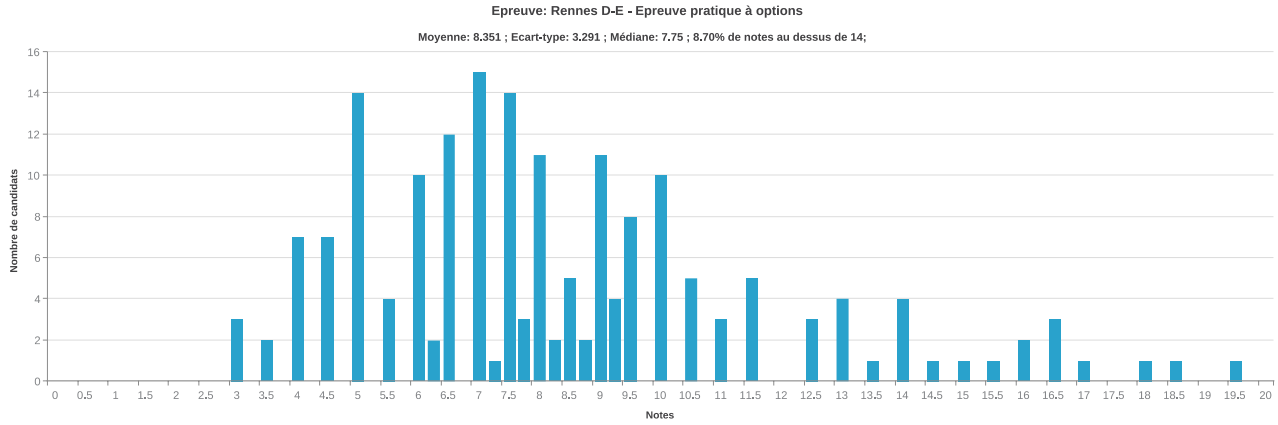
Concours D-E 2021

Rapport de jury
Épreuve de droit commercial

I – Statistiques



II - Rapport

L'arrêt proposé au commentaire d'arrêt pour l'année 2021 ne présentait guère de difficultés. Choisi d'ailleurs pour sa clarté, il a donné lieu à des productions cohérentes, n'appelant pas de remarques particulières. Les candidats semblent tous, ou presque, maîtriser la technique du commentaire d'arrêt et le niveau des copies est globalement satisfaisant.

Un point, toutefois, mérite d'être souligné : de façon étonnante, la majorité des candidats n'a pas perçu les raisons de la cassation, savoir l'erreur de la Cour d'appel relative à la charge de la preuve. Faute de ce viatique, les raisonnements produits ont perdu toute cohérence, ce qui a affecté significativement les appréciations.

Un corrigé vous est proposé ci-dessous. La dernière sous- partie comprend un encadré pour signifier que cette fin du commentaire est hors barème car présentant un degré d'abstraction qui n'est pas requis au niveau du concours Droit-Économie.

Arrêt n°320 du 10 avril 2019 (17-28.834)- Cour de cassation - Chambre commerciale, financière et économique -

Société créée de fait Cassation

Sommaire :

Il résulte des articles 1872-2 et 1873 du code civil que la dissolution d'une société créée de fait peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps.

Sont impropres à caractériser une notification faite de mauvaise foi ou à contretemps les motifs par lesquels une cour d'appel retient qu'un associé d'une société créée de fait qui souhaite la dissolution de celle-ci ne démontre pas que, contrairement à ses allégations, tous les candidats acquéreurs ont été systématiquement évincés par son coassocié, et qu'il ne justifie d'aucune démarche pendant les deux ans qui précèdent la notification de la dissolution de la société

Demandeur : M. K... Y... Défendeur : M. A...D...

Sur le moyen unique, pris en ses troisième et septième branches, qui est recevable :

Vu les articles 1872-2 et 1873 du code civil ;

Attendu qu'il résulte de ces textes que la dissolution d'une société créée de fait peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, par lettre recommandée du 25 juin 2014, M. Y... a notifié à M. D... , son associé dans une société créée de fait exploitant une officine de pharmacie, sa volonté de mettre un terme à leur indivision ; qu'il l'a ensuite assigné en dissolution de cette société, sur le fondement de l'article 1872-2 du code civil ;

Attendu que pour rejeter sa demande, l'arrêt retient que M. Y... ne démontre pas que, contrairement à ses allégations, tous les candidats acquéreurs ont été systématiquement évincés par M. D... , et qu'il ne justifie d'aucune démarche postérieure à la fin de l'année 2012 et antérieure à la notification de la dissolution de la société, près de deux ans après ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser une notification faite de mauvaise foi ou à contretemps, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 22 juin 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon, autrement

Président :Mme RIFFAULT-SILK, conseiller doyen faisant fonction de président
Rapporteur : Mme de Cabarrus, conseiller référendaire rapporteur
Avocat général : Mme Pénichon Avocat (s) : SCP Ortscheidt, SCP Waquet, Farge et Hazan

Cour de cassation - chambre commerciale - Arrêt n°320 du 10 avril 2019 (17-28.834) – Cassation -

« *Actori incombit probatio* » l'adage est parvenu jusqu'à nous comme une règle de droit positif mais il connaît des exceptions. Le régime de notification de la demande dissolution d'une société en participation en constitue un exemple, comme dans l'affaire que la Cour de cassation a tranché dans son arrêt n°320 du 10 avril 2019 (Ch. Commerciale, n° pourvoi 17-28.834). Étaient en jeu, ici, la mise en œuvre des deux critères d'appréciation de la validité de la notification prévue à l'article 1872-2 du Code civil ; la question de la preuve de ces critères étant placée au cœur des débats.

Faits de l'espèce
M. D et M. Y exploitent en commun une officine de pharmacie en dehors de tout cadre sociétaire. M. Y, souhaitant quitter son associé entreprend des démarches (dont la nature n'est pas connue) à cette fin, démarches qui cessent à la fin de l'année 2012. M. Y notifie enfin à M. YD, le 25 juin 2014, sa volonté de « *mettre fin à leur indivision* ».

Procédure
Il l'assigne ensuite en dissolution de la société créée de fait résultant de l'exploitation, sur le fondement de l'article 1872-2 du code civil. On ignore, ici, la solution retenue par le premier juge. On ignore également qui interjette appel.

On sait, toutefois, que la Cour d'appel de Lyon rend un arrêt le 22 juin 2017 en vertu duquel elle estime que la notification de M. Y ne pouvait donner lieu à dissolution.

M. Y forme alors un pourvoi en cassation sur un moyen unique comportant au moins sept branches, seules les troisièmes et septièmes étant déclarées recevables.

La Cour de cassation, le 10 avril 2019, à l'appui d'un attendu de principe, cassera l'arrêt d'appel pour défaut de base légale et renverra l'affaire devant la même cour d'appel de Lyon autrement constituée.

Thèses en présences

Les thèses soutenues au fond ne sont pas rapportées par le juge du droit mais on sait explicitement que M. Y excipait de l'existence d'une société créée de fait susceptible de faire l'objet d'une dissolution par notification.

Les thèses soutenues dans les deux branches recevables ne sont pas non plus connues, la Cour de cassation ayant cassé l'arrêt attaqué. On connait en revanche partiellement les motivations de la Cour d'appel de Lyon. Les seconds juges retiennent, d'après les motifs rapportés, que « *M. Y... ne démontre pas que, contrairement à ses allégations, tous les candidats acquéreurs ont été systématiquement évincés par M. D... , et qu'il ne justifie d'aucune démarche postérieure à la fin de l'année 2012 et antérieure à la notification de la dissolution de la société, près de deux ans après* ». D'en déduire que la notification de demande de dissolution ne respectait pas les dispositions de l'article 1872-2 du Code civil.

Réponse de la Cour de cassation
La chambre commerciale de la Cour de cassation casse alors l'arrêt sur le fondement d'un attendu de principe au visa des deux articles 1872-2 et 1873 du code civil, retenant que : « *la dissolution d'une société créée de fait peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps ».* Sur ce(s) fondement(s), elle casse l'arrêt attaqué, retenant que les motifs de la Cour d'appel étaient « *impropres à caractériser une notification faite de mauvaise foi ou à contretemps* ».

Cette solution s'appuie explicitement, sans qu'il soit besoin d'interprétation, sur les dispositions des 2 articles 1872-2 et 1873. Le second établit que le régime de la société en participation s'applique de droit aux sociétés créées de fait, le premier que la dissolution d'une société en participation « à durée indéterminée » peut se réaliser par simple notification dès lors que cette dernière est réalisée de « bonne foi » et pas « à contretemps ». En vient la cassation, le juge d'appel ayant rejeté la validité de la notification au motif que l'associé notifiant n'avait pas établi sa bonne foi, ni la juste temporalité de sa demande, alors que les textes ne l'exigeaient pas.

D'où la question, dans cette espèce de la charge de la preuve pesant sur les exigences de bonne foi et de temporalité requises par l'article 1872-2 du Code civil.

Quoique cet arrêt de cassation ne saurait qu'être approuvé, il n'en suscite pas moins certaines interrogations. À s'en tenir à l'articulation textuelle adoptée par la Cour de cassation, la mise en œuvre de l'article 1873 du Code civil, premier support textuel du raisonnement du juge du droit, **ne pose guère de problème(s) quant à la reconnaissance de l'existence d'une société au fond (I).** En revanche, la question de la preuve des conditions de validité de la notification est complexe puisque si la bonne foi est présumée, **rien n'indique - en droit - quel est le régime applicable à la temporalité (II)**.

I / La reconnaissance de la société au fond

Reconnaitre l'existence d'une société non dotée de la personnalité morale et que les associés n'ont pas eu conscience de créer, c'est d'abord constater un fait (A) avant que d'en déduire un acte (B).

A / Le lien entre Société créée de fait et Société en participation

La société créée de fait s'analyse comme étant un regroupement de personnes dont la structure et le fonctionnement présentent toutes les caractéristiques d'une société. Ainsi, conformément aux dispositions des articles 1832 et s. du Code civil, les personnes qui participent à l'activité ont réalisé des apports, dans un contexte caractérisant *l'affectio societatis,* et en vue de réaliser des bénéfices ou de faire des économies.

La jurisprudence est constante, dans cette situation, pour caractériser le regroupement de société créée *de fait*, le plus souvent pour pouvoir liquider de façon satisfaisante une activité commerciale commune entre concubins ou des situations dans lesquelles il n'existe ni institution ni contrat pour établir les modalités de partage de l'activité.

Ici, à l'évidence, deux pharmaciens s'étaient associés, sans encadrement juridique *ad hoc*, le fonds, en toute hypothèse, n'ayant pas fait l'objet d'un encadrement sociétaire. Le juge du fait constatant la réunion des éléments du contrat de société précité, détermine alors - en toute vraisemblance - l'existence d'une société créée de fait.

Toutefois, pour partager quelque chose, lorsque l'association s'éteint, encore faut-il pouvoir se fonder, en droit, sur un régime de dissolution. Reprenant de très anciens mécanismes jurisprudentiels, le

Code civil dispose désormais, en son article 1873 que les dispositions relatives à la société en participation s'appliquent aux sociétés crées de fait. En l'espèce, c'est au visa de cet article que le juge du droit développe son arrêt, appliquant alors le régime de la fin de la société en participation à la société créée de fait constatée au fond.

B / Le lien entre Société en participation et contrat

Aux termes de l'article 1871 du Code civil, la société en participation « n'est pas une personne morale » et elle est donc un contrat, ce qui justifie l'application d'un régime contractuel. En l'espèce, ce n'est pas cet article cité dans visa mais le principe demeure : la société est régie par la matière contractuelle et ce sont les règles relatives au droit des obligations qui l'emportent sur les mécanismes sociétaires. Ainsi, l'approche judiciaire se doit d'être exclusivement contractuelle.

Pour autant, comme la société en participation est *quand même* une société, et obéit également à des règles sociétaires notamment en matière de dissolution. En atteste l'article 1872-2 cité dans le visa qui dispose que lorsque la SEP est à durée indéterminée « *sa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit faite de bonne foi et non à contretemps* ». Dès lors, comme le rapporte l'arrêt, la dissolution débouchant en indivision se dénoue selon le régime qui lui est propre (i.e. : « *sa volonté de mettre un terme à leur indivision* » - quoique cette rédaction de l'arrêt ne semble pas véritablement limpide dans sa chronologie -).

Encore faut-il, ce que la Cour d'appel de Lyon n'avait pas cru pouvoir constater, que la notification de la dissolution de la société en participation/crée de fait remplisse la double condition d'être de bonne foi et non à contretemps. Le juge d'appel, en effet, retenait dans la rédaction de son arrêt (rapportée par la Cour de cassation) que « *M. Y…ne démontre pas que, contrairement à ses allégations, tous les acquéreurs ont été systématiquement évincés par M. D…, et qu'il ne justifie d'aucune démarche postérieure à la fin de l'année 2012 et antérieure à la notification de la dissolution de la société, près de 2 ans après* ».

Pour le juge d'appel, ainsi, la cause est entendue, la mauvaise foi de D n'est pas démontrée et la notification a été réalisée à contretemps (plus de « 2 ans après »)

II / La dissolution en droit, face à la preuve des conditions de notification

L'arrêt ici commenté nous semble important, comme nous l'indique implicitement sa rédaction sous forme d'arrêt de principe. Il l'est notamment parce que, dans la dissolution de la SEP, entre en jeu la notion de bonne foi et que cette notion a fait récemment l'objet d'une évolution, introduite dans le Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 (A). La question du contretemps, cependant qui paraît subsidiaire (B) dans cette affaire - car constituant un élément de fait à l'appréciation des juges du fond -, laisse toutefois peser une incertitude sur la charge de la preuve de l'exacte temporalité de la notification.

A / Le critère essentiel de la bonne foi dans l'espèce examinée

2 principes doivent éclairer la compréhension de la solution retenue par la Cour de cassation.

Le premier est le plus récent puisqu'introduit (ou élargi) depuis l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des obligations. Il ressort de l'article 1104 du Code civil qui établit que : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi » (al° 1) et que « Cette disposition est d'ordre public » (al°2).

Le second ressort des dispositions de l'article 2274 du Code civil qui établit que « La bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». L'application de cet article est assez simple et contient en lui-même deux mécanismes probatoires :
- d'abord celui de la **nécessité de la preuve de la mauvaise foi**, la présomption de bonne foi étant simple et pouvant donc être renversée par la preuve contraire.
- ensuite celui de la **charge de la preuve**, qui pèse sur celui qui allègue la mauvaise foi, soit, en l'espèce, le notifié.

On saisit que ce problème de preuve constitue ici l'essentiel de l'affaire : selon l'article 2274, l'associé (D) qui refusait la dissolution de la société devait établir que celui qui la demandait (Y) était de mauvaise foi. Or, la Cour d'appel, dans son arrêt, retient que Y n'établissait pas que D refusait systématiquement les offres de cession (des *parts* de Y, semble-t-il) qui lui étaient proposées.

C'était ici, pour le juge du fait, inverser la charge de la preuve, ce qui explique la cassation, par le juge du droit de l'arrêt d'appel.

B / L'incertitude, en droit, de la charge de la preuve du contretemps

Le juge ainsi, peut casser l'arrêt de la cour d'appel de Lyon sans examiner plus avant la notion de contretemps qui avait été implicitement retenue en appel. C'est heureux car, en toute hypothèse, l'exercice eut été difficile : le contretemps, qui suppose la volonté d'utiliser des biais procéduraux ou, *a minima*, une négligence coupable dans la mise en œuvre d'une procédure est un élément de fait que le juge du droit n'est pas en mesure d'apprécier.

Au surplus, il nous semble que la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la définition du contretemps et la doctrine, toujours à notre connaissance, est également très laconique en ce domaine. Le contretemps, ici aurait-il pu résulter de la lassitude de M. Y, confronté à l'obstruction de D qui semblait ne pas vouloir agréer un autre associé ? La réponse demeurera pendante.

Semblablement, dans cette affaire, le juge n'a pas eu à contrôler la bonne foi car l'arrêt a pu être annulé exclusivement parce que le juge d'appel s'était trompé sur la charge de la preuve. L'aurait-il voulu qu'il ne l'aurait pu, en principe, la bonne foi étant (comme le contretemps) un élément de fait à l'appréciation du juge du fond.

Adde. :

Il reste que si la charge de la preuve de la bonne foi est clairement établie, toujours présumée en vertu de l'article 2274 du Code civil, il n'existe aucune disposition relative à la charge de la preuve de la temporalité. Or, de deux choses l'une : soit on admet de calquer le régime probatoire du contretemps sur celui de la bonne foi mais alors sans l'appui d'une base textuelle ; soit, en revenant à une lecture stricte des textes, on retient un double régime probatoire avec une présomption de bonne foi pour le premier critère et l'exigence d'une preuve pour le second.

La seconde solution nous semble devoir être écartée pour deux raisons théoriques. D'abord parce qu'elle introduit un facteur de complexité inutile à propos d'un contrat à durée indéterminée (la SEP à durée indéterminée) dont l'article 1211 du Code civil nous dit que « *chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». D'autre part, parce que, en substance, l'exigence du critère du contretemps dans l'article 1872-2, n'est que l'écho d'une mauvaise foi établie.

Reste, *in fine*, l'argument pratique que nous suggère l'espèce : exiger une preuve positive de l'absence de contretemps par le notifiant risquerait, comme dans cette affaire, de contraindre ce dernier, confronté à l'obstruction de son autre associé, à demeurer contre son gré dans la société en participation. À la Cour de cassation de trancher ultérieurement, positivement ou non, pour l'assimilation des deux régimes probatoires.