Tous droits réservés

DROIT COMMUN DES SOCIETES

Séance 3 : L'immatriculation de la société

I. La notion de société en formation 2

A) Problématique liée à la société en formation 2

B) Le point de départ de la société en formation 3

C) La distinction de la société en formation et de la société créée de fait 4

II. Les actes réalisés par la société en formation 5

A) Les actes pouvant donner lieu à reprise 6

1) *Les conditions quant aux actes* 6

2) *Typologie des actes pouvant faire l'objet d'une reprise* 6

a) Les actes de procédure 6

b) Les comptes bancaires 7

c) Les obligations délictuelles ou quasi délictuelle 7

B) Les conditions de la reprise 8

1) *Reprise résultant de la signature des statuts* 8

2) *La reprise résultant d'un mandat* 8

3) *La reprise postérieure à l'immatriculation* 9

4) *La question de la reprise tacite* 9

C) Les conséquences de la procédure de reprise 10

1) *La validité de la procédure de reprise* 10

2) *Le défaut de reprise* 10

La **réforme du droit des sociétés du 24 juillet 1966** a permis de conférer à l'immatriculation de la société une fonction importante : il s'agit du début de la vie juridique de la société, car **l'immatriculation confère la personnalité morale** à la société. Tant que la société n'est pas immatriculée, il s'agira d'une **société en formation**.

Outre cette fonction, l'immatriculation a également pour but d'entrainer des mesures de publicité à l'égard des tiers (information de la création de la société aux tiers).

> **Attention : L'immatriculation ne concernait, dans un premier temps que les sociétés commerciales. Elle a été étendue aux sociétés civiles par la loi du 4 janvier 1978. Les sociétés civiles constituées avant le 1er juillet 1978 échappaient à l'exigence d'immatriculation. La loi du 15 mai 2001, dite NRE est venue mettre un terme à cette exception.**

I. La notion de société en formation

A) Problématique liée à la société en formation

La question de la détermination de la période de formation de la société est importante, car elle permet de déterminer les actes pour lesquels la société sera engagée.

La notion de société en formation n'a de sens que si les associés fondateurs ont l'intention d'immatriculer la société. S'ils souhaitent avoir recours à une société en participation (sans immatriculation et sans personnalité morale), la question de la période de formation de la société ne se pose pas.

La problématique de la société en formation résulte du fait que les textes ne posent pas de délai pour accomplir les formalités et notamment pour immatriculer la société. La période de formation de la société peut donc s'étaler sur un certain laps de temps allant de quelques semaines à quelques années.

Exemple : Cass. Com., 20 nov. 1990, n° 87-12.489, dans cette espèce, la période de formation a duré environ cinq ans. En parallèle, la société a besoin de débuter son activité (achat de matériel, conclusion de contrats…) et il est nécessaire de déterminer un cadre juridique précis à ces actes. Or, ne seront repris et attribués à la société que les actes qui ont été accomplis lorsque la société était en formation.

B) Le point de départ de la société en formation

C'est l'administration fiscale qui, dans un premier temps, a proposé une tentative de définition de la société en formation. Le Fisc reconnait la possibilité qu'une société puisse être en formation « *antérieurement à la signature du pacte social* ». Cependant, il pose une condition à la reconnaissance de la société en formation : il est nécessaire qu'ait été accompli « *un acte opposable aux tiers, et partant inhérent à la procédure de constitution établie par les dispositions législatives et réglementaires* ». Autrement dit, la période de formation débute à partir du moment où il y a remise des fonds provenant de la souscription d'actions ou, en cas d'apport en nature, à la désignation du commissaire aux apports.

La jurisprudence n'a pas eu de ligne directrice ferme quant à la détermination du point de départ de la société en formation. Dans certains arrêts, elle a été jusqu'à considérer que la société en formation débutait lors de la conclusion d'une promesse de société (**Cass., Req., 20 déc. 1920**). Il s'agit, essentiellement d'une logique au cas par cas.

La doctrine commerciale a tendance à retenir une approche plus souple, qui se baserait sur la technique du faisceau d'indices. Seraient regardés :

- La volonté des fondateurs de la société : Il serait alors nécessaire de démontrer la réalité de leurs engagements ainsi que leur conscience de créer une société.

- L'objet des actes réalisés : S'insèrent-ils dans une logique créatrice ? Ont-ils vocation à donner lieu à l'entreprise sociétaire ?

C) La distinction de la société en formation et de la société créée de fait

La société créée de fait est une société sans personnalité donc non immatriculée (**Séance 5**). Les associés de la société créée de fait n'ont pas eu conscience ou n'ont pas eu la volonté de créer une société.

Exemple : Un couple où l'époux est dentiste et l'épouse aide à la comptabilité et au secrétariat. Il y a entre eux l'existence d'une société créée de fait.

La société en formation et la société créée de fait partagent donc deux points communs :

- D'une part, il est possible de démontrer l'existence de « l'entreprise sociale » (volonté de travailler ensemble, début d'activité…).
- D'autre part, ni l'une, ni l'autre n'est titulaire de la personnalité morale.

La distinction entre ces deux formes sociales repose sur la mise en œuvre de plusieurs critères, les magistrats utilisent la technique du faisceau d'indices et procèdent au cas par cas. Sont, notamment, regardés les points suivants : la conclusion d'un contrat de société, la publication des statuts, la réalisation de démarche pour obtenir l'immatriculation, la conclusion d'actes préparatoires à l'activité de la société future… Si la société remplit tous ces critères, il s'agira d'une société en formation. En revanche, s'il n'y a pas de contrat de société conclu, mais que les intéressés se comportent comme s'ils étaient associés (réalisation d'un apport, manifestation d'un affectio societatis, participation aux résultats…), il s'agira d'une société créée de fait.

Si ces critères semblent faciles à déterminer, la mise en œuvre pratique est plus complexe, car plusieurs situations intermédiaires peuvent exister.

Exemple : Les associés ont conclu le contrat de société, mais n'ont pas entamé les démarches pour l'immatriculer.

Le critère le plus important à mettre en évidence est donc le suivant : pour qu'il y ait société créée de fait, il faut que celle-ci ait « *développé de manière durable et importante une activité dépassant l'accomplissement de simples actes nécessaires à la constitution de la société* » (**Cass. Com., 17 mai 1989, Bull. civ. IV, n° 151**).

Exemple : La société en formation qui n'a pas procédé à l'immatriculation et dont l'activité s'est développée au point de dépasser les simples actes nécessaires à sa constitution doit être requalifiée en société créée de fait (**Cass. Com., 26 mai 2009, n° 08-13.891**).

La distinction entre ces deux situations est importante, car elles n'obéissent pas aux mêmes règles. Pour le cas d'une société créée de fait, les associés se retrouveront tenus pour les actes accomplis à l'égard des tiers (ils seront même solidairement tenus si la société a un objet commercial).

À l'inverse, pour les sociétés en formation, en cas de défaut de reprise de l'acte accompli, seules les personnes ayant agi pour le compte de la société en formation seront personnellement tenues.

II. Les actes réalisés par la société en formation

Définition : L'article 1843 du Code civil dispose que « 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 ».

L'article L. 210-6 du Code de commerce dispose, également, que « 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 ».

A) Les actes pouvant donner lieu à reprise

1) Les conditions quant aux actes

La possibilité de reprise est **une exception**, elle doit donc être interprétée strictement.

- La première condition résulte du moment de la conclusion de l'acte : Il doit avoir été conclu pendant la période de formation de la société.
- La seconde condition résulte de la volonté du contractant : Il faut que le contractant ait eu l'intention de conclure l'acte pour le compte de la future société et qu'il l'ait formellement précisé.

Question : Peut-on considérer que le futur associé qui a conclu le contrat pour le compte de la société en formation est un mandataire de la société ?

La Cour de cassation a donné une réponse négative à cette question, car pour qu'il y ait contrat de mandat, il faut un mandant. Or, la société en formation ne peut être mandante (**Cass. Com., 12 fev. 1991, Bull. Civ. IV, n° 73**). Cependant, la technique de reprise peut supposer l'existence d'un mandat. Mais dans ce cas, le contractant sera mandataire de ses coassociés et non de la société.

2) Typologie des actes pouvant faire l'objet d'une reprise

La reprise peut s'appliquer aux actes les plus divers : contrat de bail, contrat de vente, contrat de travail, contrat d'assurance, ouverture d'un compte bancaire…

Cependant, quelques hypothèses peuvent poser problème et sont sujettes à controverses.

a) Les actes de procédure

Question : Une société en formation peut-elle agir en justice ?

La jurisprudence n'a pas de réponse claire à cette question :

Cass. Com., 30 nov. 1999, n° 97-14.595 : Il s'agit d'une société en formation qui avait agi en justice et la 2e chambre civile de la Cour de cassation a décidé que « l'irrégularité d'une procédure tenant à l'inexistence de la personne morale qui agit en justice ne peut être couverte ».

Cass. Civ. 2e, 12 fév. 2004, n° 02-13.672 : « Les assignations ayant été délivrées par une personne morale inexistante, il en résulte que la nullité ne peut être couverte ».

Cass. Civ. 3e, 9 oct. 1996, n° 93-10.225 : L'irrégularité de fond affectant la validité d'une assignation délivrée pour le compte d'une société en formation est couverte en raison de l'immatriculation de la société.

b) Les comptes bancaires

Un compte au nom de la société en formation peut être ouvert. Il s'agit d'un compte spécial qui fait l'objet d'une indisponibilité légale absolue. Autrement dit, les fonds déposés ne pourront être retirés qu'après l'immatriculation de la société.

Il est possible pour le banquier de délivrer un chéquier au nom d'une société en formation (**Cass. Com., 6 mai 2002**).

c) Les obligations délictuelles ou quasi délictuelles

Le mécanisme de la reprise reste limité aux obligations contractuelles de sorte que les obligations nées de faits délictuels ou quasi délictuels ne peuvent faire l'objet d'une procédure de reprise (**CA Paris, 24 fév. 1977**). Si certains auteurs contestent l'absence de reprise des obligations délictuelles ou quasi délictuelles tous, en revanche, s'accordent sur l'exclusion des infractions pénales.

B) Les conditions de la reprise

1) *Reprise résultant de la signature des statuts*

Définition : Aux termes de l'article 6 du décret n° 78-704 « L'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation avec l'indication, pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulterait pour la société est présenté aux associés avant la signature des statuts. Cet état est annexé aux statuts, dont la signature emportera reprise des engagements par la société, lorsque celle-ci aura été immatriculée ».

Cette reprise présente deux caractéristiques majeures :

- La reprise est automatique. Autrement dit, elle résulte de plein droit de la signature des statuts.
- La reprise est d'effet immédiat.

Une condition est nécessaire pour que la reprise ait lieu et soit effective : l'état des actes accomplis pour le compte de la future société figure soit dans les statuts, soit dans un document annexé aux statuts (**Cass. Com., 26 juin 2012, n° 11-20.677**).

2) *La reprise résultant d'un mandat*

Les associés peuvent prévoir dans les statuts ou par actes séparés de donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux ou au gérant non associé pour prendre des engagements pour le compte de la société. L'immatriculation de la société emportera reprise de ces engagements par la société.

Pour qu'une telle reprise puisse se produire, il est important qu'un contrat de mandat ait été conclu. Le **mandat doit être exprès**. En effet, la jurisprudence considère que tous « palliatifs » ne peut être accepté.

Exemple : L'unanimité des associés ne peut remplacer un acte établissant un mandat (**Cass. Com., 5 déc. 2005**). De même l'intérêt exclusif de la société ne peut suppléer l'absence de mandat (**Cass. Com., 23 mai 2006, n° 03-15.486**).

Il s'agit d'un **mandat spécial**, portant sur une voire plusieurs opérations que le mandataire est chargé d'accomplir. Les modalités doivent être précisées au sein du mandat. Par voie de conséquence est exclu un mandat conçu en des termes généraux.

3) La reprise postérieure à l'immatriculation

Une fois la société immatriculée, la reprise des actes accomplis alors qu'elle était en formation est possible. Elle doit alors résulter d'une décision prise, sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés. Il est possible de prévoir une majorité qualifiée ou renforcée voire l'unanimité des associés.

Cette reprise postérieure à l'immatriculation avait déjà été validée par la Cour de cassation (**Cass. Com., 12 fév. 1974, n° 72-14.045**), elle ne fût consacrée que par un **décret de 1978**.

4) La question de la reprise tacite

La reprise est une procédure formaliste et rigoureuse. Il convient donc de respecter les formes prévues par les textes. Cependant, les juridictions du fond ont parfois eu tendance à accepter des hypothèses de reprise tacite. À titre d'exemple, la Cour d'appel de Paris a retenu qu'en approuvant à l'unanimité les comptes du premier exercice social après l'immatriculation, les associés ont « *implicitement, mais nécessairement repris les engagements souscrits par les fondateurs* » (**CA Paris, 16 juin 1980**). La Cour de cassation a parfois validé des reprises tacites (**Cass. Civ. 3e, 2 fév. 2005, n° 03-18.575**). Mais, de manière générale, elle n'y semble pas favorable et reste attachée à la rigueur et au formalisme des textes (**Cass. Civ. 1re, 2 oct. 2002, n° 00-10.499** et **Cass. Com., 9 oct. 2007, n° 06-16.483**).

C) Les conséquences de la procédure de reprise

1) La validité de la procédure de reprise

Lorsque la procédure de reprise est validée s'applique un principe de rétroactivité. Autrement dit, la société se trouve substituée activement et passivement aux personnes qui avaient agi pour son compte avant son immatriculation, et ce dès la conclusion de l'acte. Corrélativement, les signataires se trouvent libérés des engagements pris.

Pour une illustration : la Cour de cassation a pu considérer que du fait de la reprise des engagements pris en son nom, la société était réputée avoir, à la date de la cession du fonds de commerce et donc à la date de la délivrance du congé, la personnalité morale conférée par l'immatriculation (**Cass. Civ. 3e, 7 dec. 2011**).

2) Le défaut de reprise

Le défaut de reprise peut résulter de diverses circonstances : il peut s'agir d'un refus des associés, du non-respect des formalités imposées pour la reprise ou même du défaut d'immatriculation de la société.

Dans ces circonstances, les personnes qui ont agi au nom de la société en projet ainsi que celles qui ont donné mandat d'agir restent tenues à l'égard des tiers (**Cass. Com., 9 nov. 1987**).

Attention : Il est faux de dire que le défaut de reprise entraine la nullité de l'acte, seuls les signataires resteront tenus et non la société, mais l'acte conserve sa validité (Cass. Com., 20 fev. 2007, n° 05-14.058).

À retenir : Si l'acte a été conclu sous la condition suspensive d'une reprise par la société, dans ce cas, les signataires ne sont pas tenus.

Aussi, il peut arriver qu'à l'occasion d'un acte passé pour le compte d'une société en formation, un cautionnement soit donné en guise de garantie. Si l'acte cautionné n'est pas repris, que se passe-t-il concernant le cautionnement ? Si le cautionnement a été donné par la personne qui a

conclu l'acte cautionné, cette dernière sera tenue qu'il y ait reprise ou non. Si le cautionnement est donné par un tiers et qu'il a été clairement mentionné que l'engagement portait sur la garantie d'une dette de la société en projet, dans ce cas, le cautionnement sera frappé de caducité.