

650. **L'article 60 du Code des sociétés : les rapports entre les fondateurs et les tiers**
 700. **Première situation : la société se constitue et reprend l'engagement dans les délais**

N° 1491. – Cass. 16 novembre 2020

Présentation : Le promoteur d'une société s'était engagé, au nom de la société en formation, à reprendre le personnel conformément à la CCT n° 32bis. Un litige survient postérieurement avec un travailleur repris. Alors que la Cour du travail avait condamné solidairement la société et son promoteur, la Cour de cassation censure cette décision car seule la société est tenue des engagements pris en son nom et qu'elle a repris.

Sommaire : Lorsqu'un engagement pris au nom d'une société en formation a été repris par la société conformément à l'article 60 du Code des sociétés (article 2:2 du CSA), seule la société est tenue de cet engagement, à l'exclusion du promoteur.

Arrêt :

(...)

Sur le moyen

Quant à la deuxième branche

Quant au second rameau

En vertu de l'article 60 du Code des sociétés, applicable au litige, à 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 de l'acte constitutif au greffe du tribunal de l'entreprise dans les deux ans de la naissance de l'engagement et si ces engagements sont repris par elle dans les deux mois suivant ce dépôt ; dans ce dernier cas, l'engagement est réputé avoir été contracté par la société dès l'origine.

L'arrêt attaqué du 20 juin 2019 constate que, « le 13 mai 2014, la société G.M. contracta une [...] convention de gérance libre avec [le demandeur], intervenant en qualité de gérant [...], pour l'exploitation du fonds de commerce du restaurant », ce dernier précisant « son intention d'exploiter par le biais d'une société qu'il créa d'ailleurs, soit la société C. », dont « l'acte constitutif a été déposé le 4 juin 2014 conformément à l'article 68 du Code des sociétés », et que cette convention de gérance libre, qui a « pris cours le 1^{er} mai 2014 [...], contient également un article 9 [précisant] les engagements du gérant pour la reprise à son compte, à ses frais, risques et périls, du travailleur affecté à l'exploitation du fonds de commerce, conformément à la convention collective de travail n° 32bis ». Il relève encore qu'après la rupture de cette convention, « une nouvelle convention de gérance libre fut signée le 12 juin 2014, avec effet au 11 juin 2014 [...], avec la société C., représentée par son gérant [le demandeur] ».

Il énonce que, selon « les documents établis par l'Office national de sécurité sociale, [...] la société C. déclara les activités de six travailleurs, notamment [le défendeur, étant entendu que], pour ce dernier, la période de travail fut limitée du 16 mai 2014 au 28 mai 2014 », date à laquelle « la société C. [établit] une 'dimona' de sortie », et que cette date correspond « au

début d'une incapacité de travail [du défendeur] » au terme de laquelle « [le demandeur] refusa [au défendeur] toute activité pour son compte ou pour la société C. [...] au motif 'qu'il était un travailleur du casino' ».

Il ressort de ces énonciations que la société C. a été constituée dès après la conclusion de la convention du 13 mai 2014 et qu'elle a repris six travailleurs, dont le défendeur, pour exploiter le fonds de commerce.

L'arrêt attaqué du 20 juin 2019, qui considère que le demandeur agissant pour la société C. en formation est personnellement tenu aux côtés de cette dernière de l'engagement de reprise, viole la disposition légale précitée.

Le moyen, en cette branche, est fondé.
(...)

OBSERVATIONS

Pas de solidarité entre le promoteur et la société en cas de reprise des engagements

Cet arrêt n'est pas la source d'un enseignement nouveau, mais il réaffirme les effets de la reprise par une société des engagements pris en son nom avant sa constitution.

Les promoteurs d'une société peuvent s'engager au nom de la société à constituer. Désormais fixé à l'article 2:2 du Code des sociétés et des associations, ce mécanisme permet de préparer, voire d'entamer les activités de la société avant d'avoir finalisé les formalités de constitution et d'acquisition de la personnalité juridique. La société dispose ensuite d'un délai de trois mois¹ pour reprendre à son compte, si elle le souhaite, les engagements pris en son nom.

Cette situation peut évoluer de deux manières.

Soit la société reprend, dans les délais et selon les modalités fixées par le CSA, les engagements pris en son nom avant qu'elle vienne à exister, et ces engagements sont alors considérés comme ayant été, dès leur naissance, ceux de la société. La Cour de cassation a déjà précisé que, dans ce cas, « à l'égard du promoteur, la reprise a l'effet d'une condition résolutoire qui le libère des engagements contractés au nom de la société »².

Soit la société ne reprend pas ces engagements selon les règles légales (c'est-à-dire qu'elle n'est pas constituée, ou qu'elle refuse de les reprendre ou qu'elle s'abstient de faire les démarches nécessaires), et c'est alors le promoteur qui reste tenu vis-à-vis du tiers envers lequel l'engagement a été pris.

1491.-1. Ce délai était de deux mois sous l'empire du Code des sociétés de 1999 (art. 60).

2. Cass., 8 mai 2015, *J.D.S.C.*, 2016, n° 700, p. 45, obs. H. CULOT, « Société en formation, achat d'immeuble et opposabilité aux tiers ». Voir aussi H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, « Handboek Vennootschapsrecht », Anvers, Intersentia, 2020, pp. 188-189 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, T. XII, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 11 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 364.

Ce système ne prévoit donc pas de codébiton ni, en conséquence, de solidarité³ : c'est la société qui est tenue, ou bien son promoteur, mais pas les deux⁴. La cour d'appel qui avait condamné tant le promoteur que la société voit donc son arrêt cassé.

Deux remarques complémentaires à ce sujet.

D'une part, l'article 2:2 du CSA dispose certes que les promoteurs « sont personnellement *et solidairement* responsables » (je souligne). Ceci vise toutefois le cas où plusieurs promoteurs auraient pris, ensemble, des engagements au nom d'une société à constituer. Si la société ne reprend pas les engagements, tous les promoteurs qui se sont engagés sont alors solidairement tenus à l'égard du tiers⁵. Il n'est toutefois pas question d'une solidarité entre la société et les promoteurs, mais seulement d'une solidarité entre les promoteurs.

D'autre part, rien n'interdit de prévoir contractuellement une solidarité entre le promoteur et la société à constituer⁶. Dans ce cas, la solidarité ne trouve pas sa source dans l'article 2:2 du CSA⁷, mais bien dans le contrat et dans les articles 1200 et suivants de l'ancien Code civil. Si la société reprend le contrat, elle est liée par celui-ci. Quant au promoteur, il ne sera tenu par cette solidarité que s'il l'a aussi acceptée en son nom propre. En effet, si le contrat prévoyant la solidarité a été conclu uniquement au nom de la société en formation et que cette dernière reprend l'engagement, le promoteur est censé n'avoir jamais contracté et ne pourrait donc, logiquement, pas être tenu par la solidarité que le contrat prévoit.

3. P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *op. cit.*, n° 7.
4. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, « Handboek Vennootschapsrecht », *op. cit.*, p. 184. Avec toutefois une nuance en cas de reprise de l'engagement en dehors des conditions de l'article 2:2, par exemple au-delà du délai légalement prévu (M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés - Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. not.*, T. XII, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 231 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, *op. cit.*, p. 375).
5. J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 23 ; J. MALHERBE *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 245.
6. S. GILCART et C. BROCAL, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », vol. 2, *G.U.J.E.*, livre 14bis.2, n° 730, p. 77 ; J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, *op. cit.*, p. 25 ; D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 365.
7. Voir H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, « Handboek Vennootschapsrecht », *op. cit.*, p. 188.