

## Prefață

Acest prim volum reunește cea mai mare parte a lucrărilor prezentate cu ocazia primei ediții a Conferinței Internaționale a Doctoranzilor în Drept organizată împreună cu Doctorialele Colegiului juridic franco-român de studii europene aflate la a V-a ediție, în zilele de 28-29 iunie 2024.

Un eveniment științific dobândește valoare prin discuțiile pe care le generează, prin teoriile pe care le promovează și chiar prin disputele de idei din timpul dezbaterilor ce pot să apară cu ocazia prezentării fiecărei comunicări. În cazul doctoranzilor, pentru care cercetarea științifică reprezintă un început de drum, modelul de organizare al conferinței l-a constituit Doctorialele Colegiului juridic franco-român de studii europene. Intrate deja în tradiție, Doctorialele reunesc doctoranzii Școlii Doctorale de Drept a Facultății de drept a Universității din București, unii aflați în cotutelă cu o universitate franceză și doctoranzii unor universități din Franța, cu predilecție ai Universității Paris 1 – Panthéon – Sorbonne. Cu această ocazie, doctoranzii realizează o prezentare a documentării parcurse în vederea elaborării tezei, a modalității de abordare a temei alese precum și a stadiului redactării, în funcție de anul din stagiul doctoral, în care se află și primesc sfaturi pertinente și idei utile de sistematizare a lucrării, de metodologie etc. chiar de la conducători de doctorat francezi și români.

Conferința Școlii Doctorale de Drept organizată pornind de la această idee a reunit doctoranzii de la Școli Doctorale de Drept din Hexagon ce integrează Facultățile de drept de la Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, Universitatea Alexandru Ioan Cuza din Iași, Universitatea Lucian Blaga din Sibiu, Universitatea de Vest din Timișoara și Universitatea din Craiova alături de Universitatea din București.

Pentru a răspunde exigențelor legale care stabilesc standarde minimale pentru acordarea titlului de doctor, în cadrul Conferinței Internaționale a Doctoranzilor în Drept, fiecare doctorand participant a realizat o prezentare a unei tematici din teza sa de doctorat, în limbile franceză, engleză sau română. Cu ocazia fiecărei prezentări au intervenit cu idei, sugestii, propuneri etc. conducătorii de doctorat prezenți la fiecare secțiune și au avut loc discuții interactive cu privire la subiectele puse în discuție, toate de actualitate, având un caracter interdisciplinar, ancorate adeseori, în dreptul Uniunii Europene, în jurisprudența CJUE sau CEDO.

Comunicările doctoranzilor se află în acest volum. Ele reflectă preocupările autorilor – mare parte tineri, care au urmat în succesiunea lor firească studii de licență, studii de master și au dorit continuarea pregătirii lor profesionale, cu un doctorat – care să le întrească cunoașterea aprofundată a unei anumite instituții a dreptului, de care cel mai adesea s-au simțit atrași în timpul studiilor anterioare.

Interesul deosebit al participanților la conferință a fost evident pe parcursul întregii zile în care aceasta s-a desfășurat, discuțiile continuând cu aceeași pasiune și intensitate și în pauzele de cafea și de masă. Propunerea de a continua organizarea conferinței în anul următor dar pe parcursul a două zile a venit de la sine. Iar ideea de a implica participarea și altor conducători de doctorat din centrele universitare mai sus menționate s-a profilat pentru viitor.

Adresez calde mulțumiri pentru întreg efortul depus cu ocazia organizării Conferinței și a realizării volumului de față, domnului profesor universitar dr. Corneliu-Liviu Popescu, titular al Departamentului Școlii Doctorale de Drept; doamnei dr. Elena Pacea, Secretar General al Colegiului juridic franco-român de studii europene, precum și domnilor profesori universitari dr. François-Guy Trébulle, Directorul Colegiului juridic franco-român de studii europene, și Jean-Christophe Barbato, Directorul Departamentului de Drept internațional și european al Școlii doctorale de drept a Universității Paris 1 Panthéon-Sorbonne, tuturor pentru sprijinul necondiționat acordat în organizarea Conferinței în cadrul Doctorialelor, precum și echipei de la Colegiu implicată în organizare, Charlotte Colard, Adrien Noulens și Elie Brandmeyer. Pentru Charlotte Colard și Elie Brandmeyer, ambii sufletul echipei, mulțumiri cu totul speciale, pentru aportul considerabil adus la realizarea volumului de față și sollicitudinea permanentă cu care a răspuns tuturor problemelor. Un grand merci!

Mulțumiri colegilor conducători de doctorat implicați în desfășurarea conferinței prin participarea activă, în calitate de moderatori, la secțiunile organizate pe domenii ale dreptului: d-na. prof. univ. dr. Claudia-Ana Moarcăș, d-na. prof. univ. dr. Cristina Rotaru Radu, d-na. prof. univ. dr. Verginia Vedinaș, d-na. conf. univ. dr. Andra-Roxana Trandafir, d-nul. prof. univ. dr. Radu Rizoiu și desigur, d-nul. prof. univ. dr. Corneliu-Liviu Popescu.

**Dana Apostol Tofan**

# **DREPT PRIVAT**



# Les sociétés fictives et simulées en droits français et roumain

## *Fictitious and Simulated Companies in French and Romanian Laws*

### *Societățile fictive și simulate în dreptul francez și român*

Elie BRANDMEYER\*

#### **Résumé**

*Les sociétés fictives ont été initialement appréhendées, en droit français comme en droit roumain, sous le prisme de la simulation. Cependant, en droit français elles sont majoritairement sanctionnées par la nullité. Tant le recours à la simulation que la sanction de la nullité sont critiquables, l'une en raison de l'émergence d'un type de fictivité qui ne semble plus reposer sur des indices organiques présents ab initio mais sur des critères fonctionnels apparaissant en cours de vie sociale, l'autre en raison de sa non-conformité avec le droit européen applicable aux sociétés de capitaux et aux sociétés à responsabilité limitée. Le but du présent article est de tenter d'uniformiser le traitement de cette problématique en dégagant un fondement commun à toutes les formes de fictivité et une sanction juridiquement acceptable.*

**Mots-clés:** *sociétés fictives, personnalité morale, simulation, nullité, inopposabilité.*

#### **Abstract**

*Fictitious companies were initially understood, in both French and Romanian law, through the lens of simulation. However, in French law, they are mostly sanctioned by nullity. Both the use of simulation and the sanction of nullity are subject to criticism: the former due to the emergence of a type of fictitiousness that no longer seems to be based on organic indicators present ab initio, but on functional criteria that appear during the life of the company; the latter due to its non-compliance with European law applicable to corporations and limited liability companies. The purpose of this article is to attempt to standardize the treatment of this issue by identifying a common basis for all forms of fictitiousness and a legally acceptable sanction.*

**Keywords:** *fictitious companies, legal personality, simulation, nullity, unenforceability.*

#### **Rezumat**

*Societățile fictive au fost inițial înțelese, atât în dreptul francez, cât și în cel român, prin prisma simulației. Cu toate acestea, în dreptul francez, ele sunt în majoritate sancționate prin nulitate. Atât recurgerea la simulație, cât și sancțiunea nulității sunt criticate: prima din cauza apariției unui tip de fictivitate care nu mai pare să se bazeze pe indicii organice prezente ab initio, ci pe criterii funcționale care apar pe parcursul vieții sociale; cealaltă din cauza neconformității cu dreptul european aplicabil societăților pe acțiuni și societăților cu răspundere*

---

\* Doctorant à la Faculté de Droit de l'Université de Bucarest et à l'Université de Lorraine, sous la direction de Monsieur le Professeur Marian Nicolae et de Madame le Professeur Caroline Houin-Bressand.

*limitată. Scopul acestui articol este de a încerca uniformizarea tratamentului acestei probleme prin identificarea unui fundament comun pentru toate formele de fictivitate și o sancțiune juridic acceptabilă.*

**Cuvinte-cheie:** societăți fictive, personalitate juridică, simulație, nulitate, inopozabilitate.

Pascal Rouast-Berthier a affirmé, dans un article de 1993, que la notion de société fictive est une notion « fourre-tout » car celle-ci recouvre un certain nombre de situations différentes qui, selon l'auteur, ne peuvent être appréhendées de la même manière, ni conduire aux mêmes effets<sup>1</sup>. Ce constat est étroitement lié au caractère ambivalent des sociétés civiles et commerciales qui prennent naissance à travers un contrat (ou un acte juridique unilatéral pour les sociétés unipersonnelles) mais qui acquièrent la personnalité morale après immatriculation.

Premièrement, le contrat de société<sup>2</sup>, comme tout acte juridique, doit remplir les conditions de validité imposées par le droit commun, mais doit également réunir les éléments essentiels suivants: des apports, la volonté des associés de participer aux résultats dégagés par l'activité de la société et l'*affectio societatis*<sup>3</sup>. Or, toujours comme tout acte juridique, le contrat de société peut faire l'objet d'une simulation.

La société est ensuite vouée à être dotée de la personnalité morale au moment de son immatriculation au registre du commerce (et des sociétés). Sur ce point, contrairement au droit français, le droit roumain établit les conditions de fond de la personne morale, qui sont énoncées à l'art. 187 C. civ. ro., à savoir: un patrimoine propre, une organisation autonome et un but déterminé, licite et moral, conforme à l'intérêt général<sup>4</sup>.

Or, force est de constater que, bien que la fictivité des sociétés soit traditionnellement appréhendée par le biais de la simulation, et donc du contrat de société (I), la reconnaissance d'une « nouvelle forme de fictivité » semble avoir émergée dans les doctrines et jurisprudences françaises et roumaine (II), se posant alors la question de savoir si une unification de ces approches est envisageable.

## I. L'approche traditionnelle de la fictivité

Comme nous l'avons mentionné, l'approche traditionnelle de la fictivité des sociétés est fondée sur la notion de simulation<sup>5</sup> (A) mais cette approche est de plus en plus remise en cause (B).

<sup>1</sup> Rouast-Berthier Pascal, « Société fictive et simulation », *Rev. soc.* 1993, p. 725 et s., n° 41.

<sup>2</sup> Sauf mention contraire, lorsque nous parlons de « contrat de société » nous incluons également les actes juridiques unilatéraux donnant naissance aux sociétés unipersonnelles.

<sup>3</sup> Qui peut être défini comme: « l'intention des associés « de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun », Cass. Com., 3 avril 2012, n° 11-15.671.

<sup>4</sup> Auquel est affecté le patrimoine de celle-ci.

<sup>5</sup> V., par exemple, Constantin Alexis, « Conditions et effets de la fictivité d'une société », note sous Cass. com., 22 juin 1999, *Société Kreditanstalt für Wiederaufbau c/ Société Interpac holding limited et autres*, *Rev. soc.* 1999, p. 824 et s., n° 7 et Rouast-Berthier Pascal, « Société fictive et simulation », *Rev. soc.* 1993, p. 725 et s., n° 3 et 4. En droit roumain, v. Țuca Florentin, « Societatea comercială fictivă », *Revista de drept comercial*, n° 10/1996, p. 110 et s.

### A. La société comme simulation

Le contrat de société, comme tout autre acte juridique, peut revêtir l'une des trois formes reconnues de simulation<sup>6</sup>: l'acte déguisant un autre acte (simulation relative objective), l'acte fictif (simulation absolue) ou l'interposition de personne (simulation relative subjective). Il convient, à titre préalable, de constater que, en droit français, l'on préfère généralement recourir à la syntagme « société fictive », pour se référer à ces cas, le droit roumain recourt plus volontiers à l'expression de « société simulée »<sup>7</sup>.

En premier lieu, le contrat de société peut donc dissimuler une autre opération juridique, tel qu'un contrat de vente<sup>8</sup>, une donation<sup>9</sup>, un prêt<sup>10</sup>, ou encore un contrat de travail. Dans ce cas, l'approche fondée sur la simulation semble poser peu de problèmes et la doctrine s'accorde à affirmer que le mécanisme de la simulation prévu par le code civil est applicable<sup>11</sup>. Ainsi, les tiers de bonne foi pourraient invoquer, à leur choix et en fonction de leur intérêt, l'acte ostensible<sup>12</sup> (c'est-à-dire l'existence de la société<sup>13</sup>) ou la contre lettre<sup>14</sup>. Entre les parties, c'est bien la contre-lettre qui produira ses effets<sup>15</sup>. L'application du mécanisme commun en matière de simulation va permettre d'écartier les effets de celle-ci pour laisser s'appliquer les effets du contrat réellement voulu entre les parties et de réinstaurer les tiers de bonne foi dans leurs droits<sup>16</sup>.

Ensuite, le cas de fictivité le plus courant<sup>17</sup> est celui de la société basée sur un acte fictif; la simulation portant sur l'existence même du contrat de société. Dans ce cas, la société n'est fondée que sur un acte apparent, les pseudo-associés n'ayant aucunement la volonté de créer

<sup>6</sup> V., par exemple, Piperea Gheorghe, « Simularea personalității juridice în Noul Cod civil », *op. cit.*, p. 30.

<sup>7</sup> Ainsi, pour Gheorghe Piperea, la différence entre la société fictive au sens strict, c'est-à-dire celle qui dissimule l'activité du maître de l'affaire (à laquelle nous allons nous intéresser *infra*), et la société dite « simulée », c'est que cette dernière occulte la véritable relation contractuelle entre les associés, v. Piperea Gheorghe in Baias Flavius, Chelaru Eugen, Constantinovici Rodica et Macovei Ioan (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, 2<sup>e</sup> éd., C.H. Beck, 2014, p. 200. De la même manière, Messieurs Baias et Rățoi, recourent à la notion de « société simulée » pour se référer à la société issue d'une simulation (dont l'acte constitutif est simulé) et à la notion de société fictive pour désigner la société relevant d'une « apparence », v. Baias Flavius et Rățoi Alexandru, *op. cit.*, p. 366.

<sup>8</sup> Pour substituer aux taxes importantes sur l'aliénation de biens immobiliers le régime fiscal, bien plus léger, des transmissions d'actions ou de parts sociales. En ce sens, v. Martin-Serf Arlette, « Consentement des parties. – Sociétés fictives et frauduleuses », *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 7 – 40, 9 mai 2023, n° 35. V. également Piperea Gheorghe in Baias Flavius, Chelaru Eugen, Constantinovici Rodica et Macovei Ioan (coord.), *op. cit.*, p. 202.

<sup>9</sup> Notamment pour des raisons de fiscalité ou pour échapper aux règles relatives à la réserve successorale, pour ce dernier point v. Piperea Gheorghe in Baias Flavius, Chelaru Eugen, Constantinovici Rodica et Macovei Ioan (coord.), *op. cit.*, p. 202. V. également Martin-Serf Arlette, *op. cit.*, n° 36.

<sup>10</sup> Notamment pour faire échec aux dispositions interdisant l'usure, v. Martin-Serf Arlette, *op. cit.*, n° 37.

<sup>11</sup> V. Cozian Maurice, Viandier Alain et Deboissy Florence, *Droit des sociétés*, 27<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2014, p. 59; Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 5; Țuca Florentin, *op. cit.*, p. 119; Baias Flavius « Simulația în dreptul comercial », *Revista română de drept al afacerilor* n° 2/2003, p. 12.

<sup>12</sup> Dont auront plutôt intérêt à se prévaloir les créanciers sociaux, d'autant plus si la société est plus solvable que ses associés.

<sup>13</sup> V. Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 29.

<sup>14</sup> Dont auront plutôt à se prévaloir les créanciers personnels d'un associé.

<sup>15</sup> V., par exemple, Piperea Gheorghe, « Simularea personalității juridice în Noul Cod civil », *op. cit.*, p. 35. Sauf si, éventuellement, l'acte secret est déclaré nul, sans que cela n'affecte la société (acte ostensible), le contrat de société étant, dès lors, opposable tant aux tiers qu'aux parties, en ce sens, v. Baias Flavius et Rățoi Alexandru, *op. cit.*, p. 370. Sauf, éventuellement, si l'acte occulte est nul.

<sup>16</sup> Faute de place, nous ne pouvons malheureusement pas analyser plus en détails les effets pratiques de l'application du mécanisme en matière de société.

<sup>17</sup> Țuca Florentin, *op. cit.*, p. 111; Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 8.

une société entre eux<sup>18</sup>. Dans ce cas, c'est généralement une seule personne, le véritable maître de l'affaire, qui va recourir à des prête-noms pour pouvoir exploiter, derrière le paravent de la société, une activité personnelle<sup>19</sup>. Bien que certains auteurs affirment que ce cas de figure s'éloigne du mécanisme classique de la simulation telle que prévue par le C. civ. fr., il n'en demeure pas moins vrai que, dans la conception classique du mécanisme, cela peut être considéré une forme de simulation (absolue)<sup>20</sup>.

Or, puisque les associés n'ont pas la volonté réelle de créer une société entre eux, un des éléments essentiels du contrat de société fait défaut, le plus souvent l'*affectio societatis*<sup>21</sup>.

L'absence d'un ou plusieurs éléments constitutifs (voire de tous<sup>22</sup>), puisqu'il s'agit d'un fait juridique, peut être établie par tous moyens. La jurisprudence va donc se baser sur un faisceau d'indices concordants: répartition très inégale du capital<sup>23</sup> (qui tend à caractériser l'existence d'hommes de paille (ou prête-noms)<sup>24</sup>); liens familiaux entre les associés<sup>25</sup>; existence de cessions en blanc de parts sociales<sup>26</sup>; apports fictifs<sup>27</sup>; identité de l'activité de la société avec celle, antérieure, de son gérant majoritaire<sup>28</sup>; etc.

Toutefois, l'intégralité de la doctrine dresse le constat que, de plus en plus, la jurisprudence recourt à des critères non plus « organiques » mais « fonctionnels »<sup>29</sup> pour qualifier la fictivité des sociétés, à tel point que, à la lecture de certaines œuvres, il semble qu'ait émergée une

<sup>18</sup> La contre-lettre n'étant bien souvent pas matérialisée.

<sup>19</sup> V., par exemple, Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 8; TUCA Florentin, *op. cit.*, p. 112.

<sup>20</sup> Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 5; Mathey Nicolas, *op. cit.*, n° 7. Pour Madame Martin-Serf cependant, l'absence de contre-lettre rend l'assimilation de ce type de société fictive à la simulation inexacte, v. Martin-Serf Arlette, *op. cit.*, n° 4.

<sup>21</sup> Ainsi, la société simulée créée, en particulier « une apparence d'*affectio societatis* », Piperea Gheorghe, *Drept comercial român, op. cit.*, p. 231.

<sup>22</sup> V. Cass. com., 9 juin 2009, n° 07-20.937 [en ligne], *Rev. soc.* 2009, p. 781, note Mathey Nicolas [en ligne]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation confirme une décision de la Cour d'appel en ce qu'elle a constaté « qu'aucun des éléments constitutifs de la société, apport, participation aux bénéfices et aux pertes et *affectio societatis* n'étaient réunis en l'espèce » pour déclarer une SCI fictive.

<sup>23</sup> V., en droit roumain, Piperea Gheorghe, in Baïas Flavius, Chelaru Eugen, Constantinovici Rodica et Macovei Ioan (coor.), *op. cit.*, p. 203. En droit français, v., par exemple, Cass. com., 9 juin 2009, précité; Rouast-Berthier, *op. cit.*, n° 10, qui affirme que c'est « l'indice de fictivité le plus visible ». Pour sa part, Alexis Constantin affirme qu'une détention infime par un autre associé (qui plus est, un prête-nom) est « un des indices les plus courants d'*affectio societatis* », Constantin Alexis, note précitée, n° 6.

<sup>24</sup> En ce sens, v. par ex., Constantin Alexis, note précitée, n° 6.: lorsqu'un associé détient une part insignifiante du capital, la jurisprudence aura alors tendance à considérer qu'il s'agit d'un prête-nom, d'autant plus s'il s'agit d'un membre de la famille du maître de l'affaire. Or, la présence de faux associés traduit bien une absence d'*affectio societatis*.

<sup>25</sup> V. Cass. com. 7 mars 1972, n° 69-13.451 [en ligne]. V. également les arrêts mentionnés par Rouast-BERTHIER Pascal, *op. cit.*, note de bas de page 25.

<sup>26</sup> Consenties au seul véritable associé dès le moment de la constitution de la société. V., en ce sens, Cass. com., 2 janv. 1967: *Bull. civ.* III, n° 1; *RTD com.* 1967, p. 862, obs. HOUIN Roger, mentionné par Martin-Serf Arlette, *op. cit.*, n° 19. V. également Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 10.

<sup>27</sup> V., par ex., Cass. com., 10 janv. 1972, n° 69-13.429 [en ligne], *Bulletin com.*, n° 9, p. 8. Les apports peuvent notamment être considérés comme fictifs dès lors qu'ils sont soumis à une condition purement potestative, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 juin 1974, n° 73-11.425 [en ligne].

<sup>28</sup> Lorsqu'il s'avère qu'un exploitant à titre individuel ne fait que continuer son activité antérieure à travers une société nouvellement constituée, v., en ce sens, Cass. com., 15 oct 2013, n° 12-24.389, précité, et Cass. com., 13 oct. 1998, n° 96-10.293 [en ligne] (« la création de la société [...] n'a été que la perpétuation, sous une forme juridique distincte, d'une seule entité économique, contrôlée par une seule personne »).

<sup>29</sup> Le premier à avoir dressé ce constat avec cette terminologie semble être Pascal Rouast-Berthier in Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, not. n° 15.

nouvelle forme de fictivité<sup>30</sup> ou, à tout le moins, que la fictivité de la société ne relève en réalité pas d'une simulation. Il convient donc de s'intéresser à cette nouvelle approche.

## B. Le rejet de la simulation comme fondement de la fictivité

De nombreux auteurs dressent le constat que certains indices pris en compte pour caractériser la fictivité de la société interviennent en cours de vie sociale; qu'il s'agit de critères fonctionnels<sup>31</sup>. Ainsi, bien qu'en théorie la fictivité de la société doive, en principe, s'apprécier *ab initio*<sup>32</sup>, c'est-à-dire au jour de sa constitution, les indices de fictivité peuvent également se retrouver dans des faits postérieurs à la constitution de la société, notamment l'absence de vie sociale<sup>33</sup>. De même, dans le cadre des groupes de sociétés, les indices de fictivité peuvent également consister en la communauté de d'actionnaires et/ou de dirigeants entre une filiale et sa société mère<sup>34</sup> ou dans le fait que les minoritaires de la filiale sont des salariés ou mandataires sociaux de la société mère<sup>35</sup>, éléments qui ne sont pas forcément présents au moment de la constitution. Or, la prise en compte d'élément intervenant en cours de vie social et non pas à la constitution de la société devrait écarter *de facto* la simulation puisque celle-ci doit intervenir au moment de la constitution de la société<sup>36</sup>. Il est donc généralement admis que la société peut donc devenir apparente en cours de vie sociale. Bien que nous soyons tout à fait d'accord avec cette idée, nous souhaitons toutefois apporter une modulation: il nous semble qu'en réalité, dans tous les cas, un certain nombre d'indices de fictivité ne peuvent être découverts que postérieurement à la constitution de la société, celle-ci ne pouvant réellement commencer son activité qu'après immatriculation<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> Messieurs Baias et Răţoi la nomment « fictivité *lato sensu* », Baias Flavius et Răţoi Alexandru, « Societatea fictivă în contextul noilor reglementări relative la simulaţie », *Curierul judiciar* n° 7/2014, p. 366; Monsieur Rouast-Berthier parle d'une fictivité « du deuxième type », Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 21; Monsieur Piperea parle de « simulare » et non plus de « simulaţie » (bien que la différence entre les deux termes soit malheureusement impossible à expliquer en français), Piperea Gheorghe, « Simularea personalităţii juridice în Noul Cod civil », *op. cit.*, p. 38.

<sup>31</sup> Ce constat est dressé tant en droit français que roumain mais il convient de noter qu'en la matière la doctrine roumaine se base principalement sur la jurisprudence française car la jurisprudence roumaine offre peu d'exemples (v., par exemple, Ţuca Florentin, *op. cit.*, p. 110).

<sup>32</sup> En ce sens v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 oct. 1978 [en ligne]: « La Cour d'appel [a] admis à bon droit que les conditions de validité d'une société devaient s'apprécier lors de sa création ».

<sup>33</sup> L'absence de vie sociale est elle-même établie par différents indices, notamment l'absence de réunion de l'assemblée générale des associés (Cass. com., 9 juin 2009, n° 07-20.937 précité) et/ou de tenue des registres sociaux (Cass. com., 22 oct. 2020, n° 19-16.347 [en ligne]), de convocation du conseil d'administration (Cass. com., 30 oct. 1967: *Bull. civ.* III, n° 346; *RTD com.* 1968, p. 131, obs. Houin Roger, mentionné par Martin-Serf Arlette, *op. cit.*, n° 20).

Cependant, ce n'est qu'un indice de fictivité, insuffisant pour caractériser seul la fictivité de la société si l'absence de convocation des organes est justifiée par des motifs impérieux (telle que la santé de la gérante). En ce sens, v. Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-20.193 [en ligne]. V également, Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 11 (qui qualifie cet indice de critère « fonctionnel »).

En droit roumain, Gheorghe Piperea indique, que les juges s'intéressent également, aux mécanismes de fonctionnement de la société afin de vérifier l'existence ou non d'une véritable vie sociale, Piperea Gheorghe, in BAIAS Flavius, Chelaru Eugen, Constantinovici Rodica et Macovei Ioan (coord.), *op. cit.*, p. 203.

<sup>34</sup> V. Cass. com., 27 avril 1970, *Bull. IV*, n° 136 et Cass. com. 28 nov. 1989, *Rev. soc.* 1990, p. 240, mentionnés par Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 10, note de bas de page 26.

<sup>35</sup> V. Cass. com., 30 juin 1975, *Bull. IV*, n° 180, mentionné par Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 10, note de bas de page 28.

<sup>36</sup> V., par exemple, Ţuca Florentin, *op. cit.*, p. 117.

<sup>37</sup> Ainsi, la Cour de cassation précise elle-même que le caractère artificiel de la création d'une société peut parfois n' « être démontré qu'à partir de faits postérieurs à celle-ci », v. Cass. com., 13 oct. 1998, n° 96-10.293 précité.

Hormis le constat de la prise en compte de critères fonctionnels par la jurisprudence, il existe d'autres raisons à l'émergence de cette nouvelle approche. Tout d'abord, parmi les critiques adressées à l'égard de la conception traditionnelle de la fictivité, la plus importante concerne le fait que celle-ci est basée sur la notion d'*affectio societatis*; fondement qui est estimé comme dépassé aujourd'hui par de nombreux auteurs<sup>38</sup>. En effet, la définition traditionnelle de l'*affectio societatis* dégagée par la jurisprudence, comme nous l'avons vu, tourne autour de la notion de coopération entre les associés. Or, comment peut-on parler de coopération lorsqu'il n'est question que d'une seule personne<sup>39</sup>. La pertinence de la définition traditionnelle, déjà l'objet de discussions anciennes<sup>40</sup>, est d'autant plus remise en cause dans le cadre des groupes de sociétés<sup>41</sup> ou des grandes sociétés de capitaux<sup>42</sup>. Ainsi, tant la définition de la notion que sa portée sont questionnées par la doctrine à l'heure actuelle<sup>43</sup>. Par ailleurs, plusieurs auteurs affirment que l'absence d'*affectio societatis* reste difficile à prouver<sup>44</sup>.

Une autre problématique qui se pose est que, selon la doctrine roumaine, l'acte juridique fondant une société unipersonnelle, ne peut être l'objet d'une simulation<sup>45</sup>.

Enfin, un dernier argument avancé par Pascal Rouast-Berthier est que, lorsque la société est soumise à une procédure collective, la sanction est l'extension de la procédure au maître de l'affaire<sup>46</sup>. Or, les tiers de bonne foi souhaitant se prévaloir de l'apparence, c'est-à-dire l'existence de la société comme sujet de droit autonome, ne peuvent faire échec à cette

<sup>38</sup> V. Țuca Florentin, *op. cit.*, p. 116; Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, not. n° 14.

<sup>39</sup> Puisque le caractère unipersonnel d'une société ne peut suffire à la considérer comme fictive, Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 13. Pour Arlette Martin-Serf, la condition d'*affectio societatis* est *de facto* non requise dans la société unipersonnelle, ce qu'on requiert de l'associé unique c'est de bien se comporter comme le membre d'une personne morale, Martin-Serf Arlette, *op. cit.*, n° 9. Pour Gheorghe Piperea, la condition de l'*affectio societatis* dans la société unipersonnelle réside dans « l'intention de l'associé unique de défaire une partie de son patrimoine propre pour l'affecter au but de la constitution de la société unipersonnelle respective », Piperea Gheorghe, *Drept comercial român, op. cit.*, p. 208, note de bas de page 2.

<sup>40</sup> Voir les explications fournies par Guyon Yves, *Droit des affaires, T.1, Droit commercial général et Sociétés*, 9e éd., Economica, 1996, p. 124-130, sur les conceptions unitaires et les conceptions pluralistes de l'*affectio societatis*.

<sup>41</sup> Dans lesquelles de nombreuses filiales sont détenues à 100% ou presque par la société-mère sans que l'on puisse conclure à un défaut d'*affectio societatis* ou à la fictivité de la filiale. V., par exemple, Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 34.

<sup>42</sup> La définition actuelle de l'*affectio societatis* est source d'incertitudes juridiques en raison du comportement actif de collaboration des associés qu'elle présuppose et qui ne se retrouve plus forcément dans les grandes sociétés de capitaux à l'heure actuelle, dans lesquelles certains actionnaires ont tendance à se désintéresser de la vie sociale (Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 13 et 14); ceux-ci se comportant comme des investisseurs (Țuca Florentin, *op. cit.*, p. 116). Pour Sebastian Bodu, l'*affectio societatis* est tout simplement inexistant dans les sociétés cotées, Bodu Sebastian, « Cauza în contractul de societate comercială », *Revista română de drept al afacerilor* n° 1/2005, p. 37, alors que pour Gheorghe Piperea, l'*affectio societatis* dans les sociétés avec de nombreux actionnaires relève d'une multitude de comportements tels que la prise de décisions collectives, l'exercice convergent ou divergent du contrôle de la société, l'abstinence à effectuer des actes de concurrence déloyale, la poursuite de l'intérêt social etc., Piperea Gheorghe, *Drept comercial român, op. cit.*, p. 208-209.

<sup>43</sup> Ainsi, la notion peut paraître imprécise et contestable, en ce sens v. Mathey Nicolas, *op. cit.*, n° 3.

En droit roumain, par exemple, pour Sebastian BODU, la participation des actionnaires aux décisions sociales n'a aucun lien avec l'*affectio societatis*, BODU Sebastian Valentin, « Cauza în contractul de societate comercială », *op. cit.*, p. 36.

<sup>44</sup> V., par exemple, Țuca Florentin, *op. cit.*, p. 113; Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 10.

<sup>45</sup> V. par exemple, Baias Flavius, « Simulația în dreptul comercial », *op. cit.*, p. 17 et Baias Flavius et Rățoi Alexandru, *op. cit.*, p. 371: la société unipersonnelle « ne peut jamais être considérée comme étant simulée », mais elle peut être qualifiée de fictive. V., également, Piperea Gheorghe, « Simularea personalității juridice în Noul Cod Civil », *op. cit.*, p. 30.

<sup>46</sup> Sur le fondement de l'art. L. 621-2, al. 2 C. com. fr.

extension, ce qui exclut la possibilité qu'il s'agisse d'une application pure et simple du mécanisme de la simulation<sup>47</sup>.

Ainsi, tous s'accordent à affirmer que la fictivité peut reposer sur l'absence d'autonomie patrimoniale, l'absence d'autonomie décisionnelle (ou d'organisation autonome<sup>48</sup>) ou l'absence de réalité économique de l'activité de la société<sup>49</sup>. En d'autres termes, ce type de fictivité est caractérisé par la confusion d'activités et de patrimoines<sup>50</sup> ou l'utilisation d'actifs de la société en nom personnel<sup>51</sup>; l'instrumentalisation<sup>52</sup> d'une société, en raison de son défaut d'autonomie organisationnelle ou décisionnelle; ou du détournement de sa finalité juridique<sup>53</sup>, celle-ci se reflétant dans l'absence d' « éléments matériels ou juridiques permettant en principe à une entreprise de fonctionner, et d'exercer une activité réelle »<sup>54</sup>.

Selon certains auteurs cette forme de fictivité repose non pas sur la conclusion de l'acte constitutif de société<sup>55</sup> (et donc sur la notion de simulation) mais sur les modalités de son exécution<sup>56</sup>, d'autres affirment qu'elle est liée à la personnalité morale de la société<sup>57</sup>, ou les deux<sup>58</sup>. Cependant, il convient de noter que, comme dans le cas de la société simulée sur le fondement d'un acte fictif, cette fictivité renvoie à une même situation dans les faits: la société n'est qu'apparente et dissimule les activités et/ou les intérêts d'une seule personne (le véritable maître de l'affaire). De ce fait, nous souhaitons explorer la possibilité d'une unification des différentes formes de fictivité.

## II. TENTATIVE D'UNIFICATION DE LA NOTION DE SOCIETE FICTIVE

En partant des deux affirmations susmentionnées, nous allons d'abord tenter d'unifier le concept (A) avant de voir si une unification des sanctions est également envisageable (B).

<sup>47</sup> Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 33.

<sup>48</sup> Piperea Gheorghe, *Drept comercial român*, *op. cit.*, p. 231; Piperea Gheorghe in in Baias Flavius, Chelaru Eugen, Constantinovici Rodica et Macovei Ioan (coor.), *op. cit.*, p. 201.

<sup>49</sup> Constantin Alexis, *op. cit.*, n° 9.

<sup>50</sup> Rouast-Berthier Pascal, *op. cit.*, n° 15; Baias Flavius, « Simulația in dreptul comercial », *op. cit.*, p. 17; Piperea Gheorghe, *Drept comercial român*, *op. cit.*, p. 231.

<sup>51</sup> Atanasiu Ana Gabriela et Rățoi Alexandru, « Fictivitatea în afaceri », *Revista română de drept al afacerilor* n° 2/2009, p. 38.

<sup>52</sup> Terme utilisé par Gheorghe Piperea in *Drept comercial român*, *op. cit.*, p. 138.

<sup>53</sup> Alexis Constantin affirme en ce sens que « [l]a fictivité de la société-personne morale résulterait en l'occurrence de l'utilisation de ce mécanisme juridique, d'une façon contraire à sa finalité sociale, c'est-à-dire non conforme au rôle qui lui est assigné au sein de l'ordre juridique », ce qui rapproche cette conception de « l'analyse téléologique » développée parfois en matière d'abus de droit », Constantin Alexis, *op. cit.*, n° 11. Or la finalité juridique assignée à la société-personne morale par les tribunaux, toujours selon l'auteur est l'exploitation d'une entreprise (l'organisation d'une activité économique), *ibidem*, n° 11.

<sup>54</sup> Constantin Alexis, *op. cit.*, n° 10.

<sup>55</sup> Dont les conditions ont pu être réunies au moment de sa conclusion.

<sup>56</sup> En droit roumain, v. Baias Flavius, « Simulația in dreptul comercial », *op. cit.*, p. 16; Țuca Florentin, *op. cit.*, p. 121; Rouast-Berthier, *op. cit.*, n° 18.

<sup>57</sup> V., par ex., Constantin Alexis, *op. cit.*, n° 27, qui parle d' « une dérive de l'utilisation de la personnalité morale » et Martin-Serf Arlette, *op. cit.*, n° 24, qui note que dans le cadre des groupes de sociétés, pour déterminer la fictivité d'une société qui dépendraient d'une autre, les juges « ne se placent plus sur le terrain des conditions de validité d'un contrat de société, mais plutôt sur celui de la personnalité juridique ».

<sup>58</sup> Piperea Gheorghe, « Simularea personalității juridice în Noul Cod civil », *op. cit.*, not. p. 38.