

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

---

Audience publique du 9 janvier 2019

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 65 FS-D

Pourvoi n° R 17-16.504

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

---

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Gamma investissements, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...],

contre l'arrêt rendu le 17 janvier 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 5 - chambre 8), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. Hervé X..., domicilié [...],

2°/ à la société Euro-immo foncier, société à responsabilité limitée, dont le siège est [...],

3°/ à M. Antoine Y..., domicilié [...],

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 27 novembre 2018, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Z..., conseiller référendaire rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Laporte, M. Grass, Mmes Darbois, Orsini, Poillot-Peruzzetto, MM. Sémériva, Cayrol, Mme Champalaune, conseillers, M. Contamine, Mme Le Bras, M. Gauthier, Mme de Cabarrus, conseillers référendaires, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Z..., conseiller référendaire, les observations de la SCP Richard, avocat de la société Gamma investissements, de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat de M. X... et de la société Euro-immo foncier, l'avis de M. Richard de la Tour, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société Gamma investissements du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre M. Y... ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 17 janvier 2017), que la société Euro-immo foncier et la société Gamma investissements (la société Gamma) ont créé, le 1er mars 2006, la société en participation Massy 2 bis (la SEP), ayant pour activité l'achat et la revente de biens immobiliers ; que M. X... assurait la gérance tant de la société Euro-immo foncier que de la SEP ; que soutenant que M. X... avait indûment perçu, en sa qualité de gérant de la SEP, diverses sommes au titre de rémunérations et d'avantages en nature, la société Gamma l'a assigné en restitution des sommes perçues et paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Gamma fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes alors, selon le moyen :

1°/ que l'approbation des comptes d'une société et le quitus donné au gérant ne font pas obstacle à l'action d'un associé tendant à voir condamner le gérant à restituer les sommes indûment perçues par celui-ci ; qu'en décidant néanmoins que l'approbation, par l'assemblée générale des associés de la SEP, des comptes clos au 31 décembre 2009 et le quitus donné au gérant pour l'exercice considéré faisaient obstacle à l'action de la société Gamma tendant à voir condamner M. X..., gérant de la SEP, à restituer les salaires et avantages en nature indûment perçus, la cour d'appel a violé l'article 1843-5 du code civil ;

2°/ que la rémunération du gérant d'une société en participation est déterminée soit par les statuts, soit par une décision de la collectivité des associés ; qu'en décidant néanmoins que M. X... était fondé à prétendre à une rémunération, au titre de la gérance, en l'absence de toute disposition des statuts ou de décision de la collectivité des associés, et sur le fondement de la seule approbation des comptes sociaux, la cour d'appel a violé les articles 1871-1 du code civil et L. 221-3 du code de commerce ;

3°/ que la rémunération du gérant d'une société en participation est déterminée soit par les statuts, soit par une décision de la collectivité des associés ; qu'en décidant néanmoins que la rémunération de M. X..., au titre de la gérance de la SEP, avait pu être fixée par une délibération des associés de la société Euro-immo foncier, la cour d'appel a violé les articles 1871-1 du code civil et L. 221-3 du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que les statuts de la SEP ne précisait rien concernant la rémunération et les avantages perçus par son gérant et que l'avenant de prorogation du 29 février 2008 conclu par les associés de la SEP stipulait que la comptabilité et le résultat de cette société seraient établis par des éléments de comptabilité de la société Euro-immo foncier, conformément à une option ouverte par l'article 391 du plan général comptable relatif à la comptabilité des sociétés en participation, l'arrêt relève que ces avantages et rémunérations ont été accordés par la

société Euro-immo foncier, après avoir été approuvés par les associés de cette dernière, et que, pour l'établissement du résultat de la SEP, ils ont été portés au compte de charges de la SEP, en faisant ainsi porter le poids final sur les résultats de cette société ; qu'il relève encore que le procès-verbal de l'assemblée générale du 8 juin 2010 des associés de la SEP, qui a approuvé les comptes de cette dernière, détaillait les salaires, primes sur salaires et avantages en nature dont avait bénéficié le gérant, de sorte que la société Gamma a été en mesure de vérifier et, le cas échéant, de contester les charges imputées à la SEP ; qu'en cet état, la cour d'appel a retenu à bon droit que les rémunérations et avantages perçus par celui-ci avaient été approuvés par les associés de la SEP, de sorte que la société Gamma n'était pas fondée à en demander le remboursement ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société Gamma fait également grief à l'arrêt de rejeter sa demande de dommages-intérêts contre M. X... alors, selon le moyen :

1°/ que la cassation entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui à la suite, l'application ou l'exécution du jugement cassé ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ; que la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation, du chef du dispositif de l'arrêt ayant décidé qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à M. X... dans l'attribution de la rémunération et des avantages en nature qu'il avait perçus, entraînera par voie de conséquence la cassation du chef du dispositif de l'arrêt rejetant la demande de dommages-intérêts de la société Gamma, motif pris de ce qu'aucune faute n'a été retenue à l'encontre de M. X... relativement au paiement d'une rémunération et des avantages en nature, et ce, en application de l'article 625, alinéa 2, du code de procédure civile ;

2°/ qu'en se bornant à affirmer que si M. X... avait effectivement manqué à son mandat social, en ce qui concernait la tenue des assemblées générales, la société Gamma ne caractérisait pas suffisamment, à ce stade, l'existence de son préjudice, dès lors que le montant des bénéfices devant lui revenir n'était pas encore connu, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la société Gamma avait subi un préjudice du fait qu'elle avait été tenue dans l'ignorance, pendant de nombreuses années, de l'étendue de ses droits dans la SEP, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ;

Mais attendu, d'une part, que le premier moyen ayant été rejeté, le moyen, pris en sa première branche, qui invoque une cassation par voie de conséquence, est sans portée ;

Et attendu, d'autre part, que la cour d'appel n'avait pas à effectuer la recherche invoquée par la seconde branche, qui ne lui était pas demandée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Gamma investissements aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Euro-immo foncier et M. X... la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du neuf janvier deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par la SCP Richard, avocat aux Conseils, pour la société Gamma investissements.

## PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la Société GAMMA INVESTISSEMENTS de ses demandes tendant à voir condamner Monsieur X... à lui payer les sommes de 154.038,63 euros au titre des salaires, primes et charges sociales indument perçus, et 92.129,33 euros au titre des avantages en nature indument perçus ;

AUX MOTIFS QUE Gamma Investissements soutient que M. X... a perçu au titre de la gérance, sans y avoir été autorisé par les statuts ou les associés, des salaires et des avantages en nature (carburant, leasing voiture, entretien de son véhicule, frais de déplacement, de restaurant) ; que s'agissant de prélèvement indus, il en doit réparation à son associé à hauteur de 40%, montant de sa participation ; que M. X... et Euro-Immo Foncier répliquent que la Sep a opté pour une comptabilité intégrée dans la comptabilité de son associé (Euro-Immo Foncier), que tous les salaires et avantages ont été régulièrement approuvés par les assemblées générales successives d'Euro-Immo Foncier, que les opérations spécifiques à la Sep ont ensuite été extraites sur justificatif afin d'établir le compte de résultat propre à cette société, que ni la loi ni les statuts ne prévoient la nécessité d'une décision de l'assemblée générale de la Sep pour fixer cette rémunération, le contrôle des associés s'étant exercé lors de l'approbation des comptes de la Sep ; que la Sep, dépourvue de personnalité morale et de capital, avait pour objet général l'achat et la revente de biens immobiliers ; que, concrètement, son activité s'est résumée à une seule opération immobilière, l'acquisition, la rénovation et la revente après location d'un ensemble immobilier de bureaux totalisant 2.500 m<sup>2</sup> et 100 parkings extérieurs situés [...] à Massy (91), ainsi que le partage des bénéfices ou pertes et du boni de liquidation, la prorogation de la Sep, décidée à l'issue du délai initial de deux ans visant expressément la fin de la commercialisation de cet immeuble ; que l'avenant de prorogation, signé le 29 février 2008 par les dirigeants des deux sociétés associées, stipule que la comptabilité de la Sep et son résultat seront établis par extraction des éléments de comptabilité de la Sarl Euro-Immo Foncier ; que cette disposition n'est pas contestée par les parties et correspond à une option prévue par l'article 391 du plan comptable général pour la comptabilité des sociétés en participation ; que les statuts précisent que la société est régie par les articles 1871 à 1872-2 du Code civil ; que la responsabilité de M. X... est recherchée sur le fondement contractuel à raison du mandat social qui le lie à Sep et répond donc des fautes de gestion qu'il peut commettre dans l'exercice de ses fonctions ; que les statuts ne précisent rien concernant la rémunération et les avantages accordés au gérant ; qu'il est constaté que la rémunération et les avantages, dont la matérialité n'est pas discutée, ont été versés à M. X... par Euro-Immo Foncier, dont il est également le dirigeant, après avoir été approuvés par les assemblées générales de cette société, la régularité de ces approbations ne faisant pas débat ; que dans un second temps, lors de l'extraction dans les comptes d'Euro-Immo Foncier, des éléments de comptabilité pour établir le résultat spécifique de la Sep, les frais supportés par Euro-Immo Foncier et incombant à la Sep ont été portés au compte de charges de cette dernière ; qu'il n'est pas contesté que l'ensemble des rémunérations et avantages, qui ont été accordés par Euro-Immo Foncier à M. X..., ont été reportés dans le compte de charges de la Sep, en faisant ainsi porter le poids final sur les résultats de la Sep ; que M. X... explique ce report intégral par le fait que toute son activité était concentrée sur l'opération de Massy ; que les avantages consentis par Euro-Immo Foncier à son dirigeant ont alors pris la nature de charges dans les comptes de la Sep ; que les comptes clos au 31 décembre 2009 ont été soumis au vote de l'assemblée générale de la Sep du 8 juin 2010, qui les a approuvés à l'unanimité, a donné quitus de sa gestion à la gérance pour l'exercice considéré, et décidé d'affecter le bénéfice de 843.732,59 euros sur les comptes courants des associés au prorata de leurs parts ; qu'est joint à ce procès-verbal de délibération un récapitulatif des résultats de la Sep cumulés au 31 décembre 2009, détaillant les frais généraux de 2006 à 2009, représentant un total de 414.334,61 euros, dans lesquels figurent notamment les rubriques suivantes : salaires, primes sur salaires, véhicule Peugeot, entretien et assurance auto, leasing véhicule, location de parking, frais de déplacement et restaurant, suivi de la ventilation de ces frais au prorata des parts des associés, toutes ces indications permettant à Gamma Investissements de vérifier et le cas échéant de contester les charges imputées à la Sep ; qu'il n'est pas allégué que le compte de charges présenté à la Sep aurait masqué sous un libellé inexact les charges liées à la rémunération et aux avantages consentis au gérant ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient Gamma Investissements, M. X... s'est bien conformé, en ce qui concerne les comptes des exercices 2006 à 2009 à l'article 3 des statuts, aux termes duquel les décisions statuant sur les comptes sociaux sont prises en assemblée, l'approbation des frais généraux intervenant nécessairement à cette occasion et ne relevant pas du second alinéa de cet article, selon lequel toutes autres décisions résulteront au choix de la gérance, soit d'une assemblée générale, soit d'une consultation écrite des associés ; qu'est inopérant, le moyen tiré de ce que la fixation de la rémunération du gérant ne peut résulter de l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale, dès lors que la rémunération n'a pas été fixée par la Sep, mais par délibération d'Euro-Immo Foncier, la Sep s'étant bornée à accepter l'imputation de ces frais dans son compte de résultat ; qu'il s'ensuit que Gamma

Investissements n'établit pas que M. X... a commis une faute dans l'exercice de son mandat social au sein de la Sep en percevant des sommes indues ; que le jugement sera confirmé en ce qu'il a débouté Gamma Investissements de sa demande de remboursement des salaires et avantages en nature perçus par M. X... ;

1°) ALORS QUE l'approbation des comptes d'une société et le quitus donné au gérant ne font pas obstacle à l'action d'un associé tendant à voir condamner le gérant à restituer les sommes indument perçues par celui-ci ; qu'en décidant néanmoins que l'approbation, par l'assemblée générale des associés de la Société MASSY 2BIS, des comptes clos au 31 décembre 2009 et le quitus donné au gérant pour l'exercice considéré faisaient obstacle à l'action de la Société GAMMA INVESTISSEMENTS tendant à voir condamner Monsieur X..., gérant de la Société MASSY 2BIS, à restituer les salaires et avantages en nature indument perçus, la Cour d'appel a violé l'article 1843-5 du Code civil ;

2°) ALORS QUE la rémunération du gérant d'une société en participation est déterminée soit par les statuts, soit par une décision de la collectivité des associés ; qu'en décidant néanmoins que Monsieur X... était fondé à prétendre à une rémunération, au titre de la gérance, en l'absence de toute disposition des statuts ou de décision de la collectivité des associés, et sur le fondement de la seule approbation des comptes sociaux, la Cour d'appel a violé les articles 1871-1 du Code civil et L. 221-3 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE la rémunération du gérant d'une société en participation est déterminée soit par les statuts, soit par une décision de la collectivité des associés ; qu'en décidant néanmoins que la rémunération de Monsieur X..., au titre de la gérance de la Société MASSY 2BIS, avait pu être fixée par une délibération des associés de la Société EURO-IMMO FONCIER, la Cour d'appel a violé les articles 1871-1 du Code civil et L. 221-3 du Code de commerce.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la Société GAMMA INVESTISSEMENTS de sa demande tendant à voir condamner Monsieur A... X... à lui payer la somme de 100.000 euros à titre de dommages-intérêts ;

AUX MOTIFS QUE Gamma Investissements fait valoir que M. X... a abusé de ses fonctions de gérant de la Sep, en prélevant sans autorisation et dans des conditions disproportionnées des rémunérations et avantages, en tentant de détourner la quote-part de bénéfices revenant à Gamma Investissements et en la privant en conséquence depuis plusieurs années de ses droits légitimes ; qu'aucune faute n'a été retenue à l'encontre de M. X... relativement au paiement d'une rémunération et des avantages en nature ; que s'il a en revanche manqué à son mandat social en ce qui concerne la tenue des assemblées générales, Gamma Investissements ne caractérise pas suffisamment à ce stade l'existence de son préjudice, dès lors que le montant des bénéfices à lui revenir n'est pas, en l'absence d'examen des comptes du dernier exercice par l'assemblée générale, connu avec certitude et qu'elle a déjà perçu une somme de 162.265,54 euros ; qu'à ces motifs, le jugement sera confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de dommages et intérêts de Gamma Investissements ;

1°) ALORS QUE la cassation entraîne, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision, l'annulation par voie de conséquence de toute décision qui à la suite, l'application ou l'exécution du jugement cassé ou qui s'y rattache par un lien de dépendance nécessaire ; que la cassation à intervenir sur le premier moyen de cassation, du chef du dispositif de l'arrêt ayant décidé qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à Monsieur X... dans l'attribution de la rémunération et des avantages en nature qu'il avait perçus, entraînera par voie de conséquence la cassation du chef du dispositif de l'arrêt rejetant la demande de dommages-intérêts de la Société GAMMA INVESTISSEMENTS, motif pris de ce qu'aucune faute n'a été retenue à l'encontre de Monsieur X... relativement au paiement d'une rémunération et des avantages en nature, et ce, en application de l'article 625, alinéa 2, du Code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'en se bornant à affirmer que si Monsieur X... avait effectivement manqué à son mandat social, en ce qui concernait la tenue des assemblées générales, la Société GAMMA INVESTISSEMENTS ne caractérisait pas suffisamment, à ce stade, l'existence de son préjudice, dès lors que le montant des bénéfices devant lui revenir n'était pas encore connu, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la Société GAMMA INVESTISSEMENTS avait subi un préjudice du fait qu'elle avait été tenue dans l'ignorance, pendant de nombreuses années, de l'étendue de ses droits dans la Société MASSY 2BIS, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à

l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.