

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



**ISABELLE
RIASSETTO**
Professeur
à l'Université
du Luxembourg

Pacte d'actionnaires – Engagement de non-concurrence – Répartition par le pacte des représentants au comité de surveillance d'une SAS – Action au fond en résolution du pacte pour manquement à l'obligation de non-concurrence – Action en référé pour exécution forcée des obligations nées du pacte – Pouvoir du juge des référés – Annulation des décisions prise en assemblée générale (non) – Révocation forcée des membres du comité et désignation forcée de deux nouveaux membres (non) – Désignation par le juge des référés d'un mandataire habilité à recevoir des documents et à assister aux réunions du comité de surveillance pour en faire compte rendu à l'exclue.

CA Paris, P. 1, ch. 3, 8 nov. 2011, n° 11/1606, Binier et consorts c/ SAS Mederic Innovation, arrêt déjà commenté par A. Couret et B. Dondero, Bulletin Joly Sociétés, mars 2012, pp. 109 et s.



**QUENTIN
URBAN**
Maître de
conférences
à la faculté
de droit de
Strasbourg

Un pacte d'actionnaires entre deux sociétés partenaires prévoyait une répartition des sièges dans un comité de surveillance d'une société. En violation du pacte, les représentants d'une deux sociétés avaient été exclus de ce comité de surveillance par une délibération de l'assemblée générale de la société pour ne pas avoir respecté l'engagement contractuel de non-concurrence. Alors que le juge du fond avait été saisi d'une demande de résolution du pacte, l'actionnaire exclu avait obtenu du juge des référés qu'il ordonne la convocation d'une AG au cours de laquelle devaient être désignés deux représentants de la société évincée. La cour d'appel a censuré cette décision et a limité son intervention à la désignation d'un mandataire judiciaire pour assister aux réunions du comité et se voir remettre tous les documents destinés aux membres du comité de surveillance.



**MICHEL
STORCK**
Professeur
à la faculté
de droit de
Strasbourg

Quel est l'intérêt d'un pacte d'actionnaires si, en cas de non-respect, il n'est pas possible d'obtenir du juge que soit ordonnée une exécution forcée en nature? Cette interrogation est un serpent de mer qui réapparaît régulièrement sous la plume des auteurs¹. L'arrêt

de la cour d'appel de Paris du 8 novembre 2011 est une nouvelle occasion d'en débattre.

Les faits à l'origine de l'arrêt prêtaient bien à discussion. Un pacte d'actionnaires avait été conclu entre deux sociétés, Assistéo Europe (majoritaire) et Médéric Innovation SAS (minoritaire), membre du groupe Malakoff Médéric, qui contrôlaient une société filiale commune la SAS Assistéo France, par ailleurs composée d'autres associés minoritaires, personnes physiques. Ce pacte organisait la composition du comité de surveillance créé au sein de la filiale : trois sièges pour Assistéo Europe, deux sièges pour Médéric Innovation SAS. Cette répartition était complétée par la reconnaissance d'un droit de veto du minoritaire au sein du comité. Les relations entre les deux associés s'étaient dégradées, la société Assistéo Europe reprochant une concurrence déloyale à la société Médéric Innovation SAS. Par la suite, une des clauses du pacte n'avait pas été respectée car les deux représentants de la SAS Médéric Innovation n'avaient pas été élus au comité de surveillance. En réponse à une demande déposée par la société Médéric, le 3 août 2011, le juge des référés du Tribunal de commerce de Paris avait ordonné sous astreinte :

- la convocation d'une nouvelle assemblée générale ;
- à la société Assistéo Europe et autres associés de la SAS Assistéo France de révoquer les deux membres désignés à la place des représentants de la SAS Médéric Innovation, puis de nommer les deux candidats de la SAS Médéric Innovation.

Parallèlement, le 24 juin 2011 la société Assistéo Europe avait engagé une procédure au fond devant le tribunal de commerce de Paris aux fins d'obtenir la résolution du pacte d'actionnaires pour violation de ses obligations contractuelles par la SAS Médéric Innovation. Lorsque l'arrêt d'appel commenté a été rendu le 8 novembre 2011, la procédure au fond était en cours. Dans sa décision, la cour d'appel de Paris n'a pas suivi les premiers juges et s'est refusée à imposer la convocation d'une assemblée générale des

commerce de Paris », Bull. Joly Sociétés, oct. 2011, p. 745, n° 403 v. aussi F.-X. Lucas, « L'exécution forcée des conventions de vote », Bull. Joly Sociétés, 2011, p. 625 ; A. Mignon-Colombet, *L'Exécution forcée en droit des sociétés*, préf. Y. Guyon, Economica, 2004, n° 240 et s.

1. F.-X. Lucas, « L'exécution forcée des pactes : les bonnes lectures du tribunal de

actionnaires pour les obliger à une modification de la composition du conseil de surveillance. Elle a en effet considéré qu'une telle intervention était équivalente à une annulation des résolutions désignant les deux représentants au conseil de surveillance, ce qui excédait les pouvoirs du juge des référés. En conséquence, elle a limité son intervention à la désignation d'un mandataire avec pour mission de se faire remettre tous les documents destinés aux membres destinés aux membres du comité de surveillance d'Assistéo France, d'assister aux réunions du comité de surveillance et d'en faire compte rendu à la société Méderic Innovation SAS. On perçoit très nettement que ces mesures se situent en retrait de celles contenues par l'ordonnance de référé. A priori, on pourrait regretter une attitude qui pourrait être qualifiée de frilosité jurisprudentielle (I.). Mais, à la réflexion, une ingérence plus marquée du juge des référés aurait soulevé de sérieux obstacles, et probablement entraîné une censure de la Cour de cassation (l'arrêt n'a pas été frappé de pourvoi) (II.).

I. A priori, une frilosité regrettable du juge des référés...

L'utilité des pactes d'actionnaires n'est guère à démontrer tant leur recours est fréquent dans la pratique de la gestion des sociétés. Ils complètent avec efficacité les statuts des sociétés car ils permettent non seulement une régulation des relations entre actionnaires mais facilitent la gestion de la société. Ils peuvent aussi bien concerner les mouvements d'actions (préemption, plafonnement des participations, concertation des offres publiques, droit de suite...) ou le fonctionnement de la société (composition des organes sociaux, règles de majorité, nature des questions débattues en conseil d'administration, informations sur la marche de la société, distribution des dividendes...). Pourtant, il y a de sérieux obstacles pour sanctionner efficacement leur non-respect. Certes, la jurisprudence a depuis longtemps admis que la victime de la violation d'un pacte peut prétendre à des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi². Encore faut-il démontrer faute contractuelle et rapporter la preuve du préjudice. De plus, cette indemnisation peut se doubler d'une demande en résolution du pacte. Dans son arrêt du 27 mars 2007³, la cour d'appel de Paris a considéré que seule la violation d'« une clause essentielle » du pacte pouvait donner lieu à résolution d'un pacte. C'est probablement cette jurisprudence qui a inspiré les dirigeants d'Assistéo Europe à engager au fond une procédure de résolution du pacte conclu. Mais, comme le souligne fort justement le professeur

F-X Lucas dans son commentaire de l'arrêt du 27 mars 2007, la démonstration du caractère « essentiel » d'une clause reste un obstacle sérieux à la résolution de la convention. En l'espèce, il n'est pas du tout sûr qu'Assistéo Europe obtienne la résolution dans le cadre de la procédure au fond en cours car déjà les juges de référé avaient relevé que la simple participation de Méderic Innovation SAS dans une autre société dont les activités n'étaient pas forcément concurrentes, n'était pas suffisante à établir un manquement à ses obligations contractuelles. Enfin, le bon sens pourrait conduire à soutenir que si un contractant s'est abstenu volontairement d'exécuter ses obligations, le juge devrait pouvoir le forcer à s'exécuter. Ce serait la sanction la plus efficace pour servir la sécurité et la dynamique contractuelle et peut être permettrait-elle de relancer le partenariat des actionnaires dans la gestion sociale afin d'éviter un blocage de la situation. Mais, là encore, des arguments, habituellement évoqués, s'opposant à la mise en œuvre de cette sanction semblent sérieux. La règle contenue par l'article 1142 du Code civil⁴ pourrait être la première embûche. En l'absence d'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire, il ne serait pas possible de contraindre le débiteur à s'exécuter, selon cette lecture maladroite de l'article 1142, il faudrait se contenter de dommages et intérêts. À cette objection, on peut faire répondre que la règle de l'article 1142 n'interdit pas au juge d'ordonner l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire sous astreinte. Il ne fait que prévoir la réponse à donner dans l'hypothèse où malgré l'injonction judiciaire le débiteur ne s'exécuterait pas. Il pourrait alors être condamné à verser des dommages-intérêts, mais à une condition très restrictive. La jurisprudence et la doctrine ont en effet limité la mise en œuvre de la règle de l'article 1142 lorsque l'exécution de l'obligation est « absolument impossible »⁵. Bien sûr, on pourrait rétorquer que, comme le droit de vote est fondamentalement attaché à la qualité d'associé, la liberté reconnue dans l'exercice de ce droit ne pourrait être contrainte. L'actionnaire devrait pouvoir à toute occasion de vote jouir de cette prérogative fondamentale⁶. Il serait donc impossible de forcer son exécution dans un sens prévu par un pacte privatif de cette liberté. L'exécution forcée en nature prévue par l'article 1142 du Code civil serait donc « impossible ». Mais, l'argument résiste mal à l'analyse. D'abord, il faut d'abord faire observer que l'exécution n'est pas matériellement ou physiquement impossible, il est parfaitement possible de désigner un mandataire en justice pour voter à la place du contractant en infraction. Cela se pratique en cas d'abus de minorité depuis l'arrêt Flandin du 9 mars 1993⁷ et on pourrait imaginer étendre une telle solution à l'exécution forcée des pactes. Ensuite, la liberté dans l'exercice du droit de vote n'est pas une

2. V. pour une décision récente CA Paris 29 sept. 2009, n° 08-14331, RJDA 2/10 n° 157. En acceptant de céder unilatéralement ses actions à l'actionnaire majoritaire, l'actionnaire minoritaire signataire d'un pacte de cession conjointe avait fait perdre aux autres signataires la chance de pouvoir négocier par leur mandataire commun la vente en bloc de leurs actions sur la base initialement prévue et de présenter en tout état de cause un front uni des actionnaires minoritaires bénéficiant d'une minorité de blocage. Le préjudice avait été évalué à 720 000 euros, soit 60 % de la différence entre le prix auquel le mandataire était chargé de vendre les actions et celui auquel les investisseurs les ont effectivement vendues.

3. CA Paris, 3^e ch. A, 27 mars 2007, Bull. Rap. Dr. Aff. 2007, n° 20, p. 3, Bull. Joly Sociétés 2007, p. 1002, note F.-X. Lucas, pour une décision de rejet d'annulation de pacte.

4. « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution par le débiteur », art. 1142 C. civ.

5. Cf. Ph. Simler, art. 113-1145 fasc. Juriscl. n° 78 et s., spéc. n° 83.

6. V. par ex. Trib. com. Paris, 12 févr. 1991 : Bull. Joly Sociétés 1991, p. 592, note M. Jeantin, p. 598.

7. Cass. com. 9 mars 1993, JCP E 1993, II, 448, note A Viandier.

prérogative si « fondamentale » qu'il n'y paraît. En effet, la loi permet de limiter dans certains cas le nombre de voix représentées par chaque action (art. L. 225-125 C. Com.) ou même de supprimer le droit de vote dans certaines situations (art. L. 228-29, art. L. 233-31, art. L. 228-30, al. 6, art. L. 223-14 C. Com.) et surtout, en l'occurrence, on peut faire observer qu'en vertu d'une jurisprudence bien établie, l'exercice du droit de vote peut faire l'objet de conventions⁸ qui deviennent la loi des parties (selon la formule de l'article 1134 du Code civil), ce qui prive l'actionnaire de sa liberté au moment de voter lors des assemblées générales. Pourquoi dès lors rejeter l'exécution forcée d'une convention de vote ? Ce serait se priver sans motifs juridiques sérieux d'un moyen rapide et efficace de sanctionner les violations des conventions de vote. On pourrait ainsi regretter la frilosité de la cour d'appel de Paris dans l'arrêt commenté. Mais, certaines considérations peuvent faire néanmoins hésiter.

II. ...mais plus fondée qu'il n'y paraît

En effet, deux obstacles juridiques difficilement surmontables.

D'abord, il faut bien relever que, dans l'espèce commentée, deux violations, et non pas une seule comme pourrait le laisser penser une lecture trop rapide de l'ordonnance de référé, à la convention avaient été commises par Assistéo Europe. Non seulement Assistéo Europe n'avait pas respecté la convention en s'abstenant de faire élire les deux représentants de Méderic Innovation au comité de surveillance, mais de plus deux nouveaux représentants avaient été élus par une décision collective de l'AG. Dans un tel contexte, reconvoquer une assemblée pour faire désigner deux représentants de Méderic comme l'avait ordonné le juge des référés en première instance revenait implicitement à annuler les élections de la première assemblée générale nommant les deux nouveaux membres. Or, l'annulation d'une décision d'AG atteint un acte juridique qui implique tous les actionnaires d'une société et pas seulement les signataires du pacte. Or, une violation contractuelle peut donc difficilement porter atteinte à la validité d'un acte institutionnel social⁹. De plus, la loi elle-même s'y opposerait puisque l'article L. 235-1, al. 2, C. Com. dispose que la nullité d'actes ou de délibérations autres que ceux modifiant les statuts ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats ». La voie d'une annulation d'une décision prise en AG résultant d'une violation d'une convention semble cadencée.

Enfin, dernier verrou, cette fois relevé expressément par les juges d'appel, une demande d'annulation d'une décision prise en AG relèverait en toute hypothèse d'un juge du fond.

La messe est ainsi dite. L'exécution forcée sous astreinte n'est pas une sanction accessible au juge, encore moins statuant référé lorsqu'elle implique l'annulation d'une décision d'AG. C'est donc une fausse bonne idée. Et pourtant, on peut le regretter, en particulier, à l'analyse des mesures prises par l'arrêt d'appel. À quoi peut bien servir la désignation d'un mandataire justice, qui recevra tous les documents remis aux membres du comité de surveillance et assistera aux réunions de cette instance pour en faire compte rendu à Méderic Innovation ? Démuni du droit de participer activement aux réunions de ce comité de surveillance en votant et éventuellement en exerçant son droit de veto, le mandataire ne pourra qu'assister à la marginalisation de Méderic Innovation qui ne pourra prétendre au mieux qu'à une indemnisation équitable du préjudice subi du fait de la violation de la convention. Un pis-aller difficilement acceptable pour un partenaire actionnaire qui pouvait espérer jouer grâce au pacte un rôle actif dans la gestion de la société. La réponse efficace à la violation d'un pacte d'actionnaires dans un tel contexte est encore à trouver¹⁰.

Q. U.

Sociétés anonymes – Clause d'agrément – Agrément pur et simple (oui) – Condition réputée non écrite (oui) (art. L. 228-23, al. 4, C. Com. et L. 228-24 C. Com.)

Cass. com. 17 janv. 2012, n° 09-17.212 (n° 59 FS-P+B)¹¹

Si une clause d'agrément est stipulée, l'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple de sorte que les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites.

L'agrément du cessionnaire délivré par l'organe social compétent doit être pur et simple ! Tel est le principe posé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 janvier 2012, ayant l'honneur d'une publication au Bulletin.

Les faits étaient les suivants : un actionnaire A. d'une société X., bénéficiaire d'une promesse d'achat de ces actions en vertu d'un protocole conclu le 30 juin 2006 avec l'actionnaire principal (la société Y.) de cette société, a décidé d'apporter ses actions à une autre société (la société Z.) à compter du 30 décembre 2006. Par une délibération du 6 décembre 2006, le conseil d'administration de la société X. a donné son agrément à cet apport, sous la double condition de la signature d'un ou plusieurs avenants de substitution de parties aux différents actes composant l'accord du 30 juin 2006 et de la signa-

8. Ces conventions ont été validées par la jurisprudence depuis longtemps, à certaines conditions toutefois, v. par exemple Cass. com. 14 mars 1950, JCP, 1950, II, n° 5694. Pour une étude doctrinale v. A. Constantin, « Réflexions sur la validité des conditions de vote », *Mél. J. Ghestin*, LGD 2001, p. 255.

9. Avant la loi de Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, il était encore admis que la nullité d'une convention de vote pouvait le cas échéant, entraîner la nullité de l'assemblée. En effet, l'article 4 al. 1^{er} de la loi du 3 novembre 1933 frappait de nullité les délibérations des assemblées d'actionnaires prises en violation des dispositions de ladite loi. La nullité était prononcée seulement dans le cas où après avoir soustrait les voix vicieuses par le non respect de la convention, la majorité requise n'était pas atteinte. Cf. *Juriscl. Traité fasc. 136-35 assemblées d'actionnaires*, n° 154.

10. L'imagination des rédacteurs de pacte pourra être mise à contribution pour pallier cette insuffisance du droit positif. L'insertion d'une clause d'exclusion, une clause pénale ou encore une clause résolutoire de plein droit pourra améliorer le dispositif légal et jurisprudentiel des sanctions.

11. *Juris-Data* n° 2012-000345.

ture d'un protocole d'accord entre M. A., la société X. et la société Y. concernant le changement de contrôle de la société Z., bénéficiaire de l'apport. Le 9 janvier 2007, l'actionnaire A. et la société Z. ont notifié à la société Y. qu'ils levaient l'option sur l'achat des actions X. La société Y. a indiqué à M. A. que, n'étant plus actionnaire de la société X. depuis le 30 décembre 2006, il ne pouvait plus solliciter l'application à son égard du protocole du 30 juin 2006. Le 14 juin 2007, la société X. a écrit à la société Z. et à M. A. qu'en l'absence de régularisation des actes prévus à titre de condition suspensive dans la décision du conseil d'administration, l'agrément de la société Z. était réputé ne pas être intervenu. La société Z. et M. A... ont assigné la société Y., le dirigeant de celle-ci, (M. A.) et la société X. en exécution forcée de la cession des actions X. et en paiement du prix de vente.

La cour d'appel de Versailles (CA Versailles 17 septembre 2009) a déclaré nul l'apport des actions en retenant que le principe et les modalités d'un agrément d'une cession d'actions sont fixés par les statuts de la société, aux dispositions desquelles il ne peut être dérogé et que les prescriptions imposées par le conseil d'administration comme conditions de l'octroi et de l'efficacité de l'agrément sollicité ne peuvent être écartées ou remplacées par d'autres modalités. Son arrêt est censuré par la Cour de cassation pour violation des articles L. 228-23, al. 4, et L. 228-24 C. Com. au motif que « si une clause d'agrément est stipulée, l'agrément d'un actionnaire doit être pur et simple de sorte que les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites ». Cet arrêt énonce la règle selon laquelle l'agrément doit être pur et simple et précise la sanction de l'agrément conditionnel.

L'exigence d'un agrément pur et simple

Exprimée pour la première fois en une formulation ayant valeur de principe, la règle selon laquelle l'agrément doit être pur et simple est parfaitement justifiée. D'une part, elle s'accorde avec le principe de libre négociabilité des actions¹². Constituant une exception à ce principe, la possibilité d'inclure dans les statuts une clause d'agrément offerte par l'article L. 228-23 C. Com. ainsi que la procédure prévue à cet effet par l'article L. 228-24 du même code doivent être tenues pour des dispositions de droit strict¹³. D'autre part, il a été précédemment jugé par la Haute juridiction que les dispositions de l'article L. 228-24 sont impératives¹⁴. Si les statuts ne peuvent y déroger, l'organe décisionnel ne saurait guère plus prendre de libertés avec cette procédure. Or, subordonner l'agrément du cessionnaire à une condition, c'est introduire une hypothèse non prévue par les textes qui a pour effet de perturber les règles procédurales imposées par le législateur.

Ces dernières admettent en effet trois cas dans lesquels l'agrément est acquis ou réputé acquis. En premier lieu, l'autorisation peut être expresse et résulter

d'une décision favorable de l'organe compétent notifiée au demandeur. En second lieu, l'autorisation peut être tacite et résulter du défaut de réponse de la société au terme d'un délai de trois mois à compter de la notification de la demande. Enfin, l'autorisation peut intervenir en quelque sorte « par déchéance »¹⁵, dans la situation où, après un refus d'agrément, le rachat des actions n'est pas intervenu dans le délai imparti¹⁶. Si le législateur a prévu que le silence de l'organe compétent vaut acceptation et qu'un refus peut conduire à une autorisation dans un cas précis afin d'éviter que l'actionnaire ne reste prisonnier de la société, inversement une autorisation ne doit pas pouvoir conduire à un refus par le jeu d'une condition en l'absence de permission de la loi. Le refus d'agrément doit donc être exprès et ne saurait résulter de la défaillance d'une condition pendant et a fortiori hors du délai de trois mois. Aussi, la décision d'autorisation doit-elle être pure et simple et ne saurait être assortie d'une condition, que celle-ci soit suspensive comme en l'espèce ou résolutoire.

La portée de la solution est relativement large. Elle a vocation à s'appliquer aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandites par actions. Elle doit être également retenue pour les sociétés à responsabilité limitée pour lesquelles une procédure identique est prévue à l'article L. 223-14 C. Com. En revanche, elle ne s'applique pas aux sociétés par actions simplifiées, car l'agrément des cessions de leurs actions est librement fixé par les statuts et n'a pas à respecter une procédure d'ordre public (art. L. 227-4 C. Com.). Aussi, dans la SAS, un agrément conditionnel pourrait être valablement donné par l'organe compétent, sauf à ce que la condition soit potestative (C. civ., art. 1174). La présente jurisprudence concerne également toute « cession » au sens de l'article L. 228-24 (vente, donation, échange et, comme en l'espèce, apport en société, ou bien encore transmission universelle) portant sur des actions ou des valeurs mobilières donnant accès au capital. Enfin, l'organe désigné par les statuts pour accorder l'agrément (conseil d'administration comme en l'espèce ou conseil de surveillance, assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, commission ad hoc) est indifférent à la solution¹⁷.

La sanction de l'agrément conditionnel

L'arrêt du 17 janvier 2012 retiendra également l'attention en raison de la sanction de l'agrément conditionnel retenue par la Cour de cassation. La décision de l'organe compétent pour accorder l'agrément n'est pas nulle. Selon la Haute juridiction, « les conditions posées par l'organe social habilité à autoriser la cession sont réputées non écrites ». Il convient logiquement d'en déduire que l'agrément assorti d'une condition illicite doit être considéré comme pur et simple, en d'autres termes réputé accordé.

12. Cass. com. 22 oct. 1969, n° 67-10. 189 : Bull. civ. IV, n° 307.

13. V. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 24^e éd., 2011, n° 750.

14. Cass. com. 8 avr. 2008, n° 06-18. 362 : RJD 7/08, n° 809 ; JCP E 2008, 1950, note S. Schiller.

15. « Sociétés commerciales », *Memento Francis Lefebvre*, 2012, n° 34436.

16. Trois mois à compter de la notification du refus, sous réserve d'une prorogation judiciaire.

17. Sur cette question, v. B. Jadaud, « Qui décide de l'agrément à la cession d'actions », JCP E 2001, 49.

La sanction est rigoureuse pour les actionnaires en place, lorsque le cédant est signataire d'un pacte d'actionnaires et, plus spécialement, bénéficiaire d'une promesse d'achat d'actions conclue avec l'actionnaire majoritaire de la société. Les trois mois impératifs impartis par l'article L. 228-24 peuvent s'avérer très courts pour négocier en parallèle la substitution conditionnelle de contractant.

Il reste que le principe en la matière étant celui de la libre négociabilité des actions, si une clause d'agrément stipulée dans les statuts est mise en œuvre, le cédant doit pouvoir être fermement « fixé » sur l'existence d'un refus. Si suspens il y a, il ne saurait qu'être porteur d'une bonne surprise après refus exprès : celle de l'agrément réputé donné lorsque le rachat des actions n'est pas intervenu dans le délai impart.

I. R.

Société en formation – Actes conclus par la société – Défaut de mention particulière portée sur le contrat – Société dépourvue de personnalité morale – Nullité absolue du contrat (oui) – Action en nullité engagée par le cocontractant.

Cass. com. 21 février 2012, n° 10-27.630, 260, Société Dolce Vita c/ Société One, JurisData n° 2012-002613

Des conventions souscrites au nom d'une société, sans la mention que la société était en formation, ont été conclues à une date à laquelle cette dernière n'était pas encore immatriculée au registre du commerce et des sociétés et n'avait donc pas la personnalité juridique lui permettant de contracter ; ces conventions sont frappées de nullité absolue pour avoir été conclues par une société dépourvue de la personnalité morale. La nullité peut être invoquée par le cocontractant.

La société en formation ne dispose pas de la personnalité morale. Il est clairement précisé à l'article 1842 al. 1er du Code civil, applicable à toutes les sociétés, que les sociétés autres que les sociétés en participation jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Sans personnalité juridique, la société en formation ne peut être demanderesse, ni même défenderesse à une action en justice, cette situation n'étant pas susceptible de régularisation ; la société en formation ne peut elle-même conclure de contrats : elle ne peut acquérir un fonds de commerce, ni consentir un nantissement sur un fonds de commerce, elle ne peut contracter de prêt, ne peut conclure de contrat de travail... 18 De tels engagements peuvent toutefois être souscrits pour le compte de la société en formation par des associés ou fondateurs qui sont personnellement engagés : le mécanisme de « reprise » des actes accomplis pour le compte de la société, encadré par l'article 1843 du Code civil et par l'article 210-6 du Code de commerce, permet la reprise de ces actes par la société immatriculée,

rétroactivement à la date de leur conclusion.

Un contentieux important porte sur les conditions de conclusion et de reprise des actes pour le compte des sociétés en formation. Un arrêt de rejet de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 21 février 2012 fait une application rigoureuse des principes énoncés par le législateur. En cette espèce, un contrat de sous-licence a été conclu le 20 janvier 2005 au nom et pour le compte de la société Dolce Vita avec une société du groupe Guess, puis le 1^{er} février 2005, un autre contrat de fourniture de marchandises a été conclu. La société Dolce Vita était alors en formation : elle n'a été immatriculée au registre du commerce et des sociétés que le 21 février 2005. Des contestations sont survenues dans l'exécution de ces conventions. La société Dolce Vita a engagé des poursuites contre deux sociétés du groupe Guess, en invoquant un refus de vente et la violation d'un droit contractuel de priorité. Ayant constaté que les deux conventions n'avaient pas été souscrites au nom et pour le compte d'une société en formation, la cour d'appel en a déduit qu'elles ont été conclues à une date à laquelle cette dernière n'était pas encore immatriculée au registre du commerce et des sociétés et n'avait donc pas la personnalité juridique lui permettant de contracter. De ces constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement déduit que les deux conventions étaient nulles pour avoir été conclues par une société dépourvue de la personnalité morale. L'exigence d'une stipulation expresse faisant apparaître que l'acte est accompli pour le compte de la société en formation est imposée non seulement pour la mise en œuvre de la procédure de reprise de l'acte par la société après son immatriculation, mais aussi pour la validité même de l'acte. La chambre commerciale de la Cour de cassation précise en effet, par une substitution de motif de pur droit, que « la nullité affectant les actes conclus par une société dépourvue d'existence juridique a le caractère de nullité absolue ; qu'il en résulte que les sociétés du groupe Guess pouvaient se prévaloir de la nullité des conventions litigieuses et que celles-ci n'étant pas susceptibles de confirmation ou de ratification, leur irrégularité ne pouvait être couverte par des actes d'exécution intervenus postérieurement à l'immatriculation de la société ».

Un tel arrêt a une portée pédagogique : le formalisme de la procédure de conclusion d'un acte pour le compte d'une société en formation, qui est strictement encadrée par le législateur, doit être respecté. En omettant de mentionner, lors de la conclusion des conventions, que la société était en formation, les fondateurs n'ont pu valablement s'engager pour le compte de la société ; il ne peut y avoir de mandat a posteriori, ni de reprise par la société d'actes qui, à la date de leur conclusion, ont été accomplis au nom et pour le compte d'une personne sans existence juridique. La société en formation n'a pas une personnalité juridique « embryonnaire » qui lui permettrait d'anticiper l'acquisition de sa capacité juridique. Le principe de nullité absolue d'un acte conclu par une société inexistante avait déjà été énoncé 19 : dans

18. V. T. de Ravel d'Esclapon, « Société en formation », *Joly Sociétés*, n° 500 et s.

19. Cass. com. 13 déc. 2005 n° 1654 : RJDA 3/06 n° 266 ; Cass. 3^e civ., 5 octobre 2011 n° 09-70.571 et 09-72.855 (n° 1137 FS-D), *Sté Mouilal c/ Sté Favese*. BRDA 20/11

ces précédentes décisions, la nullité absolue était invoquée par la société, par les associés ou par les fondateurs, qui se prévalaient du délai de prescription propre aux nullités absolues ou de l'impossibilité de confirmation ou de ratification. L'arrêt du 21 février 2012 fait jouer la nullité à la demande du cocontractant, qui peut ainsi se dégager de toute obligation à l'égard de la société. L'anéantissement rétroactif des conventions conclues donne lieu à restitutions, ce qui pourrait inciter le cocontractant à invoquer la nullité absolue de l'acte pour bénéficier de la restitution de biens vendus à la société, qui ont pu entre-temps prendre une plus-value. De même, une telle action en nullité de la part du cocontractant permettrait de mettre à la charge des fondateurs de la société l'obligation de restitution alors que la société

pourrait être en cessation de paiements. En effet, la responsabilité des personnes qui ont agi pour le compte de la société non encore immatriculée est engagée sur le fondement du mécanisme de la représentation : le représentant qui agit sans pouvoir au nom et pour le compte d'un tiers est responsable de l'anéantissement des opérations passées²⁰. Cette solution rejoint le principe posé à l'article 1843 du Code civil et à l'article L. 210-6, al. 2, C. Com., qui prévoient l'engagement de la responsabilité de celui qui a agi pour le compte de la société ; si l'exception prévue par ces textes, par un transfert de la charge des actes sur la société ne peut alors jouer, faute de respect des conditions d'application, une action fondée sur l'enrichissement sans cause devrait pouvoir être engagée contre la société.

M. S.

Inf. 4 ; Droit des sociétés n° 1, janvier 2012, comm. 4, note R. Mortier ; JCP N n° 51, 23 décembre 2011, 1331, note J.-P. Garçon ; Bull. Joly 1^{er} décembre 2011, n° 12, p. 948, note P. Le Cannu.

20. M. Storck, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », LGDJ 1982, p. 169.



ESPACE CARRIÈRE et EMPLOI

Pour évoluer au cœur
de la banque et de la finance



DÉCOUVREZ
La nouvelle rubrique
sur revue-banque.fr