

Chronique de *Droit* *des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



Faculté de droit de Strasbourg
Centre de droit des affaires
de l'Université Robert Schuman

II Prêt bancaire. Société créée de fait. Responsabilité de la banque en qualité d'associé

Cour d'appel de Paris, 15^e ch., sect. A, n° 1997/08912 SA Môle Marina Baie des Anges et autres c/SA Société générale et autres (10).

Jusqu'où le banquier doit s'engager aux côtés de son client ? Certes, l'image positive de son métier exige qu'il s'affiche comme partenaire au-delà du simple prêteur d'argent ; mais cet engagement à l'égard de son client ne doit pas conduire à ce que, contre son gré et sans en avoir pu mesurer les conséquences, de prêteur il ne devienne associé d'une société créée de fait (11).

Cet habit juridique revêtu presque à son insu risquerait d'avoir des conséquences douloureuses en cas d'échec du projet de son client. De créancier, il deviendrait codébiteur de la société à proportion de ses engagements sociaux, soulageant d'autant le fardeau de la dette de son client (12).

Un groupe de sociétés immobilières a ainsi soutenu que les conditions d'octroi de plusieurs prêts, leurs rééchelonnements (1), et les relations entretenues au cours de la réalisation du projet de construction d'un centre de thalassothérapie (2) permettaient au juge de considérer le banquier comme associé.

La requalification du prêt d'apport en société, ainsi que la requalification du prêteur en associé ont été évitées par une confrontation des faits aux éléments constitutifs d'une société : apports en sociétés, vocation aux bénéfices et aux pertes, intervention dans la gestion sociale révélant l'existence d'un affectio societatis (13). La cour d'appel de Paris a confirmé le jugement déboutant les sociétés immobilières de leur demande en condamnation du banquier prêteur.

1. Les prêts ne peuvent s'analyser en des apports

Pour qu'une société créée de fait puisse exister entre plusieurs associés, les magistrats doivent d'abord relever l'existence d'apports.

Prêts et apports ne se confondent pas a priori. Alors qu'un prêt d'argent suppose une restitution des fonds remis assortis le plus souvent d'intérêts, l'apport en numéraire comme les autres apports est un bien dont l'associé transfère la propriété ou la jouissance à la société en contrepartie duquel il se voit attribuer des parts ou des actions (art. 1843-1 et s. du Code civil). Dans la société créée de fait cette attribution est virtuelle ; le juge se contentera de constater l'acquisition de la qualité d'associé, résultant d'actes manifestant l'intention et la réalité d'un apport. C'est en analysant le contenu des actes passés et les comportements des parties à l'occasion de leurs conclusions qu'il sera possible de distinguer le prêteur de l'associé apporteur. Certains aspects relatifs aux prêts accordés (A) puis rééchelonnés (B) pouvaient faire hésiter les magistrats.

A. Le prêt initial

Les avocats de la société immobilière ont d'abord tenté d'introduire l'idée que les conditions de mise à disposition des fonds révélaient une participation active du banquier au projet et l'absence d'obligation de restitution selon les termes habituels d'un contrat de prêt.

L'engagement initial du banquier aux côtés des autres associés se trouverait établi par l'examen d'une étude de faisabilité et un financement quasi-total de l'opération. Le montant du prêt n'aurait pas dû s'adosser au coût de l'opération mais il devait être fonction de la surface financière des emprunteurs. En s'intéressant de près au projet et en s'engageant bien au-delà de la surface financière des emprunteurs, la banque aurait manifesté dès la conclusion des contrats un comportement d'associé qui réalise un apport en argent.

Cette qualification trouverait une justification complémentaire dans le fait que les garanties prises par le banquier auraient été illusoires. Leur peu de consistance révélerait l'absence d'intention véritable du banquier au remboursement.

Ces arguments ont été écartés par la cour d'appel qui a considéré qu'il s'agissait de comportements normaux d'un banquier à l'égard d'un investisseur immobilier. Elle a en particulier relevé le caractère usuel des prêts pour la totalité des coûts d'opérations immobilières et le fait que

les garanties n'étaient pas illusoire. Celles-ci étaient essentiellement fondées sur les constructions à venir et la caution d'autres sociétés du groupe ainsi qu'une délégation de recettes à tirer de l'exploitation à venir du centre de thalassothérapie. La cour note par ailleurs le fait qu'une de ces garanties a été réalisée et que le projet immobilier a été mené à son terme.

Elle ponctue son analyse en indiquant qu'une faiblesse éventuelle des garanties accompagnant les contrats de prêts n'imposerait pas une requalification. La constitution de garanties n'est pas en effet un élément consubstantiel du prêt.

Il apparaît par ailleurs bien normal pour un banquier qui juge un projet intéressant et rentable d'en examiner avec attention les détails et de prendre certains risques en finançant une part importante.

Lorsque la situation financière du projet s'est aggravée, le rééchelonnement des prêts et la transformation des comptes débiteurs en prêts avec prise de sûretés complémentaires auraient confirmé selon l'appelante, l'engagement de la banque comme apporteur d'argent. Le comportement d'un emprunteur aurait consisté à ce stade de la dégradation de la situation à tenter de recouvrer ses fonds plutôt que d'aménager le crédit.

Là aussi l'analyse est très audacieuse car si la jurisprudence a parfois admis que l'octroi de crédit dans une situation irrémédiablement compromise pouvait constituer une faute susceptible d'engager sa responsabilité, il apparaît difficile de justifier une requalification des contrats en raison des risques pris par la banque. Le contrat de prêt donne toujours naissance à un risque d'absence de remboursement sans que pour autant cet aléa n'en transforme sa nature. Encore faut-il que les conditions de remboursement soient celles du prêt.

B. Les modalités de remboursement prévues aux contrats

Dans la pratique et en jurisprudence, les discussions sur les domaines respectifs du prêt et de la société sont souvent nées des rapprochements possibles entre le prêt bancaire habituel accordé à des fondateurs d'une société et l'aide accordée au démarrage d'une société en formation sous forme d'achat de parts ou d'actions prévoyant un rachat des titres à court terme (14).

La question du remboursement est au cœur de la distinction : s'il y a prêt l'emprunt doit être intégralement remboursé, s'il y a participation au capital, le banquier doit subir les risques de perte consécutifs au mauvais résultat de la société. La distinction n'est pas toujours évidente (15).

C'est cette confusion possible qui a été utilisée par la société appelante pour soutenir que les modalités de remboursement devaient s'analyser comme une prise de risque comparable à celle prise par l'associé qui investit dans une société en formation.

La cour note à ce sujet que les modalités du remboursement ont été envisagées par le contrat et ont même été adaptées en fonction de la nature de l'opération.

Il était prévu une franchise de remboursement en capital et une possibilité de rembourser les intérêts par des opérations de change avec le risque de pertes de change.

L'appelante soutient alors que l'absence de garantie des pertes de change aurait révélé une volonté d'apport. La cour rejette en constatant que les pertes de change étaient expressément à la charge définitive de l'emprunteur et ne portaient que sur le montant des intérêts ; ce risque pris même s'il portait sur des montants élevés ne pouvait permettre de requalifier le prêt en apport. Il y a donc risque et risque.

2. Les actes de gestion censés révéler un affectio societatis

A priori la recherche d'un affectio societatis est une entreprise délicate, presque divinatoire : comment établir l'intention très fluide de collaborer sur un pied d'égalité qui le définit ? Fort heureusement la jurisprudence considère que cette intention peut se révéler par des faits objectifs consistant en des interventions dans la gestion sociale. Bien souvent les emprunteurs se sont essayés à convaincre les juges que leur banquier prêteur avait manifesté un affectio societatis parce qu'il avait exigé des comptes « fiables » et fait contrôler l'état du patrimoine de son débiteur. La jurisprudence a estimé insuffisant un tel intérêt pour constituer la preuve d'un affectio societatis (16). La situation serait en revanche différente s'il disposait d'un droit d'intervention dans la vie sociale de l'entreprise et que ce droit a été exercé (17).

En l'espèce, il semble que la Société générale ait tenté de sauver la situation économique après les mises en demeure de rembourser les emprunts et après la décision de prononcer la déchéance du terme. Des courriers du banquier faisaient état de propositions de mesures de redressements susceptibles de permettre de mener le projet à son terme. Les sociétés impliquées soutenaient qu'il fallait y voir une immixtion dans la gestion.

La cour a cependant estimé qu'il ne pouvait s'agir d'une expression de volonté de gestion mais simplement d'une tentative de « trouver une solution profitable à toutes les parties ».

Les appelantes prolongeaient leur analyse en soutenant que le refus de réaliser une opération de change demandée par l'emprunteur devait s'analyser comme une manifestation d'une intervention de gestionnaire, manifestant un affectio societatis sans relation aucune avec un comportement habituel d'un prêteur.

La cour constate alors que les crédits destinés à acquérir les biens financés étaient indisponibles et ne permettaient pas de payer les intérêts et les agios et que le refus de la banque devait s'analyser comme une inexécution d'une obligation résultant du contrat de prêt qui ne pouvait en aucun cas s'analyser comme « un acte d'ingérence dans le fonctionnement de la banque emprunteuse ».

Elle ne manque pas par ailleurs de relever à plusieurs reprises que loin de se comporter comme un associé intervenant dans la gestion, elle a bien adopté l'attitude normale du prêteur dont les échéances de remboursement reste impayé : mises en demeure, prononcé de la déchéance du terme et actions.

Conclusion

En respectant pour l'essentiel les termes du contrat mais aussi en adoptant les comportements qui en découlaient, le banquier pourtant, partenaire attentif, a su éviter une coresponsabilité à la dette sociale. Il n'a donc pas suffit des termes employés par les parties à l'acte pour écarter tout risque de constatation d'une société créée de fait. L'originalité de l'argumentaire des appelantes et aussi sa faiblesse consistaient en effet à inviter le juge à s'intéresser aux relations des parties contre la lettre du document contractuel. Le principe de la contestation a été admis mais ses conclusions rejetées.

Il y a là une leçon utile : la qualification des relations entretenues entre partenaires ne dépend pas simplement des actes passés. Le juge peut se référer à leurs comportements. L'analyse peut porter tout aussi bien sur les agissements contemporains que sur ceux postérieurs à la conclusion des contrats (18). Attention donc à ne pas se mêler de trop des affaires de ses clients en difficulté ! ■

Q. U.

(10) Déjà commenté au *Bull. Joly* janv. 2000, p. 90 par B. Saintourens.

(11) La société créée de fait est la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, mais sans entreprendre les démarches nécessaires à la constitution d'une société. Il arrive comme dans le présent arrêt que cette société soit confondue avec la société de fait, voulue par les participants, mais entachée d'un vice de constitution sanctionné par une annulation, v. J.-M. de Bermond de Vaulx. Lorsqu'une société de fait cache une société créée de fait, *Dr. sociétés*, févr. 1996, n° 2 ; v. aussi Y. Dereu, *Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés*, *Bull. Joly* 1998, p. 607, n° 204.

(12) En cas d'impossibilité de déterminer avec précision les engagements, la répartition se fait à parts égales : Cass. 1° civ. 27 avril 1966, *Bull. civ. I*, n° 253, p. 196.

(13) Entre associés, il faut rapporter la preuve de l'existence de ces trois éléments (Cass. civ. 1° 26 janv. 1983 *Bull. civ. I* n° 40, p. 34 ; Cass. 1° civ. 3 juin 1997, *RJDA* 1997, p. 827, n° 1203.) alors que la Cour de cassation fait preuve de plus de souplesse en admettant que les créanciers de la société peuvent se contenter d'établir globalement l'apparence sociale indépendamment de la révélation de ces divers éléments, Cass. com 3 nov. 1988 *Bull. Joly*, p. 87, n° 21 ; Cass. com. 11 juil. 1988, *Bull. Joly* 1988, p. 644, n° 215 note P. Le Cannu ; Cass. com. 14 nov. 1994, *Dr. sociétés*, 1995, n° 23 note Th. Bonneau ; v. aussi M. de Gaudemaris, *Théorie de l'apparence et sociétés*, *Rev. sociétés* 1991, p. 465, spéc. n° 25 ss.

(14) Cass. civ. 1° 6 déc. 1972 *Bull. civ. I* n° 280, p. 247 ; Cass. com. 12 déc. 1978 *Bull. civ. IV*, n° 306 p. 252 ; D. 1980 IR p. 161, obs. Bousquet ; CA Paris 9 juin 1983, D. 1984 IR p. 81, obs. Vasseur.

(15) V. J. Honorat note sous CA Paris 21 fév. 1986 D. 86 p. 548.

(16) CA Paris 21 février 1984 *RTD com.* 1984, p. 706, n° 11 obs. M. Cabrillac et B. Teyssié, Cass. 1° civ. 26 janv. 1988 *Bull. Joly* 1988, p. 193, n° 43 ; *Rev. dr. bancaire* 1988, p. 130 obs. M. Jeantin et A. Viandier ; Cass. com. 12 oct. 1993, *JCP ed.E* 1993, I, p. 331, n° 2 ; A. Viandier et J.-J. Caussain ; CA Versailles 16 mars 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 576, YG.

(17) V. A. Viandier, *La notion d'associé*, Préf. F. Terré, LGDJ 1978, spéc. n° 176.

(18) Si les conditions de validité d'une société doivent s'apprécier lors de sa constitution, le juge peut, pour qualifier les relations contractuelles

entre les parties se fonder sur des éléments postérieurs au début de leurs engagements, v. Cass. com. 12 oct. 1993 *Bull. Joly* 1993 p. 1265 n° 381 note M. Jeantin.