

Modification de la forme de l'introduction au commentaire d'arrêt pour la session 2023 du concours Droit-Économie de l'ENS Rennes

Pour reprendre les traits principaux de l'épreuve, vous vous souvenez que, lors de la réforme du concours, nous avions souhaité évaluer les compétences analytiques des candidats, ce qui n'était pas réalisé jusqu'alors et le commentaire d'arrêt nous avait semblé favoriser ce type d'évaluation.

A ce titre, nous avons décidé initialement que la partie introductive du commentaire prendrait la forme d'une « fiche d'arrêt » très formatée. Or, la Cour de cassation a entrepris une réforme de la rédaction de ses arrêts (cf. **annexe 1**), ladite rédaction prenant désormais la forme d'une fiche d'arrêt. Les candidats, en conséquence, n'auraient plus, en lisant le texte, qu'à *recopier* ses premiers paragraphes pour réaliser leur introduction. Cela nous paraît stérile et non discriminant et nous pousse à envisager de réformer cette partie du commentaire.

Ainsi, il va nous falloir modifier les exigences formelles relatives à cette épreuve du concours à court terme. Cette évolution prévisible a suscité l'organisation d'une réunion, le 8 mars dernier. Au cours de cette réunion, d'une grande qualité technique – ce dont je remercie tous les participants - nous avons pu dégager les lignes directrices d'un nouveau formatage de l'épreuve.

NB : afin d'éviter que les candidats entrés en première année de CPGE Droit-Économie en 2020 ne soient perturbés par cette réforme, les modifications que nous avons validées n'interviendront que pour l'édition 2023 du concours.

Je vous invite donc à retenir les points qui m'ont semblé se dégager par consensus lors de la réunion du lundi 8 mars 2021 avec les enseignants de CPGE en charge de l'épreuve de droit commercial sur l'évolution du commentaire d'arrêt).¹

1 / Afin d'éviter une distorsion entre les deux épreuves de commentaire d'arrêt, les exigences pour le droit commercial et le droit public devront être équivalentes. Les candidats peuvent en effet prétendre à une égalité de traitement entre les deux options.

2 / Pour le concours 2022, la forme du commentaire restera celle qui prévalait auparavant et les arrêts choisis seront rédigés sous leur forme ancienne. **L'idée a été émise qu'il serait envisageable de proposer, à partir du concours 2023, des arrêts sous forme ancienne aussi bien que des arrêts de forme nouvelle**, les candidats pouvant s'adapter à plusieurs formes et structurer leur introduction en conséquence.

Cette proposition d'un collègue nous semble très pertinente tant au plan doctrinal, qu'au bénéfice que nous pourrions en attendre quant à la différenciation de la qualité des copies. Elle pallie, en effet, au risque que les arrêts rendus par la Chambre commerciale entre 2021 et 2023 ne présentent que peu d'intérêt au regard du programme et qu'il faille aller chercher des sujets dans la jurisprudence ancienne. Nous avons ainsi retenu cette proposition.

3 / Une autre proposition du groupe de travail, qui nous a tous semblé judicieuse, a consisté à proposer que, dans l'introduction, figure un item concernant la portée de l'arrêt. C'est une technique, souvent imposée dans certaines facultés, qui valorise l'aspect analytique du raisonnement ladite portée de l'arrêt étant, sinon, diluée dans l'annonce de plan ou le raisonnement. Il me semble qu'aucune objection n'a été émise sur cette proposition de notre collègue, nous l'avons donc intégrée dans l'exemple annexé

4 / La nouvelle formulation de l'introduction, à la fois plus brève et plus littéraire, nous contraint à revoir le nombre de points attribués à l'introduction. Nous saisissons tous que l'attribution de 7 points environ pour l'introduction structurée, non en fiche d'arrêt mais de façon plus concise et littéraire n'est plus envisageable. Comme nous l'avons évoqué lors de la réunion, les exigences vont être revues à la baisse en matière d'introduction et **la part de barème qui y sera consacrée oscillera autour de 3 points sur 20.** Suite à la remarque d'un collègue nous devons également envisager la possibilité d'accroître un peu la barre haute jusqu'à 4 points -ou un peu plus- au cas où l'arrêt présenterait des singularités procédurales (nous veillerons cependant qu'il n'y en ait point de cachées, sinon à apporter des précisions dans le sujet, les candidats n'étant pas préparés à la procédure civile/commerciale).

5 / En annexe 2, figure un nouveau sujet zéro, reprenant sous sa forme nouvelle l'arrêt soumis aux candidats lors de l'épreuve de droit commercial. Le corrigé original figure dans le rapport de jury 2021 ce qui permettra d'offrir une comparaison entre les deux formulations.

Annexe n ° 1

¹ Étaient associés à cette réunion les responsables de l'épreuve de droit public (commentaire d'arrêt également) en vue d'harmoniser les exigences des deux épreuves.

Un exemple de nouvelle rédaction des arrêts de la Cour de cassation

Voici la forme qui, en principe devra être adoptée par la chambre commerciale pour tous les arrêts à venir. Les arrêts de la chambre civile sont encore plus structurés, ce qui laisse supposer que toutes les chambres s'aligneront rapidement sur cette formulation.

Arrêt n°59 du 20 janvier 2021 (19-13.539) - Cour de Cassation - Chambre commerciale, financière et économique

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) - Tierce opposition

Cassation

Sommaire

L'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision irrévocable d'admission d'une créance au passif de la liquidation d'une société civile s'impose à ses associés, de sorte que, s'il n'a pas présenté contre une telle décision la réclamation prévue par l'article R. 624-8 du code de commerce, dans le délai fixé par ce texte, l'associé d'une société civile en liquidation judiciaire est sans intérêt à former tierce opposition à la décision, antérieure, condamnant la société au paiement de ladite créance et sur le fondement de laquelle celle-ci a été admise.

Demandeur(s) : Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Languedoc, société coopérative à capital et personnel variables

Défendeur(s) : Mme A... X... ; et autre(s)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Bourges, 17 janvier 2019) et les productions, la société Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Languedoc (la banque) a consenti deux prêts à la société civile immobilière Xamaline (la SCI), les 27 mars et 24 avril 2007.
2. Par un arrêt du 24 mars 2011, devenu irrévocable le 28 juin 2012, confirmant partiellement un jugement du 29 juin 2010 du tribunal de grande instance de Châteauroux, la cour d'appel de Bourges a condamné la SCI à payer à la banque diverses sommes dues au titre de ces prêts.
3. La SCI a été mise en redressement judiciaire le 3 février 2014 puis en liquidation judiciaire le 9 février 2015 et les créances déclarées par la banque, sur le fondement de l'arrêt du 24 mars 2011, ont été admises par une ordonnance du juge-commissaire du 2 février 2015.
4. Assignés en paiement par la banque en leur qualité d'associés de la SCI, tenus en tant que tels des dettes de celles-ci à proportion de leur part dans le capital social, Mme A... X... et M. B... X... (les consorts X...) ont formé tierce-opposition à l'arrêt du 24 mars 2011 et demandé l'annulation des deux contrats de prêt et le rejet de la demande en paiement formée par la banque contre la SCI.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

5. La banque fait grief à l'arrêt de déclarer recevable la tierce-opposition formée par les consorts X... contre l'arrêt de la cour d'appel de Bourges du 24 mars 2011, de réformer, à leur égard, le jugement du tribunal de grande instance de Châteauroux du 29 juin 2010, de dire que les contrats de prêt souscrits par la SCI Xamaline auprès d'elle, les 27 mars 2007 et 24 avril 2007, étaient nuls pour non-conformité à l'objet social et de rejeter, en conséquence, ses demandes en paiement fondées sur ces deux contrats de prêt, alors « que l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision irrévocable d'admission d'une créance au passif de la procédure de liquidation judiciaire d'une société civile immobilière a pour conséquence que cette créance est définitivement consacrée, dans son existence et dans son montant, à l'égard des associés de la société civile immobilière ; qu'il en résulte que l'associé d'une société civile immobilière, qui n'a pas présenté à l'encontre de la décision d'admission d'une créance au passif de la procédure de liquidation judiciaire de cette société civile immobilière, la réclamation prévue par les dispositions de l'article R. 624-8 du code de commerce, est irrecevable à former tierce-opposition à l'encontre de la décision ayant consacré cette créance à l'égard de cette même société civile immobilière ; qu'en énonçant, dès lors, pour déclarer les consorts X... recevables en leur tierce-opposition à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Bourges en date du 24 mars 2011 et pour, en conséquence, réformer, à l'égard des consorts X..., le jugement du tribunal de grande instance de Châteauroux en date du 29 juin 2010, dire que les contrats de prêt souscrits par la SCI Xamaline auprès de la société Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Languedoc, les 27 mars 2007 et 24 avril 2007 étaient nuls pour non-conformité à l'objet social et débouter la banque de toutes ses demandes en paiement fondées sur ces deux contrats de prêt, que c'était en vain que la société Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Languedoc prétendait qu'à défaut pour les consorts X... d'avoir exercé un recours à l'encontre de l'état des créances de la procédure de liquidation judiciaire de la SCI Xamaline dans le délai d'un mois à compter de sa publication au BODACC le 28 février 2015, les créances en litige avaient acquis l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous et que les consorts X... étaient irrecevables à former toute nouvelle contestation portant sur l'existence, la nature ou le quantum des créances ainsi admises définitivement, qu'en effet, l'admission définitive des créances de la banque, dans le cadre et pour les besoins de la liquidation judiciaire de la SCI Xamaline, n'interdisait nullement aux associés, qui n'étaient ni plus ni moins parties à cette procédure collective qu'à l'instance précédente devant la cour d'appel de Bourges, d'exercer devant un juge le recours effectif reconnu par l'article 6, §1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qu'au demeurant, l'examen du bordereau de déclaration de créances montrait que la banque n'avait pas déclaré d'autre créance que celles résultant précisément du jugement du tribunal de grande instance de Châteauroux en date du 29 juin 2010, confirmé par l'arrêt de la cour d'appel de Bourges en date du 24 mars 2011, qui était déjà définitive à la suite du rejet du pourvoi en cassation formé contre cet arrêt le 28 juin 2012, quand l'autorité de la chose jugée, qui était, irrévocablement, attachée à l'ordonnance du 2 février 2015, par laquelle le juge-commissaire de la procédure de liquidation judiciaire de la SCI Xamaline avait admis les créances de la banque, résultant des prêts en date du 27 mars 2007 et du 24 avril 2007, telles qu'elles avaient été reconnues par le jugement du tribunal de grande instance de Châteauroux en date du 29 juin 2010 et par l'arrêt de la cour d'appel de Bourges en date du 24 mars 2011, au passif de la procédure de liquidation judiciaire de la SCI Xamaline, avait pour conséquence que ces créances étaient définitivement consacrées, dans leur existence et dans leur montant, à l'égard des consorts X... et que la tierce-opposition formée par ces derniers était irrecevable, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1351 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, qui ont été reprises par les dispositions de l'article 1355 du code civil, les dispositions de l'article 1857 du code civil et les dispositions de l'article R. 624-8 du code de commerce. »

Réponse de la Cour

Vu les articles 1351, devenu 1355, du code civil, 583 du code de procédure civile et R. 624-8, alinéa 4, du code de commerce :

6. L'autorité de chose jugée qui s'attache à la décision irrévocable d'admission d'une créance au passif de la liquidation d'une société civile s'impose à ses associés, de sorte que, s'il n'a pas présenté contre une telle décision la réclamation prévue par l'article R. 624-8 du code de commerce, dans le délai fixé par ce texte, l'associé d'une société civile en liquidation judiciaire est sans intérêt à former tierce-opposition à la décision, antérieure, condamnant la société au paiement de ladite créance et sur le fondement de laquelle celle-ci a été admise.

7. Pour déclarer recevable la tierce-opposition formée par les consorts X..., l'arrêt retient que c'est en vain que la banque prétend qu'à défaut pour ceux-ci d'avoir exercé un recours contre l'état des créances dans le délai d'un mois à compter de sa publication au BODACC le 28 février 2015, la créance en litige a acquis l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous, de sorte qu'ils seraient irrecevables à former toute nouvelle contestation portant sur l'existence, la nature ou le quantum de la créance ainsi admise définitivement, dès lors que l'admission définitive de la créance de la banque, dans le cadre et pour les besoins de la liquidation

judiciaire de la SCI, n'interdisait nullement aux associés, qui n'étaient ni plus ni moins parties à cette procédure collective qu'à l'instance précédente devant cette cour, d'exercer devant un juge le recours effectif reconnu par le texte précité, qu'au demeurant l'examen du bordereau de déclaration de créance montre que la banque n'a pas déclaré d'autre créance que celle résultant précisément de l'arrêt du 24 mars 2011, qui était déjà définitive suite au rejet, le 28 juin 2012, du pourvoi formé contre cet arrêt et qu'ainsi les consorts X..., qui ont un intérêt manifeste à voir rétracter le jugement dès lors qu'ils sont poursuivis en paiement par la banque pour répondre des dettes sociales de la SCI à proportion de leurs parts dans le capital social, doivent être déclarés recevables en leur tierce-opposition.

8. En statuant ainsi, alors que les consorts X... ne contestaient pas ne pas avoir, en tant qu'intéressés au sens de l'article R. 624-8, alinéa 4, du code de commerce, présenté contre l'état des créances dans le délai d'un mois à compter de sa publication au BODACC, la réclamation prévue par ce texte, lequel leur ouvrait un accès effectif au juge au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de sorte que, faute d'intérêt, leur tierce-opposition à l'arrêt condamnant la SCI, n'était pas recevable, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Portée et conséquences de la cassation

9. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation de la disposition de l'arrêt déclarant recevable la tierce-opposition formée par les consorts X... entraîne la cassation de toutes les autres dispositions de l'arrêt, qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour : CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 janvier 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Bourges ; Remet l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel d'Orléans ;

Annexe n ° 2

Nouveau sujet zéro

Nouvelle formulation de l'Arrêt proposé à la session 2021

Voici la forme qui, en principe devra retenue à la fois pour l'épreuve de droit privé et de droit public. En effet, nous ne souhaitons pas créer de différences de barème dans les grilles d'appréciation. Je remercie particulièrement Madame la Professeure Tarlet d'avoir bien voulu accepter de modifier sa formulation de l'introduction.

Arrêt n° 320 du 10 avril 2019 (17-28.834) - Cour de cassation - Chambre commerciale, financière et économique - ECLI:FR:CCASS:2019:CO00320

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.

Commentaire d'arrêt

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

« *Actori incumbit 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.

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 à cette fin, démarches qui cessent à la fin de l'année 2012. M. Y notifie enfin à M. D, le 25 juin 2014, soit deux ans plus tard, sa volonté de « *mettre fin à leur indivision* », l'assignant ensuite en dissolution de la société créée de fait résultant de l'exploitation, sur le fondement de l'article 1872-2 du code civil.

La Cour d'appel de Lyon, ayant eu à connaître de l'affaire, rendra un arrêt le 22 juin 2017 en vertu duquel elle décidera que la notification de M. Y ne pouvait donner lieu à dissolution, car elle n'était pas conforme aux dispositions de l'article 1872-2 du Code civil. La démonstration n'était pas faite, selon la Cour, de la mauvaise foi de M. D ni de l'existence de démarche(s) de M Y durant les deux ans précédant la notification.

Pourvoi est alors formé contre cet arrêt, la question posée au juge du droit portant sur **la charge de la preuve de la bonne foi et de la juste temporalité de la notification prévue par l'article 1872-2 du Code civil.**

La Cour de cassation, le 10 avril 2019, cassera l'arrêt sur le fondement d'un attendu de principe au visa des deux articles 1872-2 et 1873 du code civil. Elle établira, à ce titre, 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 retiendra que les motifs de la Cour d'appel étaient « *impropres à caractériser une notification faite de mauvaise foi ou à contretemps* ».

La portée de l'arrêt tient ici, face à la nouvelle place que prend désormais la bonne foi en droit des contrats, à la question de son appréciation dans la société en participation, société-contrat. Plus précisément encore, c'est la mise œuvre de ce standard dans la notification de dissolution d'une SEP qui était en jeu. (NB : la « portée de l'arrêt » peut également figurer, éventuellement, dans une autre partie de l'introduction, en tant que de besoin).

La Cour de cassation, à ce titre s'en est tenue à l'appréciation stricte des textes mais quoique cet arrêt ne saurait qu'être approuvé, il n'en suscite pas moins certaines interrogations. À s'en tenir à l'articulation textuelle adoptée par le juge du droit, la mise en œuvre de l'article 1873 du Code civil, premier support textuel du raisonnement, **ne pose guère de problème quant à la reconnaissance de l'existence d'une société** dont la dissolution pouvait être demandée par simple notification **(I)**. En revanche, la question de la **preuve** des conditions de validité de la notification de l'article 1872-2 est plus complexe puisque si la bonne foi est présumée, **rien n'indique - en droit - quel est le régime applicable à son appréciation dans le temps (II)**.

I / La reconnaissance de la société au fond

Reconnaître 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 créées 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 qui est 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

Deux 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. : (hors barème)

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.