

Chronique de droit des sociétés

Michel Storck
Professeur

Chantal Cutajar
Maître de conférences

Faculté de Droit de Strasbourg

4. Société fictive. Entité économique contrôlée par une seule personne. Caractère artificiel de la création. Preuve résultant de faits postérieurs à la création de la société

Pour caractériser la fictivité d'une société, résultant du caractère artificiel de sa création et de la perpétuation, sous une forme juridique distincte, d'une seule entité économique, les juges peuvent se référer à des faits postérieurs à cette création.

Cass. com. 13 octobre 1998, n° 1516 D, Pastor c/de Loth ès qual.

L'arrêt de la chambre commerciale du 13 octobre 1998 vient nourrir la jurisprudence déjà bien fournie qui érige de longue date la société fictive en une source autonome d'extension d'une procédure collective (21). L'action en extension trouve son fondement dans le droit commun de la simulation. Elle permet de débusquer le chef d'entreprise qui tente de s'abriter derrière l'écran de la personnalité morale d'une société pour échapper aux conséquences d'une procédure collective, si son entreprise venait à être déclarée en état de cessation des paiements. L'arrêt apporte une contribution intéressante à cette importante question dans une espèce où la procédure ouverte contre la société fictive est étendue au propriétaire d'un fonds de commerce donné en location-gérance lors de la création d'une société.

M. Pastor, propriétaire d'un fonds de commerce florissant, puisqu'en 1990, le bénéfice de l'entreprise unipersonnelle s'élevait à 800 000 francs, en fait apport à la Société Pastor qu'il crée en août 1991. Pendant six mois, la société paie régulièrement la redevance de la location-gérance à M. Pastor, puis les paiements cessent. Le 29 mars 1994 une procédure de redressement judiciaire est ouverte contre la société des Etablissements Pastor. La procédure est convertie en liquidation

judiciaire. Les juges du fond en prononcent l'extension à M. Pastor sur le fondement de la fictivité de la société des Etablissements Pastor.

M. Pastor reproche à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir «confirmé cette décision alors [...] qu'à la différence de la confusion des patrimoines, qui s'apprécie à tout moment et suppose une pluralité de personnes indépendantes avec leur patrimoine propre, la notion de société fictive, qui s'apprécie au jour de la création de la personne morale, repose sur l'idée de l'unité du patrimoine concerné, dont la prétendue société ne serait qu'un élément du passif ; qu'en prononçant l'extension de la procédure à M. Pastor, motif pris de ce que la création de la société Pastor aurait un caractère fictif, tout en constatant cependant que l'exercice ayant suivi cette création était bénéficiaire pour la société et que son chiffre d'affaires était en progression et que les loyers de location-gérance ont été réglés pendant les six premiers mois, ce qui conduisait à écarter toute idée de fictivité au jour de la création, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et a violé l'article 7 de la loi du 25 janvier 1985 [...]».

La Cour de cassation rejette le pourvoi considérant «qu'après avoir relevé que dès la création de la société Pastor en août 1991 le résultat qui était auparavant largement bénéficiaire a fortement diminué, que le paiement de la redevance de location-gérance n'a été effectué que pendant six mois et que M. Pastor a été imposé au titre de l'impôt sur le revenu pour l'année 1991 pour une certaine somme, la cour d'appel tire les conséquences qui s'évincent des éléments de preuve qui lui étaient soumis en retenant que la création de la société Pastor n'a été que la perpétuation, sous une forme juridique distincte, d'une seule entité économique, contrôlée par une seule personne, marquant ainsi la fictivité de la société en raison du caractère artificiel de sa création qui ne pouvait être démontrée qu'à partir de faits postérieurs à celle-ci».

Statuant sur la preuve de la fictivité d'une société, l'arrêt de la chambre commerciale du 13 octobre 1998 apporte un éclairage intéressant tant en ce qui concerne le contenu de la notion de fictivité (I) que les modalités de la preuve de la ficti-

vité (II).

I La notion de fictivité est fuyante (22). Les hypothèses de fictivité sont si nombreuses qu'une démarche visant à les répertorier sont vouées à l'échec (23). Traditionnellement, on situe le fondement de la fictivité dans le défaut d'affectio societatis. Pratiquement, il importe de déterminer selon quels critères les tribunaux se déterminent pour conclure à l'existence d'une société fictive ; c'est poser le problème de la preuve de la fictivité, c'est s'intéresser aux manifestations tangibles, matérielles, qui révéleront le défaut d'affectio societatis. L'analyse de la jurisprudence permet de mettre en évidence un certain nombre d'indices (24) qu'il est possible de réunir autour d'une double série de critères, organiques et fonctionnels, permettant d'induire la fictivité d'une société. Dès lors, la fictivité résulte de la combinaison de tous ces indices formant les ingrédients d'un montage que les juges n'hésitent pas à censurer (25). Ces indices sont nombreux (26).

Ceux retenus en l'espèce concernent l'origine de la société. La Cour de cassation a condamné à de nombreuses reprises au titre de la fictivité la mise en société d'une entreprise dont les résultats étaient médiocres et qui n'était dictée que par la recherche d'une limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel (27). Dans une espèce récente (28) la chambre commerciale a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Toulouse qui avait prononcé la confusion des masses actives et passives d'une SARL à laquelle la liquidation judiciaire de l'artisan avait été étendue. La cour relevait que la SARL exerçait la même activité que celle de l'artisan qui en était le gérant et lui avait apporté l'intégralité de l'outillage professionnel affecté au fonds artisanal. Les deux entités ont été considérées indissociables, sans qu'il soit tenu compte de ce que l'apport des éléments du fonds artisanal avait été publié et qu'il n'était pas démontré l'existence de rapports financiers anormaux. Pour la Cour de cassation la fictivité résulte du constat de la cour d'appel selon lequel «*la société n'était en réalité qu'une fiction et ne constituait qu'une façade, sa création n'ayant eu pour objet que de permettre à M. Miailles de continuer l'exploitation de son activité de carrossier*».

Dans l'arrêt commenté, le bénéfice de l'entreprise individuelle est passé de 800 000 francs en 1990 à 57 000 francs pour l'exercice 1991-1992 alors que l'associé principal a été imposé à l'impôt sur le revenu pour un montant de 418 000 francs. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation en déduit que «*la création de la société Pastor n'a été que la perpétuation, sous une forme juridique distincte, d'une seule entité économique, contrôlée par une seule personne, marquant ainsi la fictivité de la société en raison du caractère artificiel de sa création [...]*».

La référence à l'existence «*d'une seule entité économique*» n'est pas sans rappeler la question qui avait été posée en matière de groupes de sociétés, si l'unité d'entreprise constituait, en droit positif, une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire (29) à côté de la confusion de patrimoine et de la fictivité. La référence par la Haute juridiction à cette même notion en l'absence de groupe est-elle de nature à relancer le débat ? Il ne le semble pas. Les mêmes arguments peuvent être invoqués contre l'admission d'une telle thèse. Un obstacle juridique dirimant s'y oppose : le principe de l'autonomie juridique de sociétés dotées de la personnalité morale à l'égard des fondateurs, des associés et des tiers (30). La sécurité juridique l'impose :

l'extension fondée sur le droit commun doit être strictement limitée eu égard aux conséquences irréversibles qu'elle entraîne. Les seules limites admissibles ne peuvent résulter que de la création volontaire d'une apparence contraire à la réalité constitutive de la fictivité ou de la confusion de patrimoine. On ne saurait admettre au nom d'on ne sait quel principe de transparence, dont les fondements sont mal assurés, qu'il soit porté atteinte à ce principe en dehors de ces hypothèses.

La référence à la notion d'unité d'entreprise apparaît dès lors comme une «*expression commode pour traduire la situation existante et peut-être même la réalité économique, mais ne sert nullement d'assises à l'extension prononcée*» (31).

En l'espèce, la cour d'appel a relevé les indices propres à démontrer que malgré l'apport fait du fonds de commerce en location-gérance, l'associé principal a continué à tirer des revenus de l'exploitation de ce fonds de commerce en dehors des redevances, ce qui est attesté par le montant de son imposition sur le revenu. Il faut supposer que ces revenus ne pouvaient provenir que de l'exploitation du fonds de commerce. C'est en cela que la création de la société se révèle artificielle. Dès lors, le fondement de la fictivité réside bien dans le caractère artificiel de la création. La référence à l'unité d'entreprise ne fait que caractériser une situation de fait.

II La preuve de la fictivité est libre (32). Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier le caractère fictif d'une société (33). L'appréciation souveraine exclut l'utilisation de motifs dubitatifs pour qualifier les éléments de fait concernant la preuve de l'intention de s'associer des parties (34). En revanche, la Cour de cassation exerce son contrôle (35). Elle reconnaît aux juges du fond, le pouvoir de déterminer la nature exacte des opérations intervenues entre les parties et obligeant ces dernières, et de restituer aux dites opérations leur véritable caractère (36). La qualification d'un contrat en contrat de société ne s'impose pas aux juges qui sont souverains pour apprécier l'intention des parties. Il leur appartient pour ce faire de rechercher la réalité derrière l'apparence de l'acte de société (37). C'est au juge de restituer à l'acte sa qualification exacte en tenant compte des mobiles qui l'ont inspiré et du but poursuivi (38).

S'agissant de la date à laquelle il convient de se placer pour apprécier l'existence de la fictivité, il convient de noter que la Cour de cassation juge de manière constante que les conditions de validité d'une société s'apprécient au moment de sa création (39). Mais, s'agissant de fictivité, c'est de qualification dont il s'agit (40). Or, pour qualifier les relations contractuelles entre les parties, il a été jugé que «*le juge peut [...] se fonder sur des éléments postérieurs au début de leurs engagements*» (41).

De fait, la fictivité d'une société n'apparaît pas de prime abord. Il est quasiment impossible matériellement de créer ostensiblement une société dans le mépris des conditions légales. Ainsi, une société anonyme dont les statuts mentionneraient un associé unique ne passerait pas le stade du contrôle du greffe. L'hypothèse est très marginale. Seul, le procédé de la simulation permet de cacher les vices affectant dès l'origine la création de la société. C'est pourquoi la preuve de la fictivité de la société ne pourra résulter que d'une «*recherche des conditions réelles de l'acte [...] pour mettre en évidence le caractère trompeur de l'apparence et le fait que, derrière la façade, existe non une société véritable*

mais un seul maître de l'affaire» (42).

En décidant que la fictivité de la société fondée sur le caractère artificiel de sa création «ne pouvait être démontrée qu'à partir de faits postérieurs à celle-ci», l'arrêt de la chambre commerciale du 13 octobre 1998 met fin à l'incertitude qu'avait pu faire naître une décision de la cour d'appel de Paris (43). Celle-ci avait considéré que c'était à tort que les premiers juges s'étaient référés à des présomptions tirées de l'attitude de certains associés au stade de l'introduction de la procédure judiciaire pour en déduire la nullité du contrat de société en raison de l'absence d'affectio societatis.

L'arrêt commenté est l'occasion de rappeler aux praticiens tous les dangers qui entourent la mise en œuvre artificielle de la personnalité morale sous couvert d'organisation patrimoniale. Si le droit positif ne remet pas en cause globalement la recherche d'optimisation, force est de constater, au vu des décisions jurisprudentielles que, lorsque survient la cessation des paiements, les tribunaux ont tôt fait de lever l'écran artificiellement interposé d'une personne morale fictive, la considérant inexistante pour atteindre le patrimoine là où ses détenteurs avaient cru pouvoir le mettre à l'abri.

Certes, les créanciers de la société déclarée fictive ne sauraient s'en plaindre. En revanche, ceux de la personne à qui la procédure est étendue s'en inquiéteront, principalement en matière de groupes de sociétés où l'extension présente des dangers pour les créanciers des sociétés du groupe qui sont in bonis parce qu'ils subissent le concours des créanciers des autres sociétés. Il faut prendre garde à ce que l'insolvabilité des sociétés soumises à une procédure de redressement judiciaire ne vienne pas «contaminer les autres» (44). ■

C.C.

(21) Martin-Serf (A.), Sociétés fictives et frauduleuses, *Jurisclass. Sociétés*, V° Consentement des parties, Fasc. 7-40, n° 163-187.

(22) Pour un essai de conceptualisation Cf. Cutajar (C.), La société écran, Essai sur sa notion et son régime juridique, *LGDJ*, 1998.

(23) Martin-Serf (A.), préc. qui distingue les hypothèses où la société fictive masque l'activité d'une seule personne (soit que la société dépend d'une seule personne physique soit qu'elle dépend d'une autre personne morale) et celle où la société fictive masque l'existence d'un autre contrat. Spéc. n° 12 à 45.

(24) Cutajar C., op. cit.

(25) Idem, n° 333 et s.

(26) La démission en blanc ; la cession de parts en blanc ; la réunion des parts ou actions en une seule main ; la souscription par prête-nom ; la disproportion des apports ; le lien de parenté ou d'alliance entre l'associé principal et les autres associés ; l'existence d'une clause de rachat des titres sociaux, le défaut d'activité de la société. Pour des références jurisprudentielles et doctrinales, voir Cutajar (C.), op. cit.

(27) Com. 23 janv. 1963 : *Bull. civ. III*, n. 57 ; Com. 3 oct. 1989 : *Dr. sociétés*, déc. 1989, p. 3 ; Colmar, 16 mars 1965 : D. 1966, somm. 22 ; *Rev. trim. dr. com.* 1966, 118, obs. Houin.

(28) Com. 19 nov. 1996 : *Rev. proc. coll.*, 1997, p. 167, obs. J.-M. Calendini.

(29) Derrida (Fernand), L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? Etude de jurisprudence, *Mélanges Derrupé*, 1991, p. 29.

(30) A propos des groupes, voir Rivière, note sous CA Toulouse, 2^e ch. 11 mai 1994, *Bull. Joly*, 1995, p. 662, § 231. Le groupe n'a pas la personnalité morale : Com. 3 nov. 1988, *Rev. sociétés*, 1989, 289, obs. Guyon ; BIS, févr.-mars 1989, *Inf.*, n° 15 qui a condamné un dirigeant à payer une dette qu'il prétendait à la charge du «groupe de sociétés».

(31) Derrida, préc.

(32) Voir Guyon (Y.), *Jurisclass. Sociétés*, V° Preuve des sociétés, fasc. 27 B, n° 6 ; adde com. 3 mars 1958, *JCP*, 1959, II, 1099, note Bastian ; S., 1960, 5, Note Auteserre ; Com. 19 mai 1969 : *Bull. civ.*, IV, n° 182, p. 178 ; Com. 21 mars 1977 : *Bull. civ.*, IV, n° 90, p. 77.

(33) Com. 20 juin 1984 : *Bull. civ. IV*, n° 203, p. 169 ; 18 juill. 1989 : idem, n° 223, p. 150, *Rev. soc.* 1990, somm. 76.

(34) Com. 19 mai 1969, *Bull. civ. IV*, n° 182.

(35) Com. 29 oct. 1957, *Gaz. pal.* 1958, I, 150 ; adde dans le même sens com. 11 juill. 1955, GP, 1955, 2, 199 ; 10 janv. 1956, GP, 1956, I, T. V° Faillite, n° 2 Bull. cass. 1956, n° 316

(36) Cass. civ., I, 26 mai 1954, *JCP*, 54, II, 8377.

(37) Cass. civ. 12 déc. 1978, *Bull. civ.*, n° 306, p. 252 ; DS, 1980, somm., 161.

(38) Paris, 14 févr. 1946, *JCP*, 1946, 3036.

(39) Civ. 1^{re}, 24 oct. 1978 : *Bull. civ.*I, n. 318 ; Cass. com. 12 oct. 1993, *Droit des sociétés*, 1994, Fasc. 44-A dans le même sens : Paris, 25 avr. 1984, *Bull. Joly*, 1984, p. 10005, n° 368 § II

(40) Cutajar (C.), op. cit., p. 341 s.

(41) Com. 12 oct. 1993 préc.

(42) Stoufflet, Cité par *Lamy Sociétés commerciales*, n° 432.

(43) 25 avr. 1984, *Bull. Joly*, 1984, p. 10005, n° 368 § II.

(44) Derrida, art. préc.