

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences



Faculté de droit de Strasbourg

SCI - Associé mineur - Prêt à la SCI - Responsabilité de la banque - Protection due aux enfants en raison de leur minorité

Une cour d'appel a pu retenir la responsabilité d'une banque ayant consenti un prêt à une SCI constituée avec des enfants mineurs sans s'être assurée que ces derniers qui encouraient un risque élevé de se retrouver personnellement débiteurs avaient bénéficié de la protection qui leur était due en raison de leur état de minorité.

Cass. 3^e Civ. 28 sept. 2005, JCP éd. N 2005, n° 49, 1492, note J.-P. Garçon

Une Caisse d'Épargne consent en 1989 un prêt de 800 000 F à une SCI ayant pour associés un couple et leurs deux enfants mineurs. Suite au non-remboursement du prêt par la SCI et à la vente de l'immeuble hypothéqué, l'établissement de crédit assigne en 1999 les associés en paiement du solde ; le père ayant été placé en redressement judiciaire, le créancier poursuit les enfants, devenus majeurs. La cour d'appel de Chambéry a jugé que le prêteur avait commis une faute engageant sa responsabilité civile : chaque enfant est condamné à supporter 27 131 euros de passif, outre les intérêts dus à la banque, mais cette dernière est condamnée à 15 000 euros de dommages et intérêts à l'égard de chacun d'eux.

Le pourvoi formé par le créancier est rejeté par la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹ : *“ayant relevé que la Caisse d'Épargne avait accordé le prêt sans s'assurer que les enfants mineurs, qui détenaient une part importante (20 % chacun) du capital social et qui encou-*

raient un risque élevé de se retrouver personnellement débiteurs, bénéficiaient de la protection qui leur était due en raison de leur état de minorité, la cour d'appel... a légalement justifié sa décision en retenant que la Caisse d'épargne avait commis une faute”.

Consentir un prêt à une SCI dont certains associés sont frappés d'incapacité n'est pas sans risque pour un établissement de crédit, d'autant plus que cette situation se présente fréquemment : pour des raisons fiscales et successorales, il peut être particulièrement intéressant de constituer une SCI de famille regroupant les parents et les enfants².

Dans l'analyse de la situation, il convient de dissocier deux questions distinctes : l'entrée du mineur dans la société, et la conclusion par la SCI d'opérations avec des tiers, dont notamment les établissements de crédit.

1. Le législateur n'impose pas une autorisation du juge des tutelles pour toute entrée d'enfants mineurs dans une SCI, tant lors de la constitution de la société en qualité d'associés, que lors d'une transmission de parts de SCI à des enfants, par donation ou succession.

Ainsi, dans la situation la plus courante d'une administration légale pure et simple, les parents accomplissent ensemble les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; à défaut d'accord des parents, l'autorisation du juge des tutelles est nécessaire³. Cependant, l'autorisation s'impose pour certains apports en nature : l'article 389-5 du Code civil dispose que même d'un commun accord les parents ne peuvent apporter en société un immeuble ou un fonds de commerce appartenant au mineur. En outre, eu égard à la responsabilité indéfinie encourue par tout associé d'une société civile et

1. Cass. 3^e Civ. 28 sept. 2005, JCP éd. N 2005, n° 49, 1492, note J.-P. Garçon

2. v. *Lamy Patrimoine*, 2006, Société civile immobilière par M. Storck ; Th. Andrier, *Les sociétés civiles immobilières*. Guide pratique, Litec, 6^e éd., n° 206
3. art. 389-5 C.civ.

au risque d'endettement de toute société civile, la doctrine recommande de recueillir une autorisation du juge des tutelles préalable à la participation d'associés mineurs à la constitution d'une société civile, quelle que soit la consistance des apports (Mémento Lefebvre Sociétés civiles 2006, n° 612; J. Honorat, obs. sur Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000, préc.; B. Petit et S. Roussel, obs. sous CA Versailles, 29 janv. 1998 : JCP G 1999, II, 10014).

Le juge des tutelles doit en ce cas apprécier, selon les conditions de constitution d'une SCI, les risques liés à un endettement éventuel de la société. L'endettement est manifestement exclu lorsque l'objet social de la société est limité à un immeuble apporté en nature par les parents à la société de famille. Le risque est plus élevé lorsque l'objet social n'est pas limité à une opération immobilière particulière, ou lorsque le financement de l'opération n'est pas assuré par des apports réalisés par les parents, en compte courant ou en capital.

2. La SCI ayant une personnalité morale, peut conclure seule des actes juridiques avec des tiers, notamment la souscription d'un emprunt. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 juin 2000⁴ a considéré que de tels actes étant conclus par la SCI et non par chacun des associés, l'accord du juge des tutelles n'est pas expressément requis. L'arrêt du 28 septembre 2005 vient préciser que ces actes pouvant avoir des conséquences importantes sur l'endettement de la société et donc sur l'engagement des associés, le cocontractant doit veiller à ne pas faire courir de risques aux associés mineurs.

Sur de telles bases, quelles peuvent être les mesures de protection s'imposant à un établissement de crédit qui accorde un prêt à une SCI dont l'un des associés est frappé d'incapacité?

Il convient au préalable d'observer que le tiers cocontractant peut désormais avoir connaissance de l'incapacité frappant certains associés d'une société civile, en consultant l'extrait K-bis du registre du commerce et des sociétés : dans la demande d'immatriculation de la société, la date de naissance des associés tenus indéfiniment des dettes sociales doit désormais être mentionnée (Décr. 30 mai 1984, art. 15 A, 9°, mod. par décr. n° 2005-77 du 1^{er} février 2005, art. 12). Cependant cette information ne vaut que pour les sociétés nouvellement constituées⁵ : pour les sociétés déjà immatriculées au 1^{er} février 2005, les inscriptions existantes ne seront mises à jour qu'à l'occasion d'une inscription modificative ultérieure⁶.

Par ailleurs, le seul fait que le juge des tutelles ait autorisé l'entrée d'un mineur dans une SCI n'exonère pas un établissement de crédit qui traiterait avec cette société, de l'obligation de prudence qui lui incombe, compte tenu de la présence de ce mineur.

Une première limite découle d'une application de la fraude. L'entrée d'un mineur dans une SCI ne doit pas

avoir pour but de contourner le droit des incapacités. L'arrêt précité du 14 juin 2000 présente une illustration de ce qui pourrait être un montage frauduleux (bien que la fraude n'ait pas été invoquée en cette espèce par les demandeurs) : une SCI avait contracté un emprunt de huit millions de francs alors qu'elle était détenue à 96 % par un enfant de treize ans et demi ! Le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 29 janvier 1998⁷ faisait valoir que le défaut d'autorisation de l'emprunt par la société entraînait la nullité du prêt ; l'argument a été rejeté au motif que la société a une personnalité distincte de celle de ses membres : *"la cour d'appel, en retenant que la capacité à s'engager de la SCI, personnalité distincte de celle des associés, ne dépendait pas de la capacité de ses associés, en a exactement déduit que l'emprunteur étant bien la SCI, et non M. Allani, l'article 389-5 du Code civil n'avait pas lieu de s'appliquer"*⁸. Dans une telle situation, la responsabilité du prêteur pourrait toutefois être engagée pour participation à un montage frauduleux ayant eu pour but d'engager la responsabilité d'un mineur sans autorisation préalable du juge des tutelles.

L'établissement de crédit pourrait subordonner l'octroi d'un crédit à la SCI à une autorisation préalable du juge des tutelles. Une telle mesure n'est envisageable qu'en cas de doute sérieux sur l'appréciation des risques encourus par le mineur, voire de suspicion de fraude à l'encontre des associés de la société. Il peut être relevé qu'en l'espèce, la faute reprochée à l'établissement de crédit ne consiste pas en l'octroi du prêt à la société, mais en l'absence de vérification que les associés mineurs avaient bénéficié de la protection qui leur était due en raison de leur état de minorité : implicitement, les juges considèrent que le juge des tutelles aurait dû être saisi. Stipuler dans les statuts un accord de l'unanimité des associés pour la conclusion de tout acte de prêt souscrit par la société n'impliquerait pas l'intervention obligatoire du juge des tutelles pour la réalisation de cette opération : l'exercice du droit de vote étant considéré comme un acte d'administration, l'administrateur légal d'un mineur a le pouvoir d'exercer le droit de vote pour le compte de l'incapable, sans en référer au juge des tutelles.

L'établissement de crédit pourrait également renoncer dans le contrat de prêt à poursuivre les associés mineurs de la SCI au titre de leur responsabilité indéfinie, en cas d'insuffisance d'actif social. Pour éviter qu'en cas de décès des parents l'obligation au passif soit transmise aux enfants en leur qualité d'héritiers, il peut être envisagé d'assortir cette renonciation du prêteur d'une caution des parents, contre-garantie par la souscription d'une assurance décès-invalidité⁹. L'opportunité d'une telle stipulation est discutable lorsque le mineur dispose par ailleurs de revenus importants, tant lors de l'octroi du prêt à la SCI qu'au jour où des poursuites sont engagées contre la SCI. En outre, sauf cas de concert frauduleux, un man-

4. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000 : Juris-Data n° 2000-002469 ; Bull. civ. 2000, I, n° 187 ; Defrénois 2001, art. 37348, n° 5, p. 528, obs. crit. J. Honorat ; JCP N 2000, n° 46, p. 1643 ; Bull. Joly sociétés 2000, p. 1090, note D. Randoux ; R.J.com. 2001, p. 90, note D. Gibirila ; Banque & Droit janv. févr. 2001, p. 36 obs. I. Riassetto

5. rapp. CA Paris 15^e ch. C, 24 mars 2000, SCI AVILA, Juris-Data n° 2000-117719 : la responsabilité du banquier dispensateur de crédit ne peut être engagée au motif que l'un des associés d'une SCI bénéficiaire du crédit était mineur au moment de la délibération de l'assemblée géné-

rale ayant donné pouvoir de contracter un prêt, le procès-verbal de la délibération annexé à l'acte notarié ne permettant pas à la banque de connaître l'âge des associés

6. G. Baranger, Révélation au K bis des associés de société civile, Bull. Joly sociétés 2005, § 93

7. Bull. Joly Sociétés, 1998, p. 786, § 254, note Ph. Delebecque ; Dr. sociétés 1998, comm. 102, note Th. Bonneau

8. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2000 préc.

9. En ce sens, J.-P. Garçon, note préc.

quement à l'obligation de veiller à la protection du mineur étant sanctionné non par la nullité du prêt consenti par l'établissement de crédit, mais par un recours partiel en paiement contre l'associé mineur au titre de son obligation indéfinie au passif social, une renonciation préalable de l'établissement de crédit à la mise en œuvre de cette obligation indéfinie aux dettes sociales de l'associé incapable de la SCI s'avère bien lourde comparée au seul risque de limitation dans l'exercice de ce droit qui pourrait être prononcée à titre de sanction par les juges.

M.S.

Groupe de sociétés - Apports partiel d'actifs d'une société mère vers trois de ses sociétés filiales - Options des contractants lors des opérations d'apport pour le régime applicable aux scissions (C.com., art. L. 236-22)- Options expresses ou résultant de la similarité de la rédaction des clauses des trois conventions d'apport - Application des articles L. 236-16 à L. 236-21 relatifs aux scissions - Transmission des droits et obligations relatifs aux actifs apportés - Perte du droit d'agir en justice de la société apporteuse en raison des liens entre l'action en justice et les actifs apportés - Interdiction pour les sociétés filiales bénéficiaires d'intervenir à hauteur d'appel faute d'avoir été partie en première instance.

Une société mère avait fait apport de la totalité de ses actifs à trois de ses filiales. Dans deux traités d'apport il avait été expressément fait mention dans le document contractuel d'une option pour le régime des scissions impliquant une transmission intégrale des droits et obligations relatifs aux actifs cédés. Dans le troisième traité d'apport partiel d'actif, le choix exprès pour le régime des scissions n'était pas évoqué mais de nombreuses clauses de ce traité étaient identiques aux deux premiers traités et révélaient un accord pour une subrogation complète dans les droits et obligations concernant les actifs cédés. La cour d'appel de Paris a considéré que les trois traités devaient être soumis au régime juridique des scissions et qu'il fallait en conséquence appliquer le principe de transmission universelle de tous les droits, biens et obligations pour chaque branche d'activité cédée. Cela impliquait en particulier que la société apporteuse ne pouvait plus agir en justice pour concurrence déloyale concernant des biens et des droits qui avaient été apportés aux filiales. Elle avait perdu tout intérêt à agir. Comme les sociétés filiales n'étaient pas parties à la procédure en première instance et qu'elles n'étaient pas

intervenues dans le délai d'un mois à compter de la signification du jugement, il ne leur était plus possible de poursuivre l'action par application des règles de procédure civile, le jugement étant devenu définitif. Le débat judiciaire sur l'existence d'une éventuelle concurrence déloyale au préjudice d'une ou plusieurs sociétés bénéficiaires des apports était clos avant même d'avoir été ouvert.

Cour d'appel de Paris, 4^e ch., sect.B, 13 mai 2005, SA Neurones et autres c/ Sté Logsys et autre, arrêt déjà commenté par J.-J.Daigre, dans le Bulletin Joly de décembre 2005, 296, p. 1366.

La filialisation, accompagnée d'apports partiels d'actifs, est une technique usuelle de gestion des groupes de sociétés. L'essaimage de filiales est, en effet, un facteur d'amélioration de la performance et un instrument de cloisonnement des risques. Mais, l'outil mal employé par les dirigeants du groupe peut engendrer des surprises préjudiciables. Dans la situation qui a donné lieu à l'arrêt de la cour de d'appel de Paris du 13 mai 2005, les dirigeants de la société Neurones SA avaient engagé une action en concurrence déloyale dirigée contre une Société Logsys. Les magistrats ont considéré qu'à la suite de trois apports partiels d'actif réalisés au bénéfice de trois de ses filiales Upgrade, Skills Consulting et Neurones Solutions, la société Neurones, apporteuse avait perdu tout intérêt à agir, car cette action en concurrence déloyale était en étroite corrélation avec les actifs apportés. On imagine, par exemple, qu'un ou des fonds de commerce ont été apportés. L'action de la société Neurones a donc été déclarée irrecevable. Mais, comme les sociétés filiales ne sont pas intervenues en première instance et comme elles ont laissé s'écouler le délai d'un mois à compter de la signification du jugement de première instance sans intervenir devant la cour d'appel, elles ont été déclarées irrecevables et le jugement est devenu définitif. Il n'y aura pas eu de débat sur l'existence d'une concurrence déloyale en présence des victimes éventuelles. Cette absence résulte probablement d'une méconnaissance par les appelants des mécanismes de transmission des droits et obligations dans les apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions (1). Mais, l'analyse des magistrats, qui a conduit à rejeter la qualité à agir de la société apporteuse, n'est pas sans soulever une interrogation (2).

1. Les actions en justice relatives aux actifs transmis

Un apport partiel d'actif est une opération par laquelle une société fait apport à une autre (nouvelle ou déjà créée) d'une partie de ses éléments d'actif et reçoit, en échange, des titres émis par la société. Pour réaliser cette opération, les parties impliquées peuvent opter pour la procédure applicable aux scissions. Il faut alors saisir du projet les actionnaires de chacune des sociétés, faire intervenir un commissaire aux apports et éventuellement consulter les obligataires et les titulaires de certificats d'investissement.(C.com., art. L. 236-16 qui renvoie pour la procédure aux articles L. 236-9 à L. 236-10) De même, elles pourront choisir le régime fiscal avantageux prévu aux articles 210-A et 210-B du Code général des impôts¹⁰.

10. Pour une présentation du régime fiscal de faveur applicable aux apports d'une branche d'activité v. par ex: Sociétés commerciales 2006, Francis Lefebvre, n° 27100 et s.

En pratique, cette faculté n'est utilisée que pour les cessions de branche d'activité car c'est à cette condition que pourra s'opérer une transmission universelle des droits, biens et obligations attachés aux actifs cédés (selon la règle de l'article L.236-3-I du Code de commerce) et que le régime de fiscal de faveur pourra s'appliquer. Pour ce qui est des actions en justice, une jurisprudence solidement établie considère que le droit d'agir en justice concernant les droits et obligations concernant les actifs apportés passe au bénéficiaire de l'apport en application de la règle de transmission universelle. C'est ainsi qu'une société ayant bénéficié d'un apport partiel d'actif peut interjeter appel d'une décision condamnant la société apporteuse dans un litige concernant la branche d'activité qui avait fait l'objet de l'apport¹¹. En revanche, la société apporteuse ne peut plus être poursuivie pour des fautes qu'elle a personnellement commises à l'occasion de l'activité qui a fait l'objet d'un apport¹². Dans les faits à l'origine de l'arrêt du 13 mai 2005, deux des traités faisaient expressément mention d'un choix pour le régime des scissions, mais le troisième n'y faisait pas allusion. Les magistrats d'appel ont considéré qu'il y avait dans le document des clauses qui permettait de déterminer le choix opéré. En effet, ces clauses étaient non seulement similaires à celles contenues dans les deux traités qui contenaient une option pour le régime des scissions, mais de plus le contenu même des clauses faisait mention des conséquences d'une transmission universelle (par exemple "*substitution dans tous les droits et actions en cours ou à exercer concernant l'activité apportée*", clause 6° du titre IV des traités où la société bénéficiaire aura "*tous pouvoirs pour, relativement aux droits et biens apportés ou passif pris en charge, intenter ou suivre toutes actions judiciaires ou payer toutes sommes ensuite de ces décisions*". Cette constatation d'une transmission du droit d'agir en justice concernant les actifs cédés au bénéfice des trois filiales allait conduire à une conclusion brutale. L'action en concurrence étant relative à des actifs cédés, il n'était pas possible à la société mère apporteuse de l'engager. Il fallait la rejeter comme irrecevable. Mais, comme de plus aucune des sociétés bénéficiaires ne s'était manifestée dans le délai légal d'une intervention volontaire à hauteur d'appel (un mois à compter de la signification du jugement), elles ne pouvaient poursuivre efficacement l'action à hauteur d'appel. Les magistrats constatant l'irrecevabilité des appelantes ont conclu à l'extinction de la procédure d'appel avant tout débat au fond.

Mais, cette déclaration d'irrecevabilité ne tarit pas toutes les interrogations juridiques. Quelles conséquences juridiques tirer, si le troisième apport, ne portant aucune mention expresse d'un choix pour le régime des scissions n'avait pas, de plus, respecté les règles applicables à une opération de scission? Aurait-il fallu en déduire une nullité de l'apport, comme la loi le prévoit (C.com., art.

L.235-8)? Le premier commentateur de cet arrêt, J.-J. Daigre a souligné qu'une telle sanction pouvait faire naître une situation paradoxale¹³.

2. Et si la procédure applicable aux opérations de scission n'avait pas été respectée concernant l'apport à la société Upgrade?

En constatant que le troisième traité d'apport ne mentionne pas un choix exprès pour l'application du régime des scissions, on peut imaginer que la procédure applicable aux scissions n'a pas été respectée partiellement ou totalement. L'arrêt ne donne à ce sujet aucune information à ce sujet. Il est donc envisageable que les assemblées d'actionnaires (C.com., art.L.236-2, al.2), d'obligataires n'aient pas été réunies (C.com., art.L.236-18 et s.), que le commissaire "à la scission" n'ait pas été nommé (C.com., art. L.236-10 sur renvoi des art. L. 236-16 et L.236-23), que les rapports dont la rédaction est imposée par la loi n'aient pas été établis et les formalités de publicité n'aient pas été accomplies, etc. Une annulation de l'apport pourrait être envisagée car certaines violations de la procédure de scission sont sanctionnées ainsi. L'article L.235-8 du Code de commerce limite ces cas d'annulation de l'apport à deux situations: – lorsque la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé de l'opération doit elle-même être annulée en application de l'article L.235-1 du Code de commerce, – lorsque le dépôt de conformité n'a pas été réalisé comme le prévoit l'article L.236-6 al.3 du Code de commerce. Mais, si le troisième apport était annulé, la subrogation de la société Upgrade ne pourrait plus être efficace et il faudrait considérer que la société mère Neurones était recevable à agir contre Logsys pour la concurrence déloyale visant la branche d'activité concernée par ce troisième apport. Fort opportunément, l'action en nullité dans les circonstances visées par l'art.L.235-8 du Code de commerce est enfermée dans un délai de six mois et elle ne produit exceptionnellement aucun effet rétroactif avant la publicité de la décision de la décision prononçant la nullité (C.com. L.235-11, al.2). L'issue retenue par les magistrats de la cour d'appel ne risque pas d'être en contradiction avec une évolution judiciaire ultérieure. Aucune décision d'annulation de l'apport ne pourra troubler la cohérence de la solution retenue de l'arrêt du 13 mai 2005, car aucune action en annulation de l'apport ne semble, en effet, avoir été engagée depuis¹⁴. Cet apport pourra être d'autant moins remis en cause que les magistrats ont pris soin de relever que le mécanisme subrogatoire avait été prévu contractuellement, par les 6 et 7 du titre IV du traité, indépendamment de tout choix pour le régime des scissions¹⁵.

Q.U.

11. Cass.com. 16 févr.1988, Bull.civ.IV, n° 69; Cass.civ.25 oct.1995, RJDA févr.1995, n° 225.

12. Cass.com., 10 déc.2003, n° 1790, RJDA mars 2004 n° 312.

13. Jean Jacques Daigre, dans un commentaire paru au Bulletin Joly de décembre 2005, 296, p. 1366, envisage la sanction de nullité pour absence de mention expresse du choix pour le régime des scissions et considère que s'il fallait retenir une telle sanction, la société Neurones aurait conservé le droit d'agir en justice et la solution judiciaire au litige aurait été infléchie.

14. Il reste toutefois, la possibilité de l'exception de nullité, par principe perpétuelle (Cass.com., 27 juin 1995, Dr.soc.1995, n°220, obs.Vidal) . Il aurait fallu alors l'évoquer dans un pourvoi devant la Cour de cassation. Mais, alors, ne s'agit-t-il pas alors d'un nouveau moyen de droit, irrecevable en application de l'article 619 du NCPC ?

15. Selon l'extrait de l'arrêt: "*que l'apport ait été placé sous le régime des scissions ou non*", les clauses contractuelles entraînaient une subrogation dans tous les droits et obligations.

EURL. Société en formation. Reprise des engagements. Formalités.

La reprise des engagements souscrits par les personnes ayant agi au nom de la société lorsqu'elle était en formation ne peut résulter, après immatriculation de celle-ci, que d'une décision prise par les associés. Dans le cas où la société ne comporte qu'un seul associé, ce dernier est habile à prendre une telle décision aux lieux et place de l'assemblée des associés, la reprise ne peut alors résulter que d'un acte exprès répertorié dans le registre prévu à cet effet.

Cass. com., 31 mai 2005, n° 01-00720 (n° 838 FSPB), Consorts X. c/ Caisse d'épargne et de prévoyance Provence Alpes Corse : Bull. Joly 2005, § 308, p. 1471, note H. Lécuyer; Dr. Sociétés 2005, comm. n° 161, note H. Hovasse; D. 2005, p. 1700, obs. A. Lienhard; RJDA 11/05, n° 1219.

À quelles conditions une EURL peut-elle reprendre après son immatriculation les actes accomplis pour son compte pendant sa période de formation ? C'est à cette interrogation que répond la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mai 2005. Les faits étaient classiques en la matière. Une banque avait accordé à une EURL en cours de constitution, représentée par son associé unique, un prêt garanti par un cautionnement hypothécaire. Après son immatriculation, la société a fait l'objet d'un redressement judiciaire. La banque ayant engagé une procédure de saisie immobilière à l'encontre des cautions, celles-ci ont invoqué au soutien de leur libération le défaut de reprise du prêt par la société. La cour d'appel de Saint Denis (21 avril 2000) leur a donné raison au motif qu'après l'immatriculation, la société avait perçu sans aucune réserve et utilisé le montant du prêt contracté pour son compte avant son immatriculation, manifestant ainsi sans équivoque sa volonté de ratifier le prêt litigieux. Selon les juges, cette volonté était en outre confortée par l'absence de toute contestation de la déclaration de créance faite par le prêteur lors de la procédure collective ouverte à l'encontre de la société. La décision est censurée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation au visa des articles L. 223-1, alinéa 2, L. 223-31, alinéa 3, du Code de commerce et 6, alinéa 4, du décret du 3 juillet 1978 pour n'avoir pas constaté que la reprise des engagements résultant du prêt contracté au nom de la société en formation avait fait l'objet d'une décision sociale, alors que *"la reprise des engagements souscrits par les personnes ayant agi au nom de la société lorsqu'elle était en formation ne peut résulter, après immatriculation de celle-ci, que d'une décision prise par les associés; que si, dans le cas où la société ne comporte qu'un seul associé, ce dernier est habile à prendre une telle décision aux lieux et place de l'assemblée des associés, la reprise ne peut alors résulter que d'un acte exprès*

répertorié dans le registre prévu à cet effet". Par cette formulation de principe, la Cour de cassation s'attache à une conception très stricte de la reprise volontaire reposant sur le respect scrupuleux du formalisme légal, conception qui n'est pas sans conséquence pour les différents partenaires.

1. La reprise des actes accomplis pour le compte d'une société en formation est spécialement réglementée par l'article 6 du décret du 3 juillet 1978. En dehors des cas de reprise automatique du fait de l'immatriculation de la société¹⁶, une reprise postérieure à l'immatriculation est prévue. Quelle que soit la date de l'acte, cette forme de reprise ne peut résulter *"que d'une décision prise par les associés"*¹⁷. Lorsque la société est une EURL, l'article L. 223-1, alinéa 2, du Code de commerce prévoit que *"l'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée des associés"*. Il est donc seul compétent pour décider de la reprise. Plus précisément l'article L. 223-31, alinéa 3, dispose que *"ses décisions, prises aux lieux et place de l'assemblée sont répertoriées dans un registre"*. Ainsi faut-il approuver la Cour de cassation lorsqu'elle décide que *"la reprise ne peut alors résulter que d'un acte exprès répertorié dans ce registre"*.

Comme elle l'avait déjà jugé pour des sociétés pluri-personnelles¹⁸, la Haute cour condamne la reprise implicite par une EURL des actes accomplis pour son compte. Elle ne peut être déduite des circonstances de fait, aussi démonstratives soient-elles. En l'absence de dérogation légale, la reprise a posteriori doit être expresse et remplir la formalité d'inscription sur le registre. Nécessaire, le respect du formalisme légal n'en est pas moins suffisant¹⁹, de sorte que les statuts ne sauraient le renforcer²⁰.

Bien que cet arrêt fasse une application rigoureuse des textes, il a été émis une réserve portant sur la validité d'une telle reprise reposant sur la décision de l'associé unique. *"Si ladite reprise est vue comme une condition affectant l'engagement conclu au nom de la société en formation, il est alors à craindre qu'elle ne soit nulle pour potestativité, au sens de l'article 1174 du Code civil"*²¹. À suivre cette opinion, il ne saurait y avoir de reprise volontaire dans une EURL. Or, on peut lui objecter que c'est la société, via son organe légal "l'associé unique", qui décide de la reprise, et non le signataire de l'acte ès qualités, même s'il s'agit de la même personne physique... manifestation, certes troublante, mais parfaitement logique de la fiction de la personnalité morale de l'EURL. Cette remarque vaut quelle que soit la définition donnée à la condition. En effet, si c'est la libération du signataire qui est subordonnée à la reprise, juridiquement ce n'est pas ce dernier qui prend la décision, mais la société à travers son organe. En revanche, si c'est l'engagement de la société qui est subordonné à la reprise, la décision de reprise est une décision sociale unilatérale, décision dont la validité

16. V. infra II.

17. D. 3 juill. 1978, art. 6, al. 4.

18. Pour un emprunt : Cass. 1^{re} civ., 26 avr. 2000 : Bull. Joly 2000, § 205, p. 849, note B. Saintourens; Dr. Sociétés 2000, comm. n° 118, note Th. Bonneau; D. 2000, Act. Jur., p. 331, obs. M. Boizard; RTD com., 2000, p. 931, obs. C. Champaud et D. Danet; JDA 12/00, n° 1153. - Cass. 1^{re} civ. 2 oct. 2002 : Bull. Joly 2002, n° 282, p. 1335, note B. Saintourens; Dr. Sociétés 2003, comm. n° 63, note F.-G. Trébulle; JCP E 2003, 627, n° 1, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker; D. 2002, p. 2807, obs. A. Liénhard; D. 2004, som. p. 267, obs. J.-C. Hallouin;

Rev. sociétés 2003, p. 119, note F. Barbieri; RJDA 1/03, n° 56. - Cass. com., 1^{er} avr. 2003 : Bull. Joly 2003, § 176, p. 827, note P. Scholer; D. sociétés 2003, comm. n° 205, note F.-G. Trébulle; RJDA 7/03, n° 721.

19. Cass. com., 18 mai 2005 : Bull. Joly 2005, § 299, p. 1377.

20. Ils pourraient néanmoins, dans une société pluripersonnelle, prévoir une autre majorité que celle visée par le décret de 1978.

21. Note J. M. sous Cass. com., 31 mai 2005 : Dr. Sociétés 2005, n° 161. Sur le caractère conditionnel de la reprise, V. J. Bonnard, Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation, RTD com., 1992, p. 254.

est fondée sur le décret de 1978, et ce que la société comporte un ou plusieurs associés. Enfin, si la loi exige une décision sociale pour protéger les associés, le risque d'arbitraire dénoncé²² existe aussi dans une société pluripersonnelle lorsqu'un associé détient, seul ou avec d'autres, la majorité requise.

2. Le formalisme de la reprise volontaire est rigoureux puisqu'un "oubli" de la part de l'associé unique est lourd de conséquences pour les différents protagonistes.

En premier lieu, il frappe durement le signataire de l'acte – l'associé et/ou le gérant non associé – puisque selon l'article L. 210-6 du Code de commerce "*les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation, avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale, sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits*" (V. C. civ., art. 1843). L'associé unique aura donc intérêt à ce que les conditions d'une reprise automatique du fait de l'immatriculation soient remplies. À cet égard, si l'acte a été passé avant la signature des statuts, il suffira qu'il figure sur un état annexé aux statuts (D. 3 juill. 1978, art. 6; D. 23 mars 1967, art. 26). Si tel n'a pas été le cas ou si l'acte a été conclu entre

la signature des statuts et l'immatriculation, une reprise automatique fondée sur un mandat d'agir pour le compte de la société en formation est-elle possible? Dans le cas du mandat donné au gérant non associé, la reprise automatique ne fera aucune difficulté. Il n'en ira pas de même si l'associé unique est gérant, en raison de l'impossibilité de se donner mandat à soi-même²³. Le caractère unipersonnel exprime ici encore son particularisme²⁴.

En second lieu, si cette situation est source d'insécurité pour la caution puisque son sort est entre les mains de l'associé unique, elle doit être relativisée. En effet, cette incertitude existe également lorsque la société est pluripersonnelle. De plus, le signataire, associé unique, aura intérêt à ce que la société reprenne l'acte afin d'être personnellement déchargé. Par ailleurs, la caution pourra toujours tenter de démontrer le caractère frauduleux du défaut de reprise.

Enfin, le tiers contractant, en particulier la banque, aura pour sa part toujours un débiteur principal, à savoir en cas de reprise, la société, ou, à défaut, le signataire. Bien plus, la banque n'aura pas toujours intérêt à la reprise si, comme en l'espèce, la société est en "faillite"²⁵. Mais il reste que les cautions seront peut-être plus réticentes à l'avenir. ■

I.R.

22. Notes H. Lécuyer et J.-M. sous Cass. com., 31 mai 2005, préc.

23. P. Serlooten, *Entreprise unipersonnelle à responsabilité (EURL)*, Rép. Sociétés, Dalloz, 2001, n° 57; Obs. A. Lienhard, sous Cass. com., 31 mai 2005, préc.

24. L'on perçoit tout l'intérêt d'admettre la validité de la reprise volontaire, sous peine de compromettre la constitution des EURL lorsque le gérant est l'associé unique.

25. La banque bénéficie néanmoins de l'action en comblement de passif et de l'obligation aux dettes de l'article L. 652-1 du Code de commerce.

AVIS AUX LECTEURS Les articles publiés par la revue Banque & Droit n'expriment que le point de vue de leurs auteurs respectifs.

Le contenu de ces articles n'engage pas la revue Banque ou la FBF qui n'entendent pas prendre position à leur égard.

COMITÉ DE RÉDACTION : **Thierry Bonneau**, Université Panthéon Assas (Paris II); **Gérard Gardella**, Société Générale; **Jean-Louis Guillot**, BNP Paribas; **Nicolas Molfessis**, Université Panthéon Assas (Paris II); **Hubert de Vauplane**, BNP Paribas.

BANQUE & DROIT *Une publication de la Revue Banque – 18 rue La Fayette, 75009 Paris.*

■ Fondateur : François de Juvigny. ■ Adresse Internet : www.revue-banque.fr – Fax : 01 48 24 12 97.

■ **DIRECTEUR DE LA PUBLICATION** Olivier Robert de Massy.

■ **SECRÉTAIRE GÉNÉRAL** Joël Berger. ■ **RÉDACTION** Rédacteur en chef : Elisabeth Coulomb.

Secrétariat de rédaction : 1^{er} secrétaire de rédaction : Charlotte Poupon (01 48 00 54 16) ; Christine Hauvette (01 48 00 54 10).

■ **MAQUETTE** 1^{er} maquettiste : Emmanuel Gonzalez, Alexandra Démétriadis.

■ **COMITÉ DE LECTURE** MM. Thierry Bonneau, Alain Cerles, Gérard Gardella, Jean-Louis Guillot, Jean-Pierre Mattout, Michel Storck, Gérard Wissing.

■ **ABONNEMENTS** ABOCOM, 26 boulevard Paul Vaillant-Couturier 94851 Ivry-sur-Seine Cedex

Tél. : 01 49 60 06 61, Fax : 01 49 60 10 55, e-mail : revuebanque@abocom.fr

■ **ASSISTANTE ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE** Virginie Baillard (01 48 00 54 54).

■ **PUBLICITÉ GÉNÉRALE** Isabelle Conroux (01 48 00 54 20)

CPPAP – N° 0609 T 84972, Imprimé à Pulnoy (54) par SPEI, Dépôt légal 1^{er} trimestre 2006.

La reproduction totale ou partielle des articles publiés dans Banque & Droit, sans accord écrit de la Société Revue Banque Sarl, est interdite conformément à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.