L'ACTE PEUT-IL ÊTRE REPRIS APRÈS AVOIR ÉTÉ SIGNÉ, ALORS QUE LA SOCIÉTÉ ÉTAIT EN FORMATION?

Il est un principe fondamental en droit des sociétés : ces dernières n'acquièrent la personnalité morale qu'à compter de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Or de nombreux actes sont conclus pendant la période de formation de la société pour le compte de celle-ci, avant qu'elle n'ait la personnalité morale, et leur absence de reprise par la société pourrait induire des conséquences dramatiques pour les associés ou les tiers cocontractants qui ont légitimement cru en la reprise des actes.

Par trois décisions rendues le 23 novembre 2023 (arrêts n° 22-21.623, n°22-18.295 et n°22-12.865) les juges du droit modifient les jalons, posés par le droit positif, de la reprise des actes accomplis pour le compte d'une société en formation, dont la dernière décision d'importance datait du 19 janvier 2022 (arrêt n°20-13.719).

Concernant les sociétés commerciales, l'article L.210-6 alinéa 2 du Code de commerce dispose : « *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 responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société* ».

Pour ce qui est des sociétés civiles, l'article 1843 du Code civil indique : « *Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci ».*

Les règles ainsi posées sont d'une clarté qui n'est qu'apparente.

En effet, la Haute juridiction, et ce de manière constante, estimait que les seuls actes réalisés avant l'immatriculation de

©137Notaires2023.

la société et susceptibles d'être repris après celle-ci, étaient les engagements **expressément souscrits au nom de la société ou pour le compte de celle-ci.**

Etaient alors nuls, les actes passés par la société non immatriculée sans autre précision, et ce même s'il pouvait être déduit des mentions de l'acte ou des circonstances, l'intention de conclure cet acte au nom ou pour le compte de la société en formation.

Cette règle de droit positif réputait donc l'acte repris et conclu par la société, uniquement en présence d'une mention expresse selon laquelle cet acte était accompli au nom ou pour le compte de la société en formation

Par conséquent, l'un au moins des associés "portait" l'acte lors de sa conclusion et conservait la charge de celui-ci si la reprise par la société devait ne pas intervenir.

Deux cas de figure étaient en effet possibles :

Soit le contrat était conclu par la société en formation Z, représentée par Monsieur A : il était alors conclu par la société alors qu'elle n'avait pas la personnalité morale et était nul à son égard.

Soit, le contrat était conclu par Monsieur A, au nom de la société en formation Z : il était alors conclu par une personne au nom de la société en formation et pouvait faire l'objet d'une reprise.

Mais la loi ne prévoyait pas de condition de forme s'agissant de l'accomplissement des actes : ils devaient simplement être faits au nom ou pour le compte de la société en formation.

Le droit positif allait donc au delà de la lettre de la loi et imposait une formalité non obligatoire.

Cette solution présentait des effets indésirables puisque les parties pouvaient ainsi se soustraire à leurs engagements lors de leur démarrage sous forme sociale, et que les tiers cocontractants, en cas d'annulation de l'acte, se trouvaient

©137Notaires2023.

dépourvus de tout débiteur.

La Haute Juridiction a donc entendu modifier la règle de droit positif dans ses décisions du 23 novembre dernier, opérant ainsi **un véritable revirement de jurisprudence**.

Ainsi, même si l'acte ne mentionne pas expressément qu'il a été souscrit au nom et pour le compte de la société en formation, sa reprise est possible par la société immatriculée.

Aujourd'hui, il appartient donc au juge d'apprécier souverainement, par un examen de l'ensemble des circonstances, si la commune intention des parties n'était pas que l'acte soit conclu au nom ou pour le compte de la société et que cette société puisse ensuite, après avoir acquis la personnalité juridique, décider de reprendre les engagements souscrits.

La Cour de cassation va jusqu'à préciser un point d'importance : la validité de l'acte passé pour le compte d'une société en formation n'implique pas, sauf les cas de dol ou de fraude, que la société effectivement immatriculée revête la forme et comporte les associés mentionnés, le cas échéant, dans l'acte litigieux initial (arrêt n° 22-12.865).

Dès lors, il appartenait aux cours d’appel de rechercher s'il ne résultait pas, non seulement des mentions de l'acte, mais aussi de l'ensemble des circonstances, que nonobstant une rédaction défectueuse, la commune intention des parties était que l'acte fût passé au nom ou pour le compte de la société en formation.

Cependant, il est une logique de bon sens en tant que rédacteur d'acte : celle de s'assurer de l'efficacité mais surtout de la sécurité juridique de celui-ci.

Cette sécurité juridique propre à l'acte authentique commande que malgré ce revirement de jurisprudence, l'on mentionne dans une clause, par nature expresse, que l'acte est signé par l'un des futurs associés ou actionnaires au nom ou pour le compte de la société en formation.

Une telle clause est source de sécurité juridique et permet d'éviter tout désaccord sur l'interprétation de la volonté des parties.

©137Notaires2023.

Gageons que la pratique notariale l'entende bien ainsi !

©137Notaires2023.