

## TITRE II. UNE PERSONNALITE MORALE

### CHAPITRE I. L'OCTROI DE LA PERSONNALITE

#### SECTION I. LA NATURE DE LA PERSONNALITE

Deux théories s'affrontent : la théorie de la fiction et la théorie de la réalité.

La première signifie que la personnalité n'est conférée à la société que parce que la loi l'attribue. En conséquence, en dehors des hypothèses prévues par la loi et hors des limites posées par celles-ci, la personnalité ne saurait être reconnue et s'exprimer.

La seconde conduit à reconnaître l'existence d'une personnalité morale à tout groupement qui a un intérêt collectif distinct de ses membres mis en œuvre par une organisation minimale. La reconnaissance de cet intérêt collectif conduit à conférer au groupement tous les droits nécessaires à sa réalisation.

- ✎ En matière sociale, la Cour de cassation a consacré la seconde théorie dans un arrêt du 28 janvier 1954 (Bull. civ. II, n° 32 ; D. 54.217, note Levasseur) : « Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; Que, si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice » ;
- ✎ En droit des sociétés, la théorie de la fiction l'emporte car ce n'est pas le contrat de société mais bien l'immatriculation qui conduit à la personnalité. La personnalité morale est attribuée artificiellement, fictivement par ordre de la loi.
- ✎ L'art. 1842 du Code Civil dispose que « les sociétés jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ». L'article L. 210-6 du code de commerce dispose que « Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation. »

#### SECTION II. LE TEMPS DE LA PERSONNALITE

L'article 3 du Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil dispose :

*« La durée de la société court à compter de de l'immatriculation de celle-ci au registre du commerce et des sociétés.*

*Elle peut être prorogée une ou plusieurs fois sans que chaque prorogation puisse excéder quatre-vingt-dix-neuf ans. »*

## I. La société en formation

### A. Les actes accomplis

La personnalité est conférée à la société par l'immatriculation. A partir de cet instant, les tiers peuvent conclure des contrats avec la société. Toutefois, entre le moment des premières négociations, du contrat de société jusqu'à l'immatriculation, des actes peuvent être accomplis par les futurs associés ou fondateurs. La société n'existe pas encore au moment de la passation de ces actes. Qu'en advient-il ?

Selon l'article L. 210-6 al. 2 du code de commerce : *« 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. »*

Dans le même sens, 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.*

Ces articles posent le principe que les actes précédant l'immatriculation de la société relèvent de la responsabilité des personnes qui les ont conclus, c'est-à-dire les futurs associés. Cette responsabilité est solidaire en cas de société commerciale, sans solidarité dans les autres cas ([Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2014](#) n°13-20356).

- La nullité des actes est encourue lorsque ceux-ci n'ont pas été faits au nom et pour le compte des bonnes personnes. Ainsi, l'acte fait par les associés n'est pas nul s'il l'a été à leur nom. La Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir jugé qu'une adjudication pouvait être faite pour le compte d'associés fondateurs d'une société, ce dont il ne résultait pas que l'adjudication était portée non au nom de la société en formation, mais à celui de ses associés fondateurs, la société pouvant reprendre les obligations nées de cet acte lors de son immatriculation, mais qu'il est nul s'il a été accompli au nom de la société ([Com. 20 fév. 2007, n° 05-14058](#), ; Bull. Civ. IV, n° 61).
- Si l'acte est accompli au nom de la société alors que celle-ci n'existe pas encore, cet acte est logiquement nul.

*Ainsi, la Cour de cassation a jugé que : « Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir constaté que les deux conventions n'avaient pas été souscrites au nom d'une société en formation, mais par la société Dolce Vita elle-même, l'arrêt relève qu'elles ont été conclues à une date à laquelle cette dernière n'était pas encore immatriculée au registre du commerce et des sociétés et n'avait donc pas la personnalité juridique lui permettant de contracter ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement déduit que les deux conventions étaient nulles pour avoir été conclues par une société dépourvue de la personnalité morale ;*

*Attendu, en second lieu, que la nullité affectant les actes conclus par une société dépourvue d'existence juridique a le caractère de nullité absolue ; qu'il en résulte que les sociétés du groupe Guess pouvaient se prévaloir de la nullité des conventions litigieuses et que celles-ci n'étant pas susceptibles de confirmation ou de ratification, leur*

*irrégularité ne pouvait être couverte par des actes d'exécution intervenus postérieurement à l'immatriculation de la société Dolce Vita ; que par ce motif de pur droit, suggéré par la défense, substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié » (Com., 21 février 2012, n° 10-27630; v. ég. Civ. 3<sup>e</sup>, 5 oct. 2011, n° 10-12072)*

- La nullité étant absolue, une régularisation de l'acte n'est pas possible : « *La nullité affectant les actes conclus par une société dépourvue d'existence juridique a le caractère de nullité absolue et ces actes n'étant pas susceptibles de confirmation ou de ratification, leur irrégularité ne peut être couverte par des actes d'exécution intervenus postérieurement à l'immatriculation de la société en formation » (Com., 21 février 2012, n° 10-27630, Bulletin 2012, IV, n° 49)*

## B. Les actes repris

Les actes accomplis par les associés fondateurs peuvent être repris dès lors qu'ils ont été passés au nom et pour le compte de la société en formation ([Com., 21 février 2012, n° 10-27630](#) ; [civ. 3<sup>ème</sup> 11 fév. 2016, n° 13-11685](#), Bull. civ. III, n°844, III, n° 867).

Dans ce cas, la société se substitue aux personnes qui ont conclu les actes. L'on répute la société partie à ces actes, depuis leur conclusion, de manière rétroactive. En conséquence, la société en devient responsable au lieu et place des personnes qui les ont conclus (C.civ., art. 1843 in fine). Mais il faut nécessairement respecter certaines formalités. A défaut, il ne saurait y avoir de reprise ([Com., 13 déc. 2011, n° 11-10699](#), Bull. civ. IV, n° 210)

Quelles sont ces formalités ?

L'article 6 du Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil dispose que : «

*« 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.*

*En outre, les associés peuvent, dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux, ou au gérant non associé qui a été désigné, de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que les modalités en soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société emportera reprise de ces engagements par ladite société.*

*La reprise des engagements souscrits pour le compte de la société en formation ne peut résulter, après l'immatriculation de la société, que d'une décision prise, sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés.*

*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.*

*En outre, les associés peuvent, dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux, ou au gérant non associé qui a été désigné, de prendre des engagements*

*pour le compte de la société. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que les modalités en soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société emportera reprise de ces engagements par ladite société.*

*La reprise des engagements souscrits pour le compte de la société en formation ne peut résulter, après l'immatriculation de la société, que d'une décision prise, sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés. »*

La Cour de cassation a jugé que *« la reprise, prévue à l'article 1843 du Code civil, par une société des engagements souscrits par les personnes qui ont agi au nom de cette société lorsqu'elle était en formation, ne peut résulter, en application de l'article 6 du décret du 3 juillet 1978, que de la signature des statuts lorsque l'état prévu au même article aura été préalablement annexé à ces statuts, ou d'un mandat donné avant l'immatriculation de la société et déterminant dans leur nature, ainsi que dans leurs modalités les engagements à prendre, ou enfin, après l'immatriculation, d'une décision prise à la majorité des associés ; qu'en statuant comme elle a fait, sans avoir constaté l'accomplissement régulier de l'une ou l'autre de ces formalités, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».* (Civ. 1<sup>re</sup>, 26 avril 2000 n° 98-10917 ; Bull. civ. I, n° 123).

### 1. Reprise à la signature des statuts

Lorsque les actes accomplis pour le compte de la société en formation sont annexés aux statuts, la signature des statuts emporte reprise automatique des actes par la société à compter de son immatriculation.

Mais encore faut-il que les documents annexés aux statuts comportent, pour chacun des actes, l'indication de l'engagement en résultant pour la société en formation (Déc. 1978, art. 6 al. 1 ; Com., 13 juillet 2010, 09-68142).

### 2. Reprise à la suite d'un mandat

Les associés peuvent donner mandat à l'un ou à plusieurs d'entre eux de prendre des engagements bien déterminés pour la société (Déc. 1978, art. 6 al. 2). Ce mandat peut être conféré dans les statuts ou par acte séparé.

L'acte accompli en vertu de ce mandat sera repris automatiquement par la société dès son immatriculation si la personne qui l'a conclu a agi envers les tiers en vertu de ce mandat. Il faut que les engagements ainsi que ses modalités soient précisés dans le mandat.

Ce mandat, pour valoir reprise, doit être donné à l'une des personnes mentionnées par les textes.

- Ainsi, pour la SARL, les sociétés civiles et la SNC, le mandat peut être donné à tous les associés ou à l'un d'entre eux ou au gérant non associé.
- Dans les sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne, les sociétés en commandite et les SAS, les associés ne peuvent donner mandat valant reprise qu'à un ou plusieurs d'entre eux.

Cette solution ne vaut que dans la mesure du mandat. Tout engagement qui serait souscrit en-dehors des termes précis du mandat ne saurait être repris automatiquement.

Les contrats conclus en vertu d'un mandat trop général doivent faire l'objet d'une approbation des associés postérieurement à l'immatriculation de la société dans les conditions mentionnées ci-dessous.

La Cour de cassation a admis que « l'engagement pris par un associé pour le compte d'une société à responsabilité limitée en formation peut être ratifié par un mandat donné par les associés avant l'immatriculation de la société, laquelle emporte reprise de ces engagements par ladite société » ([Com., 1<sup>er</sup> juill. 2008, n° 07-10676](#), Bull. civ. IV, n° 139 ; Dans le même sens : [Com., 23 mai 2006](#), pourvoi n° 03-15.486, Bull. 2006, IV, n° 130).

### 3. Reprise après l'immatriculation

L'article 6 dern. al. du Décret n°78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil dispose que « *La reprise des engagements souscrits pour le compte de la société en formation ne peut résulter, après l'immatriculation de la société, que d'une décision prise, sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés* ».

La Cour de cassation a admis que cette reprise puisse se faire du simple fait de l'immatriculation. Les circonstances de l'espèce expliquent cette solution particulière. Il s'agissait d'enchères portées au nom d'une société en formation, cette société immatriculée par la suite ayant pour objet social l'acquisition du bien acheté aux enchères. La Cour de cassation considère que la cour d'appel retient exactement que « *l'enchère portée au nom et pour le compte d'une société en cours de formation n'encourt pas la nullité lorsqu'en raison de la reprise des actes accomplis pendant sa formation, l'enchère est réputée avoir été conclue dès l'origine par la société ultérieurement immatriculée* » et « *qu'ayant constaté, sans être critiquée, que la société, dont les statuts avaient été déposés avant la déclaration d'adjudicataire, avait été constituée pour l'acquisition du bien litigieux, ce dont il résultait que sa gérante avait nécessairement qualité pour se porter acquéreur de ce bien pour la société, la cour d'appel a jugé, à bon droit, que la société avait repris cet engagement à son compte et que l'enchère, réputée avoir été contractée par la société, était régulière* » ([Civ. 2<sup>ème</sup>, 10 sept. 2009, n° 08-15882](#), Bull. civ. I, n° 207).

Mais le principe du simple fait d'une immatriculation demeure. Il a été également clairement affirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 mai 2006 : « *Attendu que pour dire que M. Y..., en sa qualité d'associé de la société PAM ne peut être tenu au paiement des sommes réclamées par Mme X... au titre de l'exécution de l'acte du 17 janvier 1989, l'arrêt retient encore que par l'effet de son immatriculation au registre du commerce la société a repris les engagements souscrits pour son compte par l'ensemble des associés qu'elle a entrepris d'exécuter effectivement. Attendu qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé les textes susvisés* » ([Com., 23 mai 2006, n° 03-15486](#), Bull. civ. IV, n°130)

Plus récemment, la Cour de cassation a jugé que « *la reprise des engagements souscrits pour le compte de la société en formation ne peut résulter, après l'immatriculation de la société, que d'une décision prise, sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés ; qu'en se bornant à constater que les statuts faisaient état de l'apport des baux ruraux litigieux sans rechercher, comme elle y était dûment invitée, si la régularité de cet apport ne dépendait pas d'une décision adoptée à la majorité des associés de la SCEA G.H. X..., la Cour d'appel a privé sa*

décision de toute base légale au regard de l'article L.411-38 du Code rural et de la pêche maritime et de l'article 6 du décret en date du 4 juillet 1978 » ([civ. 3<sup>ème</sup> 11 fév. 2016, n° 13-11685](#), Bull. civ. III, n°844, III, n° 867).

#### 4. Effets de la reprise

Du fait de la reprise, les associés qui ont passé l'acte au nom et pour le compte de la société en formation sont libérés. La société en devient responsable à titre rétroactif, depuis la date de la passation de l'acte.

L'effet rétroactif joue quelle que soit la date de reprise après l'immatriculation ([Civ. 3<sup>e</sup>, 7 avr. 2016](#), n° 15-881) : « *Mais attendu qu'ayant relevé qu'il n'était pas contesté que la SARL, régulièrement immatriculée, avait repris l'engagement résultant de la vente du 10 juin 2002 par une délibération de ses associés, la cour d'appel, qui n'a pas violé le principe de la contradiction, en a exactement déduit que peu importait la date de la délibération dès lors que, par l'effet rétroactif de cette reprise, la SARL était réputée propriétaire de l'immeuble à l'égard des tiers et de la SCI depuis l'origine de la vente le 10 juin 2002 et justifiait avoir qualité pour agir en diminution de prix le 4 juin 2003* ».

Dans le même sens, la Cour de cassation a considéré que « *Viole l'article L. 210-6 du code de commerce une cour d'appel qui, pour valider un congé et le refus de paiement d'une indemnité d'éviction, retient qu'à la date du congé la société locataire n'était pas encore immatriculée alors que du fait de la reprise des engagements pris en son nom, cette 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* » ([Civ. 3<sup>e</sup>, 7 décembre 2011, n° 10-26726](#), Bulletin 2011, III, n° 206

#### II. La société en transformation

La transformation d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une nouvelle personne morale. Si la société est absorbée par une autre société, la personnalité de la société absorbée disparaît. La société absorbante conserve sa personnalité et continue la personne de la société absorbée. Il convient toutefois de noter qu'en cas de fusion entre deux sociétés, une nouvelle personne morale résulte de cette fusion.

L'absorption ne saurait se faire au détriment du droit des tiers qui ont conclu des contrats avec la société absorbée.

Par ailleurs, l'article L. 251-18 du code de commerce dispose :

*« Toute société ou association dont l'objet correspond à la définition du groupement d'intérêt économique peut être transformée en un tel groupement sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.*

*Un groupement d'intérêt économique peut être transformé en société en nom collectif sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.*

Le droit fiscal adopte des solutions particulières. La transformation d'une société transparente en une société opaque ou l'inverse peut entraîner une imposition. C'est le changement de régime fiscal qui

fonde l'imposition (IR/IS), l'opération étant alors vue en principe comme une cessation d'activité de la société transformée.

### III. La société en liquidation

Lorsque la société prend fin, elle est mise en liquidation, ce qui aboutit à la disparition de la personnalité morale.

La personnalité morale de la société dissoute est cependant maintenue pendant la période de liquidation pour les besoins de la liquidation (C. Civ. , art. 1844-8 al. 3) : *« La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. »*

La personne morale s'éteint à la clôture de la liquidation ou à la publication de la clôture de la liquidation pour les sociétés civiles (art. 1844-8 al. 3 Cciv.)

Toutefois, lorsque des droits ou obligations à caractère social n'ont pas été liquidés, la Cour de cassation a admis que la société revive le temps de leur liquidation (Com. 13 fév. 1996, RJDA 1996,n° 793).

Enfin, il convient de dire un mot de la transmission universelle de patrimoine (TUP) qui intervient lorsqu'un associé réunit l'ensemble des parts d'une société. Une telle réunion de parts n'entraîne pas de plein droit dissolution de la société ( C. Civ. Art. 1844-5 al. 1).

Mais si la dissolution intervient, *« celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation »* ( C. Civ. Art. 1844-5 al. 3).

Cet alinéa ajoute que : *« Les créanciers peuvent faire opposition à la dissolution dans le délai de trente jours à compter de la publication de celle-ci. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. La transmission du patrimoine n'est réalisée et il n'y a disparition de la personne morale qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées ».*

Dans ce cadre, la question de la transmission des obligations de la société dissoute à la personne qui a recueilli son patrimoine peut se poser. Elle l'a été notamment à propos d'amendes civiles. Une société filiale avait été assignée aux fins de condamnation à une amende civile pour pratiques anticoncurrentielles. Au cours de la procédure, elle a fait l'objet d'une dissolution sans liquidation au sens de l'article 1844-5 du code civil conformément à la volonté de son associé unique. Finalement, l'associé unique a été condamné à payer l'amende. La Cour de cassation a jugé que *« que le principe de la personnalité des peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise ».* ([Com., 21 janv. 2014, n° 12-29166](#)). Cette décision a été prise même si le Conseil constitutionnel avait considéré qu'une sanction prononcée par une juridiction civile telle que l'amende civile de l'article L. 442-6 du code de commerce constitue une « sanction ayant le caractère d'une punition » susceptible d'être confrontée au principe constitutionnel de personnalité des peines (v. plus récemment, Cons.

Const. 18 mai 2016, [n° 2016-542](#)). Finalement, l'affaire a été portée devant le CEDH. Celle-ci considère que si le principe de la personnalité des peines est bien applicable à l'amende civile, le fait de condamner la société mère à payer cette amende n'y contrevient pas (CEDH, 1<sup>er</sup> oct. 2019, n° [37858/14](#)).