

# Chronique de *Droit des Sociétés*

**MICHEL STORCK**

Professeur\*

Faculté de droit de Strasbourg



**QUENTIN URBAN**

Maître de conférences\*

Faculté de droit de Strasbourg



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

## I Société en formation. Emprunt. Reprise implicite des engagements (non). Sort du cautionnement.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 2 oct. 2002, Dr. sociétés avril 2003, n° 63 note  
G. Trébulle; Bull. Joly déc. 2002, p. 1335, note B. Saintourens;  
D. 2002, p. 2807, obs. A. Lienhard.

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 1978: est cassé l'arrêt qui a retenu un mandat tacite donné au gérant pour signer l'acte de prêt et qui a considéré que la société avait, après son immatriculation, implicitement ratifié cet acte en recevant les fonds et en remboursant des échéances. À défaut d'une telle reprise, l'obligation de restituer les fonds n'incombe qu'au représentant de la société et non à la société: la caution n'est pas tenue de garantir la dette d'une personne autre que le débiteur prévu.

Le formalisme de la reprise des engagements contractés pour le compte de sociétés en formation doit inciter les établissements de crédit qui traitent avec ces sociétés à bien négocier les conditions des cautionnements obtenus à titre de garantie de ces engagements.

Une banque consent par acte notarié un prêt à une société en cours de constitution, avec pour garantie un cautionnement solidaire donné par des associés de la société. Suite à la défaillance de la société bénéficiaire du prêt, la banque poursuit en paiement les cautions solidaires: par un précédent arrêt en date du 26 avril 2000<sup>1</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour d'appel d'Agen qui avait validé la sai-

sie-arrêt envers l'une des cautions, sans avoir constaté une reprise régulière par la société des engagements souscrits par le gérant associé qui était intervenu au nom de la société en cours de constitution. Par un second arrêt en date du 2 octobre 2002, la même juridiction casse un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier qui a condamné un autre associé de la société à exécuter son engagement de caution. La première chambre civile confirme la solution antérieurement retenue, en apportant des précisions nouvelles sur le sort du cautionnement.

La Haute juridiction rappelle que la reprise des actes accomplis pour le compte d'une société en formation peut se faire sous trois formes<sup>2</sup>: 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.

La Cour d'appel de Montpellier a néanmoins relevé qu'en l'absence d'accomplissement de l'une de ces formalités, il y avait eu une reprise tacite de l'acte accompli par le gérant: après son immatriculation, la société avait perçu les fonds empruntés, remboursé les premières échéances et approuvé les comptes sociaux du premier exercice. Cet arrêt est cassé pour défaut de base légale<sup>3</sup>: dès lors qu'il n'y avait pas eu de reprise régulière en la forme, la société n'était pas engagée par le prêt litigieux, bien qu'elle ait perçu les fonds empruntés et qu'elle ait remboursé les premières échéances. Le prêt n'engage que la personne qui a représenté la société: « l'obligation de restituer les fonds est, dès lors, à la charge d'une partie distincte de la personne morale prévue tant par le contrat de prêt que par le cautionnement garantissant l'exécution de celui-ci ». La Haute

1 Civ. 1<sup>re</sup>, 26 avril 2000, Bull. Joly 2000, p. 849, note B. Saintourens; D. 2000, Act. Jur. P. 331, obs. M. Boizard; Rev. sociétés 2000, p. 722, note L. Godon; RTDCom. 2000, p. 931, obs. C. Champaud et D. Danet; JCP 2000, G, I, 257, obs. Ph. Simler; JCP 2000, E, p. 1766, note J. Bonnard; JCP 2001, G, II, 10504, note J. Stark et J. Sainte Rose; Banque & Droit 2000, p. 42, obs. M. Storck.

2 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.

3 La troisième chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation ont statué dans le même sens: Cass. com. 12 mai 1998, RJDA 1998, n° 985; RTDCom. 1998, 852, obs. Champaud et Danet; Cass. 3<sup>e</sup> civ. 5 janv. 1994, Petites Affiches n° 99, 19 août 1994, p. 14, note D. Gibirila.

juridiction en déduit que la caution, qui n'est pas tenue de garantir la dette d'une personne autre que le débiteur prévu, ne peut être poursuivie en paiement par l'établissement prêteur.

Pour éviter qu'un cautionnement donné en garantie d'un 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 du fondateur représentant la société en cours de constitution (à défaut de reprise de l'acte par la société), et de la société (en cas de reprise régulière de l'acte) <sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Dans le même sens, Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 3<sup>e</sup> éd. 2000 n° 211 ; B. Saintourens, note préc. ; G. Trébulle, note préc.