

Chronique de *Droit des Sociétés*

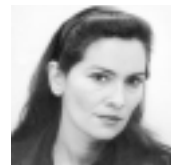
MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences



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

Société en formation. Acquisition d'un immeuble. Reprise après immatriculation de la société. Hypothèque judiciaire. Opposabilité de la reprise. Effet déclaratif de la reprise. Publicité foncière.

Cass. 3^e civ. 9 juill. 2003, Sté de l'hôtel Richer. c/Sté BNP Paribas.

L'acte portant reprise par une SCI de l'acquisition d'un immeuble réalisée par les fondateurs pour le compte de la société en formation, est un acte déclaratif qui est opposable aux tiers avant même d'avoir été publié au bureau des hypothèques.

À la lecture d'un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 9 juillet 2003, les créanciers d'un associé qui a traité pour le compte d'une société en formation vont comprendre que l'effet déclaratif de l'acte de reprise après immatriculation de la société n'est pas une fiction juridique, mais une réalité qui se traduit par un retour rétroactif au passé¹.

En cette espèce, deux associés ont acquis le 21 mai 1980 des biens immobiliers pour le compte d'une SCI en formation, à concurrence de 5 % pour l'un et de 95 % pour l'autre. Le 11 janvier 2000, pour garantir une créance détenue à l'encontre de l'un des associés, une banque fait inscrire une hypothèque judiciaire provisoire sur ces immeubles à concurrence de 95 %. Le 1^{er} août 2000, la SCI reprend l'engagement de ses fondateurs. Pour rejeter la demande en mainlevée de l'inscription hypothécaire introduite par cet associé, l'arrêt d'appel

retient que l'acte du 1^{er} août 2000 portant reprise n'a pas été publié et n'est pas opposable aux tiers et qu'à la date de l'inscription de l'hypothèque judiciaire provisoire, les propriétaires apparents étaient les deux fondateurs². Cet arrêt est cassé aux motifs que l'acte de reprise est déclaratif : la société régulièrement immatriculée peut reprendre à tout moment les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci.

La combinaison des règles relatives aux sociétés en formation et du droit de la publicité foncière conduit à une solution embarrassante pour les créanciers.

D'une part, selon l'article 1843 du Code civil, les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis ; en cas de décision de reprise de cet acte par la société, pouvant intervenir sans condition de délai après immatriculation de la société, l'acte est réputé avoir été dès l'origine contracté par la société.

D'autre part, une acquisition immobilière faite pour le compte d'une société en formation doit être publiée, ou bien au seul nom de la société en formation, ou bien comme en l'espèce au nom des fondateurs qui ont conclu cet acte pour le compte de la société³. Dans la première hypothèse, l'acte de reprise, déclaratif mais aussi confirmatif des droits inscrits, peut être publié pour l'information des tiers. Dans la seconde hypothèse, l'acte d'acquisition étant inscrit au nom des fondateurs, la délibération portant reprise est un acte déclaratif qui doit être publié, ce qui éteint rétroactivement les droits conditionnels établis et inscrits sur la tête des fondateurs. Mais le présent arrêt de la Cour de cassation relève que la publicité portant sur cet acte déclaratif n'est pas requise aux fins

¹ Sur la nature juridique de l'acte déclaratif, cf. G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Bib. Dr. Privé 1996, t. 253, n° 265s.

² La Cour d'appel d'Aix en Provence a statué également en ce sens, dans une espèce comparable, en retenant que l'inscription d'une hypothèque sur l'immeuble acquis par les fondateurs d'une société, effectuée par le Trésor Public créancier d'un de ses fondateurs, ne peut se voir opposer la

publication tardive de l'acte de reprise (CA Aix-en-Provence, 1^{er} ch. B, 12 mai 1993, Adamo c/Trésorier principal de Nice, Juris Data n° 045656).

³ P. Fremont, *Les acquisitions immobilières des sociétés non encore immatriculées vues sous l'angle de la publicité foncière*, JCP 1980, N, I, p. 393.

d'opposabilité de l'acte aux tiers : il résulte des articles 28-4° et 30-1 du décret du 4 janvier 1955 que le défaut de publicité des actes déclaratifs n'a pas pour sanction leur inopposabilité aux tiers ⁴.

Par le jeu de la rétroactivité attachée aux actes déclaratifs, les sûretés qui ont été constituées sur les biens immeubles inscrits au nom des fondateurs s'éteignent.

Cet enchevêtrement des règles de la publicité foncière et du droit des sociétés prive les créanciers d'un fondateur de la société du bénéfice des sûretés réelles prises sur l'immeuble acquis pour le compte de la société non encore immatriculée. Il importe de souligner qu'en l'espèce les associés de la société ont attendu vingt ans après la constitution de la société pour décider de la reprise, et que cette reprise a été effectuée après l'inscription de l'hypothèque judiciaire, dans le but manifeste de priver cette sûreté de tout effet. Les créanciers pourraient difficilement établir une faute, voire une fraude commise par la société et ses fondateurs, résultant de la reprise tardive de l'acte d'acquisition du bien immeuble, ayant eu pour effet de priver de toute portée l'inscription d'une hypothèque judiciaire par un créancier de l'un des fondateurs de la société. En effet, ce n'est pas le vendeur du bien objet de la reprise qui subirait un préjudice, ni même un créancier de la société ⁵, mais le créancier d'un associé, qui avait connaissance du caractère conditionnel des droits immobiliers inscrits sous le nom de son débiteur. En outre, la reprise, régulière en sa forme ⁶, a eu pour effet de régulariser une situation bien établie ⁷ dès lors que la société et les associés ont toujours considéré que l'immeuble était dans le patrimoine de la société. L'effet déclaratif de la reprise n'est plus un artifice juridique, mais la consécration d'une réalité juridique.

L'acquéreur d'un bien immeuble est ainsi en mesure de déjouer l'inscription de garanties prises par ses créanciers, en constituant une société civile avant de se porter acquéreur du bien pour le compte de cette société en formation, l'inscription étant prise au nom de ce fondateur sous forme conditionnelle ; au jour où un créancier personnel de ce fondateur fera inscrire une hypothèque judiciaire sur cet immeuble, une reprise décidée par les associés privera cette sûreté de toute portée : l'immeuble tombant rétroactivement dans le patrimoine de la société, celle-ci pourra en disposer librement sans intervention des créanciers personnels de l'un des associés !

M. S.

4 V. pour l'acte de partage : Cass. 1^{re} civ. 21 nov. 1967 : Bull. Civ. I n° 342 ; D. 1968, 349 ; Cass. 1^{re} civ. 23 avr. 1981, Bull. Civ. III, n° 80 (les actes de partage successoral, bien que non publiés, sont opposables aux tiers).

5 CA Paris, 3^e ch., 22 novembre 1988 : Bull. Joly, 1989, p. 313, § 102 ; RTD com., 1989, p. 241, obs. Cl. Champaud et P. Le Floch ; Rev. sociétés, 1989, p. 88 ; Dr. sociétés, 1989, n° 1 : *la reprise des engagements ne saurait être utilisée pour frauder les droits des créanciers : les fondateurs ne sont pas libérés lorsqu'elle intervient tardivement et n'a d'autre but que de permettre à ceux qui ont contracté d'échapper au paiement de l'obligation souscrite en transférant frauduleusement la charge sur une personne morale insolvable*. CA Toulouse, 2^e ch. 23 nov. 1992, Leroux c/Sarl Intercom, Juris-Data

n° 047118 : *défaut de preuve d'une fraude aux droits des créanciers par transfert de la charge d'un acte sur une personne morale insolvable*.

6 La reprise après immatriculation de la société ne peut être tacite et doit résulter d'une délibération des associés : v. Banque & Droit mai-juin 2003, p 48.

7 CA Paris, 16^e ch. A, 2 juill. 2003, Cohen c/Sarl MTM, Juris-Data n° 223830 : *absence de caractère frauduleux d'une reprise des engagements par la décision de l'assemblée générale des associés constituant une simple régularisation*.