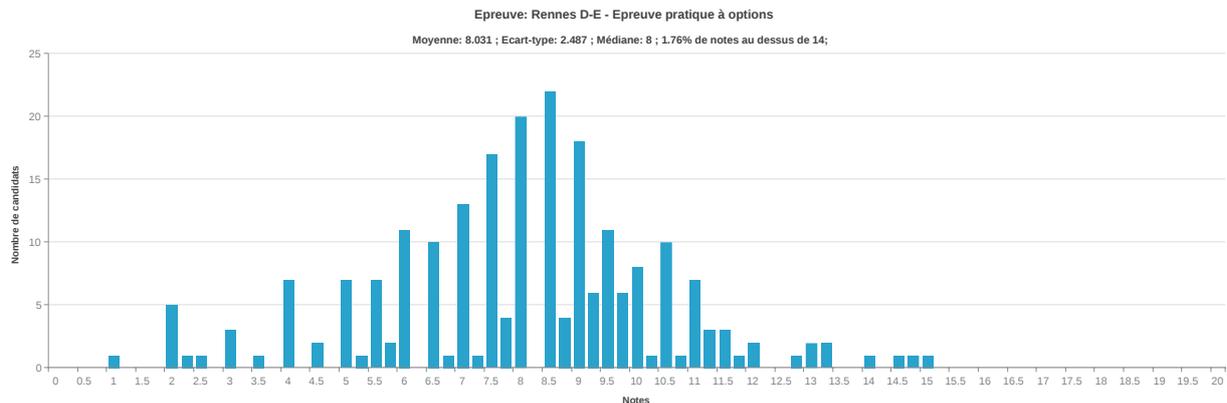


Rapport de jury

Épreuve écrite de droit commercial

I – Statistiques



II – Rapport

1 / Analyse de l'épreuve

Bilan

L'épreuve du concours de droit commercial ne présentait pas, cette année, d'aspérité particulière. Traitant d'un problème classique du droit des sociétés, il invitait à mettre en œuvre un raisonnement éprouvé, fondé sur le régime de reprise des actes.

Le bilan de la correction des copies a d'ailleurs attesté de l'absence de complexité de l'arrêt et, en reflet, de la bonne compréhension de son sens par les candidat•e•s

Il demeure, toutefois, que si l'aspect analytique s'est avéré satisfaisant, il n'en a pas été de même du raisonnement. En règle générale, en effet, celui-ci s'est avéré être d'une certaine pauvreté, la brièveté de la plupart des copies en constituant le signe le plus flagrant. La raison en tient, selon nous, à l'incapacité à transposer les connaissances théoriques dans le monde réel.

Ainsi, dans cet arrêt, un des premiers points d'argumentation pouvait porter sur le caractère ambigu de la société unipersonnelle, qui ne constitue qu'un écran très artificiel entre l'exploitant et les tiers. Cet élément était visiblement bien connu de la plupart des candidats mais pratiquement aucun d'entre eux n'en a tiré parti. Vous constaterez que, dans la proposition de corrigé, ce point *pratique* a pu constituer l'ossature du raisonnement.

Il en va de même de la conception duale de la personnalité morale : réalité/fiction. Voici un pan de connaissance que chaque candidat est censé parfaitement maîtriser mais qui n'a pratiquement pas été utilisé pour expliquer les thèses en présence et leur solution. Or, cela aurait permis de structurer également le raisonnement de façon habile, exacte et élégante.

Conseils aux candidats

Sur la forme, les copies sont d'excellente qualité. Les candidats sont bien préparés et le jury n'a aucune remarque à leur communiquer, sinon exprimer sa satisfaction au regard de la maîtrise formelle de l'exercice.

Sur le fond, il serait cependant souhaitable que les candidat•e•s se livrent à un effort de réflexion : leurs connaissances théoriques sont immédiatement transposables dans la réalité. Iels doivent donc s'attarder à trouver les liens entre lesdites connaissances et le problème pratique traité dans l'arrêt.

2 / Proposition de corrigé

Commentaire d'arrêt de Cass. com. 10 février 2021, n° pourvoi 19-10. 006

Selon MM Marty et Raynaud, il résulte de la définition même de la personnalité juridique, une « aptitude à acquérir et à exercer un droit ou à subir une obligation ». C'est bien de cette aptitude qu'a eu à connaître la Cour de cassation (Cass. com. 10 février 2021 n° pourvoi 19-10. 006) confrontée à des actes conclus par une société en formation.

*

Une EURL en formation (l'EURL) conclut le 18 mai 2015 plusieurs contrats avec la société Coop Atlantique. Elle est désignée dans les actes comme étant une société en formation représentée par son gérant, M. F... Le 26 juin 2015, la société est immatriculée mais se trouve placée en liquidation judiciaire le 6 octobre 2015.

*

La société Coop Atlantique assigne alors M. F... (on ne connaît pas la juridiction saisie mais il s'agit vraisemblablement d'une juridiction civile) estimant qu'il est solidairement responsable des engagements souscrits le 18 mai 2015.

On ne connaît pas la solution des premiers juges mais on sait que c'est la société Coop Atlantique qui interjette appel. La 2^{ème} chambre civile de la Cour d'appel de Poitiers rejette cet appel le 6 novembre 2018. La société Coop Atlantique forme alors un pourvoi en cassation composé d'un moyen unique composé de deux branches.

La chambre commerciale de la Cour de cassation confirmera cependant l'arrêt de la Cour d'appel, rejetant de la sorte le pourvoi.

*

On ignore exactement quelles sont les thèses invoquées en première instance, non plus que celles d'appel, à l'exception toutefois de la prétention de la société Coop Atlantique quant à la solidarité commerciale entre M. F... et l'EURL.

On connaît en revanche, à travers les motifs rapportés dans les deux branches du moyen l'essence du raisonnement du juge d'appel. Il retient, d'une part, que la société étant « en cours d'immatriculation » et que « M. F n'ayant pas agi au nom de la société en formation » ne pouvait être tenu « des obligations résultant des contrats ».

La société Coop Atlantique, dans la première branche de son moyen unique, prétend alors à une violation des articles L 210-6 du code de commerce et 1843 du code civil estimant que, puisque la société était « en cours d'immatriculation », ce qui avait été expressément relevé par la Cour d'appel, M. F. avait agi (nécessairement) au nom de celle-ci. La seconde branche du moyen, qui ne sera pas examinée par le juge du droit, repose sur le grief de dénaturation, à propos d'une interprétation prétendument fautive de la date de signature des statuts.

Se posait ici la question, devant la Cour de cassation, du régime applicables aux actes conclus par une société avant son immatriculation, alors que le futur gérant n'a pas été partie à ces derniers.

La chambre commerciale, quant à elle, en confirmant l'arrêt d'appel, soulignera que puisque les contrats « souscrits par une société non immatriculée sont nuls », M. F. ne pouvait être tenu des obligations résultant des contrats litigieux. Elle n'examinera pas le second moyen du pourvoi, tiré du grief de dénaturation.

*

Cet arrêt confirme, si besoin en était, la jurisprudence constante de la Cour de cassation quant aux actes conclus pendant la période de formation de la société, avec cette particularité que la société en question était unipersonnelle.

*

D'où, la situation topique du fondateur qui n'a conclu aucun acte en son nom mais dont **la responsabilité (I)** se trouve quand même recherchée. La question du régime applicable aux actes de la société en formation se révèle, à ce titre, être particulièrement ambigu avec cette complexité supplémentaire qu'il a été conçu pour des sociétés pluripersonnelle et non pour les **sociétés unipersonnelles (II)**.

I / La responsabilité du fondateur, non signataire des actes

Le droit commun des sociétés a dû faire émerger des solutions originales (A) afin de permettre de contourner, par l'intermédiaire d'un fondateur, l'obstacle que constitue l'absence de personnalité juridique de la personne morale (B) non encore constituée.

A / La « solidarité » du fondateur invoquée pour les actes passés

Afin de **comprendre** la complexité du mécanisme de reprise des actes, il convient de reprendre la trame chronologique qui émaillent la constitution d'une société. A l'origine, ce sont des personnes physiques qui préexistent et agissent pour la constituer. Un certain nombre d'actes sont ainsi envisageables : trouver des investisseurs, des locaux etc. et il est souvent nécessaire que ces actes soient préalables à l'immatriculation (voire concomitants). Par ailleurs, ce sont des personnes physiques qui vont réaliser les formalités juridiques, d'abord, pour dresser les statuts, les soumettre ensuite à signature des associés pour, enfin, donner forme au groupement par l'immatriculation entraînant dès lors attribution de la personnalité morale (article 1842 du code civil).

Le régime de responsabilité suit cette chronologie, avec des aménagements propres à protéger les droits des tiers. L'article L. 210.6 al. 2 du code de commerce, aussi bien que l'article 1843 du code civil établissent, à ce titre, que « *les personnes ayant agi au nom d'une société en formation sont tenus solidairement et indéfiniment* » des actes passés. Toutefois, ils ne le seront plus lorsque « *la société régulièrement immatriculée* » aura repris les engagements souscrits.

En l'espèce, le gérant était poursuivi sur le fondement de cette « solidarité » entre les associés fondateurs, illusoire dans l'affaire soumise puisque, par définition, l'EURL n'a qu'un unique associé. On peut toutefois s'interroger sur cette *solidarité* avancée : l'auteur du pourvoi n'entendait-il pas invoquer une solidarité entre le gérant et l'EURL et non entre associés ? La rédaction de l'arrêt ne nous permettra pas d'éclairer ce point.

Reste que le régime de droit des sociétés permet, comme l'article L 210.6 al. 2 précité l'indique, une **reprise des actes** par la personne morale. Nous n'aurons toutefois pas à l'évoquer – tout le moins à ce stade - puisqu'à l'évidence, les actes n'ont pas été repris dans cette affaire, ayant été dès l'origine, passé par la société en formation et non par un associé.

B / La qualité du signataire en question

En effet c'est, ici, **l'indication du signataire** qui intéressait les parties au litige. A ce propos, la jurisprudence nous indique que ne sont repris que les actes juridiques réalisées pour le compte de la société (Cass. com., 3 déc. 1991) : l'associé doit donc indiquer qu'il agit, lorsqu'il signe, non pour son compte personnel, mais pour le compte de la société. Cette formulation jurisprudentielle est ainsi plus satisfaisante que la rédaction sibylline du Code de commerce qui se contente de l'indication « au nom » de.... Force donc est de constater qu'à aucun moment, dans l'arrêt commenté, le futur gérant n'a agi *es qualité*, pour le compte de la société : c'est la société qui a « signé » alors qu'elle n'existait pas encore.

C'est là où la **sanction** intervient. En effet, si le droit des sociétés semble faire des circonvolutions autour de ce régime de reprise des actes, c'est parce que, lorsque la société est en cours d'immatriculation, elle n'a pas d'existence juridique. La personnalité juridique, en effet, ne peut naître qu'à l'occasion de l'immatriculation, en application des textes qui privilégient la théorie de la fiction pour expliquer l'existence des personnes morales. (articles L 210-6 du code de commerce et 1843 du code civil invoqués dans la première branche du moyen).

Ainsi, en l'espèce, la société étant en cours d'immatriculation, elle n'existait pas encore et en application de la jurisprudence constante de la Cour de cassation (Cass. com. 7 juin 2016, par exemple) les actes ayant été passés en son nom étaient frappés de nullité absolue. D'ajouter que le juge commercial refuse même, dans cette situation, que l'irrégularité soit couverte ultérieurement par une régularisation (Cass. com 21 février 2012).

Ainsi, pouvons-nous affirmer que **l'argument sur la dénaturation** maladroitement avancé par la société Coop Atlantique (seconde branche du moyen), selon lequel les statuts avaient été signés avant la conclusion des contrats (en interprétant les ratures manuscrites sur l'acte), n'a aucune signification en droit. La signature des statuts, en effet, constitue uniquement la preuve que les associés ont déterminé un accord pour immatriculer la société et non que cette dernière est déjà immatriculée. Cette signature ne confère donc en aucun cas la personnalité morale.

II / Les ambiguïtés du régime de la société unipersonnelle en formation

Si le raisonnement du juge du droit est incontestable dans l'espèce examinée, le régime de la société en formation n'en est pas moins peu satisfaisant (A). La complexité de la jurisprudence en atteste, d'autant que la question de savoir pour qui le fondateur conclut des actes prend un relief singulier dans les sociétés unipersonnelles (B).

A / Les actes fondateurs face à un régime peu satisfaisant

Le régime des nullités déterminé par le juge apparaît toutefois fort **sévère**, comme en atteste l'espèce analysée, même s'il est parfaitement logique. La doctrine souligne à l'occasion que cette insécurité juridique se trouve accrue en raison de la lenteur des mécanismes d'acquisition de la personnalité morale (P. Merle, Précis Dalloz).

Nous préférons, toutefois, déplacer la question pour souligner la difficulté à mettre en œuvre la **théorie de la fiction pour la société en formation**. En effet, si la personnalité juridique ne peut exister avant l'immatriculation (c'est ici la conséquence de ladite théorie), elle ne peut mandater une personne physique pour l'immatriculer. En conséquence, ce sont les autres associés fondateurs qui devront consentir un mandat, pour que l'un (ou plusieurs d'entre eux) passe(nt) les premiers actes et portent la société sur les fonts baptismaux.

Qu'advient-il, cependant, lorsque la collectivité des associés n'est pas encore matérialisée dans les statuts ? Le fondateur, s'il agit, ne le fait alors que de son propre chef et il faudra, pour que les actes conclus sans mandat soient repris, qu'ils soient présentés aux associés avant la signature des statuts (art. 6 al. 4 du décret du 3 juillet 1978). Enfin, si cette procédure n'a pu être suivie, la **reprise** devra être réalisée volontairement, c'est-à-dire faire l'objet d'une délibération adoptée par la majorité des associés après l'immatriculation (art. 6 al. 4, même décret).

La conservation de l'ancienne **théorie de la réalité** aurait, cependant permis de lever tous ces complexités. En effet, lorsque les premiers actes sont conclus par le ou les premiers associés, tous les éléments constitutifs de la personnalité morale sont réunis, dans la plupart des cas, et le fondateur pourrait agir en représentation de la personne morale *réellement* constituée.

On comprend toutefois que la théorie de la fiction a surtout été imposée afin de **renforcer la sécurité des tiers** vis-à-vis de la société en formation. La jurisprudence consolide, par ailleurs, cette indispensable protection. En effet, hormis le Conseil d'État qui admet que la société non immatriculée ait capacité à agir, le juge civil se prononce systématiquement dans le sens de l'impossibilité pour la société en formation de conclure un acte, du moins pour la chambre commerciale (Cass. com., 21 fév. 2012 précité). Notons simplement que la 3^{ème} chambre civile est plus souple, qui admet que l'immatriculation puisse permettre de régulariser les actes, tout le moins avant que le juge ne statue (Cass. civ. 3^{ème} 9 oct. 1996).

B / Le problème de la représentation de la société unipersonnelle

Il demeure que l'intérêt de l'arrêt est de pouvoir attirer l'attention sur une autre complexité de lecture du régime de la société en formation : celui de la **représentation d'une société unipersonnelle** en formation.

En effet, dans la **situation commune des sociétés commerciales**, c'est à dire pour les sociétés pluripersonnelles, il s'entend aisément de la nécessité de recourir à leur représentation par une personne physique. D'une part, la personne morale est l'émanation d'une collectivité de personnes (les associés) et l'un(e) d'entre elles, à travers la société, est censé agir au nom de tou•t•e•s. D'autre part, la société n'a pas de volonté propre, au sens psychologique, et c'est la volonté des associé•e•s qui s'exprime à travers le mandataire social.

Lorsque l'associé est unique, en revanche, il agit seul et l'écran de la personnalité morale ne parvient guère à masquer qu'une seule personne est à la manœuvre, et qu'elle utilise au surplus la technique sociétaire uniquement afin de protéger son patrimoine. En tant qu'associé unique, se mandaterait-il seul ? C'est là une configuration juridique impensable. Qu'exprime-t-il alors lorsqu'il agit pour le compte de la société en formation sinon sa propre volonté ? En toute hypothèse, en effet, la société en formation (pluripersonnelle ou non), n'aurait pu le mandater puisqu'elle n'existe pas encore. C'est ici que s'illustre

l'efficacité du mécanisme retenu en droit des sociétés : on ne considère ni le mandataire, ni l'associé à travers le fondateur, mais simplement une personne qui conclut des actes, en son nom et pour une personne future : la société en devenir.

Adde : Bonus sur l'actualité De s'interroger sur l'utilité future des petites sociétés unipersonnelles alors que depuis la loi du 12 février 2022, l'entrepreneur individuel voit son patrimoine privé séparé de son patrimoine professionnel. L'intérêt de constituer ce type de société nous semble devoir disparaître à court terme.