

# Chronique de *Droit des Sociétés*

MICHEL STORCK  
Professeur\*  
Faculté de droit de Strasbourg



QUENTIN URBAN  
Maître de conférences\*  
Faculté de droit de Strasbourg



ISABELLE RIASSETTO  
Maître de conférences\*  
Université de Nancy 2



\*Centre de droit des affaires  
de l'Université Robert Schuman

## II Commentaire de l'arrêt du 26 avril 2000 ; époux Tellier c/Banque Immobilière Européenne (Juris-Data n° 001562)

*La reprise d'un emprunt contracté par les fondateurs d'une société pour le compte d'une société en formation est soumise à des règles procédurales strictes ; à défaut de reprise de l'acte, la société n'est pas tenue à remboursement et le cautionnement de la société par un tiers est inopérant.*

Des cautions étaient poursuivies par un établissement bancaire en remboursement d'un emprunt souscrit par un fondateur d'une société en formation pour le compte de cette société. L'acte de cautionnement avait été consenti au bénéfice de la société future. La société avait effectivement été créée mais n'avait remboursé que partiellement l'emprunt. Pour s'opposer au paiement, les cautions soutenaient qu'elles ne pouvaient pas être tenues car les formalités imposées par l'article 6 du décret du 3 juillet 1978 pour la reprise du prêt par la société n'avaient pas été accomplies et que par voie de conséquence la caution ne pouvait garantir la société emprunteuse. La banque avait néanmoins obtenu gain de cause à hauteur d'appel en invoquant l'argument selon lequel le début de remboursement de l'emprunt et l'approbation des comptes sociaux du premier exercice constituait une reprise tacite de l'emprunt par la société et substitution de cette dernière au premier emprunteur. La Cour de cassation a fait preuve d'une interprétation rigoureuse des règles de reprise fixées par l'article 6 en

cassant l'arrêt rendu. En conséquence, la banque perdait le bénéfice du mécanisme du cautionnement. Par application de l'article 5 al. 2 de la loi du 24 juillet 1966, la banque ne disposait que d'un recours contre les fondateurs ayant agi au nom de la société en formation en concluant cet emprunt (10).

Cet arrêt de cassation particulièrement préjudiciable aux intérêts de la banque mérite un examen attentif sous deux angles : – la validité d'un acte de cautionnement d'une société en devenir – les conditions de reprise de l'emprunt par la société constituée.

### 1. Le cautionnement des dettes d'une société future

Lorsque le fondateur d'une société qui n'a pas encore été immatriculée contracte un emprunt pour le compte de cette société, cette dernière n'existe pas encore car elle n'a pas la personnalité morale. C'est en effet l'immatriculation qui constitue la date de naissance de cette société (C. civ., art. 1842 al.1).

La personne qui se portera caution au jour de conclusion du contrat d'emprunt se portera garante d'un cautionné qui n'existe pas encore. Or, pour qu'un contrat de cautionnement puisse être valablement formé encore faut-il que le débiteur garanti soit identifiable (11). A l'analyse de la jurisprudence il apparaît nettement que le caractère virtuel de l'existence de la société lors de la conclusion du contrat de cautionnement n'est pas un obstacle à cette exigence.

La Cour de cassation a ainsi considéré qu'une caution était tenue de se substituer au débiteur principal, en l'espèce une société en liquidation judiciaire, quand bien même son engagement avait été conclu alors que la société n'était qu'en formation (12). L'emprunt avait fait l'objet d'une reprise dans les conditions posées par l'article 6 du décret 3 juillet 1978.

Cette reconnaissance de la possibilité de cautionner

une personne future repose sur deux justifications, l'une relative à l'objet de l'obligation, l'autre à celui du mécanisme de la reprise.

C'est tout d'abord par référence à l'article 1129 du Code civil, exigeant que l'objet d'une obligation soit déterminé ou déterminable, qu'il faut asseoir la validité de l'acte. Certes, la règle de l'article 1129 ne peut pas être transposée mécaniquement puisque l'objet de la caution c'est d'abord la garantie d'une dette avant d'une personne. Mais on s'aperçoit nettement que la personne garantie est une composante fondamentale de l'acte de cautionnement qui en l'absence d'identification n'existerait pas. La Cour de cassation a d'ailleurs régulièrement annulé des cautionnements auxquels manquait l'indication du débiteur principal (13). On déduit donc que pour que le cautionnement soit valable, il faut que le débiteur principal soit identifié ou identifiable grâce à des indications figurant dans l'acte de cautionnement (14). La désignation de la société en formation comme débiteur principal futur répond à cette exigence.

La deuxième justification de la possibilité de cautionner une société future repose sur le mécanisme de substitution rétroactive de débiteur. En effet par application de l'article 1843 du Code civil une société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits en son nom avant sa naissance et dès lors ceux-ci sont réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci. Il en résulte que la société est considérée comme existant déjà, en tant que personne morale à la date de création de l'obligation. L'effet rétroactif de la reprise permet de soutenir qu'au jour de la conclusion du contrat, la personne morale était bien cocontractante et que le contrat, pouvait valablement se former. Mais, cette existence rétroactive est à géométrie variable puisqu'elle ne concerne que les actes qui ont été repris. Tous les actes qui ont été accomplis au nom de la société ne pourront connaître une substitution de personne, il faut respecter les formalités de l'article 6 du décret du 3 juillet 1978. La reprise, et donc la substitution ne peut pas s'opérer que de la seule immatriculation de la société (15).

## 2. Les conditions de validité de la reprise

Le mécanisme de la reprise ne fonctionne qu'à des conditions très restrictives qui sont prévues par la loi et c'est ce que rappelle l'arrêt commenté. Il subsiste toutefois quelques incertitudes.

Si les actes ont été accomplis «pour le compte de la société», alors trois procédures de reprise ont été prévues par l'article 6 du décret du 3 juillet 1978 :

- pour les actes conclus avant la signature des statuts, il faut qu'ils soient présentés aux associés avant la signature des statuts et annexés à ceux-ci. La signature emportera reprise automatique des engagements par la société au moment de l'immatriculation ;
- pour les actes conclus entre la signature des statuts et l'immatriculation, les associés peuvent également, dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux, ou au gérant non associé de la SARL, de prendre des engagements pour le compte de la société. Le texte précise que les engagements doivent être

déterminés et que les modalités soient précisées par le mandat pour que l'immatriculation entraîne la reprise de ces engagements ;

- enfin, une reprise peut intervenir postérieurement à l'immatriculation. Cette décision doit être prise sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés (al. 4 de l'art. 6).

A plusieurs reprises, la jurisprudence a été amenée à prendre position sur la validité d'éventuelles reprises tacites ou implicites. Le tableau n'est pas homogène et les décisions sont parfois contradictoires.

Des arrêts d'appel comme de cassation ont reconnu un effet juridique aux reprises tacites. C'est ainsi que la Cour de cassation a admis la reprise dans les statuts eux-mêmes, lorsqu'ils décident de continuer des engagements souscrits au nom de l'entreprise qui prend la forme de la société anonyme (16). Plus audacieux encore des décisions ont considéré comme repris des actes dont l'incidence comptable avait été approuvée à l'unanimité des comptes du premier exercice (17). Plus près encore, la Cour de cassation a pu admettre que le fait que le compte courant cautionné ouvert au nom de la société en formation ait fonctionné jusqu'à la liquidation de celle-ci sans décision expresse de reprise suffisait néanmoins à révéler une reprise tacite (18).

En contrepoint, il existe aussi une jurisprudence plus restrictive conditionnant la reprise au strict respect des procédures prévues par l'article 6 (19). Un arrêt particulièrement rigoureux s'est refusé à mettre en œuvre la reprise d'un acte passé par les trois seuls associés d'une société en formation, qui avaient ultérieurement ratifié l'acte en l'évoquant dans un des articles des statuts, au motif que l'acte n'avait pas été annexé aux statuts ou fait l'objet d'une reprise après immatriculation dans les formes posées par l'alinéa 3 ou 4 l'article 6 (20). C'est dans le fil de cette dernière jurisprudence que s'inscrit l'arrêt commenté. Peu importe l'éventuelle volonté de reprendre l'acte passé, seul compte le respect des formalités imposées par la loi. La lettre du texte est donc rigoureusement respectée.

L'écart est ainsi radical entre certaines jurisprudences évoquées : certaines en faveur de la reconnaissance de la possibilité d'une reprise tacite, d'autres contre.

Pour prendre position sur l'opportunité ou non d'une reconnaissance tacite, il faut en revenir aux objectifs poursuivis par le mécanisme de reprise.

La reprise elle-même permet aux fondateurs d'accomplir les actes nécessaires au fonctionnement d'une société tout en se réservant la possibilité de se dégager de leurs engagements ultérieurement. L'objectif est donc d'abord économique ; accessoirement il offre une sécurité relative aux fondateurs en rendant possible une substitution. Les procédures de reprise imposant une prise de position des associés sur l'opportunité d'une substitution ont quant à elles pour objectif de protéger les associés contre des décisions hasardeuses prises alors que la société est encore en formation. Les modalités de l'article 6 poursuivent un but très clair. Les associés qui reprennent les actes doivent être parfaitement informés, (d'où par exemple la nécessité de joindre un état de ces actes aux statuts) et c'est la collectivité des associés qui prend position (par la signature des statuts comportant en annexe les actes repris ou par une délibération de

l'assemblée des associés). Or, plusieurs comportements peuvent attester de la connaissance et de la volonté des associés de reprendre les actes comme une substitution en connaissance de cause de la société aux obligations du débiteur par exemple. Dès lors pourquoi ne pas admettre la possibilité d'une reprise tacite (21)? L'arrêt commenté répond catégoriquement par la négative.

En prenant une telle position, on ne peut pas dire que les intérêts des tiers, particulièrement des banquiers prêteurs, aient été pris en compte. En l'espèce, le refus de reconnaissance de validité de la reprise tacite a pour effet de dégager non seulement la société de ses obligations de remboursement de l'emprunt mais aussi les époux cautions. Il ne restera plus à la banque qu'à se retourner contre le fondateur, souscripteur de l'emprunt, en application de l'article 5 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966.

Les tiers qui contractent avec des personnes agissant pour la société en formation doivent ainsi prendre en compte non seulement le risque consistant en un refus de reprise par les associés mais aussi le risque d'un blocage du mécanisme de substitution en raison du non-respect des procédures de reprise. Comme l'arrêt commenté l'illustre, ces risques ne sont pas sans influence sur la validité d'un cautionnement consenti au profit d'une société par un tiers. Si ces risques se réalisent et si l'acte n'est pas valablement repris, le cautionnement sera sans effet. Le banquier devra être condamné à rembourser les sommes déjà versées par les cautions.

S'il n'est pas aisé de parer à ces risques directement (sauf à s'abstenir de contracter), il est néanmoins possible d'agir sur les garanties pour se prémunir. Ainsi, la réduction des risques en matière de cautionnement pour un banquier avisé passera par une pratique systématique du double engagement : la caution consentie au banquier par un tiers devra garantir aussi bien la dette de la société que celle du fondateur ou du mandataire qui agit pour le compte d'une société en formation.

Q. U.

(10) Art. 5 al. 2 de la loi du 24 juillet 1966 : «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 des actes ainsi accomplis, à moins que la société, [...], ne reprenne les engagements souscrits.»

(11) V. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, *LGDJ* 2000, n° 200 et suiv.

(12) Cass. civ. 3 déc. 1980 *Bull.* n° 314 ; D. 1981 *IR* 504 note Vasseur ; *Rép. Defrénois* 1981 art. 32 797, p. 1647 obs. J.-L. Aubert.

(13) Cass. com. 22 janv. 1985 *Bull.* IV n° 29 ; Cass. civ. 1°, 20 avril 1987, *Bull.* I n° 29.

(14) Cette identification du débiteur n'est pas forcément formelle. Elle peut être faite à partir d'indications du contrat principal (Cass. com. 22 janvier 1985 : *Bull. civ.* IV n° 29) ou même résulter des mentions portées sur une enseigne (Cass. com. 16 janv. 1978 : *Bull. civ.* IV n° 21).

(15) Cass. com. 20 janvier 1987 *Bull. Joly* février 1987 § 41.

(16) Cass. com. 10 oct. 1984 *Rev. sociétés* 1985, p. 821 note J.-J. Burst.

(17) CA Paris, 3° ch., 30 avr. 1980, *Rev. sociétés*, 1981, p. 83 note J.-J. Daigre ; D. 1982 *IR* p. 13 obs. J.-Cl. Bousquet ; CA Paris, 3° ch., 16 juin 1980, *Bull. Joly*, 1980, p. 585, *BRDA Francis Lefebvre* 1980/19, p. 10.

(18) Cass. com. 12 mai 1998, *RTD com.* 1998, p. 852 ; la cour d'appel de Paris a aussi considéré qu'en payant les premières échéances de remboursement du prêt après son immatriculation, une société avait repris à son compte sans équivoque les engagements souscrits en son nom par l'un de ses associés, v. CA Paris 4 novembre 1994, *Bull. Joly* février 1995 § 45.

(19) V. par ex. Cass. com. 20 janv. 1987 *Bull. Joly* 1987, p. 90 ; *RTD com.* 1987 p. 214 n° 1.

(20) Cass. civ. 3° civ. 5 janv. 1994, *Bull. Joly* mars 1994 § 73 note R. Michat-Goudet.

(21) Pour une analyse en faveur de la possibilité d'une reprise tacite ou implicite v. C. Champaud et D. Danet, *RTD com* octobre-décembre 1998, p. 853 et s.