

Parmi les arrêts présentés ci-après rendus au cours du mois de novembre 2023 par la Cour de cassation, on retiendra tout particulièrement ceux émanant de la chambre commerciale constituant un revirement essentiel en matière de contrats conclus pour une société en formation.

01 / Jurisprudences et commentaires

- **Cass. com., 29 novembre 2023, n° 22-12865, n° 22-18295 et n° 22-21623 : il appartient au juge du fond de rechercher s'il résulte de l'ensemble des circonstances et notamment des mentions de l'acte que, nonobstant une rédaction défectueuse, la commune intention des parties était que l'acte fût passé au nom ou pour le compte de la société en formation.**

Ces trois arrêts de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, qui seront publiés au Bulletin et au Rapport annuel de la Cour de cassation, expriment un revirement extrêmement important de la jurisprudence en matière de contrats conclus dans l'intérêt d'une société en formation, ce qui est une hypothèse relativement courante, notamment en matière de bail commercial.

La chambre commerciale rappelle dans sa motivation que :

« La Cour de cassation juge depuis de nombreuses années que ne sont susceptibles d'être repris par la société après son immatriculation que les engagements expressément souscrits "au nom" ou "pour le compte" de la société en formation et que sont nuls les actes passés "par" la société, même s'il ressort des mentions de l'acte ou des circonstances que l'intention des parties était que l'acte soit accompli en son nom ou pour son compte ».

C'est effectivement ce que jugeait tout récemment encore la 3ème chambre civile le 25 mai 2023 (n° 22-15313).

C'est également ce que jugeait la chambre commerciale dans un arrêt du 18 novembre 2020, n° 18-23239 en approuvant un arrêt de la cour d'appel de Poitiers (22 mai 2018) qui avait retenu par une interprétation souveraine de la convention des parties, que c'était la société elle-même qui avait conclu le contrat et non les trois personnes agissant pour son compte, que n'ayant pas agi pour le compte de la société en formation, elles ne pouvaient être tenues des obligations résultant du bail.

La chambre commerciale décide cependant, prenant en compte les inconvénients majeurs de cette solution, qui « *a pour conséquence que l'acte non expressément souscrit "au nom" ou "pour le compte" d'une société en formation est nul et que ni la société, ni la personne ayant entendu agir pour son compte, n'auront à répondre de son exécution, à la différence d'un acte valable, mais non repris par la société qui engage les personnes ayant agi "au nom" ou "pour son compte" »*

C'était en effet une conséquence contradictoire et surprenante de cette jurisprudence que la chambre commerciale met en évidence en énonçant que cette solution « *s'avère ainsi produire des effets indésirables en étant parfois utilisée par des parties souhaitant se soustraire à leurs engagements et a paradoxalement pour conséquence de fragiliser les entreprises lors de leur démarrage sous forme sociale au lieu de les protéger, sans toujours apporter une protection adéquate aux tiers cocontractants, qui, en cas d'annulation de l'acte, se trouvent dépourvus de tout débiteur »*.

Aussi, la Cour de cassation énonce-t-elle qu'il lui « *apparaît possible et souhaitable de reconnaître désormais au juge le pouvoir d'apprécier souverainement, par un examen de l'ensemble des circonstances, tant intrinsèques à l'acte qu'extrinsèques, si la commune intention des parties n'était pas que l'acte fût conclu au nom ou pour le compte de la société en formation et que cette société puisse ensuite, après avoir acquis la personnalité morale, décider de reprendre les engagements souscrits »*.

Cette solution doit donc être approuvée, puisqu'elle apporte effectivement une meilleure sécurité juridique, notamment en matière de rédaction de bail puisqu'elle donne au bailleur un véritable débiteur, alors que si le bail conclu sous l'empire de l'ancienne jurisprudence par la société en formation était déclaré nul, le bailleur n'avait pour débiteur, ni la société, ni ses fondateurs, à moins qu'ils se soient engagés personnellement.

Néanmoins, les rédacteurs continueront de rédiger les actes au nom des fondateurs, agissant pour le compte de la société en formation, afin de ne pas être soumis au risque de l'appréciation souveraine des juges du fond.

- **[Cass. 3^{ème} civ., 16 novembre 2023, n° 22-14091 : quand bien même la prescription de l'action en nullité des clauses contraires au statut était antérieurement acquise, la sanction du réputé non écrit est applicable aux baux en cours, lors de l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014.](#)**

C'est un arrêt absolument majeur que vient de rendre la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation (bien que rendu en formation restreinte et néanmoins destiné à être publié au Bulletin des arrêts).

La Haute juridiction achève, ainsi car il n'y aura plus rien à juger sur cette seule question, la construction de sa jurisprudence relative à l'application de la loi dans le temps relative à la modification opérée par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 des articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce, substituant à la nullité des clauses contraires au statut, la sanction de la réputation non écrite.

La question posée à la Cour de cassation par le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Poitiers (25 janvier 2022, n° 20/01228) portait sur la sanction de la réputation non écrite. S'applique-t-elle aux baux en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi, même si, sous l'empire de la loi antérieure, l'action en nullité aurait été prescrite ?

Les circonstances de fait sont assez extraordinaires puisque les propriétaires bailleurs avaient acquis une villa dans une résidence de tourisme gérée par un exploitant à qui ils ont consenti le 10 décembre 2002 un bail commercial. Ce bail rédigé par l'intermédiaire immobilier comprenait « *une clause de renonciation de la locataire à son droit à une indemnité d'éviction* » !

Forts de cette clause, les bailleurs ont délivré à la locataire un congé avec refus de renouvellement sans offre d'indemnité d'éviction pour le 31 mars 2015. Ils ont repris possession des lieux quelques jours plus tard, jusqu'à ce qu'au mois de décembre suivant la locataire les assigne « *en annulation du congé, indemnisation du préjudice résultant de sa dépossesion et restitution des lieux où, subsidiairement, en paiement d'une indemnité d'éviction* ».

La cour d'appel de Poitiers a débouté de la demande en nullité du congé, déclaré la clause litigieuse non écrite et recevable la demande en paiement d'une indemnité d'éviction, ordonnant pour le surplus une expertise.

Les bailleurs se sont pourvus en cassation soutenant que « *la loi nouvelle...édicte une sanction imprescriptible n'est applicable qu'aux actions dont le délai de prescription biennale n'était pas déjà expiré à la date de son entrée en vigueur* ».

La position des bailleurs consistait en effet à soutenir que la demande de la locataire était prescrite par application de l'article L. 145-60 du code de commerce dont on sait, s'agissant des actions en nullité de clauses, qu'il en résultait que le point de départ de l'action se situait au jour de la signature du bail. Or, en 2015 la prescription de l'action en nullité d'une clause comprise dans un bail signé le 10 décembre 2002 était largement acquise.

Devant la Cour de cassation leur argumentation s'affinait pour soutenir que, alors que la loi qui a pour effet d'allonger la durée d'une prescription est sans effet sur une prescription déjà acquise, la loi nouvelle édicte une sanction imprescriptible ne pouvait être applicable qu'aux actions dont le délai de prescription biennale n'était pas déjà expiré à la date de son entrée en vigueur.

Selon les bailleurs, dès lors que la prescription de l'action en nullité était acquise, la loi nouvelle sanctionnant par la réputation non écrite les clauses contraires au statut ne pouvait faire revivre l'action tendant à faire prononcer cette réputation non écrite.

Ce moyen est rejeté par la Cour de cassation au visa de l'article 2 du code civil.

Il n'est pas inutile ici d'en rappeler le texte :

« La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

Or, la Cour de cassation énonce tout d'abord qu'il résulte de cet article 2 du code civil que la loi nouvelle régit les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées.

Si jusqu'à présent il s'agissait d'un principe jurisprudentiel, la Cour de cassation fonde désormais ce principe sur l'article 2 du code civil auquel elle ajoute donc cette règle selon laquelle la loi nouvelle régit les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées.

Par conséquent, la Cour de cassation rappelant son précédent arrêt du 19 novembre 2020 (n° 19-20405) selon lequel la loi du 18 juin 2014 est applicable aux baux en cours et l'action tendant à voir réputée non écrite une clause du bail, n'est pas soumise à prescription, conclut que quand bien même la prescription de l'action en nullité de la clause contraire au statut, tout particulièrement celle faisant échec au droit au renouvellement ou par laquelle le locataire aurait renoncé à son droit au paiement d'une indemnité d'éviction, était antérieurement acquise, la sanction du réputé non écrit est applicable aux baux en cours et donc à une telle clause.

Par conséquent, le congé ayant été délivré par les propriétaires le 23 septembre 2014, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014, *« la cour d'appel en a exactement déduit que l'action tendant à voir réputer non écrite la clause de renonciation à l'indemnité d'éviction n'était pas soumise à la prescription biennale et était recevable ».*

Cet arrêt achève donc la construction de la jurisprudence relative à la sanction des clauses contraires au statut, en tout cas pour celles qui autrefois en vertu des articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce auraient été nulles, en jugeant que dès lors que l'action tendant à voir réputer non écrite une clause de cette nature est engagée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, elle est recevable quand bien même, sous l'empire de la loi antérieure, qui n'est donc plus applicable, l'action en nullité de ladite clause aurait été prescrite.

Ainsi, la Cour de cassation donne sa pleine portée à l'amendement adopté par la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale lors des débats ayant abouti à la loi du 18 juin 2014 (rapport F. Verdier, n° 1739) :

« Ces amendements (remplaçant la nullité de certaines clauses par le fait qu'elles sont réputées non écrites) ont pour objet de renforcer le caractère d'ordre public les articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce, en les soustrayant à la prescription biennale des actions en nullité posée à l'article L. 145-60 du même code ».

Désormais aucune clause contraire aux articles L. 145-15 et L. 145-16 du code de commerce ne peut échapper à la sanction du réputé non écrit, quand bien même le délai de prescription au sens de l'article L. 145-60 du code de commerce serait expiré.

Enfin, on peut penser que depuis la loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 « *de développement et de modernisation des services touristiques* », *une situation de ce genre ne pourrait plus se produire, puisque, aux termes de l'article L. 321-3 du code du tourisme, « l'acquéreur d'un logement situé dans une résidence de tourisme (mentionnée à l'article L. 321-1 du code du tourisme) doit être informé explicitement de l'existence du droit à l'indemnité dite d'éviction prévue par l'article L. 145-14 du code de commerce au profit du locataire en cas de refus de renouvellement, ainsi que des modalités générales de son calcul ».*

- [Cass. 3^{ème} civ., 16 novembre 2023, n° 22-14089 : l'article L. 145-15 du code de commerce n'est pas applicable aux baux ayant pris fin avant l'entrée en vigueur de cette loi, sans ouvrir le droit au renouvellement du locataire.](#)

Ce second arrêt rendu par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 16 novembre 2023, qui, quant à lui n'est pas destiné à être publié au Bulletin, doit évidemment être lu en contemplation de l'arrêt rendu à la même date sous le numéro 22-14091 puisqu'il adopte, sur le même fondement, une solution apparemment contraire.

Il s'agit donc de circonstances de fait quasiment identiques, concernant le même bailleur, les mêmes locataires, aux droits desquels toutefois est venue une société et d'une même clause figurant dans le bail, aux termes de laquelle la locataire renonçait à son droit au paiement d'une indemnité d'éviction.

La différence tient toutefois au fait que le congé des bailleurs, avec refus de renouvellement sans offre d'indemnité d'éviction, avait été délivré pour le 31 décembre 2013, donc avant la loi du 18 juin 2014.

Postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Pinel, la locataire a assigné les bailleurs « *en annulation du congé, indemnisation du préjudice résultant de sa dépossession et restitution des locaux loués, ou, subsidiairement, en paiement d'une indemnité d'éviction* ».

La même cour d'appel de Poitiers, par un autre arrêt du 25 janvier 2022, a, ici, déclaré valable le congé et prescrite l'action de la société locataire en nullité de la clause de renonciation à l'indemnité d'éviction.

Le pourvoi à l'encontre de cet arrêt n'aboutit pas.

La Cour de cassation formule de manière inverse la règle de l'article 2 du code civil selon laquelle « *une loi nouvelle ne saurait, sans rétroactivité, régir les effets des situations juridiques définitivement réalisées avant son entrée en vigueur* ».

Elle poursuit, en jugeant que l'article L. 145-15 du code de commerce n'est pas applicable aux baux ayant pris fin avant l'entrée en vigueur de cette loi, tel étant le cas puisque le congé avait mis fin au bail pour le 31 décembre 2013.

La 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation énonce par conséquent que la cour d'appel a exactement retenu que la situation juridique s'était éteinte à cette date, soit avant l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2014 et que cette loi n'était pas applicable.

Il ne pouvait donc être prétendu que, en la circonstance, la loi nouvelle devait s'appliquer aux effets légaux d'une situation juridique ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisée, puisque précisément cette situation était définitivement réalisée, le congé ayant mis fin au bail pour le 31 décembre 2013.

Quant au second moyen qui était développé sur le caractère perpétuel de l'exception, la réponse de la Cour de cassation est en revanche ici classique.

Il est jugé que la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ne peut être invoquée qu'en tant que moyen de défense opposé à une demande d'exécution d'un acte irrégulièrement passé et non par le demandeur qui agit par voie d'action. Or, la locataire avait assigné les bailleurs en nullité du congé et de la clause de renonciation. Elle avait agi par voie d'action, de sorte qu'elle ne pouvait se prévaloir de l'exception de nullité.

La solution n'est pas nouvelle (Cass. 3^{ème} civ., 2 juin 1999, n° 97-19324, cité par J.-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, 7^{ème} ed., le Moniteur 2022, n° 275).