

CHRONIQUE

DROIT DES SOCIÉTÉS



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

Cautionnement – Cautionnement souscrit par le gérant d'une SCI pour son activité personnelle – Conformité à l'objet social, communauté d'intérêts ou consentement unanime des associés – Nécessité

Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2007, n° 04-17.893, F P+B, SCI Christoni c/ SA Orтели : Juris-Data n° 2007-041233 (CA Aix-en-Provence, 15e ch. B, 8 juill. 2003). - Cassation

Le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social, ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée, ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés.

Une SCI peut-elle se porter caution hypothécaire en garantie des engagements d'un de ses associés ou d'une société commerciale d'exploitation, locataire des locaux de la SCI ?

Un arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 8 novembre 2007 énonce des principes clairs et pertinents, qui permettent de mieux délimiter les conditions de conclusion du contrat de cautionnement donné par le gérant d'une société civile.

Pour rejeter la contestation d'une SCI portant sur la validité du cautionnement hypothécaire souscrit par le gérant de la SCI lui-même, ès qualités, en garantie d'un emprunt contracté par le gérant pour les besoins de son activité commerciale personnelle, une cour d'appel avait retenu que « cette société ne pouvait mettre en cause la garantie donnée par son gérant pour les besoins de l'activité commerciale personnelle de celui-ci et qu'en ce qui concerne les personnes morales, ce sont les statuts qui déterminent les personnes chargées de les représenter et l'étendue de leur pouvoir [...] ».

Cet arrêt est cassé par la 1^{re} chambre civile : « En se déterminant ainsi, alors que le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés, sans préciser, à défaut d'une décision de l'assemblée générale des associés, que le cautionnement remplissait l'une de ces conditions, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1852 et 1854 du Code civil » (Cass. Civ. 1^{re}, 8 novembre 2007, n° 04-17.893).

La 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation présente ainsi les trois hypothèses dans lesquelles le cautionnement est valablement consenti par la société : le cautionnement donné par la société entre directement dans son objet social (A) ou il existe une communauté d'inté-

rêts entre cette société et la personne cautionnée (B) ou encore ce cautionnement résulte du consentement unanime des associés (C).

A. L'article 1849 du Code civil pose un principe de spécialité de l'objet de la société : « Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social [...] ». La constitution de garanties pour les dettes des associés n'entre pas en principe dans l'objet social d'une société¹.

Il a été jugé qu'est étranger à l'objet social d'une société civile immobilière, dont l'objet est « l'acquisition, la propriété, l'administration, l'exploitation, la mise en valeur des droits immobiliers d'un appartement et de tous autres droits immobiliers et immeubles bâtis ou non bâtis, dont elle pourrait devenir propriétaire », et insusceptible d'en faciliter la réalisation, le cautionnement signé en tant qu'administrateur par le gérant de cette société, de deux prêts consentis à celui-ci par une banque, destinés exclusivement et impérativement à consolider son compte personnel et à rembourser ses propres dettes et celles de son épouse ; un tel acte, qui excède les pouvoirs du gérant, est atteint de nullité et ne peut engager la société².

Les associés ne pourraient faire en termes généraux mention de la constitution de sûretés dans la détermination de l'objet social de la société civile : selon l'article L 313-1 du Code monétaire et financier, constitue une opération de crédit, dont la pratique habituelle relève du monopole des établissements de crédit, « un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ». Cependant cet argument ne saurait jouer si les statuts de la société civile précisent, au titre de l'objet social, que la société pourra au profit des associés se porter garante par cautionnement ou constitution d'hypothèque, pour des opérations déterminées par leur genre ou leur espèce³. Une modification des statuts pourrait intervenir en ce sens préalablement à la réalisation de l'acte⁴.

1. Barbière J.-F., Cautionnement et sociétés : dix ans de jurisprudence, LPA 26 févr. 1992, p. 6, LPA 28 févr. 1992, p. 4.

2. CA Colmar, 18 nov. 1987, Gendner et Crédit du Nord c/ Lutz et autre, D. 1989, som., p. 293, obs. L. Aynès.

3. Simler Ph. et Delebecque Ph., Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 4^e éd., 2004, no 64.

4. Voir Cass. 1^{re} civ., 19 mai 1987, n°84-14.855, Bull. civ. I, n°158, JCP G 1987, IV, p. 253, JCP E 1987, I, n°16589, D. 1987, som., p. 445, obs. L. Aynès, Défrénois 1987, art. 34120, p. 1484, Rev. Sociétés 1988, p. 78, note Y. Guyon : cassation de l'arrêt d'appel ayant refusé de donner effet au cautionnement par une SCI d'un prêt



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



**ISABELLE
RIASSETTO**
Agrégee
des facultés
de droit
Professeur à
l'Université du
Luxembourg

B. Si l'objet social ne mentionne pas expressément la conclusion d'un cautionnement par le gérant, la jurisprudence recherche si la conclusion d'un tel cautionnement est conforme à l'intérêt social de la société⁵.

Pour établir la preuve d'une conformité à l'intérêt social, les juges relèvent généralement une communauté d'intérêts entre la société et le débiteur cautionné.

« Si le cautionnement donné par une société n'entre pas directement dans son objet social, il est néanmoins valable lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre la société garante et celle cautionnée »⁶.

La chambre commerciale a aligné sa position sur celle de la 1^{re} et de la 3^e chambre civile par l'arrêt SCI Jocmi du 28 mars 2000⁷. Il a été jugé en ce sens, que dès lors qu'il est établi que le gérant de la SCI caution est également le président de la société bénéficiaire du prêt participatif garanti par le cautionnement, que sa mère et sa soeur sont également associées de la SCI, qu'un contrat de bail à construction a été conclu entre les deux sociétés, il y a lieu de reconnaître une communauté d'intérêts entre celles-ci rendant valable le cautionnement litigieux⁸. À supposer que le cautionnement donné par la SCI n'entre pas directement dans son objet social, celui-ci est néanmoins valable en présence de la communauté d'intérêts caractérisée par le fait qu'il visait à garantir un prêt accordé à un couple d'associés de la SCI, en vue de servir en partie un remboursement intégral d'engagements contractés par la SCI⁹.

Dès lors, dans la mesure du possible il est important de pouvoir justifier de l'intérêt de la société à souscrire l'engagement. Le gérant pourrait notamment exposer en préambule dans l'acte de cautionnement les éléments de nature à établir la communauté d'intérêts entre la SCI et le débiteur cautionné.

C. En cas de doute sur l'aptitude du gérant à consentir la sûreté au nom de la société civile, les associés peuvent régler cette question en donnant à l'unanimité leur accord préalable pour la conclusion de cette opération, en assemblée générale ou par un acte spécial (C. civ., art. 1852 à 1854). L'article 1854 du Code civil énonce, en effet, que « les décisions » (c'est-à-dire les décisions collectives) « peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte ».

La jurisprudence se prononce pour la validité d'un cautionnement hypothécaire consenti au nom d'une société civile, dès lors que les associés ont donné à l'unanimité leur accord¹⁰.

La chambre commerciale semble plus réticente que la 3^e chambre civile de la Cour de cassation, en laissant ouverte à la SCI la voie d'une contestation d'un cautionnement donné à l'unanimité des associés, s'il apparaît que cette opération n'est pas conforme à l'intérêt social : on peut relever dans l'arrêt précité de la chambre commerciale du 18 mars 2003 qu'une société (en l'espèce, une SNC) est engagée par le cautionnement qu'elle a donné avec l'accord unanime de tous les associés dès lors qu'il n'est pas allégué que la garantie est contraire à l'intérêt social. L'unanimité des associés n'entraînerait qu'une présomption de conformité à l'intérêt social¹¹. Cette réserve d'un contrôle éventuel par le juge de la conformité à l'intérêt social d'une décision prise à l'unanimité des associés d'une société de personne n'est pas fondée : dans une société de personnes l'intérêt social coïncide avec l'intérêt commun des associés tel qu'ils l'ont défini par une décision prise à l'unanimité¹². Cette restriction n'apparaît pas dans la formulation claire et non ambiguë du principe posé dans le présent arrêt de la 1^{re} chambre civile.

En revanche, une annulation pourrait être prononcée s'il apparaît que la décision a été prise à l'unanimité des associés en fraude des droits de créanciers de la société¹³.

Il apparaît ainsi que la collectivité des associés est compétente pour apprécier ce qui est conforme ou non à l'intérêt social (ou à l'intérêt commun des associés), et qu'à partir du moment où la décision est prise à l'unanimité des associés, la validité de l'acte ne pourrait être contestée que pour fraude.

M. S

octroyé au mari de la gérante, alors qu'une assemblée générale avait ajouté à l'objet social la faculté de cautionnement en considération dudit prêt.

5. V. P. Schultz, L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social, *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 430, n° 3 ; pour une critique de cette jurisprudence, voir Lejeune F., Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social, *Dr. & patr.* 1996, no 39, p. 56.

6. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} février 2000, SCI Soclan c/ CRCAM-Nord Est, D. 2000, somm., p. 479, obs. J.-C. Hallouin ; D. 2001, somm., p. 692, obs. L. Aynès ; *Dr. sociétés* 2000, n° 50, obs. T. Bonneau ; *Bull. Joly* 2000, p. 502, § 106, n. A. Couret ; *Rev. sociétés* 2000, p. 301, n. Y. Guyon ; *Banque & Droit* mai-juin 2000, p. 37, obs. N. Rontchevsky ; D., 2000, AJ, p. 147, obs. J. Faddoul ; *JCP éd. N.* 2000, p. 1404, n. J.-P. Garçon ; *RD banc. et fin.* 2000, n° 113, obs. D. Legeais ; Cass. 1^{re} civ., 29 févr. 2000, *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 503, D. 2000, n° 12, *Cah. dr. aff., act. jur.*, p. 147, obs. J. Faddoul, *Dr. sociétés* 2000, n° 50, obs. Th. Bonneau, *Rev. sociétés* 2000, p. 301, note Y. Guyon, *JCP N* 2000, p. 1404, note J.-P. Garçon : cautionnement donné par une SCI en garantie des engagements d'une société commerciale, la SCI donnant à bail des locaux à la société commerciale, les deux sociétés ayant pour seuls associés le mari et la femme.

7. Cass. com., 28 mars 2000 : *Bull. Joly Sociétés*, 2000, p. 501, § 105, note A. Couret ; D., 2000, act. jur., p. 253, obs. M. Boizard ; D., 2000, somm., p. 478, obs. J.-Cl. Hallouin ; D., 2001, somm., p. 692, obs. L. Aynès ; *LPA*, 2000, n° 162, p. 13, note M. Keita ; *JCP*, éd. G, 2000, I, n° 257, spéc. n° 6, obs. Ph. Simler ; *RTD com.*, 2000, p. 666, obs. Cl. Champaud et D. Danet. Pour une SNC, trois ans plus tard : *Cass. com.*, 18 mars 2003 : *Bull. Joly Sociétés*, 2003, p. 643, § 138, et notre note ; *JCP*, éd. E, 2003, p. 688, note P. Bouteiller ; *Dr. sociétés*, 2003, comm. n° 110, obs. J. Monnet ; *Rev. sociétés*, 2003, somm. p. 500, obs. Y. Guyon ; D., 2003, p. 975, obs. A. Lienhard, et 2004, somm. p. 271, obs. J.-Cl. Hallouin ; *Revue des Contrats*, 1^{er} décembre 2003 n° 1, P. 161 note F.X. Lucas.

8. Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-11.163, *Bull. Joly Sociétés* 2004, § 65, note J.-F. Barbière.

9. Cass. com., 26 juin 2007, *Droit des sociétés*, nov. 2007, p. 15 n° 192, note R. Mortier.

10. Cass. 3^e civ., 25 sept. 2002, n° 00-22.362 ; *Cass. com.*, 28 mars 2000, préc. ; *Cass. com.*, 12 oct. 2004, n° 03-13.999, *Dr. sociétés* 2005, n° 5, obs. F.-X. Lucas.

11. En ce sens, M. Boizard, note préc. *Cass. D.* 2000 p. 253.

12. En ce sens, note F.X. Lucas précitée.

13. Pour un exemple de fraude paulienne justifiant l'annulation d'un cautionnement autorisé par un vote unanime des associés d'une société civile : cf. *Cass. com.*, 14 décembre 1999, *Sté Cariplo Banque c/ Me Villa*, à qual., *Dr. sociétés* 2000, n° 51, obs. T. Bonneau ; *Defrénois* 2000, p. 505, obs. H. Hovasse ; *RD banc. et fin.* 2000, n° 114, obs. D. Legeais ; *Rép. Defrénois* 2000, p. 505 note H. Hovasse - *Cass. 3^e civ.* 1^{er} décembre 1993, pourvoi n° 91-16327.

Groupe de sociétés – Restructuration d'un groupe par fusion absorption – Fusion à l'envers – Absorption d'une filiale par une autre filiale – Sens de l'absorption – Absorption de la filiale la plus prospère par celle déficitaire – Prise en compte de l'importance respective de chacune des sociétés – Société absorbante, bénéficiaire et société absorbée, déficitaire – Intérêt fiscal exclusif (non) – Abus de droit (art.64 du Livre des procédures fiscales) (non) – Intérêt économique réel (oui) – Validité de la fusion absorption (oui).

Arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, 18 juin 2007 n° 06 PA 0194 SA Décorative Ouest. Cette décision a déjà été commentée par le professeur Alain Couret dans le Bulletin Joly Sociétés, décembre 2007 p.1329, § 349

Dans le cadre d'un groupe de sociétés, une restructuration s'était accompagnée d'une fusion absorption d'une filiale prospère par une filiale déficitaire. L'opération avait produit des avantages fiscaux indéniables en raison des compensations produites. L'administration fiscale s'était opposée aux bénéfices procurés car selon elle « l'opération ne correspondait à aucune réalité économique et n'avait pu être inspirée par aucun motif autre que celui d'atténuer les charges fiscales du groupe ». L'abus de droit aurait été ainsi constitué. La cour d'appel de Paris n'a pas suivi cette argumentation. Elle a relevé tout d'abord que la restructuration interne était destinée à rationaliser et simplifier les structures du groupe. Elle a constaté ensuite que la société absorbante n'était pas de plus petite taille que la société absorbée. Elle a considéré en conséquence que l'administration ne rapportait pas la preuve que l'opération n'aurait eu qu'une motivation fiscale et ne pouvait avoir « un réel intérêt économique ». La cour a annulé la cotisation supplémentaire d'impôt sur les sociétés et les pénalités afférentes mises à la charge de la société absorbante.

Dans le cadre de la restructuration d'un groupe, existait-il un intérêt économique à l'absorption d'une société prospère, par une autre société, déficitaire? De la réponse à cette question, dépendait le bénéfice de certains avantages fiscaux¹⁴. C'était le problème principal abordé par l'arrêt du 18 juin 2007 de la cour administrative d'appel de Paris.

Abordons les termes de l'interrogation plus en détails. La fiscalité d'une fusion absorption d'une société dominante par une filiale au sein d'un groupe peut se révéler très avantageuse¹⁵. On qualifie habituellement l'opération de « fusion à l'envers »¹⁶. En raison du principe de transmission universelle du patrimoine de la société absorbée vers la société absorbante (C.com.art.L.236-3¹⁷)

et des règles fiscales qui accompagnent l'opération, des reports de déficits et d'amortissements peuvent réduire la charge fiscale. Le Conseil d'État se montre attentif à ce que l'opération ne soit pas fondée exclusivement sur ces motifs fiscaux, ce qui pourrait être constitutif d'un abus de droit¹⁸. Dans l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 18 juin 2007, un groupe Azko Nobel avait engagé une restructuration juridique dont un des volets était l'absorption d'une société filiale du groupe, la société Delrue par une autre filiale la société Ouest Couleurs Décoration (OCD)¹⁹. La société absorbante était déficitaire et la société absorbée plutôt prospère. A priori, il n'y avait pas d'obstacle juridique à une telle fusion²⁰, mais l'administration fiscale s'était opposée à ce que les déficits de la société absorbante soient reportés, par application de l'article 209 du Code général des impôts, et conduisent ainsi à une réduction de l'impôt sur les sociétés due par la société absorbante après l'opération. Elle soutenait que la fusion absorption avait été réalisée dans le seul but de réduire l'imposition, ce qui était, selon l'administration, constitutif d'un abus de droit et qu'en conséquence, il fallait faire application de l'article 64 du Livre des procédures fiscales²¹ qui permettait à l'administration de refuser à la société absorbante le droit aux reports déficitaires prévus par l'article 209 du CGI. Les premiers juges du tribunal administratif de Paris avaient donné raison à l'administration dans une décision du 28 mars 2006. La cour administrative d'appel a annulé ce jugement en considérant d'une part que la fusion absorption s'était accompagnée « d'une restructuration interne destinée à rationaliser et simplifier les structures de la société Azko présentes dans deux départements limitrophes afin d'améliorer son réseau de vente et par conséquent, sa rentabilité à partir du pôle rennais » de nature à établir un réel intérêt économique de l'opération. D'autre part, les magistrats se sont livrés à une appréciation de la taille des deux sociétés au moment de la fusion, ce qui pourrait laisser entendre que le résultat de cette comparaison pouvait avoir une incidence sur la validité de la fusion. La cour d'appel relève alors que la société absorbante était de taille plus importante que celle de l'absorbée. Elle semble en déduire la validité de l'opération sur le plan fiscal.

Ainsi, l'existence d'un intérêt économique à « la fusion à l'envers » (1°) et la supériorité de la taille de la société absorbante (2°) semblent être les deux conditions pour qu'« une fusion à l'envers » autorise un report des déficits et de celui des amortissements. Poursuivant l'analyse, on peut s'interroger sur la conformité à la jurisprudence du Conseil d'État et la pertinence de ces exigences.

14. Dont celui prévu par l'article 209 du Code général des impôts autorisant les reports déficitaires.

15. Sur le régime fiscal des fusions dans les groupes de sociétés v. Groupe de sociétés 2007/2008 Ed. Francis Lefebvre n° 10010 et s.

16. Le qualificatif « d'envers » renvoie aussi à la taille de la société absorbante et éventuellement sa position de dominée dans le groupe. Ainsi, par exemple, on évoquera une fusion à l'envers lorsque la société absorbante, filiale est de taille plus petite que celle de l'absorbée, dominante. V. Droit des sociétés, M.Coizan, A.Viandier, et F.Deboissy, Litec 20° éd., p. 603.

17. « La fusion ou la scission entraîne [...] la transmission universelle du patrimoine des sociétés apportées aux sociétés bénéficiaires dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opérations ». C.com. art.L.236-3.

18. CE 21 mars 1986, n°53002; RJF 5/86 n°470.

19. Dans la procédure administrative contentieuse, c'est la société SA Décorative Ouest qui est venue se substituer aux droits de la société OCD.

20. L'article 1844-4 du Code civil n'impose pas aux sociétés appelées à fusionner d'être en bonne santé économique ou financière.

21. « Ne peuvent être opposées à l'administration des impôts les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention à l'aide de clauses : [...] qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus [...]. L'administration est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération [...] » Art.64 Livre des procédures fiscales.

1. Quel peut être l'intérêt économique à « la fusion à l'envers » ?

Il est décisif de s'intéresser à cette question car s'il est possible de relever un intérêt économique à la fusion, les reports déficitaires pourront être réalisés. Mais, l'administration fiscale et la jurisprudence sont plutôt laconiques sur le sujet.

Dans la situation où une société absorbe une société déficitaire et où un agrément s'impose pour réaliser les reports de déficits, une instruction administrative du 21 août 2002²², fournit quelques indications sur des situations où l'intérêt économique fait défaut :

- une société déficitaire qui s'est endettée de manière significative pour acquérir une société cible bénéficiaire est absorbée peu de temps après son acquisition ;
- la société absorbante ne recherche que la possibilité de reporter les déficits pour les imputer dans sa comptabilité ;
- une société en absorbe une autre mais les activités de la société absorbée sont interrompues dès l'achèvement de l'opération.

Les informations administratives sont plutôt minces. Dans l'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 1986, qui admis le bénéfice des avantages fiscaux de l'article 209 du CGI en cas de fusion « à l'envers », il n'est pas fourni d'indications sur la logique économique qui doit présider à l'opération. Les magistrats relèvent simplement qu'il résultait de l'instruction que l'opération n'avait pas eu de caractère fictif et répondait à un intérêt économique que d'ailleurs le ministre reconnaissait²³. De cette absence de précisions, on en déduit que c'est au cas par cas qu'il faudra apprécier l'existence d'un intérêt économique. Dans l'arrêt commenté du 18 juin 2007, les magistrats de la cour d'appel de Paris vont se livrer à une analyse attentive des circonstances économiques ayant entouré la fusion. Ils vont ainsi relever que le traité de fusion entre les sociétés OCD, absorbante et Delrue, absorbée s'accompagnait « d'une fusion d'enseignes importantes spécialisées dans les peintures et les produits de décoration et de bricolage, appartenant à la société OCD, dont le siège social était situé à Rennes, avec le fonds de commerce exploité par la société Delrue reparti dans trois magasins spécialisés en droguerie et quincaillerie, basée à Nantes » et, en conséquence, la fusion avait pour objectif de simplifier les structures du groupe Azko pour « améliorer le réseau de vente » et « sa rentabilité ». C'est donc à une appréciation de la stratégie du groupe auquel se sont livrés les magistrats. Le professeur A.Couret, dans son commentaire de l'arrêt du 18 juin 2007,²⁴ propose de ranger en quatre catégories les motivations à procéder à une fusion absorption d'une société dominante par une société filiale²⁵. Elles pourront être financières, juridiques, fiscales ou encore

diverses. Sur le plan financier, il peut, par exemple, se révéler plus facile de collecter les actions d'une société non cotée, dominante, par une société cotée en Bourse, filiale et, en conséquence, de provoquer une absorption de la société dominante par la filiale. L'absorption par la société dominée peut aussi se révéler plus facile sur le plan juridique, car des droits particuliers ne peuvent être aisément transmis de la société dominée vers la société dominante : contrats conclus par la société dominée et intransmissibles en raison de leur caractère intuitu personae, agréments administratifs délivrés à la société filiale intuitu personae, droit de propriété qui, en cas de cession, peuvent donner lieu à une préemption,...

Sur le plan fiscal, la fusion « à l'envers » peut permettre de contourner l'obligation de requérir un agrément de l'administration fiscale dans l'hypothèse plus classique où la société dominante, bénéficiaire, envisage d'absorber une filiale en déficit. Dans ce dernier cas, en effet, l'article 209 du CGI impose l'obtention d'un agrément à la fusion pour que puisse être réalisé un report des déficits. En revanche, le texte ne prévoit pas l'obligation de requérir un agrément dans le cas d'une fusion « à l'envers ». Cette dispense peut être une incitation à retenir celle-ci. Enfin, la stratégie particulière du groupe peut justifier pour des raisons politiques ou symboliques, de fixer une partie du pouvoir dans une filiale, désormais renforcée par une absorption. L'éventail des motivations économiques est donc très large, mais il reste à déterminer si l'obstacle de la taille respective des sociétés ne risque pas de compromettre le projet de fusion « à l'envers ».

2. Quelle place pour le critère de l'importance respective des sociétés ?

Dans un article paru dans le journal La Tribune, le 7 octobre 2007, la journaliste Frédérique Perrotin considère que l'arrêt de la cour administrative de Paris du 18 juin 2007 remettrait en cause la liberté de choisir le sens des fusions et interdirait les fusions « à l'envers ». Seul un sens de fusion serait admissible. Il serait fonction de la taille de sociétés. Ce n'est que la société plus importante qui pourrait absorber la plus petite. Selon cette interprétation de l'arrêt, la fusion ne serait valable que lorsque la société absorbante réalise un chiffre d'affaires plus important que celui de l'absorbée, emploie plus de personnel, compte plus de succursales. Cette analyse de l'arrêt appelle plusieurs remarques.

Tout d'abord, il faut tenter de s'entendre sur ce que recouvre la notion de fusion « à l'envers ».

Pour les professeurs M.Coizan, A.Viandier, et F.Deboissy, il y a fusion à l'envers lorsque la société absorbante est « moins importante » que la société absorbée ou lorsque la société filiale absorbe la société mère²⁶. Pour d'autres, la notion est plus restrictive. Ainsi, le professeur Couret²⁷, la fusion « à l'envers » est celle réalisée par une société filiale absorbant une société mère. Mais, cet auteur admet toutefois que la notion peut aussi être utilisée pour qualifier une fusion absorption entre deux filiales dont l'une est

22. Instr.21 août 2002 B.O.I. 13-2-02, n°146. Une instruction administrative du 30 décembre 2005 (Instr.30 déc.2005, B.O.I. 4 I-1-05) précise les modifications apportées au régime des transferts de déficits par la loi de finances rectificatives pour 2004 (L. n°2004-1485, 30 déc.2004, art.42), notamment la suppression du plafonnement du transfert.

23. CE, 21 mars 1986, n°53 002 publié aux tables du Recueil Lebon.

24. CAA Paris, 18 juin 2007, Bull. Joly déc. 2007, p.1329.

25. v.aussi G.Valin, « Critères de choix permettant de fixer le sens des opérations en cas de fusion », *Economie et comptabilité*, n°136, p.3 et s.

26. V. Droit des sociétés, M.Coizan, A.Viandier, et F.De boissy, Litec 20^e éd., p. 603.

27. V.commentaire précité dans le Bulletin Joly déc.2007.

déficitaire et l'autre prospère comme dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 18 juin 2007. En réalité, il est difficile de fixer avec précision le contenu de la notion car elle n'est pas employée par la loi et par la jurisprudence. Elle ne figure pas, en particulier, dans l'arrêt du 18 juin 2007. Dans cet arrêt, les magistrats se contentent de relever que la société absorbante avait connu une forte augmentation de son chiffre d'affaires, que le personnel employé était similaire en nombre dans les deux sociétés ayant fusionné, sans pour autant affirmer que la taille respective des sociétés serait un critère de validité. De ces observations peut-on en déduire que désormais les fusions par absorption ne pourront être réalisées que si la société absorbante est de taille plus importante que celle de l'absorbée ?

A nos yeux, ce serait donner trop d'importance à quelques développements contenus dans un attendu qui se ponctue, au final, par une affirmation essentielle : c'est l'existence d'un intérêt économique qui valide la fusion à l'envers. On serait tenté d'ajouter peu importe la taille respective de l'absorbante et de l'absorbée.

Société civile immobilière (SCI) – Cession de parts sociales – Absence de dépôt de l'acte de cession – Publication des statuts mis à jour – Opposabilité aux tiers.

Cass. com., 18 décembre 2007, n° 06-20.111 (n° 1402 F-P+BI), Gerflio : D. 2008, AJ, p. 86, obs. A. Lienhard ; Juris-Data 2007-042001.

Après avoir constaté que si seul le duplicata du récépissé du greffe du tribunal de commerce faisait état du dépôt de l'expédition de l'acte notarié constatant la cession des parts sociales de la SCI, les mentions du récépissé initial complétées par celles de la fiche Infogreffe indiquant le dépôt de l'acte notarié suffisaient à établir la réalité de la publication de l'ensemble des cessions réalisées, une cour d'appel en a souverainement déduit que ces dernières leur étaient opposables aux tiers.

Une cession de parts sociales est opposable aux tiers, même si l'acte de cession n'a pas été déposé au greffe du tribunal de commerce, dès lors qu'ont été publiés les statuts mis à jour constatant cette cession. Ayant relevé que la cession avait été portée à la connaissance des tiers par la publication non contestée du procès-verbal d'assemblée générale, la cour d'appel a pu retenir qu'elle était régulièrement opposable aux tiers.

A quelles conditions une cession de parts sociales est-elle opposable aux tiers ? C'est à cette interrogation pratique que répond la chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 décembre 2007 dans un arrêt marqué par une très grande souplesse.

En l'espèce, une société et son gérant ont conclu avec des époux, associés dans une société civile immobilière (la SCI), une promesse synallagmatique de cession des parts sociales de la SCI sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt. Quatre jours avant l'expiration du délai stipulé, les promettants ont fait donation d'une partie des parts à leur fille et apporté une autre fraction à une seconde SCI pour ne conserver que deux parts. Une quinzaine de jours plus tard, ils revendaient tous leurs parts à

la société D. devenue seule propriétaire de l'ensemble des parts de la SCI. Les bénéficiaires de la promesse les ont alors fait assigner, afin de voir prononcer la cession à leur profit de l'ensemble des parts sociales de la SCI. La cour d'appel (CA Toulouse, 17 juillet 2006) les a déboutés de leurs prétentions, jugeant que les actes de cession (donation et apport) ainsi que les actes de cession ultérieurs au profit de la société D. leur avaient été régulièrement notifiés et leur étaient opposables. La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette leur pourvoi au motif « en premier lieu, qu'après avoir constaté que si seul le duplicata du récépissé du greffe du tribunal de commerce faisait état du dépôt de l'expédition de l'acte notarié constatant [...] la cession [...] des parts sociales de la SCI, les mentions du récépissé initial, complétées par celles de la fiche Infogreffe indiquant le dépôt de l'acte notarié [...], suffisaient à établir la réalité de la publication de l'ensemble des cessions réalisées, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre (les tiers) dans le détail de leur argumentation, en a souverainement déduit que ces dernières (leur) étaient opposables ». Elle invoque « en second lieu qu'une cession de parts sociales est opposable aux tiers, même si l'acte de cession n'a pas été déposé au greffe du tribunal de commerce, dès lors qu'ont été publiés les statuts mis à jour constatant cette cession [...] ». Aussi « ayant relevé que la cession des parts sociales avaient été portée à la connaissance des tiers par la publication non contestée du procès-verbal d'assemblée générale [...] la cour d'appel a pu retenir que la cession était régulièrement opposable aux (tiers) ». Cet arrêt exprime un certain libéralisme en matière de formalités de publicité aux fins d'opposabilité aux tiers des cessions de parts sociales, d'une part, en acceptant qu'une cour d'appel ait pu apprécier largement les éléments de preuve de la réalisation de ces formalités (1) et, d'autre part et surtout, en consacrant une « formalité de substitution »²⁸ aux formalités réglementaires (2).

1. L'appréciation extensive de la réalisation des formalités de publicité

Les formalités de la cession de parts sociales des sociétés civiles sont déterminées par l'article 1865 du Code civil en vertu duquel « la cession de parts sociales [...] est rendue opposable à la société dans les formes prévues à l'article 1690, ou, si les statuts le stipulent, par transfert sur les registres de la société » (al. 1) et « elle n'est opposable aux tiers qu'après accomplissement de ces formalités et après publication » (al. 2). L'article 52 du décret du 3 juillet 1978 précise à cet égard que « la publicité de la cession de parts est accomplie par dépôt, en annexe au registre du commerce et des sociétés, de deux copies authentiques de l'acte de cession, s'il est notarié, ou de deux originaux, s'il est sous seing privé ».

Or, en l'espèce, que le récépissé initial du greffe du tribunal de commerce ne comportait aucune référence au dépôt de l'expédition de l'acte notarié constatant la cession des parts. Cette référence figurait cependant sur le duplicata du récépissé ainsi que sur la fiche Infogreffe. La cour d'appel a considéré que les mentions du dépôt initial, complétées par celles de la fiche Infogreffe suffisaient à établir la réalité de la publication de l'ensemble

28. Obs. H. Lécuyer, sous Cass. 3^e civ., 25 avr. 2007 : 03-16.362 : Dr. Sociétés juillet 2007, comm. 128.

des cessions réalisées. Sur le terrain de la preuve de la réalisation de cette formalité l'approche est celle d'une preuve par tous moyens de l'existence de la publication. Il s'en évince qu'il peut désormais être suppléé à une lacune du récépissé initial par un complément de preuve. L'arrêt marque également l'importance de la fiche Infogreffe, participant à créer une apparence de réalisation des formalités de publicité aux yeux des tiers. En cela, la solution adoptée est très souple. Il reste qu'en l'espèce, comme l'indiquait le pourvoi, il existait une attestation du greffier selon laquelle la donation n'avait pas fait l'objet d'un dépôt. Mais comme la cession ultérieure des parts ayant fait l'objet de la donation avait été valablement publiée, cette cession était opposable aux tiers.

La solution retenue dépasse la problématique probatoire pour se répercuter sur celle de l'opposabilité aux tiers des cessions puisque la cour d'appel en a souverainement déduit que ces cessions étaient opposables aux bénéficiaires de la cession. L'opposabilité de la cession est donc laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond reposant sur une appréciation tout aussi souveraine des éléments de preuve propres à étayer la réalisation des formalités de publicité réglementaires. L'assouplissement ne serait pas considérable si la Haute juridiction n'avait pas consacré un formalisme de substitution aux dites formalités.

2. La consécration d'un formalisme de substitution

En affirmant en une formule de principe qu'« une cession de parts sociales est opposable aux tiers même si l'acte de cession n'a pas été déposé au greffe du tribunal de commerce par la publication des statuts mis à jour constatant cette cession », l'arrêt consacre la possibilité de suppléer le défaut de dépôt au greffe par une formalité équivalente.

En cela la chambre commerciale tend à se rapprocher de la solution rendue, le 25 avril 2007, par la troisième chambre civile de la Cour de cassation²⁹. Celle-ci a admis qu'un créancier pouvait, après avoir vainement mis en demeure la société civile d'exécuter son obligation, se retourner contre le cessionnaire des parts dès lors que les statuts modifiés mentionnaient la qualité d'associé du cessionnaire et avaient été valablement publiés. Toutefois, il s'agissait dans cette dernière affaire d'opposabilité par un tiers et non d'opposabilité aux tiers d'une cession de parts sociales. Dans l'arrêt du 18 décembre 2007, la chambre commerciale a franchi une étape supplémentaire en acceptant une formalité équivalente à la formalité spéciale de l'article 52 du décret de 1978 dans une hypothèse d'opposabilité aux tiers, en l'occurrence à des bénéficiaires d'une promesse de cession. La solution peut s'expliquer par la finalité de la publicité : elle sert à présumer la connaissance par les tiers de la cession. Or, qu'il s'agisse de la publicité spéciale aux cessions de parts ou d'une publicité générale portant sur la mise à jour des statuts dans lesquels figurent les noms des nouveaux associés, la finalité d'information est atteinte.

Bien plus, la chambre commerciale considère à ce titre que la cour d'appel, ayant relevé que la cession des parts sociales avait été portée à la connaissance des tiers par la publication non contestée du procès-verbal d'assemblée générale faisant état d'un acte de cession, a pu retenir que la cession était régulièrement opposable aux bénéficiaires de la promesse. Ce formalisme de substitution – la publication des statuts mis à jour – pourra lui aussi être attesté par différents moyens : la publication du procès-verbal de l'assemblée faisant état de l'acte de cession, le dépôt au greffe des statuts modifié, ou l'extrait K bis du RCS mentionnant le nom du nouvel associé. En revanche, il n'est pas certain que la portée du présent arrêt conduise à remettre en cause la jurisprudence selon laquelle le seul enregistrement de la cession auprès de l'administration fiscale ne suffit pas à caractériser la publicité³⁰.

Par ailleurs, rendue au sujet d'une société civile, la solution mérite d'être étendue à la cession de parts sociales d'autres sociétés (SNC, SARL) pour lesquelles la loi impose le même type de formalités.

Cette approche pragmatique et libérale destinée à informer et donc à protéger les tiers³¹ produit paradoxalement des effets malheureux pour des derniers. En l'espèce, le bénéficiaire d'une promesse synallagmatique sous condition suspensive de l'octroi d'un prêt était en droit de s'attendre à ce que le terme prévu soit respecté et ce d'autant plus que, comme en l'espèce, les aliénations litigieuses ont eu lieu quatre jours avant l'expiration de la condition. On peut craindre que cette jurisprudence ne favorise guère à l'avenir la conclusion de ce type de promesses puisque le bénéficiaire, qui n'est pas garanti contre la vente des titres sous-jacents, peut se voir opposer une publicité réalisée selon diverses formalités équivalentes. Qui plus est, il ne peut se prévaloir de l'inopposabilité des actes non publiés s'il a eu personnellement connaissance de ces actes³².

Il n'aura d'autre possibilité que de tenter de démontrer l'existence d'un concert frauduleux³³ entre les cédants et les cessionnaires, afin de faire déclarer la cession inopposable nonobstant la publicité réalisée et d'engager la responsabilité civile des promettants pour rupture de leur promesse. ■

I. R.

29. Cass. 3^e civ., 25 avr. 2007 : 03-16.362 : Bull. civ., III, n° 63 ; D. 2007, AJ, p. 1281, obs. A. Lienhard ; Dr. Sociétés juin 2007, comm. 111, obs. F.-X. Lucas ; Dr. sociétés juillet 2007, comm. 128 obs. H. Lécuyer.

30. CA Versailles, 16 déc. 1999 : Bull. Joly 2000, p. 429, note P. Scholer ; RJDA 2000 n° 288, Banque & Droit mai-juin 2000, p. 46, note I. R (au sujet d'une SNC).

31. Comp. pour une interprétation stricte au sujet d'une opposabilité à la société (C. civ., art. 1965, al. 1) : Cass. 3^e civ., 11 oct. 2000 : Dr. sociétés 2001, comm. 4 note Th. Bonneau ; D. 2000, act. jur. p. 408, obs. M. Boizard.

32. C. com., L. 123-9, al. 3 (texte de portée générale). Pour illustration, v. CA Bordeaux, 17 juin 2004 : Juris-Data n° 2004-253207 ; Dr. sociétés janv. 2005, comm. 6, obs. F.-X. Lucas.

33. L'acquéreur de parts sociales ayant régulièrement procédé aux formalités de publications ne peut être évincé par le bénéficiaire d'une promesse antérieure de cession sur ces parts, quand bien même aurait-il eu connaissance de cette promesse avant la réalisation de la cession, en l'absence de collusion frauduleuse : Cass. com., 19 mars 1998 : Bull. civ., IV, n° 137.