



Magistère Juriste d'Affaires (DJCE)

Mémoire de Recherche

Promotion 2024

La société en sommeil

Daniel Labuda

Sous la direction de

Madame le Professeur Marie Caffin-Moi

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes grands-parents,

Remerciements

Mes plus sincères remerciements vont à la Professeure Marie Caffin-Moi pour ses conseils, sa bienveillance, son soutien et l'opportunité qui m'a été donnée de rédiger ce mémoire sous sa direction.

Merci à Julia et à Tomir pour leur relecture attentive et leur patience. Merci à Julia, à Anya et à mes parents pour leur présence. Merci à tous mes camarades de promotion sans lesquels ces trois belles années de Magistère n'auraient pas pu exister.

Principales abréviations

Al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Article
Art. préc.	Article précité
Bibl.	Bibliothèque
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
BJS	Bulletin Joly Sociétés
BJT	Bulletin Joly Travail
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
Coll.	Collection
Comm.	Commentaires
<i>Contra</i>	En sens contraire
C. pr. civ.	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Sous la direction de
Dr. sociétés	Revue Droit des sociétés
<i>Et alii</i>	<i>Et alii auctores</i> (et autres auteurs)
Éd.	Édition
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
J.-Cl.	Juris-classeur
JCP E	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> (à l'endroit cité)
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
P.	Page
Préc.	Précité
PUF	Presses Universitaires de France
RDT	Revue de droit du travail
Rééd.	Réédition
Règl.	Règlement

Rép.	Répertoire
Rev. crit. législ. et jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. gén. dr. com.	Revue générale de droit commercial
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives civiles et commerciales
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Et suivants
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
Trib. Com.	Tribunal de commerce

Sommaire

(La table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage)

PREMIÈRE PARTIE - LES DIFFICULTÉS D'IDENTIFICATION DE LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL

TITRE I. L'AVÈNEMENT MALAISE DU SOMMEIL DE LA SOCIÉTÉ

CHAPITRE 1. Une tentative de définition difficile du sommeil de la société

CHAPITRE 2. Une mise en oeuvre incertaine du sommeil de la société

TITRE II. L'INFLUENCE RELATIVE DU SOMMEIL SUR LA SOCIÉTÉ

CHAPITRE 1. La possibilité étroite de dissolution de la société en sommeil

CHAPITRE 2. La nécessité discutée de radiation de la société en sommeil

SECONDE PARTIE - LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL, UN ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE

TITRE I. LES DIFFICULTÉS CONCEPTUELLES DE LA NOTION D'ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE

CHAPITRE 1. La nature juridique complexe de l'abus de la personnalité morale

CHAPITRE 2. La tentative de définition de l'abus de la personnalité morale

TITRE II. LA CARACTÉRISATION DE L'ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE : LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL

CHAPITRE 1. La société en sommeil, une société fictive

CHAPITRE 2. La société en sommeil, une société frauduleuse

Introduction

« C'était une steppe à la fois déserte et remplie, silencieuse et menaçante, calme et pleine d'embuscades. Sauvage, elle l'était aussi bien du fait d'âmes farouches que des Loca Deserta »¹.

1. « *L'aspect d'un lion d'épouvante me glace* »². Tel Dante au seuil des Enfers, le juriste de droit des affaires qui se plonge dans l'étude de la société en sommeil ne peut qu'être pris d'effroi. Depuis ses plus tendres années de licence, il a appris que « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.* » (C. civ., art. 1832) : autrement dit, « *pas d'activité, pas de société* »³. La figure de la société en sommeil, c'est-à-dire une société sans activité, vient remettre en cause cette certitude ; le juriste, devant ce lion à l'aspect d'épouvante, se glace. Mais, ne se décourageant pas, il se décide à affronter la bête. Il se heurte alors à un double problème : d'une part, l'absence de systématisation du sujet et, d'autre part, la dissonance entre la doctrine et la pratique des affaires.

2. **Une systématisation nécessaire.** La société en sommeil a certes suscité un fort intérêt de la doctrine à une certaine époque⁴, mais aucune étude d'ensemble n'en a émergé. Or le sujet resurgit fréquemment au gré des vagues jurisprudentielles⁵, et reste une situation courante de la vie des affaires⁶, notamment dans les montages sociétaires⁷. L'intérêt des lignes qui vont suivre est donc d'offrir une rationalisation inédite de la société en sommeil, étant entendu que ses implications aussi bien théoriques que pratiques sont immenses. D'un point

¹ H. SIENKIEWICZ, *Par le fer et par le feu*, Chapitre I, 1886 (*Ogniem i Mieczem*, Rozdział I : « *Step to był pusty i pełny zarazem, cichy i groźny, spokojny i pełen zasadzek, dziki od Dzikich pól, ale i od dzikich dusz* »).

² DANTE, *La Divine Comédie. L'Enfer*, Chapitre 1, trad. en vers français par F. VILLAIN LAMI, 1867 : « *L'aspect d'un lion d'épouvante me glace* ».

³ J.-P. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, 1998, Thèse, Pratique des affaires, Joly Éditions, n°718, p. 434.

⁴ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978 ; G. NOTTÉ, « Les sociétés en sommeil », *JCP G, La Semaine Juridique*, 1981, 3022.

⁵ Pour un exemple récent ayant attiré l'attention de la doctrine : Cass. com., 20 sept. 2023, n°21-14252, F-B, note A. LECOURT, *RTD Com.*, 2023, p. 88 ; note J. HEINICH, *BJS*, déc. 2023, p. 4.

⁶ Sur les utilisations de la société en sommeil, voir *infra* n°64.

⁷ J.-P. DOM, *op. cit.*, *loc. cit.*

de vue théorique, la société en sommeil peut-elle réellement exister sans remettre en cause les principes fondamentaux du droit des sociétés ? N'est-ce pas une société fictive ou frauduleuse ? S'agit-il d'un abus de la personnalité morale ? D'un point de vue pratique, quels sont les emplois possibles de la société en sommeil, notamment dans les montages sociétaires, fiscaux ou de propriété intellectuelle ? Comment définir la cessation d'activité, et quelles en sont les conséquences, étant entendu qu'un régime de la société en sommeil fait globalement défaut ? En l'absence de travail d'ensemble existant sur le sujet, celui qui voudrait y voir plus clair ne pourra donc qu'être perdu face à une notion difficile et rebelle à une compréhension aisée ; comme Virgile guidant Dante à travers les Enfers, la présente étude a la vocation d'apporter au lecteur rigueur et clarté, au sein d'un domaine où règne désordre et chaos.

3. La divergence entre doctrine et pratique. Mais à ce désordre s'ajoute en outre la discorde : il existe en effet, en matière de société en sommeil, une dissonance entre la doctrine et la pratique. D'un côté, les plus grands noms du droit des affaires affirment en majorité que la société en sommeil est une aberration théorique : « *La société en sommeil, elle, n'a aucune activité, ni vie réelle. Autrement dit, elle ne devrait pas avoir de réalité juridique.* »⁸ ; « *Pour la société [...] la personnalité morale est et n'est rien d'autre que la personnalisation juridique de l'exercice de ses activités pour réaliser son but* »⁹ ; « *Une personne morale n'a d'existence réelle que dans la mesure où l'organisation mise en place recouvre une activité réelle* »¹⁰. Du reste, même les minoritaires les plus tolérants de la société en sommeil restent très dubitatifs vis-à-vis de cette figure, et ne l'admettent pas systématiquement¹¹, car elle est « *pour le juriste [...] une anomalie juridique* »¹², la société ayant « *pour vocation naturelle de participer à la vie économique* »¹³. Mais de l'autre côté, la pratique des affaires semble tolérer le phénomène lorsqu'il advient¹⁴, et elle vient même à l'instrumentaliser dans certains montages¹⁵. Face à cette situation, qu'en est-il réellement ?

⁸ P. DIENER, art. préc., n°5, p. 85.

⁹ J. PAILLUSSEAU, « Mais qu'est-ce que la personnalité morale ? », *JCP E*, n°19, mai 2019, p. 18, 1224 : Peut-on toutefois séparer la société de sa personnalité morale ? Sur cette question, voir *infra* n°185 et s.

¹⁰ G. WICKER, « Aspects contemporains de la personnalité morale », *La personnalité morale*, conférence de l'IRDA, cycle de conférences : le droit des affaires en perspective, 25 mars 2024.

¹¹ G. NOTTÉ, art. préc. ; I. TCHOTOURIAN, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2011, n° 468, p. 261.

¹² G. NOTTÉ, art. préc.

¹³ *ibid.*

¹⁴ G. NOTTÉ, art. préc. ; A. MAYMONT, H. CAUSSE, « L'abus de personnalité morale », *Journal des Sociétés*, n°86, avr. 2011, p. 40.

¹⁵ J.-P. DOM, *op. cit.*, loc. cit. ; F. LAROCHE-GISSEROT, « Les "shelf companies" une méthode originale pour constituer des sociétés en droit anglais », *Mél. Stoufflet*, 2001, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, p. 155 et s. ; sur cette question, voir *infra* n°66.

Doit-on admettre cette figure, en contrariant une partie de l'École, ou bien doit-on la refuser, en entraînant une levée de boucliers du Palais ?

4. La métaphore du sommeil. Que la figure soit admise ou non, il n'en est pas moins qu'elle existe et que, pour la décrire, on utilise une métaphore romantique : « société en sommeil ». L'expression provient d'une assimilation entre sommeil de l'être humain et inactivité de la personne morale. Le sommeil humain, situation pourtant banale, met lui aussi le droit mal à l'aise : « *Le droit reste à la surface des êtres. C'est pourquoi il se plaît davantage en compagnie des gens éveillés [...]. Ceux qui dorment, fût-ce en eau peu profonde, le troublent, les dormeurs de la nuit ou de la sieste. Il hésite comme devant des rideaux tirés. Entrera-t-il ?* »¹⁶. La question classique¹⁷ qu'a soulevée le sommeil est de savoir s'il a un effet quelconque sur la personnalité juridique. La réponse, évidente, est négative. Bien que l'endormi ne puisse plus exprimer sa volonté - il est présent « *corporaliter* » mais absent « *moraliter* »¹⁸ - sa personnalité est nécessairement maintenue : à défaut, la personne serait, en raison du sommeil, privée de ses droits, et ses obligations disparaîtraient. « *Les juristes aiment à penser que le sommeil n'est qu'une atténuation, un ralentissement de la vie de veille. La volonté s'affaiblit, l'intérêt s'émousse, la personnalité se met en veilleuse* »¹⁹.

Traité juridiquement, le sommeil est donc une dissonance entre *corpus* et *animus*, c'est une « *éclipse de l'être* »²⁰ : tandis que le sujet de droit maintient son *corpus*, son *animus* se trouve quant à lui affaibli. Juridiquement, l'être existe toujours pendant le sommeil, mais en pratique, il n'a plus aucune activité consciente. Cette analyse juridique du sommeil a permis d'étendre le terme de « sommeil », par métaphore, aux personnes morales. Dénuées de tous besoins physiologiques, les personnes morales « *peuvent vivre indéfiniment, et c'est là ce qui fait leur force* »²¹. Bien que le sommeil biologique de la personne morale soit impossible, il arrive toutefois que celle-ci soit frappée d'une « *sorte de vie léthargique* »²² : c'est la société en sommeil.

¹⁶ J. CARBONNIER, « Le sommeil », dans *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 2013, LGDJ, p. 67.

¹⁷ *ibid.*

¹⁸ G. W. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum. Quaestio XIV.*, cité par J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 68

¹⁹ J. CARBONNIER, « Le sommeil », dans *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 2013, LGDJ, p. 68.

²⁰ J.-L. NANCY, cité par S. ORTOLI dans « La raison du sommeil », in *Philosophie Magazine Hors-Série, Le sommeil*.

²¹ H. CAPITANT, cité par C. GAVALDA, « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation », dans *Dix Ans de Conférences d'Agrégation, Études de Droit commercial offertes à Joseph Hamel*, 1961, Dalloz, p. 253.

²² C. GAVALDA, « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation », dans *Dix Ans de Conférences d'Agrégation, Études de Droit commercial offertes à Joseph Hamel*, 1961, Dalloz, p. 253.

5. Terminologie. Les sociétés en sommeil sont classiquement et lapidairement définies en doctrine comme étant celles qui sont « *économiquement mortes, mais juridiquement vivantes* »²³. Les termes « *de sociétés inactives, de sociétés nécropoles, de sociétés en hibernation, de sociétés dormantes, de coquilles vides* »²⁴ sont également utilisés parfois, de manière interchangeable. Autrement dit, selon cette définition, la société en sommeil est une société de papier : elle n'a plus d'activité économique, elle n'existe que formellement, son existence n'est que juridique. Lorsque l'inactivité apparaît en cours de vie sociale, la loi emploie plutôt l'expression de « *cessation d'activité* »²⁵. Au fond, toutes ces expressions renvoient à la même chose, c'est-à-dire au cas d'une société qui ne conduit pas d'activité, c'est pourquoi elles seront utilisées indifféremment par la suite.

Cependant, il faut observer que l'administration²⁶ utilise la locution de « mise en sommeil » de la société pour désigner une procédure composée d'un ensemble de formalités administratives²⁷, que la société doit accomplir pour pouvoir cesser son activité. Cette terminologie nouvelle n'est aucunement consacrée ni par la loi ni par le règlement, et la doctrine continue d'utiliser l'expression de « société en sommeil » pour désigner la réalité de l'inactivité. Ces formulaires de l'administration instillent une incertitude, car la société peut techniquement cesser son activité sans effectuer les formalités nécessaires (on ne peut pas forcer une société à continuer une activité). Nous prenons donc le parti, éventuellement discutable, mais qui a le mérite de la clarté et de la continuité doctrinale, de distinguer la société en sommeil, c'est-à-dire la société dénuée d'activité, et les formalités devant être accomplies pour que ce sommeil soit licite. Dans ce cadre, la mise en sommeil sera entendue comme un synonyme de la cessation d'activité.

6. Distinction entre société et entreprise. Il serait malaisé d'étudier la société en sommeil sans avoir clairement à l'esprit la distinction entre société et entreprise. Aussi bien dans le langage courant que dans certaines branches du droit²⁸, la société et l'entreprise sont deux synonymes. Cependant, en toute rigueur, ces deux termes ne sont pas la même chose : « *L'approche juridique de l'entreprise conduit à distinguer deux sens principaux. Le premier insiste sur l'activité [...]. Le second sens qui caractérise l'approche juridique invite à*

²³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°827, p. 322.

²⁴ *ibid.* ; I. TCHOTOURIAN, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2011, n° 468, p. 261.

²⁵ Voir par ex. C. trav., art. L. 1233-3, 4°.

²⁶ « Mise en sommeil (ou cessation temporaire d'activité) d'une société », Entreprendre Service Public, mis à jour au 1 janv. 2024 : <https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F37362>

²⁷ Sur ces formalités, voir *infra* n°169 et s.

²⁸ Notamment en droit de la concurrence, voir *infra* n°19 et n°20.

*examiner l'entreprise avant tout commun groupement ou une organisation »*²⁹. Ainsi, la « société » correspond à la structure sociétaire, tandis que « l'entreprise » renvoie à l'activité économique. Cette rigueur sémantique pourrait conduire à considérer que la « société en sommeil » est un abus de langage : puisque le propre de cette société est de ne pas avoir d'activité économique, mais d'avoir cependant toujours une existence juridique, ce ne serait alors pas la société qui serait en sommeil à proprement parler, mais plutôt son entreprise.

7. Définition duale de la société. La « société » est un terme « polysémique »³⁰, qui recouvre deux significations : pour certains, la société serait avant tout un contrat, mais pour d'autres, elle serait surtout une institution. Cette dualité se retrouve d'ailleurs à l'article 1832 du Code civil précité. Sans pour autant trancher le débat centenaire entre théorie contractuelle et théorie institutionnelle, on doit observer que la société en sommeil instille des difficultés au sein de l'une et de l'autre des conceptions. Selon la première analyse, la société serait un contrat, qui requiert classiquement plusieurs éléments constitutifs³¹ : un apport par chaque associé, une vocation aux bénéfices ou au profit d'une économie, une contribution de chacun des associés aux pertes, et *l'affectio societatis*, c'est-à-dire « la possibilité de participer sur un certain pied d'égalité » à l'entreprise commune. L'existence de ces éléments apparaît comme incertaine dans le cadre de la société en sommeil (voir *infra* n°272 et s.). Toutefois, selon la seconde conception, la société serait « la réalité sociale (l'organisme, l'institution) qui naît du contrat de société et qui, s'il ne s'agit pas d'une société en participation, constitue une personne morale à compter de son immatriculation »³². Là encore, la société en sommeil pose question, car l'inactivité pourrait avoir une influence sur la personnalité morale (voir *infra* n°120 et s.).

8. Droit comparé : entre faveur et hostilité. Malgré ces difficultés de définition, la société en sommeil n'est pas inconnue en droit comparé. Alors que certains droits étrangers lui offrent des cieux très accueillants, d'autres à l'inverse luttent contre sa prolifération. Il faut bien avoir à l'esprit que la société en sommeil, en tant qu'elle est issue de la pratique des affaires, n'est pas le propre du droit français des sociétés, qui ne la régit d'ailleurs que

²⁹ P.-Y. VERKINDT, « L'entreprise », in B. TEYSSIE (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, n°64, p. 45, cité par N. CHIV, *Les classes de créanciers*, Mémoire de recherche, 2022.

³⁰ J. HEINICH, *Droit des sociétés*, 1ère éd., 2023, LGDJ, n°2, p. 24.

³¹ G. CORNU, « Société » dans *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. CAPITANT, 14ème éd. 2022, P.U.F., coll. Quadrige, p. 976.

³² *ibid.*

très peu³³ ; au contraire, la société en sommeil est par nature un phénomène présent dans toute économie libérale, à condition toutefois que l'ordre juridique n'en interdise pas explicitement l'usage.

9. La faveur : droits anglais et polonais. Parmi les droits les plus tolérants vis-à-vis de la société en sommeil, on trouve par exemple le droit anglais et le droit polonais. Le droit anglais prévoit un statut spécifique pour la société ayant cessé son activité : le statut de *dormant company*³⁴. Ce statut est très favorable, puisqu'il fait échapper les sociétés qui n'ont plus d'activité à toute obligation fiscale, comptable, et de publicité³⁵. Du fait de cette faveur, le phénomène des sociétés en sommeil a pris une ampleur sans commune mesure outre-Manche : il est estimé que plus de la moitié de l'ensemble des sociétés créées y étaient sous forme de société en sommeil³⁶. Alors qu'en droit anglais, toute société qui n'a pas d'activité peut bénéficier du régime de *dormant company*, le droit polonais prévoit quant à lui la possibilité de mise en sommeil de la société³⁷, ce qui suppose que la société doit avoir eu une activité par le passé. La terminologie utilisée est quelque peu différente : « *suspension de la société* »³⁸ ou « *suspension de l'activité économique* » de la société³⁹. La cessation d'activité est définie comme « *l'interruption dans l'activité économique menée* »⁴⁰, et son régime est très précis⁴¹. Le sommeil de la société peut ouvrir droit à certains avantages fiscaux : par exemple, les associés d'une société en nom collectif mise en sommeil sont exonérés du paiement des acomptes de l'impôt sur le revenu pour la durée du sommeil de la société⁴².

10. L'hostilité : droit italien. De la faveur à l'hostilité, il n'y a parfois que la Manche et les Alpes. En droit italien, plutôt que de société en sommeil, on parlera de « *société*

³³ I. TCHOTOURIAN, Thèse préc., n° 471, p. 262 : « *Situation courante, la société en sommeil n'est pas réellement prise en compte par le législateur tant elle fait partie de la pratique des affaires.* ».

³⁴ F. LAROCHE-GISSEROT, « Les "*shelf companies*" une méthode originale pour constituer des sociétés en droit anglais », *Mél. Stoufflet*, 2001, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, p. 155 et s.

³⁵ *ibid.*

³⁶ *ibid.*

³⁷ « Comment suspendre une activité économique inscrite au Registre National Judiciaire [équivalent du RCS] » (« *Jak zawiesić działalność gospodarczą zarejestrowaną w KRS* »), www.biznes.gov.pl/pl/portal/0079.

³⁸ *ibid.*, « *Zawieszenie spółki* ».

³⁹ *ibid.*, « *Zawieszenie działalności gospodarczej* ».

⁴⁰ *ibid.*, « *Przerwa w prowadzonej działalności gospodarczej* ».

⁴¹ Par exemple la loi (« *Ustawa* ») Dz.U. 2018 poz. 646 du 6 mars 2018 dite « droit des entrepreneurs » (« *Prawo przedsiębiorców* »), www.isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20180000646 : les sociétés civiles et les entrepreneurs individuels sont régis par les articles 22 à 25.

⁴² « Comment suspendre une activité économique inscrite au Registre National Judiciaire [équivalent du RCS] » préc., section « Suspension de l'activité et les impôts » (« *Zawieszenie działalności spółki a podatki* »).

non-opérationnelle »⁴³ ou de « *société sans entreprise* »⁴⁴. Ces sociétés sont définies de manière très précise : la société dont les revenus ne dépassent pas un certain pourcentage, très faible, de la valeur des actifs sociaux⁴⁵ est présumée être une société non-opérationnelle. L'objectif de cette loi est de « *décourager l'utilisation abusive de la forme sociale utilisée comme une enveloppe pour atteindre des objectifs, y compris des économies d'impôt, autres que ceux envisagés par le législateur pour cette institution* »⁴⁶. La présomption de sommeil peut toutefois être renversée si le contribuable démontre l'existence d'une situation objective de nature extraordinaire et indépendante de sa volonté, qui l'a forcé au sommeil⁴⁷. Reprenant l'opinion tranchée d'une partie de la doctrine française, le juge de cassation italien considère que la société en sommeil doit être présumée frauduleuse⁴⁸.

La comparaison entre ces ordres juridiques démontre la diversité des conceptions possibles de la société en sommeil, et de ce fait l'appréhension difficile de la notion. En doctrine française, bien que les détracteurs de la société en sommeil soient majoritaires⁴⁹ - certains auteurs⁵⁰ ayant pu affirmer que la société en sommeil est un exemple flagrant d'abus de personnalité morale - des opinions plus nuancées existent également⁵¹, tout comme des opinions plus libérales⁵².

11. Plan de l'étude. La société en sommeil est la société qui est « *économiquement* » morte, mais « *juridiquement* »⁵³ vivante : cette définition doctrinale, bien que simple et

⁴³ L'article 30 (« *Società di comodo. Valutazione dei titoli.* ») de la loi du 23 décembre 1994, n. 724, « *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica* » (GU n.304 del 30-12-1994 - Suppl. Ordinario n. 174), emploie la locution de « *Società [...] non operativa* ».

⁴⁴ L'arrêt de la Cour de cassation italienne (« *Corte di Cassazione* ») du 21 octobre 2015, n. 21358 utilise l'expression de « *Società senza impresa* ».

⁴⁵ Loi du 23 décembre 1994, n. 724 précitée, article 30, 1. : « *si considerano non operativi se l'ammontare complessivo dei ricavi, degli incrementi delle rimanenze e dei proventi, esclusi quelli straordinari, risultanti dal conto economico, ove prescritto, e' inferiore alla somma degli importi che risultano applicando le seguenti percentuali: a) il 2 per cento al valore dei beni indicati nell'articolo 85, comma 1, lettere c), d) ed e), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e delle quote di partecipazione nelle società commerciali [...]; b) il 6 per cento al valore delle immobilizzazioni costituite da beni immobili e da beni indicati nell'articolo 8-bis, primo comma, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, [...] anche in locazione finanziaria; [...] ; c) il 15 per cento al valore delle altre immobilizzazioni, anche in locazione finanziaria [...]* ».

⁴⁶ Arrêt de la Cour de cassation italienne préc., Considérant 2.2. : « *Attraverso tale disciplina (poi più volte ulteriormente modificata) si intende disincentivare il fenomeno dell'uso improprio dello strumento societario, utilizzato come involucro per raggiungere scopi, anche di risparmio fiscale, diversi - quale l'amministrazione dei patrimoni personali dei soci - da quelli previsti dal legislatore per tale istituto (cosiddette società senza impresa, o di mero godimento, dunque "di comodo")* ».

⁴⁷ *ibid.* ; arrêt de la Cour de cassation italienne précitée.

⁴⁸ M. DENARO, *Cassazione: nuove disposizioni su società di comodo o non operative*, *lentepubblica.it*, 15 nov. 2015 : Ce principe vaut spécifiquement pour la matière fiscale.

⁴⁹ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, p. 81 et s.

⁵⁰ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », art. préc.

⁵¹ G. NOTTÉ, « Les sociétés en sommeil », art. préc.

⁵² A. MAYMONT, H. CAUSSE, « L'abus de personnalité morale », *Journal des Sociétés*, n°86, avr. 2011, p. 35 et s.

⁵³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°827, p. 322.

poétique, n'en est pas moins imprécise. La société en sommeil n'ayant jamais réellement eu le droit à une conceptualisation d'ensemble, son identification est difficile. On ne connaît pas réellement le moment où sa qualification est possible, ni pourquoi le sommeil est advenu, et incidemment, la disparition de la société en sommeil est incertaine. Il s'agit donc de cerner les débuts et les fins de la société en sommeil, de tracer sa silhouette (**Partie 1**). Mais une fois ce premier trait de crayon dessiné, peindre l'intérieur s'avère périlleux : la société en sommeil est en effet le plus souvent constitutive, au cours de son existence, d'un abus de la personnalité morale (**Partie 2**).

Première partie

LES DIFFICULTÉS

D'IDENTIFICATION DE LA

SOCIÉTÉ EN SOMMEIL

12. Le rayon vert. « *Lorsque l'on voit le rayon vert, on est capable de voir dans son coeur et dans celui des autres* »⁵⁴ : le rayon vert est un phénomène naturel qui peut être observé au lever et au coucher du soleil, et qui a nourri des spéculations sur son caractère magique pendant des siècles. Comment et pourquoi advient-il et quelles en sont les conséquences ? L'identification du rayon vert de la société en sommeil sera le fil d'Ariane de la présente partie. L'avènement du sommeil de la société reste, tout comme le rayon vert, un phénomène parfois difficilement explicable : pourquoi et comment intervient-il, et à quel moment ? (**Titre I**). Dans le même temps, le caractère mystérieux du sommeil se manifeste également lorsqu'il s'agit de préciser ses conséquences exactes sur la société et sa personnalité morale : celles-ci sont par principe maintenues du fait du sommeil, mais cela n'est pas systématique (**Titre II**).

⁵⁴ J. VERNE, *Le rayon vert*, 1882.

Titre I

L'AVÈNEMENT MALAISÉ DU SOMMEIL DE LA SOCIÉTÉ

13. Le vol d'Icare. « *J'ai peur du sommeil comme on a peur d'un grand trou, / Tout plein de vague horreur, menant on ne sait où* »⁵⁵. Cette terreur décrite par Baudelaire concernant le sommeil ne peut qu'envahir celui qui est confronté à la société en sommeil. Profond abysse plongé dans les ténèbres, la notion de sommeil de la société ne se prête pas à une définition aisée (**Chapitre 1**). Cette chute dans le gouffre du sommeil permet néanmoins de prendre un envol nouveau : « *Dans le sommeil, ce voyage aventureux de tous les soirs, il y a quelque chose de positivement miraculeux* »⁵⁶. L'aventure du sommeil peut également être vécue par la société : elle permet des utilisations multiples et nouvelles de la société, mais cet envol peut s'avérer icarien, la mise en œuvre du sommeil présentant des risques (**Chapitre 2**).

⁵⁵ Ch. BAUDELAIRE, « Le Gouffre », *Les Fleurs du Mal*.

⁵⁶ Ch. BAUDELAIRE, *Les Paradis artificiels*.

Chapitre 1

UNE TENTATIVE DE DÉFINITION DIFFICILE DU SOMMEIL DE LA SOCIÉTÉ

14. Les incertitudes sur la notion de sommeil. La définition même de la société en sommeil, simple à première vue, renferme en fait une difficulté majeure : pour mémoire, les sociétés en sommeil sont les sociétés « *économiquement mortes, mais juridiquement vivantes* »⁵⁷. Autrement dit, la société en sommeil est identifiée par deux aspects contradictoires : l'inexistence économique et l'existence juridique. Si l'on décompose la formule « société en sommeil », « société » fait référence à la reconnaissance (ou *a minima* à la tolérance) par un ordre juridique donné de cette personne morale, tandis que « sommeil » renvoie au défaut d'activité. Intuitivement, l'aspect juridique se conçoit : il s'agit de savoir si la figure de la société en sommeil est ou n'est pas autorisée par le droit, et de discuter du bien-fondé d'une telle autorisation ou prohibition. L'aspect économique est quant à lui plus délicat à saisir, car la notion de cessation d'activité, juridiquement transposée, ne se prête pas à une définition univoque. Il apparaît en effet à l'examen qu'elle se subdivise en deux conceptions différentes : la cessation d'activité proprement dite, c'est-à-dire l'absence d'activité dans les faits (**Section 1**), et la cessation d'activité au plan fiscal, c'est-à-dire toutes les situations que le droit fiscal considère comme étant un défaut d'activité, ce qui correspond fréquemment à une forme d'artifice juridique (**Section 2**).

Section 1.

La cessation d'activité proprement dite

15. Afin de définir la cessation d'activité proprement dite, c'est-à-dire le sommeil au regard des faits, il faudrait à la fois définir l'activité, et sa cessation. Qu'est-ce que l'activité, et

⁵⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°827, p. 322.

quand peut-on considérer qu'elle a effectivement disparu ? Ce double questionnement est épineux et il semble impossible d'y répondre de manière univoque. Les difficultés de détermination des frontières du sommeil de la personne morale sont similaires à celles du sommeil de l'être humain : qu'est-ce que l'activité éveillée ? Les spasmes intervenant au cours de l'endormissement sont-ils déjà le sommeil ou encore l'éveil ? Ou, au contraire, le véritable sommeil n'est-il que le sommeil profond ? Tracer une frontière claire entre l'éveil et le sommeil est tout aussi difficile en ce qui concerne les personnes morales. Cela implique de savoir ce qu'est l'activité (§1) afin de définir juridiquement sa cessation (§2).

§1. La définition de l'activité

16. Pour ne pas être considérée en sommeil, il est nécessaire que la société « vive » réellement, c'est-à-dire qu'elle ait une activité. Dans le cas le plus fréquent, l'activité de la société sera une activité économique (A), mais une simple activité patrimoniale devrait également être suffisante pour caractériser l'éveil de la société (B).

A. L'activité économique

17. La définition des sciences économiques. Une première approche de ce qu'est l'activité économique est offerte par les sciences économiques. L'Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE) pose une définition *a priori* claire de l'activité économique : « Une activité économique est un processus qui, à partir d'intrants, conduit à la fabrication d'un bien ou à la mise à disposition d'un service »⁵⁸. Cependant, la clarté n'est qu'apparente, et cette définition pose en fait de nombreuses difficultés.

Premièrement, la définition de l'INSEE ne retient que le processus de création du bien ou du service : toute activité de distribution se verrait ainsi exclue de la définition⁵⁹, alors même que Jean-Baptiste Say, dans son célèbre « *Traité d'économie politique* »⁶⁰, met en exergue le fait que la distribution, étape intermédiaire entre production et consommation, est « l'une des étapes clés de l'activité économique »⁶¹. Il s'agit au demeurant de l'activité

⁵⁸ Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE), « Activité économique » dans *Définitions*, 2019 (www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1632).

⁵⁹ Ainsi, selon cette définition, une société qui a pour seule activité l'achat et la revente de biens n'a pas d'activité économique, et est donc en sommeil.

⁶⁰ J.-B. SAY, *Traité d'économie politique, ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*, 1803.

⁶¹ N. DISSAUX, R. LOIR, *Droit de la distribution*, 2017, LGDJ, coll. Précis Domat.

économique par excellence dans l'imaginaire collectif. Secondement, la définition de l'INSEE exige des « intrants » ; par cette condition, on exclut de nombreuses activités pourtant considérées couramment comme économiques⁶², sauf à avoir une conception large des intrants, intégrant des aspects immatériels et intangibles (comme des connaissances ou des savoir-faires).

Les sciences économiques ne se réduisent évidemment pas aux définitions livrées par l'INSEE, mais ces dernières sont symptomatiques de la difficulté que rencontrent les économistes à définir la notion⁶³. Par-delà ces difficultés doctrinales, certaines visées des sciences économiques font obstacle à une définition claire de l'activité économique de l'entreprise : l'activité économique est en effet souvent abordée du point de vue de l'individu, de sorte qu'elle est inadaptée à une définition de l'activité économique de la société. Ainsi, par exemple, la définition de l'activité économique retenue par le Bureau International du Travail (BIT) est extrêmement large, dans la mesure où elle a pour objectif de mesurer la proportion de la population active⁶⁴.

En tout état de cause, les sciences économiques ne sauraient suffire à définir l'activité économique dans la perspective de définir la société en sommeil. Le juriste dira qu'il n'y a là rien d'étonnant dès lors que, précisément, les économistes ne sont pas juristes. Mais ce juriste sera cependant bien surpris en découvrant que le droit de la concurrence, qu'il soit du reste français (1°) ou européen (2°), offre lui aussi une définition de l'activité économique présentant un certain nombre de lacunes, bien que fonctionnelle.

1° Le droit de la concurrence national

18. Définition. En droit de la concurrence, l'activité économique est érigée en critère d'application matériel, puisque l'existence d'une entité exerçant une activité économique

⁶² Cela conduirait par exemple à considérer qu'une société assurant des activités d'enseignement serait dépourvue d'activité économique.

⁶³ Pour l'exposition de la difficulté en doctrine des sciences économiques : P. COHENDET, M. DIANI, « 7. La notion d'activité face au paradigme économique de l'organisation : une perspective d'interprétation en termes de communautés », *Entre connaissance et organisation : l'activité collective*, p. 161 à 186, 2005.

⁶⁴ J.-M. LE GOFF, « L'activité économique au sens du BIT ; Définitions initiales et adaptations dans les enquêtes européennes sur les forces de travail », *Espace, populations et sociétés*, p. 157 à 162, spéc. n°3, 2013 : « En premier lieu, l'activité économique inclut non seulement des activités orientées vers le marché, c'est-à-dire, dont le produit est susceptible d'un échange, qu'il soit marchand ou non marchand, mais aussi des activités de production destinées à la consommation propre d'un individu (production hors-marché). En second lieu, une activité sera considérée comme économique si le produit de cette activité peut être classé dans la nomenclature du système de comptabilité nationale (System of National Account), ce système ayant été établi par la division statistique de l'ONU en vue de permettre, par exemple, le calcul harmonisé du Produit Intérieur Brut (PIB) d'un pays ».

emporte application dudit droit⁶⁵. L'article L. 410-1 du Code de commerce semble vouloir définir ce qu'est l'activité économique : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.* ». La définition est maladroite, mais toutefois plus précise que celle de l'INSEE. Contrairement à la définition de l'INSEE, le Code de commerce inclut, à juste titre, la distribution au sein de l'activité économique, et écarte intelligemment des difficultés potentielles, en prenant en compte le fond et non la forme (indifférence quant à la forme juridique, au financement, et à la qualité privée ou publique de l'acteur). La notion d'activité économique n'est toutefois pas appréhendée de manière suffisamment qualitative, et elle en devient de ce fait « *guère signifiante juridiquement* »⁶⁶.

19. Approche critique. L'article L. 410-1 pose problème à plusieurs égards. D'une part, son champ d'application est restreint aux entreprises ayant une activité économique, ce qui suppose qu'il y ait des entreprises dépourvues d'activité économique. Or qu'est-ce qu'une entreprise qui n'a pas d'activité économique, puisque le propre d'une entreprise est, précisément, de mener une activité économique ? Cette dissociation entre entreprise et activité économique n'est pas tenable. D'autre part, l'entreprise est définie comme étant une entité, ce qui est un terme large mais nébuleux, de sorte qu'on pourrait inclure dans le champ du texte les entrepreneurs individuels ou des unités de production fondées sur des liens contractuels⁶⁷, ce qui est souhaitable, car ce sont des entreprises au sens économique.

2° Le droit de la concurrence de l'Union européenne

20. Une définition tautologique. Tout comme le droit français, le droit de la concurrence de l'Union a également pour critère d'application la notion d'activité économique⁶⁸. L'activité économique est définie comme étant « *toute activité consistant à*

⁶⁵ D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, 3ème éd., 2019, LexisNexis, n°227 et s., p. 251 et s. ; E. BERNARD, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3 (t. XXIII, 3), p. 353 à 385.

⁶⁶ D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, M. CAYOT, *op. cit.*, loc. cit.

⁶⁷ Une société et ses sous-traitants par exemple.

⁶⁸ G. DECOCQ, A. DECOCQ, *Droit de la concurrence*, n°26, 2021, Lextenso.

offrir des biens ou des services sur un marché donné »⁶⁹. Le statut juridique de l'entité⁷⁰, son mode de financement⁷¹, et le caractère lucratif ou non de l'activité⁷² sont indifférents à cette qualification. Cependant, l'activité économique se trouve assimilée de manière plus forte à la notion d'entreprise : l'entreprise est toute entité ayant une activité économique, et *vice versa*, l'entité ayant une activité économique est une entreprise⁷³. Cette définition tautologique est certes plus cohérente que celle du droit français, car l'entreprise et l'activité économique ne peuvent être dissociées, mais elle présente un évident défaut logique et ne permet pas une définition plus précise de ce qu'est l'activité économique.

21. L'activité habituellement marchande. Une autre définition est posée par la Cour de Justice⁷⁴, qui n'est à première vue guère plus satisfaisante : « *Une activité de nature économique est une activité, à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques* ». On pourrait ironiser en disant que, selon cette définition, l'activité économique est donc l'activité économique. Toutefois, cette définition, *a priori* peu utile, apporte en fait un élément de réponse supplémentaire : « *Par activité qui implique des échanges économiques, il faut entendre celle qu'on exerce ordinairement moyennant une contrepartie correspondant à sa valeur marchande* »⁷⁵. Autrement dit, l'activité économique est donc l'activité qui est habituellement marchande.

B. L'activité patrimoniale

22. La nécessité d'inclusion de l'activité patrimoniale. Assimiler l'activité à la seule activité économique serait trop réducteur, car cela reviendrait à exclure du monde des éveillés, et donc à considérer en sommeil, les sociétés ayant une activité purement patrimoniale, comme les holdings pures et les sociétés immobilières. Pourtant, ces sociétés agissent, même si elles n'ont pas une activité de distribution ou de production : leur activité consiste en la gestion. L'activité patrimoniale est toute activité de « *jouissance des fruits*

⁶⁹ CJCE, 20 mars 1985, *République italienne contre Commission des Communautés européennes*, aff. 41/83 ; CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/Italie*, aff. C-35/96, R, I-3851 ; CJCE, 25 oct. 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, R, I-8089 ; CJCE, 24 oct. 2002, *Aéroports de Paris (ADP)*, R, I-9297.

⁷⁰ *ibid.*

⁷¹ *ibid.*

⁷² CJCE, 16 nov. 1995, *FFSA*, aff. C-244/94, 1995 I-04013 : « le seul fait que [la personne morale] ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas à l'activité qu'elle exerce sa nature économique, [si] elle peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer ».

⁷³ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90.

⁷⁴ CJCE, 20 juill. 1999, aff. n° IV/36.888 - Coupe du monde de football 1998, citée par G. DECOCQ, A. DECOCQ, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁵ G. DECOCQ, A. DECOCQ, *op. cit.*, *loc. cit.*

*résultant de la simple propriété »*⁷⁶. A première vue, cela remettrait en cause la définition première de la société en sommeil, suivant laquelle sont en sommeil les sociétés « *économiquement mortes, mais juridiquement vivantes »*⁷⁷. Cette remise en cause doit toutefois être tempérée, en ce que l'activité patrimoniale ne serait pas autre chose que l'activité économique.

23. Un avatar de l'activité économique ? La frontière entre activité patrimoniale et activité économique est pourtant quelquefois très floue. Ainsi, une activité qui ne consiste ni en la fourniture de biens ni en la fourniture de services, mais qui est pourtant lucrative⁷⁸, est-elle une activité économique ou une activité patrimoniale ? Consistant à gérer, cette activité serait patrimoniale ; mais puisqu'elle présente un caractère lucratif, elle est donc nécessairement incluse dans l'économie. En ce sens, on peut s'interroger sur l'autonomie qui pourrait être accordée à l'activité patrimoniale par rapport à l'activité économique. L'activité patrimoniale ne serait-elle pas, au fond, un simple avatar de l'activité économique ?

24. Synthèse et difficultés. Ces définitions restent imprécises, même si elles permettent de cerner la notion d'activité. Une société en sommeil est donc la société qui n'a ni activité de production, ni activité de distribution de biens ou de services, ni même activité patrimoniale ; son mode de financement, sa nature privée ou publique, son statut juridique et son caractère lucratif ou non sont par principe indifférents. Malgré son caractère très général, cette tentative de définition de l'activité amène à une réponse globalement satisfaisante. En revanche, la définition de la cessation d'activité s'avère bien plus périlleuse, en raison de la potentielle tolérance d'une activité résiduelle.

§2. La définition nuancée de la cessation d'activité

25. Quel est le degré de cessation d'activité nécessaire pour que la société soit considérée comme étant en sommeil ? Autrement dit, le sommeil doit-il être profond,

⁷⁶ B. TRESCHER, « Taxe sur la valeur ajoutée – Régime intérieur de la TVA », *Répertoire de droit européen*, 2020, n°24.

⁷⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°827, p. 322.

⁷⁸ Voir conclusions de l'avocat général, M. JACOBS, sous CJCE, 10 janvier 2006, aff. C-222/04, *Ministerio dell'Economia e delle Finanze* : une telle activité serait constituée par « l'activité de gestion d'une participation de contrôle dans une banque concessionnaire » consistant en « l'achat ou la vente de participations et l'utilisation des recettes » pour financer « des buts institutionnels d'intérêt public et d'assistance sociale ». L'avis de l'avocat général est que ces opérations ne sont pas constitutives d'une offre de biens ou de services, mais qu'il s'agit d'activités « économiques par leur nature », de nature à fausser la concurrence sur le marché.

assimilable presque à la mort, ou peut-on tolérer des spasmes ponctuant la léthargie ? La nécessité du caractère absolu du sommeil a été questionnée dans le cadre du droit des entreprises en difficulté (A), mais le caractère résiduel du sommeil a été admis, de manière quelque peu maladroite, par la jurisprudence sociale (B).

A. Le caractère absolu du sommeil en débat

26. Éviter le sommeil : un objectif du droit des entreprises en difficulté. Le droit des entreprises en difficulté est un berceau propice pour le développement d'une définition du sommeil : rencontrant des difficultés, la société sera fréquemment amenée à cesser son activité. A titre liminaire, il convient de noter que le sommeil est une situation honnie par le droit des entreprises en difficulté, dont l'objectif général est de « *prévenir et [...] traiter les défaillances d'entreprises* »⁷⁹, et dont l'objectif spécifique, selon le règlement « Insolvabilité » du 20 mai 2015⁸⁰, « *doit être d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou la cessation de ses activités* »⁸¹ (spécialement lorsqu'une procédure collective est engagée en l'absence de risque d'insolvabilité). La continuation de l'activité, et donc l'évitement du sommeil, est un objectif du droit des entreprises en difficulté.

27. Permettre le sommeil : une conséquence de la liquidation judiciaire. Malgré tout, le droit des entreprises en difficulté admet une forme particulière de sommeil, que l'on pourrait qualifier de sommeil forcé (voir *infra* n°87 et s.). De fait, le jugement ouvrant la liquidation judiciaire a pour conséquence, d'une part, le dessaisissement du débiteur et, d'autre part, « *la cessation de l'activité de l'entreprise* »⁸². Par une lecture *a contrario* de l'article L. 641-10 al. 1er du Code de commerce, le jugement de la liquidation judiciaire entraîne par principe une interruption de l'activité, mais on peut par exception avoir un maintien de l'activité. En ce sens, le sommeil s'impose dès lors qu'une cession de l'entreprise, en partie ou en totalité, est inenvisageable, et dès lors que l'intérêt public ou l'intérêt des créanciers n'exigent pas un maintien de l'activité. Dans les faits, cette conséquence du jugement de liquidation est fréquemment souhaitable, car le maintien en vie de la société peut

⁷⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, C. HOUIN-BRESSAND, *Droit des entreprises en difficulté*, 13ème éd., 2022, LGDJ, précis Domat, n°1, p. 15.

⁸⁰ Règlement (UE) du parlement européen et du conseil 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), dit règlement « Insolvabilité ».

⁸¹ Article 1er, RÈGLEMENT (UE) 2015/848 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte).

⁸² F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 11ème éd., 2022, LGDJ, n° 2034 et s., p. 838.

être onéreux et « *largement* » artificiel⁸³. Autrement dit, mieux vaut un coma peu coûteux qu'un état de veille ruineux.

28. Une notion de fait. Sans aborder dans l'immédiat les conséquences d'un tel sommeil forcé (voir *infra* n°86 et s.), c'est cependant la notion même de cessation d'activité qu'il convient de préciser. Tout d'abord, il est affirmé que la notion de cessation d'activité est une notion de fait : ainsi, par exemple, « *la qualité d'exploitant agricole* » est indifférente pour caractériser un état de cessation d'activité⁸⁴. A l'évidence, depuis 2008, le droit des entreprises en difficulté fait référence à « *l'activité* » du débiteur, non à sa « *qualité* »⁸⁵. Dans le même sens, cessation des paiements ne vaut pas nécessairement cessation d'activité⁸⁶.

29. La tolérance d'une activité résiduelle ? Ces considérations permettent de cerner les contours de la notion. La cessation d'activité correspondrait à « *l'arrêt de toute activité par l'entreprise* »⁸⁷. Cette formule suppose une cessation nécessairement absolue, ce qui signifie qu'aucune activité résiduelle ne saurait être tolérée. Confirmant cette position, un arrêt de la Cour d'appel de Paris⁸⁸ expose que « *la société [...] a été mise en sommeil [...]. Elle n'a donc aucune activité ni revenu.* » : le sommeil est ici assimilé à une absence totale d'activité et de revenus.

Toutefois, un autre arrêt de la Cour d'appel de Paris⁸⁹, pourrait venir remettre en cause ce critère d'inactivité absolue qui se dessinait pourtant clairement : en l'espèce, la société demanderesse fait valoir qu'elle « *est une société en sommeil, qu'elle n'a plus d'activité significative depuis au moins cinq ans* ». Dans cet arrêt, la Cour d'appel répond que la société en question était bien « *une société en sommeil et sans activité* », ne tolérant pas ainsi à première vue une activité résiduelle pour caractériser le sommeil. Cependant, cela n'est pas certain, car la société demanderesse a considéré être une société en sommeil dépourvue d'activité significative, et la Cour d'appel, bien que ne reprenant pas textuellement le critère ainsi exposé, a malgré tout admis la qualification de société en sommeil. Ainsi, il n'est pas certain que le critère soit celui de la cessation totale de l'activité, et il semble au contraire que

⁸³ *ibid.*

⁸⁴ Cass. com., 1er juill. 1997, n° 95-15.116, D. 1997. 200.

⁸⁵ P. DELEBECQUE, N. BINCTIN, L. ANDREU, « Effets de commerce et entreprises en difficulté », Tome 4, *Traité de droit des affaires*, 18ème éd., 2018, LGDJ, n°454, p. 301.

⁸⁶ Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-17.657, *Rev. proc. coll.*, n° 2, Mars 2014, comm. 52, B. SAINTOURENS ; *Gaz. Pal.* 12-14 janv. 2014, p. 17, note F. REILLE.

⁸⁷ P. SERLOOTEN, G. DEDEURWAERDER, « Entreprises en difficulté : droit fiscal », dans *Rép. Sociétés*, Dalloz, 2023, n°39.

⁸⁸ CA Paris, 12 mars 2020, n° 20/01298.

⁸⁹ CA Paris, 22 octobre 2008, n° 08/17029.

le sommeil ne suppose qu'une cessation significative de l'activité, ce qui est du reste corroboré par la position de la Cour de cassation dans le cadre du droit social.

B. Le caractère partiel du sommeil maladroitement admis

30. De manière critiquable, l'existence d'un « *maigre filet d'activité* »⁹⁰ de la société peut à certaines conditions être tolérée sans remettre en cause la qualification de sommeil (1°). Cette solution présentant des inconvénients, une rédaction nouvelle de la loi peut être proposée (2°).

1° L'admission : description et critique

31. La cessation d'activité en droit social. La notion de cessation d'activité est utilisée en droit du travail, dans le cadre du licenciement pour motif économique. Selon l'article L. 1233-3 du Code du travail, « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment : [...] 4° A la cessation d'activité de l'entreprise* ».

32. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, dans une affaire « *Aptalis Pharma* »⁹¹, apporte deux précisions importantes sur l'appréciation de la cessation d'activité de l'entreprise. Dans l'espèce présentée, des salariés s'étaient vus notifier leur licenciement pour motif économique à la suite d'une cessation d'activité de l'entreprise, cessation qui était censée être définitive et complète. La Cour de cassation énonce que la cessation d'activité n'est remise en cause ni par la poursuite de l'activité par une autre entité, ni par le maintien d'une activité résiduelle sous certaines conditions.

33. L'indifférence de l'activité poursuivie par une autre entité. En premier lieu, est posée une précision sur le périmètre de la cessation d'activité : en l'espèce, la société Aptalis Pharma avait été rachetée par un groupe dénommé « Teva ». De manière intéressante,

⁹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°773, p. 307.

⁹¹ Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-13.485 ; Dans cette espèce, les salariés ainsi licenciés contestaient cette mesure, et la Cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 20 janvier 2022, leur avait donné raison, déclarant les licenciements comme étant sans cause réelle et sérieuse.

l'activité de la société était « sortie » de la société, et s'était poursuivie dans une autre société du groupe. Dans ce cadre, les juges du fond ont considéré que l'activité de la société n'avait aucunement cessé, puisqu'elle avait été poursuivie par une autre société. Sur ce point, l'arrêt d'appel est cassé par les plus hauts magistrats judiciaires, qui précisent de manière éclairante que « *la seule circonstance qu'une autre entreprise du groupe ait poursuivi une activité de même nature ne faisait pas par elle-même obstacle à ce que la cessation d'activité de la société soit regardée comme totale et définitive* ». Selon un auteur⁹², cette solution « *respecte la lettre de l'article L. 1233-3 du Code du travail* », puisque le groupe n'y est pas mentionné pour apprécier la cessation d'activité, contrairement aux difficultés économiques, aux mutations technologiques et à la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise. « *Il importe que l'entreprise cesse son activité, et non que l'activité de l'entreprise cesse* »⁹³. L'essentiel pour justifier un licenciement pour motif économique est donc qu'il y ait cessation de l'activité menée par la société (ou l'entreprise), la reprise d'une telle activité par une autre société est indifférente. Ayant dit cela, cet auteur relève à juste titre que l'articulation entre ces considérations et l'article L. 1224-1 du Code du travail, qui prévoit le transfert du contrat de travail, reste incertaine⁹⁴.

Toutefois, on pourrait malgré tout s'interroger sur le respect de la lettre du texte de l'article L. 1233-3 du Code du travail par cet arrêt. La Cour de cassation n'ajoute-t-elle pas une condition à la loi, ce qui en serait une violation⁹⁵ ? Dans l'article précité, la « *cessation d'activité* », dénuée de tout autre élément, est seule évoquée : par conséquent, il semble bien s'agir de l'activité dans son sens factuel, purement économique. Autrement dit, pour retenir la cessation d'activité, la cessation de l'activité dans l'entreprise ne suffirait pas, il faudrait une cessation de l'activité en tant que telle. Ainsi, retenir l'existence de la cessation d'activité malgré la continuation de l'activité par une autre société revient à prendre en compte, non pas l'activité en tant que telle, mais l'activité menée par la société au sein de la société entendue comme personne morale, ce que la lettre du texte ne précise aucunement : cela semble bien être un ajout d'une condition à la loi. En l'espèce, l'activité en tant que telle se trouve en effet continuée, malgré le passage de frontière qu'elle connaît d'une personnalité morale à une autre.

⁹² S. RIANCHO, « Licenciement pour motif économique : précisions sur la cessation d'activité de l'entreprise », *BJT* oct. 2023, p. 22.

⁹³ *ibid.*

⁹⁴ *ibid.*

⁹⁵ Ch. ATIAS, « La condition ajoutée à la loi par le juge », *D.* 2009. 2654, n°2 ; Selon l'adage romain « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ».

34. L'indifférence de l'activité résiduelle : du sommeil à la somnolence. En second lieu, l'arrêt en question permet d'apprécier avec plus de précision la date de la cessation d'activité ; or en déterminant la date de la cessation d'activité, on peut percevoir en arrière-plan ce qu'est cette cessation. Alors que « *la réalité du motif du licenciement s'apprécie à la date de son prononcé* »⁹⁶, la difficulté était, dans l'espèce présentée, que des lettres de licenciement avaient été notifiées, tandis qu'une « *activité résiduelle* » avait été maintenue après l'envoi d'une partie desdites lettres. La question posée était naturellement celle de savoir si cette activité résiduelle était à même de remettre en cause les licenciements, et de manière sous-jacente, si une activité résiduelle était ou non exclusive du sommeil de la société. La réponse de la Cour n'est pas univoque, mais au contraire très « *nuancée* »⁹⁷, et peint le tableau d'un sommeil qui est plutôt une forme de somnolence : le maintien d'une activité résiduelle n'est pas suffisant pour remettre en cause la qualification de cessation d'activité, dès lors que cette activité a été « *nécessaire à l'achèvement de l'exploitation de certains produits avant leur cession* »⁹⁸ et que « *la cessation d'activité de l'entreprise était irrémédiablement engagée lors du licenciement* »⁹⁹.

Cet arrêt est très éclairant sur la définition du sommeil : par principe, pour qu'il y ait qualification de cessation d'activité, aucune activité n'est tolérée, le sommeil doit être absolu. Toutefois, par exception, la qualification de cessation d'activité ne suppose pas un sommeil absolu : il peut s'agir d'une simple somnolence, en ce que le maintien d'une activité résiduelle est toléré. Les conditions pour appliquer cette exception sont d'une part la nécessité du maintien de l'activité résiduelle, et d'autre part la certitude future de la cessation complète d'activité. Ainsi, la somnolence n'est sommeil que si elle est la première phase de l'endormissement.

Sur un plan pratique, la solution est évidemment défavorable aux salariés, car la possibilité de leur licenciement économique se trouve étendue. Sur un plan théorique, cette position de la Cour de cassation ne relève pas de l'évidence, en ce qu'elle admet la relativité du sommeil, et le donne à voir comme une semi-veille possible, ce qui est fortement contre-intuitif.

⁹⁶ Cass. soc., 1er févr. 2017, n° 15-23039, cité par S. RIANCHO, art. préc.

⁹⁷ S. RIANCHO, art. préc.

⁹⁸ Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-13485.

⁹⁹ *ibid.*

2° Proposition de rédaction

35. La solution insatisfaisante de la liste. Une solution intéressante pour identifier avec précision le moment de la cessation d'activité est offerte par le droit polonais, qui propose une liste des actes que la société en sommeil peut faire sans remettre en cause sa qualité de société en sommeil, et ceux qu'elle ne peut pas faire. Autrement dit, par la technique de l'énumération, on saisit avec une grande précision ce qu'est et ce que n'est pas le sommeil. La société en sommeil en droit polonais ne peut, sans surprise, « *conduire une activité économique* »¹⁰⁰, ni « *réaliser des bénéfices courants* »¹⁰¹, mais elle peut réaliser certains actes, pourvu qu'ils soient réalisés dans l'objectif de « *sécuriser la source des revenus* »¹⁰² et de « *fonctionner normalement après la reprise de l'activité* »¹⁰³. Autrement dit, le sommeil doit être au service du réveil, les actes faits pendant le sommeil doivent permettre le réveil. Une liste de ces actes nécessaires et permis est donnée, notamment : « *accepter [le paiement] des créances nées antérieurement au sommeil* »¹⁰⁴, « *céder ses propres immobilisations et équipements* »¹⁰⁵, ou encore « *régler les obligations contractées avant la suspension [de l'activité]* »¹⁰⁶. Une clause-balai est également mentionnée, car la société en sommeil peut « *faire toute action nécessaire au maintien des revenus* »¹⁰⁷.

Toutefois, retenir la solution de la liste présente plusieurs désavantages majeurs. Premièrement, le caractère par nature non-exhaustif d'une liste rend une telle solution juridiquement incertaine. Deuxièmement, sur le terrain de la légistique et de la clarté du droit, une liste est quasi-nécessairement prolixe et donc peu claire. Troisièmement, la liste présente un caractère inflexible et arbitraire, en raison de sa précision : le juge ne pourrait pas l'adapter au cas d'espèce.

36. La solution envisageable de la précision du sommeil. Une solution idoine semble résider dans une précision accrue des textes mentionnant la cessation d'activité. Au regard des inconvénients liés à l'admission d'un sommeil résiduel (licenciement facilité des

¹⁰⁰ « Comment suspendre une activité économique inscrite au Registre National Judiciaire [équivalent du RCS] » (« *Jak zawiesić działalność gospodarczą zarejestrowaną w KRS* »), www.biznes.gov.pl/pl/portal/0079 ; « *prowadzić działalności gospodarczej* ».

¹⁰¹ « *Osiągać bieżących przychodów* » ; En droit français, est courant tout bénéfice qui n'est pas exceptionnel, c'est-à-dire, selon l'article R. 123-192 du Code de commerce, le résultat dont la réalisation n'est pas liée à l'exploitation courante de l'entreprise.

¹⁰² « *Zabezpieczyć źródło przychodów* ».

¹⁰³ « *Funkcjonować po wznowieniu działalności* ».

¹⁰⁴ « *Przyjmować należności powstałe przed zawieszeniem* ».

¹⁰⁵ « *Zbywać własne środki trwałe i wyposażenie* ».

¹⁰⁶ « *Regulować zobowiązania powstałe przed zawieszeniem* ».

¹⁰⁷ « *Wykonywać czynności niezbędne do zachowania przychodów* ».

salariés, caractère peu signifiant de la notion de sommeil, difficulté à tracer une frontière entre sommeil et éveil, interprétation *contra legem*), cette précision devrait aller dans le sens d'une restriction du terme « cessation » : la cessation d'activité, ce serait alors l'inexistence de l'activité, sa disparition effective. Par conséquent, l'adjonction à la « cessation » d'un adjectif comme « absolue », « totale » ou « complète » pourrait utilement être envisagée.

L'article L. 1233-3 du Code du travail se trouverait donc ainsi rédigé : « *Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment : [...] 4° A la cessation absolue d'activité de l'entreprise ».*

37. Conclusion de la section. Le sommeil de la personne morale est une notion difficile à saisir. La définition de l'activité économique donnée par le droit de la concurrence est fonctionnelle, mais c'est sur le plan de la cessation *per se* qu'il y a une plus grande difficulté conceptuelle. En droit positif, la cessation d'activité est la situation d'inactivité économique de la société, étant entendu que n'excluent pas la qualification de sommeil d'une part la poursuite de l'activité par une autre société, et d'autre part l'activité résiduelle temporaire et nécessaire. Cette définition est défavorable aux salariés, semble aller contre le texte de l'article L. 1233-3 du Code du travail, et ne permet pas une conception théoriquement viable du sommeil. Par conséquent, la cessation d'activité devrait utilement devenir la cessation absolue d'activité. Toutes ces réflexions ne valent toutefois que pour autant que l'on soit hors du droit fiscal : le sommeil en droit fiscal est un sommeil particulier, il présente une certaine autonomie par rapport au sommeil proprement dit.

Section 2.

La cessation d'activité en droit fiscal

38. Modestie et ambition. La cessation d'activité en droit fiscal a déjà fait l'objet d'études nombreuses, plus ou moins approfondies¹⁰⁸. L'ambition est ici à la fois plus modeste

¹⁰⁸ V. CUINIER-BUGAULT, *La cessation d'activité : étude de droit fiscal*, Thèse, 2005 ; P. SERLOOTEN, O. DEBAT, *Droit fiscal des affaires*, 22ème éd., 2023/2024, Dalloz, n°81, 135, 171, 280, 787 et s., 1011 et s. ; M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFaux, *Précis de fiscalité des entreprises*, 47ème éd., 2023/2024, LexisNexis,

et plus grande. Plus modeste, car il ne s'agit pas de faire une étude minutieuse et hautement technique, mais plutôt de dégager les règles principales de définition du sommeil en droit fiscal, afin de mettre en évidence ses conséquences les plus importantes. Plus grande, car l'objectif de la présente section est de montrer la spécificité du sommeil au sens du droit fiscal tout en systématisant sa présentation, et d'esquisser l'impact de ce sommeil particulier sur la théorie générale du sommeil dans le cadre du droit des sociétés.

39. Le sommeil du droit fiscal, une fiction juridique. Selon le juriste Rudolf von Jhering, la fiction juridique est « *un mensonge technique consacré par la nécessité* »¹⁰⁹. Le sommeil au sens du droit fiscal se présente comme une telle fiction : il s'agit fréquemment d'un sommeil artificiel, ce qui permet une augmentation des recettes fiscales, car les cas ouverts à l'imposition deviennent plus nombreux. Le législateur fiscal tisse ainsi une toile large des cessations d'activité, lui permettant d'imposer non seulement les cessations d'activités « véritables », mais également des événements assimilés plus ou moins à juste titre à des cessations d'activité. La cessation d'activité au plan fiscal correspond en effet aux situations de sommeil proprement dit (§1), auxquelles se trouvent assimilées d'autres situations, entraînant les mêmes effets fiscaux que ce sommeil proprement dit (§2).

§1. Le sommeil proprement dit

40. L'abandon de l'activité. Il y a cessation d'activité au plan du droit fiscal dès lors qu'il y a cessation d'activité proprement dite, c'est-à-dire lorsqu'il y a « *abandon de l'ensemble de l'activité industrielle ou commerciale* »¹¹⁰, qui peut notamment résulter de la « *fermeture définitive du ou des établissements où était exercée l'activité* »¹¹¹. Cela relève de l'évidence : le sommeil proprement dit est également un sommeil au plan fiscal.

41. La liquidation d'une société pluripersonnelle. Lorsque l'activité s'arrête, il est possible que la société soit dissoute puis liquidée à plus ou moins long terme. Puisque le sommeil proprement dit est considéré comme un cas de cessation d'activité, c'est *a fortiori*

n°2385 et s., 2574 et s., 2695 et s. ; R. VICTOR, « Cession ou cessation d'activité - Société relevant des BNC en liquidation : quand souscrire les derniers résultats auprès du fisc ? - Commentaire avec conclusions du rapporteur public », *Rev. droit fiscal*, n° 50 du 2021, 456 ; O. FOUQUET, « Liquidation judiciaire et cessation de société », *RTD Com.*, 2015, p. 400, affaire CE, 10 avril 2015, n°371765, *Min. du Budget c/ SAS Holco*.

¹⁰⁹ R. VON JHERING, *De l'esprit du droit romain*, trad. O. MEULENAERE, t. IV, Marescq, 1880, § 68, cité par Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de la causalité alternative », *D.* 2010. 1162.

¹¹⁰ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 14ème éd., 2023-2024, LGDJ, coll. Précis Domat, n°666, p. 492.

¹¹¹ *ibid.*

que ses conséquences que sont la liquidation et la dissolution devraient également être considérées comme telles. Malgré tout, ce n'est pas la dissolution elle-même qui est considérée comme une cessation d'activité au plan fiscal, mais la liquidation¹¹². L'activité peut en effet être continuée pendant les opérations de liquidation (C. com., art. L. 641-10, al. 1er), de sorte que la cessation d'activité sera effective au jour de clôture des opérations de liquidation¹¹³.

Si la société est soumise à l'impôt sur le revenu (IR), le régime de sa semi-transparence fiscale sera applicable, et les associés seront par conséquent imposés personnellement, au prorata de la participation qu'ils détiennent au sein de la société, l'IR étant immédiatement établi¹¹⁴. Les résultats sont alors imposables au taux normal, sauf pour les plus-values nettes à long terme¹¹⁵, étant entendu que la reprise des apports et la répartition des réserves ne sont pas des opérations imposables¹¹⁶.

Si la société est soumise à l'IS, la dissolution puis la liquidation entraînent des effets fiscaux extrêmement onéreux, voire prohibitifs. Ce coût élevé s'explique par le fait qu'il faudra non seulement payer pour la cessation d'activité, mais également pour la disparition de la personnalité morale, qui offrait un écran protecteur aux associés¹¹⁷. Au regard de ce coût, certaines sociétés ayant cessé leurs activités préfèrent rester en sommeil¹¹⁸, en évitant de ce fait la dissolution et la liquidation. Dans ce cas, la société tient tellement à la vie qu'elle préfère un état comateux à une mort pure et simple. S'il y a toutefois dissolution et liquidation, les impositions pèsent sur la société et sur les associés. Du côté de la société, celle-ci devra régler l'IS au taux normal découlant du résultat fiscal de l'exercice. Du côté des associés, ceux-ci subiront l'imposition du boni de liquidation, suivant le régime des dividendes¹¹⁹. Il est à noter que le remboursement des apports et des primes d'émission n'est pas un revenu imposable (CGI, art. 112, 1°).

¹¹² P. SERLOOTEN, O. DEBAT, *Droit fiscal des affaires*, 22ème éd., 2023/2024, Dalloz, n°815 et s., p. 717 et s.

¹¹³ *ibid.*

¹¹⁴ *ibid.*

¹¹⁵ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *Précis de fiscalité des entreprises*, 47ème éd., 2023/2024, LexisNexis, n°2699 et s., p. 991 et s. : ces plus-values sont imposables au taux de 30%, sauf si la société est soumise à un régime d'exonération.

¹¹⁶ *ibid.*

¹¹⁷ P. SERLOOTEN, O. DEBAT, *op. cit.*, n°818, p. 719-720.

¹¹⁸ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *Précis de fiscalité des entreprises*, 47ème éd., 2023/2024, LexisNexis, n°2704, p. 993.

¹¹⁹ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, n°2706 et s., p. 993 et s. : Si l'associé est une personne physique, l'imposition se fait au taux de 30% (*flat tax*) ou au barème progressif si une option a été exercée. Si l'associé est soumis à l'IS et qu'il est associé à plus de 5%, le boni de liquidation est exonéré, sauf pour ce qui concerne la quote-part de frais et charges de 5%.

42. La liquidation d'une société unipersonnelle. A la clôture de la liquidation d'une société pluripersonnelle, il y a partage de l'indivision entre les actionnaires¹²⁰. Dans le cas d'une société unipersonnelle, de manière évidente, la situation d'indivision est impossible. En outre, lorsque l'associé unique est une personne morale, il n'y a pas de liquidation, et la dissolution de la société unipersonnelle entraîne une transmission universelle de patrimoine au profit dudit associé unique (C. civ., art. 1844-5). Il convient en ce domaine de distinguer entre le cas où l'associé unique est une personne physique, et le cas où il est une personne morale.

Si l'associé est une personne physique, la dissolution-liquidation de la société est une cessation d'activité, dont la conséquence est l'imposition immédiate des bénéfices non-taxés et des plus-values réalisées par l'attribution de l'actif de la société à l'associé unique. Si la société dissoute est soumise à l'IR, l'imposition sera faite au niveau de l'associé¹²¹. Si la société dissoute est en revanche soumise à l'IS, l'associé se verra imposé sur le *boni* de liquidation : le montant imposable correspond à la différence entre actif net attribué et apports¹²².

Si l'associé est une personne morale, le sommeil est exclu. La dissolution-liquidation de la filiale détenue en totalité n'est pas une cessation d'activité, mais une fusion¹²³ (C. civ., art. 1844-5) : il y a transmission universelle du patrimoine de la filiale au profit de la mère. Sur le plan conceptuel, puisque la mère détenait l'intégralité de la fille, et qu'elle se voit transmettre tout le patrimoine de cette dernière, il y a une forme de continuité : l'activité menée par la fille pourra être poursuivie au sein de la mère. Même si cette activité est finalement abandonnée, la différence entre abandon de l'activité de la filiale et abandon d'une activité interne à la société-mère est très faible : dans les deux cas, la mère abandonne en quelque sorte l'une de ses activités. Mais la majorité des cas de cessation d'activité en droit fiscal ne sont pas des abandons d'activités : ce sont des événements qui, par artifice juridique, se trouvent assimilés au sommeil.

§2. Le sommeil artificiel : les cas d'assimilation au sommeil

43. Toutefois, d'autres situations sont assimilées au sommeil : elles entraînent les effets du sommeil au plan fiscal, même si elles ne sont pas des cessations d'activités à

¹²⁰ P. SERLOOTEN, O. DEBAT, *op. cit.*, n°828 et s., p. 729 et s.

¹²¹ *ibid.*

¹²² *ibid.*

¹²³ *ibid.*

proprement parler. La société n'est pas réellement en sommeil, car une activité est toujours menée : le sommeil est donc artificiel, si l'on considère qu'il existe. Plus il y a d'assimilations à la cessation d'activité, plus il y a d'ouvertures de cas d'imposition, c'est pourquoi ces assimilations sont fortement utiles au législateur fiscal. Ces assimilations sont justifiées soit par le changement de l'identité *lato sensu* de la société (A), soit par le changement d'identité du « propriétaire » (B).

A. L'assimilation en raison de la modification de l'identité de la société

44. Lorsque l'identité de la société change, il y a un avant et un après. Avant, l'activité initiale de la société était menée, mais après, puisque ce n'est plus exactement la même société, on considère, sûrement un peu artificiellement, que ce n'est plus la même activité qui est continuée. Ce qui sépare ces deux phases au plan du droit fiscal est la cessation d'activité. Tandis que certaines cessations d'activité par assimilation sont liées à la modification de l'activité même de la société, c'est-à-dire à la modification de l'entreprise (1°), d'autres cessations d'activité par assimilation sont justifiées par la modification de la société en tant qu'elle est structure sociale (2°).

1° Les modifications de l'entreprise

45. En ce domaine, on distingue l'assimilation en raison de la cessation partielle d'activité et l'assimilation en raison du changement d'activité réelle.

a. La cessation partielle d'activité

46. **La détermination du caractère partiel.** Il y a sommeil au plan fiscal lorsqu'il y a cessation partielle de l'entreprise : il suffit donc de l'abandon d'une partie seulement de l'entreprise menée par la société pour qu'il y ait sommeil au plan fiscal. A l'évidence, la société n'est pas en sommeil à proprement parler, car une partie de son activité continue.

Cependant, la cessation partielle, si elle est minime, n'entraîne pas une cessation d'activité, car elle doit entraîner « *au titre de l'exercice de sa survenance ou de l'exercice suivant, une diminution de plus de 50 % par rapport à l'exercice précédant celui de l'abandon [...] : soit du chiffre d'affaires de la société ; soit de l'effectif moyen du personnel et du montant brut des éléments de l'actif immobilisé de la société* » (CGI, art. 221, 5, b), 2°)

47. L'effet : établissement immédiat de l'impôt. Selon l'article 201, 1. du Code général des impôts « *Dans le cas [...] de cessation, en totalité ou en partie, d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale, minière ou agricole, l'impôt sur le revenu dû en raison des bénéfices réalisés dans cette entreprise ou exploitation et qui n'ont pas encore été imposés est immédiatement établi* ». Cette solution d'établissement immédiat est étendue au « *cas de cessation de l'exercice d'une profession non commerciale* » (CGI, art. 202, 1.). En cas de cessation d'activité d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés, il y a établissement immédiat de cet impôt (CGI, art. 221, 1.).

b. Le changement d'activité réelle

48. La jurisprudence permissive du Conseil d'Etat : l'exigence de changement complet. Le Conseil d'Etat avait dans un premier temps eu une interprétation stricte de la loi, ce qui avait des conséquences favorables à l'extrême pour le redevable. Le principe est simple à première vue : « *Le changement de l'objet social ou de l'activité réelle emporte cessation d'entreprise* » (CGI, art. 221, 5). Le changement d'activité réelle a posé de nombreux problèmes de définition : le Conseil d'Etat en faisait une interprétation restrictive, considérant que le changement devait être complet. Ainsi, l'activité nouvelle de la société devait être complètement différente de l'activité ancienne¹²⁴, ce qui était notamment le cas lorsque l'activité opérationnelle laissait place à une activité patrimoniale¹²⁵. La cessation d'activité n'était en revanche pas caractérisée dans des cas discutables, par exemple lorsqu'une société qui avait une activité de fabrication d'un certain type de produits devenait simplement une société distributrice de ces produits¹²⁶, ou encore lorsqu'une société ajoutait à son activité première une nouvelle activité, sauf si l'activité ancienne devenait très marginale¹²⁷.

Ces solutions retenues par le Conseil d'Etat réalisaient une interprétation excessivement restrictive du changement d'activité réelle : l'activité connaissait un changement profond, mais au regard du droit fiscal, la plus haute juridiction administrative considérait qu'il n'y avait aucune conséquence à en tirer. Cette position restrictive à l'extrême

¹²⁴ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *Précis de fiscalité des entreprises*, 47ème éd., 2023/2024, LexisNexis, n°2587, p. 957.

¹²⁵ CAA Lyon, 21 juin 2007 et CE, 10e et 9e sous-sections, 30 juin 2010, n°308531, cités par M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, n°2587, p. 957, note 42.

¹²⁶ CE, 8 févr. 1991, cité par M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*, note 43.

¹²⁷ CE, 10 juill. 2007, n°288484 ; CE, 30 nov. 2007, n°284621 (dans cet arrêt, l'activité initiale ne représentait plus que 20% du chiffre d'affaires, ce qui a été considéré par le Conseil d'Etat comme insuffisant pour caractériser qu'elle était devenue marginale), cités par M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, n°2590, p. 959, notes 46 et 47.

permettait à un transfert de déficits entre plusieurs entreprises exercées consécutivement au sein d'une même société, ce qui n'était pas tolérable pour le législateur.

49. L'intervention législative : l'exigence d'un changement majeur. En conséquence, le législateur a décidé de préciser la notion de changement d'activité réelle au sein de l'article 221, 5 du CGI. Ainsi, en premier lieu, il y a changement d'activité réelle notamment s'il y a une « *disparition des moyens de production nécessaires à la poursuite de l'exploitation pendant une durée de plus de douze mois, sauf en cas de force majeure, ou lorsque cette disparition est suivie d'une cession de la majorité des droits sociaux* ». D'un point de vue légistique, le principe du changement d'activité réelle est maintenu, mais il est désormais illustré par un cas de figure : le changement d'activité réelle, qui est un concept général, advient notamment si l'on rentre dans ce cas spécifique. Cela permet d'empêcher le trop grand laxisme de la jurisprudence sur ce point.

En outre, la question de l'adjonction d'une activité a été également précisée. Auparavant, l'adjonction de l'activité nouvelle devait rendre l'activité ancienne très marginale, étant entendu que ce caractère marginal était apprécié de manière extrêmement large par le Conseil d'Etat. Ainsi, le législateur a décidé de mettre en place des seuils, et de déterminer lui-même ce qui est marginal, et ce qui ne l'est pas, au sein de l'article 221, 5 du CGI : « *Le changement d'activité réelle d'une société s'entend notamment : 1°) De l'adjonction d'une activité entraînant, au titre de l'exercice de sa survenance ou de l'exercice suivant, une augmentation de plus de 50 % par rapport à l'exercice précédant celui de l'adjonction : soit du chiffre d'affaires de la société ; soit de l'effectif moyen du personnel et du montant brut des éléments de l'actif immobilisé de la société* ».

2° Les modifications du droit des sociétés

50. Les modifications du droit des sociétés peuvent concerner la forme sociale, qui se trouve changée, ou bien le déplacement du siège social à l'étranger.

a. Les transformations de sociétés

51. La transformation d'une société soumise à l'IS en société soumise à l'IR. Lorsqu'une société soumise à l'impôt sur les sociétés (IS) se transforme en société soumise à l'IR, le fait qu'elle ne soit plus soumise à l'IS est assimilé à une cessation d'activité (CGI, art.

221, 2., al. 2). En pratique, ce cas de figure est rare en ce qui concerne les sociétés opérationnelles, mais peut se concevoir pour les sociétés patrimoniales¹²⁸. L'assimilation de cette situation à une cessation d'activité est un principe « sévère »¹²⁹, car elle a pour effet une « *imposition immédiate des bénéfices en cours, des plus-values et provisions en sursis d'imposition et des plus-values latentes* » et une « *imposition du boni de liquidation au nom des associés* »¹³⁰, ce qui correspond aux mêmes effets fiscaux que la dissolution de la société¹³¹.

En raison de sa sévérité, ce principe admet un tempérament. L'imposition immédiate des plus-values, des provisions en sursis d'imposition, des gains latents sur stocks et des plus-values latentes est exclue dès lors que deux conditions sont remplies : absence de modification des valeurs comptables du bilan de la société et possibilité maintenue d'imposition des plus-values latentes selon le même régime au sein de la société nouvelle (CGI, art. 221 *bis*). La seconde condition est remplie si la société de personnes nouvelle a la même activité professionnelle que la société de capitaux ancienne. Cependant, il doit être précisé que les réserves sont de toute façon réputées distribuées (CGI, art. 111 *bis*), et deviennent imposables au niveau des associés, et les déficits anciens sont perdus de manière irrémédiable¹³².

52. La transformation d'une société soumise à l'IR en société soumise à l'IS. Si une société soumise à l'IR devient soumise à l'IS, le droit fiscal considère également qu'il y a cessation d'activité¹³³. Il n'y a pas d'imposition des plus-values et des provisions, si les conditions précitées de l'article 221 *bis* sont remplies (CGI, art. 202 *ter*, I). Aucune problématique n'existe ni pour les réserves, déjà imposées, ni pour les déficits, déjà imputés sur les revenus des associés.

b. Le transfert de siège social à l'étranger

53. Le transfert au sein de l'Union européenne. Lorsque le transfert du siège social s'effectue au sein de l'Union, il n'y a pas d'assimilation à la cessation d'activité (CGI, art. 221, 2, al. 3). La raison de ce principe est la liberté d'établissement : « *Le principe fondamental qui*

¹²⁸ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, n°2573 et s., p. 955 et s.

¹²⁹ *ibid.*

¹³⁰ *ibid.*

¹³¹ *ibid.*

¹³² *ibid.*

¹³³ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *Précis de fiscalité des entreprises*, 47ème éd., 2023/2024, LexisNexis, n°2580, p. 956.

gouverne l'établissement et la circulation des services au sein de l'Union européenne est la liberté, entendue comme l'absence d'entraves étatiques »¹³⁴. Or considérer que le transfert du siège social dans un autre Etat membre de l'Union européenne est une cessation d'activité, en ce que cela entraînerait des conséquences fiscales sévères, serait une entrave étatique, car cela serait de nature à dissuader les sociétés de réaliser cette opération.

Par conséquent, l'établissement maintenu en France devient simplement un établissement stable soumis à l'impôt en France¹³⁵. Cependant, lorsque des éléments d'actifs sont transférés en totalité ou de manière isolée¹³⁶ hors du territoire national mais sur le territoire de l'Union, il y a imposition des plus-values latentes, des plus-values en report et des plus-values en sursis d'imposition. Afin de ne pas dissuader les sociétés de transférer leur siège social, il est à noter que ces impositions ne sont pas immédiates : soit l'impôt est acquitté dans les deux mois, soit le paiement de l'impôt est fractionné sur une durée de cinq ans lorsque la société en fait la demande (CGI, art. préc.). En cas de paiement fractionné, l'impôt est immédiatement exigible si la société est dissoute, si la société ne respecte pas une échéance de paiement, ou si les actifs sont transférés ou cédés hors du territoire de l'Union européenne (CGI, art. 221, 2, al. 4).

54. Le transfert hors de l'Union européenne. « *Il s'agit d'un acte de trahison (passer à l'ennemi) passible de la peine de mort* »¹³⁷. Tout comme la trahison est passible de la peine de mort, le transfert du siège social en dehors du territoire de l'Union européenne est assimilé à la cessation d'activité (CGI, art. 221, 2, al. 1er). Ses conséquences sont les suivantes¹³⁸ : imposition des bénéfices d'exploitation de l'exercice en cours, des plus-values latentes et des bénéfices en sursis d'imposition, perte de la possibilité de reporter les déficits antérieurs, caractère réputé distribué des bénéfices et des réserves.

B. L'assimilation en raison de la modification de l'identité du propriétaire

55. Lorsque le « propriétaire » de l'entreprise, c'est-à-dire l'associé majoritaire ou l'exploitant, est affecté par un changement, le droit fiscal assimile ce changement de situation à une cessation d'activité. L'assimilation à la cessation d'activité se justifie par le fait que l'associé majoritaire ou l'exploitant change et que, par conséquent, ce n'est pas exactement la

¹³⁴ C. SANTULLI, *Introduction au droit européen*, 3ème éd., 2024, LGDJ, n°199.

¹³⁵ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, n°2600 et s., p. 961 et s..

¹³⁶ *ibid.*

¹³⁷ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, n°2596, p. 960.

¹³⁸ *ibid.*

même entreprise qui se trouve continuée. Il y a une sorte d'identité, selon le droit fiscal, entre l'entrepreneur et son entreprise. Ainsi, il y a assimilation en cas de cession intégrale ou substantielle de l'entreprise, et en cas de décès de l'exploitant.

1° La cession intégrale ou partielle

56. En matière de cession, les règles sont les mêmes qu'en matière de cessation proprement dite. Ainsi, le sommeil au plan fiscal est caractérisé en cas de cession intégrale ou partielle de l'entreprise. Comme dans le cadre de la cessation, la cession, si elle est partielle, ne doit pas être minime : la cession partielle est une cessation d'activité si elle entraîne « *au titre de l'exercice de sa survenance ou de l'exercice suivant, une diminution de plus de 50 % par rapport à l'exercice précédant celui [...] du transfert : soit du chiffre d'affaires de la société ; soit de l'effectif moyen du personnel et du montant brut des éléments de l'actif immobilisé de la société* » (CGI, art. 221, 5, b), 2°).

Les effets sont en ce domaine identiques à ceux de la cessation intégrale ou partielle : l'impôt dû sur les bénéfices non imposés « *est immédiatement établi* » (CGI, art. 201, 1).

2° Le décès de l'exploitant

57. Le décès de l'exploitant d'une entreprise entraîne les effets du sommeil au plan fiscal (CGI, art. 201, 4.), même si l'activité se trouve poursuivie par ailleurs¹³⁹. Le lien d'identité qui existe entre l'exploitant et son exploitation justifie une sorte de deuil fiscal : avec l'exploitant meurt aussi l'exploitation telle qu'elle était menée jusqu'à présent.

58. Conclusion de la section. La cessation d'activité en droit fiscal peut soit coller à la réalité, c'est-à-dire qu'elle est caractérisée en cas de sommeil *per se*, soit advenir par le biais de fictions que sont les assimilations de certaines situations au sommeil. Ces assimilations s'expliquent par une volonté d'ouvrir les cas d'imposition, et se justifient par le fait que la société connaît des changements majeurs, qui tiennent soit à la modification de l'identité de la société (au niveau de l'entreprise ou en termes de droit des sociétés), soit à la modification de l'identité du « propriétaire » de la société (cession ou décès).

¹³⁹ D. GUTMANN, *op. cit.*, *loc. cit.*

59. Conclusion du chapitre. Le sommeil de la société est difficilement identifiable. Le sommeil proprement dit est censé refléter la réalité, mais la jurisprudence a admis qu'il ne pouvait s'agir que d'un sommeil relatif, la cessation d'activité pouvant être seulement partielle, ce qui est hautement critiquable, car une définition absolue du sommeil devrait être retenue. Le droit fiscal utilise également cette notion de sommeil proprement dit pour qualifier la cessation d'activité au plan fiscal, mais y rajoute cependant des cas d'assimilation, tissant ainsi une fiction juridique qui étend la définition du sommeil, devenant alors quelque peu artificiel.

Cette tentative de définition du sommeil brosse le portrait d'une notion nuancée et incertaine. Quittant ce terrain conceptuel friable, on peut espérer que les contrées pratiques offrent des certitudes plus grandes. Cependant, la mise en pratique du sommeil s'avère risquée. D'une part, en effet, la société en sommeil a des emplois divers qui sont fréquemment, soit sur la crête entre licéité et illicéité, soit font pleinement partie du domaine de l'illicite. D'autre part, le processus de mise en sommeil peut également, au-delà, se révéler abusif.

Chapitre 2

UNE MISE EN OEUVRE INCERTAINE DU SOMMEIL DE LA SOCIÉTÉ

60. La dichotomie fondamentale entre société créée en sommeil et société mise en sommeil. La société a « *pour vocation naturelle de participer à la vie économique* »¹⁴⁰, c'est pourquoi les sociétés en sommeil semblent être « *pour le juriste [...] une anomalie juridique* »¹⁴¹. Du fait de son inactivité, la société paraît détournée de sa raison d'exister, elle est dans un état anormal et pathologique. Au demeurant, la voie pour atteindre cette « *sorte de vie léthargique* »¹⁴² qu'est le sommeil est double : « *L'espèce est mélangée, à la fois ossuaire et vivier* »¹⁴³. Il convient de distinguer deux types de sociétés en sommeil, en ce qu'elles posent fréquemment des questions juridiques différentes, et sont créées pour des raisons différentes, dans des contextes différents : les sociétés créées en sommeil d'une part, et les sociétés mises en sommeil d'autre part. La catégorie de la société en sommeil est unique dans la dualité, comme le dieu *bifrons* Janus symbolisant les débuts et les fins : les berceaux cohabitent avec les tombes.

61. Les sociétés en sommeil infantiles. D'une part, certaines sociétés sont créées en sommeil *ab initio*, elles sont dites « *sociétés infantiles* »¹⁴⁴. Ces sociétés sont créées pour être, à leur naissance du moins, des sociétés en sommeil, elles n'ont connu que la léthargie car aucune activité économique ne précède leur sommeil. On les retrouve fréquemment dans le cadre de banques d'affaires¹⁴⁵ ou de sociétés-mères¹⁴⁶, qui les créent pour leurs besoins propres, ceux du groupe auquel elles appartiennent ou ceux de leurs clients. Dans ce cadre, la société infantile peut être utilisée pour démarrer plus aisément une activité, sans aucune formalité de constitution : on crée un stock de personnes morales « *offertes à toutes*

¹⁴⁰ G. NOTTÉ, « Les sociétés en sommeil », *JCP G, La Semaine Juridique*, 1981, 3022, n°3.

¹⁴¹ G. NOTTÉ, *art. préc.*, n°2.

¹⁴² C. GAVALDA, « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation », dans *Dix Ans de Conférences d'Agrégation, Études de Droit commercial offertes à Joseph Hamel*, 1961, Dalloz, p. 253.

¹⁴³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°809, p. 317.

¹⁴⁴ *ibid.*

¹⁴⁵ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n° 3, p. 84.

¹⁴⁶ G. NOTTÉ, *art. préc.*, n°4.

utilisations »¹⁴⁷. La société en sommeil infantile est réifiée, elle est utilisée comme une chose : « voilà un sujet de droit présentant la particularité d'être aussi objet de droit ; on le cède, on le manipule comme une chose »¹⁴⁸. A proprement parler, la société infantile ne peut pas connaître de cessation d'activité, puisque le défaut d'activité existe depuis l'origine.

62. Les sociétés en sommeil séniles. D'autre part, il est d'autres sociétés inactives qui ne sont pas nées en sommeil, mais qui ont été mises en sommeil : il s'agit des « sociétés séniles »¹⁴⁹. A l'inverse des sociétés infantiles, les sociétés séniles ont vécu, elles « ont eu leur heure de gloire »¹⁵⁰, mais l'activité économique qu'elles ont pu avoir par le passé n'est plus. La mise en sommeil de sociétés, qui deviennent alors séniles, se rencontre plus fréquemment dans le cadre d'entreprises de taille plus modeste, dont l'activité est en difficulté¹⁵¹. En ce cas, il peut alors être décidé de mettre la société en sommeil, dans l'espoir de voir les difficultés disparaître pour redémarrer l'activité, ou pour utiliser la société ainsi mise en sommeil comme rampe de lancement d'une activité nouvelle. La société mise en sommeil pose en outre des interrogations supplémentaires par rapport à la société créée en sommeil, concernant précisément le processus de mise en sommeil, pouvant éventuellement s'avérer abusif (voir *infra* n°99 et s.).

63. La mise en pratique du sommeil nécessite de garder à l'esprit la dichotomie précitée. Que la société soit infantile ou sénile, le sommeil devra en effet avoir été réalisé tôt ou tard, mais ses utilisations seront bien différentes selon le type de société en sommeil (**Section 1**). Le risque d'abus de la mise en sommeil n'existe quant à lui que dans le cadre de la société sénile, car il n'y a pas de mise en sommeil en tant que telle dans le cadre de la société infantile (**Section 2**).

Section 1.

La diversité d'utilisations de la société en sommeil

64. Pour qu'il y ait société en sommeil, il faut que le sommeil soit intervenu : la société s'est abandonnée aux bras de Morphée. Les utilisations prévues ou fortuites de la

¹⁴⁷ *ibid.*

¹⁴⁸ P. DIENER, art. préc., n°6, p. 85.

¹⁴⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°809, p. 317.

¹⁵⁰ *ibid.*

¹⁵¹ G. NOTTÉ, art. préc., n°4.

société en sommeil varient cependant suivant que l'on est en présence d'une société infantile (§1) ou d'une société sénile (§2).

§1. Les emplois de la société en sommeil infantile

65. Lorsqu'une société est créée en sommeil, elle n'est qu'un rouage dans un mécanisme plus global¹⁵² : « si la mise en veilleuse survient dès la période de création, on peut être à peu près persuadé que la société s'inscrit dans un ensemble plus vaste (un groupe surtout) et n'est qu'un élément d'une politique d'ensemble »¹⁵³. Si la décision du sommeil *ab initio* répond à une nécessité de mettre en place une telle « politique d'ensemble », les utilisations d'une telle société née en sommeil peuvent être diverses.

66. **Le moule préconstitué.** La société en sommeil en tant que « moule » est sûrement le cas le plus intuitivement perceptible d'utilisation de la société infantile en sommeil. Il s'agit également de la manifestation la plus prégnante de la réification de la société qui, en plus d'être un sujet de droit, devient également un objet de droit¹⁵⁴. La pratique anglaise parle de « *shelf companies* »¹⁵⁵, c'est-à-dire littéralement des « sociétés stockées sur des étagères ». Concrètement, une banque d'affaires ou un cabinet d'avocats va procéder à une « fabrication pure et simple, en série, de sociétés dormantes »¹⁵⁶, pour constituer un stock de personnes morales « en attente d'emploi »¹⁵⁷, et ensuite offrir cette « marchandise » à des clients, qui utiliseront la société en sommeil à leurs fins propres, qui peuvent être diverses : démarrage d'une activité sans formalités ou montage sociétaire, par exemple. Les sociétés en sommeil deviennent ainsi un objet de commerce. Le monde des affaires suppose en effet une certaine rapidité, si ce n'est une immédiateté : avoir à sa disposition un stock de sociétés préparé à l'avance permet de répondre avec une célérité accrue aux exigences de ses clients.

Cette pratique est ponctuelle en France, mais le phénomène a pris une ampleur impressionnante au Royaume-Uni, où plus de la moitié des créations de sociétés sont faites par le biais de moules préconstitués¹⁵⁸. Le caractère aujourd'hui limité de la pratique en France s'explique par l'incertitude qui règne autour de la licéité des sociétés nées en sommeil

¹⁵² G. NOTTÉ, *art. préc.*, n°4.

¹⁵³ *ibid.*

¹⁵⁴ P. DIENER, *art. préc.*, n°6, p. 85.

¹⁵⁵ F. LAROCHE-GISSEROT, « Les "*shelf companies*" une méthode originale pour constituer des sociétés en droit anglais », *Mél. Stoufflet*, 2001, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, p. 155 et s.

¹⁵⁶ P. DIENER, *art. préc.*, n°3, p. 84.

¹⁵⁷ M. CHAMPAUD, *RTD Com.*, 1976, p. 109.

¹⁵⁸ F. LAROCHE-GISSEROT, *art. préc.*

et par des formalités de constitution de sociétés moins lourdes qu'auparavant¹⁵⁹. La diffusion massive du phénomène au Royaume-Uni est quant à elle justifiée par la longueur des délais d'attente pour l'immatriculation de la société au *Registrar*, et par l'existence d'un statut favorable de « *dormant company* »¹⁶⁰.

67. La société-écran. « *Il est vain de rechercher dans la loi, la jurisprudence ou en doctrine une définition de la société-écran* »¹⁶¹. A titre fonctionnel, on pourra retenir que la société-écran est la « *technique* » qui, par la personnalité morale offerte à la société, a « *vocation à ériger un écran, une séparation entre ses auteurs et les tiers [...] plus ou moins opaques selon les formes juridiques* »¹⁶². La création de sociétés en sommeil, et leur vente, pouvait avoir pour fin la constitution d'un écran¹⁶³ : on interposait la société en sommeil entre le bénéficiaire effectif, dont on cherche à dissimuler l'identité, et une autre société. « *Pour cacher la propriété véritable d'actions au porteur, le meilleur moyen consiste à acheter des sociétés toutes prêtes créées en sommeil à cet effet* »¹⁶⁴.

Cette pratique est aujourd'hui remise en cause. Premièrement, la quatrième directive anti-blanchiment, transposée en droit français¹⁶⁵, impose à toute société immatriculée de déclarer l'identité de ses bénéficiaires effectifs, soit les « *personnes physiques qui, en dernier lieu, possèdent ou contrôlent l'entité ou pour le compte de qui une opération ou une activité est réalisée* »¹⁶⁶, ce qui rend les sociétés-écran largement sans objet. Secondement, en droit prospectif, la proposition de directive ATAD 3 prévoit que « *les sociétés écrans qui n'exercent aucune activité économique ou qu'une activité économique minimale* »¹⁶⁷ ne doivent bénéficier d'aucun avantage fiscal : autrement dit, on vise à mettre un terme à la pratique des sociétés-écran en sommeil.

¹⁵⁹ *ibid.*

¹⁶⁰ *ibid.*

¹⁶¹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société-écran, Essai sur sa notion et son régime juridique*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1998, n°24, p. 10.

¹⁶² Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*, n°7, p. 3.

¹⁶³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*, n°353, p. 325 ; G. NOTTÉ, « Les sociétés en sommeil », *JCP G, La Semaine Juridique*, 1981, 3022, n°4.

¹⁶⁴ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*, n°353, p. 325.

¹⁶⁵ Dir. « anti-blanchiment » n°2015/849 du 20 mai 2015, transposée en droit français par l'ord. n°2016-1635 du 1^{er} déc. 2016. Voir C. mon. fin., art. L. 561-46.

¹⁶⁶ « Bénéficiaire effectif », *Fiches d'orientation*, Juill. 2023, Dalloz.

¹⁶⁷ J.-B. TAP, « Société fictive », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, oct. 2022, n°2.

68. Le rachat d'entreprises défaillantes. Une affaire médiatique¹⁶⁸ de la fin des années 1970 et du début des années 1980 illustre cette utilisation de la société créée en sommeil à des fins de restructuration. Le cabinet Dumoulin, ayant pour activité le génie civil, était en difficulté financière. Une société CEMCO, qui avait été constituée en sommeil en 1974 et était restée en sommeil jusqu'en 1979, a racheté le cabinet cette année-là. Cette société nouvelle avait été chargée de deux missions, l'une à court terme et l'autre à plus long terme. D'une part, à court terme, elle devait réunir des fonds pour faire face à la trésorerie défaillante du cabinet racheté. D'autre part, à plus long terme, elle avait vocation à « *constituer une nouvelle société d'exploitation* » en s'alliant à de nouveaux partenaires. Malgré tout, la licéité du montage posait question, car la société CEMCO était en l'espèce une société-relais.

Cependant, pourquoi recourir à une société créée en sommeil pour procéder à une restructuration ? Premièrement, une société avec une certaine ancienneté et un capital social notable¹⁶⁹ suscite naturellement une confiance accrue chez les prêteurs et les nouveaux partenaires. Deuxièmement, l'utilisation d'une société en sommeil permet une réalisation plus rapide des montages financiers souhaités, car toutes les formalités de constitution ont déjà été faites par le passé. Enfin, le sommeil offre malheureusement une couverture avantageuse à l'illicite, notamment sur le plan fiscal (dans l'affaire Dumoulin, la société en sommeil était une société-relais) : la société est un moyen de fraude (voir *infra* n°307 et s.).

69. Stock options et société en sommeil. La société née en sommeil présente une utilité lorsqu'elle est couplée aux *stock options*. Régies par les articles L. 225-177 à L. 225-186 du Code de commerce (et donc ne pouvant être mises en place que dans les sociétés par actions), les *stocks options* sont « *des options permettant à leur détenteur d'acheter à un prix généralement avantageux les actions de l'entreprise qui l'emploi* »¹⁷⁰. Or « *Le prix de souscription est fixé au jour où l'option est consentie* » (C. com., art. L. 225-177, al. 4) : si la société est en sommeil, le prix de souscription devrait être très bas, car la société n'a que peu de valeur¹⁷¹. Si la société en sommeil sort de sa léthargie, et que son activité prospère, alors la valeur de ses titres augmentera. Si le détenteur « *laisse mûrir* » ses *stocks options* pendant une

¹⁶⁸ B. ÉLIE, « Les avatars du cabinet d'études Dumoulin », *Le Monde*, 14 août 1979, cité par G. NOTTÉ, art. préc., note 11 ; B. ÉLIE, « Une société d'exploitation reprend le bureau d'études Dumoulin », *Le Monde*, 23 août 1979 ; « Onze personnes ont été écrouées après la faillite du cabinet d'études Dumoulin », *Le Monde*, 25 janvier 1980 ; C. RÉGENT, « Le cabinet d'études Dumoulin est mis en liquidation de biens », *Le Monde*, 6 février 1980 ; « Le jugement dans l'affaire du "cabinet Dumoulin" », *Le Monde*, 16 décembre 1980.

¹⁶⁹ B. ÉLIE, art. préc. : « *Constituée en 1974 avec un capital de 20 000 F, porté, paraît-il, à 180 000 F depuis* ».

¹⁷⁰ J.-P. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, 1998, Thèse, Pratique des affaires, Joly Éditions, n°718, p. 434.

¹⁷¹ *ibid.*

durée de cinq ans, alors le régime fiscal applicable ne sera plus celui de l'impôt sur le revenu, mais celui des plus-values de cessions mobilières, très avantageux¹⁷². Les titres ayant pris de la valeur, le détenteur réalisera donc une plus-value éventuellement très importante sous ce régime fiscal favorable. En outre, il profitera de la totalité des dividendes de l'exercice en cours, « *quelle que soit la date de levée de l'option* »¹⁷³, sauf stipulation contraire à l'émission.

Ainsi, la société née en sommeil est surtout utilisée dans des montages sociétaires : à l'inverse, les utilisations de la société mise en sommeil sont bien plus multiples.

§2. Les emplois de la société en sommeil sénile

70. Contrairement aux sociétés nées en sommeil, les sociétés mises en sommeil se retrouvent dans l'état particulier de léthargie car leur situation le requiert. Des difficultés de toutes sortes, le plus souvent financières, sont en effet apparues. Dans un premier cas de figure, les associés décident de mettre la société en sommeil, non pas de manière pleinement libre, mais de manière contrainte par les événements : leur décision a pour but de « suspendre le temps » et d'attendre une conjoncture plus favorable. Le sommeil a alors pour objectif d'éviter une cessation des paiements, puisqu'on espère que ce délai permettra à la société de renouer avec la réussite économique à son réveil (**A**). Toutefois, dans un second cas de figure, si les difficultés sont irrattrapables et que la liquidation judiciaire a été prononcée, alors celle-ci aura pour conséquence obligatoire le sommeil (**B**).

A. La cessation d'activité, échappatoire à la liquidation judiciaire

71. La décision de mise en sommeil. La décision de mise en sommeil est normalement une décision qui incombe au dirigeant, mais elle peut également provenir d'une assemblée générale des associés¹⁷⁴. Toutefois, une décision implicite pourrait en théorie être suffisante¹⁷⁵. Cette solution semble remise en cause par l'obligation incombant à la société de demander la mention au registre d'une inscription modificative indiquant la cessation d'activité dans un délai d'un mois à compter de cette cessation (C. com., art. R. 123-69, 1° et 2°, art. R. 123-66). Cependant, il faut distinguer le sommeil en tant que tel et les formalités de publicité devant être accomplies pour le faire connaître. En tout état de cause, l'efficacité du

¹⁷² *ibid.*

¹⁷³ J.-P. DOM, op. cit., loc. cit., citant CA Paris, 29 nov. 1996.

¹⁷⁴ Trib. com. Seine, 14 févr. 1958 : *JCP* 1958, éd. C.I., II, 62556, cité par G. NOTTÉ, art. préc., notes 9 et 56.

¹⁷⁵ G. NOTTÉ, art. préc., n°4.

sommeil ne peut être remise en cause par le défaut de demande de mention au registre, car on ne peut obliger une société à conduire une activité contre son gré : le sommeil est une situation de fait. La décision implicite reste donc possible.

Cette décision de mise en sommeil conduit à deux catégories d'emplois de la société sénile : la société en sommeil est soit une « société-tiroir »¹⁷⁶, soit ce que l'on pourrait qualifier de « société-levier ».

1° L'emploi prévu : la société-tiroir

72. L'espoir attaché au sommeil. « *Sommeil comme ressource du commencement, du recommencement. Veille d'un lendemain auquel on ne demande rien que de venir.* »¹⁷⁷. La mise en sommeil de la société décidée en cours de vie sociale répond à la volonté des associés de mettre l'activité sociale entre parenthèses, du fait de difficultés, quelles qu'elles soient. Ces difficultés, les associés les espèrent passagères, et c'est cet espoir qui les incite à la mise en sommeil plutôt qu'à la dissolution et à la liquidation. Les associés pensent que la société pourra, tel un Phénix, renaître de ses cendres et retrouver le succès. « *La société ainsi "mise en sommeil" est maintenue dans un état d'hibernation, dans l'attente de l'hypothétique réanimation de l'entreprise d'origine ou, plus souvent, de la réalisation d'un projet, encore indéterminé* »¹⁷⁸. Le « succès » ultérieur de la société mise en sommeil pourra passer soit par la reprise de l'activité passée, soit par le lancement d'une activité nouvelle. Dans ce second cas, la différence avec l'utilisation de la société en sommeil infantile comme un « moule préconstitué » est réduite : il s'agit de reprendre une société en tant qu'elle est une organisation juridique, et d'y placer, comme dans un tiroir, une activité nouvelle. Que l'on place dans la société en sommeil une activité nouvelle ou que l'on en reprenne une ancienne, la société en sommeil peut être le réceptacle d'un projet nouveau ou renouvelé, le plus souvent mené par les associés ayant décidé la mise en sommeil : la société est alors une société-tiroir, pour la nouvelle ou l'ancienne activité. Mais la société sénile peut également avoir des utilités plus complexes.

¹⁷⁶ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n° 4, p. 84 : « Il eût été étonnant de ne pas retrouver en France ces sociétés que les praticiens dénomment de manière très significative "tiroir" ou "coquille" ».

¹⁷⁷ J.-L. NANCY, *Tombe de sommeil*, Galilée, 2007.

¹⁷⁸ P. DIENER, art. préc., n° 3, p. 84.

2° L'emploi fortuit : la société-levier

73. La mise en sommeil, décidée à l'origine en raison de difficultés, peut en fait servir des intérêts étrangers : il peut arriver que la société mise en sommeil échappe aux associés initiaux. Dans ce cas, la structure sociale de l'entité en sommeil est utilisée, tel un levier, pour propulser l'activité nouvelle à des hauteurs inatteignables autrement aussi rapidement. De telles utilisations de la société en sommeil séniles se rencontrent en droit financier, en droit fiscal et en droit de la propriété intellectuelle.

a. Les montages de droit financier

74. L'admission accélérée indirecte en bourse. Une fois la société mise en sommeil, celle-ci pourra voir ses titres rachetés par des investisseurs pour permettre à l'activité envisagée une admission accélérée à la cote¹⁷⁹. Plus précisément, le contenant, c'est-à-dire la société mise en sommeil, est déjà coté, et c'est uniquement le contenu, c'est-à-dire l'activité, que l'on veut ainsi propulser en bourse. De manière évidente, cette possibilité n'est envisageable que si la société ayant été mise en sommeil est elle-même déjà cotée¹⁸⁰. Dans son rapport annuel de 1990¹⁸¹, la Commission des opérations de bourse (« COB ») note qu'aucune « *société française n'a demandé directement son admission à la cote officielle* », mais qu'il « *convient de signaler également l'introduction indirecte de nouveaux groupes qui se sont substitués à la cote officielle à des "sociétés coquilles" dont ils ont pris le contrôle et qu'ils ont réanimé par des apports ou par fusion* ».

Un exemple d'utilisation de ce procédé est l'acquisition en décembre 1993 de 83% du capital de la société « Electricité et Eaux de Madagascar »¹⁸² auprès du Crédit lyonnais¹⁸³ ; la société ainsi rachetée, emmenée par Jean-François Hénin¹⁸⁴, le « Mozart de la finance »¹⁸⁵ avait pour objectif de devenir un fonds d'investissement, et de réunir des capitaux.

¹⁷⁹ *Le Lamy Sociétés Commerciales - Expert*, n°547 in fine, « Devenir de la société en sommeil », mis à jour le 29 sept. 2023.

¹⁸⁰ *ibid.*

¹⁸¹ Rapport annuel COB 1990, n°410, p. 73 et 74.

¹⁸² « ELECTRICITÉ ET EAUX DE MADAGASCAR (CPT) », *Les Echos*, 27 janv. 1994.

¹⁸³ *Le Lamy Sociétés Commerciales - Expert*, op. cit., loc. cit.

¹⁸⁴ *Les Echos*, art. préc.

¹⁸⁵ « Jean-François Hénin, le Mozart de la finance », *Le Parisien*, 5 févr. 2009.

75. La levée de fonds propres par voie d'offre au public. La société en sommeil peut être un moyen de lever des fonds propres par l'appel public à l'épargne¹⁸⁶, appelé depuis 2009 offre au public de titres financiers¹⁸⁷. Le règlement « Prospectus » définit l'offre au public de valeurs mobilières¹⁸⁸, qui n'est pas nécessairement une offre réalisée sur un marché réglementé¹⁸⁹, ce qui signifie qu'elle peut être réalisée par des sociétés modestes. Cette précision est d'importance, car la plupart des sociétés en sommeil sont de taille plutôt restreinte, et leur immense majorité est non-cotée. Pour lever des fonds par une offre de titres au public, la société mise en sommeil va être utilisée en quelque sorte comme une « pompe »¹⁹⁰ : un groupe rachète une société sénile, et va par son biais faire une offre au public de titres. Grâce à une ingénierie financière et un marketing habiles, les investisseurs procèdent à l'acquisition de ces titres, ce qui est source de liquidités : la société en sommeil, faisant désormais partie intégrante du groupe, pourra grâce à ces fonds réaliser des prêts en tant que société-fille, société-soeur, voire société-mère. L'intérêt principal de passer ainsi par une société en sommeil sénile est d'avoir une société déjà connue des investisseurs, suscitant la confiance, ce qui permet donc de lever des fonds en plus grande quantité.

La prise de contrôle en 1990 de la société Bergougnan¹⁹¹, filiale en sommeil de Michelin, par la financière Saint Dominique, société du groupe Crédit national, est un exemple de cette technique : après la prise de contrôle, la financière Saint Dominique fusionne avec la société Bergougnan, et procède à une émission d'actions à bons de souscriptions d'actions (ABSA). Il est à noter que dans cette espèce, la levée de fonds propres a été permise par une admission accélérée et indirecte en bourse¹⁹².

b. Le montage « coquillard »

76. La description du montage « coquillard ». Après cessation de l'activité d'une société, ses associés décident non pas de la dissoudre et de la liquider, mais de vendre ses

¹⁸⁶ *Le Lamy Sociétés Commerciales - Expert*, n°547 in fine, « Devenir de la société en sommeil », mis à jour le 29 sept. 2023.

¹⁸⁷ A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET et alii, *Droit financier*, 3ème éd., 2019, Dalloz, n°288 et s., p. 187 et s.

¹⁸⁸ Règl. (UE) 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017, dit Règl. « Prospectus », Article 2 d) : « une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou souscrire ces valeurs mobilières. ».

¹⁸⁹ A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET et alii, *Droit financier*, op. cit., n°297, p. 191.

¹⁹⁰ J.-M. ROCCHI, « Le rachat des coquilles, une pompe à fonds propres », *Marchés et techniques financières*, 1994, n° 63, p. 41.

¹⁹¹ « Avec la Financière Saint Dominique en Bourse, Le Crédit national ouvre le capital de sa "banque d'affaires" », *Le Monde*, 6 juin 1990 ; *Le Lamy Sociétés Commerciales - Expert*, n°547 in fine, « Devenir de la société en sommeil », mis à jour le 29 sept. 2023.

¹⁹² Rapport annuel COB préc. 1990, n°410, p. 73 et 74.

actifs¹⁹³ : la société mise en sommeil, aussi appelée « société coquille » ou encore « société liquide »¹⁹⁴, n'a alors que des liquidités, et éventuellement des placements financiers¹⁹⁵. Les titres de la société coquille sont alors vendus à une société dite « coquillard » (souvent une société spécialisée dans le rachat de sociétés coquilles¹⁹⁶), et la valeur de ces titres est déterminée suivant l'actif net restant, avec une décote éventuelle¹⁹⁷ pouvant aller jusqu'à 10%¹⁹⁸.

La coquille devient donc filiale du coquillard, et elle va distribuer les liquidités qu'elle possède à sa nouvelle société-mère¹⁹⁹ : elle est par conséquent complètement vidée, et elle devient une coquille vide. Pour ces distributions, la mère demandera l'exonération du régime mère-fille²⁰⁰ (CGI, art. 216 et art. 145). Mais puisque la société en sommeil a été vidée de ses liquidités, la valeur de ses titres a chuté, ce qui en fait une moins-value. Par conséquent, la société-mère « coquillarde » est doublement gagnante : elle bénéficie d'une distribution de dividendes exonérée, et elle pourra en outre enregistrer une provision pour dépréciation constatant la perte de valeur des titres achetés. Autrement dit, le coquillard reçoit un produit exonéré et a une perte déductible.

Il est toutefois nécessaire de préciser que la constatation de la perte déductible ne se fait pas immédiatement, car les titres de participation, pour bénéficier du régime mère-fille, doivent être détenus pendant une durée de deux ans au moins (CGI, art. 145, 1., c)). Le coquillard conservera donc ces titres pendant cette période, et fera fusionner la coquille vide avec une société tierce à l'issue de ce délai²⁰¹. C'est à cette date que la perte latente deviendra une perte définitive, et qu'elle pourra *in fine* être constatée²⁰².

77. La réaction législative. En raison des gains immenses en termes d'économie d'impôt que pouvait générer ce montage, le législateur a réagi en introduisant deux outils au sein du CGI, permettant d'éviter d'éluder artificiellement une trop grande part d'impôt.

¹⁹³ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁴ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *Précis de fiscalité des entreprises*, 47ème éd., 2023/2024, LexisNexis, n°1251, p. 461.

¹⁹⁵ J.-P. BERTREL, C. MAITREHENRY, « Les "coquilles vides" en ingénierie juridique », *Droit et Patrimoine*, n°318, 1er nov. 2021, Lamyline.

¹⁹⁶ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁹⁷ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, *loc. cit.* : dans l'affaire CE, 17 juill. 2013, « Garnier Choiseul », le prix d'acquisition des titres était la valeur de l'actif net de la société coquille vide, diminuée d'une décote de 2%.

¹⁹⁸ J.-P. BERTREL, C. MAITREHENRY, art. préc.

¹⁹⁹ J.-P. BERTREL, C. MAITREHENRY, art. préc. ; M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁰ *ibid.*

²⁰¹ J.-P. BERTREL, C. MAITREHENRY, art. préc.

²⁰² *ibid.*

Premièrement, les moins-values et les provisions pour dépréciation provenant d'actions ou de parts sociales, à hauteur des distributions exonérées en raison du régime mère-fille au cours de l'exercice et des cinq exercices précédents, sont désormais soumis au régime d'exonération des plus-values à long-terme (CGI, art. 219²⁰³). La conséquence de cela est que la dépréciation constatée après distribution des liquidités par la coquille au coquillard n'est plus déductible de l'IS²⁰⁴, ce qui neutralise l'intérêt du montage.

Secondement, une clause anti-abus a été introduite au sein du régime mère-fille (CGI, art. 145, 6, k) et art. 119 *ter*, 3), considérant que les montages ayant un but principalement fiscal ne sont pas authentiques, et sont par conséquent exclus du bénéfice dudit régime. Le montage coquillard aurait donc été considéré comme abusif.

Cependant, la limite de ces outils était leur non-rétroactivité : tous les montages coquillards passés restaient *a priori* licites²⁰⁵.

78. La réaction jurisprudentielle : l'arrêt « *Garnier Choiseul* ». Même avant l'intervention législative, l'administration fiscale avait déjà tenté de contester les montages coquillards sur le fondement de l'abus de droit fiscal (LPF, art. L. 64), mais sans grand succès²⁰⁶. Par conséquent, même après l'intervention législative, les montages coquillards antérieurs à la loi demeuraient licites. Le Conseil d'Etat a toutefois levé la limite de la non-rétroactivité dans l'arrêt « *Garnier Choiseul* » du 17 juillet 2013²⁰⁷, en jugeant que les montages coquillards peuvent tomber sous le coup de l'abus de droit fiscal : cela permet de rendre l'ensemble des montages coquillards inopposables à l'administration, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à l'intervention législative, ce qui est d'importance au regard du caractère très répandu de la pratique à l'époque²⁰⁸. Cette décision est une évolution majeure dans l'appréciation des critères de l'abus de droit fiscal. Pour rappel, il y a abus de droit fiscal si l'opération poursuit un but exclusivement fiscal et si elle méconnaît les objectifs poursuivis par le législateur.

Sur la première condition du but exclusivement fiscal, le Conseil d'Etat fait une analyse *de minimis* : il y a abus même si l'opération présente un but extra-fiscal en plus du but fiscal, dès lors que l'objectif extra-fiscal est négligeable par rapport au but fiscal. Ce raisonnement s'entend sur le plan de l'opportunité, mais on peut interroger son bien-fondé au

²⁰³ Loi de finances rectificative pour 2012, n°2012-958, 16 août 2012.

²⁰⁴ J.-P. BERTREL, C. MAITREHENRY, art. préc.

²⁰⁵ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFaux, *op. cit.*, *loc. cit.* ; J.-P. BERTREL, C. MAITREHENRY, art. préc.

²⁰⁶ J.-P. BERTREL, C. MAITREHENRY, art. préc.

²⁰⁷ CE, 9ème et 10ème sous-sections, 17 juill. 2013, n°352989, *SARL Garnier Choiseul Holding*.

²⁰⁸ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFaux, *op. cit.*, *loc. cit.*

regard de la lettre du texte : l'article L. 64 impose en effet un but exclusivement fiscal, et non pas un but principalement fiscal.

Sur la seconde condition de méconnaissance des objectifs poursuivis par le législateur, le Conseil d'Etat fait à juste titre une analyse téléologique du régime mère-fille : l'objectif de ce régime, par-delà l'élimination de la double imposition des dividendes, est de « *favoriser l'implication de sociétés mères dans le développement économique de sociétés filles pour les besoins de la structuration et du renforcement de l'économie française* »²⁰⁹. De manière évidente, le rachat d'une société en sommeil sans lui permettre de renouer avec son activité initiale ou une activité nouvelle va à l'encontre de cet objectif. Bien que le raisonnement téléologique soit justifié dans son principe, la formulation de l'objectif que fait le Conseil d'Etat est très stricte, et « *conduit à conférer au texte une portée singulièrement étroite* »²¹⁰ : on exclurait en effet du bénéfice du régime mère-fille toute activité patrimoniale, notamment les sociétés holdings animatrices ou les sociétés en commandite par actions²¹¹. Ce raisonnement n'est en outre même pas nécessaire, car le texte de l'article L. 64 du LPF est rédigé de manière incertaine, en ce que le premier critère induirait nécessairement le second : si l'on ne poursuit qu'un but exclusivement ou principalement fiscal, ne méconnaît-t-on pas les objectifs poursuivis par le législateur ?²¹²

c. Le maintien de la dénomination sociale

79. Sommeil et dénomination sociale. Toute société est tenue d'avoir une dénomination dans ses statuts (C. civ., art. 1835). Cette dénomination sociale « *est liée à la personnalité morale* »²¹³ : elle est en quelque sorte le nom patronymique de la société, elle sert à l'identifier administrativement et commercialement, mais n'a pas pour fonction principale d'identifier les biens ou services commercialisés par la société, contrairement au nom commercial²¹⁴. Malgré tout, elle peut revêtir une importance stratégique, notamment lorsque la société l'utilise pour s'identifier auprès de ses partenaires. La société a la faculté, mais non l'obligation, d'utiliser sa dénomination sociale²¹⁵. Puisque celle-ci est attachée à la

²⁰⁹ *ibid.*

²¹⁰ *ibid.*

²¹¹ *ibid.*

²¹² *ibid.*

²¹³ F. POLLAUD-DULIAN, *Propriété intellectuelle : La propriété industrielle*, 2ème éd., 2022, Corpus Droit Privé, Economica, n°1344, p. 766.

²¹⁴ *ibid.* ; Cependant, selon F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°1347, p. 768 : Malgré tout, la dénomination sociale a un « *caractère de signe distinctif* » et peut être utilisée comme tel.

²¹⁵ J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 8ème éd., 2017, Précis, Dalloz, n°1820, p. 1158 ; Cass. com., 10 juill. 2012, D. 2012. 1955, RTD Com. 2013. 73, n°4, obs. AZÉMA et GALLOUX ; voir *contra* F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°1346, p. 767, selon lequel l'utilisation de la dénomination est obligatoire, en ce

personnalité morale et que la société n'a pas l'obligation de l'utiliser, il est de principe que « *la société en sommeil, qui n'a provisoirement plus d'activité, n'encourt aucune déchéance de son droit sur sa dénomination* »²¹⁶. La dénomination sociale étant maintenue malgré le sommeil, la volonté de la préserver peut conduire les associés à préférer le sommeil de la société plutôt que sa disparition²¹⁷.

80. La défense de la dénomination sociale. L'intérêt de maintenir la dénomination sociale est que l'on est en droit d'interdire à autrui son utilisation. La société peut en effet « *défendre sa dénomination sociale* »²¹⁸, qui est protégée « *sur l'ensemble du territoire national* »²¹⁹ et « *pendant toute la durée de la société* »²²⁰. La dissolution de la société emporte à l'inverse fin du « *droit sur la dénomination sociale* »²²¹, sauf pendant la période de liquidation²²². La défense de la dénomination sociale consistera en une action en concurrence déloyale pour faire cesser l'usurpation et en une demande de réparation du préjudice, si préjudice il y a²²³.

81. L'intérêt du sommeil conditionné par l'intransmissibilité débattue de la dénomination sociale. La question majeure est en fait de savoir si l'on peut envisager une transmissibilité de la dénomination sociale. Si la réponse est affirmative, le sommeil en vue de maintenir cette dernière perdrait en grande partie son intérêt, car il suffirait de transmettre la dénomination sociale pour qu'elle ne disparaisse pas. Mais si la réponse est négative, alors seul le sommeil de la société pourrait sauver la dénomination sociale de la perte.

La question est ouverte en doctrine²²⁴. Selon une première position doctrinale, puisque la dénomination sociale est, tout comme le siège social ou le capital social, un élément d'identification de la société, « *à l'image du nom patronymique de la personne physique* »²²⁵,

sens que la société doit utiliser la dénomination dans ses rapports avec les tiers. Autrement dit, elle pourrait malgré tout ne pas l'utiliser en cas d'absence de rapports avec les tiers, le maintien de la dénomination sociale n'exige pas son utilisation (voir F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°1360).

²¹⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°1360, p. 776 ; même position : J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1820, p. 1158.

²¹⁷ J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 8ème éd., 2017, Précis, Dalloz, n°1820 et s., p. 1158 et s.

²¹⁸ *ibid.*

²¹⁹ CA Paris, 16 juin 2000, *PIBD* 2000. III. 577 ; CA Lyon, 16 janv. 1997, *PIBD* 1997. III. 184 ; CA Paris, 21 déc. 2001, *PIBD* 2002. III. 165, cités par J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1822, p. 1159.

²²⁰ J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1822, p. 1159.

²²¹ Cass. com., 12 nov. 1992, *RIPIA* 1993. 73., cité par J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1822, p. 1159.

²²² Cass. com., 20 mai 1974, *JCP* 1974. IV. 251, cité par J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1822, p. 1159.

²²³ J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1820, p. 1158.

²²⁴ Pour une position refusant la transmission de la dénomination sociale, voir J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1822, p. 1159. Pour une position plus nuancée, refusant la transmission isolée de la dénomination sociale, mais l'admettant en cas de cession des titres de la société, voir F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°1362, p. 777.

²²⁵ J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1823, p. 1159.

elle ne serait pas transmissible. Une seconde position, plus nuancée, consiste à considérer que la dénomination sociale est intransmissible isolément, mais qu'elle peut être transmise dès lors qu'il y a cession de l'ensemble de la société²²⁶. Dans ce cas, s'il y a fusion-absorption, la société absorbante pourrait obtenir la dénomination sociale de l'absorbée, ce qui serait une forme de prévalence de l'aspect « signe distinctif » de la dénomination sociale sur son aspect d'identification²²⁷.

Cette dernière solution ne semble cependant pas satisfaisante, car un élément de « l'état civil » de la société devient un élément patrimonial, sans véritable justification juridique, mais uniquement pour une raison purement mercantile, en ce que l'acquéreur des titres de la société veut pouvoir bénéficier de tous les éléments de la société, même ceux liés à la personnalité juridique elle-même. Ce n'est pas un argument suffisant, d'autant plus que l'auteur qui admet une telle dualité ne semble pas reconnaître que la dénomination sociale fait partie du fonds de commerce²²⁸, ce qui constitue une contradiction avec la possibilité de transmission en cas de cession globale de la société²²⁹.

82. La préservation de la dénomination sociale : une protection limitée mais forte. L'intérêt de maintenir la dénomination sociale par le sommeil de la société doit cependant être nuancé, en raison de la portée restreinte de la protection ainsi accordée. Cette protection ne concerne en effet que le seul domaine d'activité de la société²³⁰, qui est entendu comme l'activité réellement exercée et non celle mentionnée par les statuts²³¹. Cette limitation ne s'appliquerait cependant pas au cas de la « *dénomination sociale notoire* »²³², sanctionnable dans le seul cas des agissements parasitaires²³³.

Malgré la portée limitée de la protection, son effectivité est forte, car il est possible de sanctionner un usage de la dénomination sociale par un tiers sur le terrain de l'action en concurrence déloyale, des agissements parasitaires, ou sur le terrain de la responsabilité délictuelle de droit commun²³⁴ ; on peut même réaliser un « *cumul de protections* »²³⁵, en ce que la dénomination sociale pourra être simultanément un nom de domaine ou une marque.

²²⁶ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°1362, p. 777.

²²⁷ J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1822, p. 1159.

²²⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°1215, p. 685.

²²⁹ J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1822, p. 1159.

²³⁰ Position défendue par J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1823, p. 1159 et s., citant notamment CA Paris, 16 juin 2000, *PIBD* 2000, III, 577 ; Cass. com. 12 mai 2004, *Rev. soc.*, 2004. 904, note J. PASSA ; Cass. com., 30 nov. 2004, n°2-18731.

²³¹ Cass. com., 10 juill. 2012, D. 2012. 1955, *RTD Com.* 2013. 73, n°4, obs. J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, cité par J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1823, p. 1159 et s.

²³² J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *op. cit.*, n°1823, p. 1160.

²³³ *ibid.*

²³⁴ *ibid.*

²³⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°1350, p. 769.

83. Un moyen de défense en vue d'une reprise d'activité. Mettre la société en sommeil pour préserver la dénomination sociale semble être une stratégie intéressante pour les associés, en tant que moyen de défense passif contre la concurrence. Il s'agit pour la société de maintenir un « *backyard* » favorable à la reprise d'une activité économique, en empêchant des concurrents d'empiéter sur des éléments sociaux intrinsèques, comme sa dénomination sociale.

La mise en place d'une telle stratégie de préservation de la dénomination sociale est également le signe que le sommeil de la société est un sommeil « véritable », « *le bon sommeil naturel* »²³⁶, puisque les associés croient en la reprise éventuelle de l'activité, le sommeil étant censé n'être que temporaire.

84. Un cas anecdotique. Malgré tout, il faut observer que le cas de la mise en sommeil aux fins de protection de la dénomination sociale sera probablement anecdotique, et ce pour deux raisons. Premièrement, la protection des éléments d'identification de la société et de son entreprise découlera plus fréquemment du nom commercial, de la marque, voire des dessins et modèles, dans le cadre desquels la transmissibilité est permise²³⁷. Secondement, la dénomination sociale est le plus souvent cantonnée à son rôle de simple « nom d'état civil » de la société, elle n'est que rarement utilisée comme un signe distinctif de l'activité sociale.

85. En conclusion, les montages de droit financier, le montage coquillard et le maintien de la société en vue d'utiliser sa dénomination sociale sont des emplois de la société en sommeil en tant que « société-levier », c'est-à-dire qu'ils permettent de démarrer ou de reprendre l'activité plus efficacement. Il est cependant nécessaire de distinguer les situations dans lesquelles la société est mise en sommeil pour échapper à la liquidation, soit pour être utilisée comme société-tiroir soit pour être utilisée comme société-levier, de la situation où la mise en sommeil de la société est une conséquence nécessaire et inéluctable de la liquidation judiciaire. Dans la première série de cas, les associés sont certes contraints par les événements, mais la mise en sommeil n'est pas obligatoire à proprement parler, alors que dans le second cas, le sommeil est véritablement obligatoire, forcé.

²³⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁷ Pour les dessins et modèles : CPI, art. L. 513-2 ; pour les marques : CPI, art. L. 714-1 ; pour le nom commercial : C. com., art. L. 141-5 et Cass. req., 3 févr. 1909, *Heidsieck* lorsque le fonds de commerce est cédé, étant entendu que la cession séparée semble également possible selon F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n°1298, p. 736, citant P. MATHÉLY, *Le droit français des signes distinctifs*, p. 832 et G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, 15ème éd., par M. GERMAIN ; mais *contra* P. ROUBIER, *Traité*, Tome 2, p. 667.

B. La cessation d'activité, conséquence de la liquidation judiciaire

86. En cas de liquidation judiciaire, la cessation d'activité est le principe (1°), mais le maintien de l'activité peut exceptionnellement être décidé (2°).

1° Le principe de la cessation d'activité

87. **Un principe fermement établi et nécessaire.** Suivant une lecture *a contrario* de l'article L. 641-10 al. 1er du Code de commerce²³⁸, une règle « *certaine et classique* »²³⁹ peut être dégagée : le jugement de la liquidation judiciaire entraîne par principe une cessation de l'activité. L'interruption de l'activité est souvent chose souhaitable, car son maintien peut s'avérer onéreux et donc éroder les actifs ayant vocation à payer les créanciers : on protège donc l'intérêt de ces derniers. « *La solution est logique. Puisque l'entreprise doit disparaître, il est inutile d'augmenter le déficit d'exploitation en la maintenant en survie artificielle pour une durée limitée* »²⁴⁰.

88. **Aspects conceptuels.** Il est intéressant de noter que certains auteurs²⁴¹ identifient la cessation d'activité comme le principe, tandis que d'autres²⁴² érigent à l'inverse la possibilité du maintien de l'activité en principe. Cependant, il nous semble que l'existence d'un principe de cessation d'activité en cas de liquidation judiciaire soit juridiquement logique. Il est certes indéniable que la loi ne pose pas expressément une telle règle, mais elle soumet la possibilité du maintien de l'activité à deux conditions alternatives et à l'autorisation du tribunal de la procédure : « *Si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal [...]* » (C. com., art. L. 641-10, al. 1er). Par conséquent, par lecture *a contrario* de cet article, le principe est celui de la cessation d'activité : en l'absence d'autorisation,

²³⁸ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 11ème éd., 2022, LGDJ, n°2034 et s., p. 838 et s.

²³⁹ *ibid.*

²⁴⁰ Y. GUYON, « Entreprises en difficultés - Redressement judiciaire - Faillite », Tome 2, *Droit des affaires*, 9ème éd., 2003, Economica, n°1300, p. 334.

²⁴¹ F. PÉROCHON, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Y. GUYON, *op. cit.*, *loc. cit.* ; (dir.) M. MENJUCQ, B. SAINTOURENS, B. SOINNE et alii, *Traité des procédures collectives*, 3ème éd., 2021, LexisNexis, coll. Traités, n°2726 et s., p. 2084 et s. ; A. JACQUEMONT, N. BORGA, Th. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, 12ème éd., 2022, LexisNexis, n°883, p. 563 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 12ème éd., 2023-2024, Dalloz, Dalloz Action, n°554.111 et s., p. 1808 et s.

²⁴² C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, C. HOUIN-BRESSAND, *Droit des entreprises en difficulté*, 13ème éd., 2022, LGDJ, coll. Précis Domat, n°1259 et s., p. 855 ; P. LE CANNU, D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 9ème éd., 2022, Dalloz, coll. Précis, n°1227 et s., p. 793 et s. ; F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, 4ème éd., 2022, PUF, coll. Droit fondamental, n°339, p. 395 et s.

l'activité de la société doit en effet cesser. Il est certes possible d'y déroger, le maintien de l'activité étant alors l'exception. Cette présentation, juridiquement exacte, présente en outre l'avantage d'être pédagogique, car raisonnant sur l'articulation principe-exception, favorisant la clarté.

89. L'hésitation du fait du régime de l'entrepreneur individuel. Ce principe *a priori* clair a cependant été quelque peu obscurci par la réforme introduite par la loi du 14 février 2022 sur l'entrepreneur individuel. Cette réforme a introduit une disposition suivant laquelle il y a réunion des deux patrimoines de l'entrepreneur en raison de la cessation de son activité (C. com., art. L. 526-22, al. 8). Le problème majeur est de savoir si la cessation d'activité consécutive au jugement de liquidation judiciaire entraîne la réunion des deux patrimoines. De l'avis d'une auteure²⁴³, suivant l'adage « *Specialia generalibus derogant* », l'article L. 526-22 étant un texte de droit commun, son régime se trouve exclu s'il y a application du régime spécial de la liquidation judiciaire : par conséquent, s'il y a cessation d'activité à l'égard d'un entrepreneur individuel du fait d'un jugement de liquidation judiciaire, la réunion des patrimoines ne s'applique pas, mais les règles de la liquidation régiront bien le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel. L'article L. 526-22 al. 8 reprendrait en revanche son empire, et entraînerait donc une réunion des deux patrimoines, à la clôture de la liquidation judiciaire si le débiteur ne reprend pas d'activité professionnelle²⁴⁴.

Cette position doctrinale pourrait toutefois être contredite par une jurisprudence récente²⁴⁵ : les juges du fond ont en l'espèce considéré qu'il devait y avoir réunion des patrimoines de l'entrepreneur individuel, puisqu'il y avait cessation d'activité au jour du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire. L'intervention de la cessation d'activité avant la liquidation judiciaire entraîne donc la réunion des deux patrimoines, les circonstances que la cessation d'activité étant involontaire et qu'il y ait la présence d'un salarié étant indifférentes à la caractérisation de la cessation d'activité. On observera toutefois que la cessation d'activité était en l'espèce intervenue avant le jugement d'ouverture, elle n'était pas consécutive à la liquidation, c'est pourquoi la solution doctrinale précitée pourrait se maintenir lorsque la cessation d'activité serait la cause de la cessation d'activité.

90. Les conséquences sociales : licenciements, coemploi, obligations. Puisque l'entreprise a cessé, les salariés n'ont plus de raison d'être et représentent un coût

²⁴³ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 11ème éd., 2022, LGDJ, n° 2037, p. 839.

²⁴⁴ *ibid.*

²⁴⁵ CA Nancy, 5e ch., 24 janv. 2024, n° 23/00506, Act. proc. coll. civ. com., n°5, 1er mars 2024, alerte n°54.

non-négligeable. Par conséquent, le liquidateur peut procéder aux licenciements des salariés (C. com., art. L. 641-4, al. 5), soumis à la procédure de licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1233-58²⁴⁶). La cessation d'activité est un motif économique justifiant ces licenciements (C. trav., art. L. 1233-3 4°). Les licenciements doivent se faire avec célérité (15 jours, ou 21 jours en cas de plan de sauvegarde de l'emploi)²⁴⁷. Un avis du CSE sur ces licenciements est rendu dans les 12 jours suivant soit la décision prononçant la liquidation, soit le terme de l'autorisation si l'activité avait été autorisée à continuer (C. com., art. L. 641-4, al. 5).

Il est à noter que, dans le cadre d'un groupe, si ces licenciements sont prononcés au sein d'une société filiale, la société-mère pourra être qualifiée de co-employeur. Cela conduit à la nécessité d'apprécier le motif de licenciement au niveau de la société-mère²⁴⁸, ce qui peut aboutir à déclarer le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les critères du coemploi sont cependant très restrictifs : la Cour de cassation a abandonné la triple condition de la confusion d'intérêts, d'activités, et de direction, et considère désormais que, sauf lien de subordination entre société-mère et sa filiale, il y a coemploi si une « *immixtion permanente de cette société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière* »²⁴⁹ peut être caractérisée, « *par-delà la nécessaire coordination des actions économiques* »²⁵⁰ entre des sociétés appartenant à un même groupe.

Le liquidateur est tenu de respecter certaines obligations, malgré les délais restreints auxquels il est soumis : obligations d'information et de consultation des représentants du personnel, obligation de reclassement²⁵¹, obligation de mettre en œuvre PSE²⁵² si certaines conditions sont remplies²⁵³, et respecter l'ordre des licenciements.

Les licenciements ainsi prononcés bénéficient de la garantie de l'AGS²⁵⁴, s'ils interviennent moins de 15 jours après le jugement de liquidation²⁵⁵. Ces délais sont

²⁴⁶ Par renvoi de C. com., art. L. 641-4, al. 5.

²⁴⁷ Cass. soc., 26 oct. 2017, n° 16-22.468 (sur l'exigence du respect du délai), cité par F. PÉROCHON *op. cit.*, n°2038, p. 840.

²⁴⁸ Cass. soc., 18 janv. 2011, n°09-69.199, cité par F. PÉROCHON *op. cit.*, n°2040, p. 841.

²⁴⁹ Cass. soc. 25 nov. 2020, n° 18-13.769, cité par A. LECOURT, « Groupe de sociétés, Sociétés », *Répertoire des sociétés*, Mise à jour de septembre 2023, n°172.

²⁵⁰ Cass. soc., 2 juill. 2014, n°13-15.208, *Mollex*, cité par F. PÉROCHON *op. cit.*, n°2041, p. 841.

²⁵¹ Cass. soc., 13 janv. 2010, n°08-15.776, *Flodor*, cité par F. PÉROCHON *op. cit.*, n°2043, p. 842, note 193 : obligation appréciée au regard des moyens du groupe si des licenciements économiques sont prévus, mais qui reste malgré tout une obligation de l'employeur, ou éventuellement du coemployeur, mais non du groupe (C. trav., art. L. 1233-57-3 et L. 1233-58 II, al. 2).

²⁵² Plan de sauvegarde de l'emploi.

²⁵³ C. trav., art. L. 1233-4 et L. 1233-61 et s. : les mesures du PSE sont appréciées au niveau de l'entreprise.

²⁵⁴ Association pour la garantie des salaires.

²⁵⁵ C. trav., art. L. 3253-8, 2°, c) : le délai est porté à 21 jours lorsqu'il y a un PSE.

impératifs²⁵⁶, et l'engagement de la responsabilité du liquidateur ne les ayant pas respectés semble envisageable²⁵⁷.

91. La poursuite des contrats en cours : principe et modalités. Malgré la cessation de l'activité, le principe est celui du maintien des contrats en cours (C. com., art. L. 641-11-1, reprenant l'art. L. 622-13) : le cocontractant devra ainsi remplir ses obligations malgré l'inexécution par le débiteur en difficulté d'engagements antérieurs au jugement de liquidation (C. com. art. L. 641-11-1 I al. 2). Cette solution peut au premier abord paraître discutable, pour deux raisons. D'une part, la société dont l'activité cesse n'a plus nécessairement les moyens de poursuivre les contrats et, d'autre part, la continuation de certains contrats pourrait remettre en cause la qualification de cessation d'activité.

Cependant, concernant l'insuffisance de ressources de la société, certains mécanismes sont prévus. Tout d'abord, le liquidateur²⁵⁸ pourra décider de la résiliation des contrats (spontanément ou sur mise en demeure du cocontractant) : tous les contrats ne seront donc pas maintenus, et la continuation dépendra des besoins de l'entreprise, et de la nécessité de sauvegarder la valeur de ses actifs. En outre, deux cas de résiliation de plein droit sont prévus (C. com., art. L. 641-11-1 III 1° et 2°) : mise en demeure laissée sans réponse et défaut de paiement d'un contrat maintenu. Le liquidateur peut également décider de résilier unilatéralement le contrat si la prestation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent (C. com., art. L. 641-11-1 III 3°²⁵⁹). Enfin, le liquidateur doit mettre fin au contrat à exécution échelonnée si le débiteur ne dispose pas des fonds suffisants en vue de la continuation du contrat.

92. La poursuite des contrats en cours : exceptions. Cependant, des exceptions sont prévues aussi bien par la loi que par la jurisprudence. Selon la loi, le contrat de travail et le contrat de fiducie²⁶⁰ ne sont pas poursuivis, y compris le contrat de maintien en jouissance ou en usage lorsqu'il y a fiducie sans dépossession (C. com., art. L. 641-11-1 VI). Mais la jurisprudence a ajouté certaines exceptions supplémentaires, qui sont *contra legem*²⁶¹, la loi

²⁵⁶ *ibid.*

²⁵⁷ *ibid.*

²⁵⁸ Ou, le cas échéant, l'administrateur judiciaire.

²⁵⁹ Selon le texte, il y a résiliation de plein droit au jour où le cocontractant est informé de la décision de non-poursuite du contrat.

²⁶⁰ La fiducie-sûreté pourrait ainsi être mise en œuvre si le créancier a déclaré sa créance, et la fiducie-gestion serait de plein droit résiliée (F. PÉROCHON *op. cit.*, n°2049, p. 844).

²⁶¹ F. PÉROCHON *op. cit.*, n°2051, p. 844.

ne les prévoyant pas : résiliation du contrat de louage d'ouvrage²⁶² et résiliation d'une convention de compte-courant²⁶³.

La résiliation de la convention de compte-courant est une solution choquante, car elle heurte de plein fouet des dispositions du droit bancaire : « *Le liquidateur peut faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires du débiteur [...]* » (C. com., art. R. 641-37), ce qui suppose que lesdits comptes soient toujours ouverts. « *Cette jurisprudence ne devrait toutefois pas pouvoir se maintenir* »²⁶⁴, car l'article 1844-7 du Code civil²⁶⁵ dispose que la société disparaît au moment du jugement de clôture de la liquidation, et non plus au moment du jugement de liquidation judiciaire. D'autres auteurs formulent toutefois une critique plus acerbe de cette solution : « *Par une curieuse fidélité à une solution aujourd'hui contestable, ou par inadvertance peut-être, la Cour de cassation continue d'affirmer que l'ouverture de la liquidation judiciaire entraîne la clôture automatique du compte* »²⁶⁶. La critique est évidemment justifiée, car la solution de la Cour de cassation est ouvertement contraire aux dispositions du droit bancaire ce qui, sur le plan théorique, heurte le principe suivant lequel le juge ne peut pas contredire la loi, et ce qui, sur le plan pratique, met en péril la lisibilité et la cohérence du droit des entreprises en difficulté et du droit bancaire.

Cette propension du juge à admettre des exceptions supplémentaires s'explique par la volonté de protéger le cocontractant, qui serait placé dans une situation difficile, car il devra s'exécuter, même en cas d'inexécution d'un engagement antérieur à la liquidation par le débiteur. Mais puisque l'objectif du droit des entreprises en difficulté est avant tout le sauvetage de l'entreprise, favoriser les cocontractants à son détriment irait à l'encontre de cette logique globale.

93. Le sort des créances postérieures. En cas de sommeil forcé de la société, les créances postérieures bénéficient du régime de faveur, qui permet un paiement à échéance ou un privilège de la procédure si ce paiement n'intervient pas. Ces créances doivent remplir les conditions posées par l'article L. 641-13, I du Code de commerce : elles doivent être nées régulièrement et postérieurement au jugement de liquidation. Trois catégories de créances sont payées : premièrement, celles « *nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité* », deuxièmement, celles « *nées en contrepartie d'une*

²⁶² Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 1998, n°95-10.293, cité par F. PÉROCHON *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶³ Cass. com., 13 déc. 2016, n°14-16.037, cité par F. PÉROCHON *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁶⁴ Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 15^{ème} éd., 2023, LGDJ, coll. Précis Domat, n°536 *in fine*, p. 392 et 393.

²⁶⁵ Issu de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014.

²⁶⁶ R. BONHOMME, M. ROUSSILLE, *Instruments de crédit et de paiement, Introduction au droit bancaire*, 14^{ème} éd., 2021, n°486, p. 490.

prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité [...] ²⁶⁷ » , et enfin, troisièmement, celles « *nées des besoins de la vie courante du débiteur, personne physique* ».

2° L'exception du maintien de l'activité

94. Repousser le sommeil : fondements. Même si la cessation d'activité est le principe, le juge peut faire échapper la société à son destin de sommeil : l'échappatoire n'est toutefois pas durable, ce n'est qu'un sursis accordé à la société, avant que le destin inéluctable du sommeil n'advienne. Les raisons de cette faculté accordée au tribunal sont au nombre de deux²⁶⁸. Le maintien de l'activité permet tout d'abord d'éviter une rupture brutale des relations commerciales avec les partenaires, et donc de maintenir la valeur de l'entreprise. Ensuite, le maintien de l'activité peut être un préalable indispensable à la préparation du plan de cession de l'entreprise.

95. Les conditions du maintien de l'activité. L'article L. 641-10 al. 1er prévoit que le maintien de l'activité peut être décidé dans deux cas : lorsque la « *cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable* » ou lorsque « *l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige* ». La notion d'intérêt public n'est pas précisée, mais elle pourrait par exemple inclure le maintien de l'emploi²⁶⁹. Il est à noter que la poursuite de l'activité n'est pas une condition nécessaire pour procéder à la cession de l'entreprise²⁷⁰. La poursuite de l'activité n'est qu'un sursis de relativement courte durée avant le sommeil, et potentiellement avant la mort, car elle ne peut excéder en principe une période de trois mois (C. com., art. R. 641-18).

96. Caractère anecdotique. Dans le cadre de la liquidation, le sommeil est roi. A n'en pas douter, la poursuite de l'activité est rare²⁷¹, car une prompte liquidation est souvent souhaitable pour maximiser la valeur des actifs et pour éviter des coûts qui s'accumuleraient. En outre, il est de toute manière fréquent que l'activité ait déjà cessé. Le maintien de l'activité s'envisage toutefois plus facilement si l'on prépare la cession de l'entreprise²⁷².

²⁶⁷ « *ou en exécution d'un contrat en cours régulièrement décidée après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, s'il y a lieu, et après le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire* ».

²⁶⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, C. HOUIN-BRESSAND, *Droit des entreprises en difficulté*, 13ème éd., 2022, LGDJ, précis Domat, n°1259 et s., p. 855 et s.

²⁶⁹ *ibid.*

²⁷⁰ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 11ème éd., 2022, LGDJ, n° 2073, p. 854.

²⁷¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, C. HOUIN-BRESSAND, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷² *ibid.*

97. Conséquences. Lorsque le maintien de l'activité est décidé, les règles principales concernant la période d'observation s'appliquent²⁷³ : on parle à ce titre de « *mini-période d'observation* »²⁷⁴. Dans le cadre de ces règles sur la période d'observation, le principe est le maintien des contrats en cours (ce qui est logique, car cela conditionne la poursuite de l'activité) et des licenciements sont possibles, mais aux conditions strictes de l'article L. 631-17 du Code de commerce.

98. Conclusion de la section. La distinction théorique fondamentale entre sociétés en sommeil infantiles et sociétés en sommeil séniles emporte des conséquences pratiques, en ce que ces deux types de sociétés en sommeil ne se prêtent pas aux mêmes utilisations. Alors que la société née en sommeil est surtout un outil d'organisation de l'entreprise, qui frôle quelquefois l'illicite, la société mise en sommeil est intrinsèquement liée aux difficultés que peut rencontrer toute activité sociale. Premièrement, la mise en sommeil peut être due à une volonté d'éviter la liquidation, auquel cas la société pourra ultérieurement être une société-tiroir ou une société-levier. Secondement, la cessation d'activité peut être une conséquence de la liquidation judiciaire.

La mise en sommeil n'est toutefois pas un acte anodin, il s'agit d'une décision grave pour la société, dont l'entreprise disparaît. A ce titre, l'endormissement pourra se révéler abusif.

Section 2.

L'abus de mise en sommeil

99. Abus de mise en sommeil et abus de la personnalité morale. D'une manière chronologique, il est nécessaire de distinguer deux temps : premièrement, la mise en sommeil de la société, et secondement, le sommeil en lui-même de la société. La société doit d'abord être endormie, pour ensuite être effectivement en sommeil. Dans ce cadre, le sommeil peut susciter deux types d'abus : l'abus lors de la mise en sommeil et l'abus de la personnalité morale (voir *infra* n°267), c'est-à-dire l'existence et le fonctionnement abusifs de la société

²⁷³ *ibid.*

²⁷⁴ F. PÉROCHON, *op.cit.*, n° 2075, p. 855.

ayant été mise en sommeil. La présente section a vocation à étudier uniquement l'abus situé en amont, c'est-à-dire le caractère éventuellement abusif du processus d'endormissement.

La mise en sommeil peut poser problème dans deux séries de cas. Tout d'abord, elle peut être une source de responsabilité délictuelle si elle est décidée par le dirigeant (§1), et ensuite, elle pourra le cas échéant être constitutive d'un abus de majorité si elle est décidée par l'assemblée générale (§2).

§1. La mise en sommeil, source de responsabilité délictuelle

100. Comme toute décision sociale, la mise en sommeil peut produire des conséquences néfastes, aussi bien pour la société que pour les tiers. La mise en sommeil peut donc constituer un préjudice réparable, que sa source soit interne ou externe (A). Par ailleurs, la mise en sommeil peut constituer une faute détachable des fonctions du dirigeant (B).

A. Un préjudice réparable

101. La source du sommeil. Il est nécessaire de distinguer suivant la source du sommeil. Il peut arriver que ce soit le tiers « véritable » qui, par son action, provoque le sommeil de la société : le dirigeant sera alors contraint de mettre la société en sommeil. La source du sommeil est alors externe, et c'est contre ce tiers que sera dirigée l'action en responsabilité (1°). Mais hors le cas de la procédure collective, le sommeil est une décision qui relève normalement des dirigeants : sa cause est alors interne. En ce cas, l'action en responsabilité sera dirigée contre les dirigeants si leur décision s'avère abusive (2°).

1° La source externe du sommeil : le préjudice provoqué par un tiers

102. Le vacillement d'Atlas : l'invalidité de « l'homme-clé »²⁷⁵ de la société. Le sommeil provoqué par un tiers peut sembler quelque peu abstrait. L'espèce de l'arrêt « *Société Maytop* »²⁷⁶ peut permettre d'éclairer ce cas de figure. La société Maytop intervenait dans le domaine de l'isolation, et elle était gérée par un « homme-clé »²⁷⁷ qui, comme dans de

²⁷⁵ C. BERNFELD, « Préjudice de la personne morale dont l'homme-clé est accidenté », *Gaz. Pal.*, 7 févr. 2017, n°6, p. 43, note sous l'arrêt Cass. 2e civ., 17 nov. 2016, n°15-24.271 ; B. DONDERO, « Le préjudice de mise en sommeil d'une société », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2017, n°12, p. 74-75, note sous le même arrêt.

²⁷⁶ Cass. 2e civ., 17 nov. 2016, n°15-21.271, « *Sté Maytop iso 89 c/ Mme Y et a.* ».

²⁷⁷ C. BERNFELD, art. préc.

nombreuses sociétés de taille modeste, n'était pas uniquement gérant, mais également commercial intervenant auprès des clients, et artisan prenant part aux chantiers. En somme, la clé de voûte de la société, c'était lui. Toutefois, victime d'un accident de la route, ce gérant, homme à tout faire, avait été mis en incapacité de gérer, de prospecter et d'intervenir sur les chantiers. Puisque la société reposait sur ses épaules, tel le monde repose sur Atlas, le dirigeant n'a eu d'autre choix que de mettre la société en sommeil.

103. L'admission de l'indemnisation du préjudice de mise en sommeil. La société mise en sommeil demandait indemnisation de son préjudice à l'assureur du véhicule impliqué dans l'accident. Ce préjudice était double, à la fois composé de dépenses liées à la réalisation de la mise en sommeil, et de la perte de la valeur vénale des titres de la société, cette perte de valeur étant durable au regard des séquelles du gérant, lui rendant impossible la reprise de ses fonctions.

La Cour d'appel de Paris avait estimé que seule pouvait être indemnisée la perte de la valeur vénale des titres, mais non les dépenses liées à la mise en sommeil, celle-ci découlant d'une décision du gérant. Cette considération est discutable, mais non dénuée de sens : formellement, le gérant avait effectivement décidé lui-même de la mise en sommeil, mais il avait été contraint par les événements. Cependant, le sommeil était-il l'unique voie ? Le gérant n'aurait-il pas pu maintenir la société éveillée, en engageant par exemple un nouveau gérant, homme-clé ou femme-clé ?

L'arrêt d'appel est cassé par la Cour de cassation, qui considère que s'il y a lien de causalité entre la mise en sommeil et l'accident, c'est-à-dire entre le dommage et la faute, les dépenses résultant de la mise en sommeil, soit le préjudice, devaient nécessairement être indemnisées. Le lien de causalité était établi, selon la Cour de cassation, malgré les difficultés préexistantes de la société, un expert ayant conclu que c'est l'accident qui a « *fait basculer l'équilibre* »²⁷⁸.

104. L'indemnisation conditionnée par l'existence de la société ? L'indemnisation du préjudice de mise en sommeil causé par un tiers suppose à première vue que la société soit encore en vie, ce qui est très incertain, car la société est fréquemment dissoute et liquidée à la suite de sa mise en sommeil. En cas de disparition de la société, les associés agiront en indemnisation de leur préjudice propre, mais en tant qu'ils sont ayants cause de la société,

²⁷⁸ *ibid.*

rien ne semble leur interdire d'agir également en réparation du préjudice de la société, même si celle-ci n'existe plus²⁷⁹.

2° La source interne du sommeil : le préjudice provoqué par les dirigeants

105. En règle générale, ce n'est pas un tiers qui est à l'origine du sommeil, mais bien les dirigeants. Ce sont eux qui décident de la mise en sommeil, et leur décision pourra être contestée. La mise en sommeil, si elle s'avère abusive, pourra entraîner un préjudice réparable. Ce préjudice est soit celui subi par la société, soit celui subi par un tiers, qu'il soit associé ou un tiers « véritable »²⁸⁰.

106. Le préjudice subi par la société. La réparation du préjudice subi par la société est demandée par l'exercice de l'action sociale²⁸¹, qui est exercée soit par les dirigeants (action sociale *ut universi*), soit par les associés (action sociale *ut singuli* ; C. civ., art. 1843-5). Puisque l'action sociale consiste à engager la responsabilité des dirigeants fautifs pour réparer le préjudice de la société, l'occurrence de l'action sociale *ut universi* est anecdotique en pratique, car les dirigeants ne vont pas se poursuivre eux-mêmes, sauf s'ils ont changé²⁸². De même, l'exercice de l'action sociale *ut singuli* est relativement rare, car l'associé supporte le coût de la procédure sans en retirer d'avantages directs (car on répare le préjudice social).

Dans le cas d'une mise en sommeil, l'action *ut singuli* est envisageable : la mise en sommeil peut venir obérer une activité prospère, et éventuellement réduire la valeur vénale des titres, ce qui constitue un préjudice réparable de la société²⁸³.

107. Le préjudice subi par un tiers. La réparation sera cependant le plus souvent demandée lorsque la faute des dirigeants a causé un préjudice à un tiers, qu'il soit tiers véritable ou associé. Si c'est l'associé qui demande la réparation, il s'agit de l'action individuelle. L'action individuelle n'a pas d'assise en droit des sociétés, et repose de ce fait sur le droit commun de la responsabilité civile²⁸⁴. Cette action a pour objet de réparer le préjudice subi personnellement par le tiers²⁸⁵, c'est-à-dire que le préjudice doit se distinguer de celui

²⁷⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 13ème éd., 2022, Dalloz, n°936 *in fine*, p. 1065.

²⁸⁰ J. HEINICH, *Droit des sociétés*, 1ère éd., 2023, LGDJ, n°387 et s., p. 281 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°449 et s., p. 183 et s.

²⁸¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁸² *ibid.*

²⁸³ Cass. crim. 28 janvier 2004, n°779, FS-PF, « *Geniteau* ».

²⁸⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°458, p. 186.

²⁸⁵ Cass. 3e civ., 22 sept. 2002, n° 08-18.483, « *Époux X c/ M. Y* ».

ayant affecté la société, il ne doit pas en être le « corollaire »²⁸⁶. Il est de jurisprudence constante²⁸⁷ que la dépréciation de la valeur des titres de la société en raison d'une faute de gestion des dirigeants n'est pas un préjudice individuel, car il ne se distingue pas du préjudice social. La perte de valeur des titres a pour cause directe l'atteinte au patrimoine social, ce n'est qu'un corollaire du préjudice social. En conséquence, pour réparer ce type de préjudice, l'unique solution est de passer par l'action sociale.

Lorsque l'associé exerce l'action individuelle, la faute commise par le dirigeant n'est pas soumise à la condition d'être détachable de ses fonctions sociales²⁸⁸. A l'inverse, lorsque c'est un tiers véritable qui demande la réparation du préjudice qu'il a subi, alors « *la Cour de cassation protège les dirigeants sociaux comme le Conseil d'Etat protège les fonctionnaires, c'est-à-dire dans une ambiance de large irresponsabilité* »²⁸⁹, c'est-à-dire que la faute commise par le dirigeant doit alors être une faute détachable des fonctions²⁹⁰. On considère en effet que, si le tiers a subi un préjudice, il doit se retourner contre la société, et ce n'est qu'exceptionnellement que le tiers pourra engager la responsabilité du dirigeant avec succès, précisément lorsque sera caractérisée la faute détachable des fonctions.

B. Une faute détachable

108. La responsabilité civile du dirigeant : définition de la faute. Lorsque le dirigeant commet des « *dérives dans la gestion* »²⁹¹ de la société, sa responsabilité civile pourra être engagée. Il s'agit classiquement d'une responsabilité pour faute²⁹², laquelle consiste soit en la violation de la loi ou du règlement, soit en la violation des statuts, soit en une faute de gestion (C. civ., art. 1850 ; C. com., art. L. 223-22 et art. L. 225-251). La faute de gestion est caractérisée en cas de méconnaissance de l'intérêt social : « *est fautif le comportement du dirigeant non conforme à l'intérêt de la société* »²⁹³.

²⁸⁶ *ibid.*

²⁸⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°461, p. 187.

²⁸⁸ Cass. com., 9 mars 2010, n°08-21.547, PB, cité par M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°458, p. 186 ; BJS, 2010, p. 537, note D. SCHMIDT ; D., 2010, p. 761, obs. A. LIENHARD ; Dr. sociétés, 2010, n°109, note M.-L. COQUELET ; JCP E, 2010, 1483, note S. SCHILLER ; Rev. sociétés, 2010, p. 230, note H. LE NABASQUE.

²⁸⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°462, p. 188.

²⁹⁰ Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : D. 2003, p. 2623, note B. DONDERO ; JCP E, 2003, 1203, n°2, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; Rev. sociétés, 2003, p. 479, note J.-F. BARBIÈRI.

²⁹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°446, p. 182.

²⁹² J. HEINICH, *Droit des sociétés*, 1ère éd., 2023, LGDJ, n°387 et s., p. 281 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°447, p. 182.

²⁹³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, loc. cit. : citant par exemple Cass. com., 5 avr. 2018, n°16-23.365.

109. La définition de la faute détachable des fonctions. Dans son arrêt de principe du 20 mai 2003, la Cour de cassation pose l'exigence de faute détachable des fonctions lorsque c'est le tiers véritable qui engage la responsabilité du dirigeant, ainsi que les critères de cette faute : « *La responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »²⁹⁴. Ainsi, il y a faute détachable si deux conditions se trouvent remplies : l'intentionnalité de la faute et son caractère particulièrement grave. Il y a intentionnalité lorsque le dirigeant savait ou aurait dû savoir qu'il avait un comportement délictueux²⁹⁵, tandis que la gravité de la faute renvoie à la faute lourde²⁹⁶.

110. La mise en sommeil : une faute détachable des fonctions. Il a été admis que la décision de mise en sommeil d'une société par un dirigeant peut être une faute détachable des fonctions²⁹⁷. Il peut en effet s'agir d'une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, notamment lorsque le dirigeant met la société en sommeil après avoir eu connaissance d'un rapport d'expertise concluant à la responsabilité de la société dans la réalisation défectueuse de travaux²⁹⁸.

Au demeurant, cette solution s'entend parfaitement. La mise en sommeil peut être un moyen par lequel le dirigeant chercherait à contourner la loi ou le règlement (comme en l'espèce, pour échapper à une condamnation à des dommages-intérêts en raison de travaux défectueux²⁹⁹). On pourrait très bien imaginer également que le dirigeant, agissant avec malveillance, mette la société en sommeil alors même que celle-ci est prospère : cela contreviendrait à l'intérêt social. La mise en sommeil en tant qu'action malveillante peut également se manifester, de la part de l'associé ou des associés majoritaires, dans le cadre de l'abus de majorité.

§2. La mise en sommeil, abus de majorité

111. Il est d'abord nécessaire de poser les définitions de l'abus de majorité en général (A), pour ensuite examiner cet abus dans le cadre de la mise en sommeil (B).

²⁹⁴ Cass. com., 20 mai 2003, préc.

²⁹⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°465 et s., p. 189 et s.

²⁹⁶ *ibid.*

²⁹⁷ Cass. com., 12 mai 2015, n°14-13.104, F-D, *BJS*, juill.-août 2015, p. 370.

²⁹⁸ *ibid.*

²⁹⁹ *ibid.*

A. L'abus de majorité en général

112. La définition de l'abus de majorité : dualité de critères. Déjà en 1977, le professeur Germain³⁰⁰ faisait un constat concernant l'abus de majorité qui est resté inchangé depuis : la notion d'abus de majorité est « *délicate parce que le mécanisme en est complexe [et] parce que la loi n'en est pas venue fixer les bornes et que, d'origine jurisprudentielle, elle est toujours création de la jurisprudence* »³⁰¹. En effet, selon l'arrêt de principe « *Piquard c. Schumann* »³⁰², il y a abus de majorité lorsque la décision a été « *prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité* ».

Par conséquent, deux conditions doivent être réunies pour caractériser l'abus de majorité : contrariété à l'intérêt social et faveur accordée aux majoritaires par rapport aux minoritaires. La seconde condition, appelée peut-être à tort³⁰³ « *rupture d'égalité entre les associés* »³⁰⁴, suppose un élément matériel et objectif³⁰⁵, soit l'avantage accordé aux majoritaires dont sont privés les minoritaires, et un élément intentionnel et subjectif³⁰⁶, soit une volonté de porter atteinte à l'égalité (« *dans l'unique dessein* »).

113. La sanction de l'abus de majorité : la nullité. Le droit des sociétés a horreur de la nullité : « *c'est un toxique [car] elle détruit, elle ne répare rien* »³⁰⁷. Ce dégoût envers la nullité se manifeste aussi bien pour ce qui concerne la société elle-même que pour les actes et délibérations de ses organes sociaux³⁰⁸. Toutefois, l'abus de majorité est nécessairement sanctionné par la nullité de la résolution, car celle-ci est la seule qui « *anéantit la source même de la rupture d'égalité* »³⁰⁹. A cette sanction peuvent venir s'ajouter des

³⁰⁰ Alors maître de conférences.

³⁰¹ M. GERMAIN, « L'abus du droit de majorité », note sous Cass. com., 22 avr. 1976, *Gaz. Pal.*, 1977, 1, doct., p. 157.

³⁰² Cass. com., 18 avril 1961, Bull. civ. III, n°175, *Société des Anciens établissements Piquard c. Schumann*.

³⁰³ E. GUÉGAN, *Les nullités des décisions sociales*, 2019, Thèse, Dalloz, n° 220 et s., p. 199 et s. : « *cette expression n'est pas pleinement satisfaisante en ce qu'elle laisse entendre qu'il existerait, en droit des sociétés, un principe général d'égalité entre les associés* ».

³⁰⁴ D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, coll. Bibl. de dr. commercial, t. 21, 1970, n°204, p. 151, cité par E. GUÉGAN, *op. cit.*, loc. cit.

³⁰⁵ E. GUÉGAN, *op. cit.*, loc. cit.

³⁰⁶ *ibid.*

³⁰⁷ J. HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, Sirey, 2ème éd., 1926, n°708, p. 937, cité par E. GUÉGAN, *op. cit.*, loc. cit.

³⁰⁸ J. HEINICH, *op. cit.*, n°292 et s., p. 226 et s.

³⁰⁹ E. GUÉGAN, *Les nullités des décisions sociales*, 2019, Thèse, Dalloz, n°222, p. 203 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°677 et s., p. 274 et s.

dommages-intérêts³¹⁰. La nullité surprend ici, car elle n'a aucune assise textuelle³¹¹ : sa justification serait le détournement de pouvoir³¹².

B. L'abus de majorité lors de la mise en sommeil

114. La décision de mise en sommeil est fréquemment un acte de gestion, qui relève du dirigeant de la société. Ce n'est que dans le cas exceptionnel où l'endormissement serait décidé par une assemblée générale que l'annulation de cette décision pourrait être envisagée. Dans ce cadre, peut-on invoquer la nullité de la décision de mise en sommeil d'une société sur le fondement de l'abus de majorité ? La réponse peut être affirmative.

115. La contrariété à l'intérêt social en cas de mise en sommeil. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris³¹³, une dissolution anticipée suivie d'une liquidation amiable avait été décidée par une assemblée générale des associés. Selon la Cour d'appel, la décision avait été prise conformément à l'intérêt de la société, cette dernière subissant de lourdes pertes, et ce même si la décision avait permis à l'associé majoritaire d'obtenir le local de la société. Par conséquent, l'abus de majorité n'est pas caractérisé.

Par raisonnement *a contrario*, une telle décision aurait évidemment pu être constitutive d'un abus de majorité si la société avait été prospère, c'est-à-dire dès lors que la décision n'aurait pas respecté l'intérêt social. Par conséquent, on peut également aisément concevoir qu'une mise en sommeil soit contraire à l'intérêt social, dès lors qu'elle affecte la prospérité de l'entreprise sociale.

116. La rupture d'égalité entre les associés en cas de mise en sommeil. Dans un arrêt « *Dame Despert* »³¹⁴, la Cour de cassation a considéré que l'abus de majorité est constitué, et peut être cause de dissolution, en cas d'abus de ses prérogatives commis par un gérant majoritaire. En l'espèce, ce dernier « *avait imposé la réduction de l'activité sociale à des relations commerciales limitées à deux sociétés auxquelles il était lié* »³¹⁵ : d'une part, cela était contraire à l'intérêt social et, d'autre part, cela ne servait que ses intérêts au détriment de

³¹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

³¹¹ E. GUÉGAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

³¹² *ibid.*

³¹³ CA Paris, 23 déc. 1993, n° 92009576, *Serfati c/ Chriqui ès-qualités et autres* : BJS, 1994, p. 299, note B. SAINTOURENS.

³¹⁴ Cass. com., 18 mai 1982, « *Dame Despert c. SARL Asiatrading et Mauvoisin* » : *Rev. sociétés*, 1982, p. 804, note P. LE CANNU.

³¹⁵ *ibid.*

ceux de son coassocié. Par raisonnement *a fortiori*, si un simple ralentissement de l'activité de la société peut constituer une rupture d'égalité entre les associés, le sommeil le peut aussi. Dans cette espèce, la décision de gestion est assimilée à une décision des associés, car le dirigeant est associé majoritaire. Malgré tout, cette hypothèse est un cas d'école : selon le professeur Le Cannu, « *le cadre et les circonstances de l'espèce se rencontreront assez rarement* »³¹⁶. Par conséquent, une rupture d'égalité entre associés en raison d'une mise en sommeil est concevable, mais peu probable.

117. Conclusion de la section. La mise en sommeil de la société n'est pas une décision anodine, car les dirigeants ou les associés décident ainsi d'aller à l'encontre de la vocation de la société, qui est d'avoir une activité. Par conséquent, la mise en sommeil peut être source de responsabilité délictuelle. D'une part, elle peut constituer un préjudice réparable, qu'elle ait pour source le fait d'un tiers ou d'un dirigeant. D'autre part, elle peut être une faute détachable des fonctions du dirigeant. Enfin, la mise en sommeil pourrait en théorie être un abus de majorité.

118. Conclusion du chapitre. La société qui s'assoupirait doit se tenir sur ses gardes, car son sommeil véhicule des risques inhérents. Les utilisations de la société en sommeil sont variables suivant qu'il s'agit d'une société infantile ou d'une société sénile. La société infantile sert surtout à structurer un montage sociétaire, licite ou non. En revanche, la société sénile peut être soit un échappatoire à la liquidation judiciaire, auquel cas elle est une société-tiroir ou une société-levier, ou bien elle peut être la conséquence d'une liquidation judiciaire déjà entamée. Enfin, la mise en sommeil peut être abusive, elle sera alors sanctionnée sur le terrain, soit de la responsabilité délictuelle, soit de l'abus de majorité.

119. Conclusion du titre. La société en sommeil est un objet juridique difficilement identifiable. Son étude n'a que très peu d'assises textuelles, et se fonde sur la doctrine, surtout, la jurisprudence, souvent, la pratique, parfois. Le terrain est donc très friable, de sorte que les définitions de la société en sommeil restent incertaines, d'autant plus que les définitions dégagées sont plurielles. Celles-ci, en outre, sont elles-mêmes très éclatées : le sommeil proprement dit présente un caractère vaporeux en raison de la tolérance des juges, et le sommeil en droit fiscal n'a le singulier que de nom, car il s'agit en fait d'une juxtaposition de réalités et d'artifices servant à élargir les cas d'imposition. De même, les utilisations de la

³¹⁶ P. LE CANNU, note préc.

société en sommeil se font généralement en marge de la loi, car aucun régime propre à la société en sommeil n'existe : le législateur intervient ponctuellement pour interdire les emplois qui ont dépassé les frontières du licite. On observera que dans tous les cas, sauf sommeil prévu dans le cadre de la liquidation judiciaire, le sommeil est utilisé pour contourner des contraintes légales ou administratives, ou éviter les effets néfastes de la disparition de la société, prévus par la loi. La société en sommeil est-elle dès lors une fraude, ou une simple habileté ? Tout cela pose la question de savoir si la société en sommeil peut subsister, et si oui, dans quelle mesure.

Titre II

L'INFLUENCE RELATIVE DU SOMMEIL SUR LA SOCIÉTÉ

120. Personnalité morale et identité en péril. « *Nuisible est le trop de sommeil* »³¹⁷. Cet adage vaut-il également pour la société ? L'état de veilleuse est-il de nature à porter atteinte à la société et à sa personnalité juridique ? La réponse peut exceptionnellement s'avérer affirmative, en ce que la possibilité étroite de dissolution de la société en sommeil est envisageable (**Chapitre 1**). En revanche, « l'identité » de la société, entendue comme l'identification au Registre du commerce et des sociétés (« RCS »), se trouve systématiquement affectée : des modifications au RCS, allant éventuellement jusqu'à la radiation, doivent intervenir. Le régime juridique en la matière, seul aspect de la société en sommeil réellement réglementé par le droit, est cependant critiquable (**Chapitre 2**).

³¹⁷ HOMÈRE, *L'Odyssée*, trad. U. de SÉGUIER, 1896, Didot, Chant XV, 296.

Chapitre 1

LA POSSIBILITÉ ÉTROITE DE DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL

121. Le sommeil : cause de dissolution ? La société en sommeil serait une « *étonnante personne morale* »³¹⁸ : elle « *n'a pas (ou n'a plus) d'objet, alors qu'une personne morale se définit largement par son but* »³¹⁹. Cette affirmation mérite d'être nuancée. En premier lieu, il est indéniable que l'objet réel de la société disparaît (ou n'émerge pas) à cause du sommeil, mais l'objet social statutaire persiste nécessairement : cette disparition de l'objet réel avec maintien de l'objet statutaire est-elle de nature à entraîner la dissolution de la société sur le fondement de l'article 1844-7, 2° du Code civil ? La réponse est par principe négative (**Section 1**). Mais par-delà cette éclipse de l'objet réel, l'ordre juridique doit-il considérer la société en sommeil comme une « *anomalie juridique* »³²⁰, et de ce fait permettre sa dissolution pour justes motifs sur le fondement de l'article 1844-7, 5° ? La réponse est nuancée (**Section 2**).

Section 1.

La dissolution malvenue pour disparition de l'objet social

122. Objet statutaire et objet réel. L'objet d'une société recouvre en réalité deux notions distinctes, mais liées : l'objet statutaire et l'objet réel. L'objet social est en principe l'objet statutaire³²¹ : c'est « *le type d'activité choisi par la société dans ses statuts* »³²², qui est obligatoirement contenu dans les statuts de la société (C. com., art. L. 210-2 ; C. civ., art. 1835). Cette inscription dans les statuts définit un champ des possibles, c'est-à-dire

³¹⁸ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n° 5, p. 85.

³¹⁹ *ibid.*

³²⁰ G. NOTTÉ, « Les sociétés en sommeil », *JCP G, La Semaine Juridique*, 1981, 3022, n°2.

³²¹ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 10ème éd., 2023, LGDJ, n°247, p. 196.

³²² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°176 et s., p. 65 et s.

l'ensemble des activités que la société pourrait conduire³²³. Pour les sociétés dépourvues de statuts que sont les sociétés créées de fait, l'objet statutaire est le « projet commun » que les associés se sont fixé³²⁴. L'objet social, compris comme l'objet statutaire, est donc une activité de papier, c'est l'activité projetée.

Cependant, il est admis que « *l'activité sociale* »³²⁵, soit l'objet réel, puisse différer de l'objet social statutaire³²⁶. Alors que l'objet social statutaire est l'activité projetée par la société, l'objet réel est son activité effective. La dissonance entre objet réel et objet statutaire est fréquente lorsque l'objet statutaire est défini largement, auquel cas l'activité exercée réellement est en fait plus « *modeste* »³²⁷. Il peut même arriver que l'activité réelle « *s'exerce en dehors des limites mêmes de l'objet décrit dans les statuts* »³²⁸.

123. La disparition de l'objet réel de la société en raison du sommeil. Il n'est pas de contrat de société sans objet social. En cas de réalisation ou d'extinction de ce dernier, la société se trouve en principe dissoute (C. civ., art. 1844-7, 2°). « *L'objet social est une condition essentielle du contrat de société, dont la disparition emporte caducité du contrat de société* »³²⁹. Il se déduit de la nature même des sociétés en sommeil³³⁰, « *économiquement mortes, mais juridiquement vivantes* »³³¹, que leur objet statutaire est maintenu, mais qu'incidemment, leur objet réel n'est plus. L'activité s'étant mise en veilleuse, la société connaît une disparition de l'objet réel du fait de son sommeil, malgré le maintien de l'objet statutaire. Cette disparition peut-elle être appréhendée par le droit ? Le sommeil de la société caractérise-t-il la réalisation (§1), ou l'extinction (§2) de l'objet social de la société ?

§1. La réalisation de l'objet social ?

124. La réalisation de l'objet social : état du droit. Il y a réalisation de l'objet social lorsque la société a connu le « succès »³³², lorsque son objet social a été achevé. « *En réalisant son objet, la société a rempli la mission qu'elle s'était initialement fixée. Elle*

³²³ Y. CHAPUT, « Objet social », *Répertoire des sociétés*, janv. 2020, mis à jour févr. 2024, Dalloz, n°1.

³²⁴ *ibid.*

³²⁵ *ibid.*

³²⁶ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 10ème éd., 2023, LGDJ, n°247, p. 196.

³²⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

³²⁸ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, *loc. cit.*

³²⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°771, p. 307.

³³⁰ On raisonnera sur le cas générique des sociétés mises en sommeil, d'où une terminologie inadaptée aux sociétés nées en sommeil. Le raisonnement est toutefois parfaitement transposable.

³³¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°809, p. 317.

³³² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°770, p. 307.

satisfait ainsi à l'activité qui était la sienne »³³³. Les dissolutions prononcées pour réalisation de l'objet social sont rares, car elles supposent une rédaction étroite de l'objet social, qui doit être « circonscrit à une opération unique dont la réalisation est envisageable »³³⁴ ou éventuellement à plusieurs opérations réalisables. Or l'objet social de la société est souvent rédigé de manière large, en y incluant de nombreuses activités : « l'objet social peut ne jamais être épuisé, c'est-à-dire réalisé »³³⁵. Cette réalité pratique doit être couplée à la solution jurisprudentielle établie, selon laquelle la réalisation doit être totale³³⁶, le projet devant avoir été pleinement réalisé. Cet état du droit « évite les dissolutions intempestives »³³⁷.

125. Le sommeil comme réalisation de l'objet social ? Dans une affaire « *Fournier c/ Portal* »³³⁸, un associé, avait demandé en justice le prononcé de la dissolution de la société pour réalisation de l'objet social, après que celle-ci eut été mise en sommeil. L'objet statutaire de la société consistait en l'exploitation de maisons de retraite notamment³³⁹, ainsi que toutes opérations accessoires. De toute évidence, il s'agissait là d'un objet social « inépuisable », avec une rédaction intelligente car suffisamment large. La Cour d'appel l'avait à juste titre précisé : « l'objet ainsi défini n'est ni limité ni circonscrit à la seule exploitation d'une maison de retraite et qu'il est également possible pour la société d'exploiter une activité entrant dans son objet social »³⁴⁰. Ce raisonnement, jusque-là pleinement exact, conduit cependant la Cour d'appel à une conclusion pour le moins étonnante. Les juges d'appel font en effet droit à la demande de dissolution pour réalisation de l'objet social, en considérant que « depuis la cession de son fonds de commerce, soit depuis plus de cinq ans, la société n'exerce plus aucune activité commerciale sans pour autant avoir été mise en sommeil, que le maintien de la société, qui génère des pertes, est artificiel et que l'objet social a été réalisé »³⁴¹. Autrement dit, de manière illogique, la Cour d'appel considère que le sommeil équivaut à une mission accomplie : celui qui s'assoupit a nécessairement fini son labeur. Mais cette vision est

³³³ Th. de RAVEL D'ESCLAPON, « Dissolution », *Répertoire des sociétés*, janv. 2022, mis à jour oct. 2023, Dalloz, n°53.

³³⁴ *ibid.*

³³⁵ *ibid.*

³³⁶ CA Versailles, 3 avr. 2008, RG n°04/06219, cité par Th. de RAVEL D'ESCLAPON, *op. cit.*, *loc. cit.*

³³⁷ Th. de RAVEL D'ESCLAPON, *op. cit.*, *loc. cit.*

³³⁸ Cass. com., 20 nov. 2012, F-P+B, n°11-27.835, note Y. CHAPUT, « Absence de dissolution d'une société en inactivité à l'objet statutaire réalisable », *Rev. sociétés*, 2013, p. 283.

³³⁹ L'objet social était ainsi formulé : « L'exploitation, en France métropolitaine ou à l'étranger, par tous moyens directs ou indirects, de toutes maisons de retraite, de repos, de convalescence, d'accueil de personnes des troisième et quatrième âges et généralement, toutes opérations commerciales, industrielles ou financières, mobilières ou immobilières, pouvant se rattacher directement ou indirectement à cet objet ou à tous objets similaires ou connexes pouvant en faciliter l'extension ou le développement ».

³⁴⁰ CA Aix-en-Provence, 22 sept. 2011.

³⁴¹ Cass. com., 20 nov. 2012, préc.

erronée, car la société peut être mise en sommeil sans pour autant avoir terminé la mission qu'elle s'était assignée. Cet arrêt est le témoin de la difficulté conceptuelle que suscite la société en sommeil : une société sans activité ne devrait pas pouvoir exister.

126. Une solution nécessaire : le sommeil ne vaut pas réalisation de l'objet social.

Au regard de cette rigueur relative, l'arrêt se trouve cassé : « *en statuant ainsi, par des motifs impropres à établir que la société avait atteint l'objectif en vue duquel elle avait été constituée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». Ainsi, le sommeil en lui-même est insuffisant pour caractériser une réalisation de l'objet social, et la dissolution de la société ne pourra être prononcée sur ce fondement.

D'un point de vue strictement juridique, le raisonnement de la Cour de cassation est indiscutable, en ce que la réalisation de l'objet correspond au cas exceptionnel dans lequel « *les associés n'ont entendu se lier que pour la réalisation d'un programme précis et limité dans le temps* »³⁴², uniquement pour une « *opération ponctuelle* »³⁴³. Bien qu'il puisse arriver qu'une société ayant réalisé son objet soit mise en sommeil avant sa dissolution, il n'existe cependant pas de lien nécessaire entre réalisation de l'objet social et sommeil, l'un pouvant advenir sans l'autre. En outre, l'objet social ne peut être réalisé dans toutes les sociétés (en l'espèce, l'objet social était inépuisable), contrairement au sommeil, qui peut intervenir dans toute société. L'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence soulève cependant deux autres problématiques, qui permettent une meilleure compréhension du sommeil de la société.

127. La confusion entre mise en sommeil et mention au registre d'une inscription modificative. La Cour d'appel commet une erreur terminologique, qui pose problème d'un point de vue conceptuel. Elle expose en effet que la société n'a plus aucune activité - elle est donc en sommeil - mais qu'elle n'a pas été mise en sommeil. Cela signifie que, par « *mise en sommeil* », la Cour d'appel entend désigner la mention au registre d'une inscription modificative, que la société doit demander dans le mois qui suit sa cessation d'activité partielle ou totale (C. com., art. R. 123-69, 1° et 2° ; voir *infra*, n°169 et s.). Cela est erroné. La mise en sommeil correspond à l'absence d'activité, appréciée dans les faits, le sommeil est une situation purement factuelle : la demande faite ou non par la société est indifférente à cette qualification.

³⁴² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.*, n°752, p. 302.

³⁴³ *ibid.*

128. Les pertes et l'artificialité : des arguments d'opportunité. La Cour d'appel, pour donner plus de force à son raisonnement, utilise un argument d'opportunité : la dissolution est légitime, car le maintien de la société est « *artificiel* » et « *génère des pertes* ». On comprendra aisément que la Cour d'appel a probablement sacrifié la rigueur juridique sur l'autel de l'opportunité : la société cause des pertes, et l'associé qui demande la dissolution est potentiellement lésé.

« L'artificialité » est également invoquée. Il s'agit d'un argument intéressant d'un point de vue juridico-métaphysique : la société en sommeil est-elle une société fictive (voir *infra*, n°268) ? Est-elle une fraude (voir *infra*, n°307) ? Cependant, se cantonnant dans l'arrêt d'appel à un simple *obiter dictum* sans autres précisions ni même de définitions, l'argument ne peut prospérer juridiquement parlant, car l'artificialité ne veut en soi rien dire. Si le sommeil de la société ne dénote pas en principe d'une réalisation de l'objet social, pourrait-on cependant envisager qu'il soit éteint de ce fait ?

§2. L'extinction de l'objet social ?

129. Après avoir défini l'extinction de l'objet social (A), il conviendra de montrer que, sauf exceptions, la cessation d'activité n'équivaut pas à une telle extinction (B). A cet égard, ne serait-il pas plus judicieux de prendre en compte l'objet réel pour caractériser l'extinction de l'objet social ? (C).

A. La définition de l'extinction de l'objet social

130. L'extinction : un sens littéral trompeur. Etymologiquement, le terme « extinction » est « *une métaphore curieuse* »³⁴⁴, qui signifie « *éteindre la flamme* »³⁴⁵. L'extinction symbolise le passage de l'état d'être à l'état de non-être : l'extinction est donc une disparition de ce qui était. Autrement dit, la disparition suppose la préexistence. Dans ce sens le plus littéral et le plus littéraire, l'objet social de la société en sommeil est certainement éteint : la flamme de l'objet social a brûlé, mais elle s'est consumée avec l'interruption de l'activité de la société. Intuitivement, on pourrait donc conclure que la société doit prendre fin en raison de son sommeil, puisque l'objet social ne peut être qu'éteint.

³⁴⁴ M. BRÉAL, A. BAILLY, *Dictionnaire étymologique latin*, Hachette, Paris, 1885, p. 368, V° *Stinguo*.

³⁴⁵ *ibid.*

131. La détermination de l'objet social par le seul objet statutaire. Cette présentation fondée sur un sens courant du terme « extinction » est cependant fallacieuse, pour la simple raison que « l'objet » recouvre l'objet statutaire et l'objet réel. La question est de savoir s'il faut prendre en compte l'extinction de l'objet statutaire ou celle de l'objet réel. Autrement dit, entre ces deux objets, parfois discordants, lequel est l'objet social ? La réponse de principe, affirmée par la CJCE dans son arrêt « *Marleasing* »³⁴⁶, est claire : « *seul l'objet statutaire doit être pris en considération* »³⁴⁷ pour déterminer l'objet social. « *L'objet social est en principe celui qui figure dans les statuts* »³⁴⁸, c'est l'ensemble des activités que la société peut mener en vertu des statuts³⁴⁹.

L'objet réel agit comme une sorte de correctif dans certaines circonstances. En ce sens, les tiers peuvent se prévaloir de l'objet réel s'il se distingue de l'objet statutaire³⁵⁰ et la licéité de l'objet social est appréciée par rapport à l'activité réelle dans les sociétés à risque illimité³⁵¹. Cependant, dans les sociétés à risque limité, à l'inverse, c'est l'objet statutaire qui permet en principe d'apprécier la licéité, selon la solution précitée « *Marleasing* ». Cette solution a pour conséquence d'éviter la nullité d'une société exerçant une activité illicite, tant que, sur le papier, l'objet social statutaire présente un aspect licite³⁵². Prendre en compte la façade plutôt que la réalité apparaît comme une solution discutable : pourquoi le droit des sociétés devrait-il tolérer des entreprises illicites au sein de sociétés *prima facie* licites ?

132. Définition de l'extinction et illustration. L'extinction de l'objet social, entendu comme l'objet social statutaire, correspond à la situation dans laquelle « *l'objet social ne peut plus être atteint* »³⁵³, c'est « *l'impossibilité de réaliser cet objet social* »³⁵⁴. L'extinction doit nécessairement être « *totale* »³⁵⁵, l'objet ne doit pas « *demeure[r] possible* »³⁵⁶ d'une manière ou d'une autre. Or, en soi, l'objet social demeure presque toujours réalisable, du fait de sa

³⁴⁶ CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing SA*, cité par J.-Ph. DOM, *op. cit.*, *loc. cit.*, confirmé notamment par Cass. com., 10 nov. 2015, n°14-18.179, cité par M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°176 et s., p. 65 et s.

³⁴⁷ J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, Thèse, 1998, JOLY éd. col. Pratique des affaires, n°722, p. 436.

³⁴⁸ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 10ème éd., 2023, LGDJ, n°247, p. 196.

³⁴⁹ Y. CHAPUT, « Objet social », *Répertoire des sociétés*, janv. 2020, mis à jour févr. 2024, Dalloz, n°21.

³⁵⁰ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁵¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°176 et s., p. 65.

³⁵² *ibid.*

³⁵³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°753 et s., p. 302 et s.

³⁵⁴ Th. de RAVEL D'ESCLAPON, « Dissolution », *Répertoire des sociétés*, janv. 2022, mis à jour oct. 2023, Dalloz, n°50.

³⁵⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁵⁶ *ibid.*

rédaction large, bien qu'il ne soit plus réalisé. A dire vrai, les circonstances dans lesquelles l'objet social sera inatteignable sont rares.

L'affaire de la « *Compagnie universelle du canal maritime de Suez* » illustre cette définition et le caractère exceptionnel de l'extinction³⁵⁷. A la suite de la nationalisation du canal de Suez par l'État égyptien, la société s'est vue retirer sa concession de manière anticipée. Dans l'impossibilité d'exploiter le canal, la société devait-elle être dissoute pour extinction de son objet social, l'exploitation du canal étant son unique objet statutaire ? De manière étonnante, même si l'activité principale était éteinte, « *des activités financières n'étaient pas caduques* »³⁵⁸, de sorte que le tribunal de commerce de la Seine a refusé la dissolution pour extinction de l'objet social³⁵⁹.

B. L'extinction de l'objet social en cas de cessation d'activité ?

133. Réalisation et extinction : même solution. Dans l'affaire précitée « *Fournier c/ Portal* »³⁶⁰, la Cour de cassation a refusé de considérer que le sommeil de la société valait réalisation de l'objet. Cependant, dans une note sous cet arrêt, le professeur Chaput généralise la solution adoptée par la Cour de cassation à l'extinction : « *La simple cessation d'activité ou la cession d'un fonds de commerce n'emportent donc pas réalisation ou extinction de l'objet* »³⁶¹. La cessation d'activité en soi ne serait donc pas constitutive d'une extinction de l'objet social³⁶² en principe, sauf impossibilité de réaliser l'objet social. En ce sens, il n'y aura pas de dissolution de la société lorsque l'objet statutaire sera encore réalisable dans le futur.

134. Principe : le sommeil ne vaut pas extinction de l'objet social. De manière très claire, la Cour de cassation a affirmé que « *la cessation d'activité d'une société n'implique pas la disparition de l'objet social* »³⁶³. L'objet social d'une société en sommeil n'est pas éteint, on considère au contraire qu'une flamme d'objet social persiste encore. Il est suffisant que l'objet

³⁵⁷ Y. CHAPUT, « Objet social », *Répertoire des sociétés*, janv. 2020, mis à jour févr. 2024, Dalloz, n°21.

³⁵⁸ *ibid.*

³⁵⁹ Trib. com. Seine, 22 juin 1959, cité par Y. CHAPUT, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁶⁰ Cass. com., 20 nov. 2012, F-P+B, n°11-27.835.

³⁶¹ Y. CHAPUT, « Absence de dissolution d'une société en inactivité à l'objet statutaire réalisable », *Rev. sociétés*, 2013, p. 283.

³⁶² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.*, n°756, p. 303.

³⁶³ Cass. soc., 24 janv. 1990, n° 86-40.290, inédit.

social soit « *virtuel* »³⁶⁴, qu'il ne soit pas « définitivement *matériellement impossible* »³⁶⁵. On ne prend donc en compte que la « *potentialité de la personne morale* »³⁶⁶.

Selon certains auteurs, cette solution mérite d'être approuvée³⁶⁷, et ce pour deux raisons : premièrement, aucun texte n'imposerait à la société une obligation de maintenir une activité économique, et secondement, « *ce qui importe est la potentialité d'activité de la société en sommeil* ». Par exemple, en présence d'une société dont l'objet social est l'acquisition, la gestion et l'administration de titres, il n'y a pas extinction de l'objet social (et donc pas de dissolution) si les titres détenus par la société sont cédés, puisque la société pourra toujours réaliser son objet social ultérieurement, après son réveil³⁶⁸. A l'inverse, dans le cas d'une société ayant pour objet l'exploitation d'une mine, dont la concession se trouve révoquée, il y a bien dissolution pour cause d'extinction de l'objet social³⁶⁹.

135. Exception : le sommeil peut valoir extinction de l'objet social. La solution de principe mérite d'être nuancée. L'hypothèse est celle d'un objet social rédigé strictement, exclusivement limité à l'exploitation d'un fonds de commerce : la cessation définitive de l'activité vaut extinction de cet objet³⁷⁰. Cette solution, rendue dans le cas d'une société qui menait toujours une activité, devrait être étendue au cas de la société en sommeil, et ce par un raisonnement *a fortiori*, car la cessation d'activité n'avait été que partielle³⁷¹. Le sommeil de la société pourrait donc valoir extinction de l'objet social lorsque, d'une part, l'objet statutaire serait rédigé de manière restrictive et lorsque, d'autre part, le sommeil aurait pour conséquence de faire cesser irrémédiablement l'activité prévue par l'objet statutaire, le rendant ainsi éteint.

136. Approche critique : l'objet réel, correctif nécessaire. Lorsque l'extinction de l'objet social est advenue, aucune procédure de régularisation *a posteriori* ne semble possible,

³⁶⁴ I. URBAIN-PARLEANI, « Une société civile de moyens ne doit pas être dissoute pour extinction de l'objet social lors du départ à la retraite de l'un des deux associés », *Rev. sociétés*, 2010., p. 106, sous l'arrêt Cass. com. 15 sept. 2009, n° 08-15.267, Bull. civ. IV, n° 112 : en l'espèce, la cessation d'activité n'avait été que partielle, en ce que l'un des deux associés était parti à la retraite.

³⁶⁵ *ibid.*

³⁶⁶ A. LIENHARD, D. 2008. AJ 2597, cité par I. URBAIN-PARLEANI dans art. préc.

³⁶⁷ L. AMIEL-COSME, « Quand l'état de fonctionnement d'une société en sommeil ne vaut pas juste motif de dissolution... », *Rev. sociétés*, 2011, p. 163 : en l'espèce, la dissolution avait été demandée non pas sur le fondement de l'article 1844-7 2° du Code civil, mais sur le fondement du 5° du même article du même code. Dans ce cadre, Mme AMIEL-COSME commente malgré tout la question de la réalisation de l'objet social.

³⁶⁸ Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-18.635, cité par L. AMIEL-COSME, art. préc.

³⁶⁹ Cass. civ. 17 déc. 1934, cité par L. AMIEL-COSME, art. préc.

³⁷⁰ Cass. com., 30 mars 2016, n°14-13.729, note L. CAMENSULI-FEUILLEARD, « Extinction de l'objet social pour cessation définitive de l'exploitation du fonds de commerce », *BJS*, juill. 2016, p. 389.

³⁷¹ En l'espèce, la société avait cessé d'exploiter un fonds de commerce de supermarché, seule activité prévue par l'objet social, mais avait continué l'exploitation d'une station-service, non-prévue par les statuts.

la société devra être dissoute³⁷². La solution semble extrêmement rigoureuse, c'est pourquoi il serait de bonne intelligence que l'objet réel joue en la matière le rôle de correctif. Ainsi, si l'objet statutaire est éteint, mais qu'une activité est poursuivie ou demeure possible, la société ne devrait pas être dissoute, et les associés pourraient ainsi régulariser la situation de la société.

La prise en compte systématique de l'objet social statutaire en tant qu'objet social conduit à des solutions parfois laxistes à l'extrême, comme pour l'appréciation de la licéité de l'objet social, parfois rigoureuses à l'extrême, comme dans le cas présent d'extinction de l'objet statutaire entraînant une dissolution irrattrapable. Doit-on alors prendre en compte l'objet réel plutôt que l'objet statutaire ?

C. Une prise en compte inopportune de l'objet réel

137. La séparation conceptuelle entre société et entreprise. En droit, l'extinction de l'objet social est celle de l'objet statutaire, non de l'objet réel. Par conséquent, la cessation de l'activité, c'est-à-dire un défaut d'objet réel, en ce qu'elle n'affecte pas l'existence de l'objet social statutaire, ne devrait en principe pas conduire à une dissolution de la société, dès lors que l'objet social statutaire reste possible.

Le professeur Chaput explique cette solution par un détachement de l'entreprise par rapport à la structure sociale qui l'accueille : « *L'évolution du droit commun des sociétés tend donc vers une autonomie de l'institution ou de la "structure" vis-à-vis de l'activité, d'autres diraient de l'entreprise* »³⁷³. Autrement dit, même si l'entreprise n'existe plus, la solution est le maintien de la société : la séparation conceptuelle entre société et entreprise rend possible la survivance de la première sans la seconde. La conséquence de tout cela est que l'on prend en compte les apparences véhiculées par les statuts, le « *sollen* » de l'objet social statutaire, au détriment de la réalité, du « *sein* » de l'objet réel.

138. L'objet social statutaire ne peut déterminer l'existence de la personne morale : un argument incertain. L'extinction de l'objet social statutaire entraîne la dissolution de la société. Celui-ci devient ainsi un élément d'existence de la personne morale. Or il est de principe que l'objet social statutaire « *ne concerne pas l'existence de la personne*

³⁷² Y. CHAPUT, « Objet social », *Répertoire des sociétés*, janv. 2020, mis à jour févr. 2024, Dalloz, n°24.

³⁷³ Y. CHAPUT, art. préc.

morale »³⁷⁴, ce qui s'explique par le fait que les associés peuvent le modifier sans que ce changement n'ait d'impact sur la personnalité juridique³⁷⁵. L'objet social statutaire n'est donc qu'une précision de la spécialité légale de la société, qui est « *la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie pour en faire profiter ses membres* »³⁷⁶. On est donc en présence d'une contradiction : l'objet social statutaire, en principe exclu de la détermination de la personnalité morale, est pourtant érigé en condition d'existence ou d'inexistence de la personnalité morale. Ne serait-il pas préférable de prendre en compte l'objet réel pour apprécier l'extinction de l'objet social, et donc déterminer l'existence ou non de la personne morale ?

Malgré la force apparente de cet argument, il doit être observé que l'extinction de l'objet social statutaire n'entraîne que la dissolution : or la dissolution ne conduit pas elle-même à la fin de la personnalité morale de la société, qui « *subsiste pour les besoins de la liquidation* » jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci (C. com., art. L. 237-2 et C. civ., art. 1844-8). L'extinction de l'objet social n'est donc qu'une cause indirecte de la disparition de la personnalité morale. En outre, on pourrait également dire que par « existence » de la personnalité morale, les auteurs ont plutôt voulu dire « création » : la disparition de la personnalité morale en serait donc exclue.

139. Le faible argument sémantique. Comme cela a déjà été précisé, le terme « extinction » désigne une « action d'éteindre ce qui était allumé »³⁷⁷. Ainsi, pour qu'il y ait extinction, il faut nécessairement un état de fait qui préexiste. Or, par définition, l'objet social statutaire n'est qu'une inscription dans des statuts, qui n'a pas d'existence, pas de matérialité propre : l'objet social statutaire n'est qu'un objectif que se fixe la société, qui n'existe que dans l'imagination. Seul l'objet réel est doté d'une existence, car il s'agit de l'activité conduite dans les faits. Cet argument présente toutefois une faiblesse évidente : l'argument sémantique n'est, par définition, pas un argument juridique, et on compte légion de termes qui n'ont pas en droit leur sens courant. Une rédaction nouvelle pourrait dans l'absolu être envisagée, mais elle est inutile, car la doctrine et la jurisprudence ont défini de manière précise ce qu'il faut entendre juridiquement par « extinction ».

³⁷⁴ G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome 1, 11ème éd., 1984, LGDJ, n°683¹, p. 496 ; M. GERMAIN, V. MAGNIER, « Les sociétés commerciales », *Traité de droit des affaires* de G. RIPERT et R. ROBLOT, Tome 2, 23ème éd., 2022, LGDJ, n°176, p. 161.

³⁷⁵ *ibid.*

³⁷⁶ *ibid.*

³⁷⁷ Dictionnaire Larousse, V° *Extinction*.

140. Une prise en compte inopportune de l'objet réel. Doit-on en conclure que l'on devrait prendre en compte l'objet réel plutôt que l'objet statutaire pour déterminer l'extinction de l'objet social ? D'un point de vue juridique, cette position n'est appuyée que par des arguments incertains ou faibles. D'un point de vue pratique, surtout, cette solution de prise en compte de l'objet réel pour caractériser l'extinction de l'objet social présenterait l'inconvénient évident de provoquer une quantité excessive de dissolutions : pèserait ainsi sur l'ensemble des sociétés en sommeil l'épée de Damoclès de la dissolution. Pourquoi détruire ce qui est économiquement viable, même potentiellement ? La caractérisation de l'extinction de l'objet social par l'objet social statutaire a donc une vertu protectrice des sociétés, qu'il ne revient pas de remettre en cause.

Enfin, cette solution se justifie en ce qui concerne la preuve : il est en effet bien plus aisé de démontrer que l'activité visée par l'objet social statutaire est devenue impossible, que de mettre en évidence la fin de l'objet réel, car le degré d'inactivité nécessaire pour conclure à une disparition d'objet réel est incertain. Premièrement, il peut toujours persister des bribes d'activité, un « *maigre filet d'activité* »³⁷⁸, ce qui rend difficile la délimitation de la cessation d'activité. Deuxièmement, quelle est la durée de sommeil suffisante pour caractériser une disparition de l'objet réel ? L'activité sociale s'arrête en effet la nuit, en fin de semaine, parfois en août. D'un point de vue probatoire, il est donc préférable de s'en tenir à l'objet statutaire pour définir l'extinction de l'objet social.

141. Conclusion de la section. Il est indéniable que l'objet réel de la société disparaît en raison de son sommeil : cependant, cela ne vaut ni réalisation ni extinction de l'objet social, appréciées au regard de l'objet statutaire, sauf exceptions. Bien que la dissolution de la société en sommeil soit exceptionnelle sur le fondement de l'article 1844-7, 2° du Code civil (réalisation ou extinction de l'objet social), qu'en est-il cependant de la dissolution sur le fondement de l'article 1844-7, 5°, exigeant l'existence de justes motifs ?

³⁷⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°773, p. 307.

Section 2.

La dissolution éventuelle pour justes motifs

142. La dissolution judiciaire pour justes motifs. « *La société prend fin : [...] 5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* » (C. civ., art. 1844-7, 5°). La dissolution judiciaire pour justes motifs est une mort sociale intervenant souvent dans la douleur, c'est « *l'aboutissement d'une vie sociale tourmentée* »³⁷⁹ : les associés sont démissionnaires, voire ne s'entendent plus du tout, et c'est le tribunal qui doit prononcer la fin de l'aventure sociale.

Il doit être observé que le texte ne pose pas de définition des justes motifs, il ne fait qu'en donner deux exemples : l'inexécution de ses obligations par un associé et la mésentente entre les associés paralysant le fonctionnement social. En raison de l'adverbe « *notamment* », ces exemples ne sont pas constitutifs d'une liste limitative, de sorte qu'il reviendra au juge d'interpréter la notion de justes motifs.

La question qui se pose est de savoir si l'intervention du sommeil est constitutive de justes motifs. La réponse de principe, discutable, est négative (§1), mais des exceptions nécessaires existent (§2).

§1. L'exclusion discutable du sommeil en soi comme juste motif

143. Il est de principe que le sommeil n'est pas un juste motif de dissolution. Toutefois, la jurisprudence fait une application critiquable et stricte de ce principe (A), qui mérite un assouplissement (B).

A. L'application critiquable du principe par la jurisprudence

144. Dans un arrêt rendu dans une affaire « *Sté Frate c/ Julien* »³⁸⁰, deux sociétés, dont une en liquidation judiciaire, étaient associées d'une société en sommeil. Le liquidateur

³⁷⁹ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 10ème éd., 2023, LGDJ, n°594 et s., p. 445 et s.

³⁸⁰ Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-22.073, « *Sté Frate c/ Julien és qual.* », note L. AMIEL-COSME, *Rev. sociétés*, 2011, p. 163 ; comm. A. VIANDIER, « La mise en sommeil d'une société ne rend pas impossible son fonctionnement normal justifiant sa dissolution pour juste motif » *JCP E*, n° 18-19, 6 Mai 2010, 1449.

judiciaire de l'associée en procédure collective demande la dissolution de la société en sommeil sur le fondement de l'article 1844-7, 5° du Code civil. Le tribunal de commerce accueille la demande de dissolution, et son jugement est confirmé par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.

145. Le raisonnement de la Cour d'appel : le sommeil comme juste motif possible de dissolution. Le raisonnement de cette dernière est digne d'intérêt : la Cour d'appel considère que la société dont la dissolution est demandée est en sommeil depuis une très longue durée (huit années lors de la décision de la Cour d'appel), que la société n'est plus administrée et qu'aucune assemblée générale n'a été convoquée depuis le début de son sommeil. En outre, selon la Cour d'appel, aucun projet de « réactivation » de la société ne semble réellement être envisagé, la « *déréliction de l'activité sociale de la société* » se trouve donc « *confirmée* », d'autant plus que la liquidation judiciaire de l'associée principale a été prononcée. Eu égard à tous ces éléments, les magistrats Aixois concluent que le sommeil est en l'espèce un juste motif de dissolution.

La décision de la Cour d'appel mérite l'approbation. Tout d'abord, le raisonnement n'est pas juridiquement inexact : l'article 1844-7, 5° du Code civil ne donnant pas de liste limitative des justes motifs, le juge peut à juste titre inclure des cas supplémentaires qui seraient constitutifs de tels « *justes motifs* », en plus des deux exemples égrenés par le texte. Ce dernier ne pose aucune définition des « *justes motifs* », ni aucune condition pour les qualifier : le juge pourra utilement raisonner par analogie avec les exemples donnés, notamment s'il y a paralysie du fonctionnement de la société, mais rien ne l'y oblige.

D'un point de vue factuel, en outre, il semble opportun de prononcer la dissolution d'une société dont l'activité est en sommeil depuis un temps très long, où la gestion s'est écroulée et pour laquelle aucun projet de réactivation ne semble émerger. On pourrait à juste titre arguer que l'activité était, au regard de ces faits, effectivement paralysée. Il s'agit en tout état de cause de mettre le droit en accord avec les faits, et d'éviter un maintien potentiellement coûteux de la société, dont la possibilité de réactivation apparaît comme quasi-inexistante.

146. Une cassation conforme à une jurisprudence établie. L'arrêt de la Cour d'appel subit cependant une cassation. La chambre commerciale retient en effet le manque de base légale, car les motifs retenus sont « *impropres à établir l'impossibilité pour la société de fonctionner normalement* ». Le fait que le sommeil ne soit pas en tant que tel une cause de

dissolution, sauf si celui-ci est assimilable au « *repos éternel* »³⁸¹, est conforme à une jurisprudence bien établie : la Cour de cassation avait déjà jugé par le passé que la cessation de l'activité d'une SARL n'est pas une cause de dissolution³⁸². De même, le sommeil de la société ne sera pas un juste motif de dissolution « *si l'activité économique peut repartir* »³⁸³. La simple potentialité de réveil est donc suffisante pour maintenir en vie une société en sommeil.

147. Une décision discutable. « *La décision illustre le caractère exceptionnel de la dissolution pour juste motif [...]. La peine capitale est donc rarement prononcée pour les personnes morales* »³⁸⁴. Cette application du droit par la Cour de cassation est discutable, pour une raison juridique (1°) et pour une raison factuelle (2°).

1° La critique juridique : ajout d'une condition à la loi

148. Analyse grammaticale. Juridiquement, le texte de l'article 1844-7, 5° n'exige ni que les justes motifs consistent en une impossibilité de fonctionnement normal, ni qu'ils consistent en une paralysie du fonctionnement social. Ces deux critères pourraient être réunis sous une notion unique d'impossibilité de fonctionnement. A la lettre du texte, l'impossibilité de fonctionnement normal n'est pas du tout évoquée, et la paralysie du « *fonctionnement de la société* », apparaît comme une condition propre à la « *mésentente entre associés* », qui ne devrait donc pas être exigée pour caractériser les « *justes motifs* »³⁸⁵. La paralysie du fonctionnement de la société est en effet une condition de l'exemple donné par le texte, mais non pas de la prescription générale des « *justes motifs* ». En ce sens, la jurisprudence retient que la mésentente ne paralysant pas le fonctionnement de la société n'est pas un juste motif de dissolution³⁸⁶.

Ainsi, la Cour de cassation ajoute une condition à la loi. Or, en application du principe général « *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* », l'ajout d'une condition à la loi est une erreur dans l'application du droit, et c'est donc un motif de cassation³⁸⁷.

³⁸¹ *ibid.*

³⁸² Cass. com., 5 janv. 1953, Bull. civ. III, n° 4.

³⁸³ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, *loc. cit.*, citant Cass. com., 17 janv. 1977.

³⁸⁴ A. VIANDIER, art. préc., « La mise en sommeil d'une société ne rend pas impossible son fonctionnement normal justifiant sa dissolution pour juste motif », *JCP E*, n° 18-19, 6 Mai 2010, 1449, n°1.

³⁸⁵ Analyse grammaticale corroborée par A. VIANDIER, art. préc., n°3.

³⁸⁶ Notamment Cass. com., 21 oct. 1997, n°95-21.156 P ; Cass. ch. mixte, 16 déc. 2005, n°04-10.986, P ; Cass. 1ère civ., 18 janv. 2023, n°19-24.671, B.

³⁸⁷ Ch. ATIAS, « La condition ajoutée à la loi par le juge », *D.*, 2009 p. 2654.

2° La critique factuelle : un fonctionnement anormal caractérisé

149. Les conditions de l'anormalité : absence d'organes sociaux et blocage irrémédiable. Factuellement, du reste, l'impossibilité pour la société de fonctionner normalement peut en l'espèce se discuter. La normalité de fonctionnement est définie comme étant la « *normalité mécanique au sens des arts mécaniques* »³⁸⁸. Autrement dit, il faut que la cet « *être prodigieux* »³⁸⁹ qu'est la société se « *grippe* »³⁹⁰, qu'une pièce de l'engrenage soit bloquée : c'est par exemple le cas s'il y a absence d'organes sociaux, qu'il s'agisse du gérant³⁹¹, du conseil d'administration³⁹² ou, précisément, des assemblées générales³⁹³ (bien que cela ne soit pas systématique dans ce dernier cas³⁹⁴). Ce blocage doit en outre être irrémédiable, ce qui se manifeste par la durée prolongée de la paralysie³⁹⁵ ou par une remise en marche infructueuse de la société³⁹⁶.

150. L'application au cas d'espèce. Pour rappel, en l'espèce, la société n'est plus administrée et les assemblées générales n'ont pas été convoquées depuis le début du sommeil : il semble donc y avoir absence des organes sociaux. Le sommeil, en outre, persiste depuis huit ans au moment de l'arrêt d'appel : le blocage de longue durée est caractérisé. Il s'agit donc indéniablement d'un cas de fonctionnement anormal de la société. En tout état de cause, un fonctionnement futur normal semble également compromis : une des associés est en liquidation et aucun projet de réactivation n'est envisagé.

De ces mêmes éléments factuels, on notera avec étonnement que le professeur Viandier tire une conclusion contraire : « *En l'espèce, le gérant n'avait pas disparu, et il n'apparaissait pas qu'il y ait un blocage définitif de la mécanique sociale ; certes, le moteur était à l'arrêt, depuis plusieurs années, mais rien semble-t-il n'empêchait sa remise en marche. L'exécution du contrat de société n'était pas irrémédiablement compromise, bien que*

³⁸⁸ A. VIANDIER, art. préc., n°10.

³⁸⁹ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1951, 2ème éd., LGDJ, p. 110 et 111 : « *l'être prodigieux* » dont parle Ripert est la société par actions.

³⁹⁰ *ibid.*

³⁹¹ Cass. 1ère civ., 24 mars 1998, n°95-17.801 et n°95-20.350 ; Cass. 3ème civ., 18 déc. 2001, n° 00-16.069, cités par A. VIANDIER, *ibid.*

³⁹² CA Paris, 27 juin 2003, cité par A. VIANDIER, *ibid.*

³⁹³ Cass. 3ème civ., 3 juin 2009, n° 08-15.542, cité par A. VIANDIER, *ibid.*, rendu cependant dans un cas de mésentente entre les associés, bien que le défaut de convocation des assemblées soit retenu dans les motifs décisifs ; Cass. com., 3 mars 2021, n°19-10.692, note É. CASIMIR, *BJS*, juill.-août 2021, p. 22 : dans cette espèce, les comptes n'étaient plus approuvés, les assemblées n'avaient plus été réunies et un des deux associés gérants avait procédé à des prélèvements indus.

³⁹⁴ Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-10656 : il n'y a pas de juste motif de dissolution, bien que les assemblées générales n'aient pas été convoquées pendant près de 14 ans.

³⁹⁵ CA Versailles, 18 déc. 2003 : blocage ayant duré environ dix ans ; Cass. com., 7 juill. 2009, n°08-17.753 : blocage depuis quinze ans, cités par A. VIANDIER, art. préc., n°11.

³⁹⁶ A. VIANDIER, art. préc., n°11.

*l'institution à laquelle il avait donné naissance soit au repos [...] »*³⁹⁷. Nous exprimons notre désaccord avec cette conclusion. D'une part, pour ce qui concerne l'absence des organes sociaux, bien que le gérant soit formellement présent, il ne gère plus la société, et les assemblées générales n'ont plus été convoquées depuis le début du sommeil. D'autre part, pour ce qui concerne le blocage irrémédiable, celui-ci est caractérisé en raison de sa longue durée. Ainsi, si l'on réunit un faisceau d'indices suffisant (défaut de convocation des assemblées générales, durée très longue de sommeil, gérant absent...), la dissolution devrait être prononcée.

151. Ainsi, le principe prétorien est clair, bien que discutable : le sommeil n'est pas une cause de dissolution de la société, *« la léthargie dans laquelle se trouve plongée une société depuis plusieurs années, [...] ne constitue pas un juste motif de dissolution »*³⁹⁸. Ce principe pourrait céder lorsque la société en sommeil est dans l'impossibilité de fonctionner normalement. En raison de l'application stricte à l'excès que fait la jurisprudence de ce principe et en raison des lacunes législatives, des solutions méritent d'être proposées.

B. La rationalisation nécessaire du principe

152. Une jurisprudence trop stricte. *« Il est plus facile de dissoudre un mariage qu'une société »*³⁹⁹. La position jurisprudentielle est, à l'évidence, trop stricte, car elle rend presque impossible la dissolution en raison du sommeil sur le fondement de l'article 1844-7, 5° du Code civil.

Malgré tout, il serait excessif, à l'inverse, d'exiger systématiquement une dissolution dès lors que la société est en sommeil. Laisser la possibilité à des activités économiques potentielles de naître ou de renaître est souhaitable : on ne doit pas dissoudre ce qui pourrait s'avérer économiquement viable. Par conséquent, une position médiane doit être proposée, fondée à la fois sur une rédaction nouvelle des textes (1°) et sur un assouplissement jurisprudentiel (2°).

³⁹⁷ A. VIANDIER, art. préc., n°13.

³⁹⁸ L. AMIEL-COSME, art. préc. « Quand l'état de fonctionnement d'une société en sommeil ne vaut pas juste motif de dissolution... », *Rev. sociétés*, 2011, p. 163.

³⁹⁹ A. VIANDIER, art. préc., n°1.

1° La réfection législative, réponse à la critique juridique

153. Les fondements de la rédaction nouvelle. La lettre du texte (C. civ., art. 1844-7, 5°) pose une autonomie des « *justes motifs* », et donc ne requiert pas, textuellement, que les justes motifs soient constitutifs d'une impossibilité de fonctionnement normal ou d'une paralysie du fonctionnement social, cette condition ne concernant pas la prescription générale, mais uniquement la « *mésentente* ». Comme cela a déjà été précisé, les juges ont généralisé cette condition, contre la lettre du texte.

Pourtant, la condition de fonctionnement anormal, dont la paralysie du fonctionnement n'est qu'une forme, est fonctionnelle pour définir ce qu'est le juste motif, car elle suppose qu'il y ait un blocage de la machine sociale et que ce blocage soit irrémédiable ou durable. Aujourd'hui, le juge de cassation est en théorie libre de déterminer ce qu'il considère être ou non un juste motif, ce qui pourrait être source d'insécurité juridique. La consécration dans la loi de cette solution jurisprudentielle conditionnée et claire est donc une voie souhaitable pour, d'une part, mettre les sources de droit en harmonie et pour, d'autre part, figer une position cohérente.

154. Proposition de rédaction. Il est proposé que l'article 1844-7, 5° du Code civil soit ainsi rédigé : « *La société prend fin : [...] 5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs constitutifs d'une impossibilité de fonctionnement normal, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ».

Avec cette rédaction, on grave dans le marbre ce qui était déjà acquis en jurisprudence. Le sommeil ne devient pas un motif de dissolution en soi, car ce n'est que si le sommeil est constitutif d'une impossibilité de fonctionnement normal que la jurisprudence pourrait trancher en faveur de la dissolution. Il faut cependant exiger un assouplissement jurisprudentiel pour éviter une application trop stricte du texte.

2° L'assouplissement jurisprudentiel, réponse à la critique factuelle

155. L'exclusion de l'appréciation de la viabilité économique. Le sommeil ne sera donc un juste motif de dissolution que lorsque la société sera dans l'incapacité d'animer une entreprise⁴⁰⁰, c'est-à-dire que son fonctionnement ne sera pas à même d'assurer une normalité

⁴⁰⁰ A. VIANDIER, art. préc., n°9.

dans l'activité. Il faut noter que cette appréciation devra bien se faire au niveau de la société en tant qu'elle est un engrenage, et non au regard de la viabilité de l'activité économique, ce qui porterait une atteinte flagrante et non-souhaitable à la liberté d'entreprendre⁴⁰¹. Le juge ne doit pas se muer en économiste qui trancherait entre les activités ayant une chance sur le marché, et celles qui sont vouées à périr : le juge doit être un juge de la machine sociale, non de la machine économique.

156. La nécessité d'une appréciation plus souple de l'impossibilité de fonctionnement normal. Au regard de l'article 1844-7, 5° du Code civil, les sociétés en sommeil pourraient être tolérées, mais ce ne doit pas être une raison pour laisser subsister des sociétés mortes-vivantes, qui n'ont de société que le nom.

Lorsque les organes sociaux ou les assemblées générales n'ont respectivement plus d'existence dans les faits ou qu'elles n'ont pas été convoquées, et que cette inexistence ou cette carence est irrémédiable ou qu'elle a persisté pendant un temps très long, le fonctionnement normal de la société est nécessairement obéré. Dans le cas où l'inexistence ou la carence est irrémédiable, aucun fonctionnement ne semble possible. Dans le cas où l'inexistence ou la carence a duré, le fonctionnement normal peut être présumé impossible, car un redémarrage de la machine sociale après des années n'est pas chose facile, le fonctionnement normal à court et à moyen terme est impossible. Comment dans ce cas renouer avec une quelconque confiance auprès de partenaires, qui seront méfiants face à un réveil si tardif ? Comment penser que les associés puissent encore s'entendre, fussent-ils encore les mêmes ? Comment le droit des sociétés pourrait-il en outre accepter qu'une société dont les comptes n'ont pas été approuvés depuis une longue durée puisse se réveiller sans la moindre difficulté ? La réactivation de la société cachera en toute hypothèse des pratiques dont la licéité n'est pas garantie (voir *supra*, n°70 et s. et *infra* n°307 et s.).

157. En attendant un éventuel assouplissement jurisprudentiel, il faut composer avec une application critiquable et stricte du principe de non-dissolution pour justes motifs en raison du sommeil. Mais même dans ce cadre, il existe une possibilité d'obtenir la dissolution.

⁴⁰¹ *ibid.*

§2. L'admission nécessaire des marges du sommeil comme juste motif

158. Selon le principe ci-dessus exposé, le sommeil en soi n'est pas un juste motif de dissolution. Cela exclut donc uniquement le sommeil *per se* de la catégorie des justes motifs, mais il n'est pas impossible que ses marges, c'est-à-dire ses causes ou ses conséquences, soient constitutives d'un tel motif⁴⁰².

L'article 1844-7, 5° du Code civil égrène deux exemples de « *justes motifs* » de dissolution : d'une part, « *[l']inexécution de ses obligations par un associé* » (A) et, d'autre part, la « *mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* » (B). En tant qu'il est une interruption de l'activité de la société, le sommeil entretient des relations ténues avec ces deux motifs spécifiques⁴⁰³.

A. L'inexécution de ses obligations par un associé

159. **La définition des obligations des associés et de l'inexécution.** Un auteur identifie plusieurs obligations pesant sur les associés⁴⁰⁴ : obligation de réaliser un apport, obligation au passif social, devoir général de bonne foi, obligations liées aux aliénations de droits sociaux⁴⁰⁵ et obligations conventionnelles⁴⁰⁶.

La dissolution pour inexécution de ses obligations par un associé serait une application en droit des sociétés de la règle de la résolution du contrat pour inexécution (C. civ., art. 1217)⁴⁰⁷. A la lecture de l'article 1844-7, 5°, une inexécution quelconque entraînerait une éventuelle dissolution, ce qui exposerait la société à des causes de dissolution multiples et inattendues. Cependant, la jurisprudence a apporté une précision importante : une simple inexécution d'une de ses obligations par un associé est insuffisante, il faut en outre que cette inexécution entraîne une paralysie du fonctionnement de la société⁴⁰⁸. Ainsi, la paralysie du

⁴⁰² J. GUYENOT, « La mise en sommeil d'une société est-elle la cause d'une dissolution ? », *LPA*, n°101, 31 août 1979, p. 11 et s, *in fine*.

⁴⁰³ *ibid.*

⁴⁰⁴ L. GODON, *Les obligations des associés*, Thèse, 1999, Economica.

⁴⁰⁵ L. GODON, *op. cit.* : il s'agit de l'obligation de demander l'agrément, l'obligation de « *parfaire* » l'apport, et des obligations propres aux actionnaires des sociétés cotées.

⁴⁰⁶ L. GODON, *op. cit.* : il s'agit notamment des conventions de vote, des conventions de financement complémentaire, des clauses de répartition des pertes sociales, des obligations persistantes après le départ de l'associé (non-concurrence, garantie de passif).

⁴⁰⁷ Th. de RAVEL D'ESCLAPON, « Dissolution », *Répertoire des sociétés*, janv. 2022, mis à jour oct. 2023, Dalloz, n°83 ; J. HEINICH, *Droit des sociétés*, 1ère éd., 2023, LGDJ, n°600, p. 385 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°780, p. 309 ; Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 27ème éd., 2023/2024, Dalloz, n°137, p. 160.

⁴⁰⁸ Cass. com., 3 mai 2018, n°15-23.456, cité par J. HEINICH, *op. cit.*, *loc. cit.*, 1ère éd., 2023, LGDJ, n°600, p. 385, note 7 et Th. de RAVEL D'ESCLAPON, *op. cit.*, n°84.

fonctionnement social est une « *condition commune aux deux exemples cités par le texte* »⁴⁰⁹. Cette interprétation va certes à l'encontre de la syntaxe du texte, elle « *prend des libertés avec le texte en lui faisant dire ce qu'il n'écrit pas exactement* »⁴¹⁰, mais elle est utile voire nécessaire : on pourrait en ce domaine espérer une suppression de la virgule entre les deux exemples. On distinguera suivant que l'inexécution est la cause du sommeil (1°) ou qu'elle en est la conséquence (2°).

1° L'inexécution comme cause du sommeil

160. L'indépendance entre juste motif et sommeil. Lorsqu'un associé n'exécute pas une ou plusieurs de ses obligations, en paralysant ainsi le fonctionnement social, cela se traduira fréquemment par une mise en sommeil. Ce n'est toutefois pas le sommeil qui sera directement le juste motif de dissolution : c'est au contraire le juste motif de dissolution, caractérisé en tant que tel, qui produira le sommeil. En raisonnant chronologiquement, le juste motif de dissolution précède le sommeil. Deux exemples de causes de sommeil étant simultanément des inexécutions d'obligations par des associés (et donc des justes motifs de dissolution) peuvent être donnés : le défaut d'apport en industrie et le manquement au devoir général de bonne foi.

161. Le défaut d'apport en industrie. L'exemple typique est celui de l'associé qui n'apporte pas ou n'apporte plus son industrie⁴¹¹ à la société. L'apport en industrie est le « *talent [mis] à la disposition de la société* »⁴¹², c'est l'apport de travail⁴¹³ ; autrement dit, il s'agit de « *l'engagement pris par l'associé de consacrer tout ou partie de son activité aux affaires sociales et de mettre à la disposition de la société ses connaissances professionnelles* »⁴¹⁴. Si le talent de l'associé est absolument nécessaire au fonctionnement de la société, que l'entreprise repose sur son travail, alors s'il cesse d'apporter son industrie, la société sera nécessairement mise en sommeil. Or cette mise en sommeil aura été causée par l'inexécution de l'obligation d'un associé. Dans ce cas, le juste motif sera caractérisé, mais ce ne sera pas directement le sommeil.

⁴⁰⁹ J. HEINICH, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴¹⁰ Th. de RAVEL D'ESCLAPON, *op. cit.*, n°84.

⁴¹¹ Th. de RAVEL D'ESCLAPON, *op. cit.*, n°83, citant J.-Cl. Sociétés Traité, fasc. 30-10, n°97.

⁴¹² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°224, p. 79.

⁴¹³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.* : L'*affectio societatis* et l'absence de lien de subordination permettent de faire la distinction avec le contrat de travail.

⁴¹⁴ A. LECOURT, « Apport », *Répertoire des sociétés*, janv. 2024, Dalloz, n°623.

162. Le manquement au devoir général de bonne foi. Lorsque l'associé, animé par une intention malveillante, entrave le bon fonctionnement de la société, son action ou son inaction peuvent conduire la société au sommeil. Cela pourrait être le cas d'un associé qui omet de notifier son retrait à la gérance, et qui reprend les apports qu'il a réalisés en nature : le juste motif de dissolution est ici caractérisé⁴¹⁵. Cette situation aurait pu conduire au sommeil de la société, car la société perd des biens apportés en nature et la gérance peut se trouver déstabilisée.

2° L'inexécution comme conséquence du sommeil

163. Découragement ou coup de grâce ? Pour une quelconque raison, la société est mise en sommeil. Cette mise en sommeil peut conduire un associé à ne pas exécuter ses obligations : l'associé peut se trouver simplement démotivé, ou bien il peut vouloir donner le coup de grâce à la société qui vitote encore par son sommeil. Les illustrations sont les mêmes que ci-dessus : l'associé démotivé cessera d'apporter son industrie, et l'associé malveillant manquera à son devoir général de bonne foi. Chronologiquement, c'est le sommeil qui précède le juste motif de dissolution, il vient le provoquer. Mais là encore, sommeil et juste motif sont indépendants, bien qu'ils soient intrinsèquement liés.

Pouvant être la cause ou la conséquence de l'inexécution, le sommeil pourra, de la même manière, être la cause ou la conséquence de la mésestente paralysant le fonctionnement de la société.

B. La mésestente entre associés paralysant le fonctionnement de la société

164. La définition de la mésestente. Longtemps assimilée à une disparition de l'*affectio societatis*⁴¹⁶, qui est « *l'intention de collaborer sur un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune* »⁴¹⁷, la mésestente entre associés est à la fois plus et moins que cela. Plus, car la jurisprudence exige que la société soit réellement paralysée par la mésestente⁴¹⁸,

⁴¹⁵ CA Besançon, 2 mars 2004, RG n°02/01258, cité par Th. de RAVEL D'ESCLAPON, *op. cit.*, n°83.

⁴¹⁶ Th. de RAVEL D'ESCLAPON, « Dissolution », *Répertoire des sociétés*, janv. 2022, mis à jour oct. 2023, Dalloz, n°86 et s. ; H. MATSOPOULOU, « La dissolution pour mésestente entre associés », *Rev. sociétés*, 1998, p. 21, n°8.

⁴¹⁷ Cass. 1ère civ., 20 janv. 2010, n°08-13.200. Sur l'*affectio societatis* dans la société en sommeil, voir *infra*, n°286 et s.

⁴¹⁸ Cass. ch. mixte, 16 déc. 2005, n°04-10.986, cité par J. HEINICH, *Droit des sociétés*, 1ère éd., 2023, LGDJ, n°601, p. 385 ; Cass. 1ère civ., 6 sept. 2011, n°10-23.511 : cette paralysie peut par exemple se manifester en cas de blocs égalitaires empêchant la prise des décisions sociales.

conformément au texte, la seule disparition de l'*affectio societatis* étant insuffisante⁴¹⁹. Moins, car la mésentente paralysant le fonctionnement de la société pourrait être caractérisée sans disparition de l'*affectio societatis* : les associés veulent rester en société, ils veulent collaborer en vue du succès de l'entreprise, mais n'y parviennent plus en raison de leurs dissensions⁴²⁰. Il faut également noter que, même en cas de mésentente paralysant le fonctionnement de la société, la dissolution ne sera pas prononcée lorsque l'associé qui la demande est à l'origine de la mésentente⁴²¹. En ce domaine, la mésentente peut être une cause (1°) ou une conséquence (2°) du sommeil de la société.

1° La mésentente comme cause du sommeil

165. La mésentente entre les associés paralysant le fonctionnement de la société conduira nécessairement à une cessation d'activité. Si l'activité ne cesse pas rapidement après cette mésentente, car la gestion courante continue d'être assurée malgré tout, elle ne pourra évidemment pas subsister éternellement dans des conditions où règne le désaccord entre associés⁴²².

2° La mésentente comme conséquence du sommeil

166. La mise en sommeil peut être à l'origine de la mésentente paralysant le fonctionnement de la société, spécialement lorsqu'elle découle d'une faute⁴²³. De manière plus générale, la mise en sommeil de la société est un événement social d'importance. Comme pour tout événement, les associés pourront être en désaccord sur la réponse qu'il faut y apporter : doit-on maintenir la société en sommeil, doit-on la dissoudre ou doit-on au contraire la réveiller ? Les décisions projetées pourront être divergentes, de sorte que cette mésentente entre associés empêchera toute possibilité de réveil de la société, c'est-à-dire que la mésentente paralysera tout fonctionnement ultérieur de la société.

⁴¹⁹ Cass. 3ème civ., 16 mars 2011, n°10-15.549, cité par J. HEINICH, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴²⁰ CA Paris, 3 mars 1995.

⁴²¹ Cass. com., 16 juin 1992, n°90-18.441, cité par J. HEINICH, *op. cit.*, *loc. cit.*, CA Bordeaux, 10 janv. 2023, n°22/01177.

⁴²² Voir par ex. CA Montpellier, 1 avr. 2014, n° 12/08928 : L'appelant faisait valoir que : « suite à une mésentente entre les deux associés, la société V. V. a été mise en sommeil à compter de janvier 2010, puis il a déclaré son état de cessation des paiements ».

⁴²³ Voir par ex. CA Aix-en-Provence, 16 janv. 2009, n°08/12990 : En l'espèce, la cessation de travail fautive de l'homme-clé avait conduit au sommeil de la société. Cette cessation fautive avait provoqué une mésentente entre les associés, et par conséquent la dissolution pouvait être prononcée.

167. Conclusion de la section. Par principe, le sommeil en tant que tel n'est pas considéré par la jurisprudence comme un juste motif de dissolution, sauf si le sommeil dénote une impossibilité de fonctionnement normal. Cette position est critiquable car, d'une part, elle découle d'un ajout d'une condition à l'article 1844-7, 5° du Code civil, et car, d'autre part, elle est excessivement stricte d'un point de vue factuel. Pour répondre à la critique juridique, une nouvelle rédaction de l'article précité a été proposée, pour le mettre en accord avec l'exigence cohérente de la jurisprudence d'impossibilité de fonctionnement normal pour prononcer la dissolution pour justes motifs. Pour répondre à la critique factuelle, un assouplissement dans l'appréciation jurisprudentielle a été suggéré.

Bien que le sommeil *per se* ne soit pas normalement un juste motif de dissolution, il entretient des relations ténues avec les exemples de justes motifs de l'article 1844-7, 5° : il est très souvent une cause ou une conséquence de l'inexécution de ses obligations par un associé ou de la mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

168. Conclusion du chapitre. La société en sommeil intègre le royaume de Morphée et d'Hypnos, mais l'accès au royaume d'Hadès lui est le plus souvent refusé. La voie de la dissolution dans le cas d'une société inactive est en effet très étroite. Alors que celle-ci n'a plus d'objet réel, elle ne perd pas pour autant son objet statutaire, qui n'est ni réalisé ni éteint, sauf exceptions ; en général, la dissolution sur le fondement de l'article 1844-7, 2° n'est donc pas encourue en raison du sommeil. Pour ce qui concerne la dissolution sur le fondement de l'article 1844-7, 5°, la situation est binaire : le sommeil *per se* n'est pas un juste motif de dissolution, mais il est fréquent que ses marges, c'est-à-dire une de ses causes ou une de ses conséquences, rentrent dans le cadre des exemples donnés par le texte.

Ainsi, le sommeil n'entraîne que parfois la dissolution ; à l'inverse, le sommeil est systématiquement une cause de radiation de la société du RCS dès lors qu'il excède une certaine durée. La mort juridique n'est donc pas systématique, mais la mort administrative est fréquente.

Chapitre 2

LA NÉCESSITÉ DISCUTÉE DE RADIATION DE LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL

169. La confusion entre mise en sommeil et inscription modificative. Lorsqu'un entrepreneur modeste envisage la mise en sommeil de sa société, son premier réflexe est la recherche Internet. Lui qui n'a pas forcément les moyens de s'offrir des conseils juridiques va souvent s'en remettre aux moteurs de recherche, et espérer tomber sur des informations fiables. Fort heureusement, dans le domaine de la mise en sommeil, les sites qui apparaissent en premier sont normalement dignes de confiance⁴²⁴.

Ces sites ont le mérite de fournir des explications claires et bien présentées, mais ils véhiculent tous des approximations concernant le sommeil de la société. Ces approximations découlent toutes du fait qu'ils réalisent une confusion entre le sommeil de la société (qui est une situation de fait, dans laquelle la société n'a plus d'activité) et la demande d'une mention au registre d'une d'inscription modificative de la cessation d'activité (qui est une formalité administrative prévue par C. com., art. R. 123-66 et art. R. 123-69, 1° et 2°). La société peut donc être en sommeil sans que la formalité administrative ne soit réalisée, et inversement, la société ne sera pas en sommeil si elle poursuit une activité malgré la réalisation de l'inscription modificative.

Cette confusion terminologique est certes frustrante d'un point de vue doctrinal, mais elle entraîne surtout une présentation imprécise du régime juridique de la société en sommeil, ce qui peut s'avérer grave pour l'entrepreneur dont la source principale de conseils juridiques est constituée de sites internet réputés fiables.

⁴²⁴ Site de l'Etat : <https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F37362> ; Site de la Banque Publique d'Investissement (BPI) : <https://bpifrance-creation.fr/encyclopedie/gerer-piloter-lentreprise/fermer-lentreprise/cessation-temporaire-dactivite-ou-mise> ; Site de la Chambre du commerce et de l'industrie (CCI) : <https://www.entreprises.cci-paris-idf.fr/web/reglementation/developpement-entreprise/droit-affaires/quelles-sont-regles-mise-sommeil-societe>.

170. En tout état de cause, cette partie « administrative », reposant sur quelques articles réglementaires du Code de commerce, est le seul « régime » à proprement parler de la société en sommeil. Celui-ci n'est ni très développé, ni très clair, bien qu'il soit protecteur pour les sociétés, spécialement grâce au maintien de leur personnalité morale, et également pour les tiers (**Section 1**). A ces caractères illisible mais protecteur s'ajoute son aspect illogique, ce qui conduira à quelques propositions de modifications (**Section 2**).

Section 1.

Un régime illisible mais protecteur

171. Des dispositions tentaculaires et à la rédaction insatisfaisante. C'est en matière de radiation de la société en raison de sa cessation d'activité que le législateur a prévu les dispositions les plus nombreuses et les plus détaillées. Contenus dans la partie réglementaire du Code de commerce, ces textes agissent comme une toile d'araignée : une fois que le lecteur s'y plonge, il n'arrive plus à en ressortir avec l'esprit clair. D'une part, la rédaction des textes est de facture médiocre (mauvaises articulations entre les dispositions, dispositions sujettes à interprétation). D'autre part, les différents articles propres à la cessation d'activité ne sont pas contenus dans une seule partie, mais apparaissent au contraire ponctuellement, sans cohérence d'ensemble, au sein de la section réservée au « *registre du commerce et des sociétés* » (C. com., art. R. 123-31 à R. 123-171-1), ce qui nuit profondément à la compréhension du régime. Par conséquent, une tentative de rationalisation de ce dernier est nécessaire (§1). Après la présentation du régime, il conviendra d'en détailler les effets *a priori* protecteurs, à l'égard de la société et des tiers (§2).

§1. La tentative de rationalisation du régime

172. Obligation d'inscription modificative. Depuis le décret du 2 juillet 1998⁴²⁵, codifié en 2007⁴²⁶, toute société mise en sommeil est tenue de demander une inscription modificative au registre mentionnant le fait qu'elle a cessé tout ou une partie de son activité, « *dans le ressort du tribunal de l'immatriculation principale* » (C. com., art. R. 123-69, 1°). La

⁴²⁵ « Société en sommeil », *Fiches d'orientation*, Août 2022, Dalloz.

⁴²⁶ Décret n°2007-431, 25 mars 2007.

société dispose d'un délai d'un mois à compter du sommeil pour remplir cette obligation (C. com., art. R. 123-66), qui s'applique également en cas de cessation d'activité totale ou partielle d'un établissement, « *dans le ressort du tribunal d'une immatriculation secondaire* » (même article, 2°). A défaut de respecter cette obligation, « *la radiation de l'immatriculation principale [des personnes morales non-dissoutes] est demandée dans le mois de la cessation d'activité dans le ressort du tribunal* » (C. com., art. R. 123-75, al. 2) : le texte n'est pas clair, car il n'indique pas qui doit demander cette radiation. Cette obligation s'applique même à défaut de dissolution (C. com., art. R. 123-69, 1°).

Si la société ne demande pas d'inscription modificative mentionnant sa cessation d'activité, alors le greffier peut lui rappeler par lettre recommandée avec demande d'avis de réception « *ses obligations déclaratives* », dès lors qu'il a connaissance du sommeil de la société par quelque manière que ce soit (C. com., art. R. 123-125). Si la lettre recommandée avec avis de réception est retournée en mentionnant l'absence de la personne à l'adresse, alors le greffier « *porte la mention de la cessation d'activité sur le registre* » (même article).

173. Radiation d'office. Cette situation de cessation d'activité, même mentionnée au registre, est considérée comme anormale : si la société n'a pas réalisé de nouvelle inscription modificative mentionnant une reprise de l'activité dans un délai de deux ans, alors le greffier « *qui a procédé à l'immatriculation principale* » peut radier la société en sommeil « *après en avoir informé la personne morale par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à son siège social* » (C. com., art. R. 123-130, al. 1er). Cette radiation devra être portée à la connaissance du ministère public (même article, al. 2). Lorsque le greffier a en outre porté au registre une mention de cessation d'activité en application de l'article R. 123-125 précité, la personne morale peut régulariser sa situation : si elle ne l'a cependant pas fait dans un délai de trois mois à compter de l'inscription de cette mention, alors le greffier procède à la radiation d'office de la personne morale (C. com., art. R. 123-136).

174. Radiation discrétionnaire ? Le texte offre la possibilité au greffier de procéder à la radiation (« *il peut procéder* »). Cette possibilité est-elle discrétionnaire ? Avant une réforme en date du 1er septembre 2012, le greffier était tenu de saisir « *le juge commis à la surveillance du registre, aux fins d'examen de l'opportunité d'une radiation* » (C. com., art. R. 123-130, al. 1er, anc.). Le texte n'exige plus cette procédure, c'est pourquoi le greffier est désormais seul maître à bord en ce qui concerne la radiation. Cependant, le texte pose une condition : la personne morale doit pouvoir « *faire l'objet d'une dissolution* ». Deux

interprétations peuvent être faites de cette condition. Selon une première interprétation, la personne morale doit, en raison de sa nature, pouvoir être dissoute : cela pose la question de savoir s'il existe des personnes morales qui ne peuvent pas être dissoutes (hormis l'Etat, quelles sont-elles ?). Selon une seconde interprétation, la personne morale doit remplir les conditions de la dissolution pour que le greffier puisse procéder à la radiation : cette interprétation est problématique, car la dissolution n'est que rarement possible dans le cas d'une société en sommeil, c'est pourquoi elle priverait en grande partie le texte de sa finalité, qui est de permettre la radiation des sociétés en sommeil. Par conséquent, c'est la première interprétation qui mérite d'être retenue, mais elle reste absurde : cette condition mérite simplement d'être supprimée.

Les textes sur la radiation font en fait la distinction entre personnes morales qui peuvent être dissoutes et celles qui ne le peuvent pas (quelles sont-elles ?), pour lesquelles le délai d'inactivité après lequel la radiation peut intervenir est d'un an au lieu de deux. L'interprétation retenue est ainsi corroborée par l'article R. 123-129, 2° selon lequel : « *Est radié d'office tout commerçant ou personne morale : [...] 2° Au terme du délai d'un an après la mention au registre de la cessation totale de son activité, sauf en ce qui concerne les personnes morales pouvant faire l'objet d'une dissolution* ».

175. Possibilité de régularisation. Lorsque le greffier a radié la société en sommeil, celle-ci peut régulariser sa situation, et lui demander de « *rapporter* » la radiation (C. com., art. R. 123-138, al. 1er). Cela signifie que la société en sommeil, après sa radiation, devra avoir été réactivée, et devra avoir demandé la mention d'une inscription modificative de reprise d'activité. A compter de la demande de régularisation, le greffier a un délai de quinze jours, soit pour accéder à la demande en rapportant la radiation, soit pour refuser de manière motivée le rapport⁴²⁷ (C. com., art. R. 123-138, al. 2). En cas de refus ou d'absence de réponse du greffier, le demandeur peut saisir « *le juge commis à la surveillance du registre* », dans un délai de quinze jours (C. com., art. R. 123-138, al. 3).

§2. Les effets *a priori* protecteurs du régime

176. Le régime ci-dessus exposé a des vertus protectrices pour la société (A), mais également pour les tiers (B), bien que la protection offerte à ces derniers soit imparfaite.

⁴²⁷ Remis au demandeur contre récépissé ou lui étant adressé par LRAR (C. com., R. 123-138, al. 2 *in fine*).

A. A l'égard de la société

177. Absence d'effet sur la personnalité morale. La radiation d'office n'est finalement qu'une mesure de pure forme, c'est « *une mesure strictement administrative et surtout réversible, sans effet sur la personnalité morale* »⁴²⁸. Il est en effet de jurisprudence constante que la radiation n'entraîne pas la perte de la personnalité morale de la société⁴²⁹. Il s'agit d'une application de « *l'un des principes fondamentaux du droit des sociétés* »⁴³⁰, suivant lequel la personnalité morale de la société « *subsiste pour les besoins de la liquidation* » jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci (C. com., art. L. 237-2 et C. civ., art. 1844-8, al. 3). Il faut noter que la jurisprudence a étendu la survie de la personnalité morale au-delà même de la clôture de la liquidation, « *tant que subsistent des droits et obligations à caractère social* »⁴³¹, à condition qu'ils soient antérieurs à la liquidation. Il a été précisé qu'en cas d'action *ut singuli* engagée à l'encontre de la société par un associé postérieurement à la clôture des opérations de liquidation, un administrateur *ad hoc* doit obligatoirement être nommé pour représenter la société⁴³² ; à défaut, l'action doit être déclarée irrecevable⁴³³ (solution conforme à C. com., art. R. 223-32 al. 1er⁴³⁴ dans le cadre des SARL). Cette extension de la personnalité morale va cependant à l'encontre de la lettre du texte de l'article L. 237-2 al. 2 du Code de commerce et est une source d'insécurité juridique⁴³⁵, mais présente l'avantage d'éviter des clôtures intempestives dans le but de fuir les dettes.

Pour en revenir à la question de la radiation, celle-ci n'a pas pour effet d'entraîner la dissolution et la liquidation de la société, de sorte que sa personnalité morale est maintenue. La solution est juridiquement exacte, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, aucun texte ne fait le lien entre la radiation et la perte de la personnalité morale, qui doivent donc rester autonomes. La radiation n'étant pas la clôture de la liquidation, elle ne peut remettre en cause

⁴²⁸ A. LECOURT, « Survie de la personnalité morale en dépit de sa radiation au RCS et appel d'une décision », *RTD Com.*, 2023, p. 886, note sous Cass. com., 20 sept. 2023, n° 21-14.252.

⁴²⁹ CA Paris, 13 sept. 1994 ; Cass. com., 20 févr. 2001, n°98-16.842 ; Cass. com., 24 juin 2020, n°18-14.248, F-D, note B. SAINTOURENS, « La disparition d'une société : principe et conséquences pratiques », *BJS*, oct. 2020, p. 27 et note M. BUCHBERGER, « Radiation d'une société au RCS : aucun effet sur la personnalité morale ni sur les fonctions du dirigeant », *Gaz. Pal.*, n°44, 15 déc. 2020, p. 63 ; Cass. com., 20 sept. 2023, n° 21-14.252, note A. LECOURT, « Survie de la personnalité morale en dépit de sa radiation au RCS et appel d'une décision », *RTD Com.*, 2023, p. 886.

⁴³⁰ A. LECOURT, note préc.

⁴³¹ Cass. com., 15 mai 2018, n°16-16.498, cité par M. BUCHBERGER, note préc.

⁴³² CA Paris, 29 févr. 2024, n°22/08741, note Th. FAVARIO, *BJS*, mai 2024, n°05, p. 28.

⁴³³ Cass. crim., 13 sept. 2006, n° 05-85.083, cité par Th. FAVARIO, art. préc.

⁴³⁴ « Lorsque l'action sociale est intentée par un ou plusieurs associés, agissant soit individuellement, soit dans les conditions prévues à l'article R. 223-31, le tribunal ne peut statuer que si la société a été régulièrement mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux. »

⁴³⁵ J. HEINICH, « Où finit la société ? : l'extensible maintien de la personnalité morale de la société dissoute et radiée », *BJS*, déc. 2023, p. 4, n°6 et 7, note sous Cass. com., 20 sept. 2023, n° 21-14.252.

la personnalité morale (C. com., art. L. 237-2 et C. civ., art. 1844-8, al. 3). En outre, les textes concernant la radiation font la distinction entre personnes pouvant être dissoutes et celles ne le pouvant pas (C. com., art. R. 123-129, 2° et art. R. 123-130) : la radiation est donc détachée de la dissolution, qui est autre chose. Deuxièmement, la société radiée dispose de la possibilité de régulariser sa situation, et elle peut saisir le juge en cas de refus du greffier : or la capacité d'ester en justice est un attribut de la personnalité juridique⁴³⁶.

178. La protection de la société. Le régime prévu en matière de radiation pour cessation d'activité est très favorable à la société : celle-ci peut rester immatriculée pendant une durée de deux ans au registre malgré sa mise en sommeil et le greffier est tenu de remplir de nombreuses obligations d'information. La radiation n'est en outre pas automatique, car le greffier a la faculté de la prononcer ou non. Enfin, la société a la possibilité de régulariser sa situation à la suite de sa radiation, et donc d'être immatriculée à nouveau. Autrement dit, la procédure de radiation est lourde : elle suppose plusieurs étapes, et elle n'advient qu'après une certaine période. Même lorsque la radiation est prononcée, elle n'est pas irrémédiable. Le régime de la radiation fait donc tout pour ramener la brebis égarée qu'est la société dans l'enclos du registre.

En outre, la radiation a en elle-même des effets limités, car même lorsqu'elle intervient, c'est-à-dire dès lors que la société est privée de son immatriculation, cela n'a pas pour effet la perte de la personnalité morale. Il s'agit évidemment là d'une mesure de protection de la société, qui est maintenue en tant que personne.

179. Le maintien du dirigeant. Puisque la personnalité morale de la société est maintenue, la cessation d'activité et la radiation ne font pas perdre au dirigeant de la société sa qualité⁴³⁷ : aussi longtemps que « *la société conserve sa personnalité morale, elle se doit d'avoir un gérant, requis en sa qualité de représentant légal de la société* »⁴³⁸. Cette solution se déduit dans les SARL de l'article L. 223-18 du Code de commerce, suivant lequel le gérant est nommé pour la durée de la société, sauf clause statutaire contraire. Elle peut d'ailleurs être étendue à tout type de société : la cessation des fonctions du dirigeant n'est en principe pas encourue en raison de la cessation d'activité de la société. Les statuts pourraient toutefois

⁴³⁶ G. MAUGAIN, « Actes de procédure – Conditions de fond », *Répertoire de procédure civile*, avr. 2022, mis à jour févr. 2024, n°13.

⁴³⁷ M. BUCHBERGER, note préc., n°2, sous Cass. com., 24 juin 2020, n°18-14.248, F-D ; Cass. com., 4 mars 2020, n°19-10.501.

⁴³⁸ B. SAINTOURENS, « La disparition d'une société : principe et conséquences pratiques », *BJS*, oct. 2020, p. 27, I, note sous Cass. com., 24 juin 2020, n°18-14.248, F-D.

prévoir une solution inverse, mais en ce cas, un autre dirigeant devrait être trouvé, qui occupera des fonctions dans un « *contexte tout de même singulier* »⁴³⁹. Ce « *malheureux désigné volontaire* »⁴⁴⁰ procédera certainement à la dissolution de la société, ce qui conduira à sa liquidation et à la perte de sa personnalité morale, pour éviter des poursuites pour « *non-respect des règles relatives au régime juridique de la société concernée* »⁴⁴¹.

180. L'obligation de dépôt des comptes. La société en sommeil n'ayant plus d'activité, pourquoi exiger le dépôt des comptes sociaux annuels ? « *Les comptes n'auraient aucun fondement, sans activité commerciale* »⁴⁴², c'est une approche de « *bon sens* »⁴⁴³. Cependant, l'obligation de dépôt des comptes persiste malgré le sommeil⁴⁴⁴, au regard d'un argument textuel : l'obligation de déposer des comptes sociaux annuels pèse en effet sur « *toute société* » (C. com., art. L. 232-22 pour les SARL et art. L. 232-23 pour les sociétés par actions), qu'elle soit ou non en sommeil, l'obligation de publier les comptes étant en effet liée à la personnalité morale⁴⁴⁵. Cette publication a pour vertu de fournir une information aux créanciers de la société et aux autres tiers, ce qui permettrait à ces derniers le cas échéant de prendre des « *mesures, conservatoires ou non, de leurs droits et intérêts* »⁴⁴⁶.

L'obligation de dépôt des comptes peut cependant être allégée pour les très petites entreprises en sommeil n'employant pas de salariés, à la condition d'avoir demandé une inscription modificative au registre du commerce et des sociétés. S'il s'agit d'une société en sommeil, elle n'est obligée d'établir qu'un bilan abrégé et un compte de résultat abrégé (C. com., art. L. 123-28-2). S'il s'agit d'un entrepreneur personne physique en sommeil, il est totalement dispensé d'établir un bilan et un compte de résultat (C. com., art. L. 123-28-1). Cette mesure a été introduite par la loi dite « Macron » pour la croissance, l'activité, et l'égalité des chances économiques, pour réduire les contraintes pesant sur les entreprises modestes. En tout cas, outre la protection de la société, le régime est censé protéger les tiers, mais il présente en ce domaine des lacunes.

⁴³⁹ *ibid.*

⁴⁴⁰ *ibid.*

⁴⁴¹ *ibid.*

⁴⁴² CA Chambéry, 25 janv. 2018, cassé et annulé par Cass. com., 24 juin 2020, préc.

⁴⁴³ B. SAINTOURENS, note préc., sous Cass. com., 24 juin 2020, préc.

⁴⁴⁴ Cass. com., 24 juin 2020, préc.

⁴⁴⁵ B. SAINTOURENS, note préc.

⁴⁴⁶ *ibid.*

B. A l'égard des tiers

181. La protection des tiers par les inscriptions modificatives. Ces demandes d'inscriptions modificatives au RCS ont pour but l'information des tiers : les tiers doivent pouvoir connaître la situation de sommeil des sociétés, pour qu'ils « *ne se laissent abuser par l'immatriculation d'une société en sommeil et dont la vie comme la localisation sont devenues incertaines* »⁴⁴⁷. Entamer une relation commerciale avec une société en sommeil est en effet risqué, car il n'est pas certain qu'une telle relation s'avère durable, d'autant plus que la société en sommeil est parfois le berceau de pratiques peu recommandables. De même, l'information de la cessation d'activité pourra permettre aux tiers engagés de rechercher des nouveaux débouchés promptement, en évitant les répercussions négatives du sommeil sur sa propre activité.

182. La protection relative des tiers par l'opposabilité de la société. Cette protection offerte aux tiers mérite cependant d'être fortement nuancée. Si la société en sommeil est radiée du RCS, alors aux yeux des tiers, elle n'existe plus. Mais en raison du maintien de sa personnalité morale, la société restera pleinement opposable aux tiers, potentiellement pour une durée indéfinie⁴⁴⁸. Malgré toute leur bonne foi, les tiers pourront être surpris d'apprendre qu'une société inexistante au RCS existe pourtant bel et bien dans l'ordre juridique.

Cette surprise pourra cependant parfois être positive : la personnalité morale étant maintenue jusqu'à l'expiration des droits et obligations à caractère social antérieurs à la liquidation, les créanciers pourront toujours espérer être désintéressés auprès de la société. C'est par exemple le cas de l'administration fiscale, qui doit pouvoir vérifier les déclarations de la société radiée et dissoute, et « *rétablir le cas échéant les omissions ou insuffisances en notifiant à la société dissoute les redressements envisagés* »⁴⁴⁹. Une notification de redressement qui serait postérieure à la clôture de la liquidation est donc possible⁴⁵⁰.

183. Conclusion de la section. La cessation d'activité de la société entraîne des conséquences au niveau du RCS. Ainsi, toute société mise en sommeil doit demander une

⁴⁴⁷ J.-F. BARBIÈRI, « Atonie de l'activité sociale et contraintes fonctionnelles : à propos de la mise en sommeil des sociétés », note sous CA Paris, 19 févr. 2007, n°06/09065, *BJS*, févr. 2008, p. 92.

⁴⁴⁸ M. BUCHBERGER, « Radiation d'une société au RCS : aucun effet sur la personnalité morale ni sur les fonctions du dirigeant », *Gaz. Pal.*, n°44, 15 déc. 2020, p. 63

⁴⁴⁹ Exemple donné par A. LECOURT, « Survie de la personnalité morale en dépit de sa radiation au RCS et appel d'une décision », *RTD Com.*, 2023, p. 886, note sous Cass. com., 20 sept. 2023, n° 21-14.252.

⁴⁵⁰ CAA Nancy, 23 nov. 1993, cité par A. LECOURT, art. préc., note 8.

inscription modificative au registre mentionnant la cessation d'activité ; si la société n'a pas repris d'activité dans un délai de deux ans, alors elle encourt la radiation. La radiation est une faculté du greffier, qui semble être discrétionnaire, étant entendu qu'une procédure de régularisation est prévue. Mais la radiation n'entraîne pas la perte de la personnalité morale de la société : le dirigeant de la société est maintenu, et la société doit en principe respecter ses obligations comptables en dépit du sommeil. Ainsi, la société reste pleinement opposable aux tiers, mais eux-mêmes pourront le cas échéant espérer être désintéressés auprès de la société. Le régime a donc indéniablement des vertus, bien qu'il soit d'une piètre qualité. Mais outre son aspect illisible, le régime est également par certains aspects illogique.

Section 2.

Un régime illogique

184. Après avoir mis en évidence l'asymétrie du régime de l'acquisition et de la perte de la personnalité morale par rapport à l'immatriculation et à la radiation au RCS (§1), la nécessité de l'élaboration d'un régime renouvelé sera exposée, avec quelques propositions de modifications formelles et substantielles (§2).

§1. Le caractère asymétrique du régime

185. Séparation entre la société et sa personnalité morale. L'existence de la société et l'existence de la personnalité morale de la société, de manière quelque peu contre-intuitive, ne sont pas indéfectiblement liées. Il est de principe qu'une société peut exister sans la personnalité morale⁴⁵¹. Mais réciproquement, peut-on dire que la personnalité morale peut exister sans la société ? La réponse doit être affirmative, car la société « *prend fin* » en raison de la dissolution (C. civ., art. 1844-7), alors que le principe est la survie de la personnalité morale « *pour les besoins de la liquidation* » jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci (C. com., art. L. 237-2 et C. civ., art. 1844-8, al. 3), et même au-delà lorsque persistent des droits et obligations à caractère social. Ainsi, lorsque la société est dissoute, elle perd la qualité de société, mais peut laisser subsister, tel un fantôme, une personnalité morale

⁴⁵¹ Il s'agit des sociétés en participation et des sociétés créées ou devenues de fait.

flottante. Cela conduirait à considérer que la personnalité morale peut ne jamais prendre fin. Pour rendre acceptable ces solutions, il faudrait plutôt considérer que la personnalité morale est alors potentielle : elle n'existe plus, jusqu'à ce que son existence soit nécessitée par la résurgence de droits et obligations à caractère social. Conceptuellement, ces observations conduisent à une conclusion déroutante : la société et sa personnalité morale doivent être séparées, ce sont deux concepts frères mais qui ne se confondent pas. En quelque sorte, la société a un corps (la société en tant que structure sociale) et un esprit (la personnalité morale en tant que telle).

186. Société et personnalité morale : des confins différents. Cette dissonance ayant été posée, on peut dès lors observer qu'une symétrie existe entre la naissance et la mort de la société, respectivement liées à la signature des statuts entre les associés et à la dissolution décidée par les associés⁴⁵², mais ce n'est pas le cas pour l'acquisition et la perte de la personnalité morale⁴⁵³ de la société. « *Les dispositions légales n'instaurent aucun parallélisme des formes entre l'acquisition de la personnalité morale, liée à l'immatriculation au RCS, et la perte de cette personnalité, qui suppose la publication de la clôture de la liquidation* »⁴⁵⁴. La personnalité morale est donc acquise par l'immatriculation au RCS, mais elle est perdue lorsqu'est actée la liquidation de tous les droits et obligations à caractère social antérieurs à la liquidation.

187. Une « symétrisation » malvenue du régime. L'acquisition de la personnalité morale est donc bien maîtrisée : on sait comment et quand elle intervient, elle ne pose pas de problèmes. En revanche, la perte de la personnalité morale baigne dans le brouillard. Pourrait-on, dès lors, envisager une « symétrisation » du régime, grâce à laquelle l'acquisition et la perte de la personnalité seraient liées à l'immatriculation et à la désimmatriculation au RCS ? Bien que l'idée puisse sembler séduisante, elle se heurte à des limites pratiques. D'une part, le maintien de la personnalité morale jusqu'à la liquidation des droits et obligations à caractère social présente évidemment des vertus protectrices pour les créanciers, qui pourraient toujours poursuivre la société, même dissoute et liquidée. D'autre part, si l'on songe à mettre en place une désimmatriculation de la société lors de la réalisation de cette liquidation des droits et obligations à caractère social, et entraînant donc une perte de sa

⁴⁵² J. HEINICH, « Où finit la société ? : l'extensible maintien de la personnalité morale de la société dissoute et radiée », *BJS*, déc. 2023, p. 4, n°4, note sous Cass. com., 20 sept. 2023, n° 21-14.252.

⁴⁵³ *ibid.*

⁴⁵⁴ M. BUCHBERGER, note préc. sous Cass. com., 24 juin 2020, n°2.

personnalité morale, on ne fait que déplacer le problème : le moment précis où plus aucun droit ou obligation n'existe resterait de toute façon indéterminé.

En tout état de cause, ces développements mettent en évidence un régime peu clair de la radiation en cas de cessation d'activité spécifiquement, mais également un régime peu clair de la cessation d'activité en général.

§2. L'élaboration nécessaire d'un régime de la cessation d'activité

188. La nécessité d'un régime renouvelé. A l'issue de l'étude du régime de la radiation pour cause de cessation d'activité, le constat est sans appel : le tout est très illisible, en raison d'une rédaction manquant d'intelligence et d'un éclatement important des textes. Il n'est d'ailleurs pas anodin que d'éminents professeurs aient pu buter sur ces dispositions⁴⁵⁵. De manière évidente, le régime de la radiation pour cause de cessation d'activité mérite une réfection. Les propositions qui suivent sont fort modestes : par souci de synthèse, seules les modifications les plus évidentes et les plus faciles à mettre en place sont exposées.

189. La modification formelle : mettre fin à l'éclatement des dispositions. Ce nouveau régime devrait tout d'abord être inclus au sein d'une nouvelle division de la partie réglementaire du Code de commerce : la création d'une sous-section réunissant les dispositions propres à la radiation du fait de la cessation d'activité, au sein de la section « *Du registre du commerce et des sociétés* » (C. com., art. R. 123-31 à R. 123-171-1), est une nécessité pour remédier à l'éclatement des textes.

190. Les modifications substantielles. La première mesure substantielle souhaitable est une fusion entre les actuels articles R. 123-129, 2° et R. 123-130 du Code de commerce. La distinction entre personnes morales pouvant faire l'objet de dissolution et celles ne le pouvant pas est incompréhensible, et la différence de délai n'est aucunement justifiée. La radiation devrait ainsi intervenir de la même manière pour toutes les personnes morales en raison de la cessation d'activité.

Ensuite, on peut également prôner une disparition de la faculté accordée au greffier de procéder à la radiation en application de l'article R. 123-130 : le greffier aura l'obligation de

⁴⁵⁵ Voir les confusions de B. SAINTOURENS, « La disparition d'une société : principe et conséquences pratiques », *BJS*, oct. 2020, p. 27, I : l'auteur raisonne sur le fondement de C. com., art. R. 123-129, en se demandant comment la radiation a pu être prononcée sur ce fondement par le greffier dans l'espèce présentée, alors même qu'existe C. com., art. R. 123-130.

radier la société, aucune raison ne semble justifier de possibles différences de traitement entre sociétés en fonction de la qualité du greffier en cause. En tout cas, la possibilité de régularisation doit être maintenue.

En l'état actuel de l'étude, il ne semblerait pas raisonnable de préconiser une symétrisation entre acquisition et perte de la personnalité morale de la société en fonction de l'immatriculation ou de la radiation du RCS. Bien qu'un certain flou puisse entourer la perte de la personnalité morale de la société, les solutions actuelles ont des vertus protectrices évidentes.

191. Conclusion de la section. La société et sa personnalité morale sont liées, comme le corps et l'esprit, mais elles peuvent être autonomisées. Alors que les confins de la vie de la société sont clairement délimités, il n'en est pas de même des confins de la personnalité morale, dont l'avènement est attaché à l'immatriculation, et la disparition à la liquidation des droits et obligations à caractère social. Cette asymétrie a posé la question, rapidement écartée, de savoir s'il ne faudrait pas opter pour une symétrisation du régime (les confins de la personnalité morale seraient liés à l'immatriculation). Un régime nouveau de la radiation pour cessation d'activité mérite en tout état de cause d'être élaboré, avec des modifications formelle et substantielles.

192. Conclusion du chapitre. Une fois que le lecteur attentif est parvenu à déchiffrer le régime prévu en matière de radiation pour cessation d'activité, celui-ci s'avère relativement protecteur, aussi bien pour la société que pour les tiers. Même s'il ne respecte pas idéalement les standards de symétrie des « jardins à la française », il n'en reste pas moins globalement vertueux. Pour autant, cette première approche laudative ne doit pas occulter le fait que, par-delà leurs effets, les dispositions sont éclatées et très mal rédigées, ce qui semble malheureusement être l'apanage de la partie réglementaire du Code de commerce. L'élaboration d'un régime simplifié et rationalisé est donc une nécessité.

193. Conclusion du titre. La société qui s'endort sera-t-elle nécessairement frappée d'un sommeil éternel ? Est-elle une entité « *qui jalouse les tombes et les cendres* »⁴⁵⁶ ? La réponse de principe est à la fois négative et affirmative : la société n'est pas dissoute malgré son sommeil, mais elle est radiée. Dans ce cadre, la léthargie sociale ne sera qu'un « *repos*

⁴⁵⁶ J. SŁOWACKI, « Hymn », *Dzieła Juliusza Słowackiego (Oeuvres de Juliusz Słowacki)*, Tome 3, 1894.

tourmenté »⁴⁵⁷. Premièrement, la dissolution de la société en sommeil ne sera obtenue que très rarement pour extinction ou réalisation de l'objet social (C. civ., art. 1844-7, 2°), mais elle est plus fréquente sur le fondement de justes motifs (C. civ., art. 1844-7, 5°). Bien que le sommeil en soi n'ait pas été admis, de manière discutable, comme juste motif, l'inactivité sociale entretient des liens extrêmement ténus avec les exemples de justes motifs cités par le texte. Secondement, lorsque la société cesse son activité, une inscription modificative au registre doit être demandée : si la société n'est pas réactivée dans un délai de deux ans, elle sera radiée du registre, mais sa personnalité morale sera maintenue malgré la radiation. Ce régime de la radiation est hautement nébuleux et quelque peu illogique, mais reste protecteur.

194. Conclusion de la partie. Tout un chacun perçoit, à travers son expérience personnelle, à quel point le royaume des rêves et du sommeil peut être un terrain friable, sur lequel les certitudes sont rares. Dans le cadre de la société en sommeil, ce constat est d'autant plus vrai : on avance à travers des positions doctrinales, de simples pratiques et quelques arrêts. Qui plus est, les certitudes législatives sont très rares, ce qui fait que la figure de la société en sommeil est par nature rebelle à une systématisation aisée. Le lecteur aura sûrement noté des tâtonnements, des incertitudes, mais des critiques, aussi.

Il est indéniable que le droit français des sociétés souffre d'une lacune notable en ce qui concerne l'inactivité de la société. Le droit des sociétés a été conçu pour l'activité. Certes, il existe des dispositions ponctuelles qui concernent le sommeil en droit des procédures collectives ou en droit du travail, ainsi qu'un régime insatisfaisant de la radiation, mais il n'existe aucun régime unique de la cessation d'activité. Or les sociétés en sommeil sont une réalité des plus fréquentes, même si persistent des incertitudes quant à la définition précise de la cessation d'activité. Dans le silence du législateur, la pratique s'adonne à toutes les utilisations des sociétés en sommeil. De même, la survie de la société en sommeil est discutable, mais elle est le principe à défaut de solutions offertes par le législateur. Il semble en ce sens nécessaire d'élaborer un régime propre de la société en sommeil.

L'élaboration d'un tel régime est d'autant plus importante que, par-delà les hésitations propres à l'identification de la société en sommeil, de ses utilisations et de son maintien éventuel, la doctrine a pu s'interroger sur le bien-fondé de l'existence même de la personne morale qu'est la société en sommeil. Alors que la première partie avait pour objet l'étude des confins du sommeil de la société, la seconde partie aura pour point d'ancrage la personne

⁴⁵⁷ *ibid.*

même de la société en sommeil. Cette personne si particulière, à la fois vivante juridiquement mais morte économiquement, pourrait être un abus de la personnalité morale.

Seconde partie

LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL, UN ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE

195. « *Le sommeil de la raison engendre des monstres* »⁴⁵⁸ est une maxime des Lumières qu'il convient de ne pas ignorer. Si le droit des sociétés baisse la garde, si sa rigueur est engourdie, alors des chimères juridiques pourraient émerger. La société en sommeil, figure issue de la pratique des affaires, est-elle une telle atrocité ? Bien qu'elle semble tolérée par la loi et la jurisprudence, elle se trouve parfois vivement contestée en doctrine. Certains auteurs⁴⁵⁹ lui reprochent d'être un abus de la personnalité morale, qui est cependant une notion aux contours extrêmement flous. Après avoir tenté de cerner et de définir cette notion (**Titre 1**), on s'attachera à démontrer que la société en sommeil est souvent constitutive de ce type d'abus, bien que cela ne soit pas systématique (**Titre 2**).

⁴⁵⁸ F. DE GOYA Y LUCIENTES, « *El sueño de la razón produce monstruos* », *Los Caprichos*, Eau-forte, 1797-1799, 306 x 201 mm, Musée national du Prado, Madrid.

⁴⁵⁹ Pour une critique acerbe des sociétés en sommeil, assimilées systématiquement à un abus de la personnalité morale, voir P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978.

Titre I

LES DIFFICULTÉS

CONCEPTUELLES DE LA NOTION

D'ABUS DE LA PERSONNALITÉ

MORALE

196. L'abus de la personnalité morale est un concept théoriquement séduisant : l'abus évoque l'utilisation pathologique, tandis que la personnalité morale est une notion juridique qui passionne les juristes depuis des générations. L'alliage de ces deux métaux nobles fait cependant l'objet d'approches diverses : alors que certains sont pris d'un grand intérêt pour la notion, au point d'y consacrer des études⁴⁶⁰ ou même une thèse⁴⁶¹, d'autres critiquent son utilité même⁴⁶². Une brève étude de la notion est nécessaire pour mieux qualifier et critiquer une de ses potentielles manifestations : la société en sommeil. La nature juridique de l'abus de la personnalité morale pose cependant difficulté : est-il même possible d'abuser de la personnalité morale, et si c'est le cas, de quelle manière cet abus interagit-il avec les autres types d'abus qui existent en droit ? (**Chapitre 1**). Après avoir défini la nature juridique de l'abus de la personnalité morale, il conviendra d'en proposer une définition (**Chapitre 2**).

⁴⁶⁰ A. MAYMONT, H. CAUSSE, « L'abus de personnalité morale », *Journal des Sociétés*, n°86, avr. 2011, p. 35 et s.

⁴⁶¹ N.-F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1991.

⁴⁶² N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 2001, n°1144, p. 557 (version imprimée) ou n°1007, p. 602 (version numérique).

Chapitre 1

LA NATURE JURIDIQUE COMPLEXE DE L'ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE

197. Juridiquement, l'abus de la personnalité morale est une figure mal identifiée. Toute étude de cette notion suppose de définir de manière préliminaire d'une part la personnalité morale et d'autre part l'abus. A ce stade, on peut reprendre une définition fonctionnelle de la personnalité morale, que l'on précisera par la suite : il s'agit de la personnalité juridique des personnes morales⁴⁶³, c'est-à-dire le plus souvent de groupements. Or la personnalité est « *l'aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartient à toutes les personnes physiques, et dans des conditions différentes aux personnes morales* »⁴⁶⁴. L'abus peut quant à lui être défini simplement comme « *L'usage excessif d'une prérogative juridique* »⁴⁶⁵. Après avoir déterminé ce qu'est la personnalité morale (**Section 1**), il conviendra de répondre à la question de savoir si un abus de la personnalité morale est possible en tant que tel (**Section 2**).

Section 1.

La détermination de l'essence de la personnalité morale

198. La détermination de l'essence de la personnalité morale est nécessaire pour pouvoir ensuite caractériser ce qu'est l'abus de cette notion juridique. L'essence de la personnalité morale peut être cernée par deux questions. D'une part, comment peut-on expliquer l'existence de la personnalité morale ? L'objet n'est pas ici d'ajouter une pierre à l'édifice d'un débat désormais séculaire, mais de résumer les positions principales de la

⁴⁶³ G. CORNU, « Personne » dans *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. CAPITANT, 14ème éd. 2022, P.U.F., coll. Quadriga, p. 763.

⁴⁶⁴ G. CORNU, « Personnalité », *op. cit.*, p. 762.

⁴⁶⁵ G. CORNU, « Abus », *op. cit.*, p. 7.

doctrine (§1). D'autre part, quelle est la nature juridique de la personnalité morale ? Une tentative de qualification de cette notion sera entreprise. (§2).

§1. Les théories explicatives de la personnalité morale

199. Fiction ou réalité : état de la controverse. Le débat entre théorie de la fiction et théorie de la réalité est une controverse classique ayant innervé l'ensemble des branches du droit dans le courant du XIX^{ème} siècle. Selon certains, « *Il semble que la paix soit faite aujourd'hui sur ce vieux champ de bataille* »⁴⁶⁶. Mais cette conclusion semble quelque peu hâtive. Le débat n'est certes plus aussi brûlant qu'auparavant, mais des interrogations demeurent : « *Fiction ou réalité ? Le débat sur la nature des personnes morales serait, dit-on, aujourd'hui dépassé. La formule ressemble fort à un slogan traduisant un aveu d'impuissance. La question demeure.* »⁴⁶⁷. De fait, « *les différends opposant tenants de la fiction et partisans de la réalité constituent toujours les prolégomènes à toute étude relative à la personnalité morale.* »⁴⁶⁸. La présente étude ne fera pas exception. Les théories explicatives qui suivent ont été exposées avec clarté dans une thèse⁴⁶⁹. Après l'étude des théories volontaristes (A) sera exposée la théorie de la réalité technique (B).

A. Les théories volontaristes

200. La volonté comme dénominateur commun. Selon les théories volontaristes, la personnalité morale existe par le fait d'une volonté. L'origine de cette volonté diffère toutefois suivant que l'on prend pour point de départ la théorie de la fiction, selon laquelle c'est à la volonté de l'Etat qu'il revient d'octroyer la personnalité morale à un groupement (1^o), ou l'ensemble des théories dites de la « réalité psycho-sociologique », selon lesquelles l'attribution de la personnalité morale au groupement provient de la volonté dégagée au sein dudit groupement lui-même (2^o).

⁴⁶⁶ J. HAMEL, *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chron. 141.

⁴⁶⁷ G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Etudes dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, 1984, n°1, p. 199, rééd. 2013, LGDJ, coll. Anthologie du Droit.

⁴⁶⁸ N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie*, Thèse, 2004, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé.

⁴⁶⁹ N. BARUCHEL, *op. cit.*, p. 19 et s. Partant du principe que la personnalité morale existe, exclusion est cependant faite de ce que Madame Baruchel nomme les « théories négatrices de la personnalité morale », c'est-à-dire de la propriété collective et du patrimoine sans sujet : voir N. BARUCHEL, *op. cit.*, p. 24 à 29.

1° La théorie de la fiction

201. La volonté du législateur. Pour les tenants de la théorie de la fiction⁴⁷⁰, seul l'être humain peut être sujet de droit, car la personnalité juridique exige d'une part « *une existence biologique* »⁴⁷¹ et d'autre part « *une faculté de vouloir et d'agir* »⁴⁷². Ainsi, une organisation ne peut pas en principe être titulaire de la personnalité juridique, de sorte que sa personnalité est nécessairement une fiction façonnée par le législateur. Celui-ci a le pouvoir de conférer la personnalité juridique à tout groupement : l'Etat dépasse la réalité et crée des fictions, de manière expresse ou tacite. Il ne s'agit pas nécessairement d'accorder à chaque entité individuellement la personnalité juridique, l'Etat pouvant procéder par catégorie. Pothier résume cette position avec grande clarté : « *Les corps et communautés, établis suivant les lois du Royaume, sont considérées dans l'État comme tenant lieu de personne* »⁴⁷³. Ainsi, seul l'individu est une personne juridique par nature, mais des entités constituées peuvent également être des personnes par fiction créée par le législateur.

202. Critique de la théorie. La théorie de la fiction est profondément anthropocentrée : la personnalité juridique est indéfectiblement liée à l'individu, c'est une sécrétion de son humanité, une entité ne pouvant se voir octroyer la personnalité que par fiction du législateur. Cette conception a été critiquée, et quatre contre-arguments lui ont été opposés⁴⁷⁴. En premier lieu, l'existence biologique et la volonté ont quelquefois été insuffisantes pour accorder la personnalité juridique (esclaves, condamnés à la mort civile), et inversement celle-ci a aussi quelquefois été accordée même en l'absence de volonté (incapables, *infantes*). En deuxième lieu, la théorie de la fiction véhiculerait en elle un risque d'arbitraire, le pouvoir politique pouvant priver de personnalité les groupements qui lui seraient gênants. En troisième lieu, un argument logique a été avancé : si l'Etat a le pouvoir d'octroyer la personnalité morale, qui accorde la personnalité morale à l'Etat ? En quatrième et dernier lieu, on a accusé la théorie de la fiction de concevoir la personne morale comme un être désincarné de ses membres, alors que ce sont les membres de tout groupement qui agissent à travers lui et lui donnent sa volonté.

⁴⁷⁰ Théorie diffusée grâce à F. K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Tome II, 2ème éd., 1860, p. 223 et s.

⁴⁷¹ N. BARUCHEL, *op. cit.*, p. 22, n°34.

⁴⁷² J. CARBONNIER, *Droit civil*, Les personnes, P.U.F., Coll. Thémis Droit Privé, 21ème éd., 2000, n°199.

⁴⁷³ R.-J. POTHIER, « Des Communautés », *Traité des personnes et des choses*, Titre VII.

⁴⁷⁴ N. BARUCHEL, *op. cit.*, p. 23 et 24, n°36.

203. La volonté du groupement. Face à ces critiques, des théories dites « de la réalité psycho-sociologique » se sont développées. Le point commun entre ces différentes théories est la considération suivant laquelle la personnalité morale d'un groupement n'est pas reconnue par l'Etat *ex nihilo*, mais qu'elle existe et qu'elle se matérialise par une volonté propre audit groupement. Ainsi, la personnalité juridique ne serait pas l'apanage des êtres humains ; aussi bien les êtres humains que les entités qu'ils composent sont en mesure d'exprimer une volonté propre, et c'est cette volonté qui détermine l'existence de la personnalité juridique. La volonté serait donc la seule condition d'obtention de la personnalité juridique : l'existence biologique est indifférente. L'ensemble de ces théories peut être résumé ainsi : « *La capacité de vouloir et d'agir de la collectivité, comme celle de l'individu, reçoit du droit le caractère d'une capacité juridique, mais n'est point créée par le droit. Le droit la trouve préexistante ; il la reconnaît et en délimite l'action* »⁴⁷⁶.

204. La recherche difficile de la volonté de la société. Pour ce qui concerne les sociétés, l'identification de la volonté n'est pas chose facile. Deux théories permettent d'identifier la volonté de la société. Selon la théorie institutionnelle, c'est l'organisation de la société qui fait passer une ou plusieurs volontés individuelles au stade de volonté collective⁴⁷⁷. Cette dernière pourrait être le fruit de l'affrontement entre les associés, qui font émerger la volonté de la société par le principe du vote majoritaire⁴⁷⁸. Selon la théorie de la volonté, la volonté de la société peut être identifiée au sein de la « *communauté de but* »⁴⁷⁹, c'est-à-dire par l'objet social que les associés ont déterminé.

B. La théorie de la réalité technique

205. Le groupement, sujet de droit par nature. Selon la théorie de la réalité, développée par Michoud⁴⁸⁰, le groupement exprime, à l'instar de l'être humain, une réalité

⁴⁷⁵ Expression employée par J. CARBONNIER, *Droit civil*, Les personnes, P.U.F., Coll. Thémis Droit Privé, 21ème éd., 2000, n°201.

⁴⁷⁶ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 608, cité par N. BARUCHEL, *op. cit.*

⁴⁷⁷ N. BARUCHEL, *op. cit.*, p. 34, n°55.

⁴⁷⁸ N. BARUCHEL, *op. cit.*, p. 30, n°48 : il s'agit de l'expression de la théorie organique de la société, similaire à la théorie institutionnelle.

⁴⁷⁹ N. BARUCHEL, *op. cit.*, p. 32, n°50.

⁴⁸⁰ L. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Tome I, 1906 : La théorie de Michoud a germé sur le sol fertile préparé par Jhering qui, critiquant la théorie de la volonté, considère

suffisante, qui lui permet d'être un sujet de droit « par nature ». La qualité de sujet de droit n'est de ce fait pas réservée à l'être humain, et toute entité reflétant une certaine réalité peut être considérée comme un sujet de droit à part entière, sans recours à la fiction.

206. La réalité caractérisée par le critère flou de l'intérêt collectif. La réalité permettant à un groupement d'être considéré comme une personne juridique est caractérisée en présence d'un « *intérêt collectif* », et non plus en présence d'une volonté. On abandonne donc un terme incertain pour lui en préférer un autre plus imprécis encore. L'intérêt collectif doit avoir pour support une « *organisation* » capable de l'exprimer, il doit être « *distinct des intérêts individuels* »⁴⁸¹ des membres du groupement, et il doit être « *permanent* »⁴⁸². La distinction entre intérêt collectif et intérêts individuels des membres n'est cependant pas évidente : l'intérêt collectif serait une « *synthèse de certains intérêts communs aux membres du groupe* »⁴⁸³, mais qui « *se ramène à l'intérêt des membres* »⁴⁸⁴. L'imprécision est flagrante. Michoud ne dégage pas de critère de l'intérêt collectif⁴⁸⁵, il ne l'identifie pas véritablement.

207. L'inexistence de l'intérêt collectif de la société. Selon Michoud, aucun intérêt collectif distinct des intérêts individuels ne peut exister au sein d'une société, car l'objectif de la société est par nature lucratif⁴⁸⁶, les intérêts des associés sont nécessairement égoïstes, ce qui va à l'encontre de la reconnaissance d'un intérêt collectif distinct des membres. Michoud reconnaît cependant la nécessité pratique de la reconnaissance de la personnalité morale aux sociétés de capitaux, mais refuse cette possibilité pour les sociétés de personnes. Si l'on retient cette conception, la personnalité morale de la société serait inexistante.

208. Tentative de synthèse. Ces théories présentent toutes des lacunes et des incertitudes. D'un point de vue théorique, le débat entre fiction et réalité reste encore vivace. Malgré tout, des points de convergence se dégagent. Quelle que soit la théorie retenue, c'est une intention qui permet de caractériser l'existence d'une personnalité morale, qu'il s'agisse de

que le droit subjectif ne réside pas dans la volonté, mais dans l'intérêt. Selon Jhering, « *Les droits sont des intérêts juridiquement protégés* » (R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain*, Tome IV) ; autrement dit, la loi ne protège pas la volonté, mais l'intérêt représenté par la volonté. Complétant cette réflexion, Michoud considère que la volonté n'est qu'un moyen permettant de réaliser l'intérêt.

⁴⁸¹ *ibid.*

⁴⁸² *ibid.*

⁴⁸³ L. MICHOD, *op. cit.*, Tome I, n°71, cité par N. BARUCHEL, *op. cit.*

⁴⁸⁴ *ibid.*

⁴⁸⁵ N. BARUCHEL, *op. cit.*, n°73, p. 42.

⁴⁸⁶ La société peut également avoir pour but légal le profit d'une économie : cela ne change pas le fait que les intérêts des associés sont « purement égoïstes », ne remettant a priori pas en cause la théorisation de Michoud sur ce point.

la volonté du législateur, de celle du groupement lui-même ou de l'intérêt collectif. Mais une fois que l'existence de la personnalité morale a été expliquée, on ne sait toujours pas ce qu'elle est réellement en droit.

§2. La qualification juridique de la personnalité morale

209. « *La qualification est une opération de traduction juridique, par laquelle un fait ou un acte est rattaché à une catégorie dont il présente les caractéristiques essentielles, afin de lui faire produire des effets de droit* »⁴⁸⁷. De manière imagée, on parle souvent de rangement des faits « *sous une étiquette juridique* »⁴⁸⁸. Juridiquement, cette opération s'avère ardue en ce qui concerne la personnalité morale, mais elle est primordiale, car elle permettra de déterminer par la suite la possibilité même, l'étendue et la nature de l'abus dont la personnalité morale pourrait faire l'objet. Cette opération de qualification difficile a posé problème à de nombreux auteurs, de sorte que certains ont tenté de proposer des explications de ce qu'est juridiquement la personnalité morale, mais sans véritablement la qualifier juridiquement (**A**), tandis que d'autres ont pu proposer des qualifications plus convaincantes, car véritablement juridiques (**B**).

A. Les « fausses » qualifications : technique juridique et concept

210. Face à un phénomène difficilement saisissable et qualifiable, comme la personnalité morale, on pourrait être tenté d'utiliser des « catégories juridiques » larges : ce faisant, la « qualification » ainsi retenue n'est pas inexacte, mais elle est imprécise voire inutile. Ce type de raisonnement présente évidemment un caractère fallacieux.

211. Une technique juridique ? Selon une auteure⁴⁸⁹, la personnalité morale est la « *technique juridique visant l'attribution de la personnalité juridique au groupement qui en dispose* ». Ainsi, la personnalité morale ne serait qu'une méthode en vue de l'obtention de la personnalité juridique : c'est en quelque sorte la justification théorique qui permet à des entités d'obtenir la personnalité juridique. Cependant, le problème avec cette position est

⁴⁸⁷ F. VERN, « Les qualifications simultanées en droit civil », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°71, p. 199 à 225.

⁴⁸⁸ R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse, 1947, p. 254, cité par F. VERN, *op. cit.*

⁴⁸⁹ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran, Essai sur sa notion et son régime juridique*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1998, n°310.

qu'elle n'est pas une qualification, car l'ensemble des figures juridiques sont en réalité des « techniques » juridiques.

212. Un concept ? D'autres auteurs⁴⁹⁰ considèrent que la personnalité morale « *ne serait qu'un concept* ». Là encore, ce n'est pas une qualification juridique, ce n'est pas une catégorie juridique. Dire que la personnalité morale est un concept revient donc à considérer soit que la personnalité morale n'a qu'une vertu explicative de l'acquisition de la personnalité juridique par une entité, ce qui n'est pas une qualification et est donc insuffisant, soit que la personnalité juridique n'existe pas en droit et qu'elle ne fait que transcrire la réalité, ce qui est faux, car la personnalité morale est admise par le droit et produit des effets juridiques, de sorte qu'elle constitue une notion juridique. Le terrain des raisonnements fallacieux et vaguement juridiques mérite d'être abandonné au profit de propositions plus rigoureuses.

B. Les « véritables » qualifications : capacité de jouissance et procédure d'opposabilité

213. Une capacité de jouissance ? La personnalité morale serait « *d'abord (et peut-être seulement) une capacité de jouissance* »⁴⁹¹. La capacité de jouissance est une notion de droit processuel : il s'agit de « *l'aptitude à devenir titulaire d'un droit ou d'une obligation* »⁴⁹², qui est un préalable à l'existence de toute action en justice. A la lecture de cette définition, on croit voir un décalque parfait de la définition de la personnalité juridique. On pourrait certes défendre que la capacité de jouissance n'est qu'une conséquence de la personnalité, mais une telle construction théorique semble dénuée d'intérêt : la capacité de jouissance et la personnalité juridique - et donc la personnalité morale dans le cas des personnes morales - sont à l'évidence les deux faces d'une même pièce. Mais, précisément, cela conduit à une qualification circulaire, ce qui est insatisfaisant : la personnalité juridique est la capacité de jouissance, et la capacité de jouissance est la personnalité juridique.

Cependant, il est un cas dans lequel capacité de jouissance et personnalité juridique ne s'alignent pas parfaitement. La capacité de jouissance peut en effet n'être que passive, ce qui

⁴⁹⁰ V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant 1995, n°609, cité par N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 2001, n°1144, p. 557 (version imprimée) ou n°1007, p. 602 (version numérique).

⁴⁹¹ G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Etudes dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, 1984, n°6, p. 202, rééd. 2013, LGDJ, coll. Anthologie du Droit.

⁴⁹² C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 2022, 36ème éd., Dalloz, n°178, p. 160.

permet de poursuivre un groupement dépourvu de la personnalité morale, pour éviter qu'il ne se soustraie à ses engagements⁴⁹³. A l'inverse, la personnalité juridique hémiplegique⁴⁹⁴ ne semble pas encore avoir été admise : elle est nécessairement pleine et entière.

214. Une procédure d'opposabilité ? La personne morale a pour objectif de faire produire des effets aussi bien dans l'ordre interne, à l'égard de ses membres, que dans l'ordre externe, à l'égard des tiers⁴⁹⁵. Alors que tout groupement, même dénué de personnalité morale, produit des effets internes⁴⁹⁶, seul le groupement doté de la personnalité morale produit des effets *erga omnes*. En conséquence, « *la personnalité morale correspond à une qualité particulière du groupement : son opposabilité* »⁴⁹⁷. Le groupement devient une personne juridique par son opposabilité aux tiers⁴⁹⁸. Cette conception est corroborée par le fait que l'acquisition de la personnalité morale est soumise à des mesures de publicité qui visent à assurer l'information des tiers⁴⁹⁹. La personnalité morale n'étant donc qu'une procédure d'opposabilité d'une réalité préexistante, elle sera soumise au régime juridique de son acte constitutif ; ce dernier sera toujours l'expression de la volonté des membres, dans le cadre de ce que permet le législateur⁵⁰⁰.

Le génie de cette conception est de voir en la personnalité morale un simple effet juridique, attaché à une entité. Le changement de perspective est immense : la nature de la personnalité morale n'est pas à rechercher au sein du groupement qu'elle représente, mais en dehors de ce groupement. Cette conception peut toutefois présenter une difficulté dans le cadre de la société en sommeil. Elle suppose en effet une réalité, qu'une entité existe dans les faits : *quid* alors de la société en sommeil, qui peut n'avoir qu'une existence de papier ? Malgré cette critique, la qualification de la personne morale en tant que procédure d'opposabilité semble la plus convaincante.

215. Conclusion de la section. La personnalité morale est une figure juridique qui n'est pas aisément identifiable. L'affrontement entre les différentes théories explicatives de la

⁴⁹³ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen*, Dalloz action, 2021-2022, n°213.14 : voir par ex. Cass. 2ème civ., 24 mars 1993, n° 91-18.611

⁴⁹⁴ Expression empruntée à F. MARCHADIER, « Le préjudice subi par l'animal », *Les Cahiers Portalis*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2022/1, n°9, p. 27 à 37 : La personnalité juridique hémiplegique serait une semi-personnalité, qui permettrait d'être titulaire de droits, mais non d'obligations, ou inversement.

⁴⁹⁵ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », *Répertoire de droit civil*, 2018, Dalloz, n°20 et s.

⁴⁹⁶ *ibid.*

⁴⁹⁷ *ibid.*

⁴⁹⁸ J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Thèse, 1984, n°241.

⁴⁹⁹ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, *op. cit.*

⁵⁰⁰ *ibid.* : « *Par conséquent, exception faite de celles directement instituées par le législateur, la constitution d'une personne morale suppose toujours que soit exprimée la volonté de ses fondateurs* ».

personnalité morale a été l'un des débats le plus vif en doctrine juridique. L'exposition de ces théories sera utile pour mieux comprendre différentes conceptions de l'abus de la personnalité morale. Mais la détermination du fondement de la personnalité morale est un défi presque aussi grand que sa qualification strictement juridique : à la réflexion, la personnalité morale serait une procédure d'opposabilité. La notion de personnalité morale ayant été cernée, il convient désormais d'identifier dans quelle mesure l'abus dans le cadre de la personnalité morale est possible.

Section 2.

La possibilité d'abus de la personnalité morale en débat

216. L'abus de la personnalité morale n'est pas une notion qui relève de l'évidence : est-il même possible d'abuser de la personnalité morale ? Cette question nécessite de mettre en évidence les rapports qu'entretient la personnalité morale avec l'abus en général (§1), puis d'étudier la possibilité d'assimiler ou non l'abus de la personnalité morale à l'abus de droit (§2).

§1. Abus en droit et personnalité morale

217. L'abus en droit est à la fois une notion plurielle et unique (A), dont la personnalité morale peut faire l'objet (B).

A. La notion d'abus en droit

218. La pluralité de l'abus en droit. En droit, l'abus est une notion protéiforme. Il irrigue tous les domaines juridiques, et il est dans chaque matière la frontière au raisonnable, le garde-fou qui toujours empêche les dérives. Ainsi, les manifestations de l'abus en droit sont multiples, et on peut en citer plusieurs de manière non-exhaustive. La science juridique dans son ensemble connaît l'abus de droit⁵⁰¹. Le droit pénal admet, outre l'abus de vulnérabilité, la

⁵⁰¹ A. QUIQUEREZ (coord.), F. BARRIÈRE, D. BAZIN-BEUST *et al.*, « Abus de droit » dans *Dictionnaire pratique de droit des affaires*, 1ère éd., 2023, Bruylant, coll. Paradigme : L'abus de droit inclut l'abus d'ester en justice, l'abus du droit de vote dans une société, l'abus du droit de propriété, et l'abus de dépendance dans un contrat. L'abus de droit fiscal se distingue cependant de l'abus de droit en général.

figure de l'abus de confiance, avec son pendant de droit pénal des affaires, l'abus de biens sociaux. Le droit des sociétés est le terrain de jeu de l'abus de majorité, de minorité et d'égalité. L'abus de position dominante⁵⁰² et l'abus de dépendance économique sont bien connus du droit de la concurrence et de la distribution. Enfin, le droit financier admet l'abus de marché⁵⁰³.

219. L'unicité de l'abus en droit. Au regard de cette multiplicité, on peut être tenté de rechercher une définition unitaire de l'abus en droit. La définition juridique de l'abus en général serait « *L'usage excessif d'une prérogative juridique* »⁵⁰⁴, et plus spécifiquement l'action « *consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction, à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite* »⁵⁰⁵. Les cas de figures qu'égère cette définition ne sont à l'évidence pas limitatifs, mais sont cités pour rendre la définition fonctionnelle. En tout état de cause, l'abus suppose ainsi un excès, c'est-à-dire ce qui « *outrepasse la mesure ; qui franchit les bornes légitimes, le seuil du tolérable et que, justement, la loi ne tolère pas* »⁵⁰⁶. Au regard de ces observations, la personnalité morale peut-elle faire l'objet d'un abus ?

B. La possibilité d'abus de la personnalité morale

220. L'abus impossible d'une réalité objective ? Pour apprécier la possibilité d'abuser en elle-même, il faut repartir de ce qu'est juridiquement la personnalité morale : il s'agit avant tout d'une procédure d'opposabilité, c'est-à-dire l'effet reconnu par le droit à une entité. Puisque cette opposabilité serait accordée par le droit à condition qu'une réalité suffisante existe, l'abus de la personnalité morale serait inconcevable : soit il y a personnalité

⁵⁰² A. QUIQUEREZ (coord.), F. BARRIÈRE, D. BAZIN-BEUST *et al.*, « Abus d'éviction » et « Abus d'exploitation », *op. cit.* : L'abus d'éviction, l'abus de comportement et l'abus d'exploitation sont des formes de l'abus de position dominante. L'abus d'éviction, ou encore « *abus d'exclusion* » est se caractérise par le « *comportement d'une entreprise jouissant d'une position dominante sur un marché déterminé de produits ou de services visant à empêcher un concurrent, aussi efficace économiquement que l'entreprise en position dominante, de se développer ou d'entrer sur le marché en cause* ». L'abus d'exploitation est quant à lui « *le type le plus fréquent d'abus de position dominante consistant, pour une ou plusieurs entreprises en position dominante, à adopter une pratique commerciale injustifiée ou inéquitable à l'égard de ses clients ou fournisseurs afin de conserver, ou renforcer, sa position sur le marché* ». L'abus de comportement consiste pour l'entreprise en position dominante à utiliser « *les possibilités que lui offre sa domination sur le marché en cause pour en retirer des avantages vis-à-vis de ses clients ou partenaires, qui lui seraient inaccessibles si elle ne bénéficiait pas de cette domination* ». L'abus de structure est le fait de « *porter atteinte à la structure de la concurrence sur le marché en cause* ».

⁵⁰³ A. QUIQUEREZ (coord.), F. BARRIÈRE, D. BAZIN-BEUST *et al.*, « Abus de marché », *op. cit.* : C'est un « *comportement illicite sur un marché financier* », qui inclut « *les opérations d'initiés, la divulgation illicite d'informations privilégiées et les manipulations de marché* ».

⁵⁰⁴ G. CORNU, « Abus » dans *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. CAPITANT, 14ème éd. 2022, P.U.F., coll. Quadrige, p. 7.

⁵⁰⁵ *ibid.*

⁵⁰⁶ G. CORNU, « Excessif », *op. cit.*, p. 428.

morale, soit il n'y a pas personnalité morale, *tertium non datur*⁵⁰⁷. La personnalité morale est ou n'est pas, il ne peut y avoir d'abus d'une réalité. Le même argument d'impossibilité de l'abus avait été avancé par Planiol en ce qui concerne l'abus de droit : « *si j'use de mon droit, mon acte est licite, et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit. [...] le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être à la fois conforme au droit et contraire au droit* »⁵⁰⁸. Autrement dit, soit le droit existe, et l'abus est impossible, soit le droit n'existe pas, et donc on agit dans l'illicite, mais sans abus.

221. L'intention abusive : caractérisation de l'abus. Cependant, cet argument a été réfuté par Ripert⁵⁰⁹ : alors que l'exercice *per se* du droit est licite, la condamnation de l'intention de l'exercice du droit reste possible. C'est donc l'intention d'abuser, de dépasser l'usage licite, qui ferait l'abus. Si l'on transpose ce raisonnement à la personnalité morale, l'abus semble pouvoir être caractérisé en suivant deux voies. Premièrement, bien que ce soit le droit qui reconnaisse la personnalité morale, cette reconnaissance est permise par l'action de représentants de l'entité, qui vont agir en ce sens pour que soit reconnue l'opposabilité qui caractérise la personnalité morale : ainsi, faire reconnaître indûment la personnalité morale à une réalité qui relève *prima facie* de cette institution, mais qui, si l'on met de côté les apparences et la forme, n'en relève pas⁵¹⁰, serait une forme d'abus possible. Secondement, et incidemment, malgré la reconnaissance pleinement légitime de la personnalité morale, il n'est pas à exclure qu'elle soit ensuite utilisée à des fins illicites⁵¹¹. Par conséquent, il apparaît que l'abus en tant que tel de la notion de personnalité morale est possible ; toutefois, l'abus de droit et l'abus de personnalité morale sont-ils les deux faces d'une même pièce ?

§2. Abus de droit et personnalité morale

222. L'abus de la personnalité morale en tant que telle ayant été admis, il convient de voir s'il s'agit d'un abus *ad hoc* ou bien d'une forme de l'abus de droit. Une présentation de la notion d'abus de droit (A) permettra de trancher la question de savoir si la qualification d'abus

⁵⁰⁷ ARISTOTE, *Métaphysique*, Livre Gamma.

⁵⁰⁸ M. PLANIOL, cité par D. ALLAND, S. RIALS (dir.), « Abus de droit » dans *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., 2003, PUF et Lamy, coll. Quadrige Dicos Poche.

⁵⁰⁹ G. RIPERT, cité par D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵¹⁰ C'est tout le problème de la notion d'abus de personnalité morale, qui peut se matérialiser par la fictivité. Voir *infra* n°268 et s.

⁵¹¹ C'est alors une autre facette du problème que pose la notion d'abus de personnalité morale, qui se concrétise alors par la fraude. Voir *infra* n°307 et s.

de droit pour l'abus de personnalité morale est la bienvenue, étant entendu qu'un débat doctrinal existe sur cette question (B).

A. La notion d'abus de droit

223. La force de la notion. L'abus de droit (ou plutôt « l'abus des droits »⁵¹²) est l'abus le plus commun et le plus évident. « Nuances mises à part, l'unanimité de la doctrine et la constance de la jurisprudence sont les bases d'un monument de l'ordre juridique [...]. Il s'agit d'une pièce de droit positif aussi célèbre que, désormais, classique »⁵¹³. Les dissensions doctrinales ayant pu émerger sur l'existence même de l'abus de droit sont aujourd'hui éteintes⁵¹⁴, et n'ont eu aucun effet sur la pérennité prétorienne en la matière, qui n'a jamais remis en cause l'abus de droit une fois qu'elle l'a admis⁵¹⁵.

224. Définition. L'abus de droit est donc une création purement jurisprudentielle : « il est revenu à la jurisprudence de consacrer la théorie de l'abus de droit au moyen d'un critère psychologique : l'intention de nuire à autrui »⁵¹⁶, étant entendu que la jurisprudence utilise parfois un critère plus extensif, l'absence d'intérêt pour le titulaire du droit⁵¹⁷. Ainsi, l'abus de droit peut être défini comme « la faute exercée par le titulaire d'un droit subjectif et susceptible d'abus soit dans le dessein de nuire à autrui, soit tout simplement en dépassant consciemment ou inconsciemment un droit qui lui est conféré »⁵¹⁸. Autrement dit, il y a abus de droit en cas de « détournement [du droit] de sa finalité objective »⁵¹⁹. En tout état de cause, l'abus de droit a pour objet les droits subjectifs⁵²⁰, son but étant la correction de «

⁵¹² L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité, Théorie dite de l'Abus des droits*, 2ème éd., 1939, Dalloz : L'expression « abus des droits » est probablement plus exacte (en ce sens : L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, « Abus de droit », 2022, Dalloz, n°2), car tout droit subjectif est susceptible d'abus (H. CAPITANT, Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, « Introduction, Personnes - Famille - Biens, Régimes matrimoniaux - Successions », 13ème éd., 2015, Dalloz, n°69, p. 420, « Propriété, caractère absolu, abus de droit », Commentaire de Cass., req., 3 août 1915, *Coquerel c. Clément-Bayard*, n° 00-02.378).

⁵¹³ G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13ème éd., 2007, Montchrestien, n°37, p. 87.

⁵¹⁴ La controverse doctrinale opposa Josserand d'une part, à Planiol et à Ripert d'autre part (« Abus ou relativité des droits », *Rev. crit. législ. et jur.*, 1929. 33 et s., 277 et s.).

⁵¹⁵ L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°5.

⁵¹⁶ K. MOYA, *La jouissance des choses*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2023, n°294 et s., p. 394 et s. ; En ce sens : CA Colmar, 2 mai 1855 DP 1856, II, p. 9 ; Cass. req., 10 juin 1902, DP 1902, I, p. 454 ; Cass. req., 3 août 1915, DP 1917, I, p. 79 ; Cass. 3e civ., 30 oct. 1972, n°71-13.473, Publié au bulletin.

⁵¹⁷ *ibid.*

⁵¹⁸ A. MAYMONT, H. CAUSSE, « L'abus de personnalité morale », *Journal des Sociétés*, n°86, avr. 2011, p. 35 et s.

⁵¹⁹ D. ALLAND, S. RIALS (dir.), « Abus de droit » dans *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., 2003, PUF et Lamy, coll. Quadrige Dicos Poche.

⁵²⁰ *ibid.*

certaines conséquences jugées néfastes de la reconnaissance des droits subjectifs au profit des personnes physiques ou morales »⁵²¹.

B. L'assimilation de l'abus de la personnalité morale à l'abus de droit

225. La diversité des positions doctrinales. Doit-il y avoir identité ou opposition entre abus de droit et abus de personnalité morale ? Une première position consiste à dire que l'abus de personnalité morale est un « avatar »⁵²² de l'abus de droit, que le second serait nécessairement le « cadre »⁵²³ du premier. Selon cette conception, l'abus de la personnalité morale n'est qu'une émanation de l'abus de droit, ce n'en serait qu'une forme. Une deuxième position, inverse, reviendrait à considérer que « l'assimilation est inadaptée car la personnalité morale n'est pas un droit »⁵²⁴ : le raisonnement est simple, mais se révèle puissant, car il n'y a pas lieu d'assimiler deux abus qui ont des objets très différents. Entre ces deux positions contradictoires, une troisième voie est parfois proposée : « l'abus de personnalité morale ne serait pas une notion autonome par rapport à l'abus de droit sans que l'on puisse pour autant l'y assimiler »⁵²⁵. Selon cette dernière position, l'abus de droit est en quelque sorte l'abus de droit commun, et l'abus de la personnalité morale ne serait qu'un abus spécial, dont le régime serait en grande partie défini par l'abus de droit en général.

1° La nécessité de la distinction entre les deux abus

226. Le raisonnement chronologique : la décorrélation entre personnalité morale et aptitude à acquérir des droits. La personnalité morale étant l'opposabilité de l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations aux tiers, elle se situe en aval des droits subjectifs : le groupement peut par sa seule forme acquérir des droits et des obligations, et la personnalité morale viendra après cette aptitude. On observera toutefois que ce raisonnement chronologique doit être inverse si l'on considère que la personnalité morale est une

⁵²¹ *ibid.*

⁵²² V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, Thèse, 2001, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°191, p. 159, cité par A. MAYMONT, H. CAUSSE, art. préc.

⁵²³ A. MAYMONT, H. CAUSSE, art. préc.

⁵²⁴ A. MAYMONT, H. CAUSSE, art. préc. ; Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵²⁵ A. MAYMONT, H. CAUSSE, art. préc.

qualification⁵²⁶, un concept⁵²⁷, ou une capacité de jouissance⁵²⁸ (ces qualifications de la personnalité morale étant, à notre sens, inexactes) : dans ce cas, la personnalité morale se situe au contraire en amont des droits subjectifs, c'est la personnalité morale qui permet d'acquérir des droits subjectifs, la personnalité morale est le berceau qui accueille les droits subjectifs. La conclusion que l'on doit en tirer est que, quelle que soit la conception de la personnalité morale que l'on retient, cette dernière se trouve nécessairement décorrélée de la possibilité d'acquérir des droits subjectifs : elle lui est soit postérieure (si c'est une procédure d'opposabilité, comme il est défendu ici), soit antérieure (dans les autres cas). Ainsi, la personnalité morale se distingue indéniablement du droit⁵²⁹.

227. L'indifférence du droit à la personnalité morale. Le fait qu'il puisse exister - ce qui prête du reste à débat - un droit à la personnalité morale⁵³⁰ ne change rien à cette conclusion : si l'on admet un tel droit à la personnalité morale, alors ce droit subjectif, éventuellement fondamental, appartenant à tout être humain ou à toute entité, se place alors en amont de la personnalité morale. Ainsi, avoir le droit à la reconnaissance de l'opposabilité d'une situation n'est pas se faire reconnaître cette situation, tout comme, par exemple, être libre de contracter ne signifie pas contracter.

228. Ainsi, il ressort des développements qui précèdent qu'une assimilation parfaite entre abus de droit et abus de la personnalité morale est impossible, car leur objet diffère. L'abus de personnalité morale n'est donc pas un pur « *avatar* »⁵³¹ de l'abus de droit. Mais s'agit-il alors d'un véritable abus *ad hoc*, ou bien est-ce simplement un abus spécial de l'abus général de l'abus de droit ?

⁵²⁶ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société écran, Essai sur sa notion et son régime juridique*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1998, n°310.

⁵²⁷ V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant 1995, n°609, cité par N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 2001, n°1144, p. 557, ou n°1007, p. 602 (version numérique).

⁵²⁸ G. GOUBEUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Etudes dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, 1984, n°6, p. 202, rééd. 2013, LGDJ, coll. Anthologie du Droit.

⁵²⁹ N.-F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1991, n°3, p. 3.

⁵³⁰ Ce droit fondamental pourrait être l'expression de la liberté d'association et/ou de la liberté contractuelle. Par exemple : G. BOUDOU, *L'émergence de la liberté d'association en droit français (1810-1848), Apports de la législation et de la pratique judiciaire pénales*, Thèse, 2020, éd. Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, p. 17, Introduction, III : « *D'une part, on peut analyser l'association-action, soit comme un recours à la technique contractuelle, soit comme la détention ou l'exercice d'une liberté. D'autre part, on peut voir dans l'association-résultat, soit une personne morale, soit une institution* ».

⁵³¹ V. CUISINIER, *L'affectio societatis*, Thèse, 2001, Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°191, p. 159, cité par A. MAYMONT, H. CAUSSE, art. préc.

2° La relation de général à spécial entre les deux abus

229. Le pouvoir centripète de l'abus de droit. L'abus en droit est une notion qui est à la fois plurielle et à la fois unique. Mais par-delà ces deux aspects, il est certain que c'est l'abus de droit qui en est la manifestation la plus prégnante, qui a le régime le plus développé et qui influence la plupart des autres formes d'abus. « *L'abus de droit est donc le genre mais un genre comportant de nombreuses espèces.* »⁵³². Dans ce cadre, l'abus de droit dispose donc d'un pouvoir centripète indéniable, la myriade d'abus différents se trouve attirée vers son régime, stable et étendu. Le régime de l'abus de droit s'y appliquerait donc par commodité. Son pouvoir d'attraction est à ce point puissant que même des abus qui ne sont pas à proprement parler des abus de droit en seraient des espèces, comme l'abus de position dominante ou l'abus de puissance économique⁵³³.

Ce pouvoir centripète peut également se manifester en ce qui concerne l'abus de la personnalité morale. Il n'y a certes pas identité entre abus de droit et abus de personnalité morale, puisque ceux-ci ne portent pas sur la même chose, mais ces deux abus ne seraient finalement que deux espèces d'un genre unique, auquel on appliquerait le régime de l'abus de droit en raison de son caractère développé. La raison est alternativement double. D'une part, il peut être considéré que ces deux types d'abus, bien qu'ayant des objets différents, soient avant tout des abus de situations juridiques. D'autre part, poussant la réflexion, on pourrait considérer que la personnalité morale, qui se résume au fond à l'opposabilité, n'est pas très éloignée par sa nature des droits, qui n'ont d'existence qu'en tant qu'ils sont opposables.

230. L'abus de situation juridique. A première vue, abuser d'un droit et abuser d'un sujet de droit ne seraient pas la même chose. Pourtant, l'abus porte dans les deux cas sur une situation juridique : l'abus de droit est l'abus d'un droit subjectif, tandis que l'abus de personnalité morale est l'abus du droit objectif⁵³⁴, car la personnalité morale en tant qu'elle se résume à l'opposabilité est une situation reconnue par l'ordre juridique. Ainsi, on abuse dans les deux cas de situations juridiques, certes diverses, mais cela peut justifier une relation de général à spécial. Mais l'identité ne serait-elle pas plus profonde encore ?

⁵³² J.-B. BARBIÈRI, *L'Ordre sociétaire*, Thèse, 2021, LGDJ, coll. Bibl. de droit des entreprises en difficulté, n°257, p. 239.

⁵³³ *ibid.*

⁵³⁴ F. TERRÉ, Préface à N. F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 1990, LGDJ, Bibliothèque de droit privé.

231. L'abus d'opposabilité. Selon un auteur⁵³⁵, l'opposabilité correspond à « *la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe* ». L'opposabilité est certes ce qui pourrait définir la personnalité morale⁵³⁶, mais par ailleurs elle « *s'étend à tous les faits, actes, droits ou situations* »⁵³⁷. Ainsi, alors que la personnalité morale est ce qui permet de rendre opposable les droits et obligations d'une entité, le droit ne peut se manifester et n'est susceptible d'abus que pour autant qu'il est opposable. En conséquence, l'abus de droit et l'abus de personnalité morale pourraient donc être considérés tous deux comme des abus d'opposabilité.

232. Ainsi, l'abus de droit et l'abus de personnalité morale partagent indéniablement un terreau commun, car l'abus est dans les deux cas soit un abus d'une situation juridique, soit un abus de l'opposabilité. Par conséquent, la relation de général à spécial entre ces deux abus est une position cohérente. L'abus de droit serait donc l'abus de droit commun, une sorte d'abus « modèle » à l'image de la société anonyme, qui est la toile de fond pour les sociétés par actions, tandis que l'abus de personnalité morale serait un abus spécial.

233. Conclusion de la section. L'abus de la personnalité morale a été localisé de la manière la plus précise possible au sein de l'ordre juridique. Tout d'abord, la personnalité morale s'est révélée être susceptible d'abus, en raison de l'intention abusive pouvant présider à la création ou au fonctionnement de la personne morale. Cette possibilité d'abuser de la personnalité morale ne signifie toutefois pas que l'abus de la personnalité morale et l'abus de droit sont la même chose : ce sont au contraire des abus distincts, mais qui entretiennent une relation de général (abus de droit) à spécial (abus de la personnalité morale).

234. Conclusion du chapitre. Pour pouvoir cerner l'abus de la personnalité morale, encore fallait-il lever les doutes entourant la personnalité morale en tant que telle : « *Bien que la notion de personne morale figure parmi les plus usitées et que son emploi ne soulève plus guère de contestation, sa compréhension reste l'objet de nombreuses incertitudes* »⁵³⁸. Entre théorie de la fiction et théorie de la réalité, la personnalité morale s'avère être, au fond, une procédure d'opposabilité. La qualification de la personnalité morale était une étape nécessaire pour déterminer la possibilité et la nature de l'abus de la personnalité morale : abuser de la

⁵³⁵ J. DUCLOS, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Thèse, 1984, n°2-1.

⁵³⁶ J. DUCLOS, *op. cit.*, n°241.

⁵³⁷ D. EL RAJAB, *L'opposabilité des droits contractuels : étude de droit comparé français et libanais*, 2013, n°264, p. 261, citant J. DUCLOS, *op. cit.*, n°2-2, p. 22.

⁵³⁸ G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO, « Personne morale », *Répertoire de droit civil*, 2018, Dalloz, n°20 et s.

personnalité morale est possible, et un tel abus n'est pas assimilable à l'abus de droit, mais entretient avec celui-ci une relation de général à spécial. Le fait de déterminer que l'abus de la personnalité morale est possible est une étape primordiale, car cela pourrait permettre, éventuellement, de sanctionner sur ce fondement la création et l'utilisation de sociétés en sommeil (voir *infra*, n°267 et s.).

Ce chapitre a permis de cerner les contours de la notion d'abus de la personnalité morale, mais sans pour autant rentrer dans le cœur de ce qu'est cet abus. Il sera nécessaire de conceptualiser l'abus de la personnalité morale, et d'étudier ses possibles manifestations, très nombreuses.

Chapitre 2

LA TENTATIVE DE DÉFINITION DE L'ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE

235. Historique de la notion. L'abus de la personnalité morale est un concept original, relativement ignoré de la doctrine⁵³⁹. On peut, à titre préliminaire, définir l'abus de personnalité morale de la société comme « *la création abusive, le fonctionnement abusif ou la survie (l'existence) abusive d'une société* »⁵⁴⁰. Comme il sera précisé ultérieurement, cette définition est fonctionnelle, mais présente certaines imperfections. Cette notion a été utilisée pour la première fois⁵⁴¹ en 1927 par le professeur Chauveau⁵⁴², au détour d'une note, et une deuxième fois par un autre auteur, dans une affaire semblable⁵⁴³. La notion est donc ancienne. Chauveau lui consacra quelques années plus tard une chronique à part entière⁵⁴⁴, dans le cadre du droit des sociétés, « *devenue célèbre* »⁵⁴⁵.

⁵³⁹ Voir cependant : P. CHAUEAU, « Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. dr. com.*, 1938, p. 397 et s. ; A. MAYMONT, H. CAUSSE, « L'abus de personnalité morale », *Journal des Sociétés*, n°86, avr. 2011, p. 35 et s. ; N. F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 1990, LGDJ, Bibliothèque de droit privé.

⁵⁴⁰ A. MAYMONT, H. CAUSSE, art. préc.

⁵⁴¹ A. MAYMONT, H. CAUSSE, art. préc., note n°1 : « *L'auteur [le professeur Chauveau] utilise et développe pour la première fois la notion d'abus de personnalité morale* ». Toutefois, il faut évoquer le fait que Gény critiquait déjà des abus des abstractions de technique juridique : voir F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, cité par F. TERRÉ, Préface à N. F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 1990, LGDJ, Bibliothèque de droit privé.

⁵⁴² P. CHAUEAU, *D.* 1927, 2, 144, note sous CA Alger, 5 mai 1926 et CA Alger, 2 févr. 1927. L'abus de personnalité morale y est conçu comme l'utilisation d'une société-écran, pour permettre aux associés de faire certains actes. Toute la question porte dans l'arrêt sur une action de nature contractuelle, dans le cadre de la concurrence déloyale. « *Il ne faut pas que, sous le couvert d'une raison sociale, une personne puisse accomplir des actes ou jouir des droits qu'elle ne pourrait pas accomplir ou dont elle ne devrait pas jouir individuellement* ».

⁵⁴³ M. FRÉJAVILLE, *D.* 1934, 2, 49, note sous CA Nîmes, 1er juill. 1933, « *Liautaud c. Siaud* ». L'espèce est très similaire à celle de CA Alger, 5 mai 1926 et CA Alger 2 févr. 1927 : On était en l'espèce dans un cas de cessions de parts sociales. Le cessionnaire a agi contre le cédant au nom de la société et personnellement, considérant que ses parts sociales avaient perdu de la valeur, et qu'il y avait par conséquent préjudice distinct. Le cédant lui rétorque que la clientèle appartient à la société personne morale : « *Admettre un pareil raisonnement eût été faire un singulier abus de la notion de la personnalité morale, [...] [qui] ne saurait faire oublier que chaque part sociale représente une portion de l'actif social* ».

⁵⁴⁴ P. CHAUEAU, « Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. dr. com.*, 1938, p. 397 et s.

⁵⁴⁵ N.-F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1991, n°8, p. 6.

236. La pluralité de l'abus de la personnalité morale. La sémantique même de cet article est intéressante : c'est le pluriel qui est utilisé, car sont évoquées « *des abus* » de la personnalité morale⁵⁴⁶. Bonnet blanc, blanc bonnet ? Pas tout à fait. Les abus de la personnalité morale sont multiples, puisque certains en dénombrent au moins trois dans le seul domaine du droit des sociétés⁵⁴⁷ : la société fictive (« *l'abus permanent* »), l'obtention induite d'un droit déterminé par l'utilisation d'une société valable (« *l'abus ponctuel* ») et la société en sommeil (« *l'abus possible* »). Comme il sera exposé par la suite, l'abus de la personnalité morale a en réalité des manifestations bien plus nombreuses dans le cadre du droit des sociétés (voir *infra* n°251 et s.). Par-delà ces questions sémantiques, la réflexion sur la définition de l'abus de la personnalité morale peut être menée sur deux fronts : le fond, d'une part, et la forme, d'autre part. Aussi bien formellement (§1) que substantiellement (§2), l'abus de la personnalité morale présente un aspect double, car deux conceptions différentes mais nécessaires l'une à l'autre coexistent.

Section 1.

La dualité conceptuelle complémentaire de l'abus de la personnalité morale

237. Une conception large⁵⁴⁸ de l'abus de la personnalité morale verrait en ce dernier l'utilisation de la fiction de la personnalité morale allant à l'encontre de la « réalité » (§1), alors qu'une conception étroite⁵⁴⁹ conduit à considérer qu'il s'agit d'une condition d'usage impropre de la personnalité morale (§2).

§1. La contrariété de la fiction avec la réalité

238. Cette première conception a comme prémisse, éventuellement discutable, que la personnalité morale est une fiction. Dans ce cadre, l'abus de personnalité morale est conçu comme la contrariété entre cette fiction et la réalité. La « réalité » peut être soit l'ensemble

⁵⁴⁶ Chauveau considère que l'abus ne porte pas sur la personnalité morale en tant que telle, mais sur la « *notion de la personnalité morale* ».

⁵⁴⁷ *Le Lamy Sociétés Commerciales*, Mis à jour le 09/2023, n°526 et s.

⁵⁴⁸ N.-F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1991, n°7 et s., p. 5 et s.

⁵⁴⁹ *ibid.*

des règles de droit (A), soit l'intérêt de la personne morale, qui est le plus souvent l'intérêt social (B). L'abus de la personnalité morale se produit lorsqu'il y a dissonance entre fiction, soit l'usage de la personne morale, et réalité, soit la loi ou l'intérêt de la personne morale. A notre sens, ces deux définitions de la « réalité » ne sont pas exclusives, mais au contraire complémentaires.

A. La réalité incarnée par les règles de droit

239. La personnalité morale ayant pour particularité de rendre une nouvelle personne juridique opposable, la tentation pourrait être grande de l'utiliser aux fins de tourner les dispositions impératives de la loi (1°). Cette conception, bien qu'éclairant une partie de la notion d'abus de la personnalité morale, n'en reste pas moins insuffisante à elle seule (2°).

1° L'interposition de la personnalité morale à des fins frauduleuses

240. La personnalité morale comme bouclier. Selon cette première conception, la fiction de la personnalité morale consisterait à faire échec au jeu normal des règles de droit, empêcher la réalité voulue par le droit de se mettre en place. L'abus de la personnalité morale consisterait ainsi à « *interposer entre elle [une partie] et son adversaire la fiction d'une personnalité morale pour arrêter le cours normal et le jeu régulier d'une disposition législative* »⁵⁵⁰. Autrement dit, l'abus de personnalité morale est ici conçu comme une fraude à la loi, c'est-à-dire un « *agissement illicite par emploi de moyens réguliers* »⁵⁵¹ : la fraude à la loi vise « *moins l'objet de la fraude que le moyen employé, et [...] fait apparaître que la loi est détournée de son esprit, à défaut de sa lettre* »⁵⁵². Il ne s'agit ni d'une habileté ni de l'exclusion d'une disposition à laquelle on ne serait pas soumis⁵⁵³, méthodes pleinement licites à défaut d'être pleinement morales, mais bien d'une fraude à la loi en tant que telle en ce que l'usage de la personnalité morale a pour objet de contrecarrer le jeu pourtant impératif d'une règle de droit. En quelque sorte, la personnalité est le « *bouclier* »⁵⁵⁴ sur lequel viendrait ricocher la loi. Ainsi, l'abus de la personnalité morale se manifesterait par une contrariété

⁵⁵⁰ P. CHAUVEAU, « Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. dr. com.*, 1938, p. 409.

⁵⁵¹ G. CORNU, « Fraude » dans *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. CAPITANT, 14ème éd. 2022, P.U.F., coll. Quadrige, p. 482.

⁵⁵² *ibid.*

⁵⁵³ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n° 21, p. 93.

⁵⁵⁴ P. CHAUVEAU, *D.* 1927, 2, 144, note sous CA Alger, 5 mai 1926 et CA Alger, 2 févr. 1927.

entre la personnalité morale, c'est-à-dire la fiction, et la règle de droit, c'est-à-dire la réalité. Cette forme d'abus ne serait donc qu'une fraude à la loi.

2° L'insuffisance de la théorisation

241. Bien que cette conception permette de saisir de nombreux abus de la personnalité morale et a une vertu explicative non-négligeable, elle apparaît toutefois comme insuffisante en elle-même, et ce à deux égards.

242. L'exclusion du moyen illicite. Tout d'abord, une difficulté de cette construction intellectuelle est que l'on présuppose que le moyen employé, c'est-à-dire la société personne morale, est licite, et que l'objet ne l'est pas. L'abus de la personnalité morale serait donc localisé dans l'utilisation qui est faite de celle-ci. Cette position est trop restrictive, car elle conduirait soit à exclure du champ de l'abus de la personnalité morale le moyen illicite, ce qui est trop restrictif, soit à considérer que le moyen, c'est-à-dire la société, est toujours licite, ce qui est inexact. Par conséquent, il convient d'élargir l'abus de la personnalité morale au cas où le moyen employé - la personne morale - serait illicite, par exemple si un élément constitutif du contrat de société s'avérait absent.

243. L'exclusion des abus subjectifs. Ensuite, une seconde difficulté réside dans le caractère excessivement objectif de la théorisation : « *alors que le doyen Chauveau partait des textes législatifs pour en déduire les abus de la notion de personnalité morale, il fallait plutôt partir de la réalité collective, engendrée par l'avènement de la personnalité morale pour déterminer ces abus* »⁵⁵⁵. La conception présentée est purement objective, c'est-à-dire que l'on raisonne par rapport à la règle de droit, ce qui limite l'abus de la personnalité morale à la contrariété aux règles de droit. Tout cela empêcherait donc d'inclure dans la catégorie des abus de la personnalité morale les contrariétés à des intérêts extérieurs aux règles de droit *per se*. Il s'agirait d'abus que l'on pourrait considérer comme subjectifs, par opposition aux abus objectifs sus-évoqués : l'abus subjectif est assimilable au cas où la contrariété ne se fait pas par rapport à une règle de droit, mais par rapport à l'intérêt de la personne morale.

⁵⁵⁵ N.-F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1991, n°11, p. 8 ; N.B. : Les erreurs de ponctuation proviennent du texte d'origine.

B. La réalité incarnée par l'intérêt social

244. La contrariété à l'intérêt social. Cette conception nécessite un changement de point de vue : la réalité prise en compte n'est plus le droit, mais l'intérêt social⁵⁵⁶. L'abus serait constitué par une contrariété entre cet intérêt et l'usage qui est fait de la personnalité morale. C'est ainsi que, selon un auteur⁵⁵⁷, « *la personnalité morale est une fiction, mais il faut chercher si elle a bien servi à traduire juridiquement la réalité d'un intérêt distinct* », c'est-à-dire si la personnalité morale a bien été utilisée dans l'intérêt social. *A contrario*, un emploi de la personne morale qui irait à l'encontre de l'intérêt social serait un abus. De manière plus éclairante encore, un autre auteur⁵⁵⁸ a mis en avant le fait que « *tout dépassement de l'intérêt collectif constitue un abus de la personnalité morale* ». Selon cette perspective, la réalité est donc l'intérêt social : si l'usage qui est fait de la fiction de la personnalité morale est contraire à cet intérêt, alors l'abus de la personnalité morale serait caractérisé. On peut par exemple imaginer que la société serve le seul intérêt personnel d'un associé, ou bien l'intérêt du groupe de sociétés dans son ensemble, au détriment de l'intérêt social.

Ainsi théorisé, l'abus de la personnalité morale est toutefois imparfait à deux égards. D'une part, il suppose de déterminer avec précision le contenu de l'intérêt social, ce qui n'est pas chose aisée. D'autre part, son application risque de s'étendre de manière excessive : le danger est en effet celui de considérer que toute contrariété à l'intérêt social est un abus de la personnalité morale, car il est difficile, voire impossible, de distinguer un acte contraire à l'intérêt social d'un usage de la personnalité morale contraire à l'intérêt social.

245. Ces deux définitions de l'abus de la personnalité morale ayant été présentées, il semble qu'elles puissent être toutes les deux convaincantes lorsqu'elles se trouvent couplées. Par conséquent, l'abus de la personnalité morale serait ainsi un usage contraire de la fiction qu'est la personnalité morale à la loi ou à l'intérêt social. La limite principale de cette présentation est la prémisse qui est celle de la personnalité morale comme fiction : si l'on considère que cette prémisse est inexacte, cette explication de l'abus de la personnalité morale est nécessairement insatisfaisante. Ainsi, si l'on est partisan de la théorie de la réalité

⁵⁵⁶ Puisque notre raisonnement s'applique au cas du droit des sociétés, intérêt de la personne morale et intérêt social seront ici utilisés indifféremment. C'est sur le cas fréquent de la société que portera la réflexion.

⁵⁵⁷ R. PLAISANT, note sous Cass. civ., 14 déc. 1944, S., 1946, I, 105, cité par N.-F. RAAD, *op.cit.*, *loc. cit.*

⁵⁵⁸ D. VEAUX, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, Thèse, Rennes, 1947, Éditions techniques S.A., Librairie de la Cour de cassation, formule de N.-F. RAAD, dans *op.cit.*, n°8, p. 6.

technique, l'abus de la personnalité morale devrait nécessairement être un mauvais usage : toutefois, cette analyse prête aisément le flanc à la critique.

§2. Le mauvais usage de la personnalité morale

246. Conception restrictive ? Cette seconde conception de l'abus de la personnalité morale prend pour fondement la théorie de la réalité technique. Ainsi, il s'agit d'une « *signification restrictive* »⁵⁵⁹ par rapport à la vision de l'abus comme contrariété de la fiction avec la réalité, car elle concerne les seules personnes morales de droit privé, c'est-à-dire celles qui sont créées par une volonté des membres et non par fiction du législateur⁵⁶⁰. Cette première affirmation est discutable : les personnes morales de droit public sont-elles des fictions façonnées par le législateur ? Pour nombre d'entre elles, l'intérêt collectif est bien identifiable⁵⁶¹.

247. La dépendance vis-à-vis de l'acte constitutif et de l'activité ? Selon la théorie de la réalité, la personnalité morale ne fait que traduire une réalité préexistante, elle suppose une entité (en général un groupement) ayant un intérêt collectif, et son émergence en tant que procédure d'opposabilité est permise par la volonté et l'intérêt exprimés par ce groupement, en général dans l'acte constitutif. Par conséquent, les personnes morales seraient dépendantes de l'acte juridique⁵⁶² (en général les statuts de la société) permettant *in fine* de leur reconnaître l'opposabilité. Mais l'existence de la personne morale serait également conditionnée par son activité⁵⁶³. Là encore, ces considérations sont discutables. Premièrement, certaines sociétés existent sans statuts, comme la société créée de fait, bien que dans ce cas, un contrat tacite de société puisse être identifié : en tout état de cause, la dépendance vis-à-vis de l'acte constitutif est faible, si ce n'est inexistante. Secondement, comme déjà démontré (voir *supra*, n°122 et s.), l'inexistence de l'objet réel de la société n'entraîne pas l'inexistence de la société elle-même. Toute la théorisation se base donc sur des prémisses friables. En tout cas, l'auteur⁵⁶⁴ ayant consacré une thèse à ce sujet identifie deux « foyers » d'abus de la personnalité morale : le foyer contractuel et le foyer institutionnel.

⁵⁵⁹ N.-F. RAAD, *op. cit.*, n°12, p. 9.

⁵⁶⁰ *ibid.*

⁵⁶¹ Comme dans le cas d'une commune dont l'intérêt collectif est représenté par l'intérêt commun de ses habitants.

⁵⁶² N.-F. RAAD, *op. cit.*, n°12, p. 9.

⁵⁶³ *ibid.*

⁵⁶⁴ N.-F. RAAD, *op. cit.*

248. L'abus contractuel de la personnalité morale. Dans ce cadre, l'abus de la personnalité morale ne serait rien d'autre qu'une tension entre la volonté initiale exprimée par l'acte constitutif de la personne morale et la volonté postérieure exprimée à travers l'activité pratiquée (qu'il faudrait d'ailleurs considérer plus largement comme toute action sociale). L'abus de la personnalité morale deviendrait ainsi « *une technique de contrôle, instaurant par là un équilibre entre l'activité et la volonté [initiale]* »⁵⁶⁵. Sous cet angle, l'abus de la personnalité morale consisterait en la fictivité⁵⁶⁶ : la personne morale ne représente pas une réalité comme elle le devrait selon la théorie de la réalité technique, il n'y a aucun groupement qui la sous-tend. En d'autres termes, des personnes privées ont, au moyen de la personne morale, façonné un être qui semble licite d'un point de vue de son acte constitutif, mais ne l'est pas dans les faits. Il s'agirait là de l'aspect « contractuel » de l'abus de personnalité morale.

249. L'abus institutionnel de la personnalité morale. En tant que le contrat fait aussi émerger une institution, on devrait également admettre qu'une violation de la loi est un abus de la personnalité morale⁵⁶⁷ : ainsi, par exemple, la confusion des patrimoines, l'abus de biens sociaux, ou encore des irrégularités comptables⁵⁶⁸ sont des abus de la personnalité morale. Ce second aspect de l'abus de la personnalité morale est très semblable, si ce n'est identique, à la conception selon laquelle l'abus est caractérisé en cas de contrariété entre la fiction et la réalité incarnée par les règles de droit.

250. Conclusion de la section. Les conceptions de l'abus de la personnalité morale sont à l'évidence nombreuses. Il en ressort que l'abus de la personnalité morale serait l'utilisation contraire de la personnalité morale à la loi ou à l'intérêt social (y compris, éventuellement, à l'acte constitutif de la société, ce qui inclurait la fictivité). Plusieurs questionnements émergent néanmoins. Tout d'abord, pourquoi voir en la violation de l'intérêt social et la fictivité un abus de la personnalité morale, étant entendu que ces manifestations sont déjà sanctionnées ? Ensuite, ces deux figures ne consistent-elles pas simplement en des violations de la loi ? L'intérêt résiderait dans la possibilité d'étendre la sanction lorsque se présenteraient des espèces ne constituant pas réellement une violation de la loi, ainsi que dans

⁵⁶⁵ N.-F. RAAD, *op. cit.*, n°12, p. 9.

⁵⁶⁶ N.-F. RAAD, *op. cit.*, n°15, p. 16.

⁵⁶⁷ N.-F. RAAD, *op. cit.*, n°13, p. 11.

⁵⁶⁸ N.-F. RAAD, *op. cit.*, n°214 et s., p. 203 et s.

une théorisation unitaire de l'ensemble de ces violations de la loi utilisant la personnalité morale comme pivot.

Ces violations étant multiples, il convient de sortir progressivement de la tour d'ivoire de la théorie, pour mettre en évidence la diversité que représenterait la catégorie des abus de la personnalité morale.

Section 2.

La dualité substantielle complémentaire de l'abus de la personnalité morale

251. Les abus de la personnalité morale pourraient être classés en deux catégories, selon l'utilisation qui est faite de la personnalité morale (§1) : abus positif et abus négatif. Nous préférons cette division à la distinction opérée dans la thèse de M. Fadel-Raad⁵⁶⁹, fondée sur la source et l'objet de l'abus, qui ne nous semble que peu pertinente. Cet auteur distingue entre l'abus contractuel, lorsque la personnalité morale est utilisée à des fins frauduleuses ou de simulation, et l'abus légal, lorsque la personnalité morale est employée à des fins personnelles. La difficulté est que ces catégories ne semblent que peu étanches : une personnalité morale frauduleuse est en effet fréquemment employée à des fins personnelles par le maître de l'affaire. En outre, cette classification se fonde à la fois sur la source de l'abus et sur son objet, ce qui est de nature à la rendre encore plus nébuleuse. Par conséquent, c'est la classification entre abus négatif et abus positif qui sera préférée. Cette distinction semble en outre juridiquement fructueuse, les effets y étant attachés pouvant être divers (§2).

§1. La théorisation de la dualité

252. Pour décrire ce qu'est l'abus de personnalité morale, Chauveau débute son raisonnement en partant de la dichotomie entre théorie de la fiction et théorie de la réalité⁵⁷⁰ : l'abus de personnalité morale serait à concevoir différemment en fonction de la théorie de la personnalité morale que l'on retient. Ainsi, les manifestations de l'abus de personnalité morale

⁵⁶⁹ N.-F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1991.

⁵⁷⁰ P. CHAUVEAU, « Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. dr. com.*, 1938, p. 397 et s.

pourraient être selon nous classées suivant qu'elles sont négatives (A) ou positives (B) : la doctrine n'a encore jamais théorisé explicitement une telle distinction. Il s'agirait en tout cas de deux formes que peut prendre l'abus, non pas de conceptions antagonistes.

A. L'abus négatif de la personnalité morale

253. L'effacement de la personnalité morale. Si l'on opte pour la théorie de la réalité, alors « *tant qu'existera la réalité qu'elle traduit, la personnalité morale devra, elle aussi, exister et produire tous ses effets ; l'on n'admettra pas qu'elle puisse disparaître pour faire place à celle des associés* ». Autrement dit, l'abus de la personnalité morale au regard de la théorie de la réalité de la personnalité morale serait conçue de manière négative, les associés ne pourraient pas effacer - abusivement donc - la personnalité morale de la société. Fouler aux pieds la personnalité de la société par son dépassement serait constitutif d'un abus négatif de la personnalité morale, car celui qui commet un tel abus ne respecte pas les limites de la personnalité morale. Précisément, il « sort » du cadre gouvernant la société, qui interdit certaines actions, il va au-delà « *des normes qui en gouvernent l'usage licite* »⁵⁷¹.

254. Le non-respect de l'opposabilité de la société aux associés. La prohibition de l'abus négatif de la personnalité morale se matérialise à titre d'exemple par le principe de l'opposabilité de la société aux associés, selon lequel « *Les associés ne peuvent pas dans leurs rapports avec les tiers faire abstraction de l'entité personnifiée qu'ils ont constituée* »⁵⁷². Par conséquent, les dirigeants représentent les associés, qui leur ont abandonné certains de leurs pouvoirs, à l'égard des tiers⁵⁷³ : cela signifie que l'associé ne peut exercer la tierce opposition si le représentant légal de la société l'a fait⁵⁷⁴, et il ne peut pas non plus agir contre l'auteur d'un préjudice causé à la société⁵⁷⁵. Ainsi, un associé qui agirait en réparation du préjudice social ou qui exercerait la tierce opposition serait coupable d'un abus négatif de la personnalité morale.

Toutefois, il faut observer que ces deux exemples connaissent des exceptions. D'une part, la tierce opposition est par exception ouverte au profit de l'associé lorsqu'il y a carence

⁵⁷¹ G. CORNU, « Abus » dans *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. CAPITANT, 14ème éd. 2022, P.U.F., coll. Quadriga, p. 482.

⁵⁷² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°300 et s., p. 109 et s.

⁵⁷³ *ibid.*

⁵⁷⁴ Cass. 3e civ., 6 oct. 2010, n°08-20.959, cité M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY dans *op. cit.*, *loc. cit.*, *BJS* 2011, §61, p. 120, note F.-X. LUCAS ; JCP E 2010, 1993, n°4, F. DEBOISSY et G. WICKER.

⁵⁷⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

de la société, lorsque le jugement a été « *rendu en fraude de [ses] droits* » (C. pr. civ., art. 583)⁵⁷⁶, et lorsque l'associé invoque « *des moyens qui [lui] sont propres* »⁵⁷⁷ (même article)⁵⁷⁸. D'autre part, même si l'associé ne peut en principe pas agir personnellement en responsabilité contre l'auteur d'un préjudice causé à la société, l'action étant réservée aux dirigeants de la société, il peut toutefois agir s'il a subi « *un préjudice personnel et distinct de celui subi par la société elle-même* »⁵⁷⁹, comme dans le cas d'associés d'une société coopérative ayant subi une rupture brutale d'une relation commerciale établie⁵⁸⁰.

Ces exceptions permettant aux associés de mettre de côté la personnalité morale de la société ne sont cependant pas constitutives d'une tolérance de l'abus négatif de personnalité morale, car l'abus consiste en un dépassement des normes qui « *gouvernent l'usage licite* » d'une institution, les exceptions précitées font, précisément, partie de l'ensemble des normes gouvernant la personnalité morale.

255. La confusion des patrimoines. Sous son angle négatif, la manifestation probablement la plus évidente de l'abus de personnalité morale est cependant la confusion des patrimoines⁵⁸¹. Bien connue des spécialistes du droit des entreprises en difficulté, la confusion des patrimoines peut être trivialement décrite comme « *la conséquence du constat de désordres existant entre plusieurs patrimoines de personnes physiques ou de personnes morales* »⁵⁸². Deux critères alternatifs, mais souvent retenus simultanément par les juges, permettent de caractériser la confusion des patrimoines⁵⁸³ : les relations financières anormales et l'imbrication des patrimoines. L'appellation de « flux financiers anormaux » avait été longtemps employée pour le premier critère, mais le terme de « relations » a permis d'étendre la condition à l'absence de flux financiers, pouvant également constituer une anormalité⁵⁸⁴. Les relations financières anormales sont notamment retenues dans le cas de montages

⁵⁷⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.* : Il s'agit là d'une « *application classique de la fraude paulienne* ».

⁵⁷⁷ Le moyen propre n'est pas le moyen purement personnel : il est suffisant que l'associé subisse une modification de sa situation juridique en raison de l'objet de l'acte lié à l'activité sociale : Cass. com., 8 févr. 2011, n°09-17.034, cité par M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁷⁸ Ce « moyen propre » existe par exemple à l'occasion d'un coup d'accordéon décidé dans le cadre d'un plan de redressement : Cass. com., 31 mars 2021, n°19-14.839, P, *BJS* juill.-août 2021, p. 40, note F.-X. LUCAS ; Cass. 3e civ., 23 sept. 2020, n°19-16.643, *Dr. sociétés*, janv. 2021, n°4, obs. N. JULLIAN. Arrêts cités par M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°300, p. 111.

⁵⁷⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°301, p. 111.

⁵⁸⁰ Cass. com., 26 nov. 2013, n°12-26.332, cité par M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°301, p. 111 : Les associés d'une coopérative sont à la fois associés et contractant de la société.

⁵⁸¹ A. MAYMONT, H. CAUSSE, « L'abus de personnalité morale », *Journal des Sociétés*, n°86, avr. 2011, p. 35 et s.

⁵⁸² P. LE CANNU, D. ROBINE, *Droit des entreprises en difficulté*, 9ème éd., 2022, Dalloz, Précis, n°371 et s., p. 275 et s.

⁵⁸³ *ibid.*

⁵⁸⁴ *ibid.*

incluant une société ayant une activité économique et une société civile simplement propriétaire du bien immobilier⁵⁸⁵. Pour ce qui concerne l'imbrication des patrimoines, elle est caractérisée si les patrimoines des différentes personnes ne peuvent pas être différenciés, étant entendu que la tenue de comptes sociaux séparés est insuffisante pour écarter cette qualification⁵⁸⁶.

La confusion des patrimoines entraîne un effet sévère : la procédure collective ouverte à l'encontre d'un débiteur peut être étendue à la personne avec laquelle la confusion est caractérisée (C. com., art. L. 621-2, al. 2), sans que celle-ci ne doive elle-même remplir les critères d'ouverture de la procédure⁵⁸⁷. L'extension de procédure signifie que les deux patrimoines sont alors considérés comme formant une seule « *masse patrimoniale unique* »⁵⁸⁸, qui pourra être appréhendée dans sa totalité par la procédure pour désintéresser les créanciers, ce qui est extrêmement défavorable. L'objectif du dispositif est de rétablir une certaine réalité⁵⁸⁹, mais il n'est pas censé constituer une sanction.

La qualification de confusion des patrimoines ne fait certes pas disparaître les personnalités juridiques en cause⁵⁹⁰, mais les débiteurs s'étant adonnés à de telles pratiques ont évidemment agi en foulant aux pieds les frontières des différentes personnalités. C'est dans cet irrespect des limites de la personnalité que l'on identifie l'abus négatif de la personnalité morale.

256. Le coemploi. « *Le coemploi se caractérise par une immixtion permanente de la société mère dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière* »⁵⁹¹, au-delà, d'une part, de la nécessaire coordination des actions économiques entre différentes sociétés d'un même groupe et, d'autre part, de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer⁵⁹². Auparavant, pour caractériser le coemploi, était utilisé le critère incertain de la triple confusion, abandonné depuis : il fallait une confusion « *d'intérêts, d'activités et de direction* »⁵⁹³. La conséquence du coemploi est stricte : la société-mère est déclarée coemployeur des

⁵⁸⁵ *ibid.*

⁵⁸⁶ *ibid.*

⁵⁸⁷ J. THÉRON, « Coemploi et notions de droit des entreprises en difficultés », *BJT*, déc. 2021, p. 29.

⁵⁸⁸ P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁸⁹ J. THÉRON, art. préc.

⁵⁹⁰ P. LE CANNU, D. ROBINE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁹¹ G. AUZÉRO, « Du coemploi à la fictivité, il n'y a qu'un pas... », *BJS*, sept. 2021, p. 28, note sous CA Nancy, 27 mai 2021, n°20/00027 ; Pour un arrêt appliquant ces critères, voir Cass. soc., 25 nov. 2020, n°18-13.769.

⁵⁹² Cass. soc., 25 nov. 2020, n°18-13.769.

⁵⁹³ Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-45.341.

salariés de la société filiale, c'est-à-dire qu'elle est tenue l'égard des salariés comme si elle était elle-même la société-employeur.

Là encore, la frontière de la personnalité est bafouée : la société-mère ne tient pas compte de l'existence de la personnalité de la société filiale, et se permet de la gérer directement. La majorité de la doctrine y voit sans surprise un abus de la personnalité morale⁵⁹⁴, mais la nature de cet abus est débattue. Alors que certains⁵⁹⁵ y voient une fictivité de la société employeur, d'autres considèrent que la situation n'est pas réductible à la fictivité au sens du droit des entreprises en difficulté⁵⁹⁶, notamment parce que la société a malgré tout une activité propre⁵⁹⁷ (la société en sommeil serait-elle alors fictive ? Voir *infra*, n°268 et s.).

N'ont été présentés ici que les abus négatifs les plus saillants, mais il faut malgré tout observer que d'autres abus de la sorte seraient concevables, comme par exemple l'abus de biens sociaux⁵⁹⁸ ou encore l'apparence et l'immixtion⁵⁹⁹.

257. Alors que la prohibition de l'abus négatif de la personnalité empêche l'effacement de la personnalité juridique de la société pour faire prévaloir celle de l'associé ou d'une autre société, l'abus positif empêche quant à lui une extension de la personnalité morale propre de la société. L'abus de la personnalité morale agit donc dans deux sens : on ne peut aller ni trop en-deçà, ni trop au-delà de la personnalité morale. Dans ce cadre, il convient de noter que la confusion des patrimoines ou le coemploi pourraient être perçus comme des abus positifs, car en ignorant les limites d'une personne, on étend naturellement le champ d'une autre. Ces abus auraient donc un versant négatif, mais on pourrait également y percevoir un versant positif. Ce sont cependant des abus négatifs par objet, car leur objectif est de franchir les frontières de la personnalité.

⁵⁹⁴ J. THÉRON, art. préc. ; G. AUZERO, « Co-emploi, en finir avec les approximations », *RDT*, 2016, p. 27 ; C. GAILHBAUD, *BJE*, mars 2021, p. 57 ; J.-F. BARBIERI, note sous Cass. soc., 25 nov. 2020, n°18-13.769, *BJS* janv. 2021, p. 25.

⁵⁹⁵ G. AUZERO, « Du coemploi à la fictivité, il n'y a qu'un pas... », art. préc.

⁵⁹⁶ J. THÉRON, art. préc.

⁵⁹⁷ CA Douai, 16 déc. 2004, n° 03/02.333, affaire « *Metaleurop* », *BJS* juin 2005, n° 154, p. 690, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

⁵⁹⁸ N.-F. RAAD, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1991, n°219, p. 206.

⁵⁹⁹ Voir par ex. Cass. com., 12 juin 2012, n°11-16.109 : Une société-mère ne peut être déclarée solidairement responsable des condamnations prononcées à l'encontre de sa filiale sans qu'il soit constaté que l'immixtion de la société-mère a été de nature à créer pour l'agent commercial de la filiale une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant.

B. L'abus positif de la personnalité morale

258. L'extension de la personnalité morale. L'abus positif se conçoit au regard de la théorie de la fiction : « *Si au contraire cette personnalité morale est fictive, on ne saurait étendre cette fiction au-delà des besoins pour lesquels elle a été créée sans risquer d'en faire un usage excessif, et partant erroné* »⁶⁰⁰. Cette extension étant le fruit de la volonté des associés, elle n'est qu'une « *personnalité apparente* »⁶⁰¹, on devrait ainsi « *rechercher et faire réapparaître la personnalité réelle des associés : la personnalité de la société devra s'effacer devant celle de ses membres* »⁶⁰². Cette « sur-utilisation » de la personnalité morale est l'abus dans son sens le plus évident et intuitif. C'est également celui qui répond à la définition générale de l'abus de la personnalité morale précitée : « *L'abus de personnalité morale évoque la création abusive, le fonctionnement abusif ou la survie (l'existence) abusive d'une société.* »⁶⁰³. Malgré tout, cette définition est assez générale pour y inclure également les abus négatifs de la personnalité morale, si l'on décide d'infléchir quelque peu les termes, car est évoqué le « *fonctionnement abusif* » de la société, ce qui pourrait inclure le fait d'ignorer la personnalité morale de la société.

L'abus positif de la personnalité morale suppose d'élargir le socle de la personnalité morale, de se servir de celle-ci comme d'un « *bouclier* »⁶⁰⁴, afin de protéger l'associé qui se trouve derrière ou bien de lui permettre de faire des actions lui étant normalement impossibles. La jurisprudence veille bien à « *éviter que l'une des parties puisse interposer entre elle et son adversaire la fiction d'une personnalité morale pour arrêter le cours normal et le jeu régulier d'une disposition législative* »⁶⁰⁵ : si une telle interposition était identifiée, les tribunaux pourraient procéder à une « *levée du voile social* »⁶⁰⁶. C'est donc ici l'affirmation excessive de la personnalité qui est perçue comme un abus de la personnalité morale. Ainsi, cette forme d'abus correspond aux manifestations de l'abus de la personnalité morale dans le cadre des sociétés en sommeil : d'une part, fictivité de la société ou, d'autre part, fraude par la société. Ces deux formes d'abus de la personnalité ne seront pas abordées ici, mais elles

⁶⁰⁰ P. CHAUVEAU, « Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. dr. com.*, 1938, p. 399 spéc.

⁶⁰¹ *ibid.*

⁶⁰² *ibid.*

⁶⁰³ A. MAYMONT, H. CAUSSE, « L'abus de personnalité morale », *Journal des Sociétés*, n°86, avr. 2011, p. 35 et s.

⁶⁰⁴ P. CHAUVEAU, *D.* 1927, 2, 144, note sous CA Alger, 5 mai 1926 et CA Alger, 2 févr. 1927.

⁶⁰⁵ P. CHAUVEAU, « Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. dr. com.*, 1938, p. 409.

⁶⁰⁶ N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 2001, n°981 et s., p. 588 (version numérique) : Il s'agit d'une expression issue du droit anglo-saxon, « *Piercing of the corporate veil* », qui consiste à ne pas s'arrêter à la personnalité morale de la société, et d'appréhender les associés eux-mêmes par-delà ce « voile ».

seront étudiées spécifiquement en contemplation de la société en sommeil (voir *infra*, n°268 et s. et n°307 et s.). A titre d'illustration, sera présentée ici une forme plus originale d'abus positif.

259. La théorie des navires apparentés. La doctrine du droit maritime a dû lutter contre un abus de la personnalité morale original : la *single ship company*⁶⁰⁷. L'idée derrière ce montage est en fait relativement peu sophistiquée : il s'agit de diviser une flotte de navires en autant de sociétés que de navires, pour cloisonner les risques sociaux. Ainsi, un créancier d'une société ne peut normalement pas poursuivre les autres sociétés, en raison de l'autonomie patrimoniale des sociétés. Puisque l'on crée autant de nombreuses personnalités là où, en réalité, il n'y a qu'une seule entreprise, on étend le champ de la personnalité morale. Pour lutter contre cette pratique abusive, la théorie des navires apparentés a été développée ; celle-ci permet à « *un créancier de saisir de manière conservatoire un navire qui n'appartient pas à son débiteur mais à une société apparentée* »⁶⁰⁸. La doctrine est cependant divisée sur le fondement qui sous-tend cette théorie⁶⁰⁹ : fictivité ou apparence ?

260. Bien que l'abus négatif et l'abus positif de la personnalité morale découlent de deux conceptions différentes de la personnalité morale, respectivement de la théorie de la réalité et de la théorie de la fiction, ils sont, à dire vrai, complémentaires. Il faut malgré tout noter que ces deux abus peuvent quelquefois être simultanément caractérisés. Mais cette division est-elle juridiquement pertinente ? Il semble que la réponse puisse être affirmative, car les effets des deux abus semblent différer.

§2. Les conséquences juridiques de la dualité

261. Imprudence et manquement délibéré. D'un point de vue conceptuel, l'abus négatif et l'abus positif de la personnalité morale ne sont pas la même chose. Dans le premier cas, on ignore la réalité, souvent plutôt par imprudence que volontairement, tandis que dans le second, on tente de tisser une nouvelle réalité grâce à la fiction de la personnalité morale, on veut se soustraire au droit par des montages plus ou moins réfléchis. Dans ce cadre,

⁶⁰⁷ J.-P. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, 1998, Thèse, Pratique des affaires, Joly Éditions, n°639 et s., p. 389 et s. ; N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 2001, n°1028, p. 613 (version numérique).

⁶⁰⁸ N. MATHEY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁰⁹ *ibid.*

ignorer la réalité ne semble pas aussi grave aux yeux du législateur que d'en créer une nouvelle : la simple imprudence n'équivaut pas au manquement délibéré.

262. L'abus négatif : rétablir la réalité. Sous la réserve notable du cas de l'abus de biens sociaux, qui entraîne des sanctions pénales, les abus négatifs de la personnalité morale ne sont pas sanctionnés à proprement parler. L'idée n'est pas tellement de punir, mais de rétablir une réalité qui a été rompue. Ainsi, le coemploi ou la confusion des patrimoines ont pour effets, déjà précisés, de respectivement déclarer la société-mère s'étant immiscée de manière indue dans la gestion de sa filiale comme coemployeur, ou bien de lui étendre la procédure collective de la filiale. Les conséquences de ces abus, en outre, ne vont être encourues que dans des situations pathologiques, elles ne sont pas automatiques : il faut en effet que la filiale soit en procédure collective pour que le coemploi ou l'extension de procédure pour confusion des patrimoines puissent jouer.

263. L'abus positif : nullité. En revanche, les abus positifs de la personnalité morale laissent le droit moins indifférent. Il ne s'agit pas ici de rétablir une réalité qui aurait été méconnue, éventuellement par imprudence, mais de sanctionner des comportements en général mûrement réfléchis. Ainsi, la société fictive est annulable⁶¹⁰, mais il est à observer que la jurisprudence a hésité entre la nullité et l'inexistence⁶¹¹, dont les effets auraient été encore plus rigoureux⁶¹². La déclaration de fictivité n'est pas rétroactive et le délai de prescription est de trois ans⁶¹³. En cas de société fictive, cependant, il est fréquent que la sanction soit plutôt l'inopposabilité que la nullité⁶¹⁴. Mais à la fictivité peut venir s'adjoindre le délit d'escroquerie⁶¹⁵ ou le délit d'abus de biens sociaux⁶¹⁶. En ce qui concerne la société frauduleuse, conformément à l'adage « *fraus omnia corrumpit* », les solutions sont les mêmes⁶¹⁷ : nullité ou inopposabilité si les droits des tiers peuvent être rétablis ainsi.

264. Conclusion de la section. L'abus de la personnalité morale peut être soit positif, lorsque l'objectif est d'étendre la personnalité et d'en faire un bouclier, soit négatif, lorsque les limites de la personnalité se trouvent bafouées. La sanction de l'abus positif est en principe la

⁶¹⁰ Cass. com., 16 juin 1992, cité par M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2022, LexisNexis, n°272 et s., p. 95 et s.

⁶¹¹ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶¹² La déclaration d'inexistence est rétroactive et n'est soumise à aucune prescription.

⁶¹³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶¹⁴ *ibid.*

⁶¹⁵ Cass. crim., 3 juill. 1975, n°74-92.961.

⁶¹⁶ Cass. crim., 4 nov. 2004, n°04-81.211.

⁶¹⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

nullité. En revanche, l'abus négatif n'est pas sanctionné à proprement parler, sauf abus de biens sociaux : ce n'est qu'en cas de difficultés que la personne qui abuse se verra simplement obligée comme la personne sur laquelle porte l'abus.

265. Conclusion du chapitre. L'abus de la personnalité morale est une notion difficile à saisir. Structuré autour de deux pôles, l'un conceptuel, l'autre substantiel, cet abus peut être très généralement défini comme l'usage de la personnalité morale contraire aux règles qui la gouvernent ou à la réalité, qui se manifeste soit par un dépassement indu des limites de la personnalité, soit par une extension indu desdites limites. Le portrait de l'abus de la personnalité morale se précise quelque peu, mais il reste flou : une étude plus complète, au sein d'une thèse, serait de très bonne intelligence.

266. Conclusion du titre. La personnalité morale est une figure énigmatique. Dans ce cadre, son abus se conçoit malgré tout. Après avoir identifié la possibilité de cet abus et après l'avoir inscrit au sein de l'ordre juridique, il a été répondu à la question de savoir en quoi il consiste en théorie et comment il se manifeste en pratique. Cette toile de fond ayant été tissée, il convient désormais d'y appliquer les peintures de la société en sommeil. Cette dernière est-elle un abus de la personnalité morale ? La réponse sera double : la société en sommeil est fréquemment une manifestation de l'abus de la personnalité morale, mais cela n'est pas systématique.

Titre II

LA CARACTÉRISATION DE L'ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE : LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL

267. Selon un auteur⁶¹⁸, la société en sommeil serait systématiquement un abus de la personnalité morale, se manifestant par la fraude et la fictivité : « *La personnalité morale n'a rien perdu de son amplitude démesurée ; loin d'avoir enfin trouvé ses vraies limites, exacerbée, elle masque mal situations fictives et fraudes* »⁶¹⁹. Cette conception semble extrêmement rigoureuse, et viendrait à condamner un grand nombre de sociétés. Sans tomber dans cet extrême, qui consisterait à toujours voir dans la société en sommeil un abus de la personnalité morale, il semble à notre sens tout aussi erroné de voir dans cette figure une entité qui ne pose aucun problème juridiquement. Il nous semble indéniable que la société en sommeil est constitutive, fréquemment, d'un tel abus : elle est donc une fictivité (**Chapitre 1**) ou une fraude (**Chapitre 2**).

⁶¹⁸ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, p. 81 et s.

⁶¹⁹ P. DIENER, *op. cit.*, n°1, p. 81.

Chapitre 1

LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL, UNE SOCIÉTÉ FICTIVE

268. Une définition incertaine. « *La société mise en sommeil, ou créée en sommeil dans le plus grand respect apparent des règles du droit des sociétés, ne dissimule que le néant : c'est une pure fiction de société* »⁶²⁰. Pour déterminer si la société en sommeil est une société fictive, encore faut-il définir la fictivité. Or la tâche est très malaisée. Les contours de la notion sont en effet mal délimités en droit des sociétés⁶²¹, et les approches doctrinales varient sur la question, ce qui est gênant en raison des conséquences graves qui s'y attachent⁶²². Il y a fictivité lorsque la société « *n'est qu'une apparence de société* »⁶²³ ou lorsque la société « *n'est qu'une façade* »⁶²⁴ : en raison de la généralité de ces définitions, on perçoit tout le malaise de la doctrine à conceptualiser la notion. La fictivité se manifeste lorsque les associés sont des prête-noms, et le véritable maître de l'affaire demeure extérieur au pacte social⁶²⁵ : à notre sens, il s'agit d'un exemple de société fictive, et non du cas général. La société fictive est une société hypocrite : derrière le masque social du comédien « *hypokritès* »⁶²⁶ se cache en fait tout autre chose, mais qui n'est aucunement une société véritable.

269. Qualification de société fictive : défaut d'un élément du contrat de société ou faisceau d'indices. Pour caractériser la fictivité, certains auteurs considèrent qu'il est suffisant qu'un élément constitutif du contrat de société fasse défaut⁶²⁷ (apport, vocation aux bénéfices ou au profit d'une économie ou *affectio societatis*), tandis que d'autres sont plus exigeants, et considèrent que la qualification « *suppose la réunion d'un faisceau d'indices*

⁶²⁰ P. DIENER, *op. cit.*, n°7, p. 86.

⁶²¹ Par conséquent, une thèse est en cours sur le sujet : N.-M. BOUARROUZ-FOUBART, *La société fictive*.

⁶²² Sur les conséquences de la fictivité, voir *supra*, n°263 : La société fictive est nulle, bien que la jurisprudence ait hésité avec l'inexistence. La fictivité n'a pas de caractère rétroactif. Le délai de prescription est de trois ans. Malgré tout, il est fréquent que l'inopposabilité soit préférée à la nullité.

⁶²³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°268, p. 94.

⁶²⁴ Ph. MERLE, A. FAUCHON, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 27ème éd., 2023/2024, Dalloz, n°62, p. 85.

⁶²⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*, Ph. MERLE, A. FAUCHON, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶²⁶ N. CUZACQ, « La RSE, le masque et la plume », *Rev. sociétés*, févr. 2023, p. 71, n°7 : « Dans les tragédies grecques, le mot hypocrite (*hypokritès*) désignait l'acteur qui interprétait différents personnages en changeant de masques selon les circonstances ».

⁶²⁷ Ph. MERLE, A. FAUCHON, *op. cit.*, *loc. cit.*

concordants »⁶²⁸ : absence de pluralité des associés, de consentement réel, d'activité sociale, de comptabilité, de compte en banque, de respect du « *rite sociétaire* », d'autonomie patrimoniale, juridique ou décisionnelle de la société⁶²⁹. Le critère le plus souvent utilisé pour qualifier la société de fictive est l'absence d'*affectio societatis*⁶³⁰, bien qu'il puisse être couplé avec l'identité de dirigeants, d'associés ou de locaux⁶³¹.

270. Théorie contractuelle, théorie institutionnelle, doctrine de l'entreprise. La qualification de société fictive dépend en réalité grandement de ce que l'on considère être l'essence de la société. Plusieurs approches de la société sont concevables.

Selon l'approche contractuelle, la société n'est « *rien d'autre qu'un contrat* »⁶³², c'est le « *produit de la volonté des fondateurs* »⁶³³. Souvent caricaturée par ses détracteurs pour mieux prêter le flanc à la critique, la théorie contractuelle a regagné en force notamment grâce à la création de la SAS, laissant une grande place à la volonté des associés, et grâce à une conception nouvelle du contrat : « *Le contrat apparaît aujourd'hui à la fois comme un lien entre les parties dont il est l'œuvre commune, et comme une entité contractuelle constituée d'un ensemble de droits et d'obligations, potentiellement cessible, qui s'insère dans un ordre juridique avec lequel il est relié* »⁶³⁴. Selon cette conception, si un élément constitutif du contrat de société vient à manquer, alors il y a fictivité.

Selon l'approche institutionnelle, la société serait irréductible à un simple contrat. En raison des dispositions impératives de la loi applicables à la société, de la possibilité de prendre des décisions à la majorité des associés, et de la création d'une personne morale, la société serait une institution⁶³⁵. Hormis le fait que cette théorie ait été développée pour des raisons politiques⁶³⁶, la notion d'institution apparaît comme extrêmement imprécise⁶³⁷. Dans cette conception, il y aurait fictivité si un faisceau d'indices démontre la disparition de l'institution, lorsque les rouages institutionnels sont inexistants ou dysfonctionnels.

⁶²⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶²⁹ *ibid.*

⁶³⁰ N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 2001, n°1020, p. 608 (version numérique).

⁶³¹ *ibid.*

⁶³² Th. MASSART, « Contrat de société », *Répertoire des sociétés*, avr. 2006, mis à jour nov. 2021, n°105 et s.

⁶³³ E. NETTER, « Contrat de société et nullité de société », *Études Joly Sociétés*, 11 oct. 2021.

⁶³⁴ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.

⁶³⁵ Th. MASSART, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶³⁶ *ibid.* : « *Mais à partir de 1900, la société apparut comme l'une des cibles privilégiées d'une partie de la doctrine administrative qui tentait de restreindre la notion de contrat* ».

⁶³⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 9ème éd., 1919, Sirey, p. 118 : « *Une organisation sociale quelconque est instituée lorsque le pouvoir de réalisation qu'il y a en elle est soumis, dans une certaine mesure, à l'idée mère de l'entreprise et, par là, à sa fonction par des règles de droit établies et par des moyens objectifs efficaces* ».

Malgré ces insuffisances, la théorie institutionnelle a cependant permis de faire germer la pensée de l'École de Rennes, aussi appelée doctrine de l'entreprise : celle-ci postule que la société n'est ni un contrat, ni une institution, mais une technique d'organisation de l'entreprise⁶³⁸ : « *l'entreprise se présenterait comme une collectivité économique et humaine regroupant toutes les personnes liées à l'activité économique commune* »⁶³⁹. La société est fictive s'il n'y a donc pas d'entreprise.

271. De manière prodigieuse, ces conceptions de la société sont toutes les trois incompatibles avec la société en sommeil. Au regard de la théorie contractuelle, un ou plusieurs éléments constitutifs du contrat de société font presque systématiquement défaut dans le cadre de la société en sommeil : cette dernière est donc fictive selon la théorie contractuelle (**Section 1**). Au regard de la théorie institutionnelle et au regard de la doctrine de l'entreprise, outre le défaut d'éléments constitutifs du contrat de société, l'inexistence d'éléments propres mais non-constitutifs de la société est indéniable, de sorte que la société est également fictive dans ce cadre (**Section 2**).

Section 1.

L'analyse contractuelle : l'inexistence d'éléments constitutifs du contrat de société

272. La société est un contrat : à ce titre, elle doit remplir les conditions du droit des contrats (consentement des associés, capacité de contracter, contenu licite et certain)⁶⁴⁰. Mais en tant qu'elle est un contrat spécial, la société ne peut exister que si elle remplit plusieurs conditions spéciales issues du droit des sociétés⁶⁴¹ : en l'absence de ces éléments constitutifs, la société sera fictive. Ces conditions sont d'ordre matériel (§1) ou d'ordre personnel (§2), et elles font très fréquemment défaut, pour au moins l'une d'entre elles, dans le cas de la société en sommeil.

⁶³⁸ J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Thèse, 1965.

⁶³⁹ Th. MASSART, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁴⁰ Par ex. J. HEINICH, *Droit des sociétés*, 1ère éd., 2023, LGDJ, n°18 et s., p. 49 et s.

⁶⁴¹ Par ex. J. HEINICH, *op. cit.*, n°45 et s., p. 69 et s.

§1. Les éléments constitutifs d'ordre matériel

273. Pour identifier les éléments constitutifs matériels, on peut repartir de l'article 1832, alinéa 1er du Code civil, qui dispose que : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.* ». Ainsi, parmi ces conditions matérielles, on identifie la vocation aux bénéfices et aux économies (A) et les apports (B).

A. L'absence relative de la vocation aux bénéfices et aux économies

274. « *Il y a toujours un rêve qui veille* »⁶⁴². Le sommeil ne doit pas être un « *anéantissement de l'âme* »⁶⁴³, de sorte que la société doit poursuivre un but social, aussi appelé spécialité légale⁶⁴⁴ : il s'agit de la réalisation soit d'un bénéfice (1°) soit d'une économie (2°), qui sont respectivement difficilement concevable et contingente dans le cadre de la société en sommeil. Si le but social vient à manquer, la société en sommeil sera fictive.

1° Le défaut fréquent du partage du bénéfice

275. Généralités sur la notion de partage du bénéfice. Selon le Code Napoléon, la société était constituée exclusivement « *dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* » (C. civ., art. 1832, rédaction de 1804). Ainsi, la frontière avec l'association était *a priori* claire, car l'association est créée « *dans un but autre que de partager des bénéfices* » (Loi du 1er juill. 1901, art. 1er)⁶⁴⁵. Dans l'arrêt de principe « *Caisse rurale de Manigod* » du 11 mars 1914⁶⁴⁶, la Cour de cassation définit la notion de bénéfices de manière stricte⁶⁴⁷. Le bénéfice est, selon cet arrêt, « *un gain pécuniaire ou [un] gain matériel qui ajoute à la fortune des associés* », c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'un enrichissement positif. Cet arrêt est

⁶⁴² L. ARAGON, *Les yeux d'Elsa*, 2002, Seghers.

⁶⁴³ É. DURKHEIM, *Cours de philosophie fait au Lycée de Sens (1883-1884)*, Leçon XXVII, « Le Sommeil, le rêve, la folie », Coll. « Les auteur(e)s classiques », Université du Québec à Chicoutimi (classiques.uqac.ca).

⁶⁴⁴ Y. CHAPUT, « Objet social », *Répertoire des sociétés*, janv. 2020, mis à jour févr. 2024, Dalloz, n°8 et s.

⁶⁴⁵ P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 10ème éd., 2023, LGDJ, n°259 et s., p. 207 et s.

⁶⁴⁶ Cass., Chambres réunies, 11 mars 1914, Inédit, « *Caisse rurale de Manigod* », DP 1917, I, p. 257 ; *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n°44.

⁶⁴⁷ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, *loc. cit.* : Il est à noter que l'association peut malgré tout rechercher un bénéfice, car il lui est seulement prohibé de partager le bénéfice

critiquable en ce qu'il fait dépendre la qualification de société de choix comptables⁶⁴⁸ et qu'il semble faire fi de la réalité des sociétés qui recherchent le bénéfice, sans pour autant l'obtenir⁶⁴⁹. Bien que la réforme de 1978 ait ajouté un autre but possible à la société, celui du profit de l'économie, elle a évidemment maintenu celui du partage du bénéfice.

276. Le principe : le partage de bénéfices inconcevable dans la société en sommeil. Par définition, la société en sommeil n'a pas d'activité, ce qui semble compromettre toute possibilité de partage de bénéfices, au moins jusqu'au réveil. Comment en effet partager un bénéfice si l'on ne peut plus faire de bénéfices ? Cela s'avère en principe impossible, de sorte que la société en sommeil pourrait être déclarée fictive sur ce fondement. Malgré tout, cette solution mérite d'être nuancée.

277. La nuance : le partage de bénéfices possible en cas de trésorerie. De fait, bien que la société en sommeil n'ait plus d'activité, elle pourrait cependant toujours distribuer des bénéfices issus d'exercices antérieurs. La société est simplement dans l'impossibilité de réaliser des bénéfices, mais non réellement de les partager. La société n'étant pas morte juridiquement, des assemblées générales doivent périodiquement se tenir, de sorte que si la société dispose d'une trésorerie résultant de son activité passée, les associés pourront décider la distribution de dividendes. Toutefois, cette nuance ne peut exister que si la société a une trésorerie, ce qui n'est pas systématiquement le cas, spécialement dans le cadre d'une société mise en sommeil, ayant probablement connu des difficultés.

2° Le défaut éventuel du profit d'une économie

278. Généralités sur la notion de profit d'une économie. Par une réforme de 1978, le législateur a modifié l'article 1832 du Code civil. Désormais, en plus de « *partager le bénéfice* », la société peut également avoir pour but de faire « *profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Le but social est cependant innervé par une unité conceptuelle : il s'agit de tout enrichissement, qu'il soit positif (partage des bénéfices) ou négatif (profit d'une économie). La définition du profit d'une économie est très large : il s'agit de réduire les dépenses et les coûts de toute nature⁶⁵⁰, même fiscaux ou sociaux. L'économie peut par

⁶⁴⁸ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, *loc. cit.*, spéc. n°263 : « *L'art comptable consistera ici à distribuer des sommes qui ne s'appelleront pas bénéfices* ».

⁶⁴⁹ *ibid.*

⁶⁵⁰ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, n°264 *in fine*, p. 210

exemple être réalisée « *en groupant les achats, les services, ou diverses activités* »⁶⁵¹. L'ajout de ce deuxième but a conduit à un débat doctrinal⁶⁵² : devait-on considérer qu'il s'agissait là d'une restriction du domaine des associations, en ce que chaque association ayant pour but le profit d'une économie devenait une société (avec des conséquences notables⁶⁵³) ou bien qu'il s'agissait plutôt d'une option⁶⁵⁴ ?

279. Le profit d'une économie possible dans la société en sommeil. La société en sommeil peut-elle avoir comme but social le profit d'une économie ? Pour répondre à cette question, il convient de reprendre les emplois que peut avoir la société inactive (voir *supra*, n°64 et s.). Très souvent, la société en sommeil est créée en vue d'être un « moule préconstitué », ou bien la société est mise en sommeil dans l'espoir qu'elle reprenne ultérieurement l'activité ancienne ou une activité nouvelle. Dans ce cas, l'objectif d'avoir une ou plusieurs structures sociales « *offertes à toutes utilisations* »⁶⁵⁵ est d'éviter les coûts afférents à la constitution de la société⁶⁵⁶ et de gagner du temps en esquivant le processus de constitution. D'ailleurs, même lorsque la société en sommeil existe à des fins illicites, comme le montage coquillard ou la société-écran, l'objectif est d'éluder l'impôt, donc de profiter d'une économie : la société sera sûrement frauduleuse, mais elle évitera la fictivité. Il est par conséquent indéniable que, dans ces cas, la société en sommeil a pour but le profit d'une économie. Toutefois, le profit d'une économie ne sera pas systématiquement caractérisé.

280. Le profit d'une économie obéré par les pertes ? (non). Toutefois, la société en sommeil n'a pas d'activité et donc pas de revenus. Par conséquent, si elle supporte des « *charges financières importantes* »⁶⁵⁷, comme « *le paiement du loyer en cas de bail commercial, le versement d'honoraires de comptabilité et de commissariat aux comptes, des frais d'entreposage pour les stocks et pour des équipements, des frais d'assurances, des*

⁶⁵¹ *ibid.*

⁶⁵² Pour l'exposition de ce débat, voir : P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, *loc. cit.*, spéc. n°264.

⁶⁵³ P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, *loc. cit.* : capacité juridique élargie, possibilité de partager les bénéfices et boni, changement de régime fiscal).

⁶⁵⁴ Y. GUYON, « L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 (aspects de droit interne) », *Rev. sociétés*, 1996, p. 501, cité par P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, *loc. cit.* : Selon cette deuxième opinion, les groupements dont le but est le partage de bénéfices seraient des sociétés, ceux dont le but est complètement désintéressé (aucun enrichissement positif ou négatif) seraient des associations, et ceux dont le but est le profit d'une économie seraient soit des associations soit des sociétés. Cette opinion semble la plus juste : le législateur n'avait pas pour objectif de restreindre le champ des associations, et la possibilité de laisser une option n'a rien de « *scandaleux* ».

⁶⁵⁵ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n° 3 *in fine*, p. 84.

⁶⁵⁶ Il s'agit des frais de greffe du Tribunal de commerce, des frais éventuels auprès du centre de formalités des entreprises (CFE), le coût de l'annonce légale et éventuellement des frais d'avocats. Ces coûts sont marginaux dans un grand groupe, mais ils peuvent s'avérer substantiels pour des entrepreneurs plus modestes.

⁶⁵⁷ G. NOTTÉ, « Les sociétés en sommeil », *JCP G, La Semaine Juridique*, 1981, 3022, n°9.

remboursements d'annuités d'emprunt »⁶⁵⁸, ne réalisera donc aucune économie, mais au contraire, deviendra une charge financière pouvant s'avérer importante pour les associés. Bien que la société en sommeil ne fasse pas nécessairement profiter ses associés d'une économie, cela ne remet pas forcément en cause le but qu'elle poursuit. De même qu'une société ne réalisant pas de bénéfices pourra toujours avoir pour but de partager des bénéfices, une société réalisant des pertes peut toujours avoir pour but de faire profiter d'une économie.

281. La disparition possible du profit d'une économie. Le profit d'une économie n'est toutefois pas systématique dans le cadre de la société en sommeil. Il est en effet fréquent que la mise en sommeil découle de difficultés financières, économiques, voire juridiques (voir *supra*, n°70). Dans ce cadre, il est évidemment possible que les associés envisagent la reprise de l'activité ancienne ou le commencement d'une activité nouvelle. Mais parfois, les associés ne savent potentiellement rien de l'avenir de la société ainsi mise en sommeil : à dire vrai, il n'y a pas de but à la mise en sommeil, ce qui justifie le sommeil est le « au cas où ». Dans ce cadre, la société en sommeil est maintenue sans réel but : elle existe simplement, entreposée dans un tiroir, et quelqu'un viendra peut-être tôt ou tard la dépoussiérer et lui redonner une vie nouvelle, mais cela n'est pas certain.

B. L'absence ponctuelle d'apports

282. La notion d'apport. « *L'apport constitue la mise en commun initiale effectuée par les associés soit au moment de la création de la société, soit en cours de vie sociale* »⁶⁵⁹ : il s'agit pour l'associé de transférer une valeur à la société, contre laquelle il recevra des droits sociaux⁶⁶⁰. Cette exigence d'apport est « *consubstantielle* »⁶⁶¹ à toute société, même pour celles dépourvues de personnalité morale. Cependant, il faut noter qu'elle est devenue peu signifiante dans les faits, car le législateur a supprimé l'exigence d'un capital social minimal dans de nombreuses sociétés. On distingue classiquement l'apport en numéraire⁶⁶², l'apport en nature⁶⁶³, et l'apport en industrie (voir *supra*, n°161).

⁶⁵⁸ *ibid.*

⁶⁵⁹ J. HEINICH, *Droit des sociétés*, 1ère éd., 2023, LGDJ, n°18 et s., p. 49 et s.

⁶⁶⁰ *ibid.*

⁶⁶¹ *ibid.*

⁶⁶² Il s'agit de l'apport de somme d'argent.

⁶⁶³ Il s'agit de l'apport d'un bien autre que l'argent : il peut se faire en propriété, en jouissance ou en usufruit ou en nue-propriété.

283. La disparition de l'apport en industrie : indifférence juridique. L'absence d'apports dans le cadre de la société en sommeil se rencontrera rarement. La raison est simple : les sommes et les biens apportés ne se volatilisent pas en raison du sommeil de la société. Toutefois, le sommeil et l'apport en industrie entretiennent des liens étroits, déjà précisés, notamment dans le cadre de l'inexécution par un associé de ses obligations (voir *supra*, n°161). L'apport en industrie est le « *talent [mis] à la disposition de la société* »⁶⁶⁴ (travail ou réputation par exemple). C'est « *l'engagement pris par l'associé de consacrer tout ou partie de son activité aux affaires sociales et de mettre à la disposition de la société ses connaissances professionnelles* »⁶⁶⁵. La disparition de l'apport en industrie sera systématique en cas de sommeil, et elle peut être soit la cause, soit la conséquence du sommeil.

Sous le versant de cause du sommeil, lorsque l'associé cesse d'apporter son industrie, alors si le talent de l'associé est nécessaire à l'entreprise la société sera nécessairement mise en sommeil. Sous le versant de conséquence du sommeil, si la société est mise en sommeil, l'associé se verra dans l'impossibilité matérielle de réaliser son travail : son apport en industrie disparaîtra également.

Toutefois, il faut noter que cette disparition sera indifférente juridiquement, car la société maintiendra ses apports en numéraire ou en nature : malgré la disparition de l'apport en industrie, la condition d'apport sera de toute façon satisfaite.

284. Les éléments d'ordre matériel peuvent disparaître dans le cadre de la société en sommeil : le partage de bénéfices ne peut en principe pas être caractérisé, la recherche d'une économie ne l'est pas systématiquement, et l'apport en industrie disparaît toujours (bien que ce cas n'entraîne aucune conséquence au plan du contrat de société). Ces éléments ne suffisent certes pas toujours à qualifier la société en sommeil de fictive : mais la disparition des éléments constitutifs d'ordre personnel offre une possibilité supplémentaire de caractérisation de la fictivité.

⁶⁶⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°224, p. 79.

⁶⁶⁵ A. LECOURT, « Apport », *Répertoire des sociétés*, janv. 2024, Dalloz, n°623.

§2. Les éléments constitutifs d'ordre personnel

285. Le contrat de société doit en principe réunir deux éléments constitutifs d'ordre personnel, qui font tous deux très souvent défaut dans le cadre de la société en sommeil : l'*affectio societatis* (A) et la pluralité d'associés (B).

A. L'absence de l'*affectio societatis*

286. Notion. Bien que ne faisant pas expressément partie des conditions du contrat de société posées à l'article 1832 du Code civil, l'*affectio societatis* en est cependant bien une condition essentielle. Selon la jurisprudence, il y a *affectio societatis* lorsqu'un associé collabore « *de façon effective à l'exploitation [...] dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité* »⁶⁶⁶, en participant aux bénéfices et aux pertes. Cependant, la définition de l'*affectio societatis* serait plus large encore : il s'agit de la volonté d'être en société, c'est la « *volonté de participer au pacte social* »⁶⁶⁷. L'*affectio societatis* est donc un « *lien psychologique entre les associés* »⁶⁶⁸. Il n'y a cependant pas d'identité entre la notion d'*affectio societatis* et les mobiles personnels des associés⁶⁶⁹. L'*affectio societatis* est utilisé pour caractériser le consentement de l'associé au contrat de société ainsi que la mésentente paralysant le fonctionnement social, celle-ci pouvant entraîner la dissolution de la société⁶⁷⁰ (C. civ., art. 1844-7, 5° ; à notre sens, il est en théorie possible qu'il y ait mésentente, sans pour autant que la volonté d'être en société ne se soit estompée).

286. Élément « pivot » : appréciation de la validité de la société en sommeil. « *A dire vrai, c'est l'affectio societatis, modalité du consentement, entendu au sens de la volonté de collaborer à l'oeuvre commune, d'être en société, qui détermine tous les autres éléments ; c'est le concours réel des volontés individuelles qui autorise la qualification de société* »⁶⁷¹. L'*affectio societatis* est donc l'élément constitutif « pivot », non seulement car il est la condition primordiale qui détermine toutes les autres, mais également car c'est lui qui fait le

⁶⁶⁶ Cass. com., 3 juin 1986, n°85-12.118.

⁶⁶⁷ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°255 et s., p. 90 et s.

⁶⁶⁸ G. CORNU, « *Affectio societatis* » dans *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. CAPITANT, 14ème éd. 2022, P.U.F., coll. Quadrige, p. 36.

⁶⁶⁹ Cass. com., 10 févr. 1998, n°95-21.906, « *E. D. Le Maraîcher* », cité par M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁷⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁷¹ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n°14, p. 89.

plus souvent défaut dans le cadre de la société en sommeil. Ce serait en effet le « *critère déterminant permettant d'apprécier la validité d'une société en sommeil* »⁶⁷² ; certains auteurs⁶⁷³ vont jusqu'à considérer que l'*affectio societatis* fait systématiquement défaut dans le cadre de la société en sommeil.

287. L'*affectio societatis* peut soit être absent *ab initio*, soit disparaître en cours de vie sociale : la distinction entre société née en sommeil et société mise en sommeil est donc cardinale. Pour la société infantile, si l'absence d'*affectio societatis* existe depuis la naissance, alors la validité d'une telle société pourra être remise en cause⁶⁷⁴ (1°). Pour la société sénile, si l'*affectio societatis* disparaît en raison du sommeil, alors la validité d'une telle société ne peut être remise en cause sur le fondement de la disparition de l'*affectio societatis*⁶⁷⁵, mais le contrat serait alors caduc (2°).

1° La société infantile : l'inexistence de l'affectio societatis

288. Les circonstances de création de la société infantile. Pour mémoire (voir *supra*, n°65 et s.), les sociétés créées en sommeil sont le plus souvent l'oeuvre de banques d'affaires⁶⁷⁶ ou de sociétés-mères⁶⁷⁷, qui les constituent pour leurs clients, leur groupe, ou leurs besoins propres. « *Si la mise en veilleuse survient dès la période de création, on peut être à peu près persuadé que la société s'inscrit dans un ensemble plus vaste (un groupe surtout) et n'est qu'un élément d'une politique d'ensemble* »⁶⁷⁸, utile notamment dans le cadre de montages sociétaires⁶⁷⁹.

289. L'emploi de prête-noms. Dans ce cadre, il est fréquent que la société infantile soit créée par un associé prépondérant (société-mère ou une de ses filiales), tandis que le ou les autres associés sont largement minoritaires⁶⁸⁰ : cette situation « *porte à rechercher si les associés minoritaires ne sont pas de simples prête-noms de l'associé dominant et s'ils ont*

⁶⁷² I. TCHOTOURIAN, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2011, n° 468, p. 261.

⁶⁷³ Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *La société-écran, Essai sur sa notion et son régime juridique*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1998, n°353, p. 325.

⁶⁷⁴ I. TCHOTOURIAN, *op. cit.*, n°474 et s., p. 263 et s.

⁶⁷⁵ *ibid.*

⁶⁷⁶ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n° 3, p. 84.

⁶⁷⁷ G. NOTTÉ, *art. préc.*, n°4.

⁶⁷⁸ *ibid.*

⁶⁷⁹ J.-P. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, 1998, Thèse, Pratique des affaires, Joly Éditions, n°718, p. 434.

⁶⁸⁰ P. DIENER, *art. préc.*, n°11, p. 87.

bien été inspirés par l'*affectio societatis* »⁶⁸¹. L'utilisation de prête-noms n'est pas prohibée en soi⁶⁸², mais elle peut être la manifestation d'un manque d'*affectio societatis* : si les associés prête-noms ne participent pas activement à la société, par exemple lorsque « *les autres associés sont des personnes qui dépendent étroitement de la société mère ; administrateurs ou salariés. En effet de tels associés n'ont pas la volonté ni la possibilité d'exercer des droits attachés à une qualité purement apparente d'associé* »⁶⁸³. Dans ce cadre, plus que d'absence d'*affectio societatis*, on pourrait même parler d'*inaffectio societatis* : la société en sommeil s'avère être un « *état imposé à des personnes qui n'ont pas consenti à s'associer* »⁶⁸⁴, de sorte que les associés n'ont donc d'associés que le nom.

290. L'impossibilité de collaboration active. Bien que l'*affectio societatis* ne se réduise pas à la collaboration active de la part de l'associé, il est indéniable que c'est là sa manifestation la plus prégnante. Hormis le cas spécifique de l'emploi de prête-noms, l'absence d'*affectio societatis* démontrée par la passivité de l'associé se retrouverait à dire vrai dans toute société en sommeil : « *comment contribuer à la réalisation de l'objet social, puisque la "société créée en sommeil" n'a pas d'objet social [réel]* »⁶⁸⁵ ? La collaboration active dans le cadre de la société créée en sommeil serait fondamentalement impossible, de sorte que l'*affectio societatis* n'existerait pas, et même s'il existait, il ne pourrait pas être prouvé⁶⁸⁶. La collaboration active dans le cadre de la société en sommeil se réduirait à une « *participation minimale au fonctionnement de la société sans autre objectif* »⁶⁸⁷, ce qui n'est pas une vision acceptable de l'*affectio societatis*⁶⁸⁸.

291. La conclusion peut donc être dressée sans nuances : il n'y a pas d'*affectio societatis* dans le cadre d'une société née en sommeil. « *Au regard de la théorie contractualiste de la société, il résulte que les notions de "société créée en sommeil" et d'affectio societatis sont difficilement conciliables* »⁶⁸⁹. Les seules échappatoires pour contourner cette conclusion sont l'extension de la définition de l'*affectio societatis* ou la

⁶⁸¹ *ibid.*

⁶⁸² P. DIENER, art. préc., n°12, p. 87 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n°165 et s., p. 60 et s. : Tant à l'égard des tiers que des parties à l'acte ainsi simulé, la société joue pleinement. Le prête-nom ne peut se soustraire à ses engagements à l'égard des tiers, et l'acte simulé a force obligatoire entre les parties, sous réserve de la fraude.

⁶⁸³ P. DIENER, art. préc., n°12, p. 88.

⁶⁸⁴ I. TCHOTOURIAN, *op. cit.*, n°506 et s., p. 275 et s.

⁶⁸⁵ *ibid.*

⁶⁸⁶ Or « *Idem est non esse aut non probari* » (« Ne pas être et ne pas être prouvé sont la même chose »).

⁶⁸⁷ I. TCHOTOURIAN, *op. cit.*, loc. cit.

⁶⁸⁸ *ibid.*

⁶⁸⁹ *ibid.*

rupture avec l'analyse contractuelle de la société⁶⁹⁰. Autrement dit, il s'agirait de faire une entorse à la rigueur juridique. En tout état de cause, les développements précédents peuvent valoir pour la société sénile, mais de manière non-systématique.

2° La société sénile : affirmation ou disparition de l'affectio societatis

292. « Ce qui est vrai pour la société créée en sommeil l'est aussi pour celle qui est mise en sommeil. En effet, à compter de cette décision, la société n'est plus qu'une apparence, les éléments essentiels du contrat de société disparaissent ; il n'y a plus d'affectio societatis »⁶⁹¹. Cette affirmation est radicale, et s'avère fausse dans le cadre de la société-tiroir, car l'affectio societatis y est bien maintenu, du moins initialement ; en revanche, la société-levier connaît effectivement une disparition de l'affectio societatis (sur cette distinction, voir *supra*, n°71 et s.).

293. La société-tiroir. Il faut en revenir au contexte de l'avènement de la société sénile (voir *supra*, n°70 et s.). Le plus souvent, la société est mise en sommeil en raison de difficultés que l'on espère passagères : on met la société en sommeil dans l'espoir que l'entreprise puisse ensuite renaître. Par conséquent, dans ce cadre, la mise en sommeil ne correspond pas à une disparition de l'affectio societatis, mais bien au contraire à sa confirmation la plus vigoureuse : la société est mise en sommeil et non pas dissoute, car l'affectio societatis est tellement fort entre les associés qu'ils veulent à tout prix rester en société, ils refusent de se délier. Malgré tout, le sommeil peut alors devenir la cause de la perte d'affectio societatis. Hormis le cas extrême où il vient à provoquer une mésentente entre les associés, qui sera cause de dissolution (voir *supra*, n°166), le sommeil peut susciter le désintérêt des associés, qui n'auront plus la volonté d'être en société, spécialement si le sommeil a été d'une certaine durée.

294. La société-levier. La mise en sommeil survient certes le plus souvent en raison de difficultés financières, mais des raisons extrinsèques à l'intérêt social et à l'intérêt collectif des associés peuvent venir s'y ajouter. Ainsi, lorsque la mise en sommeil est décidée dans un but d'utiliser la structure sociale à des fins de « société-levier » (voir *supra*, n°73 et s.), elle peut alors manifester une perte de l'affectio societatis. Les associés n'ont plus la volonté de

⁶⁹⁰ *ibid.*

⁶⁹¹ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n° 16, p. 90.

rester en société, le maintien de la société ne se fait pas par leur volonté, mais par la volonté du groupe ou d'un investisseur extérieur, utilisant la structure sociale persistante dans des montages divers.

295. Caducité. Certains auteurs refusent d'étudier la disparition de l'*affectio societatis* dans les sociétés mises en sommeil, car les éléments constitutifs du contrat de société devraient être appréciés à sa création⁶⁹². Mais, d'une part, la mise en sommeil peut provoquer la dissolution de la société pour mésentente entre les associés ou pour inexécution par un associé de ses obligations (voir *supra*, n°158 et s.), et d'autre part, si l'on suit strictement une analyse contractuelle de la société, alors il y aurait caducité du contrat. « *Tandis que la nullité sanctionne l'absence initiale, au moment de la conclusion du contrat, d'une condition de validité, la caducité sanctionne la disparition, en cours d'exécution de l'un de ses "éléments essentiels" (art. 1186, al. 1er)* »⁶⁹³. La caducité « *met fin au contrat* » (C. civ., art. 1187, al. 1er), mais il n'est pas précisé si cette caducité est ou non rétroactive⁶⁹⁴. Par conséquent, une disparition de l'*affectio societatis* en raison de la mise en sommeil a des conséquences incertaines. Il semble toutefois peu probable que la société soit remise en cause rétroactivement, bien qu'une possibilité de dissolution sur ce point mérite d'être envisagée.

En tout état de cause, bien que l'*affectio societatis* soit l'élément constitutif d'ordre personnel de la société dont l'absence est la plus fréquente, il n'est pas à exclure que la pluralité des associés soit également un mirage.

B. L'absence de pluralité des associés

296. Une condition faible. Avant même d'aborder le défaut de pluralité des associés dans la société en sommeil, il convient de s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit encore d'un élément constitutif du contrat de société. La réponse est à notre sens affirmative : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes [...]* » (C. civ., art. 1832, al. 1er). Cependant, il faut observer que les entorses à ce principe sont extrêmement nombreuses : la société « *peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.* » (même article, al. 2). En outre, même en cas de disparition de la pluralité d'associés dans les sociétés où elle reste obligatoire, une procédure de régularisation est

⁶⁹² I. TCHOTOURIAN, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2011, n° 474 et s., p. 264.

⁶⁹³ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 13ème éd., 2022, Dalloz, n°592 et s., p. 683 et s..

⁶⁹⁴ *ibid.*

prévue, la dissolution n'étant pas de plein droit (C. civ., art. 1844-5). Ainsi, l'absence de la pluralité des associés est une condition n'entraînant que très rarement la dissolution lorsqu'elle apparaît en cours de vie sociale, mais elle peut rester une condition devant être appréciée lors de la création de certaines formes sociales, comme la SA.

297. Simulation de la pluralité d'associés. Des montages « ingénieux »⁶⁹⁵ ont permis de contourner l'exigence de la pluralité d'associés. Avec l'admission des sociétés unipersonnelles - EURL et SASU - ce cas est largement périmé, mais il pourrait valoir si la société en sommeil constituée en méconnaissance de la pluralité des associés est une SA ou une SCA⁶⁹⁶. L'exemple présenté remonte à l'époque où sept associés devaient être réunis pour constituer une SA⁶⁹⁷. Le montage comprend une société-mère, avec plusieurs filiales ou sous-filiales, ainsi que ses salariés. Une filiale va souscrire la majorité des actions de la société, et les actions restantes sont souscrites par plusieurs salariés de la société-mère grâce à un prêt que celle-ci leur a accordé. Après l'immatriculation de la société en sommeil, une autre filiale vient acheter les actions détenues par les salariés, ce qui leur permet de rembourser la société-mère. Pour simuler une véritable pluralité d'associés, un prêt d'actions sera octroyé aux salariés. « *Ces diverses combinaisons superposées rendent très difficile, sinon impossible, la preuve de la violation de la règle de l'article 1832 du Code civil imposant deux associés au minimum* »⁶⁹⁸. En ce cas, en plus de la fictivité de la société, on pourrait également caractériser une fraude à la loi, cette dernière imposant la pluralité d'associés⁶⁹⁹.

298. Conclusion de la section. Selon une analyse contractuelle de la société, la société en sommeil est systématiquement, ou presque, une société fictive. Parmi les éléments d'ordre matériel du contrat de société, la recherche de bénéfices n'est que difficilement caractérisable, mais il est concevable d'identifier le profit d'une économie, tandis que l'apport en industrie peut disparaître (ce qui est sans conséquence véritable). Parmi les éléments d'ordre personnel, c'est grâce à l'absence quasi-invariable d'*affectio societatis* que la preuve de la fictivité sera obtenue, étant entendu que la pluralité des associés peut également faire

⁶⁹⁵ P. DIENER, *op. cit.*, n°30, p. 97.

⁶⁹⁶ C. com., art. L. 226-1, al. 1er : La société en commandite par actions doit compter un ou plusieurs associés commandités, et trois associés commanditaires au moins.

⁶⁹⁷ P. DIENER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁹⁸ *ibid.*

⁶⁹⁹ *ibid.*

défaut. Ainsi, la possibilité pour la société en sommeil d'éviter la fictivité est aussi restreinte qu'une tête d'épingle.

A dire vrai, toute la question est de savoir si une telle analyse contractuelle de la société en sommeil est réellement satisfaisante. Certains auteurs⁷⁰⁰ proposent d'admettre la validité de la société en sommeil même en l'absence d'*affectio societatis*, ce qui ne serait possible que grâce à une analyse institutionnelle de la société. Toutefois, même selon la théorie institutionnelle et selon la doctrine de l'entreprise, la société en sommeil ne sera que difficilement valable.

Section 2.

L'analyse institutionnelle : l'inexistence d'éléments constitutifs de l'institution sociale

298. Selon l'analyse institutionnelle de la société, « *une organisation sociale quelconque est instituée lorsque le pouvoir de réalisation qu'il y a en elle est soumis, dans une certaine mesure, à l'idée mère de l'entreprise et, par là, à sa fonction par des règles de droit établies et par des moyens objectifs efficaces* »⁷⁰¹, c'est-à-dire que l'organisation sociale doit poursuivre un « *but d'intérêt collectif* »⁷⁰² et représenter une « *réalité sociale différente des individus* »⁷⁰³. Dans le sillage de cette théorie, la doctrine de l'entreprise développée par l'Ecole de Rennes considère que la société n'est rien d'autre que la « *technique juridique d'organisation de l'entreprise* »⁷⁰⁴ ; « *Plus précisément, l'entreprise se présenterait comme une collectivité économique et humaine regroupant toutes les personnes liées à l'activité économique commune. Les actionnaires apporteraient leurs capitaux, les salariés leur force de travail, les banques leurs crédits, etc.* »⁷⁰⁵.

Selon ces deux conceptions, la fictivité serait caractérisée dès lors qu'un faisceau d'indices démontre l'inexistence de l'institution ou de l'entreprise. Cette méthode semble être

⁷⁰⁰ I. TCHOTOURIAN, *op. cit.*, n°510 et s., p. 276 et s.

⁷⁰¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 9ème éd., 1919, Sirey, p. 118, cité par Th. MASSART, « Contrat de société », *Répertoire des sociétés*, avr. 2006, mis à jour nov. 2021, n°105 et s.

⁷⁰² J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938, cité par Th. MASSART, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁰³ *ibid.*

⁷⁰⁴ J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Thèse, 1965 ; Th. MASSART, *op. cit.*, n°112.

⁷⁰⁵ Th. MASSART, *op. cit.*, *loc. cit.*

celle retenue en l'état du droit positif par la jurisprudence⁷⁰⁶. Ces indices peuvent être de deux sortes, étant entendu que d'autres indices encore pourraient être retenus⁷⁰⁷. D'une part, ils peuvent concerner la substance même de l'institution ou de l'entreprise (§1) : il s'agira de l'absence d'activité et du défaut d'autonomie patrimoniale, juridique ou décisionnelle. D'autre part, ils peuvent concerner la forme (§2) : non-respect du « *rite sociétaire* », absence de compte bancaire et de comptabilité⁷⁰⁸. Il faut malgré tout observer que l'absence d'éléments constitutifs du contrat de société peut également participer à la formation du faisceau d'indices⁷⁰⁹.

§1. Les indices substantiels

299. Les indices substantiels renvoient au fonctionnement de l'entreprise. Il s'agit notamment de l'absence d'activité (A) et de l'absence d'autonomie de la société (B).

A. L'absence d'activité

300. Menace pour toute société en sommeil. Par son seul sommeil, la société aurait-elle un « pied dans la tombe » de la fictivité ? La réponse est affirmative, car l'absence d'activité sociale serait un indice de fictivité⁷¹⁰. Or par définition, la société en sommeil est celle qui est dépourvue d'activité, c'est pourquoi toute société en sommeil remplirait au moins cet indice. Il faut cependant observer que la seule inactivité sociale est insuffisante pour qualifier la société de fictive⁷¹¹, de sorte qu'il faudra la coupler avec d'autres indices : c'est bien la méthode du faisceau d'indices que l'on utilise ici. En tout état de cause, les sociétés en sommeil sont plus à risque que les sociétés actives d'être qualifiées de fictives.

⁷⁰⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis, n°268, p. 94 ; (dir.) M. MENJUCQ, B. SAINTOURENS, B. SOINNE *et alii*, *Traité des procédures collectives*, 3ème éd., 2021, LexisNexis, coll. Traités, n°408 et s., p. 419 et s. ; En outre, voir par ex. Cass. com., 15 nov. 2017, n°16-20.193 ou Cass. com., 4 oct. 2011, n°09-16.293.

⁷⁰⁷ (dir.) M. MENJUCQ, B. SAINTOURENS, B. SOINNE *et alii*, *op. cit.*, *loc. cit.* : c'est le cas de l'identité d'associés, l'identité des dirigeants, la multiplicité des liens financiers sans cause réelle. Il sera cependant observé qu'il n'est pas certain que la fictivité en droit des sociétés et la fictivité en droit des procédures collectives soient une seule et même notion.

⁷⁰⁸ *ibid.*

⁷⁰⁹ Cass. com., 4 oct. 2011, n°09-16.293 préc. : Une société a son siège à l'adresse professionnelle du gérant, celui-ci se rémunère en s'octroyant plus de la moitié du chiffre d'affaires de la société et ses coassociés ne sont pas animés par l'*affectio societatis*.

⁷¹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷¹¹ Cass. com., 11 mars 2008, n°06-19.986 : Le simple fait qu'une SARL dont l'objet était l'achat et la revente de biens immobiliers n'a procédé depuis sa création qu'à l'acquisition d'un seul immeuble et qu'elle ne l'a jamais exploité commercialement est insuffisant pour caractériser la fictivité de la société.

Selon la conception de l'École de Rennes, la société est la structure qui accueille l'entreprise ; à défaut d'entreprise, la société est nécessairement fictive. Cette position se retrouve en jurisprudence : « *Les tribunaux appréhendent la société - et la personnalité morale qui lui est accordée - comme constituant la structure juridique d'organisation d'une entreprise, ou d'une activité économique.* »⁷¹². Par conséquent, la société en sommeil contreviendrait à la doctrine de l'entreprise, et serait de ce fait constitutive d'une fictivité.

B. L'absence d'autonomie

301. Dans son sens le plus littéral, la fictivité est caractérisée lorsque la société ne représente aucune réalité. Cela se manifeste en cas d'absence d'autonomie, qu'elle soit patrimoniale, juridique ou décisionnelle. Par exemple, la société « *apparaît fictive lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle, et notamment de la faculté de décider dans le cadre des dispositions légales et réglementaires, de sa liquidation ou de sa survie, cette faculté appartenant en fait au maître de l'affaire* »⁷¹³. D'une part, la société née en sommeil fait le plus souvent partie d'un groupe ou d'un montage sociétaire complexe : par conséquent, son autonomie, surtout décisionnelle, est inexistante, car il ne s'agit que d'une pièce dans un mécanisme global. Dès lors que la société née en sommeil n'est qu'un rouage d'un montage sociétaire ou d'un groupe, elle sera dépourvue d'activité. D'autre part, la société mise en sommeil peut également être dépourvue d'autonomie décisionnelle, dans le cas où des investisseurs extérieurs viendraient à utiliser sa coquille pour différentes opérations.

Mais par-delà ces indices substantiels, des éléments formels peuvent également être réunis pour démontrer la fictivité de la société en sommeil.

§2. Les indices formels

302. Avant toute chose, la société en sommeil reste une société. Dans ce cadre, elle est par principe tenue de respecter les règles qui s'imposent à toute société. Lorsque ces exigences « formelles » ne se trouvent pas respectées, il s'agit d'indices supplémentaires permettant de caractériser la fictivité. Or il est fréquent que la société en sommeil ne respecte pas le « *rite sociétaire* » (A) et qu'elle n'ait pas de compte en banque et de comptabilité (B).

⁷¹² A. CONSTANTIN, « Conditions et effets de la fictivité d'une société », note sous Cass. com., 22 juin 1999, « *Sté Kreditanstalt für Wiederaufbau c/ Sté Interpac holding limited et autres* », *Rev. sociétés*, 1999, p. 824.

⁷¹³ CA Douai, 2e ch., 2 oct. 2003, cité par (dir.) M. MENJUCQ, B. SAINTOURENS, B. SOINNE *et alii*, *op. cit.*, *loc. cit.*

A. L'absence du rite sociétaire

303. L'expression de « rite sociétaire » désigne un ensemble de pratiques quasi-sacramentelles inhérentes au fonctionnement de toute société : il s'agit par exemple de la tenue d'assemblées générales et de l'accomplissement de ses fonctions par le gérant. Or est fictive une société dont aucune assemblée n'a été convoquée, dont l'associé majoritaire n'a jamais rempli ses fonctions de gérant, et dont la création a pour objet unique l'organisation de l'insolvabilité dudit associé⁷¹⁴. En bref, le défaut de rite sociétaire est un indice de fictivité. Or l'inactivité propre à la société en sommeil est un terrain propice au développement d'une telle passivité des organes sociaux, que l'on soit dans une société née en sommeil ou dans une société mise en sommeil⁷¹⁵. Dans ce cadre, l'expression de la société en tant qu'institution est impossible, car les organes censés représenter l'institution peuvent être muets : comment alors identifier l'institution sociale dans une telle société en sommeil ?

B. L'absence de compte en banque et de comptabilité

304. Si les flux financiers ne sont ni reçus au sein d'un compte propre de la société, ni comptabilisés, alors il s'agit d'un indice de la fictivité de la société. La tenue d'une comptabilité et l'absence de compte bancaire sont très souvent liées à l'activité économique : ce sont là des « outils » permettant de mener une activité économique, au même titre que les locaux ou les salariés⁷¹⁶. On en revient donc à la doctrine de l'entreprise : à défaut d'entreprise, et donc d'éléments organisant l'entreprise, il y a fictivité de la société⁷¹⁷.

305. Conclusion de la section. Suivant les théories institutionnelles et de la doctrine de l'entreprise, la société en sommeil sera nécessairement une société fictive. Les indices substantiels que sont l'absence systématique d'activité et l'absence fréquente d'autonomie, ainsi que les indices formels que sont l'absence de respect du « rite sociétaire » et l'absence de compte en banque et de comptabilité suffisent à retenir la fictivité de la société. A tout cela pourraient en outre s'ajouter des indices n'ayant pas été développés, comme l'identité de

⁷¹⁴ Cass. com., 9 juin 2009, n°07-20.937.

⁷¹⁵ Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-22.073, « *Sté Frate c/ Julien ès qual.* » préc., note L. AMIEL-COSME, *Rev. sociétés*, 2011, p. 163 ; comm. A. VIANDIER, « La mise en sommeil d'une société ne rend pas impossible son fonctionnement normal justifiant sa dissolution pour juste motif », *JCP E*, n°18-19, 6 Mai 2010, 1449.

⁷¹⁶ A. CONSTANTIN, art. préc.

⁷¹⁷ *ibid.*

locaux et de dirigeants, et les indices résultant de la conception contractuelle, comme le défaut d'*affectio societatis* au sein de la société en sommeil.

306. Conclusion du chapitre. La société en sommeil ne peut que susciter la méfiance du droit des sociétés. Aussi bien selon la théorie contractuelle que selon les théories institutionnelle et de la doctrine de l'entreprise, la société en sommeil est une société fictive. Une société en sommeil ne pourrait échapper à la qualification de fictivité qu'à la double condition de tordre la définition de l'*affectio societatis*⁷¹⁸ et que les associés soient animés par la bonne foi et qu'ils fassent respecter les formes sociétaires élémentaires, ce qui sera loin d'être systématique. Dans le cas général, la société en sommeil sera en tout état de cause une société fictive.

Cependant, la société en sommeil s'avère en réalité doublement illicite. Condamnable d'une part sur le fondement de la fictivité, la société en sommeil l'est également d'autre part sur le fondement de la fraude.

⁷¹⁸ Sous réserve de la société mise en sommeil, où la volonté de rester en société est maintenue.

Chapitre 2

LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL, UNE SOCIÉTÉ FRAUDULEUSE

307. Fraude et société en sommeil. Il y fraude à la loi « *chaque fois que le sujet tente d'interposer entre lui-même et la règle qui doit s'imposer à lui une norme inconciliable avec la première* »⁷¹⁹. La fraude « *permet de sanctionner un comportement jugé contraire au droit, mais qui se recommande d'une certaine régularité juridique* »⁷²⁰. Autrement dit, il y a fraude à la loi lorsque l'agissement est illicite, mais que le moyen employé est régulier⁷²¹ : il s'agit d'une violation de la loi dans son esprit, mais non dans sa lettre. Le principe général en la matière, exprimé par l'adage latin « *fraus omnia corrumpit* » est que la fraude est une dérogation à toutes les règles⁷²².

Le lien entre la fraude et la société en sommeil est immédiatement perceptible. Bien que très souvent fictive, la société en sommeil présente une apparence de régularité ; les associés seront vigilants au respect des formes sociales, aussi bien lors de la constitution que du fonctionnement minimal de la société. A première vue régulièrement constituée, la société en sommeil peut en réalité dissimuler des agissements illicites. Dans ce cadre, la société en sommeil peut être soit l'agissement illicite *per se* - auquel cas elle est l'objet de la fraude - soit elle peut le permettre - auquel cas elle est moyen de la fraude. La société en sommeil sera objet de fraude lorsqu'il « *sera nécessaire de frauder la loi pour confectionner une société en sommeil* »⁷²³, et plus généralement dès lors que tout avènement du sommeil conduira à frauder la loi (**Section 1**), et elle sera un moyen de fraude lorsqu'elle « *sera créée pour tourner la loi* »⁷²⁴ (**Section 2**).

⁷¹⁹ B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Thèse, Dalloz, coll. Bibl. de droit international privé, 1974, n°2, p. 3.

⁷²⁰ *ibid.*

⁷²¹ G. CORNU, « Fraude » dans *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. CAPITANT, 14ème éd. 2022, P.U.F., coll. Quadriga, p. 482.

⁷²² B. AUDIT, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷²³ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n° 21 et s., p. 93 et s.

⁷²⁴ *ibid.*

Section 1.

La société en sommeil, objet de fraude

308. Alors que la société infantile créée en fraude des règles de droit présente une utilité limitée, car faisant doublon avec la théorie de la fictivité (§1), la société sénile mise en sommeil en fraude des règles de droit peut présenter une utilité (§2).

§1. La société née en sommeil objet de fraude : utilité limitée

309. Naissance artificielle de la personnalité morale. La confection de la société en sommeil passe fréquemment par le biais de la fraude de la loi, qui se manifeste par « *la volonté délibérée de se soustraire à l'article [1842 du Code civil], c'est-à-dire de faire naître artificiellement la personnalité morale* »⁷²⁵. Il est en effet de principe que « *Les sociétés [...] jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.* » (C. civ., art. 1842, al. 1er). Cette hypothèse se confond le plus souvent avec la fictivité, par exemple lorsque la condition de pluralité des associés n'est pas respectée⁷²⁶, et qu'un montage est mis en place pour contourner cette disposition (voir *supra*, n°297) ou encore lorsque l'*affectio societatis* fait défaut. Par conséquent, voir en la société en sommeil un « *objet de fraude* » présente une utilité limitée ; le non-respect d'une règle de droit lors de la création d'une société en sommeil revient à ne pas respecter les conditions constitutives de la société, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une fictivité. En ce cas, l'unique utilité serait donc d'avoir une « double protection » : si la société en sommeil n'est pas remise en cause sur le fondement de la fictivité, elle le pourra certainement sur le fondement de la fraude.

§2. La société née en sommeil objet de fraude : utilité potentielle

310. Poursuite artificielle de la personnalité morale. La portée de la fictivité est incertaine, et la doctrine est divisée entre deux positions : soit la fictivité ne peut être caractérisée qu'à la naissance de la société, soit elle pourra être caractérisée pendant la vie sociale, mais avec des conséquences incertaines tenant à la caducité. L'identification d'une

⁷²⁵ *ibid.*

⁷²⁶ P. DIENER, art. préc., n°28 et s., p. 96 et s.

fraude pendant la vie sociale permettrait au contraire d'entraîner un effet puissant : la nullité⁷²⁷ de la société.

Quelles dispositions peuvent se trouver violées en raison de la mise en sommeil de la société ? On pourrait avancer que la mise en sommeil de la société serait constitutive d'une atteinte à l'article 1844-7 du Code civil, imposant la liquidation, notamment pour extinction ou réalisation de l'objet social (C. civ., art. 1844-7, 2°) et pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou en cas de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société (C. civ., art. 1844-7, 5°). Il pourrait être défendu que la mise en sommeil fait échapper artificiellement la société de la dissolution : la société devrait normalement disparaître, mais la mise en sommeil permet son maintien artificiel en vie. La société est alors en quelque sorte maintenue dans un état végétatif. Cette argumentation n'est pas pleinement convaincante : la dissolution de la société pour les causes précitées n'est pas certaine en raison du sommeil, d'autant plus que l'inactivité de la société est en soi une situation permise par le Code de commerce (C. com., art. R. 123-69 et R. 123-130).

311. La société en sommeil en tant qu'objet de fraude est concevable, bien que présentant un intérêt limité dans le cadre de la société infantile, mais elle pourrait présenter un certain intérêt, de portée incertaine, dans le cadre de la société sénile.

Section 2.

La société en sommeil, moyen de fraude

312. Distinction entre fraude et habileté. En tant que moyen de fraude, la société en sommeil est employée comme un « véhicule » permettant de tourner la loi. Pour identifier la fraude, il faudrait « *analyser la finalité assignée à la mise en veille* »⁷²⁸ : si la société en sommeil a pour objectif de tourner la loi, alors il y a fraude, mais s'il « *s'agit seulement d'attendre une conjoncture plus favorable ou de créer une société dormante en vue*

⁷²⁷ N. JULLIAN, S. TISSEYRE, « Nullité - Nullités de la structure », *Répertoire des sociétés*, oct. 2021, mis à jour févr. 2024, n°30 et s.

⁷²⁸ G. NOTTÉ, « Les sociétés en sommeil », *JCP G, La Semaine Juridique*, 1981, 3022, n°26, cité par I. TCHOTOURIAN, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2011, n° 479 et s., p. 265.

*d'utilisations futures, il y aurait simple habileté »*⁷²⁹. Alors que la fraude est prohibée, l'habileté ne l'est pas.

Déjà partiellement évoqués dans le cadre des utilisations de la société en sommeil (voir *supra*, n°73 et s. : c'est le cas des montages de droit financier et des montages « coquillards »), les situations dans lesquelles la société en sommeil devient un outil frauduleux sont en fait bien plus nombreuses. A titre d'illustrations, on évoquera ici la pratique du « *pump-and-dump* » (§1) et des délits en matière bancaire (§2).

§1. La pratique du « *pump-and-dump* »

313. Des investisseurs floués. La « *U.S. Securities and Exchange Commission* » (dite « *SEC* »), équivalent étasunien de l'AMF, chargée de réglementer et de contrôler les marchés financiers aux Etats-Unis, a émis une alerte⁷³⁰ concernant les « *penny stocks* »⁷³¹ de sociétés en sommeil, ces dernières étant définies comme les sociétés « *dénuées d'activité ou n'ayant qu'une activité nominale ou dénuées d'actifs non-monétaires, pendant une longue durée* »⁷³². La fraude repose sur la combinaison d'un marketing agressif et trompeur concernant ces actions particulières de sociétés en sommeil, avec une offre à prix attractif⁷³³. Concrètement, la pratique consiste en un achat d'actions d'une société en sommeil par « *un fraudeur* », qui viendra alors diffuser des fausses informations sur ces titres. Ces allégations mensongères peuvent par exemple affirmer la commercialisation d'un nouveau produit innovant ou la désignation de nouveaux dirigeants⁷³⁴. A cette occasion, la société changera éventuellement de nom commercial⁷³⁵. Dans le même temps, la société fera un « *reverse stock split* », c'est-à-dire une réduction du nombre d'actions cotées, mais un maintien de la valeur de cotation.

Grâce à ces manoeuvres, le cours de bourse va alors monter (« *pump* »), puis l'actionnaire fraudeur va revendre tous ces titres à un prix largement surévalué (« *dump* »)⁷³⁶. Puisque la société est en sommeil, dénuée d'activité ou d'actifs non-monétaires, les titres ont

⁷²⁹ *ibid.*

⁷³⁰ « *Dormant Shell Companies - How to Protect Your Portfolio from Fraud* » (« Sociétés coquilles en sommeil - comment protéger son portefeuille de la fraude »), *Investor Alerts and Bulletins*, 30 oct. 2014, sec.gov.

⁷³¹ Titres de sociétés de taille réduite, dont le cours de bourse ne dépasse pas cinq dollars par unité, dénués de droits aux dividendes et extrêmement volatiles. Voir « *What are stocks?* » (« Que sont les titres ? »), Investor.gov, SEC.

⁷³² « *Dormant Shell Companies - How to Protect Your Portfolio from Fraud* », préc.

⁷³³ *ibid.*

⁷³⁴ *ibid.*

⁷³⁵ *ibid.*

⁷³⁶ *ibid.*

une valeur intrinsèque très réduite : le prix payé par les investisseurs correspond à une valeur hypothétique se fondant sur les informations diffusées par le fraudeur. Ainsi, le fraudeur va réaliser une très grande plus-value, car il a acheté les titres à un prix très bas, et les a revendus à un prix bien plus élevé, bien que semblant intéressant au regard des fausses informations qu'il a diffusées.

314. La répression de la pratique. La pratique est répandue aux Etats-Unis, à tel point que la SEC a dû réagir, en prenant une décision de suspension de la cotation en bourse de titres de 255 sociétés en sommeil⁷³⁷. Dans l'Union européenne, une telle pratique serait également interdite sur le fondement de la prohibition des manipulations de marchés (Règl. MAR, n°596/2014, art. 15) : est en effet constitutif d'une manipulation de marché le fait de « *diffuser des informations, que ce soit par l'intermédiaire des médias, dont l'internet, ou par tout autre moyen, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier, [...] ou fixent ou sont susceptibles de fixer à un niveau anormal ou artificiel le cours d'un ou de plusieurs instruments financiers [...], y compris le fait de répandre des rumeurs, alors que la personne ayant procédé à une telle diffusion savait ou aurait dû savoir que ces informations étaient fausses ou trompeuses* » (Règl. MAR, n°596/2014, art. 12, c)). C'est d'ailleurs sur le fondement de la manipulation de marché (spécifiquement, de la manipulation de cours) que la SEC a pu suspendre la cotation de centaines de sociétés en sommeil⁷³⁸. Mais la répression s'avère ardue sur les marchés de micro-capitalisations aux Etats-Unis, en raison du caractère presque informel de ces marchés, où les informations fiables sont en nombre réduit⁷³⁹.

315. Le sommeil, indice de la fraude. Pour protéger les investisseurs de ces pratiques, la SEC a émis certains conseils pour s'en prémunir. Ainsi, la SEC demande aux investisseurs de rester vigilants face aux sociétés en sommeil, structures privilégiées de fraude, et aux sociétés en sommeil ayant été réactivées⁷⁴⁰. Parmi les autres indices pouvant mettre en évidence une fraude, la SEC identifie la cotation sur des marchés de micro-capitalisations (bien que la pratique du « *pump-and-dump* » puisse également se

⁷³⁷ « SEC Continues Microcap Fraud Crackdown, Proactively Suspends Trading in 255 Dormant Shell Companies » (« La SEC poursuit sa campagne de répression des fraudes sur les micro-capitalisations et suspend la cotation de 255 sociétés en sommeil »), Press Release, 3 févr. 2014.

⁷³⁸ *ibid.*

⁷³⁹ *ibid.*

⁷⁴⁰ « Dormant Shell Companies - How to Protect Your Portfolio from Fraud », préc.

retrouver sur des marchés plus importants, réglementés ou régulés⁷⁴¹), le changement fréquent de nom commercial ou d'activité économique, et l'indication de la faillite de la société⁷⁴².

§2. Les délits en matière bancaire

316. La confiance est « *le socle du commerce* »⁷⁴³ ; une société qui a vécu, en ayant emmagasiné la confiance de ses partenaires, vient à être mise en sommeil. Mais la confiance qu'elle suscite sera utilisée à mauvais escient : « *Des escrocs, au lieu de créer une société fictive, acquièrent les titres d'une société en sommeil et récupèrent ainsi une inscription au registre du commerce et des sociétés et un compte en banque.* »⁷⁴⁴. Cette société, désormais animée par la mauvaise foi de ses repreneurs, est réactivée, et commande des marchandises, qu'elle décide de payer par lettres de change. La lettre de change suppose que le tireur (ici, la société anciennement en sommeil), obtienne du tiré (ici, la banque) qu'elle s'engage à payer envers un bénéficiaire (ici, les fournisseurs). Pour vérifier que cette société est digne de confiance, « *les fournisseurs, par l'intermédiaire de leurs banques, s'adressent à la banque de la société acheteuse, qui répond que celle-ci a un compte depuis telle date et n'a jamais eu d'incident de paiement.* »⁷⁴⁵. La société anciennement en sommeil est alors considérée comme digne de confiance : la banque acceptera la lettre de change, et les fournisseurs ne verront pas d'inconvénient à l'utilisation de ce mode de paiement. « *Généralement, la société est, pendant quelques mois, utilisée pour faire de la facturation, comme "taxi", c'est-à-dire à des fins de fraude fiscale. Son compte bancaire présente alors des mouvements de fonds considérables avec des retraits en espèces et escomptes de chèques qui nécessitent des agios substantiels.* »⁷⁴⁶. Mais lorsque la confiance est à son paroxysme, les fraudeurs décident de refermer le piège qu'ils ont tendu : « *Le banquier est satisfait d'avoir un si bon client et donne volontiers sur lui de bons renseignements, lorsque les fraudeurs décident de clôturer leurs activités sociales par une vaste opération de carambouillage qui va durer 90 jours, soit le délai maximal d'escompte d'une traite* »⁷⁴⁷.

Ainsi, les fraudeurs ont reçu des marchandises, qu'ils ont revendues : ils ont donc obtenu des liquidités. Ils n'ont pas fait de paiement directement, car c'est la banque qui avait

⁷⁴¹ *ibid.*

⁷⁴² *ibid.*

⁷⁴³ C. SENIK (dir.), *Crises de confiance*, Introduction, 2020.

⁷⁴⁴ M. COSSON, « Les délits en matière de banques et d'établissements financiers », *Rev. sc. crim.*, 1973, p. 18.

⁷⁴⁵ *ibid.*

⁷⁴⁶ *ibid.*

⁷⁴⁷ *ibid.*

accepté la lettre de change, elle s'était engagée à payer, en raison de la confiance suscitée par le client, société anciennement en sommeil. Les escrocs ne déboursent donc rien, et retirent un grand profit de l'opération.

317. Conclusion de la section. La société en sommeil peut être utilisée pour dissimuler l'illicite : la société mise en sommeil est, par sa nature, un véhicule parfait pour certains types de fraude, du fait de son activité passée. Qu'il s'agisse du montage « *pump-and-dump* » ou des délits en matière bancaire, le principe est le même : susciter la confiance et tirer profit de la bonne foi de certains acteurs économiques.

318. Conclusion du chapitre. « *Le droit produit des outils de contrôle quant à la mise en œuvre des règles juridiques. L'un des correctifs est à ce titre la fraude.* »⁷⁴⁸ : le droit ne saurait tolérer une violation de son esprit grâce à certaines de ses malfaçons. En tout état de cause, la société en sommeil sera fréquemment un objet de fraude ou un moyen de fraude, c'est pourquoi le droit doit *a minima* rester prudent face à cette structure particulière, pouvant être le réceptacle de desseins blâmables.

319. Conclusion du titre. Non seulement la société en sommeil est presque systématiquement « *une pure fiction de société* »⁷⁴⁹, elle est également, dans de très nombreux cas, « *constitutive d'une véritable fraude à la loi* »⁷⁵⁰. Dans une analyse contractuelle, la société en sommeil est dépourvue des éléments constitutifs du contrat de société, tandis que dans une analyse institutionnelle et du droit de l'entreprise, elle réunit un faisceau d'indices permettant de caractériser la fictivité. En outre, la société en sommeil est un objet de fraude, voire un moyen de fraude. Est donc octroyée, à une entité fictive ou frauduleuse, la personnalité morale : l'abus de la personnalité morale, dans son aspect positif, est donc caractérisé, car celle-ci se trouve étendue à une situation qui ne devrait pas en relever.

320. Conclusion de la partie. « *Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil* »⁷⁵¹ : cette affirmation avancée par un auteur renferme de nombreuses interrogations. L'abus de la personnalité morale n'est pas une notion qui relève de l'évidence, mais elle doit

⁷⁴⁸ J.-B. TAP, « Société fictive », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, oct. 2022, n°12.

⁷⁴⁹ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978, n°7, p. 86.

⁷⁵⁰ *ibid.*

⁷⁵¹ P. DIENER, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978.

être admise : elle correspond à faire fi des limites de la personnalité morale, fixées par les règles de droit ou l'intérêt social, d'une manière positive ou négative. La société en sommeil est constitutive d'un tel abus de la personnalité morale : elle est soit une société fictive, soit une société frauduleuse. Une société en sommeil pourrait échapper à la qualification de fictivité ou de fraude dans des cas très restreints, et à condition de galvauder la rigueur du droit des sociétés. « *Sa présence effective dans le monde des affaires heurte, semble-t-il, les principes les mieux établis, sans qu'il en soit tiré toutes les conséquences de droit* »⁷⁵². Sans doute est-on là dans un paradoxe entre le droit des sociétés et la pratique des affaires. Devrait-on admettre explicitement la société en sommeil, au risque de mettre en péril toute la construction du droit des sociétés ?

⁷⁵² P. DIENER, *op. cit.*, *loc. cit.*, n°5, p. 85.

Conclusion générale

321. Le périple à travers les steppes de la société en sommeil n'a pas été exempt de toute difficulté. Notion en général mal maîtrisée, suscitant les confusions aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, la société en sommeil méritait de prendre une certaine hauteur afin d'avoir une vue systématisée du sujet. A ce titre, il apparaît nécessaire soit d'élaborer un régime rationalisé de l'inactivité de la société, qui fait aujourd'hui largement défaut, soit de prendre des mesures pour limiter voire interdire la pratique de la société en sommeil. A notre sens, la prohibition totale serait excessive, mais il convient de lutter avec plus de volonté contre les situations ayant pour but de se soustraire à l'application de la loi.

322. La société en sommeil est un thème à ce point riche que d'autres aspects plus spécifiques peuvent encore être identifiés. Ainsi, dans le cadre de la cession d'entreprise (C. trav., art. L. 1224-1 et s.), il est nécessaire que l'entité transférée poursuive une activité : le fonds ruiné⁷⁵³, forme spécifique de société en sommeil, fait obstacle à l'application du transfert d'entreprise. De la même manière, le prêt participatif ne peut normalement être consenti qu'à une « entreprise » (C. mon. fin., art. L. 313-13 : à la lettre du texte, la société en sommeil devrait donc être exclue de la possibilité du prêt participatif). En outre, la cessation d'activité, déjà analysée sous l'angle du droit social, du droit des entreprises en difficulté, et du droit fiscal, présente également certaines conséquences en droit de la consommation⁷⁵⁴. Réciproquement à la cessation d'activité en droit fiscal, la réactivation de la société entraîne également certaines conséquences fiscales⁷⁵⁵. Au regard de ces éléments supplémentaires et de l'ensemble de l'étude ayant été réalisée, il semble indéniable qu'une thèse de doctorat sur la question mérite d'être envisagée.

⁷⁵³ Sur cette question, voir par ex. : Ph. WAQUET, « Transfert d'une entité économique et ruine du fonds de commerce », note sous Cass. soc., 11 octobre 2006, n°05-42.590, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 35 : « Dès lors que la cessation d'activité est postérieure au transfert de l'entité économique à un nouvel exploitant, c'est à ce dernier d'assumer la rupture des contrats de travail ».

⁷⁵⁴ M. DÉPINCÉ, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 10ème éd., 2020, Précis, Dalloz, n°133 et s., p. 146 et s. : La revente à perte, par principe interdite, est licite si elle est motivée par la cessation d'activité ; la publicité doit mentionner l'écoulement accéléré des marchandises pour cause de cessation d'activité ; n°452, p. 487 et s. : La cessation d'activité d'un sous-contractant peut permettre au constructeur de ne pas respecter les délais prévus, si un tel cas est mentionné dans le contrat ; n°481, p. 531 : « aucune indemnité ne peut être mise à la charge de l'emprunteur lorsque le remboursement anticipé est motivé par la vente du bien, consécutive au changement du lieu d'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son conjoint, au décès ou à la cessation forcée de leur activité professionnelle (C. consom., art. 313-48) ». ».

⁷⁵⁵ M. TURON, A. GABIZON, « Société en sommeil et entreprise nouvelle (CGI, art. 44 quater) », *BJS* avr. 2001, p. 440 : « une société créée en 1970 et mise en sommeil à compter de 1976 est en droit de prétendre au régime de faveur prévu à l'ancien article 44 quater du CGI dès lors qu'elle a repris une activité parfaitement nouvelle dans le courant de l'année 1986 ».

323. Mais l'étude de la société en sommeil fait également naître d'autres possibilités de sujets de recherche, pouvant faire l'objet d'une thèse. Tout d'abord, la société en sommeil concerne l'inactivité de la société ; toutefois, il est certain que l'inactivité peut également se manifester au sein de la société, ce qui conduit à s'interroger sur l'inactivité des organes sociaux et des associés. Toute la question de l'inactivité est en effet traitée de manière ponctuelle, mais une étude d'ensemble fait défaut. Ensuite, une thèse sur l'abus de la personnalité morale de la société pourrait être envisagée : quels sont les risques de la multiplication des personnes morales dans le cadre du groupe de sociétés ? Jusqu'où peut aller la protection de l'associé par la personnalité morale ?

Bibliographie

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS

- **J. AZÉMA , J.-C. GALLOUX**, *Droit de la propriété industrielle*, 8ème éd., 2017, Précis, Dalloz.
- **R. BONHOMME, M. ROUSSILLE**, *Instruments de crédit et de paiement, Introduction au droit bancaire*, 14ème éd., 2021.
- **Th. BONNEAU**, *Droit bancaire*, 15ème éd., 2023, LGDJ, coll. Précis Domat.
- **J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE**, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938.
- **H. CAPITANT, Y. LEQUETTE, F. TERRÉ**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, « Introduction, Personnes - Famille - Biens, Régimes matrimoniaux - Successions », 13ème éd., 2015, Dalloz.
- **J. CARBONNIER**, « Le sommeil », dans *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 2013, LGDJ.
- **J. CARBONNIER**, *Droit civil*, Les personnes, P.U.F., Coll. Thémis Droit Privé, 21ème éd., 2000.
- **C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, L. MAYER**, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 2022, 36ème éd., Dalloz.
- **A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET et alii**, *Droit financier*, 3ème éd., 2019, Dalloz.
- **G. CORNU**, *Droit civil, Les biens*, 13ème éd., 2007, Montchrestien.
- **M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY**, *Droit des sociétés*, 36ème éd., 2023, LexisNexis.
- **M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX**, *Précis de fiscalité des entreprises*, 47ème éd., 2023/2024, LexisNexis.
- **G. DECOCQ, A. DECOCQ**, *Droit de la concurrence*, 2021, Lextenso.
- **P. DELEBECQUE, N. BINCTIN, L. ANDREU**, « Effets de commerce et entreprises en difficulté », Tome 4, *Traité de droit des affaires*, 18ème éd., 2018, LGDJ.
- **M. DÉPINCÉ, H. TEMPLE**, *Droit de la consommation*, 10ème éd., 2020, Précis, Dalloz

- **N. DISSAUX, R. LOIR**, *Droit de la distribution*, 2017, LGDJ, coll. Précis Domat.
- **F. GÉNY**, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919.
- **M. GERMAIN, V. MAGNIER**, « Les sociétés commerciales », *Traité de droit des affaires* de G. RIPERT et R. ROBLOT, Tome 2, 23ème éd., 2022, LGDJ.
- **D. GUTMANN**, *Droit fiscal des affaires*, 14ème éd., 2023-2024, LGDJ, coll. Précis Domat.
- **Y. GUYON**, « Entreprises en difficultés - Redressement judiciaire - Faillite », Tome 2, *Droit des affaires*, 9ème éd., 2003, Economica.
- **M. HAURIOU**, *Précis de droit administratif et de droit public*, 9ème éd., 1919, Sirey.
- **J. HEINICH**, *Droit des sociétés*, 1ère éd., 2023, LGDJ.
- **J. HÉMARD**, *Théorie et pratique des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, Sirey, 2ème éd., 1926.
- **A. JACQUEMONT, N. BORGA, Th. MASTRULLO**, *Droit des entreprises en difficulté*, 12ème éd., 2022, LexisNexis.
- **L. JOSSERAND**, *De l'esprit des lois et de leur relativité, Théorie dite de l'Abus des droits*, 2ème éd., 1939, Dalloz.
- **P. LE CANNU, B. DONDERO**, *Droit des sociétés*, 10ème éd., 2023, LGDJ.
- **P. LE CANNU, D. ROBINE**, *Droit des entreprises en difficulté*, 9ème éd., 2022, Dalloz, coll. Précis.
- *Le Lamy Sociétés Commerciales - Expert*, mis à jour le 29 sept. 2023.
- **F.-X. LUCAS**, *Manuel de droit de la faillite*, 4ème éd., 2022, PUF, coll. Droit fondamental.
- **D. MAINGUY, M. DEPINCÉ, M. CAYOT**, *Droit de la concurrence*, 3ème éd., 2019, LexisNexis.
- **P. MATHÉLY**, *Le droit français des signes distinctifs*, 1984.
- **M. MENJUCQ, B. SAINTOURENS, B. SOINNE et alii**, *Traité des procédures collectives*, 3ème éd., 2021, LexisNexis, coll. Traités.
- **Ph. MERLE, A. FAUCHON**, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 27ème éd., 2023/2024, Dalloz.
- **L. MICHOD**, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Tome I, 1906.

- **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, 11ème éd., 2022, LGDJ.
- **F. POLLAUD-DULIAN**, *Propriété intellectuelle : La propriété industrielle*, 2ème éd., 2022, Corpus Droit Privé, Economica.
- **R.-J. POTHIER**, « Des Communautés », *Traité des personnes et des choses*, Titre VII.
- **G. RIPERT**, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1951, 2ème éd., LGDJ.
- **G. RIPERT, R. ROBLOT**, *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome 1, 11ème éd., 1984, LGDJ.
- **G. RIPERT, R. ROBLOT, M. GERMAIN**, *Traité de droit commercial*, 15ème éd.
- **P. ROUBIER**, *Traité*, Tome 2.
- **C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSÉRIÉ-BON, C. HOUIN-BRESSAND**, *Droit des entreprises en difficulté*, 13ème éd., 2022, LGDJ, précis Domat.
- **C. SANTULLI**, *Introduction au droit européen*, 3ème éd., 2024, LGDJ.
- **J.-B. SAY**, *Traité d'économie politique, ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*, 1803.
- **P. SERLOOTEN, O. DEBAT**, *Droit fiscal des affaires*, 22ème éd., 2023/2024, Dalloz.
- **F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ**, *Droit civil, Les obligations*, 13ème éd., 2022, Dalloz.
- **O. VON GIERKE**, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887.
- **R. VON JHERING**, *De l'esprit du droit romain*, trad. O. MEULENAERE, t. IV, Marescq, 1880, § 68, cité par Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de la causalité alternative », *D.* 2010. 1162.
- **F. K. VON SAVIGNY**, *Traité de droit romain*, Tome II, 2ème éd., 1860.

II. THÈSES

- **B. AUDIT**, *La fraude à la loi*, Thèse, Dalloz, coll. Bibl. de droit international privé, 1974.
- **J.-B. BARBIÈRI**, *L'Ordre sociétaire*, Thèse, 2021, LGDJ, coll. Bibl. de droit des entreprises en difficulté.

- **N. BARUCHEL**, *La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie*, Thèse, 2004, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé.
- **G. BOUDOU**, *L'émergence de la liberté d'association en droit français (1810-1848), Apports de la législation et de la pratique judiciaire pénales*, Thèse, 2020, éd. Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie.
- **V. CUINIER-BUGAULT**, *La cessation d'activité : étude de droit fiscal*, Thèse, 2005.
- **V. CUISINIER**, *L'affectio societatis*, Thèse, 2001, Bibliothèque de droit de l'entreprise.
- **Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE**, *La société-écran, Essai sur sa notion et son régime juridique*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1998.
- **J.-P. DOM**, *Les montages en droit des sociétés*, 1998, Thèse, Pratique des affaires, Joly Éditions.
- **J. DUCLOS**, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, Thèse, 1984.
- **L. GODON**, *Les obligations des associés*, Thèse, 1999, Economica.
- **E. GUÉGAN**, *Les nullités des décisions sociales*, 2019, Thèse, Dalloz.
- **N. MATHEY**, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 2001.
- **K. MOYA**, *La jouissance des choses*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2023.
- **J. PAILLUSSEAU**, *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Thèse, 1965.
- **R. PERROT**, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse, 1947.
- **N.-F. RAAD**, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1991.
- **D. EL RAJAB**, *L'opposabilité des droits contractuels : étude de droit comparé français et libanais*, Thèse, 2013.
- **D. SCHMIDT**, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, coll. Bibl. de dr. commercial, t. 21, 1970.
- **V. SIMONART**, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant 1995.
- **I. TCHOTOURIAN**, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 2011.

- **D. VEAUX**, *La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales*, Thèse, Rennes, 1947, Éditions techniques S.A., Librairie de la Cour de cassation.

III. ARTICLES

- **L. AMIEL-COSME**, « Quand l'état de fonctionnement d'une société en sommeil ne vaut pas juste motif de dissolution... », *Rev. sociétés*, 2011, p. 163.
- **Ch. ATIAS**, « La condition ajoutée à la loi par le juge », *D.* 2009. 2654.
- **G. AUZERO**,
 « Co-emploi, en finir avec les approximations », *RDT*, 2016, p. 27 ;
 « Du coemploi à la fictivité, il n'y a qu'un pas... », *BJS*, sept. 2021, p. 28.
- **J.-F. BARBIÈRI**,
 « Atonie de l'activité sociale et contraintes fonctionnelles : à propos de la mise en sommeil des sociétés », *BJS*, févr. 2008, p. 92 ;
 « Le coemploi, une notion évanescence », note sous Cass. soc., 25 nov. 2020, n°18-13.769, *BJS* janv. 2021, p. 25.
- **E. BERNARD**, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009/3 (t. XXIII, 3).
- **C. BERNFELD**, « Préjudice de la personne morale dont l'homme-clé est accidenté », *Gaz. Pal.*, 7 févr. 2017, n°6, p. 43
- **J.-P. BERTREL, C. MAITREHENRY**, « Les "coquilles vides" en ingénierie juridique », *Droit et Patrimoine*, n°318, 1er nov. 2021, Lamyline.
- **M. BUCHBERGER**, « Radiation d'une société au RCS : aucun effet sur la personnalité morale ni sur les fonctions du dirigeant », *Gaz. Pal.*, n°44, 15 déc. 2020, p. 63.
- **L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU**, *Répertoire de droit civil*, « Abus de droit », 2022, Dalloz, n°2.
- **L. CAMENSULI-FEUILLEARD**, « Extinction de l'objet social pour cessation définitive de l'exploitation du fonds de commerce », note sous Cass. com., 30 mars 2016, n°14-13.729, *BJS*, juill. 2016, p. 389.
- **M. CHAMPAUD**, *RTD Com.*, 1976, p. 109.
- **Y. CHAPUT**, « Absence de dissolution d'une société en inactivité à l'objet statutaire réalisable », *Rev. sociétés*, 2013, p. 283
- **P. CHAUVEAU**,

« Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. dr. com.*, 1938, p. 397 et s. ;
D. 1927, 2, 144, note sous CA Alger, 5 mai 1926 et CA Alger, 2 févr. 1927.

- **P. COHENDET, M. DIANI**, « 7. La notion d'activité face au paradigme économique de l'organisation : une perspective d'interprétation en termes de communautés », *Entre connaissance et organisation : l'activité collective*, p. 161 à 186, 2005.
- **A. CONSTANTIN**, « Conditions et effets de la fictivité d'une société », note sous Cass. com., 22 juin 1999, « *Sté Kreditanstalt für Wiederaufbau c/ Sté Interpac holding limited et autres* », *Rev. sociétés*, 1999, p. 824.
- **M. COSSON**, « Les délits en matière de banques et d'établissements financiers », *Rev. sc. crim.*, 1973, p. 18.
- **N. CUZACQ**, « La RSE, le masque et la plume », *Rev. sociétés*, févr. 2023, p. 71, n°7.
- **P. DIENER**, « Un abus de la personnalité morale : les sociétés en sommeil », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques (LITEC), 1978.
- **B. DONDERO**, « Le préjudice de mise en sommeil d'une société », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2017, n°12, p. 74-75.
- **B. ÉLIE**,
 « Les avatars du cabinet d'études Dumoulin », *Le Monde*, 14 août 1979 ;
 « Une société d'exploitation reprend le bureau d'études Dumoulin », *Le Monde*, 23 août 1979.
- **O. FOUQUET**, « Liquidation judiciaire et cessation de société », *RTD Com.*, 2015, p. 400.
- **M. FRÉJAVILLE**, *D.* 1934, 2, 49, note sous CA Nîmes, 1er juill. 1933, *Liautaud c. Siaud*.
- **C. GAILHBAUD**, *BJE*, mars 2021, p. 57.
- **C. GAVALDA**, « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation », dans *Dix Ans de Conférences d'Agrégation, Études de Droit commercial offertes à Joseph Hamel*, 1961, Dalloz, p. 253.
- **M. GERMAIN**, « L'abus du droit de majorité », note sous Cass. com., 22 avr. 1976, *Gaz. Pal.*, 1977, 1, doct., p. 157.
- **G. GOUBEAUX**, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens », in *Études dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, 1984, n°6, p. 202, rééd. 2013, LGDJ, coll. Anthologie du Droit.
- **J. GUYENOT**, « La mise en sommeil d'une société est-elle la cause d'une dissolution ? », *LPA*, n°101, 31 août 1979, p. 11 et s.

- **Y. GUYON**, « L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 (aspects de droit interne) », *Rev. sociétés*, 1996, p. 501.
- **J. HAMEL**, « *La personnalité morale et ses limites* », *D.* 1949, chron. 141.
- **J. HEINICH**, « Où finit la société ? : l'extensible maintien de la personnalité morale de la société dissoute et radiée », *BJS*, déc. 2023, p. 4, n°4, 6 et 7.
- **F. LAROCHE-GISSEROT**, « Les "*shelf companies*" une méthode originale pour constituer des sociétés en droit anglais », *Mél. Stoufflet*, 2001, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont, p. 155 et s.
- **A. LECOURT**, « Survie de la personnalité morale en dépit de sa radiation au RCS et appel d'une décision », *RTD Com.*, 2023, p. 886.
- **J.-M. LE GOFF**, « L'activité économique au sens du BIT ; Définitions initiales et adaptations dans les enquêtes européennes sur les forces de travail », *Espace, populations et sociétés*, p. 157 à 162, 2013.
- **A. LIENHARD**, *D.* 2008. AJ 2597.
- **F. MARCHADIER**, « Le préjudice subi par l'animal », *Les Cahiers Portalis*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2022/1, n°9, p. 27 à 37.
- **H. MATSOPOULOU**, « La dissolution pour mésentente entre associés », *Rev. sociétés*, 1998, p. 21, n°8.
- **G. MAUGAIN**, « Actes de procédure – Conditions de fond », *Répertoire de procédure civile*, avr. 2022, mis à jour févr. 2024, n°13.
- **A. MAYMONT, H. CAUSSE**, « L'abus de personnalité morale », *Journal des Sociétés*, n°86, avr. 2011.
- **G. NOTTÉ**, « Les sociétés en sommeil », *JCP G, La Semaine Juridique*, 1981, 3022.
- **J. PAILLUSSEAU**, « Mais qu'est-ce que la personnalité morale ? », *JCP E*, n°19, mai 2019, p. 18, 1224.
- **R. PLAISANT**, note sous Cass. civ., 14 déc. 1944, S., 1946, I, 105.
- **C. RÉGENT**, « Le cabinet d'études Dumoulin est mis en liquidation de biens », *Le Monde*, 6 février 1980.
- **S. RIANCHO**, « Licenciement pour motif économique : précisions sur la cessation d'activité de l'entreprise », *BJT* oct. 2023, p. 22.
- **J.-M. ROCCHI**, « Le rachat des coquilles, une pompe à fonds propres », *Marchés et techniques financières*, 1994, n° 63, p. 41.

- **B. SAINTOURENS**, « La disparition d'une société : principe et conséquences pratiques », *BJS*, oct. 2020, p. 27, I.
- **J. THÉRON**, « Coemploi et notions de droit des entreprises en difficultés », *BJT*, déc. 2021, p. 29.
- **C. THIBIERGE-GUELFUCCI**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD Civ.*, 1997, p. 357.
- **M. TURON, A. GABIZON**, « Société en sommeil et entreprise nouvelle (CGI, art. 44 quater) », *BJS* avr. 2001, p. 440.
- **F. VERN**, « Les qualifications simultanées en droit civil », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°71, p. 199 à 225.
- **A. VIANDIER**, « La mise en sommeil d'une société ne rend pas impossible son fonctionnement normal justifiant sa dissolution pour juste motif », *JCP E*, n°18-19, 6 mai 2010, 1449.
- **R. VICTOR**, « Cession ou cessation d'activité - Société relevant des BNC en liquidation : quand souscrire les derniers résultats auprès du fisc ? - Commentaire avec conclusions du rapporteur public », *Rev. droit fiscal*, n°50 du 2021.
- **Ph. WAQUET**, « Transfert d'une entité économique et ruine du fonds de commerce », note sous Cass. soc., 11 octobre 2006, n°05-42.590, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 35.
- **G. WICKER, J.-C. PAGNUCCO**, « Personne morale », *Répertoire de droit civil*, 2018, Dalloz, n°20 et s.
- « Onze personnes ont été écrouées après la faillite du cabinet d'études Dumoulin », *Le Monde*, 25 janvier 1980.
- « Le jugement dans l'affaire du "cabinet Dumoulin" », *Le Monde*, 16 décembre 1980
- « ELECTRICITÉ ET EAUX DE MADAGASCAR (CPT) », *Les Echos*, 27 janv. 1994.
- « Jean-François Hénin, le Mozart de la finance », *Le Parisien*, 5 févr. 2009.
- « Avec la Financière Saint Dominique en Bourse, Le Crédit national ouvre le capital de sa "banque d'affaires" », *Le Monde*, 6 juin 1990

IV. RÉPERTOIRES, DICTIONNAIRES

- **D. ALLAND, S. RIALS** (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1ère éd., 2003, PUF et Lamy, coll. Quadriga Dicos Poche.
- **M. BRÉAL, A. BAILLY**, *Dictionnaire étymologique latin*, Hachette, Paris, 1885.

- **Y. CHAPUT**, « Objet social », *Répertoire des sociétés*, janv. 2020, mis à jour févr. 2024, Dalloz.
- **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. CAPITANT, 14ème éd. 2022, P.U.F., coll. Quadrige.
- *Fiches d'orientation*, Dalloz,
 « Bénéficiaire effectif », juill. 2023 ;
 « Société en sommeil », août 2022.
- **S. GUINCHARD**, *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen*, Dalloz action, 2021-2022.
- J.-Cl. Sociétés Traité, fasc. 30-10, n°97.
- **N. JULLIAN, S. TISSEYRE**, « Nullité - Nullités de la structure », *Répertoire des sociétés*, oct. 2021, mis à jour févr. 2024, n°30 et s.
- **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, 12ème éd., 2023-2024, Dalloz, Dalloz Action
- **A. LECOURT**,
 « Apport », *Répertoire des sociétés*, janv. 2024, Dalloz ;
 « Groupe de sociétés, Sociétés », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, sept. 2023.
- **Th. MASSART**, « Contrat de société », *Répertoire des sociétés*, avr. 2006, mis à jour nov. 2021, n°105 et s.
- **E. NETTER**, « Contrat de société et nullité de société », *Études Joly Sociétés*, 11 oct. 2021.
- **A. QUIQUEREZ (coord.), F. BARRIÈRE, D. BAZIN-BEUST et al.**, *Dictionnaire pratique de droit des affaires*, 1ère éd., 2023, Bruylant, coll. Paradigme.
- **Th. de RAVEL D'ESCLAPON**, « Dissolution », *Répertoire des sociétés*, janv. 2022, mis à jour oct. 2023, Dalloz, n°53
- **P. SERLOOTEN, G. DEDEURWAERDER**, « Entreprises en difficulté : droit fiscal », dans *Rép. Sociétés*, Dalloz, 2023.
- **J.-B. TAP**, « Société fictive », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, oct. 2022.
- **B. TRESCHER**, « Taxe sur la valeur ajoutée – Régime intérieur de la TVA », *Répertoire de droit européen*, 2020.
- **P.-Y. VERKINDT**, « L'entreprise », in B. TEYSSIÉ (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, n°64.
- Dictionnaire Larousse en ligne.

V. CODES, TEXTES

- C. civ.
- C. com.
- C. mon. fin.
- CPI.
- C. trav.
- Décret n°2007-431, 25 mars 2007
- Loi de finances rectificative pour 2012, n°2012-958, 16 août 2012.
- Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014.
- Dir. « anti-blanchiment » n°2015/849 du 20 mai 2015.
- Ord. n°2016-1635 du 1^{er} déc. 2016.
- Règl. (UE) du parlement européen et du conseil 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), dit règl. « Insolvabilité ».
- Règl. (UE) 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017, dit Règl. « Prospectus ».

VI. JURISPRUDENCE

- CA Colmar, 2 mai 1855, DP 1856, II, p. 9.
- Cass. req., 10 juin 1902, DP 1902, I, p. 454.
- Cass. req., 3 févr. 1909.
- Cass., Chambres réunies, 11 mars 1914, Inédit, « *Caisse rurale de Manigod* », DP 1917, I, p. 257 ; *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n°44.
- Cass., req., 3 août 1915, *Coquerel c. Clément-Bayard*, n° 00-02.378.
- Cass. civ. 17 déc. 1934.
- Cass. com., 5 janv. 1953, Bull. civ. III, n° 4.
- Trib. com. Seine, 14 févr. 1958 : JCP 1958, éd. C.I., II, 62556.

- Trib. com. Seine, 22 juin 1959.
- Cass. com., 18 avril 1961, Bull. civ. III, n°175, *Société des Anciens établissements Piquard c. Schumann*.
- Cass. 3e civ., 30 oct. 1972, n°71-13.473.
- Cass. com., 20 mai 1974, n°73-11.464.
- Cass. crim., 3 juill. 1975, n°74-92.961.
- Cass. com., 18 mai 1982, « *Dame Despert c. SARL Asiatrading et Mauvoisin* » : *Rev. sociétés*, 1982, p. 804, note P. LE CANNU.
- CJCE, 20 mars 1985, *République italienne contre Commission des Communautés européennes*, aff. 41/83.
- Cass. com., 3 juin 1986, n°85-12.118.
- Cass. soc., 24 janv. 1990, n° 86-40.290.
- CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing SA*.
- CJCE, 23 avr. 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90.
- Cass. com., 16 juin 1992, n°90-18.441.
- Cass. com., 12 nov. 1992, n°91-10.303.
- Cass. 2ème civ., 24 mars 1993, n° 91-18.611.
- CAA Nancy, 23 nov. 1993.
- CA Paris, 23 déc. 1993, n° 92009576, *Serfati c/ Chriqui ès-qualités et autres* : *BJS*, 1994, p. 299, note B. SAINTOURENS.
- CA Paris, 13 sept. 1994.
- CA Paris, 3 mars 1995.
- CA Lyon, 16 janv. 1997.
- Cass. com., 1er juill. 1997, n° 95-15.116.
- Cass. com., 21 oct. 1997, n°95-21.156 P.
- Cass. com., 10 févr. 1998, n°95-21.906, « *E. D. Le Maraîcher* ».
- Cass. 1ère civ., 3 mars 1998, n°95-10.293.

- Cass. 1ère civ., 24 mars 1998, n°95-17.801 et n°95-20.350.
- CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/Italie*, aff. C-35/96, *R*, I-3851.
- CJCE, 20 juill. 1999, aff. n° IV/36.888.
- CA Paris, 16 juin 2000.
- Cass. com., 20 févr. 2001, n°98-16.842.
- CJCE, 25 oct. 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *R*, I-8089.
- Cass. 3ème civ., 18 déc. 2001, n° 00-16.069.
- CA Paris, 21 déc. 2001.
- Cass. 3e civ., 22 sept. 2002, n° 08-18.483, *Époux X c/ M. Y*.
- CJCE, 24 oct. 2002, *Aéroports de Paris (ADP)*, *R*, I-9297.
- Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *D.* 2003, p. 2623, note B. DONDERO ; *JCP E*, 2003, 1203, n°2, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, G. WICKER ; *Rev. sociétés*, 2003, p. 479, note J.-F. BARBIÈRI.
- CA Paris, 27 juin 2003.
- CA Douai, 2 oct. 2003.
- CA Versailles, 18 déc. 2003.
- Cass. crim. 28 janv. 2004, n°779, FS-PF, *Geniteau*.
- CA Besançon, 2 mars 2004, RG n°02/01258.
- Cass. com. 12 mai 2004, n°02-15.210.
- Cass. crim., 4 nov. 2004, n°04-81.211.
- Cass. com., 30 nov. 2004, n°02-18.731.
- CA Douai, 16 déc. 2004, n° 03/02.333, *Metaleurop*, *BJS* juin 2005, n°154, p. 690, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
- Cass. ch. mixte, 16 déc. 2005, n°04-10.986, P.
- Cass. soc., 25 janv. 2006, n° 04-45.341.
- Cass. crim., 13 sept. 2006, n° 05-85.083.

- CA Paris, 19 févr. 2007, n°06/09065.
- CAA Lyon, 21 juin 2007.
- CE, 10 juill. 2007, n°288484.
- CE, 30 nov. 2007, n°284621.
- Cass. com., 11 mars 2008, n°06-19.986.
- CA Versailles, 3 avr. 2008, RG n°04/06219.
- Cass. com., 7 oct. 2008, n° 07-18.635.
- CA Paris, 22 octobre 2008, n° 08/17029.
- CA Aix-en-Provence, 16 janv. 2009, n°08/12990.
- Cass. 3ème civ., 3 juin 2009, n° 08-15.542.
- Cass. com., 9 juin 2009, n°07-20.937.
- Cass. com., 7 juill. 2009, n°08-17.753.
- Cass. com. 15 sept. 2009, n° 08-15.267, Bull. civ. IV, n° 112.
- Cass. soc., 13 janv. 2010, n°08-15.776, *Flodor*.
- Cass. 1ère civ., 20 janv. 2010, n°08-13.200.
- Cass. com., 9 mars 2010, n°08-21.547, PB.
- Cass. com., 23 mars 2010, n° 08-22.073, *Sté Frate c/ Julien ès qual.*
- CE, 30 juin 2010, n°308531.
- Cass. 3e civ., 6 oct. 2010, n°08-20.959, *BJS* 2011, §61, p. 120, note F.-X. LUCAS ; JCP E 2010, 1993, n°4, F. DEBOISSY et G. WICKER.
- Cass. soc., 18 janv. 2011, n°09-69.199.
- Cass. com., 8 févr. 2011, n°09-17.034.
- Cass. 3ème civ., 16 mars 2011, n°10-15.549.
- Cass. 1ère civ., 6 sept. 2011, n°10-23.511.
- CA Aix-en-Provence, 22 sept. 2011.
- Cass. com., 4 oct. 2011, n°09-16.293.

- Cass. com., 12 juin 2012, n°11-16.109.
- Cass. com., 10 juill. 2012, n°08-12.010.
- Cass. com., 20 nov. 2012, F-P+B, n°11-27.835.
- CE, 17 juill. 2013, n°352989, *SARL Garnier Choiseul Holding*.
- Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-17.657.
- Cass. com., 26 nov. 2013, n°12-26.332.
- CA Montpellier, 1 avr. 2014, n° 12/08928.
- Cass. soc., 2 juill. 2014, n°13-15.208, *Molex*.
- CE, 10 avril 2015, n°371765, *Min. du Budget c/ SAS Holco*.
- Cass. com., 12 mai 2015, n°14-13.104, F-D, *BJS*, juill.-août 2015, p. 370.
- Cass. com., 10 nov. 2015, n°14-18.179.
- Cass. com., 30 mars 2016, n°14-13.729.
- Cass. 2e civ., 17 nov. 2016, n°15-24.271.
- Cass. 2e civ., 17 nov. 2016, n°15-21.271, *Sté Maytop iso 89 c/ Mme Y et a.*
- Cass. com., 13 déc. 2016, n°14-16.037.
- Cass. soc., 1er févr. 2017, n° 15-23.039.
- Cass. soc., 26 oct. 2017, n° 16-22.468.
- Cass. com., 15 nov. 2017, n°16-20.193.
- CA Chambéry, 25 janv. 2018.
- Cass. com., 5 avr. 2018, n°16-23.365.
- Cass. com., 3 mai 2018, n°15-23.456.
- Cass. com., 15 mai 2018, n°16-16.498.
- Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-10656.
- Cass. com., 4 mars 2020, n°19-10.501.
- CA Paris, 12 mars 2020, n° 20/01298.

- Cass. com., 24 juin 2020, n°18-14.248, F-D, note B. SAINTOURENS, « La disparition d'une société : principe et conséquences pratiques », *BJS*, oct. 2020, p. 27 et note M. BUCHBERGER, « Radiation d'une société au RCS : aucun effet sur la personnalité morale ni sur les fonctions du dirigeant », *Gaz. Pal.*, n°44, 15 déc. 2020, p. 63.
- Cass. 3e civ., 23 sept. 2020, n°19-16.643, *Dr. sociétés*, janv. 2021, n°4, obs. N. JULLIAN.
- Cass. soc. 25 nov. 2020, n° 18-13.769.
- Cass. com., 3 mars 2021, n°19-10.692, note É. CASIMIR, *BJS*, juill.-août 2021, p. 22.
- Cass. com., 31 mars 2021, n°19-14.839, P, *BJS* juill.-août 2021, p. 40, note F.-X. LUCAS.
- CA Nancy, 27 mai 2021, n°20/00027.
- CA Bordeaux, 10 janv. 2023, n°22/01177.
- Cass. 1ère civ., 18 janv. 2023, n°19-24.671, B.
- Cass. com., 20 sept. 2023, n°21-14.252, F-B.
- Cass. soc., 20 sept. 2023, n° 22-13.485.
- CA Nancy, 5e ch., 24 janv. 2024, n° 23/00506.
- CA Paris, 29 févr. 2024, n°22/08741, note Th. FAVARIO, *BJS*, mai 2024, n°05, p. 28.

VII. RAPPORTS, CONCLUSIONS

- **M. JACOBS**, conclusions de l'avocat général sous CJCE, 10 janvier 2006, aff. C-222/04, *Ministerio dell'Economia e delle Finanze*.
- Rapport annuel COB 1990.

VIII. SITES INTERNET

- Institut National de la Statistique et des Études Économiques (INSEE), « Activité économique » in *Définitions*, 2019 (www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1632).
- « Mise en sommeil (ou cessation temporaire d'activité) d'une société », Entreprendre Service Public, mis à jour au 1 janv. 2024 : <https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F37362>.

- Site de l'Etat : <https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F37362>.
- Site de la Banque Publique d'Investissement (BPI) : <https://bpifrance-creation.fr/encyclopedie/gerer-piloter-lentreprise/fermer-lentreprise/cessation-temporaire-dactivite-ou-mise>.
- Site de la Chambre du commerce et de l'industrie (CCI) : <https://www.entreprises.cci-paris-idf.fr/web/reglementation/developpement-entreprise/droit-affaires/quelles-sont-regles-mise-sommeil-societe>.

IX. CONFÉRENCES, COLLOQUES

- **G. WICKER**, « Aspects contemporains de la personnalité morale », *La personnalité morale*, conférence de l'IRDA, cycle de conférences : le droit des affaires en perspective, 25 mars 2024.

X. DIVERS

- **L. ARAGON**, *Les yeux d'Elsa*, 2002, Seghers.
- **ARISTOTE**, *Métaphysique*, Livre Gamma.
- **Ch. BAUDELAIRE**,
« Le Gouffre », *Les Fleurs du Mal*, 1857 ;
Les Paradis artificiels, 1860.
- **DANTE**, *La Divine Comédie. L'Enfer*, Chapitre 1, trad. en vers français par F. VILLAIN LAMI, 1867.
- **É. DURKHEIM**, *Cours de philosophie fait au Lycée de Sens (1883-1884)*, Leçon XXVII, « Le Sommeil, le rêve, la folie », Coll. « Les auteur(e)s classiques », Université du Québec à Chicoutimi (classiques.uqac.ca).
- **F. DE GOYA Y LUCIENTES**, « *El sueño de la razón produce monstruos* », *Los Caprichos*, Eau-forte, 1797-1799, 306 x 201 mm, Musée national du Prado, Madrid.
- **HOMÈRE**, *L'Odyssée*, trad. U. de SÉGUIER, 1896, Didot, Chant XV, 296.
- **G. W. LEIBNIZ**, *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum. Quaestio XIV*.
- **J.-L. NANCY**, *Tombe de sommeil*, Galilée, 2007.
- **S. ORTOLI**, « La raison du sommeil », in *Philosophie Magazine, Hors-Série, Le sommeil*.
- **C. SENIK** (dir.), *Crises de confiance*, 2020.

- **H. SIENKIEWICZ**, *Par le fer et par le feu*, 1886.
- **J. SŁOWACKI**, « Hymn », *Dzieła Juliusza Słowackiego (Oeuvres de Juliusz Słowacki)*, Tome 3, 1894.
- **J. VERNE**, *Le rayon vert*, 1882.

XI. SOURCES ET DOCTRINE ÉTRANGÈRES

- *Corte di Cassazione*, 21 oct. 2015, n°21358.
- **M. DENARO**, *Cassazione: nuove disposizioni su società di comodo o non operative*, *lentepubblica.it*, 15 nov. 2015.
- Loi du 23 décembre 1994, n. 724, « *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica* » (GU n.304 del 30-12-1994 - Suppl. Ordinario n. 174)
- « Comment suspendre une activité économique inscrite au Registre National Judiciaire [équivalent du RCS] » (« *Jak zawiesić działalność gospodarczą zarejestrowaną w KRS* »), www.biznes.gov.pl/pl/portal/0079, loi (« *Ustawa* ») Dz.U. 2018 poz. 646 du 6 mars 2018 dite « droit des entrepreneurs » (« *Prawo przedsiębiorców* »), www.isap.sejm.gov.pl/isap.nsf.
- « Comment suspendre une activité économique inscrite au Registre National Judiciaire [équivalent du RCS] » (« *Jak zawiesić działalność gospodarczą zarejestrowaną w KRS* »), www.biznes.gov.pl/pl/portal/0079 ; « *prowadzić działalności gospodarczej* ».
- « *Dormant Shell Companies - How to Protect Your Portfolio from Fraud* » (« Sociétés coquilles en sommeil - comment protéger son portefeuille de la fraude »), *Investor Alerts and Bulletins*, 30 oct. 2014, sec.gov.
- « *What are stocks?* » (« Que sont les titres ? »), *Investor.gov*, SEC.
- « *SEC Continues Microcap Fraud Crackdown, Proactively Suspends Trading in 255 Dormant Shell Companies* » (« La SEC poursuit sa campagne de répression des fraudes sur les micro-capitalisations et suspend la cotation de 255 sociétés en sommeil »), *Press Release*, 3 févr. 2014.

Table des matières

INTRODUCTION	1
---------------------	----------

PREMIÈRE PARTIE

LES DIFFICULTÉS D'IDENTIFICATION DE LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL

TITRE I. L'AVÈNEMENT MALAISÉ DU SOMMEIL DE LA SOCIÉTÉ	10
CHAPITRE 1. Une tentative de définition difficile du sommeil de la société	11
<i>Section 1. La cessation d'activité proprement dite</i>	11
§ 1. La définition de l'activité	12
A. L'activité économique	12
1° Le droit de la concurrence national	13
2° Le droit de la concurrence de l'Union européenne	14
B. L'activité patrimoniale	15
§ 2. La définition nuancée de la cessation d'activité	16
A. Le caractère absolu du sommeil en débat	17
B. Le caractère partiel du sommeil maladroitement admis	19
1° L'admission : description et critique	19
2° Proposition de rédaction	22
<i>Section 2. La cessation d'activité en droit fiscal</i>	23
§ 1. Le sommeil proprement dit	24
§ 2. Le sommeil artificiel : les cas d'assimilation au sommeil	26
A. L'assimilation en raison de la modification de l'identité de la société	27
1° Les modifications de l'entreprise	27
a. La cessation partielle d'activité	27

b. Le changement d'activité réelle	28
2° Les modifications du droit des sociétés	29
a. Les transformations de sociétés	29
b. Le transfert de siège social à l'étranger	30
B. L'assimilation en raison de la modification de l'identité du propriétaire	31
1° La cession intégrale ou partielle	32
2° Le décès de l'exploitant	32
CHAPITRE 2. Une mise en oeuvre incertaine du sommeil de la société	34
<i>Section 1. La diversité d'utilisations de la société en sommeil</i>	<i>35</i>
§ 1. Les emplois de la société en sommeil infantile	36
§ 2. Les emplois de la société en sommeil sénile	39
A. La cessation d'activité, échappatoire à la liquidation judiciaire	39
1° L'emploi prévu : la société-tiroir	40
2° L'emploi fortuit : la société-levier	41
a. Les montages de droit financier	41
b. Le montage « coquillard »	42
c. Le maintien de la dénomination sociale	45
B. La cessation d'activité, conséquence de la liquidation judiciaire	49
1° Le principe de la cessation d'activité	49
2° L'exception du maintien de l'activité	54
<i>Section 2. L'abus de mise en sommeil</i>	<i>55</i>
§ 1. La mise en sommeil, source de responsabilité délictuelle	56
A. Un préjudice réparable	56
1° La source externe du sommeil : le préjudice provoqué par un tiers	56
2° La source interne du sommeil : le préjudice provoqué par les dirigeants	58
B. Une faute détachable	59
§ 2. La mise en sommeil, abus de majorité	60
A. L'abus de majorité en général	61

B. L'abus de majorité lors de la mise en sommeil	62
TITRE II. L'INFLUENCE RELATIVE DU SOMMEIL SUR LA SOCIÉTÉ	65
CHAPITRE 1. La possibilité étroite de dissolution de la société en sommeil	66
<i>Section 1. La dissolution malvenue pour disparition de l'objet social</i>	66
§ 1. La réalisation de l'objet social ?	67
§ 2. L'extinction de l'objet social ?	70
A. La définition de l'extinction de l'objet social	70
B. L'extinction de l'objet social en cas de cessation d'activité ?	72
C. Une prise en compte inopportune de l'objet réel	74
<i>Section 2. La dissolution éventuelle pour justes motifs</i>	77
§ 1. L'exclusion discutable du sommeil en soi comme juste motif	77
A. L'application critiquable du principe par la jurisprudence	77
1° La critique juridique : ajout d'une condition à la loi	79
2° La critique factuelle : un fonctionnement anormal caractérisé	80
B. La rationalisation nécessaire du principe	81
1° La réfection législative, réponse à la critique juridique	82
2° L'assouplissement jurisprudentiel, réponse à la critique factuelle	82
§ 2. L'admission nécessaire des marges du sommeil comme juste motif	84
A. L'inexécution de ses obligations par un associé	84
1° L'inexécution comme cause du sommeil	85
2° L'inexécution comme conséquence du sommeil	86
B. La mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société	86
1° La mésentente comme cause du sommeil	87
2° La mésentente comme conséquence du sommeil	87

CHAPITRE 2.	La nécessité discutée de radiation de la société en sommeil	89
<i>Section 1.</i>	Un régime illisible mais protecteur	90
§ 1.	La tentative de rationalisation du régime	90
§ 2.	Les effets <i>a priori</i> protecteurs du régime	92
A.	A l'égard de la société	93
B.	A l'égard des tiers	96
<i>Section 2.</i>	Un régime illogique	97
§ 1.	Le caractère asymétrique du régime	97
§ 2.	L'élaboration nécessaire d'un régime de la cessation d'activité	99

SECONDE PARTIE

LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL, UN ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE

TITRE I.	LES DIFFICULTÉS CONCEPTUELLES DE LA NOTION D'ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE	104
CHAPITRE 1.	La nature juridique complexe de l'abus de la personnalité morale	105
<i>Section 1.</i>	La détermination de l'essence de la personnalité morale	105
§ 1.	Les théories explicatives de la personnalité morale	106
A.	Les théories volontaristes	106
1°	La théorie de la fiction	107
2°	Les théories « de la réalité psycho-sociologique »	108

B.	La théorie de la réalité technique	108
§ 2.	La qualification juridique de la personnalité morale	110
A.	Les « fausses » qualifications : technique juridique et concept	110
B.	Les « véritables » qualifications : capacité de jouissance et procédure d'opposabilité	111
<i>Section 2.</i>	La possibilité d'abus de la personnalité morale en débat	113
§ 1.	Abus en droit et personnalité morale	113
A.	La notion d'abus en droit	113
B.	La possibilité d'abus de la personnalité morale	114
§ 2.	Abus de droit et personnalité morale	115
A.	La notion d'abus de droit	116
B.	L'assimilation de l'abus de la personnalité morale à l'abus de droit	117
1°	La nécessité de la distinction entre les deux abus	117
2°	La relation de général à spécial entre les deux abus	119
CHAPITRE 2.	La tentative de définition de l'abus de la personnalité morale	122
<i>Section 1.</i>	La dualité conceptuelle complémentaire de l'abus de la personnalité morale	123
§ 1.	La contrariété de la fiction avec la réalité	123
A.	La réalité incarnée par les règles de droit	124
1°	L'interposition de la personnalité morale à des fins frauduleuses	124
2°	L'insuffisance de la théorisation	125
B.	La réalité incarnée par l'intérêt social	126
§ 2.	Le mauvais usage de la personnalité morale	127

<i>Section 2.</i>	La dualité substantielle complémentaire de l'abus de la personnalité morale	129
§ 1.	La théorisation de la dualité	129
A.	L'abus négatif de la personnalité morale	130
B.	L'abus positif de la personnalité morale	134
§ 2.	Les conséquences juridiques de la dualité	135
TITRE II.	LA CARACTÉRISATION DE L'ABUS DE LA PERSONNALITÉ MORALE : LA SOCIÉTÉ EN SOMMEIL	138
CHAPITRE 1.	La société en sommeil, une société fictive	139
<i>Section 1.</i>	L'analyse contractuelle : l'inexistence d'éléments constitutifs du contrat de société	141
§ 1.	Les éléments constitutifs d'ordre matériel	142
A.	L'absence relative de la vocation aux bénéfices et aux économies	142
1°	Le défaut fréquent du partage du bénéfice	142
2°	Le défaut éventuel du profit d'une économie	143
B.	L'absence ponctuelle d'apports	145
§ 2.	Les éléments constitutifs d'ordre personnel	147
A.	L'absence de l' <i>affectio societatis</i>	147
1°	La société infantile : l'inexistence de l' <i>affectio societatis</i>	148
2°	La société sénile : affirmation ou disparition de l' <i>affectio societatis</i>	150
B.	L'absence de pluralité des associés	151
<i>Section 2.</i>	L'analyse institutionnelle : l'inexistence d'éléments constitutifs de l'institution sociale	153
§ 1.	Les indices substantiels	154

A. L'absence d'activité	154
B. L'absence d'autonomie	155
§ 2. Les indices formels	155
A. L'absence du rite sociétaire	156
B. L'absence de compte en banque et de comptabilité	156
CHAPITRE 2. La société en sommeil, une société frauduleuse	158
<i>Section 1. La société en sommeil, objet de fraude</i>	159
§ 1. La société née en sommeil objet de fraude : utilité limitée	159
§ 2. La société née en sommeil objet de fraude : utilité potentielle	159
<i>Section 2. La société en sommeil, moyen de fraude</i>	160
§ 1. La pratique du « <i>pump-and-dump</i> »	161
§ 2. Les délits en matière bancaire	163
CONCLUSION GÉNÉRALE	166