# Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK
Professeur

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

## Société en formation - Reprise des engagements (non)- Article 6 du décret du 3 juillet 1978 - Sort du cautionnement garantissant les engagements de la société - Caducité

Cass. 1re civ. 26 avril 2000, Dr. sociétés août sept 2000, n° 118 note T. Bonneau

> *Les engagements contractés au nom d'une société en formation doivent être repris selon l'une des modalités prévues par l'article 6 du décret du 3 juillet 2000 ; à défaut d'une telle reprise, le cautionnement donné en garantie du prêt conclu pour le compte de la société en formation devient caduc.*

Une banque consent par acte notarié un prêt à une société Inho, en cours de constitution, avec pour garantie un cautionnement solidaire donné par les époux Tellier, associés de la société. Suite à la défaillance de la société bénéficiaire du prêt, la banque poursuit en paiement les cautions solidaires : par un arrêt en date du 26 avril 2000, la première chambre civile de la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui a validé cette saisie arrêt, sans avoir constaté une reprise régulière par la société des engagements souscrits par les personnes qui ont agi au nom de la société en cours de constitution.

Le principe du formalisme de la reprise des engagements contractés pour le compte d'une société en formation ainsi formulé par la Cour de cassation (1), doit inciter les créanciers à une parfaite vigilance dans les constitutions de garanties portant sur des opérations contractées avec des sociétés en formation (2).

**1.** La reprise des actes accomplis pour le compte d'une société en formation, prévue par l'article 1843 du Code civil et par l'article 6 du décret du 3 juillet 1978, ainsi que par l'article L. 210-6 du Code de commerce, peut se faire sous trois formes : lors de la signature des statuts, les associés peuvent accepter de ratifier un état des engagements qui ont déjà été souscrits par les fondateurs et qui est annexé aux statuts ; les associés peuvent aussi, dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à un fondateur d'accomplir un acte pour le compte de la société ; à défaut, après immatriculation de la société, une reprise peut être décidée par l'assemblée des associés. Une reprise intervenant dans ces conditions aura pour effet, après immatriculation de la société, de faire reporter à la charge de la société les engagements souscrits par les fondateurs, qui sont alors dégagés de toute obligation personnelle.

L'arrêt d'appel avait constaté que bien que les dispositions de l'article 6 du décret du 3 juillet 1978 n'aient pas été respectées à la lettre, il y avait eu reprise tacite : la société avait, après son immatriculation, pris à son propre compte et exécuté elle-même les engagements résultant du prêt contracté par l'un des associés, en percevant elle-même les fonds empruntés, en remboursant les premières échéances et en approuvant les comptes sociaux du premier exercice. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu en 1998 une telle analyse en déduisant la reprise d'un emprunt contracté avant l'immatriculation de la société du seul fait que la société avait, après son immatriculation, utilisé pour son fonctionnement le compte courant constatant ces opération, ce qui avait pour effet de valider les poursuites engagées par le prêteur contre les cautions de la société (2).

La première chambre civile de la Cour de cassation, reprenant la même position que la troisième chambre civile (3) a néanmoins une lecture littérale des décrets faisant état des modalités de reprise : la reprise ne pouvant intervenir que dans l'une des trois formes ci-dessus mentionnées, il ne peut y avoir de reprise tacite de la part de la société après son immatriculation.

**2.** Dès lors qu'il n'y avait pas eu de reprise régulière en la forme, la société n'était pas liée par l'opération de prêt,

contractée pourtant pour le compte de la société, qui a perçu les fonds empruntés et qui en a remboursé les premières échéances. Le cautionnement, donné en garantie d'une dette n'incombant pas juridiquement à la société, qui est le débiteur cautionné, devient de ce fait caduc : la saisie arrêt pratiquée en l'espèce par la banque contre les époux Tellier est invalidée.

Le créancier pourra néanmoins poursuivre à titre personnel l'associé qui a contracté le prêt pour le compte de la société en formation, et qui n'est pas nécessairement la même personne que la caution (4) ; le cautionnement portant sur l'exécution des obligations de la société ne peut s'étendre à l'exécution des obligations du fondateur de la société.

Pour éviter qu'un cautionnement donné en garantie du prêt consenti à une société en formation puisse ainsi dépendre de l'accomplissement éventuel d'opérations soumises à formalisme que sont l'immatriculation de la société et l'acte de reprise, les créanciers ont intérêt à prévoir un cautionnement sous forme alternative, donné en garantie des engagements de l'associé fondateur et de la société en formation (5).

(2) Cass. com. 12 mai 1998, *RJDA* 1998, n° 985 ; *RTD Com*. 1998, 852, obs. Champaud et Danet ; v. aussi dans le même sens, CA Paris 30 avr. 1980, *Rev. sociétés* 1981, 63, note Daigre : approbation à l'unanimité des premiers comptes sociaux, valant approbation des opérations qu'ils traduisaient, et donc reprise tacite des engagements souscrits par les fondateurs ; CA Paris 12 mars 1990, Dr. sociétés 1990, n° 116 ; CA Paris 4 nov. 1994, *Bull. Joly* 1995, 172, note Ph. Delebecque.

(3) Cass. 3e civ. 5 janv. 1994, *Petites Affiches* n° 99, 19 août 1994, p. 14, note D. Gibirila.

(4) V. J. Bonnard, Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation, *Rev. sociétés* 1992, p. 255.

(5) Dans le même sens, Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, *Litec* 2000 n° 211.