

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences



Centre du droit de l'entreprise de
l'Université Robert Schuman, Strasbourg

Prêt. Société créée de fait. Distinction. Comportement de l'associé.

Cass. com., 24 sept. 2003, *Surgers c/Caribbean Conch Company*,
Jurisdata n° 2003-020341 ; *Dr. sociétés janv.* 2004,
comm. n° 2, F.-G. Trébulle.

Ne peut être considéré comme un simple prêteur de fonds celui qui s'est comporté de manière univoque comme un associé de fait pendant la période au cours de laquelle il a effectué des apports de fonds au bénéfice de la société, réglé des factures, fait l'avance de frais, traité directement l'achat de marchandises et disposé d'une carte bancaire à son nom délivrée à la société CCC et de cartes de visite où il apparaissait avec l'en-tête de la société sous la dénomination « sales manager ».

La qualité de prêteur de deniers est bien plus intéressante que celle d'associé de fait. En particulier, le prêteur bénéficie d'un droit au remboursement à tout moment ou au terme convenu sans avoir à attendre la liquidation de la société ; il ne subit pas les pertes de celle-ci et peut même stipuler à son avantage une clause de participation aux bénéfices. Mais le risque bien réel de requalification du contrat de prêt en société créée de fait à la demande du coassocié rend l'opération moins attractive, comme en témoigne l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 24 septembre 2003.

M. X., agissant en qualité de gérant de la SARL CCC, a reconnu devoir à M. Y. une somme d'argent représentant le solde restant dû sur le montant d'un prêt. La société ne s'est pas acquittée du remboursement de cette somme et a contesté la compétence du tribunal de grande

instance en se fondant sur la qualité d'associé de fait de M. Y. La cour d'appel (Fort-de-France, 5 août 1999) a infirmé la décision du juge des référés ayant retenu la qualité de prêteur de M. Y. et condamné la société à lui rembourser la somme due. Elle a renvoyé l'affaire devant le tribunal de commerce. Dans cet arrêt, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déduit du comportement univoque de M. Y. pendant la période au cours de laquelle il a effectué des apports de fonds au bénéfice de la société, réglé des factures, fait l'avance de frais, traité directement l'achat de marchandises et disposé d'une carte bancaire à son nom délivrée à la société CCC et de cartes de visite où il apparaissait avec l'en-tête de la société sous la dénomination « sales manager » qu'il ne pouvait être considéré comme un simple prêteur de fonds. Elle en a conclu que la Cour d'appel a à bon droit renvoyé l'affaire devant la juridiction commerciale.

Le comportement non équivoque du prétendu prêteur est ainsi placé au cœur de l'opération de requalification ou, comme en l'espèce, de disqualification du contrat de prêt. En effet, la Cour de cassation n'a guère fait expressément référence à l'existence d'une société créée de fait, mais à un comportement dont on pouvait exclure la qualification de prêt. L'explication de cette approche négative réside dans le fait qu'il était question de compétence matérielle du tribunal. La chambre de commerce n'avait pas à répondre au moyen du pourvoi qui reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas mis en évidence les éléments constitutifs du contrat de société.

Il n'en est pas moins intéressant de souligner que le comportement du prétendu prêteur peut autoriser la requalification du contrat en société créée de fait. La jurisprudence en donne plusieurs illustrations¹. La solution

¹ Les juges vérifient les conditions, lesquelles ne sont pas toujours réunies. V. *Cass. com.*, 15 mars 1971 : *Bull. civ.*, IV, n° 80 ; D. 1971, som. p. 207 ; *Cass. com.*, 12 oct. 1993 : *Bull. civ.*, IV, n° 330 ; *Bull. Joly* 1993 ; § 381, p. 1265, note M. Jeantin ; *Dr. sociétés* 1994, comm. n° 1, obs. T. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1994, p. 283, note F. Bénac-Schmidt ; CA Paris, 25^e ch. A, 29 mars 2002 : *Dr. sociétés* 2003, comm. 100, obs. F.-G. Trébulle.

est logique car la mise en évidence d'une société créée de fait repose sur l'analyse du comportement des associés par les juges du fond dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation. Le prétendu prêteur doit s'être comporté en fait comme un associé. Il doit avoir effectué des apports, être animé de l'affectio societatis et participer aux bénéfices et aux pertes. Aussi l'étude du comportement des associés de fait permet-elle de mettre en évidence les trois éléments constitutifs du contrat de société (C. civ., art. 1832), nonobstant la qualification à laquelle il aurait été fait référence à l'origine ².

Tous ces éléments n'ont cependant pas la même importance dans l'opération de qualification en raison de la proximité du contrat de prêt et de la société créée de fait. Ainsi, la remise d'une somme d'argent n'est guère un critère significatif, car elle peut indifféremment valoir remise de la somme empruntée ou constitution d'un apport en numéraire. S'agissant de la condition de participation aux bénéfices et aux pertes, l'on observera que si l'arrêt commenté ne s'est pas attardé – pour la raison précisée auparavant – sur une éventuelle participation aux bénéfices ³, il relève en revanche, un élément qui témoigne d'une participation aux pertes (obligations aux dettes sociales), à savoir le règlement de factures de la société. Mais l'élément essentiel de la qualification réside dans l'affectio societatis, manifestation de volonté des associés d'œuvrer sur un pied d'égalité à la réalisation de l'entreprise commune, et ce même si cette expression latine n'a pas été mentionnée en l'espèce. La condition est importante car un prêteur de fonds demeure statique, étranger à la vie sociale, son seul objectif étant de rentrer dans ses fonds ⁴, alors que l'associé de fait est au contraire dynamique. Il participe activement au fonctionnement de la société. C'est donc fort logiquement que les juges analyseront la situation en tenant compte d'éléments de fait postérieurs à la remise des fonds attestant de l'implication du prétendu prêteur dans les affaires sociales. À cet égard, si l'on examine les éléments relevés par la Cour de cassation propres à exclure la qualification de prêt, l'on peut immédiatement noter qu'ils ne sont pas pour autant très significatifs de l'existence d'une société créée de fait. Ainsi, traiter directement l'achat de marchandises, disposer d'une carte bancaire à son nom délivrée à la

société et de cartes de visite où il apparaissait avec l'entête de la société sous la dénomination « *sales manager* » est moins typique d'un comportement d'associé que de celui d'un gérant de fait, voire d'un salarié qui peut par ailleurs être bailleur de fonds de la société ⁵.

L'on observera encore que si la réunion des conditions posées par l'article 1832 du Code civil est nécessaire, elle est également suffisante pour mettre en évidence une société créée de fait lorsqu'elle est invoquée par l'un des coassociés de fait. Il n'est point nécessaire d'invoquer la théorie de l'apparence, laquelle ne joue que si l'existence de la société est invoquée par un tiers ⁶.

Ainsi, pour pouvoir conserver le statut avantageux de bailleur de fonds d'une société, le prêteur se gardera de tout comportement équivoque et plus spécialement de toute ingérence dans les affaires sociales, quelle que soit la forme de son implication. ■

I. R

2 En l'espèce, un document se référait au remboursement d'un prêt. On notera également que la chambre commerciale n'a pas répondu au moyen qui consistait à dénier à la société CCC la qualité de coassociée de fait au profit de son gérant sur le fondement d'un projet d'association unissant le prétendu prêteur et ce gérant.

3 Sur la recherche de cet élément, V. Cass. com., 15 mars 1971, préc.; CA Versailles, 16 mars 1995: Rev. sociétés 1995, p. 576.

4 V. Cass. com., 12 oct. 1993, préc.

5 V. F.-G. Trébulle, sous Cass. com., 24 sept. 2003, préc.

6 Cass. civ., 13 nov. 1980 : D. 1981, p. 541, note Calais-Auloy ; Cass. com., 3 nov. 1988 : Bull. civ., IV, n° 289 ; Cass. Com., 29 mars 1994 : RJD 7/94, n° 815 ; Cass. com., 4 juin 2002 : Dr. sociétés 2002, comm. n° 187, note T. Bonneau.