

Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL, volume 1

***GUJE, 2^e édition – Livre 14bis.2
D.S.C., 4^e édition – Livre 5***

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

Henri CULOT

*Professeur à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles*

650. **L'article 60 du Code des sociétés : les rapports entre les fondateurs et les tiers**
 705. **La continuité entre la société en formation et la société qui reprend l'engagement**

N° 1399. – Anvers, 14 mai 2018¹

Présentation : Les promoteurs d'une société en formation concluent un contrat de concession au nom de cette société, mais le contrat est ensuite exécuté par une autre société, avec l'accord du concédant. La société ayant exécuté le contrat est ensuite déclarée en faillite et le concédant se tourne alors vers les promoteurs, signataires de la convention à l'origine, pour leur réclamer un solde des redevances.

La Cour d'appel d'Anvers estime que les promoteurs ne sont pas tenus. Toutefois, elle n'aboutit pas à cette conclusion en appliquant le mécanisme propre aux engagements pris au nom des sociétés en formation, mais sur la base d'un raisonnement qui semble se fonder sur le droit des contrats.

Sommaire : Les promoteurs qui ont pris un engagement au nom d'une société en formation ne sont pas liés par les obligations découlant de ce contrat si le cocontractant a accepté que ces obligations soient exécutées par une société tierce, ce qui résulte du fait que les parties se sont comportées, pendant l'exécution du contrat et à l'occasion de sa rupture, comme si cette société tierce était le cocontractant.

Parties : V.J. et H.S./A. BVBA

(...)

II. Faits, demandes et jugement attaqué

1. Le 10 décembre 2012, Monsieur J.V. et Madame S.H. (ci-après désignés ensemble comme les « parties appelantes ») (mais avec la mention de leur nom derrière la mention « J. » comme société à constituer) d'une part et la SPRL A. (ci-après désigné comme « A. »), d'autre part ont conclu une convention dans laquelle A. concédait l'exploitation d'une brasserie. Il a été mis fin à l'amiable à la convention de concession le 10 mars 2014.

Le 15 mai 2014, A. a transmis aux parties appelantes un décompte (des indemnités de concession impayées).

Le 6 juin 2014, A. a mis les parties appelantes en demeure de procéder au paiement.

Le 30 juillet 2014, A. a procédé à citation.

2. Dans la citation, A. demandait la condamnation des parties appelantes au paiement du montant de 17.327,59 €, à majorer des intérêts moratoires à un taux d'intérêt conventionnel de 10 % par an à partir du 20 juin 2014, des intérêts judiciaires et des frais et dépens de l'instance.

Par jugement du tribunal de commerce d'Anvers, division Tongres, du 14 avril 2015, le dossier a été renvoyé au tribunal civil de première instance du Limbourg, division Tongres.

1399.-1 Cette décision a été publiée en néerlandais dans *Huur*, 2018/3, p. 138.

Par jugement par défaut du 26 juin 2015 du tribunal de la première instance du Limbourg (division Tongres), l'action de A. a été déclarée recevable et fondée et les parties appelantes ont été condamnées à payer à A. le montant de 17.327,59 €, plus les intérêts de retard au taux d'intérêt conventionnel de 10 % à partir du 20 juin 2014 et les frais et dépens de l'instance.

3. Par exploit signifié le 30 novembre 2015, les parties appelantes forment opposition au jugement par défaut du 26 juin 2015 visant ainsi à entendre rétracter le jugement par défaut, et, statuant à nouveau, entendre rejeter la demande de la partie demanderesse initiale.

Par jugement du 27 mai 2016, l'opposition a été déclarée recevable, mais non fondée, et le jugement par défaut du 26 juin 2015 a ensuite été confirmé.

(...)

IV. Appréciation

8. A. affirme que Monsieur J.V. et Madame S.H. doivent être considérés comme concessionnaires, avec la SPRL P. Le fait que la SPRL P. était à tous égards concessionnaire ressort tant de la facturation de A. à la SPRL P. (et seulement à cette société), des mises en demeure ainsi que du fait que A. a introduit une déclaration de créance dans la faillite de la SPRL P.

Les actes de A. au cours de la convention de concession ainsi qu'à la lumière de la terminaison montrent à suffisance de droit que A. acceptait la SPRL P. comme entité qui a repris les obligations de concession après la signature de la convention de concession. Autrement dit, les actes de A. indiquent qu'elle s'est déclarée d'accord sur le fait que ce n'était pas la société J. encore à constituer (telle que mentionnée dans la convention de concession), mais SPRL P. qui a repris les obligations de la convention de concession.

9. La demande, à laquelle il doit encore être répondu à ce jour, porte sur la question de savoir si Monsieur J.V. et Madame S.H. peuvent encore être considérés comme coconcessionnaires et peuvent être tenus coresponsables pour le paiement des redevances de concession impayées. A. soulève deux éléments à ce propos :

- La convention de concession sur laquelle Monsieur J.V. et Madame S.H. seraient prétendument mentionnés comme les concessionnaires.
- Le courrier de résiliation du 6 mars 2014 dans lequel Monsieur J.V. et Madame S.H. ont (prétendument) dénoncé la convention de concession tant en nom personnel qu'en tant que représentants de la SPRL P.

10. La Cour décide que A. prouve insuffisamment en droit que la convention de concession indique en soi que Monsieur J.V. et Madame S.H. seraient intervenus en nom personnel comme concessionnaires. Cela ressort des mentions des parties, sachant qu'il est indiqué par deux fois la même chose, à savoir J. en dessous de la mention des noms J.V. et S.H. Près de la signature, il est également uniquement repris « *pour le concessionnaire* », dans l'énumération des parties à la convention, seul J. (dont la SPRL P. a repris les droits) étant mentionné comme « *concessionnaire* ».

Il a déjà été précisé ci-dessus que A. a accepté que les obligations de la société J. (société encore à constituer au moment de la signature de la convention de concession) ont été reprises par la SPRL (existante) P. La SPRL P. a donc repris, avec le consentement de A., les droits et les obligations de la société J. encore à constituer, et même plus encore les droits et les obligations alléguées de Monsieur J.V. et de Madame S.H. (*quod non*), même si des doutes existaient dans le chef de A.

Vu que les obligations de concession n'existaient que dans le chef de la SPRL P., on ne peut, sur la base du courrier de renon du 6 mars 2014, déduire aucune relation de concession en nom personnel dans le chef de Monsieur J.V. et de Madame S.H. L'on peut d'ailleurs renvoyer à ce propos aux mentions de ce courrier de renon, signé par le gérant de A. où il est déclaré sous la mention « *autres accords* » que Monsieur J.V. et Madame S.H. agissent en tant que les « *deux représentants de SPRL P.* » en ce qui concerne le solde débiteur, après l'imputation de la caution sur la dette locative.

Ce n'est que dans la facture de décompte que Monsieur J.V. et Madame S.H. ont été mis en cause (en personne). Cette facture mentionne, comme destinataires « *SPRL P. en la personne de S.H. et J.V. (conformément à la convention de concession)* », mais cette dernière mention ne correspond pas aux parties à la convention de concession et elle se retrouve uniquement dans cette dernière facture. Il est admis que cette mention n'a été apportée qu'au vu de la situation financière précaire de SPRL P. et cela dans une tentative de récupérer les fonds par le biais des parties appelantes.

11. Vu ce qui précède, l'appel est considéré comme fondé et le jugement de première instance doit être réformé en ce sens.

OBSERVATIONS

Reprise des engagements pris au nom d'une société en formation et cession de contrat

1. Résumé des faits

Malheureusement, l'exposé des faits figurant dans l'extrait publié de cette décision laisse certaines questions sans réponses, ce qui invite à la prudence dans le commentaire de l'arrêt. On peut néanmoins comprendre que deux promoteurs, J.V. et S.H., ont conclu, au nom d'une société en formation « J. », un contrat de concession pour l'exploitation d'une brasserie, avec la SPRL « A. » en tant que concédant.

On ne sait pas si la société J. a été constituée et, le cas échéant, si elle a repris les engagements conclus en son nom. Quoi qu'il en soit, le contrat a ensuite été exécuté par une société dénommée « P. ».

Pour récupérer des redevances laissées impayées après la rupture du contrat et la faillite de P., le concédant assigne J.V. et S.H., arguant qu'ils sont liés par le contrat de concession et, dès lors, tenus au paiement du montant des redevances.

La Cour rejette la demande, estimant que J.V. et S.H. ne sont pas liés par le contrat de concession.

2. Société en formation

Pour rappel, le mécanisme prévu pour les engagements pris au nom d'une société en formation (art. 60 C. soc., art. 2:2 CSA) implique que les promoteurs sont solidairement tenus vis-à-vis du tiers des engagements qu'ils ont pris au nom de la société en formation, sauf si la société acquiert la personnalité juridique dans les deux ans de la naissance de l'engagement et

qu'elle décide de reprendre l'engagement dans les deux (selon le Code des sociétés de 1999) ou trois (selon le CSA) mois de l'acquisition de la personnalité juridique.

Si ces deux conditions sont réalisées, l'engagement est supposé avoir été contracté par la société dès l'origine, ce qui, à la manière d'une condition résolutoire², libère définitivement les promoteurs de toute obligation contractuelle à l'égard du tiers contractant³.

Le mécanisme de la société en formation pourrait donc expliquer que les promoteurs, qui ont conclu le contrat au départ, ne soient pas tenus d'exécuter celui-ci. Cependant, tel n'est pas le motif retenu en l'espèce. La Cour n'examine pas si les conditions de l'article 60 du Code des sociétés sont réunies.

Alors que l'engagement a été pris au nom d'une société en formation J., il a ensuite été exécuté par une société P. Cette circonstance n'exclut pas nécessairement l'application de l'article 60 du Code des sociétés (art. 2:2 CSA). Il est fréquent, en effet, que les promoteurs d'une société envisagent une dénomination puis, pour différentes raisons, modifient leur choix de nom avant la constitution. Que le contrat soit conclu au nom d'une société en formation J. n'empêche pas qu'il soit repris par une société dénommée P. *s'il s'agit de la même société*, c'est-à-dire si l'on peut démontrer que la société P. est bien celle que les promoteurs envisageaient de constituer au moment où ils ont pris l'engagement⁴. À vrai dire, ceci n'est pas différent du cas où une société change de dénomination au cours de son existence, ce changement n'ayant aucune incidence sur les engagements contractuels de la société en question. Comme on l'a dit, il ne semble pas que ceci soit l'explication de la présente affaire, même si ce raisonnement (à supposer que les faits y aient correspondu) aurait abouti au même résultat.

Il demeure qu'à partir du moment où le contrat était, au départ, conclu au nom d'une société en formation, la Cour ne pouvait pas se dispenser – au moins dans une première partie de son raisonnement – de l'application de l'article 60 du Code des sociétés (art. 2:2 CSA). Cet article ne laisse que deux possibilités : soit les engagements ont été repris par la société J. dans les conditions légales et seule la société J. est tenue, soit ils ne l'ont pas été et les promoteurs J.V. et S.H. sont solidairement tenus.

Or, la Cour, dans un raisonnement qui n'est pas d'une parfaite clarté, semble à cet égard adopter une attitude contradictoire, sans jamais citer l'article 60 du Code des sociétés ni vérifier ses conditions d'application. D'une part, elle parle des droits et obligations de J., ce qui suppose que J. ait repris les droits et obligations de ses promoteurs, donc que les conditions fixées par l'article 60 précité aient été réalisées. D'autre part, elle s'efforce à démontrer, au moyen de toutes sortes de circonstances, que les promoteurs ne sont pas tenus, ce qui serait une évidence si, comme le présuppose l'existence de droits et obligations de J., ces engagements avaient été repris en vertu de l'article 60 du Code des sociétés.

3. Reprise du contrat par une autre société

Le raisonnement de la Cour d'appel est plutôt basé sur la technique contractuelle. En rassemblant une série d'éléments tirés de l'observation de la pratique des parties au cours de l'exécution du contrat et à l'occasion de sa rupture, la Cour en déduit qu'avec l'accord (implicite) du

2 Cass., 8 mai 2015, *Pas.*, 2015, 1169 ; *J.D.S.C.*, 2016, p. 45, obs. H. CULOT, « Société en formation, achat d'immeuble et opposabilité aux tiers » ; *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 1115.

3 D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Larcier, 2016, p. 365.

4 S. GILCART et C. BROCAL, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », vol. 2, *G.U.J.E.*, livre 14bis.2, 2012, p. 75, n° 705. Il s'agit d'une question de fait (D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen*, Larcier, 2016, p. 369-370).

concedant, le contrat de concession a été exécuté par la société P., et non par J.V. et S.H. (ni par la société J., qui n'était de toute manière pas à la cause). Il semble qu'en réalité, le concedant a toujours considéré P. comme le concessionnaire, sauf au moment d'établir la facture finale, qui était (bizarrement) libellée au nom de la « *SPRL P. en la personne de S.H. et J.V. (conformément à la convention de concession)* ». C'était évidemment un peu tard pour venir prétendre à l'existence de deux débiteurs supplémentaires.

Le raisonnement de la Cour reste flou sur la qualification de ce qui s'est produit. L'explication qui pourrait être la plus plausible – mais elle n'est pas formulée telle quelle par la Cour – serait qu'il s'agisse d'une cession parfaite de contrat⁵, opération tripartite par laquelle un cocontractant (ici, le concessionnaire originaire, dont on ne sait pas trop, finalement, s'il s'agissait de la société J. ou de J.V. et S.H.) cède sa position contractuelle (ici, à la société P., qui devient donc le nouveau concessionnaire), avec l'accord du cocontractant (la société A. en tant que concedant) pour que cette cession intervienne à la décharge du cocontractant originaire. Une telle analyse aurait probablement nécessité d'établir plus clairement le consentement des trois parties sur cette opération, ce qui n'était pas facile dans la mesure où, si un tel consentement existait, il était tacite et implicite et ne pouvait que se déduire du comportement des parties pendant l'exécution du contrat et au moment de sa rupture. La difficulté était accrue à défaut d'avoir clairement identifié les parties originaires au contrat.

On comprend aussi que la Cour d'appel mette en avant les éléments de fait plutôt que le raisonnement en droit, dès lors que la Cour de cassation, si elle admet la reprise de droits et obligations contractuels sans décharge du cédant⁶, semble toujours s'en tenir, pour ce qui concerne la cession parfaite, à la théorie du « dépeçage » énoncée dans son arrêt du 26 septembre 2003, selon laquelle une cession de contrat s'analyse comme une cession de créances et un transfert de dettes⁷. Cet arrêt énonce que la cession de dette avec accord du créancier pour libérer le cédant constitue une novation, qui « ne se présume point » et doit « résulte[r] clairement de l'acte » (art. 1273 C. civ.). Il n'est pas certain que le dossier contenait tous les éléments requis à cet égard, puisqu'il ne semblait exister aucun « acte » établissant « clairement » l'existence d'une novation. Quoi qu'il en soit, c'est en définitive le consentement des trois parties impliquées qui doit être établi.

Conclusion

Le droit des sociétés et le droit des contrats interagissent étroitement. Les promoteurs qui se sont engagés au nom d'une société en formation peuvent être libérés de leurs obligations soit par application de la technique spécifique de l'article 60 du Code des sociétés (art. 2:2 CSA), soit sur la base de mécanismes du droit commun des obligations ou des contrats. Cependant, cela ne signifie pas qu'on puisse éviter d'examiner les conditions d'application de l'article 60 du Code des sociétés : dès le moment où des engagements sont pris au nom d'une société en formation, cet article s'applique, soit pour mettre les obligations à charge de la société (si elle a repris les engagements), soit pour confirmer que les promoteurs sont obligés (même s'ils ont déclaré ne pas agir pour eux-mêmes). Passer par cette étape obligatoire aurait aidé la Cour d'appel à formuler un raisonnement plus convaincant.

5 P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 916.

6 Cass., 26 juin 2017, C.16.0329.N, *J.T.*, 2018, p. 587.

7 P. WÉRY, *op. cit.*, p. 913 ; Ch. BIQUET-MATHIEU, « Dans l'attente de la réforme du droit des obligations, la notion de cession imparfaite de contrat au cœur de l'arrêt du 26 juin 2017 », obs. sous Cass., 26 juin 2017, *J.T.*, 2018, p. 589.