



AVIS n°2020-04-01

IL A ETE PREALABLEMENT EXPOSE :

1. Par messages en date des 6 et 9 avril 2020, le Cabinet d'Avocats BRET BREMENS établi 45 Quai Charles de Gaulle, 69006 LYON représenté par Maître Stéphanie STAEGER, Avocate Associée au sein dudit Cabinet (ci-après, le « Requéranant ») a sollicité un avis de l'Institut des usages dans le cadre d'un différend né au sein d'une société civile professionnelle exerçant des activités de radiologie, de médecine nucléaire et de radiothérapie.
2. Le différend oppose cinq associés minoritaires de la SCP (les « Associés Minoritaires ») représentés par le Requéranant aux autres associés (les « Associés Majoritaires ») relativement au mode de répartition des résultats de la SCP.
3. Le Requéranant a demandé l'avis de l'Institut des usages sur les questions suivantes:
 - la pratique historique suivie au sein de la SCP pour la répartition des résultats constituait-elle un usage ?
 - dans l'affirmative, le fait pour l'assemblée générale du 24 septembre 2018, puis celle du 22 juillet 2019, d'avoir méconnu cet usage était-il constitutif d'une faute susceptible d'être sanctionnée par le jeu de la responsabilité civile ?
4. A l'appui de sa demande, le Requéranant a adressé à l'Institut des usages :
 - une copie des procès-verbaux d'assemblée de la SCP depuis 1981 ainsi que différents documents y afférents (rapports de gérance, constats d'huissier,...) ;
 - les différentes versions des statuts de la SCP y compris celle comprenant l'article 22 au 1^{er} juillet 2017 joint en Annexe.
5. Compte tenu de l'analyse juridique qu'il requiert, le présent avis a été délivré, conjointement, par l'Institut des Usages agissant par son Président et à titre personnel par Monsieur Pierre MOUSSERON, Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.

CECI AYANT ETE EXPOSE ET CONFORMEMENT A L'ANALYSE SUIVANTE :

1. La pratique historique suivie au sein de la SCP pour la répartition des résultats constituait-elle un usage ?

En Droit français contemporain, la constatation d'un usage doté d'une force juridique au sein d'une entreprise suppose la réunion de plusieurs éléments (*Les usages : l'autre Droit de l'entreprise*, Collection Droit & Professionnels, LexisNexis 2014, n°125 et s.): une pratique déterminée (a), délimitée (b), généralisée (c), invocable (d) et légitime (e).

a. La lecture des procès-verbaux d'assemblées de la SCP entre le 12 juin 2007 (date d'adoption par la SCP de la dernière version de ses règles statutaires en matière de distribution des résultats) et le 24 septembre 2018 (date d'adoption de la nouvelle pratique litigieuse de répartition des résultats) permet de constater une série de comportements constitutifs d'une pratique déterminée. Celle-ci consistait en l'adoption par les associés :

- d'une première résolution relative à l'exercice clos attribuant aux associés une somme dont nous comprenons qu'elle recouvre d'une part une rémunération forfaitaire du travail en fonction du temps consacré à l'activité par référence à un équivalent temps plein (ETP), et d'autre part le solde réparti au prorata de la fraction du capital détenu par chacun, le tout sans référence à la spécialité exercée par chaque associé

- et d'une seconde résolution relative à l'exercice en cours fixant la rémunération du travail ré-examinée lors de l'assemblée annuelle suivante.

b. La pratique susvisée est délimitée matériellement par son cantonnement aux seules assemblées annuelles ordinaires de la SCP devant statuer sur la répartition des résultats. Temporellement, elle est délimitée par la période comprise entre 2007 et 2018 afin de porter sur un environnement juridique stable à savoir sur une période où les mêmes dispositions statutaires étaient applicables.

c. La généralité de la pratique s'observe d'une part *temporellement*. La pratique consistant en l'adoption de résolutions favorables à la répartition susvisée a en effet été constamment suivie chaque année depuis 2007 lors de chaque assemblée générale annuelle d'affectation des résultats.

Cette généralité s'observe d'autre part *matériellement* au sens où l'adoption du mode de répartition des résultats susvisé a été observée très majoritairement pour répartir les résultats.

Par exception à cette pratique, certains procès-verbaux témoignent de versements réalisés au bénéfice de certains associés indépendamment de cette politique. On pourrait soutenir que ces entorses à la généralité absolue font obstacle à la reconnaissance de la pratique susvisée en tant qu'usage (dans ce sens favorable à un comportement unanimement suivi : CA Versailles 10 décembre 2019, n°18/07479). Cependant, nous ne pensons pas que ces entorses ponctuelles à la pratique suivie au sein de la SCP empêchent la reconnaissance d'un usage.

- D'abord, ces comportements sont *isolés* dans leur nombre ; sur la période examinée de 2007 à 2018 nous avons identifié seulement trois comportements réellement discordants (assemblées du 14 juin 2012, du 10 juillet 2013 et du 19 juin 2014), toujours en faveur des deux mêmes bénéficiaires. Les versements réalisés au Docteur Z. qui a rejoint la SCP en 2015 ne sont pas selon nous « *adoptés* » par les assemblées dès lors qu'ils ont été soustraits à la délibération des assemblées suivantes par une unique délibération spéciale adoptée le 25 juin 2015 à l'unanimité des associés lors de l'adhésion dudit professionnel.

- Ensuite, les montants concernés sont *faibles* relativement aux résultats distribuables (respectivement 3.009.943, 4.364.079 et 4.433.649 euros pour les assemblées tenues en 2012, 2013 et 2014) à savoir :

- 18.000 et 20.000 euros le 14 juin 2012 pour les Docteurs X. et Y. ;

- 18.000 euros en 2013 pour le Docteur X. ;
- 18.000 euros en 2014 pour le Docteur X.
- En outre, ces versements ne sont pas justifiés par la spécialité exercée par leurs bénéficiaires.
- Enfin, l'un des votes du 14 juin 2012 *n'a pas été adopté à l'unanimité* des associés ce qui nuit à sa légitimité.

Ces versements atypiques n'empêchent donc pas de caractériser la condition de généralité requise d'un usage, laquelle ne se confond d'ailleurs pas selon nous avec l'exigence d'unanimité : « *L'usage devra être observé par la majorité des acteurs de son champ d'application professionnel, que celui-ci soit limité à une relation privée, à une entreprise, une profession ou un secteur d'activité... L'exigence d'une généralité absolue consistant à exiger le respect par tous les acteurs d'un certain comportement nous paraît excessive dans la mesure où l'usage ne repose pas nécessairement sur un consentement spécial, mais sur la référence à un comportement général* » (*Les usages : l'autre Droit de l'entreprise*, LexisNexis 2014, précité, n°171).

d. Les Associés Minoritaires peuvent invoquer l'usage allégué dès lors que celui-ci était indiscutablement connu et accepté par tous les associés de la SCP qui ont généralement voté en sa faveur. A cet égard, on peut rappeler « *que le juge du fond apprécie souverainement l'existence d'un usage, dont il n'est pas tenu de préciser les éléments ni de constater l'intention dans une convention* » (Cass. civ. 1^{ère} 4 juillet 1995, n°93-16822).

e. La légitimité de la pratique de répartition des résultats comprise entre le 12 juin 2007 et 2017 est d'autant plus avérée qu'elle n'a pas toujours été profitable à tous les associés qui ont voté en sa faveur. Ainsi, elle a pu défavoriser les Associés (aujourd'hui) Minoritaires durant une époque où les activités de radiothérapie étaient moins rentables. En outre, cet usage est conforme aux instructions figurant en note sous l'article 25 du modèle de statuts de SCP figurant sur le site de l'Ordre National des médecins. Ce texte dispose en effet : « *En vertu de l'article R.4113-48 al.2 du code de la santé publique, les associés sont libres d'adopter dans leurs statuts le ou les critères qui leur paraissent les mieux adaptés à leur société. Il pourra s'agir de l'ancienneté respective des associés dans la profession, de leurs titres universitaires hospitaliers ou autres, de leur qualification, de leur degré de notoriété, du nombre d'actes médicaux accomplis par chacun d'eux pendant une période de référence déterminée, du nombre de clients figurant à leurs fichiers, du temps qu'ils s'engagent respectivement à consacrer à la société, du nombre de parts d'industrie respectivement possédées par les associés. L'attention est toutefois appelée sur le fait qu'il devra uniquement s'agir des bases de répartition périodiquement fondées sur des critères liés à l'activité professionnelle* » (Nous soulignons). La méthode de répartition objet de l'usage invoqué est plus directement liée à l'activité professionnelle commandée par l'Ordre des médecins que la méthode décidée par les Associés Majoritaires lors de l'assemblée générale du 24 septembre 2018. Cette dernière méthode aboutit en effet à verser des rémunérations complémentaires qui bénéficient en grande majorité aux médecins radiothérapeutes en fonction de leur spécialité non prise en compte par le modèle ordinal.

IL EXISTAIT JUSQU'EN 2018 AU SEIN DE LA SCP UNE PRATIQUE CONSISTANT A ADOPTER :
UNE PREMIERE RESOLUTION RELATIVE A L'EXERCICE CLOS ATTRIBUANT AUX ASSOCIES D'UNE PART UNE REMUNERATION FORFAITAIRE DU TRAVAIL EN FONCTION DU TEMPS CONSACRE A L'ACTIVITE, ET D'AUTRE PART UNE SOMME REPARTIE AU PRORATA DE LA FRACTION DU CAPITAL DETENU PAR CHACUN, LE TOUT SANS REFERENCE A L'ACTIVITE EXERCEE PAR CHAQUE ASSOCIE
ET UNE SECONDE RESOLUTION RELATIVE A L'EXERCICE EN COURS FIXANT LA REMUNERATION DU TRAVAIL.

**COMPTE TENU DE SON CARACTERE DETERMINE, DELIMITE, GENERALISE,
INVOCABLE ET LEGITIME, CETTE PRATIQUE CONSTITUAIT UN USAGE.**

2. Le fait pour l'assemblée générale du 24 septembre 2018, puis dans une moindre mesure celle du 22 juillet 2019, d'avoir méconnu cet usage était-il constitutif d'une faute sanctionnée par la responsabilité civile?

Nous comprenons que la troisième résolution adoptée les 24 septembre 2018 et la huitième adoptée le 22 juillet 2019 mettent en œuvre une méthode de répartition des résultats différente de celle pratiquée jusque-là et analysée au 1 ci-dessus. Pour répondre à la question posée, il faut déterminer si ce non-respect de l'usage établi est fautif (a) et peut emporter la responsabilité civile des Associés Majoritaires (b).

a. Le non-respect de l'usage est-il constitutif d'une faute ?

Si, en général, la force juridique attachée à l'usage permet de constituer en faute un comportement contraire à celui-ci (i), en l'espèce, il convient de prendre en compte deux arguments particuliers (ii).

i En général, la force juridique d'un usage permet au juge de se fonder sur la règle qui en ressort pour établir une faute.

L'usage est non seulement une pratique mais aussi une règle de comportement. En matière civile, on l'observe en matière contractuelle (par application notamment de l'article 1194 du Code civil qui étend le contenu contractuel aux suites qui résulte notamment des usages) et extra-contractuelle.

Dans ce dernier contexte, la jurisprudence se réfère souvent aux usages pour caractériser une faute délictuelle. Ce rôle de l'usage se retrouve souvent en matière de concurrence déloyale. Nos Collègues Daniel Mainguy, Malo Depincé et Mathilde Cayot posent ainsi en premier dans la liste des cas de concurrence déloyale « *La déloyauté par manquement à la loi et aux usages* » (*Droit de la concurrence*, LexisNexis 3^{ème} éd. 2019, n°77). A l'appui de plusieurs arrêts et notamment d'un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, notre Collègue Aurélie Brès écrit pour sa part : « *L'usage se présente ainsi comme une norme de référence permettant d'apprécier la normalité, et même la régularité d'un comportement* » (A. Brès, obs. sous CA Bordeaux 29 mai 2017, n°15/00043, JCP éd. E 2017, n°45, *Chronique Usages*, n°3).

Le manquement aux usages témoigne en outre d'un manquement à un devoir de cohérence aujourd'hui reconnu (Cass. com. 8 mars 2005, n°02-15783).

Le non-respect de l'usage peut donc être un acte déloyal et incohérent et à ce double titre fautif.

ii Au cas d'espèce, les Associés Majoritaires pourraient soulever deux arguments pour contester le caractère fautif de la nouvelle pratique de rémunération.

- D'une part, les Associés Majoritaires pourraient invoquer les termes de l'article 22 des statuts de la SCP dans leur version applicable à compter du 1^{er} juillet 2007 au 24 septembre 2018 pour contester le caractère fautif de l'usage. Cet article prévoit notamment : « *Sur le montant du bénéfice distribuable, il est tout d'abord attribué aux associés un montant destiné à rétribuer leur activité. La*

rémunération du travail est fixée par l'assemblée générale annuelle des associés pour l'année précédente en fonction de leur spécialité, de leur mode d'exercice, du temps consacré par chacun à la Société, des actes médicaux réalisés et de la qualité des soins... » (nous soulignons). On constate que les statuts de la SCP permettaient donc dès 2007 une prise en compte de la spécialité exercée par chaque associé : radiologie, médecine nucléaire ou radiothérapie. Les Associés Majoritaires pourraient donc soutenir que la pratique de vote qu'ils ont inaugurée en 2017 n'était qu'une mise en conformité avec les statuts en vigueur depuis 2007. En d'autres termes, les Associés Majoritaires pourraient soutenir qu'il ne peut y avoir faute à respecter les statuts.

Cette argumentation s'exposerait à son tour à deux critiques.

① Les usages ne sont pas subordonnés aux statuts.

En cas de conflit entre les statuts et une pratique interne, les tribunaux donnent parfois priorité aux statuts (Cass. civ. 3^{ème} 25 avril 2007, n°06-11833). Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles témoigne de pareille primauté. Un actionnaire soutenait qu'un comportement observé pendant quarante années au sein d'une société pouvait aboutir à reconnaître une restriction à la libre cessibilité de ses titres. La Cour d'appel de Versailles rejette l'argument : « *La circonstance que même pendant 40 ans, les parties ou les sociétés aux droits desquelles elles sont venues, depuis leur entrée dans le capital d'Esterra, aient respecté entre elles une parité capitalistique, n'était pas de nature à interdire à Veolia à compter de 2007 d'acquérir les actions d'associés minoritaires alors que les statuts d'Esterra prévoyaient depuis 1976 la libre cession des actions entre actionnaires, que l'égalité capitalistique, même tacitement acceptée pendant de nombreuses années, qui n'était pas inscrite dans les statuts de la société ou consentie par une convention extra statutaire, n'avait pas vocation naturelle et invariable à se maintenir pendant toute la vie de la société Esterra restant à courir...* » (CA Versailles 12^{ème} ch. 22 mai 2012, SA Veolia Propreté c/ SA SITA France, Bibliothèque des usages, Alerte mars 2013). La mise à l'écart de l'usage se justifie principalement ici par le fait, au cas particulier, que les statuts de la société imposaient expressément cette libre cessibilité (V. P. Mousseron, *Le renouveau des usages en Droit des sociétés*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Canu*, Lextenso Editions, 2014, p. 391). On retrouve la même solution pro-statutaire dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris en matière de prise en compte des abstentions lors d'une assemblée générale (CA Paris 13 juin 2019, n°19/05951, JCP éd. E 2019, 1482, Chronique Usages, n°7, obs. P. Mousseron).

Cette jurisprudence défavorable à l'invocation d'un usage contraire aux statuts nous paraît cependant critiquable. Dans les relations internes entre associés, rien n'interdit en effet de concevoir une dérogation par les usages aux statuts sur la question de la répartition des résultats notamment. Certains tribunaux admettent d'ailleurs cette prévalence des usages. Dans une espèce portée devant la Cour d'appel de Rouen (CA Rouen 4 juin 2013, n°12/06066 - Bibliothèque des Usages, Alerte juillet 2013), les statuts d'une société MAE énonçaient que son président M. M. était élu « *pour un an* ». En l'espèce, le président de cette société fut mis à la disposition d'une entité désignée UMAE dont le Président était élu pour deux ans. La Cour d'appel de Rouen a observé qu'à deux reprises les élections du président par le conseil d'administration de ces deux entités s'étaient tenues le même jour. Au vu de cette situation, la Cour d'appel relève « *que ces deux élections sont organisées simultanément, ce qui confirme l'existence d'un usage pour élire également le président de la MAE tous les deux ans* ». Forte de cette observation, la Cour a jugé « *qu'il convient ainsi de considérer que M. M. avait bien la qualité de président de la MAE et pouvait donc en conséquence valablement déléguer son pouvoir de licencier...* » durant la deuxième année suivant son élection. L'usage a bien permis ici de déroger à une disposition statutaire.

On constate donc que les usages ne sont pas subordonnés aux statuts et qu'une éventuelle contrariété d'un usage par rapport aux statuts ne priverait donc pas sa méconnaissance de son caractère fautif.

②En outre, en l'espèce, l'usage invoqué n'est pas exactement une violation des statuts :

L'usage invoqué n'est pas contraire ni à l'article 1 des statuts qui renvoie au Code civil et donc à son article 1994 qui évoque les usages, ni plus spécialement à son article 22; il ne fait qu'appliquer ce dernier article en donnant l'exclusivité au critère du volume d'activité. Il s'agit donc plutôt d'une application particulière des statuts que d'une violation. Dans cette situation, la pratique objet de l'usage identifié ne saurait donc être privée d'effet en raison d'une violation des statuts.

-- D'autre part, les Associés Majoritaires pourraient soutenir qu'ayant désormais la majorité, il n'est pas en principe fautif de leur part de faire adopter une résolution dans un sens favorable à leurs intérêts propres. Ce serait même l'objectif des délibérations sociales. Cet argument serait exact pour autant que ce vote majoritaire ne soit pas constitutif d'un abus de majorité lequel suppose notamment un vote contraire à l'intérêt social. Pareille contrariété à l'intérêt social suppose une appréciation qui dépasse les limites du présent avis. On peut simplement observer que le respect de l'usage établi a permis la prospérité de la SCP. A l'inverse, l'introduction en 2018 d'un mode de répartition influencé par la spécialité exercée par chaque médecin a suscité une mécontente en son sein visiblement défavorable à l'intérêt social, à l'aune des seuls échanges observés en assemblée générale.

En conséquence, ni l'article 22 des statuts de la SCP, ni la règle majoritaire ne suffisent à écarter l'existence d'une faute commise par les Associés Majoritaires en méconnaissant l'usage établi.

b. Le non-respect fautif de l'usage emporte application de la responsabilité civile.

En présence d'une méconnaissance fautive d'un usage, la faute constatée relève du Droit commun de la responsabilité civile.

Au cas particulier, les auteurs de ces fautes seraient les Associés Majoritaires qui par leur vote auraient méconnu l'usage de vote en faveur de rémunérations indépendantes de la spécialité exercée par les associés.

Dans la mesure où ces fautes auraient causé un préjudice aux Associés Minoritaires, ces derniers seraient fondés à en demander réparation aux Associés Majoritaires.

LE NON-RESPECT DE L'USAGE SUSVISE PEUT ETRE CONSTITUTIF D'UNE FAUTE.

LA FAUTE AYANT ETE COMMISE PAR LES ASSOCIES MAJORITAIRES, SA COMMISSION JUSTIFIERAIT UNE ACTION EN RESPONSABILITE CIVILE A LEUR ENCONTRE.

NOUS RENDONS L'AVIS SUIVANT :

Vues les informations transmises à l'Institut des Usages, celles figurant sur le site de la Bibliothèque des usages référencé par Légifrance et celles susvisées :

1. LA PRATIQUE OBSERVEE AU SEIN D'UNE SCP DE 2007 JUSQU'AU 24 SEPTEMBRE 2018 CONSISTANT A ADOPTER UNE PREMIERE RESOLUTION RELATIVE A L'EXERCICE CLOS ATTRIBUANT AUX ASSOCIES D'UNE PART UNE REMUNERATION FORFAITAIRE DU TRAVAIL EN FONCTION DU TEMPS CONSACRE A L'ACTIVITE, ET D'AUTRE PART UNE SOMME REPARTIE AU PRORATA DE LA FRACTION DU CAPITAL DETENU PAR CHACUN, LE TOUT SANS REFERENCE A L'ACTIVITE EXERCEE PAR CHAQUE ASSOCIE ET UNE SECONDE RESOLUTION RELATIVE A L'EXERCICE EN COURS FIXANT LA REMUNERATION DU TRAVAIL, CONSTITUAIT UN USAGE.
2. LE NON-RESPECT DE L'USAGE SUSVISE PEUT ETRE CONSTITUTIF D'UNE FAUTE DE LA PART DES ASSOCIES MAJORITAIRES JUSTIFIANT UNE ACTION EN RESPONSABILITE CIVILE A LEUR ENCONTRE.

Fait à Montpellier, le 22 avril 2020, sous les réserves d'usage.

Pr. Pierre MOUSSERON
Président de l'Institut des usages

Pr. Pierre MOUSSERON

*Lors de sa réunion du 22 avril 2020, un comité de l'Institut des usages
composé de Madame Lise CHATAIN et de Monsieur Kevin MAGNIER-MERRAN
a délibéré sur le présent avis dont il a approuvé les termes.*

***Le présent avis est délivré conformément à l'article 66-1 de la loi 71-1130 du 31 décembre 1971
Il ne constitue pas de la part de l'Institut des usages une opinion juridique.***

***Faculté de Droit de Montpellier
39 Rue de l'Université, 34000 Montpellier
Email : institutdesusages@gmail.com
Tél : 04 34 43 30 11***