que le juge chargé d'apprécier la situation de surendettement doit apprécier la bonne foi du débiteur au jour où il statue. Or, le dirigeant de mauvaise foi lorsqu'il avait la charge de gérer la société ultérieurement placée en liquidation judiciaire ne l'est pas nécessairement au moment où il demande le bénéfice des dispositions du Code de la consommation. Par ailleurs, s'il est vrai que la mauvaise foi a déjà été caractérisée dans des hypothèses où l'endettement avait pour origine des condamnations *(Cass. 2e civ., 2 juill. 2020, n° 18-26.213 : JurisData n° 2020-009297 ; JCP E 2020, 1543, note B. Ghandour ; Dalloz actualité, 31 août 2020, obs. G. Payan. - Cass. 2e civ., 10 avr. 2014, n° 13-15.530 : JurisData n° 2014-007337 : Journal sociétés 11/2014, p. 52, obs. O. de Matos - Cass. 1re civ., 7 mai 2002, n° 01-04.137 : JurisData n° 2002-014159 ; RTD com. 2002, p. 551, obs. G. Paisant)*, ces décisions ont en commun d'avoir écarté du dispositif de désendettement des débiteurs ayant eu des comportements frauduleux sanctionnés pénalement. Leur solution n'est donc pas nécessairement transposable au dirigeant « *simplement* » fautif. La fin de la distinction entre dettes professionnelles et non-professionnelles devrait donc rester, sauf exceptions, une véritable opportunité pour le dirigeant endetté.

SOCIÉTÉ

1389

La revendication de la qualité d'associé par le conjoint de l'apporteur

Des incertitudes, malgré quelques précisions

Solution. - Dans cet arrêt du 21 septembre 2022, la chambre commerciale de la Cour de cassation écarte l'*affectio societatis* comme condition d'exercice de l'action en revendication de la qualité d'associé par le conjoint de l'apporteur d'un bien commun. Elle admet, en outre, que la renonciation à invoquer une telle qualité puisse être certes expresse, mais également tacite.
Impact. - Ces deux éléments apportent des éclairages certains en matière de revendication, sans pour autant clore toutes les interrogations.

SANDRINE TISSEYRE,
agrégée des facultés de droit
professeur de droit privé,
université Toulouse Capitole,
membre du centre de droit des
affaires (EA 780)

Cass. com., 21 sept. 2022, n° 19-26.203, FS-B : JurisData n° 2022-015195 (non reproduit)

L'action en revendication de la qualité d'associé du conjoint commun en biens fait l'objet de débats passionnés et passionnants, notamment en ce qu'ils induisent une articulation de plusieurs champs disciplinaires, pouvant dès lors générer des difficultés.

Après s'être mariée en 1970, sans contrat de mariage préalable, l'épouse avait constitué une société à responsabilité limitée (SARL) dont elle était associée et gérante. En 2007, alors que le couple est en instance de divorce, l'époux revendique sa qualité d'associé à hauteur de la moitié des parts sociales. Il demandait corrélativement la communication de divers documents sociaux. N'ayant pas pu les obtenir, il assigna son épouse, en sa qualité de gérante de la société, ainsi que la SARL, pour que sa qualité d'associé soit constatée et que les bilans, comptes de résultat, rapports de gestions et procès-verbaux, etc., lui soient communiqués.

Les juges du fond accueillirent la prétention et ordonnèrent les communications des divers documents. La société contestait, dans son pourvoi, la qualité d'associé de l'époux commun en biens autour de trois arguments. Tout d'abord, en reconnaissant la qualité d'associé au conjoint commun en biens, il serait porté atteinte à la liberté d'exercer une activité professionnelle séparée, et ce, notamment en ce que les parts acquises sont nécessaires à l'activité professionnelle. Ce faisant, les articles 223 et 1421 du Code civil seraient méconnus. Il était argué, ensuite, que l'auteur de la revendication n'était nullement animé par la volonté d'exercer une activité commune, dans l'intérêt de la société. Ce défaut d'*affectio societatis* aurait dû être vérifié par la cour d'appel, avant de pouvoir admettre la qualité d'associé, tel un préalable, afin de s'assurer de l'existence de la volonté du bénéficiaire de la revendication de collaborer sur un pied d'égalité. Enfin, la cour d'appel avait refusé de considérer que la renonciation puisse être tacite, imposant son caractère exprès. Sur ce point, la cour aurait violé l'article 1134, alinéa 1er, dans sa rédaction antérieure à la réforme du 10 février 2016 *(Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obliga-*

tions : JO 11 févr. 2016, texte n° 26 ; JCP E 2016, act. 151 ; JCP E 2016, 1283).

Il revenait à la Cour de cassation de répondre à diverses questions. La revendication heurte-t-elle la liberté d'exercer une activité professionnelle séparée ? L'*affectio societatis* est-il une condition requise pour que le conjoint commun en biens puisse acquérir la qualité d'associé par le biais de l'action en revendication ? La renonciation au titre d'associé peut-elle être tacite ?

S'agissant du premier point, la Cour de cassation n'accueille pas le moyen au motif que la société « *n'est pas recevable à se prévaloir de l'atteinte que la revendication […] de la qualité d'associé, serait susceptible de porter au droit de Mme [I] d'exercer une telle profession* ». Le rejet tient dès lors à l'irrecevabilité de la demande. Qu'en aurait-il été si la Cour s'était prononcée sur ce moyen ? Il est malaisé de le dire. Il n'est pas admis que l'article 1832-2 du Code civil heurte la liberté de chacun des époux d'exercer une activité professionnelle. Cela d'autant plus que la revendication ne l'en prive pas nécessairement, car elle ne lui retire pas sa qualité d'associé. Un prochain arrêt proposera peut-être un meilleur éclairage sur cette question, sans que les chances de succès d'une telle prétention apparaissent évidentes.

Concernant l'*affectio societatis*, la Haute Juridiction affirme qu'il ne s'agit pas d'une « *condition requise pour la revendication* ». Dès lors, le moyen ne prospère pas sur ce fondement.

Il en va différemment de celui relatif à la possibilité de renoncer tacitement à la qualité d'associé. La Cour de cassation admet que « *La renonciation à un droit peut être tacite* », ce qui s'applique à la revendication de la qualité d'associé. Le caractère exprès de la renonciation n'est pas, contrairement à ce qu'avaient décidé les juges du fond, une condition *sine qua non* de la renonciation. L'arrêt d'appel encourt, de ce chef, la cassation.

L'arrêt du 21 septembre est stimulant à bien des égards *(Cass. com., 21 sept. 2022, n° 19-26.203 : JurisData n° 2022-015195 ; JCP E 2022, act. 800 ; Dr. sociétés 2022, comm. 118, obs. R. Mortier ; JCP G 2022, doctr. 1176, n° 9, obs. Ch. Smiler ; D. 2022, p. 1838, note B. Dondero ; Lexbase, Hebdo éd. affaires n° 732, note N. Jullian ; Dalloz actualité, 11 oct. 2022, obs. J. Delvallée)*. Il écarte, en premier lieu, l'*affectio societatis* des conditions de la revendication. Il admet, en second lieu, que la renonciation à devenir associé puisse être tacite. Au-delà des solutions techniques qu'il pose, il offre une occasion de réfléchir à la pertinence du mécanisme de la revendication du conjoint commun en biens, largement débattue en doctrine et en pratique.

1. L'indifférence de l'*affectio societatis*

L'*affectio societatis* est une notion bien connue du droit des sociétés, bien que ses contours, ses implications, voire son existence réelle aient pu être discutés *(sur l'affectio societatis, V. not. : M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, Droit des sociétés : LexisNexis, coll. Manuels, 35e éd., 2022, n° 251 et s. - P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés : LGDJ, coll. Précis Domat, 9e éd., 2022, n° 101 et s. - V. Magnier, Droit des sociétés : Dalloz, coll. Cours, 10e éd., 2022, n° 81 et s.)*. L'*affectio societatis* est l'une des trois conditions de formation d'une société, avec l'apport et l'intention de participer à l'aléa social. S'il a pu être élevé que la notion se matérialiserait, voire se confondrait, avec la réalisation de l'apport, il n'en demeure pas moins qu'elle reste encore un élément qui caractérise le lien unissant les associés. Ne pourrait-il pas alors être nécessaire à établir, de sorte qu'il compromettrait l'acquisition de la qualité d'associé par le conjoint commun en biens de l'apporteur sur le fondement de l'article 1832-2 du Code civil ?

C'est ce que prétendait la société, non sans que l'argument soit dépourvu d'intérêt. En effet, la revendication était exercée alors que le couple était en cours de divorce, ce qui rend suspect l'intérêt soudain du conjoint. Si la perte de l'*affectio societatis* ne peut entraîner la disparition de la société en cours de vie sociale, ne pourrait-il, lorsqu'il y a une dissociation entre l'acte d'apport et l'acquisition du titre, comme l'induit l'article 1832-2 du Code civil, être exigé ?

La Cour de cassation refuse d'ajouter au texte du Code civil une condition qu'il n'exige pas. Elle affirme que « *l'affectio societatis n'est pas une condition requise pour la revendication, par un époux, de la qualité d'associé sur le fondement de l'article 1832-2 du Code civil* ». Le titulaire du droit à revendiquer la qualité d'associé n'a pas à témoigner d'un *affectio societatis (en matière de cessions de droits sociaux ou d'augmentation de capital, la question avait pu se poser sans qu'une même réponse n'ait toujours été apportée, V. not. : Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-17.532. - Cass. com., 25 avr. 2006, n° 01-15.754 : JurisData n° 2006-033263. - Cass. com., 21 janv. 1997, n° 94-19.016. - Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-22.296 : JurisData n° 2013-011988 ; JCP E 2013, 1527, note B. Dondero ; Dr. sociétés 2013, comm. 175, obs. R. Mortier)*. La solution apparaît fondée : les juges ne sauraient aller à l'encontre du texte en élevant les exigences relatives à la mise en œuvre d'une prérogative contractuelle, ceci d'autant plus que cette disposition est d'ordre public. Pour autant, la notion aurait pu conduire à distinguer les conjoints véritablement intéressés à l'activité, et ceux qui, ne l'étant pas, pourraient même compromettre le fonctionnement de la société. Tel n'est pas, en toute rigueur, la voie choisie, le juge n'entendant probablement pas se substituer au législateur en dépit des difficultés pratiques d'application de ce texte.

2. L'admission de la renonciation tacite

La revendication de la qualité d'associé du conjoint commun en biens peut intervenir à différents moments. Elle peut être réalisée *ab initio*. En cette hypothèse, le sort des conjoints est lié, les deux devenant associés, ou aucun d'eux ne le pouvant. Il est, en outre, possible, voire fréquent, que le conjoint - simplement informé de l'apport du bien commun et ne s'y opposant pas - reste taisant. Dès lors s'ouvre un droit de revendication, lequel perdure durant le mariage. En effet, la Cour de cassation a pu préciser, à diverses reprises, que la séparation de fait des époux ou une procédure de divorce ne met pas fin à la prérogative. Seul le divorce, ayant autorité de chose jugée, annihile l'exercice de la revendication, puisqu'il entraîne la perte de la qualité de conjoint *(Cass. com., 18 nov. 1997, n° 95-16.371 : JurisData n° 1997-004536 ; D. 1998, p. 394, obs. J.-C. Hallouin ; D. 1999, p. 238, obs. V. Brémond ; RTD civ. 1998, p. 889, obs. J. Hauser ; BJS 1998, p. 221, note J. Derruppé. - Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-18.103 : JurisData n° 2013-009407 ; JCP E 2013, act. 408 ; Dr. sociétés 2013, comm. 136, obs. H. Hovasse ; D. 2013, p. 2729, obs. J.-C. Hallouin, E. Lamazerolles et A. Rabreau ; RTD com. 2013, p. 517, obs. M.-H. Monsèrié-Bon ; BJS 2013, p. 453, obs. E. Naudin)*.

© LEXISNEXIS SA - LA SEMAINE JURIDIQUE - ENTREPRISE ET AFFAIRES - N° 48 - 1ER DÉCEMBRE 2022

La difficulté point. Pendant de nombreux mois, voire années, la société et les associés se trouvent dans une situation d'attente de la potentielle revendication par le conjoint. D'aucuns soulèveraient que les clauses d'agrément peuvent écarter le succès de la revendication. Toutefois, tous les rédacteurs d'actes ne prennent pas la précaution de déroger à l'article L. 223-13 du Code de commerce pour les SARL, ou plus largement d'en formuler lorsqu'elles ne sont pas édictées par le législateur.

Se cristallise donc une situation épineuse, d'autant plus lorsque le contentieux atteste que, bien souvent, c'est moins l'intérêt porté à la société qui anime le demandeur que son souhait, consécutif à une crise du couple, de perturber le fonctionnement sociétaire. Pour autant, en l'absence de renonciation et d'agrément refusé, le conjoint peut - outre la finance des parts - prétendre au titre d'associé, et cela bien que, pour une société en nom collectif (SNC), la chambre commerciale ait réalisé une lecture audacieuse des textes pour faire échec à cette action *(Cass. com., 18 nov. 2020, n° 18-21.797 : JurisData n° 2020-018945 ; JCP E 2021, 1070, n° 6, obs. J. Valiergue ; D. 2020, p. 1941, obs. A. Rabreau ; Rev. sociétés 2021, p. 185, note E. Naudin ; RTD com. 2021, p. 155, obs. A. Lecourt ; Dr. sociétés, 2021, comm. 3, R. Mortier ; GPL 30 mars 2021, n° 401g1, p. 78, obs. D. Gallois-Cochet ; BJS janv. 2021, n° 121q6, p. 34, obs. S. Tisseyre)*. Si l'agrément et sa procédure sont bien connus, qu'en est-il de la renonciation ? Les juges du fond l'avaient admise, soit *ab initio*, soit postérieurement à condition qu'elle soit « *expresse et non équivoque* ».

Rappelant que la renonciation peut être tacite, la Cour de cassation sanctionne les juges du fond, qui exigeaient la renonciation expresse à la qualité d'associé. Partant, l'annexe à l'apport dans lequel le conjoint exprime sa renonciation, ou l'acte ultérieur manifestant sans ambages une volonté de ne pas devenir associé, ne sont pas les seuls biais pour renoncer. Si la renonciation tacite est admise, elle est encadrée. Elle suppose une volonté « *non équivoque* ». La renonciation peut être tacite, mais elle ne doit pas être soumise à interprétation. La volonté de son auteur doit être perceptible.

La solution se comprend. Plus encore, elle apparaît conforme au droit positif *(V. not. : Cass. 3e civ., 16 mai 1972, n° 71-10.036. - Cass. 2e civ., 5 mars 2020, n° 19-10.371 : JurisData n° 2020-003403. - Cass. 3e civ., 2 févr. 2022, n° 21-10.527)*. En cela, elle est classique. Elle exige une appréciation *in concreto* des comportements, desquels il résulte une volonté. En revanche, le non-exercice du droit ne vaut pas renonciation. Au cas présent, il était argué que chaque époux exerçait seul son activité, à la suite d'une scission de l'activité initiale, chacun ayant créé une structure sociétaire, préservant leur autonomie pendant 27 ans. En ces circonstances, est-ce si évident que chacun des époux renonçait à prendre part à la société créée par son conjoint ? Les juges du fond auront à trancher la caractérisation d'une tacite renonciation du fait de ce choix de séparation de l'activité qui s'est ancré dans le temps, sans que nous soyons convaincus qu'une telle opération manifestera en toutes circonstances une renonciation.

C'est sûrement le point majeur de l'arrêt. Certes, car il entraîne une cassation pour violation de la loi, mais aussi, car il ouvre une latitude aux associés désirant faire obstacle à l'entrée du conjoint. Reste qu'il est malaisé d'entrevoir clairement les hypothèses dans lesquelles n'étant pas associé - et donc n'exerçant aucune prérogative liée à la qualité, mais sans pour autant que son attentisme à revendiquer le droit l'en prive - le conjoint réalise des actes qui tacitement, mais sans que cela ne puisse être discuté, attesteront de son souhait de ne pas être associé. La latitude restera-t-elle une coquille vide ? Peut-être, mais rien n'est certain. Générera-t-elle en pratique encore plus d'incertitude ? C'est probable.

Aussi l'arrêt amène-t-il en creux à s'interroger sur l'opportunité du mécanisme, réservé au conjoint d'un apporteur à une société de parts sociales. Certains militent, depuis de nombreuses années, pour une suppression du droit de revendiquer la qualité *(V., not. A. Rabreau, Plaidoyer pour la suppression de l'article 1832-2 du code civil in Mél. M. Germain : LexisNexis, 2015, p. 697. - Adde E. Naudin, Champ d'application de l'article 1832-2 du Code civil : pour une approche restrictive : JCP N 2015, n° 44, 1193. - F. Vialla, Autonomie professionnelle en régime communautaire et droit des sociétés : des conflits d'intérêts ? : RTD civ. 1996, p. 841)*. La chambre commerciale prend parfois des latitudes quant à son application *(Cass. com., 18 nov. 2020, n° 18-21.797 : JurisData n° 2020-018945, préc.)*. Le dernier Congrès des Notaires en a également proposé son abandon *(118e Congrès des notaires de France pour promouvoir l'ingénierie notariale, prop. 2. - « Pour une harmonisation du régime juridique des "droits sociaux" non cotés » de la Commission 2 « L'ingénierie notariale au service du projet de l'entreprise »)*. Ne serait-ce donc pas le moment de considérer que, malgré la souplesse offerte par l'arrêt du 21 septembre 2022 pour écarter le conjoint, il en résulte encore plus d'incertitudes, de sorte que la suppression de l'article 1832-2 serait la voie la plus propice pour que la revendication du conjoint commun en biens ne soit plus source de perturbation ?

PANORAMA

1390

Entreprise en difficulté - Redressement judiciaire - Administrateur provisoire - Bien-fondé de la requête en prorogation de mission de l'administrateur provisoire d'une société

Il ressort de la requête transmise par l'administrateur provisoire de la société qu'il n'a pas pu mener à bien dans son intégralité, la mission qui lui avait été confiée par décision judiciaire et que les raisons ayant présidé à sa désignation restent d'actualité. En effet, si l'administrateur provisoire a pu obtenir de la banque un délai de 6 mois, pour l'apurement de la dette incombant à la société, en vue de permettre de résoudre le litige entre les associés, et si des propositions ont été émises par les deux parties, aucun accord n'a été trouvé à ce stade. Il convient en conséquence, pour ces raisons et en l'absence d'opposition des parties, de proroger pour une durée supplémentaire de 6 mois, la mission d'administrateur provisoire de la société confiée à la requérante.

CA Orléans, com., 3 nov. 2022, n° 21/02456 : JurisData n° 2022-019261