

8. Les juges d'appel ont considéré que :

- par la reprise, la société privée à responsabilité limitée Domein Muggenberg reprend immédiatement et nécessairement les droits et obligations portant sur les biens immobiliers nés pendant que la troisième défenderesse était promoteur, et donc aussi la saisie conservatoire immobilière pratiquée sur ces biens à charge de la troisième défenderesse au cours de cette période ;
- les biens immobiliers restaient, dès lors, grevés également à l'égard de la société privée à responsabilité limitée Domein Muggenberg de la saisie pratiquée à la demande des premier et deuxième défendeurs à charge de la troisième défenderesse ;
- la vente réalisée par acte du 1er février 2010 par la société privée à responsabilité limitée Domein Muggenberg au quatrième défendeur, agissant pour la cinquième défenderesse n'est, dès lors, pas opposable aux premier et deuxième défendeurs, et ce en application des articles 1441, alinéa 1er, et 1577 du Code judiciaire.

9. En rejetant, sur la base de ces motifs, la tierce-opposition du demandeur, les juges d'appel ont violé l'article 60 du Code des sociétés.

Dans cette mesure, le moyen est fondé.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué ;

OBSERVATIONS

Société en formation, achat d'immeuble et opposabilité aux tiers

1. Faits et question posée

Les faits de la cause peuvent être synthétisés comme suit. Madame E. achète, au nom d'une société en formation, une maison et plusieurs parcelles de terrain. Quelque temps plus tard, la société est constituée. Une semaine après la constitution de la société, des créanciers personnels de Madame E saisissent les biens immeubles. La société reprend ensuite le contrat d'achat des immeubles, conformément à l'article 60 du Code des sociétés.

La résolution du litige nécessitait de clarifier l'articulation des droits des différentes parties en précisant les effets du mécanisme prévu à l'article 60 du Code des sociétés. La saisie pratiquée par les créanciers de Madame E à un moment où celle-ci était propriétaire des immeubles peut-elle produire ses effets malgré la reprise postérieure du contrat d'achat par la société ? Ou la société doit-elle au contraire subir les effets de la saisie dès lors qu'elle a repris le contrat après la signification de celle-ci ?

2. Analyse du mécanisme de la société en formation

L'article 60 du Code des sociétés dispose ce qui suit : « A défaut de convention contraire, ceux qui, au nom d'une société en formation, et avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf si la société a déposé l'extrait visé à l'article 68 dans les deux

ans de la naissance de l'engagement et si ces engagements sont repris par elle dans les deux mois suivant le dépôt précité. Dans ce dernier cas, l'engagement est réputé avoir été contracté par la société dès l'origine. »

La dernière phrase de l'article confère clairement un effet rétroactif à la reprise de l'engagement. Si les conditions posées par l'article 60 du Code des sociétés sont remplies, l'engagement est censé avoir été celui de la société, dès l'origine. Mais cet effet rétroactif peut-il porter atteinte aux droits des tiers ?

La Cour de cassation propose un examen juridique du mécanisme en cause, et énonce trois éléments :

- (i) La reprise de l'engagement par la société s'analyse comme une ratification² ;
- (ii) Du point de vue du promoteur (c'est-à-dire la personne qui s'est engagée au nom de la société en formation), l'engagement est conclu sous condition résolutoire de la reprise, de sorte que, si elle a lieu, le promoteur est traité comme s'il n'avait jamais conclu cet engagement ;
- (iii) La réalisation de la condition résolutoire a un effet réel.

La Cour associe donc deux mécanismes différents pour décrire les effets de l'article 60 du Code des sociétés. D'une part, elle invoque la ratification, ce qui renvoie à une idée de représentation, non par un mandataire agissant au-delà de ses pouvoirs, mais bien par un pseudo-organe qui ne pouvait pas agir car le représenté n'existait pas encore et (par conséquent) ne l'avait pas désigné comme organe. La ratification est certes en principe appelée à jouer en cas de représentation parfaite, mais on la rencontre aussi dans des cas de représentation imparfaite³.

D'autre part, pour analyser la situation du promoteur, la Cour utilise l'idée de condition résolutoire. Dans le cas où, comme en l'espèce, la société reprend l'engagement conclu en son nom avant la constitution, on pourrait se demander si c'est vraiment utile : si l'on considère la situation comme un cas de représentation, le promoteur n'a jamais été personnellement tenu⁴, et faire disparaître son obligation au moyen d'une condition résolutoire n'a pas de sens.

Mais cette manière de voir se heurterait au texte de l'article 60 du Code des sociétés, qui prévoit clairement qu'avant la reprise (éventuelle) de l'engagement par la société, le promoteur est tenu des engagements qu'il a pris, même au nom de la future personne morale.

-
- 2. Même si le Code n'emploie pas ce terme, cette analyse est partagée par la majorité de la doctrine : notamment M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Larcier, 2008, p. 152 ; X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 513 ; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen*, deel II, Kluwer, 2011, p. 355 ; S. GILCART, *La société en formation*, Kluwer, 2004, p. 119-120 ; A. HANOTEAU, « Commentaire de l'art. 60 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2004, p. 21 ; J. MALHERBE *et al.*, *Droit des sociétés*, Bruylant, 2011, p. 256 ; L. SIMONT, « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1974, p. 71.
 - 3. R. JAFFERALI, *Confirmation, ratification et condition suspensive*, Larcier, 2011, p. 114. On parle aussi de ratification en matière de porte-fort et de gestion d'affaires (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 959).
 - 4. En matière de mandat, ni le mandataire ni le mandant n'est lié par l'acte accompli par le mandataire en dehors de son mandat (A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Précis des contrats spéciaux*, Kluwer, 2015, p. 720).

L'existence d'une obligation du promoteur – outre qu'elle souligne que le mécanisme de l'article 60 du Code des sociétés n'est pas un cas de représentation parfaite⁵, contrairement à la représentation organique de l'article 61, § 1^{er} du Code des sociétés – implique qu'il faut expliquer pourquoi le promoteur était personnellement tenu avant la reprise et ne l'est rétroactivement plus après celle-ci, c'est-à-dire comment son obligation « disparaît »⁶. C'est ici que la Cour de cassation utilise la figure de la condition résolutoire, confirmant ainsi sa jurisprudence⁷ et la position doctrinale majoritaire dans un débat ancien entre les tenants de la condition résolutoire⁸ et ceux de la condition suspensive⁹. Le concept de condition résolutoire est cohérent avec l'idée, soutenue par la doctrine¹⁰, selon laquelle le promoteur est, avant la réalisation de la condition, tenu d'une obligation immédiatement exigible¹¹.

Tant la réalisation de la condition résolutoire¹² que la ratification¹³ opèrent avec effet rétroactif. Cette double rétroactivité offre l'avantage que l'analyse selon deux mécanismes distincts ne crée pas de hiatus entre la situation du promoteur et celle de la société. Si le contrat d'achat est repris par la société, celle-ci est supposée avoir été propriétaire des immeubles depuis l'origine (soit avant la saisie), ce qui signifie aussi que Madame E est censée n'en avoir jamais été propriétaire.

3. Reprise des actes postérieurs

On pourrait encore se demander si la société ne reprend que l'engagement conclu par le promoteur, ou si elle reprend aussi à son compte des actes postérieurs en lien avec cet engagement ou avec l'objet de l'engagement. Dans le cas d'espèce, la société reprenait-elle seulement l'acte d'achat des immeubles, ou reprenait-elle les immeubles dans l'état (juridique) où ils se trouvaient au moment de la reprise, c'est-à-dire grevés d'une saisie ?

5. K. GEENS et M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen*, deel II, Kluwer, 2011, p. 355 ; S. GILCART, « La société en formation et la représentation en droit des sociétés », *J.D.S.C.*, 2003, p. 68 ; A. HANOTEAU, « Commentaire de l'art. 60 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2004, p. 14 et les références citées. Critiquant le concept de représentation imparfaite, S. Gilcart préfère analyser le mécanisme de la société en formation comme une représentation « en deux temps », plus proche de la vente avec déclaration de command ou de l'hypothèse du mandat nul ou inexistant que de la commission ou du prête-nom (S. GILCART, *La société en formation*, Kluwer, 2004, p. 192-214).
6. A. HANOTEAU, « Commentaire de l'art. 60 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2004, p. 21.
7. Cass., 14 septembre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 90, où la Cour indique que « les conditions énoncées à l'article [60 du Code des sociétés] ne sont pas suspensives ».
8. Notamment K. GEENS et M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen*, deel II, Kluwer, 2011, p. 360 ; J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés*, 4^e éd., Bruylant, 2011, p. 256-257 ; S. GILCART, *La société en formation*, Kluwer, 2004, p. 117.
9. Notamment L. SIMONT, « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1974, p. 69.
10. K. GEENS et M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen*, deel II, Kluwer, 2011, p. 360 ; S. GILCART, « Loi de réparation et acquisition de la personnalité morale : influences étrangères et impact d'une réforme capitale », *R.P.S.*, 1996, p. 282 ; P. VAN OMMESELAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1979-1990) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1992, p. 660.
11. Sur le caractère exigible de l'obligation du promoteur (excluant l'analyse en termes de condition suspensive), Cass., 14 septembre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 90 ; X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 511 ; S. GILCART et C. BROCAL, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL-vol. 2 », *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 14bis.2, n° 740 ; A. HANOTEAU, « Commentaire de l'art. 60 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2004, p. 15-16 ; R. TAS, note sous Cass., 14 septembre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 93.
12. Art. 1179 et 1183 C. civ.
13. K. GEENS et M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen*, deel II, Kluwer, 2011, p. 363 ; R. JAFFERALI, *Confirmation, ratification et condition suspensive*, Larcier, 2011, p. 151.

La Cour d'appel avait choisi la seconde voie, ce qui avait pour conséquence que la saisie était opposable à la société. C'était une solution plausible, d'autant que la société était en principe à même de connaître l'existence de cette saisie et pouvait parfaitement, dans ces conditions, refuser de reprendre l'engagement.

La Cour de cassation adopte une autre position. La reprise des engagements ne se limite certes pas au contrat initial conclu par le promoteur, mais s'étend aussi aux « actes juridiques posés ultérieurement par le promoteur en relation avec cet engagement ». Les actes postérieurs sont donc inclus dans la reprise, en tant qu'accessoires. Toutefois, il faut qu'ils aient été posés par le promoteur. Ce n'était évidemment pas le cas de la saisie, qui émanait de créanciers de celui-ci.

4. *Rétroactivité et droits des tiers*

Il est traditionnellement admis que la rétroactivité associée à la ratification ne peut pas nuire aux droits acquis par les tiers. La Cour de cassation le rappelle régulièrement, et encore dans deux arrêts postérieurs à celui commenté ici¹⁴. En revanche, la rétroactivité liée à la condition résolutoire s'impose aux tiers et, par conséquent, peut porter atteinte à leurs droits acquis¹⁵.

Vis-à-vis des tiers dotés de droits acquis, en l'espèce les créanciers saisissants, les deux mécanismes ont donc des conséquences opposées. Si l'on applique la jurisprudence classique relative à la ratification, les créanciers du promoteur peuvent maintenir leur saisie sur les biens immeubles malgré la rétroactivité de la ratification. En revanche, les principes relatifs à la condition résolutoire conduisent à la conclusion que cette saisie n'est pas régulière, dès lors qu'elle frappe des biens qui n'appartiennent (rétroactivement) pas au débiteur. En prétendant appliquer les deux mécanismes à la même situation, la Cour laisse planer un certain mystère...

Pour l'éclairer, commençons par un constat : il fallait bien donner raison soit à l'une soit aux autres, et finalement, la Cour donne la préférence aux droits de la société sur ceux des créanciers, en considérant que l'effet rétroactif de la reprise des engagements au sens de l'article 60 du Code des sociétés prime sur les droits des créanciers saisissants. En ce sens, elle adopte la solution à laquelle conduit l'analyse en termes de condition résolutoire.

Comment expliquer cette position ?

Une première piste serait de considérer que la reprise d'engagements d'une société en formation est un mécanisme *sui generis*, introduit en droit belge par la transposition de la première directive de droit des sociétés, et en conséquence étranger aux catégories de notre droit civil. Mais à dire vrai ceci n'expliquerait pas grand-chose, ne permettrait pas de résoudre les questions – comme celle du cas d'espèce – auxquelles le droit européen ne donne pas de réponse claire, et enfin ne correspondrait pas à la démarche de la Cour qui a manifestement voulu inscrire ce mécanisme particulier du droit des sociétés dans les catégories plus générales du droit des obligations.

Une seconde piste serait d'affirmer que, dans le cas particulier de la reprise d'engagements pris au nom d'une société en formation, l'effet rétroactif de la ratification peut nuire aux droits acquis des tiers. Cette solution revient en définitive à affirmer le caractère particulier de l'article 60 C. Soc., ce qui la rapproche de la précédente.

14. Cass. 4 septembre 2015, F.13.0149.F ; Cass., 18 décembre 2015, C.14.0339.F.

15. Cass., 24 janvier 2011, *Pas.*, 2011 n° 64.

On pourrait encore penser que, malgré l'expression claire de la Cour et l'unanimité de la doctrine, la ratification par la société n'en est pas vraiment une, ou est une ratification d'un type particulier. Dans le cas classique, réglé par l'article 1998, alinéa 2 du Code civil, la ratification est créatrice d'obligations (dans le chef du pseudo-mandant), mais elle n'éteint pas d'obligations dans le chef du pseudo-mandataire qui, lui, n'a jamais été personnellement engagé. Comme on l'a dit, il n'en va pas de même dans le cas de l'engagement pris au nom d'une société en formation. Ceci explique peut-être que, dès lors qu'elle s'accompagne d'une extinction d'obligations – analysée comme la réalisation d'une condition résolutoire – la reprise d'un engagement d'une société en formation soit assimilée, en ce qui concerne les droits acquis des tiers, à la réalisation d'une condition résolutoire. Il ne s'agit là que d'une supposition, que l'arrêt ne confirme ni n'infirme.

Des réserves sont de mise sur le plan de l'opportunité. Le fait que l'effet rétroactif de la reprise ne doive pas nécessairement respecter les droits des tiers a pour effet de donner à la société, qui peut choisir de reprendre l'engagement ou non, la possibilité de priver les tiers de droits acquis (en l'espèce, le bénéfice de la saisie). On pourrait l'admettre, à la rigueur, si en pratique la société était réellement indépendante du promoteur et agissait uniquement en fonction de ses propres intérêts. Mais très souvent, la société est contrôlée par le promoteur, qui peut *de facto* décider si la société reprend les engagements, et donc si la condition résolutoire se réalise ou non. Il en résulte pour lui la possibilité assez malsaine de faire disparaître une partie de sa fortune en achetant des actifs au nom d'une société en formation, et de bénéficier ensuite d'un délai de deux ans pour décider à sa guise si ces actifs vont « rester » dans la société (en constituant la société et en la faisant décider de reprendre les engagements), ou bien si ces actifs vont « réintégrer » le patrimoine du promoteur (en ne constituant pas la société ou en faisant en sorte que celle-ci refuse la reprise des engagements). Les dangers pour les droits des créanciers sont patents, comme on le voit d'ailleurs dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté. On connaît aussi les faiblesses, en pratique, des palliatifs tels que l'action paulienne ou le principe *fraus omnia corrumpit*.

5. Cas des biens immeubles

S'agissant de biens immeubles, le raisonnement basé sur la condition résolutoire doit être combiné avec les effets de la Loi hypothécaire, qui prévoit que seuls les droits immeubles transcrits dans le registre du conservateur des hypothèques sont opposables aux tiers. Selon la Cour de cassation, il faut, mais il suffit, que l'acte transcrit indique qu'il est conclu au nom d'une société en formation, même si la reprise de cet acte n'a pas encore été réalisée (ni, *a fortiori*, transcrite¹⁶).

La circonstance qu'il s'agissait d'immeubles, dont l'acquisition au nom d'une société en formation avait été transcrite, a peut-être facilité, en l'occurrence, le choix de la Cour en défaveur des tiers. Les créanciers étaient en effet prévenus que les immeubles n'appartenaient au promoteur que sous condition résolutoire, et qu'en cas de reprise par la société en formation, ils seraient supposés ne jamais lui avoir appartenu. Mais cet argument fonctionne dans les deux sens : comme on l'a dit, la transcription permet aussi à la société de connaître l'existence de la saisie au moment de décider de la reprise des engagements.

16. Dans le même sens, R. JAFFERALI, *La rétroactivité dans le contrat*, Bruylant, 2014, p. 405.