

Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur



QUENTIN URBAN
Maître de conférences



ISABELLE RIASSETTO
Maître de conférences



Faculté de droit de Strasbourg

Société. Démission du dirigeant. Possibilité de rétractation (non). Effets à l'égard de la société et des tiers.

Cass. com., 22 févr. 2005, n° de pourvoi : 03-12902 ;
D. Aff 2005, p. 716, note A. Lienhard.

La démission d'un dirigeant de société, qui constitue un acte juridique unilatéral, produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société.

Le Code de commerce ne contient aucune condition de fond ni de forme portant sur la démission d'un dirigeant de société. Un dirigeant, associé ou non, statutaire ou non, peut démissionner comme tout mandataire : la démission doit être réfléchie et consciente, sans intervenir de mauvaise foi ni à contretemps. Les statuts déterminent le plus souvent les modalités d'exercice du droit de démissionner reconnu au dirigeant, et fixent généralement un délai de préavis minimum.

À partir de quelle date une démission présentée par le dirigeant devient-elle effective et définitive, tant à l'égard du dirigeant, de la société, des associés, que des tiers ?

Un arrêt de la chambre commerciale du 22 février 2005 précise très clairement les principes applicables : « Sauf stipulation contraire des statuts, la démission d'un dirigeant de société, qui constitue un acte juridique unilaté-

ral, produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société ; qu'elle ne nécessite aucune acceptation de la part de celle-ci et ne peut faire l'objet d'aucune rétractation, son auteur pouvant seulement en contester la validité en démontrant que sa volonté n'a pas été libre et éclairée »

Cet arrêt reprend l'analyse faite par les juges du fond¹ et par la doctrine² et confine un précédent arrêt de la cour de cassation au rang des décisions d'espèce³.

La solution ainsi retenue est sans incidence sur la situation des tiers : à leur égard, l'opposabilité de la démission est subordonnée au respect des mesures de publicité⁴, à l'initiative le cas échéant du gérant démissionnaire⁵. Toutefois, aux termes de l'article 66 du décret du 30 mai 1984, il n'est pas permis aux tiers qui avaient personnellement connaissance d'actes non déposés régulièrement au registre du commerce mais ayant fait l'objet d'une autre publicité légale de se prévaloir de l'inopposabilité : un établissement financier ne peut se prévaloir de l'absence de publication de la démission du gérant d'une SARL dès lors qu'il reconnaît en avoir eu connaissance dans un journal d'annonces légales ; cette connaissance de la démission décharge le gérant qui, s'étant porté caution de la société vis-à-vis de l'établissement financier pour une durée limitée à ses fonctions, n'est pas concerné par les dettes sociales postérieures à la cessation de ses fonctions⁶.

1 CA Paris, 5 nov. 1999, Bull. Joly 2000, p. 176, note J.-M. Bahans ; Dr. sociétés 2000, n° 161, note D. Vidal – CA Paris, 25^e ch. A, 6 janv. 1983 ; Dr. soc. 1983, n° 95.

2 V. Mémento Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, 2004, n° 5324.

3 Cass. com., 13 janv. 1969 : Bull. Joly 1969, p. 103 ; D. 1969, p. 393, note Dalsace ; Bull. civ. IV, p. 12 ; Rev. sociétés 1969, p. 262 : la démission donnée par le gérant statutaire associé au cours d'une assemblée générale extraordinaire ne présente pas un caractère définitif et peut être valablement rétractée dès lors que l'absence de vote de l'assemblée générale impliquait qu'un délai de réflexion avait été accordé à l'intéressé et que ce délai n'était pas expiré lors de la rétractation.

4 Publicité par annonce légale (D., 23 mars 1967, art. 287), dépôt au greffe de deux exemplaires de la décision constatant le changement intervenu, inscription au registre du commerce et des sociétés (D., 30 mai 1984, art. 27) et insertion au BODAC ; si la démission d'un gérant a été régulièrement publiée dans un journal d'annonces légales, la radiation de l'inscription du gérant démissionnaire au RCS ne pourra intervenir qu'après désignation de son remplaçant ou, à défaut d'accord entre les associés, après la nomination d'un administrateur provisoire : en effet, une société ne peut demeurer immatriculée sans indication de ses dirigeants : CA Paris, 1^{er} ch. D, 22 nov. 1996 ; Dr. sociétés 1997, comm. 14, obs. Vidal.

5 Cass. com., 11 oct. 1971 : Bull. Civ. IV, n° 235 p. 219.

6 CA Bordeaux, 24 mars 1993, JCP 1993, G, IV, 1771.

Absorption d'une SA par une SAS. Vote des actionnaires. Unanimité (non). Transformation de la SA (non).

CA Versailles, 12^e ch. sect. 2, 27 janv. 2005, RG n° 03/04697 ;
D. Aff 2005, p. 716, note A. Lienhard.

Une fusion-absorption d'une société anonyme par une société par actions simplifiée peut être décidée à la majorité des actionnaires de la société absorbée, l'article L. 227-3 du Code de commerce n'imposant une décision prise à l'unanimité que pour la transformation d'une SA en SAS.

L'absorption par une SAS d'une société d'une autre forme exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ? En l'absence de disposition légale particulière, deux solutions peuvent être envisagées par application de principes généraux du droit des sociétés.

Certains auteurs considèrent que l'exigence de l'unanimité des actionnaires pour toute transformation d'une société en SAS⁷ est l'expression d'un principe plus général, selon lequel une personne ne peut devenir actionnaire d'une SAS sans y avoir expressément consenti : l'unanimité devrait dès lors être requise pour le passage d'une SA en SAS par une fusion-absorption. La protection des associés est en effet moindre dans la SAS que dans les autres formes de sociétés par actions, dans la mesure où une liberté contractuelle plus étendue permet d'introduire des clauses restrictives des droits de chacun des associés⁸.

D'autres auteurs considèrent qu'à défaut de disposition législative expresse, la fusion-absorption d'une SA par une SAS peut être décidée par les associés des sociétés concernées dans les conditions requises pour la modification de leurs statuts respectifs, sous réserve que l'opération projetée n'ait pas pour effet d'augmenter les engagements des actionnaires auquel cas l'unanimité serait requise⁹. Cette analyse introduit un facteur d'incertitude redoutable : comment apprécier si le passage en SAS est constitutif d'une augmentation des engagements d'un associé au sens des articles L. 236-2 et 236-5 du Code de commerce ? Un examen des statuts de la SAS absorbante s'imposerait pour rechercher si l'absorption par la SAS a pour effet d'augmenter les engagements des actionnaires par le jeu notamment de clauses d'inaliénabilité des actions ou d'agrément en cas de cession, ou de clauses relatives à la cession forcée ou à une prise de contrôle d'un associé.

Écartant une approche fondée sur la finalité de l'opération et s'en tenant à une application littérale de la loi, la Cour d'appel de Versailles retient la seconde analyse dans un arrêt du 27 janvier 2005 et rejette la demande en annulation de l'opération de fusion-absorption.

« La simple constatation qu'une opération de fusion-absorption d'une société anonyme par une société par actions

simplifiée revient à faire passer les actionnaires d'une société anonyme de type classique à une société par actions simplifiée sans leur consentement n'est pas de nature à rendre applicable les dispositions de l'article L. 227-3 du Code de commerce qui ne visent que la transformation et à rendre exigible, sur le fondement de ce texte, un vote unanime, ajoutant par là au pacte social de l'absorbée une condition supplémentaire que ne prévoit pas le texte... ; encourt la nullité la délibération de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée, et par suite la totalité de l'opération de fusion, s'il est établi que cette décision avait pour résultat d'augmenter les engagements des actionnaires, dès lors que le vote n'a pas été recueilli à l'unanimité ».

La cour d'appel procède à un examen des clauses statutaires de la SAS, dont notamment la clause d'agrément, la clause de préemption, la clause relative au pouvoir de conclusion de conventions par le seul dirigeant, pour en conclure qu'il n'en résulte pas une augmentation des engagements des actionnaires de la société absorbée. Les juges relèvent qu'il n'y avait pas de clauses d'exclusion stipulée dans les statuts. Il convient de préciser qu'en 1^{re} instance, le tribunal de commerce de Nanterre¹⁰ avait également refusé d'assimiler la fusion-absorption à une transformation de la société, écartant ainsi l'exigence de l'unanimité, mais avait relevé que les clauses d'agrément et de préemption stipulées dans les statuts de la SAS constituaient une augmentation des engagements des actionnaires de la société absorbée, pour en déduire que ces deux clauses sont nulles à l'égard de ces actionnaires !

Une intervention du législateur ou de la Cour de cassation est souhaitable car ce « vide législatif » est source d'incertitude pour les associés et pour les partenaires de ces sociétés : dans cette attente, il n'est pas raisonnable de prendre le risque de réaliser une fusion-absorption sans l'accord de l'unanimité des associés, sous peine de voir cette opération annulée, après examen par les juges de la portée de toutes les clauses statutaires introduites dans la SAS.

M. S.

⁷ C. com. art. L. 227-3.

⁸ A. Charvériat et A. Couret, *Société par actions simplifiée*, Dossier pratique F. Lefebvre, n° 1344 ; J.-P. Bouère, in *La société par actions simplifiée*, ouvrage collectif ss dir. A. Couret et P. Le Cannu : GLN Joly 1994, p. 85, n° 162 ; v. aussi, B. Mercadal, P. Janin, A. Charvériat et A. Couret, *Mémento Lefebvre Sociétés commerciales* 2005, n° 16060 ; J. Mestre et D. Velardocchio, *Lamy Sociétés commerciales* 2004, n° 4036.

⁹ C. Gavoty et P. Ullman, *L'absorption par une société par actions sim-*

plifiée exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ? : Bull. Joly 2001, p. 831, § 177 ; V. également P. Le Cannu : *Joly Sociétés*, V° SAS. Société par actions simplifiée, déc. 2003, n° 162 ; J.-J. Uetwiller, *L'absorption d'une SA par une SAS est-elle une transformation ?*, Gaz. Pal. 19-20 janv. 2005.

¹⁰ Trib. Com. Nanterre 18 mars 2003, Gaz. Pal. 19-20 janv. 2005, note J.-J. Uetwiller.

Responsabilité civile d'une personne morale pour procédures abusives. Article 1382 du Code civil. Action en responsabilité d'un tiers, victime. Responsabilité civile personnelle et solidaire des administrateurs de deux associations (non). Condition : existence d'une faute détachable des fonctions (non).

Cour de cass, 2^e chambre civile, 7 octobre 2004, cet arrêt a déjà été commenté dans des revues : *Bulletin Joly, sociétés*, janvier 2005, p. 101, § 14 note J.-F. Barbiéri ; *D.* 2004, p. 2792 ; *BRDA*, 2004/22, p. 4, n° 7.

Deux associations, ayant pour objet la protection de l'environnement, avaient multiplié les procédures contentieuses pour empêcher une société de faire réaliser des travaux de construction sur un terrain dont cette dernière était propriétaire. Les deux associations ont été condamnées pour procédures abusives à verser des dommages et intérêts à la société. Pourtant la société n'était pas satisfaite totalement des décisions rendues par les juridictions du fond. Un des chefs du pourvoi formé devant la Cour de cassation par la société était relatif à sa demande en condamnation solidaire des administrateurs dirigeants des associations sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Les magistrats de la Cour de cassation ont rejeté le pourvoi en considérant que la responsabilité personnelle des administrateurs d'une association n'est engagée que s'ils ont commis une faute détachable de leurs fonctions. Or, les conseillers de la cour d'appel n'avaient relevé aucune faute personnelle précise des administrateurs, qui avaient agi dans le cadre des statuts des associations. L'arrêt de rejet confirme la conclusion de l'arrêt d'appel : « *Les dirigeants n'étaient pas responsables personnellement envers la société* ».

Faut-il sanctionner les dirigeants qui ont commis des fautes de gestion ? Il y a là une interrogation simple, mais dont la réponse est incertaine. A priori et en principe, en droit commun, une faute ayant causé un préjudice à autrui appelle réparation, selon l'article 1382 du Code civil. Mais, à vouloir sanctionner systématiquement les dirigeants de sociétés ou d'associations, le législateur et le juge risquent de paralyser l'action des personnes morales, et au-delà, c'est le dynamisme économique et social de la société française qui sera menacé. Il faut donc trouver un équilibre fondé sur un compromis, qui témoigne d'une retenue dans la répression. Les termes de ce compromis pourront varier selon que l'éventuel engagement de la responsabilité du dirigeant sera évalué en droit fiscal, pénal ou civil. En effet, ces droits ne poursuivent pas les mêmes objectifs lorsqu'il s'agit de sanctionner des dirigeants. Aujourd'hui, en matière de responsabilité civile, la Cour de cassation considère que l'action fautive du diri-

geant appelle une sanction dans les cas les plus graves, lorsque la faute est détachable de ses fonctions. Ainsi, la faute est caractérisée dans ces termes lorsque le dirigeant s'est exclusivement préoccupé de son intérêt personnel, a agi par vengeance ou dans l'intention de nuire. Dans l'espèce commentée, il s'agissait de qualifier l'acharnement des dirigeants de deux associations ayant pour objet la protection de l'environnement à s'opposer à la construction d'un immeuble par la multiplication des recours administratifs et contentieux. Les juges du fond ont estimé que l'action des administrateurs engageait la responsabilité civile des deux associations à l'égard du tiers, mais pas leur responsabilité personnelle. Il n'y avait pas de faute détachable commise par les dirigeants. La société, victime de procédures abusives a été déboutée. Cet échec n'est pas isolé : rares sont les tiers, victimes des fautes de gestion d'associations ou de sociétés, qui réussissent à engager la responsabilité civile de leurs auteurs, en démontrant une faute du dirigeant détachable des fonctions (1). Lorsque ces actions sont accueillies les réparations des préjudices sont souvent minimes (2).

1. La faute détachable des fonctions, une condition, source d'impunité.

Le dirigeant est celui qui agit à l'égard des tiers comme le mandataire social de la personne morale. En conséquence, lorsqu'un tiers est victime des agissements fautifs d'une personne physique agissant en qualité de représentant d'une personne morale, il est logique de considérer que celui qui doit être tenu en premier de réparer, c'est la personne morale. C'est ce raisonnement qui sert de fondement à la jurisprudence. Selon la Cour de cassation, une personne morale « *répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes et en doit réparation à la victime sans que celle-ci soit obligée de mettre en cause, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5, du Code civil, lesdits organes pris comme préposés* »¹¹. En conséquence, par application de cette jurisprudence, les fautes des dirigeants – dénigrement des sociétés concurrentes, concurrence déloyale, violation de contrats passés – sont considérées comme des fautes de la personne morale. Ce report a bien sûr pour effet de désigner la personne morale comme responsable et de l'obliger à réparer le préjudice. Depuis quelques années, le report est devenu quasi-automatique. En effet, la jurisprudence a érigé un véritable rempart juridique au bénéfice des dirigeants. Elle a construit cette protection en considérant qu'une catégorie très réduite de fautes pouvait engager simultanément la responsabilité d'une personne morale et la responsabilité de ses dirigeants à l'égard des tiers. Les premières décisions protectrices évoquent « *une faute extérieure à la conclusion ou l'exécution du contrat litigieux* »¹², comme seule susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant. À l'amorce de cette jurisprudence, la responsabilité personnelle du dirigeant ne semblait pouvoir être engagée que si la faute était contractuelle. Plus récemment, la Cour de cassation n'a pas exclu que le dirigeant engage sa responsabilité personnelle, alors que la société était susceptible de voir engagée sa responsabilité

11 Cass. civ. 2^e, 22^e févr. 1984, D.1985, 19, note E. Agostini ; Cass. civ., 2^e, 12 juil.1967 ; RTD civ. 1968, 149, obs. G. Durry.

12 Cass. civ., 1^{er} civ., 31 mai 1978, Bull. I, n° 213, Cass. com. 8 mars 1982

Rev. des sociétés 1983, p. 573, note Y. Guyon ; Cas. com. 4 oct. 1988, Rev. soc. 1989, 213, note Viandier ; RTD civ. 1989, 86, obs. P. Jourdain.

délictuelle ou quasi délictuelle¹³. En application de cette jurisprudence, les dirigeants bénéficient d'une quasi-impunité à l'égard des tiers victimes de leurs agissements à la tête d'une personne morale. La Cour de cassation a refusé de voir une faute détachable de ses fonctions susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard d'un tiers, le fait pour un gérant de SARL d'avoir fait disparaître du pétrole livré, sous prétexte qu'il était non conforme, interdisant ainsi au livreur, qui n'avait pas été payé, de récupérer la marchandise¹⁴. L'impunité relative dont bénéficient les dirigeants à l'égard des tiers se trouve confirmée par un arrêt qui écarte la responsabilité d'un dirigeant qui avait signé un acte de cautionnement alors qu'il n'était pas autorisé à le faire. Cette exclusion est, dans cette espèce, redoutable de conséquence puisqu'en vertu de la législation sur le cautionnement des dirigeants dans les SA (aujourd'hui codifiée sous l'art. L. 225-35 du Code de commerce) et de ses applications jurisprudentielles, un cautionnement, consenti sans autorisation, est inopposable à la société¹⁵. Le bénéficiaire du cautionnement n'avait aucun recours, sauf à imaginer que la responsabilité de la société eut été engagée sur le terrain délictuel¹⁶! Ce n'était pas le cas dans l'espèce rapportée, car les deux associations de protection de la nature avaient été condamnées pour avoir engagé des procédures et pris des initiatives manifestant leur refus de s'incliner devant une décision de justice, devenue définitive. Mais, pourquoi avoir écarté une éventuelle responsabilité des dirigeants des deux associations? N'avaient-ils pas manifesté par leur acharnement contentieux une animosité personnelle condamnable? En soulignant l'importance de l'élément intentionnel, la critique doctrinale a eu une influence sur les magistrats de la Cour de cassation qui ont précisé que la faute séparable était celle « *d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions et commise intentionnellement* »¹⁷. On perçoit que l'élément intentionnel pourrait être un des critères efficace à multiplier les comportements susceptibles d'être sanctionnés¹⁸. Mais, l'évolution devra être prudente car il ne faut pas, par des règles trop répressives, freiner l'initiative des dirigeants! Ce risque est d'autant plus grand que planent de nombreuses incertitudes sur l'importance des réparations incombant aux dirigeants reconnus responsables.

2. Une réparation à l'étendue incertaine

Les condamnations de dirigeants sociaux à réparer le préjudice causé par leur faute personnelle à des tiers sont isolées¹⁹. Il est donc difficile de rendre compte des techniques spécifiques d'évaluation du préjudice et de fixation du montant de la réparation. Cela est d'autant plus difficile que l'institution d'une responsabilité civile des dirigeants n'a pas pour objectif exclusif d'organiser la réparation d'un dommage. Elle vise aussi à fixer des normes

comportementales. En instaurant une obligation de réparer le dommage en cas de faute détachable, le juge va définir en creux des conduites à tenir, un modèle de dirigeant prudent et diligent, soucieux de servir les intérêts de la personne morale, en respectant toutefois les tiers²⁰. Plus les règles de calcul du montant de la réparation seront contraignantes pour le dirigeant, plus le dirigeant sera incité à adopter des conduites raisonnables. Il faut donc à la fois indemniser et inciter. En apparence, le principe de réparation intégrale de droit commun paraît adapté aux deux objectifs poursuivis. En obligeant le dirigeant à verser des indemnités destinées à réparer l'intégralité du préjudice, le juge a à sa disposition un principe équitable de réparation et un puissant incitateur au respect des normes par le dirigeant. Mais, la mise en œuvre de ce principe se heurte à trois difficultés, au moins. Tout d'abord, si certains préjudices peuvent être précisément évalués, d'autres le sont moins aisément. Lorsqu'un dirigeant cède en toute connaissance de cause deux fois une même créance, la perte subie par le second cessionnaire pourra être considérée comme le montant de la réparation intégrale²¹. En revanche, il sera plus difficile de déterminer le montant des dommages et intérêts à verser lorsque la faute du dirigeant vient s'enchevêtrer dans un faisceau de causes qui a abouti à des pertes financières pour le tiers, victime. Comment isoler le préjudice subi en raison de la faute du dirigeant des autres préjudices causés par d'autres événements ou comportements? La difficulté à isoler le préjudice résultant directement du dirigeant est probablement aussi grande lorsque le juge est en présence d'un cumul de responsabilités. Non seulement le dirigeant, mais aussi la personne morale doivent réparation à un tiers. La question était posée dans l'arrêt commenté du 7 octobre 2004. Fallait-il, comme le soutenait la société victime des procédures contentieuses abusives dans son pourvoi devant la Cour de cassation, condamner solidairement les dirigeants en réparation de l'entier préjudice alors que les deux associations avaient été jugées responsables? L'arrêt rendu ne donne pas la réponse puisqu'il considère que la faute des administrateurs n'était pas détachable. Un cumul de responsabilités suppose en effet au préalable deux fautes. Il aurait fallu ici relever une faute imputable à la personne morale et une faute « détachable » des dirigeants. La troisième difficulté pour la mise en œuvre du principe de réparation intégrale réside dans les effets pervers d'une sanction rigoureuse. À trop vouloir le menacer de sanctions fortes, le dirigeant risque de s'abstenir de prendre des initiatives audacieuses parfois nécessaires à la prospérité ou aux objectifs poursuivis par la personne morale. Ne faudrait-il pas plutôt recourir à une politique de modération judiciaire des dommages et intérêts en étendant l'utilisation de l'article 1150 du Code

13 Cass. com. 4 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 211; Re. soc. 1992, 55, note Y. Chartier; Deffrénois 1992, 915, obs. J. Honorat.

14 Cass. com. 27 janv. 1998, Bull. IV, n° 48, p. 38.

15 Cass. com. 20 oct. 1998, JCP E, 1998, 2025, note A. Couret; Bull. Joly, 1999, n° 11, obs. J.-F. Barbiéri.

16 V. suggestion de R. Vatinet in *La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux devant les juridictions civiles*, Rev. soc. avr.-juin 2003, p. 230.

17 Cass. com. 20 mai 2003, Bull. Joly Sociétés, 2003, p. 786, § 167 note Le Nabasque.

18 P. Le Cannu propose de tenir compte de la conscience du dirigeant de causer un dommage à un tiers par son acte, v. P. Le Cannu *Droit des*

sociétés, Montchrestien, 2^e éd. 2003, § 477.

19 Pour quelques exemples de décisions rendues par les juges du fond, v. D. Vidal, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Cah. dr. de l'entr., JCP ed. E, 2001, n° 3, p. 17; Cass. civ., 1^{er} civ., 6 oct. 1998, n° 95-12519. Pour certains, la faute personnelle du dirigeant détachable des fonctions serait « introuvable »: D. Ohl, note sous Com. 28 avr. 1998, JCP, 1998, II, 10177, p. 1921.

20 Ph. Didier, *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Rev. soc. avr.-juin 2003, p. 238.

21 V. Cass. com. 20 mai 2003, Bull. Joly Sociétés, 2003, p. 786, § 167 note Le Nabasque.

civil, en principe limité aux dommages nés de l'inexécution contractuelle, permettant de les limiter aux dommages prévisibles²²? Il se trouverait ainsi confirmé que l'appréciation du juge est bien au centre du dispositif de sanction des dirigeants fautifs.

Q. U.

Société civile. Contribution aux pertes. Compte courant d'associés. Augmentation des engagements (non).

Cass. com., 9 juin 2004, n° 01-12887 (n° 916 F-P + B),
SCI Rue du Surmelin: Bull. Joly 2004, § 17, p. 119, note A. Couret;
RJDA 10/04, n° 1123; JCP E 2004, p. 1275.

L'article 1836 du Code civil ne règle que les conditions auxquelles doivent satisfaire les décisions modificatrices des statuts, mais non celles relatives aux décisions prises conformément à ceux-ci.

En conséquence doit être cassé l'arrêt qui, sur le fondement de ce texte, a rejeté la demande de la société en remboursement du solde débiteur d'un compte courant d'associé, alors qu'aux termes des statuts le bénéfice de l'exercice est intégralement acquis par les associés à la date de la clôture de l'exercice et réparti entre eux proportionnellement au nombre de leurs parts sociales, sous forme d'inscription en compte courant et que les pertes, s'il en existe, sont supportées également immédiatement et intégralement et réparties entre les associés.

Ne heurte pas le principe d'intangibilité des engagements des associés, la décision prise à la majorité d'affecter des pertes sur les comptes courants d'associés en application d'une clause statutaire et la réclamation subséquente de remboursement du solde d'un compte courant d'associé devenu débiteur. Tel est l'enseignement qui s'évince d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 juin 2004.

L'affaire mettait en scène une SCI dont les statuts prévoyaient que « le bénéfice de l'exercice est intégralement acquis par les associés à la date de la clôture de l'exercice et réparti entre eux proportionnellement au nombre de leurs parts sociales, sous forme d'inscription en compte courant et que les pertes, s'il en existe, sont supportées également immédiatement et intégralement et sont réparties entre les associés ». En application de cette stipulation, des reports à nouveau et des résultats déficitaires avaient été affectés aux comptes courants d'associés. Par la suite, la société a assigné l'un des associés en paiement d'une somme correspondant au solde débiteur de son compte courant. Pour rejeter la demande de la SCI, la Cour d'appel (Versailles, 10 mai 2001) a retenu que les statuts de la société, qui se bornaient à prévoir le mode de répartition des bénéfices ou des pertes par affectation aux comptes courants d'associés, n'impliquent pas l'exigibilité immédiate de ces comptes courants devenus déficitaires par le seul effet de cette affectation et qu'admettre une autre solution conduirait à méconnaître la portée de l'article 1836 alinéa 2 du Code

civil qui n'autorise pas l'augmentation des engagements d'un associé sans son accord. Cet arrêt est cassé par la chambre commerciale de la Cour de cassation au visa des articles 1134 et 1836 du Code civil au motif que « l'article 1836 du Code civil ne règle que les conditions auxquelles doivent satisfaire les décisions modificatrices des statuts, mais non celles relatives aux décisions prises conformément à ceux-ci ». Or, en l'espèce, les statuts prévoyaient l'affectation des résultats et la décision en cause n'était pas une décision de modification de ces statuts. Aussi, ni la décision d'affecter des pertes en compte courant d'associés, ni a fortiori la demande subséquente de remboursement immédiat du solde débiteur d'un compte courant d'associés ne pouvaient constituer une augmentation d'un engagement d'un associé contre sa volonté.

1. Sur la contribution aux pertes, la solution est logique et s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1836 alinéa 2 du Code civil²³. Plus intéressantes sont les circonstances de l'application de cette règle. Dans la présente affaire, les statuts prévoyaient que les pertes, s'il en existe, sont supportées immédiatement et intégralement et sont réparties entre les associés. Mais ils n'envisageaient pas explicitement l'affectation de ces pertes en compte courant alors que cela était prévu pour les bénéfices. Fallait-il en conséquence respecter les conditions relatives aux décisions modificatrices des statuts pour pouvoir procéder à cette affectation en compte? La cour d'appel en avait décidé ainsi. Censurant cette dernière pour n'avoir pas respecté les dispositions claires et précises des statuts, la Haute juridiction répond par la négative. La décision d'affectation en compte était donc bien une décision prise en exécution des statuts et pouvait être valablement adoptée à la majorité simple. L'explication réside dans le fait que la seule inscription de la perte au débit des différents comptes courants d'associés équivalent à un paiement, suffit à satisfaire à l'obligation statutaire de contribution immédiate.

2. Il demeure que financièrement la société n'a toujours pas récupéré la trésorerie dont elle a besoin. C'est pourquoi elle procède ensuite à un appel de fonds auprès des associés dont le compte courant accuse un solde débiteur. À cet égard, l'arrêt commenté est intéressant en ce qu'il permet d'illustrer la subtile articulation entre l'obligation de l'associé de contribuer aux pertes en cours de vie sociale et son obligation de répondre à l'appel de fonds destiné au remboursement du solde d'un compte courant d'associé devenu débiteur par suite de l'affectation des pertes. En effet, cette demande de remboursement du solde débiteur ne relève plus de la contribution aux pertes et, partant, des dispositions légales et statutaires y afférentes. Elle trouve son fondement dans l'exécution de la convention de compte courant d'associé unissant la société et ses associés. Ainsi, l'affectation de la somme en compte courant éteint la dette de contribution aux pertes issue du contrat de société, mais donne naissance à une obligation de remboursement née de la convention de

22 G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, LGDJ, 2^e éd., n° 319 à 329.

23 V. F. Rizzo, *Le principe d'intangibilité des engagements des associés*, RTD com. 2000, p. 27. En jurisprudence: Cass. com., 26 avril 1984: Rev.

soc. 1984, p. 411, note J. Mestre; Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1988: Bull. civ., I, n° 313; Rev. soc. 1989, p. 473, note Y. Chartier; Defrénois 1989, p. 553, note J. Honorat.

compte. C'est ce qui explique que l'article 1836 du Code civil ne s'applique pas, car la décision de demander le remboursement du solde débiteur ne constitue pas une décision modificative des statuts ni même d'ailleurs une décision prise en application de ceux-ci – puisqu'ils ne prévoyaient pas d'exigibilité immédiate du solde débiteur du compte courant.

L'on observera toutefois que les deux obligations ne présentent pas toujours un caractère consécutif. D'une part, l'inscription au débit du compte peut ne pas faire apparaître de solde débiteur si le solde créditeur antérieur était suffisant pour absorber les pertes. D'autre part, il faut tenir compte des stipulations de la convention de compte. Une demande de remboursement immédiat et intégral du montant du solde débiteur n'est de droit qu'en l'absence d'autorisation de découvert. À cet égard, l'arrêt commenté est également intéressant en ce qu'il autorise implicitement les sociétés civiles, auxquelles peuvent être assimilées sur ce point les SNC, à laisser apparaître un solde débiteur à leurs comptes courants d'associés et, ce faisant, à consentir un prêt à leurs associés. La solution tranche avec la prohibition faite aux SARL, SA, SCA et SAS n'exploitant pas un

établissement financier²⁴ de consentir des découverts à certains de leurs associés. Mais dans les sociétés à risque illimité, la possibilité de consentir un découvert n'en trouve pas moins ses limites dans le principe de spécialité et la conformité à l'intérêt social. Sur ce dernier point, l'on peut d'ailleurs légitimement s'interroger sur l'opportunité pour une société de consentir un découvert en compte à un moment où précisément elle subit des pertes et fait appel à contribution des associés, sachant que le découvert en question trouve son origine dans l'affectation des pertes.

En définitive, pour un associé indéfiniment responsable, si l'affectation en compte courant peut a priori sembler un moyen indolore de contribuer aux pertes, il ne doit cependant pas se leurrer. Cette affectation n'équivaut pas à obtenir de la société un délai de paiement. En principe, elle est en droit de lui réclamer immédiatement le remboursement du solde débiteur du compte. Pour pallier cet inconvénient, bien lui en prendra donc de négocier une autorisation de découvert en bonne et due forme faisant contreponds aux modalités que la société exigera de lui pour la mise en œuvre de sa demande de restitution du solde créditeur de son compte. I. R. ■

²⁴ C. com., art. L. 223-21, L. 225-43, L. 225-91, L. 226-10 et L. 227-12. La sanction est la nullité de l'acte. Par ailleurs, le fait pour un dirigeant d'accepter des découverts en compte courant est constitutif du

délit pénal d'abus de biens sociaux (Cass. crim. 19 octobre 1978: Rev. sociétés 1979, p. 872, note B. Bouloc).

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. ■ **DIRECTEUR DÉLÉGUÉ** Luc Desbois.

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

Secrétariat de rédaction : 1^{er} secrétaire de rédaction : Marie-Madeleine Martin (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° 0606 T 84972, Imprimé à Pulnoy (54) par SPEI, Dépôt légal 2^e trimestre 2005.

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.