

Sociétés et dirigeants

Acte passé au nom d'une société en formation : l'esprit l'emporte sur la forme

Par trois arrêts du 29 novembre 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation opère un important revirement de jurisprudence relatif à la délicate question du formalisme attaché à la passation d'acte dans l'intérêt d'une société en formation ; un revirement allant dans un sens plus libéral.

« Société en formation » : l'expression inspire des sentiments partagés aux praticiens, qu'ils louent la souplesse du mécanisme ou qu'ils s'inquiètent des grains de sable susceptibles de le gripper. Des grains de sable nombreux qui suscitent un contentieux irritant et récurrent où affleurerait un excès de « juridisme ». Les praticiens se réjouiront donc du vent libéral que la chambre commerciale de la Cour de cassation fait souffler par trois arrêts du 29 novembre 2023, promis à une publication au Bulletin et qui signent un revirement de jurisprudence sur une délicate question : le formalisme relatif aux actes passés au nom d'une « société en formation » (Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-12.865, n° 756 BR ; Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-21.623, n° 757 BR ; Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-18.295, n° 758 BR).

De brefs rappels sont nécessaires pour comprendre le sens et la portée de ce revirement. La notion de « société en formation » naît du décalage qui existe entre la signature des statuts par les associés et le moment de l'acquisition de la personnalité juridique par la société du fait de son immatriculation au Registre du commerce et des sociétés (C. civ., art. 1842 ; C. com., art. L. 210-6, al. 1^{er}). Pendant cette période intercalaire, la loi permet de passer des actes au nom de la société en formation que celle-ci pourra ensuite reprendre une fois devenue une personne morale (C. civ., art. 1843 ; C. com., art. L. 210-6, al. 2). Le mécanisme se veut simple, mais des difficultés en ponctuent l'exécution du début à la fin appelant les praticiens à la vigilance. La jurisprudence se fait ainsi l'écho de contentieux relatifs au formalisme des conditions de la conclusion des actes passés au nom de la société, à la nature desdits actes (préparatoires mais non d'exploitation au risque de la requalification en société créée de fait), aux modalités de la reprise de ces derniers par la société (la reprise dite « implicite » est prohibée : Cass. com., 6 déc. 2005, n° 03-16.853, B). Les appels à la simplification d'un temps juridique complexe sont nombreux (par ex. : Th. de Ravel d'Esclapon, Pour une reprise implicite des actes accomplis pour le compte de la société en formation : RTD. com. 2018. 1). C'est précisément le sens du revirement ici étudié, lequel réduit la portée du formalisme traditionnellement exigé s'agissant des conditions de la passation d'actes au nom de la société en formation. Tel est le sens du vent : vers davantage de libéralisme et une modification significative de l'office du juge. Alors que celui-ci se faisait le rigoureux gardien du formalisme, il est désormais appelé à apprécier *in concreto* la commune intention des parties de contracter au nom d'une société en formation. Hier, le juge imposait sa rigueur ; demain, ce sera son pouvoir souverain d'appréciation.

Hier : la rigueur du juge

La rigueur du juge inscrivait la pratique de la passation des actes dans l'intérêt d'une société en formation dans une logique binaire : la formule adéquate étant ou non employée, l'acte était ou non valablement passé. Ce formalisme longtemps imposé fait ici l'objet d'une critique serrée par la Cour de cassation.

● Un formalisme rigoureux mais justifié

« Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation (...) » (C. com., art. L. 210-6, al. 2) : ce petit bout d'article a été à l'origine d'une pratique particulièrement rigoureuse qui se manifestait doublement. En amont, la jurisprudence a imposé aux praticiens le respect d'un strict formalisme. La Cour de cassation rappelle dans ses trois arrêts du 29 novembre 2023 que seuls les actes expressément souscrits « au nom » ou « pour le compte » de la société en formation étaient susceptibles d'être repris par la société, une fois celle-ci immatriculée. La Haute juridiction cite en ce sens un certain nombre de décisions censées illustrer ce formalisme, auxquelles nous renvoyons le lecteur. Censées car, si leur lecture convainc de la récurrence du contentieux en ce domaine, toutes ne sont pas également pertinentes pour démontrer le caractère sacramental des expressions « au nom » ou « pour le compte ». Sont particulièrement probants et étaient bien l'argumentation de la Cour les arrêts de la troisième chambre civile du 5 octobre 2011 (Cass. 3^e civ., 5 oct. 2011, n°09-72.855) et de la chambre commerciale du 19 janvier 2022 (Cass. com., 19 janv. 2022, n° 20-13.719 : v. BAG 162, « Nullité absolue des contrats signés par une société avant son immatriculation », p. 5). La rigueur se manifestait également en aval par la sanction retenue : l'acte conclu par une société dépourvue de personnalité juridique est nul, d'une nullité absolue et, comme telle, insusceptible d'être confirmée. Un formalisme qu'une nullité absolue sanctionne en cas de non-respect : la rigueur de la jurisprudence est établie.

Remarque : à noter, en revanche, que l'acte conclu par un futur dirigeant ou un futur associé en son nom personnel, sans mention de la société en formation, n'est pas nul. Certes, cet acte ne peut pas être repris par la société, mais il demeure valable entre le signataire et son cocontractant.

Comme le souligne la Cour de cassation, cette rigueur n'était pas injustifiée : l'impératif de sécurité juridique la dictait. La Cour souligne, à juste titre, que « la présence d'une mention expresse selon laquelle l'acte est accompli « au nom » ou « pour le compte » d'une société en formation protège, d'un côté, le tiers cocontractant, en appelant son attention sur la possibilité, à l'avenir, d'une substitution de plein droit et rétroactive de débiteur, et, de l'autre, la personne qui accomplit l'acte « au nom » ou « pour le compte » de la société, en lui faisant prendre conscience qu'elle s'engage personnellement et restera tenue si la société ne reprend pas les engagements ainsi souscrits ». L'analyse que propose la Cour de cassation des mentions « au nom de » et « pour le compte de » retient toutefois l'attention en ce qu'elle paraît les considérer comme des mentions strictement informatives mais lourdement sanctionnées, à l'image des mentions de même nature que la loi imposait en matière de cautionnement (par ex. : C. conso., anc. art. L. 331-2), elles-mêmes sanctionnées par la nullité de l'acte en cas de défaut. Jamais la Haute juridiction ne les envisage comme concrétisant juridiquement la représentation de la société en formation. Autrement écrit, la Cour offre une vision édulcorée sinon réductrice de ces formules : un formalisme informatif à la sanction disproportionnée.

● Un formalisme critiqué

La Cour de cassation critique ce formalisme et opte donc pour un revirement de jurisprudence. Comme pour tout arrêt de revirement, ceux du 29 novembre 2023 bénéficient d'une « motivation enrichie » par laquelle la Cour expose les raisons de sa volte-face.

La Cour de cassation tire toutes les conséquences de sa jurisprudence ancienne : l'acte non expressément souscrit « au nom » ou « pour le compte » d'une société en formation étant nul, ni la société ni celui ou ceux qui ont entendu agir pour le compte de celle-ci n'auront à répondre de son exécution. La différence avec le cas de l'acte, valable mais non repris par la société, est patente car les personnes ayant agi au nom de la société seront ici engagées (C. civ., art. 1843 ; C. com., art. L. 210-6, al. 2) ; la différence est excessive, voire contre-productive. La Cour a ainsi beau jeu de souligner que la solution critiquée peut être instrumentalisée par une partie qui souhaiterait se soustraire à ses engagements. L'annulation fragilise, par ailleurs, la société au moment de son démarrage, tandis que le tiers contractant n'a plus aucun débiteur alors même que l'économie des dispositions applicables à la société en formation tendait précisément à éviter pareille situation. Résumons : une solution susceptible de servir la partie de mauvaise foi et de desservir doublement la sécurité juridique, en contradiction avec la finalité de la loi ; la solution doit donc être abandonnée.

Abandonner une solution prétorienne, c'est ne pas tenir compte d'une certaine interprétation d'un texte. Encore faut-il que ce texte soit susceptible de plusieurs interprétations, ce qui postule une lettre « malléable ». Or, la lettre de l'article L. 210-6, alinéa 2 du code de commerce n'impose aucune formule particulière. Il en va de même de l'article 1843 du code civil, applicable aux sociétés civiles en formation. La Cour de cassation observe donc, à juste titre, qu'aucune disposition légale ou réglementaire relative au régime juridique de la société en formation n'impose que l'acte doive, expressément et à peine de nullité, mentionner qu'il est passé « au nom » ou « pour le compte ». L'argument porte à lui seul.

On pourrait y ajouter un argument a contrario : dans la situation symétrique, soit celle d'une société en liquidation, le législateur a pris soin de préciser qu'« à compter de la dissolution de la société la mention » société en liquidation « ainsi que le nom du ou des liquidateurs doivent figurer sur tous les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers (...) » (D. n° 78-704, 13 juill. 1978, art. 13). En somme, quand le législateur veut imposer une forme particulière pour assurer l'information des tiers et la sécurité juridique, il sait trouver les mots ; à défaut, force est de constater qu'il laisse aux parties le choix de formuler les termes de cette information. L'abandon de la solution ancienne signe donc celui d'un système : l'exigence d'un formalisme devenu impératif par la rigueur du juge. L'adoption de la solution nouvelle signifie une substitution de système : un abandon du formalisme et son remplacement par une situation souverainement appréciée par le juge.

Demain : l'appréciation du juge

Le revirement de jurisprudence marque théoriquement un reflux du formalisme. A bien y réfléchir, davantage qu'un reflux, c'est plutôt une moindre importance accordée à ce dernier qui est ici consacrée. Cela ne signifie pas qu'en pratique les conseils abandonneront les formules usuelles, si bien qu'il est permis de s'interroger sur la réalité de ce reflux du formalisme.

● Un reflux du formalisme

Le reflux du formalisme va de pair avec l'admission de la commune intention des parties comme nouveau fondement des actes passés pour la société en formation. Un fondement dont les trois arrêts commentés, par un bel effet de résonance, offrent trois illustrations concrètes.

L'évolution impulsée consiste à désormais reconnaître au juge « le pouvoir d'apprécier souverainement, par un examen de l'ensemble des circonstances, tant intrinsèques à l'acte qu'extrinsèques, si la commune intention des parties n'était pas que l'acte fût conclu au nom ou pour le compte de la société en formation et que cette société puisse ensuite, après avoir acquis la personnalité juridique, décider de reprendre les engagements souscrits ». Cette évolution signe la fin du caractère *ad validitatem* des formules « au nom » et « pour le compte » et leur substitue le critère plus libéral de la « commune intention des parties ». L'esprit l'emporte sur la forme. En d'autres termes, les personnes agissant au nom d'une société en formation, ainsi que leurs conseils, pourront, à l'avenir, recourir à des formules variées dès lors qu'elles révèlent la « commune intention des parties ». Mieux, à défaut de formule probante et en cas de contentieux, il sera encore possible de plaider devant le juge l'existence de cette « commune intention ». Le recours au critère de la « commune intention des parties » au cas présent est à rapprocher de la réforme de l'article 1844-6 du code civil par la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019, laquelle autorise une « prorogation *a posteriori* » de la société sous certaines conditions et notamment le constat de « l'intention des associés de proroger la société ». L'œuvre prétorienne rejoint donc celle législative : il s'agit de gommer les « excès de juridisme » susceptibles de nuire à la sécurité juridique et économiquement contre-productifs.

Remarque : on relèvera que les arrêts de la Cour sont rendus au visa des articles L. 210-6 et R. 210-6 du code de commerce, respectivement applicables aux sociétés commerciales et aux sociétés par actions. Du fait de l'identité des textes applicables, le revirement de jurisprudence est évidemment transposable aux sociétés civiles, aux SNC, aux SCS et aux SARL (C. civ., art. 1843 ; D. n° 78-704, 3 juill. 1978, art. 6 ; C. com., art. R. 210-5).

Les trois arrêts du 29 novembre 2023, judicieusement choisis, permettent d'esquisser les solutions à venir.

Le premier (n° 22-18.295) peut, de prime abord, étonner : une cour d'appel refuse de prononcer la nullité d'un bail commercial pourtant conclu par les associés fondateurs d'une société en formation sans que ceux-là aient indiqué agir au nom de celle-ci. La cour relève, en effet, que la société a spécifié être « en formation » et les associés ont explicitement manifesté leur intention de reprendre l'acte conclu. C'est insuffisant pour la Cour de cassation qui censure son arrêt : il lui est reproché de ne pas avoir recherché s'il résultait de l'ensemble des circonstances, notamment des mentions du bail, que la commune intention des associés fondateurs et de la bailleresse était que l'acte fût passé au nom ou pour le compte de la société en formation. La commune intention à caractériser est ainsi celle de toutes les parties à l'acte à travers un ensemble d'éléments pouvant dépasser la seule analyse de l'acte litigieux.

Le deuxième arrêt (n° 22-21.623), de rejet, est particulièrement intéressant. Est ici en cause une promesse de cession d'actions conclue au profit d'une société en formation mais dénuée d'une des formules consacrées. Le promettant s'en prévaut pour se soustraire à son engagement. La cour d'appel retient cependant, pour en ordonner l'exécution forcée, que la promesse litigieuse a été signée par le gérant de la société en formation et que les correspondances produites montrent que le promettant avait été clairement informé, avant la signature de cet acte, que son interlocuteur agissait pour le compte d'une société en formation. La Cour de cassation valide cette analyse : les juges d'appel ont fait ressortir la commune intention des parties que l'acte soit conclu au nom ou pour le compte de la société en formation et que cette société puisse ensuite, après avoir acquis la personnalité juridique, décider de reprendre les engagements souscrits.

Le troisième et dernier arrêt (n° 22-12.865) est de censure et celle-ci est cohérente. Une cour d'appel retient, pour prononcer la nullité du bail commercial conclu dans l'intérêt d'une société en formation que les associés n'ont pas agi « pour le compte de la société en formation » en leur qualité d'associé, comme le veut l'usage, afin de pouvoir engager la société elle-même une fois immatriculée. La Cour de cassation casse son arrêt car les juges d'appel auraient dû rechercher, non seulement à partir des mentions de l'acte, « mais aussi de l'ensemble des circonstances [si], nonobstant une rédaction défectueuse, la commune intention [des parties au bail] était que l'acte fût passé au nom ou pour le compte de la société en formation ». Ce dernier arrêt illustre parfaitement le revirement intervenu.

Remarque : dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation précise que 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. Autrement dit, il importe peu que la forme sociale et les associés d'une société en formation diffèrent de ceux de la société effectivement immatriculée.

● Un reflux réel du formalisme ?

Il convient de ne pas exagérer la portée du revirement de jurisprudence opéré : le formalisme ancien survivra même si son statut a changé.

Écrivons-le d'emblée : les praticiens du droit seraient bien inspirés de perpétuer les formules éprouvées. Le revirement de jurisprudence doit, en effet, être pris pour ce qu'il est : l'octroi d'une « session de rattrapage » pour les actes dont il n'est pas certain qu'ils aient effectivement été conclus « au nom » et « pour le compte » de la société en formation. Or, le recours à un conseil tend précisément à limiter l'incertitude si bien que l'on peut imaginer que les praticiens, soucieux de se soustraire à l'aléa judiciaire, devraient se montrer encore plus rigoureux s'agissant des formulations employées. A cet argument d'opportunité, ajoutons-en un plus pratique : l'importance des formulaires. On sait que les conseils recourent systématiquement aux formulaires que leur proposent les différents éditeurs juridiques. Or, un rapide examen des modèles proposés par les principaux éditeurs montre que les formules « au nom » et « pour le compte » sont présentes. Ces éditeurs intégreront évidemment le revirement de jurisprudence. Il est cependant douteux qu'ils en concluent à la suppression de ces formules dans les trames qu'ils proposent ; ils alerteront plus probablement sur la nécessité d'une particulière précision s'agissant des conditions de la passation de l'acte au nom de la société en formation.

De fait, ce sont bien les praticiens oublieux et les personnes non averties qui éprouveront la solution nouvelle formulée par la Cour de cassation. Un contentieux de la « commune intention des parties » se développera donc devant les juridictions du fond. Un contentieux d'autant plus difficile à cerner qu'il relèvera de l'appréciation souveraine des juges du fond. Or, en pareille hypothèse, il faut du temps pour qu'une jurisprudence se forme et se cristallise. Les conseils scruteront donc les premières décisions, tenteront d'identifier les éléments pertinents retenus par les juges du fond et spéculeront sur le sort de leur décision devant la Cour de cassation. Le libéralisme de cette dernière a, de fait, une conséquence pratique évidente : celle d'une appréciation *in concreto*. Reconnaissons tout de même le didactisme de la démarche de la Cour qui a accompagné son revirement de trois décisions, soit trois occasions de déterminer les premières lignes directrices du contentieux à venir. Et une de ces lignes apparaît en filigrane : c'est l'application immédiate – donc rétroactive – du revirement de jurisprudence aux affaires en cours. Nul doute que l'on plaidera, aussi, sur le terrain de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales...

En conclusion, grande est la tentation de souligner le paradoxe du revirement commenté qui pourrait conduire à définitivement sacraliser les formules « au nom » et « pour le compte » et à susciter une certaine insécurité juridique – certes temporaire – liée à l'imprévisibilité du contentieux de la « commune intention des parties ».

- Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-12.865, n° 756 B + R
- Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-21.623, n° 757 B + R
- Cass. com., 29 nov. 2023, n° 22-18.295, n° 758 B + R

Thierry Favario
Maître de conférences
Université Jean-Moulin - Lyon 3