



**HAL**  
open science

# LE GROUPE DE SOCIETES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT CHINOIS

Xinyu Hu

► **To cite this version:**

Xinyu Hu. LE GROUPE DE SOCIETES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT CHINOIS. Droit.  
Université d'Angers, 2010. Français. NNT: . tel-00967978

**HAL Id: tel-00967978**

**<https://theses.hal.science/tel-00967978>**

Submitted on 31 Mar 2014

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **LE GROUPE DE SOCIÉTÉS EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT CHINOIS**

Thèse de doctorat

Spécialité : Droit privé

**ECOLE DOCTORAL PIERRE COUVRAT**

**Présentée et soutenue publiquement**

le 24 Septembre 2010

à l'Université d'Angers

par **M. HU Xinyu**

**Devant le jury ci-dessous :**

**M. Pascal LEHUEDE**, Président du jury,  
Maître de Conférences, Université d'Angers

**M. Daniel LANGE**, Rapporteur, Professeur, Université de Tours

**M. Yann PACLOT**, Rapporteur, Professeur, Université de Paris-Sud

**Mme Claude LE GAONACH-BRET**, Invitée, Avocat associé, DS Avocats

**Directeur de thèse : M. Yves DOLAIS**,  
Maître de Conférences, Université d'Angers

**Laboratoire : Centre Jean Bodin - Université d'Angers**

## REMERCIEMENTS

Ecrire cette page de remerciements est peut-être la tâche la plus ardue de cette thèse. Non seulement pour les personnes dont le nom apparaît sur cette page, leur soutien et amitié méritent beaucoup plus qu'un simple « merci » écrit ici, mais également pour ceux qui m'ont aidé d'une manière ou d'une autre dont le nom n'apparaît pas, et pour lesquels ma gratitude est infinie.

Je tiens à exprimer ma très vive reconnaissance envers mon directeur de thèse, M. Yves DOLAIS, pour avoir su me guider avec attention et gentillesse au cours de ce long travail. Ses conseils et remarques précieux, ainsi que sa confiance ont largement contribué à l'aboutissement de cette thèse.

Je voudrais remercier vivement Mme. Hélène BOUCARD, Professeur à l'Université de Poitiers, pour avoir eu la gentillesse de m'aider dans la conception du schéma et pour ses conseils judicieux m'ayant inspiré profondément dans la rédaction de l'ensemble de la thèse.

Les travaux présentés n'auraient probablement pu aboutir sans le soutien de Me Claude LE GAONACH-BRET. Elle m'a formé et m'a guidé dans la pratique du droit chinois, m'a donné l'idée d'entamer une recherche approfondie du présent sujet. C'est en même temps un grand plaisir et un honneur de pouvoir travailler avec elle depuis ces dernières années.

Je voudrais remercier sincèrement DS Avocats de m'avoir accordé un cadre professionnel souple me permettant de réaliser un tel travail dont j'ai sous-estimé la difficulté au début.

Je remercie Mlle. Marie-Aude BALLAND pour son énergie et sa passion dans la relecture de l'ensemble de cette thèse. D'autant de remerciements à M. Raphaël BARAZZA et à M. Frédéric CONSTANT pour leurs aides et commentaires dans la lecture de ma rédaction.

Je remercie MM. Daniel LANGE, Yann PACLOT et Pascal LEHUEDE, de m'avoir fait l'honneur d'être les membres du jury de cette thèse et de m'avoir accordé leur temps et leur attention en jugeant ce travail.

Je remercie également ma mère, ma femme Min et mon fils Haoyun Raphaël pour leur amour et soutien, ainsi que pour leur tolérance face à mon « indisponibilité » pendant ces années.

Merci à tous pour votre soutien et votre compréhension sans limite.

Xinyu  
10 Août 2010

---

## Abréviations

---

ANSA	<i>Association Nationale des Sociétés par Actions</i>
CJCE	<i>Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes</i>
Act. proc.coll.	<i>Actualité des procédures collectives</i>
AMF	<i>Autorité des marchés financiers</i>
ANSA	<i>Association Nationale des Sociétés par Actions</i>
BF Lefebvre	<i>Bulletin fiscal Francis Lefebvre</i>
BOCC	<i>Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation</i>
BOCCRF	<i>Bulletin Officiel de La Concurrence, de La Consommation et de La Répression des Fraudes</i>
BOI	<i>Bulletin officiel des impôts</i>
BOSP	<i>Bulletin Officiel du Service des Prix ou Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation (jusqu'en 1986)</i>
Bull. Civ.	<i>Bulletin civil de la Cour de cassation</i>
Joly.	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>
C.com.	<i>Code de commerce</i>
Cass. ass.plén.	<i>Arrêt de la Cour de cassation (assemblée plénière)</i>
Cass. civ.	<i>Arrêt de la Cour de cassation (1<sup>e</sup>, 2<sup>e</sup> ou 3<sup>e</sup> chambre civile)</i>
Cass. com.	<i>Arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale et financière)</i>
Cass. req.	<i>Arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes)</i>
Cass. soc.	<i>Arrêt de la Cour de cassation (chambre sociale)</i>
CE	<i>Arrêt du Conseil d'Etat</i>
CGI	<i>Code général des Impôts</i>
CJCE	<i>Cour de justice des communautés européennes</i>
CNCC	<i>Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes</i>
COB	<i>Commission des opérations de bourse</i>
Comm. Cons	<i>Commission de la Concurrence (de 1977 à 1986)</i>
Cons. Conc.	<i>Le Conseil de la concurrence (à partir de 1986)</i>
Contrat. conc. consom.	<i>Contrat-Concurrence-Consommation</i>
Defrénois	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
DGCCRF	<i>Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes</i>
Dict. Perm.	<i>Dictionnaire permanent</i>
Dr. et patrimoine	<i>Droit et patrimoine</i>
Dr. social	<i>Droit social</i>
Dr. Société	<i>Droit des sociétés</i>
Gaz.Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
J.-Cl.	<i>Juris-Classeurs</i>
JCP CI	<i>La Semaine Juridique Edition "Commerce et industrie"</i>
JCP E	<i>La Semaine Juridique Edition "Entreprise"</i>
JCP S	<i>La Semaine Juridique Edition social</i>
JCP G	<i>La Semaine Juridique Edition Générale</i>
JOCE	<i>Journal Officiel des Communautés Européennes</i>

LPA	<i>Petits Affiches</i>
OECD	<i>Organisation de coopération et de développement économique</i>
RDT	<i>Revue de Droit du Travail</i>
Rec. CJCE	<i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes</i>
Rev. proc. coll.	<i>Revue des procédures collectives (devenue en 1999, Revue des procédures collectives civiles et commerciales, même abréviation)</i>
Rev. soc.	<i>Revue des sociétés</i>
RID pén.	<i>Revue International de droit pénal</i>
RJ com.	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
RJDA	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
RJF	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
RJS	<i>Revue de jurisprudence sociale Francis Lefebvre</i>
RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD Com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
TPICE	<i>Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes</i>

**LE GROUPE DE SOCIETES  
EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT CHINOIS**

<b>INTRODUCTION</b> .....	1
<b>PARTIE UN – LA CONSECRATION EN DROIT DE LA REALITE DU GROUPE</b> .....	18
<i>TITRE I – LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE L’EXISTENCE DE GROUPE</i> .....	19
<i>CHAPITRE I – LE REFLET JURIDIQUE DU GROUPE A LA LUMIERE DU POUVOIR DE CONTROLE</i> .....	20
<i>CHAPITRE II – LE REFLET JURIDIQUE DU GROUPE A LA LUMIERE DES ACTIVITES ECONOMIQUES ET SOCIALES</i> .....	68
<i>TITRE II – L’INOPPORTUNITE D’UNE NOTION JURIDIQUE AUTONOME DU GROUPE</i> .....	113
<i>CHAPITRE I - LA DESCRIPTION IMPARFAITE DU GROUPE DE SOCIETES</i> .....	114
<i>CHAPITRE II - LA RELATIVITE DU GROUPE DE SOCIETES EN DROIT</i> .....	181
<b>PARTIE DEUX - L’ADAPTATION DU DROIT A LA REALITE DU GROUPE</b> .....	238
<i>TITRE I – A LA RECHERCHE DE LA DYNAMIQUE DE GROUPE</i> .....	239
<i>CHAPITRE I – PAR L’ADMISSION DE PREROGATIVES SPECIFIQUES AU SEIN DE GROUPE</i> .....	241
<i>CHAPITRE II – L’INFLECHISSEMENT DES CONTRAINTES DES ACTES INTRAGROUPE</i> .....	282
<i>TITRE II – A LA RECHERCHE DE L’EQUILIBRE ENTRE DES INTERETS CONFLICTUELS AU SEIN DU GROUPE</i> .....	340
<i>CHAPITRE I – A LA RECHERCHE DE L’EQUILIBRE DANS LA PROTECTION DE L’INTERET DES ASSOCIES</i> .....	341
<i>CHAPITRE II – A LA RECHERCHE DE L’EQUILIBRE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE AU SEIN DU GROUPE</i> .....	402
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	484

## INTRODUCTION

Au sein de notre société contemporaine, le groupe de sociétés est devenu un emblème pour l'organisation des activités économiques. En droit des sociétés français, la création d'un groupe de sociétés est possible depuis fort longtemps<sup>1</sup>. Les grands groupes nationaux ont commencé à se former à partir des années 1970 et n'ont cessé de se multiplier dans les années suivantes, à l'époque où les mouvements de mondialisation et de concentration économique ont pris de l'ampleur. Contrairement à la majorité des sociétés indépendantes, il est indéniable qu'ils regroupent d'importantes ressources financières, matérielles et humaines pour réaliser des projets économiques de très grande envergure. Une étude de l'Insee démontre que plus fort est le potentiel d'une société, plus elle a de chance d'intégrer un groupe<sup>2</sup>. Ainsi, les groupes français produisent environ 70% de la valeur ajoutée, et emploient près d'un salarié sur deux<sup>3</sup>. Ils constituent donc l'un des piliers essentiels pour assurer la compétitivité et la puissance économique de la France.

De même, suite à l'adoption d'une nouvelle politique économique d'ouverture et de réforme en Chine à la fin des années 70, les groupes d'entreprises ont vu le jour. L'essor de cette forme d'organisations économiques s'est confirmé suite à la promulgation de la première loi sur les sociétés chinoise fin 1993. Ensuite, le phénomène de groupe de sociétés a été davantage incité par la suppression des contraintes pour une société dans la prise de participation dans d'autres sociétés, légiférée par la nouvelle loi sur les sociétés promulguée le 27 octobre 2005. Il est prévisible que, en raison de la croissance constante de l'économie chinoise, les groupes de sociétés vont constituer une forme organisationnelle privilégiée des entreprises chinoises, notamment pour les plus grandes.

La création de groupes de sociétés est motivée par des raisons nombreuses et variées. Un groupe peut se former simplement en raison de l'agrandissement constant d'une entreprise, ou résulter d'une série de rapprochements entre plusieurs sociétés. Pouvant

---

<sup>1</sup> En droit français, un arrêt sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 affirme déjà « *qu'aucun texte de loi, aucun principe de droit n'interdit aux sociétés... d'entrer comme associé dans d'autres sociétés du même genre* » : Ch. Des Req. du 10 déc. 1878, 1879-1-5, Beudant.

<sup>2</sup> Etude Insee Première N°1444, juillet 2007 : [http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref\\_id=IP1144&page=graph](http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=IP1144&page=graph)

<sup>3</sup> Statistiques de l'Insee de 1997, cité par Morin C., « *Le groupe des sociétés au regard du droit social* », thèse, Toulon, 2000, n°2

constituer une modalité de gouvernance décentralisée de l'entreprise, le groupe de sociétés reste en même temps une technique organisationnelle pour concentrer la direction d'une multitude de sociétés diversifiées. La création de certains groupes se justifie par le caractère complémentaire des activités des sociétés appartenant au groupe, que la synergie de ces sociétés peut se retrouver dans une complémentarité verticale – telle qu'entre les fournisseurs, producteurs et distributeurs, ou dans une complémentarité horizontale – tel qu'entre plusieurs sociétés effectuant des activités similaires. Au contraire, il est aussi possible que cette synergie n'existe point entre les sociétés de groupe, un groupe de sociétés peut prendre la forme d'un conglomérat, qui peut être justifié par la nécessité de diversifier les risques d'exploitation entre plusieurs secteurs d'activités.

Enfin, l'envergure économique d'un groupe de sociétés pourrait être très différente, variant d'une toute petite entreprise familiale à une multinationale ayant un chiffre d'affaires équivalent au PIB de certains Etats.

Une diversité de groupe de sociétés peut aussi se manifester à l'égard de la structure des liens financiers au sein du groupe. Les sociétés d'un groupe peuvent entretenir des liens pyramidaux, radiaux ou circulaires. La structure radiale est plus fréquente dans les petites entreprises simples, composées d'une société mère et de plusieurs filiales directement détenues par elle. La structure en pyramide peut être plus fréquemment constatée dans les grandes entreprises : par le biais de ses filiales, la société mère au sommet du groupe détient indirectement des liens financiers dans ses sous-filiales. La structure circulaire, relativement rare, implique une chaîne de liens financiers en boucle entre les sociétés de groupe. De plus, les grands groupes de sociétés peuvent se doter des structures extrêmement variables et compliquées, par la combinaison de ces différentes structures<sup>4</sup>.

La structure d'organisation en groupe de sociétés présente des avantages particuliers pour les entreprises.

Grâce à la responsabilité limitée de chacune des sociétés membres du groupe, notamment pour les grandes entreprises, les différentes branches d'activités d'une même entreprise peuvent être segmentées et gérées de façon séparée par ces différentes sociétés,

---

<sup>4</sup> Cf. Champaud, « *Le pouvoir de concentration de la société par actions* », Sirey, 1962 ; « *La méthode de groupement des sociétés* », RTD Com., 1967, p. 1003. Th. Gauthier, « *Les dirigeants et les groupes de sociétés* », Litec 2002, p. 34.



de sorte que les risques inhérents à ces activités sont aussi séparés et limités dans chaque branche. L'abandon ou la défaillance d'un branche d'activité déterminée ne contaminant pas les autres secteurs, un groupe de sociétés a plus de chance de résister au « naufrage » en cas de crise économique, par la faillite d'une partie de ses sociétés membres.

Ainsi, grâce à un effet de levier juridique d'une chaîne ininterrompue de participation majoritaire, la société mère du groupe peut s'approprier un droit de contrôle des sous-filiales de groupe avec un coût financier moins important. En ayant recours aux aides de ses partenaires et des investisseurs publics, un acteur des activités économique, lors qu'il est en forme de groupe, peut mobiliser plus de capital pour les activités économiques sous son contrôle.

Un groupe de sociétés est doté d'une structure plus flexible, lui permettant de réaliser plus facilement des restructurations internes, de diminuer ou d'augmenter l'envergure de la production par les opérations de vente et d'acquisition des sociétés.

Dans la vie économique au sein du groupe, les sociétés membres peuvent se concerter, s'aider ou même s'unifier pour mettre en œuvre des objectifs communs, en se soumettant aux instructions d'une autorité centrale du groupe. Cette centralisation du pouvoir, assurant une solidarité des sociétés membres, pourrait renforcer la compétitivité de l'ensemble du groupe sur le plan économique, et réaliser une économie d'échelle significative.

Néanmoins, en dépit de ses avantages économiques, les modalités des groupes de sociétés présente des risques et des défis non négligeables.

Le poids économique et financier du groupe pourrait être abusivement mise en œuvre à l'encontre de ses partenaires commerciaux. De plus, le fonctionnement du groupe, impliquant une unité de direction centrale de groupe plus ou moins puissante, pourrait entraîner un profond changement du jeu de la concurrence du marché, et de l'équilibre des intérêts des acteurs (ou parties prenantes<sup>5</sup>), juridiquement liés à chaque société

---

<sup>5</sup> Dans le domaine de droit de sociétés, la partie prenante (stake holder), désignant une personne ou une entité qui a un intérêt légitime dans le fonctionnement de la société, consiste en une notion de sens plus élargi que « l'actionnaire » (shareholder). Dans cette optique la société est considérée comme un "nœud de contrats", plus ou moins formalisés, entre les parties prenantes. La société ne représente plus simplement un patrimoine commun des actionnaires, puisque les intérêts légitimes des autres personnes sont également impliqués dans son fonctionnement. A l'appui de la théorie de « parties prenantes », des courants de pensées modernes tendent à consacrer une vision plus social de la société, en lui reconnaissant, non seulement la maximisation de l'intérêt des associés – qui sont souvent liés aux dirigeants sociaux,

appartenant au groupe, tels que ses actionnaires, salariés, dirigeants voire créanciers.

En même temps, un tel pouvoir centralisé et puissant va estomper, de façon significative, l'identité distincte de ses sociétés membres. Le « glissement » de pouvoir vers l'unité centrale du groupe pourrait déséquilibrer les relations entre le groupe et la société qui y appartient. Si théoriquement une société de groupe reste encore juridiquement distincte, le groupe n'est pas sans influencer les relations entre cette société et ses parties prenantes.

Cette influence de groupe est principalement constatée dans trois catégories de relations individuelles entre le groupe de sociétés et les parties impliquées dans le fonctionnement de chacune des sociétés de groupe.

Il arrive que les associés d'une société appartenant à un groupe soient divisés en deux clans : les associés représentant le groupe et ceux en dehors du groupe. Les seconds sont exclus de la gestion de groupe et sont liés uniquement à l'intérêt social de la société concernée, alors que les premiers s'intéressent également à l'intérêt global du groupe qui pourrait être éventuellement contradictoire avec l'intérêt immédiat de la société. Le conflit d'intérêts entre les actionnaires majoritaires et minoritaires, sujet déjà classique en droit de sociétés, pourrait être amplifié dans le cadre du groupe de sociétés.

Il arrive aussi que les salariés de la société puissent avoir l'impression qu'ils travaillent non seulement pour leur propre employeur mais aussi dans le cadre d'un groupe. La centralisation de la gestion des ressources humaines et de la promotion des salariés, la mise en place des mobilités intragroupes, ainsi que le pouvoir d'influence de groupe sur les activités de l'employeur, contribuent à renforcer une telle impression.

De plus, les cocontractants peuvent choisir de conclure des contrats avec la société grâce à l'appartenance de cette dernière à un groupe. Dans la pratique, les contrats importants sont même parfois négociés directement par l'unité directionnelle du groupe avant qu'ils soient signés par une société membre de groupe.

De plus, dans l'optique du régime de la forme juridique de l'acteur économique, des activités économiques organisées dans le cadre des groupes de sociétés sont si fréquentes

---

mais aussi les intérêts sociaux voire la responsabilité écologique. Cf. E. Mackaay, S. Rousseau, « *Analyse économique du droit* », Dalloz 2008, p. 500, n°1840 et s.

et normales, de sorte qu'il est nécessaire de vérifier s'il est opportun de reconnaître en droit le statut du groupe de sociétés, en tant qu'une forme juridique assimilée à la personne morale.

Il est donc évident que le phénomène économique du groupe de sociétés n'est pas neutre d'un point de vue juridique. Il faut que l'ordre juridique réponde à ce modèle moderne de « management » des activités économiques, afin de réaliser sa cohérence avec les pratiques de l'économie. En même temps, il convient d'éviter que l'avènement de la conception « groupe de sociétés » en droit ne perturbe pas la mise en place des dispositifs légaux actuels.

En raison de la complexité et de la diversité des groupes de sociétés, il est nécessaire de limiter notre objectif d'étude, et d'identifier les problématiques de groupe des sociétés nécessitant, de façon la plus urgente, une comparaison juridique afin d'améliorer les régimes juridiques correspondants en droit Chinois.

En effet, suite à une période de croissance économique extraordinaire depuis 30 ans en Chine, de nombreuses entreprises chinoises ont réussi à multiplier leur importance économique et se sont transformées en différentes sortes des groupes de sociétés importants. Derrière les succès économiques, existent cependant des situations inquiétantes. Au sein de ces entreprises, prolifèrent des opérations portant atteinte aux intérêts des actionnaires minoritaires, aux créanciers et aux salariés. Des abus de droit des actionnaires, des abus des biens sociaux et des opérations en conditions anormales au sein du groupe sont fréquents dans les groupes se trouvant en Chine, et ces opérations font souvent l'objet des vives critiques des juristes<sup>6</sup>. D'un autre côté, le développement de la loi reste à la traîne, engendrant des lacunes dans les dispositifs juridiques qui ignorent encore, à tort, le sujet de groupes de sociétés. Cette indifférence législative, semblant de plus en plus inadaptée aux activités des entreprises industrielles et commerciales modernisées, est peu louable.

Il est donc nécessaire et important de vérifier, à travers les comparaisons avec le droit français, dans quelle mesure le droit chinois peut développer une série de dispositifs

---

<sup>6</sup> JIA Jun, « *L'analyse de la responsabilité liée aux transactions liées illégitimes* », Faxue Luntan, 2004 N°3, p. 52 (贾军, « 非正当关联交易侵权责任分析 », 法学论坛); ZHU Ci Yun, ZHENG Bo En, « L'essai sur l'obligation de l'actionnaire dominant », Zhengzhi He Falv, 2002, N°2, p. 13 (朱慈蕴, 郑博恩, « 论控制股东的义务 », 政治与法学)

juridiques plus complets pour réguler les opérations des groupes de sociétés en Chine, sans que des préjudices soient portés à leur compétitivité et dynamique économique. Notre étude de groupe de sociétés doit porter *a priori* sur les règles juridiques du fond et non procédurales, en droit interne et non en droit international.

Certes, le groupe de sociétés mérite également d'être régulé par le droit international privé.

A cet égard, les groupes multinationaux constituent un sujet particulier en droit international privé et en droit communautaire européen, en raison de la multitude des nationalités de sociétés membres de groupe<sup>7</sup>. En droit européen, le Règlement 1346 /2000 du 29 mai 2000 a pour vocation de résoudre les conflits de lois et de juridiction des pays communautaires (à l'exception du Danemark) lors de l'ouverture des procédures d'insolvabilité pour un groupe multinational de l'échelon communautaire. C'est la juridiction de l'Etat membre où est localisé le centre des intérêts principaux du groupe de sociétés qui a la compétence de statuer sur l'affaire d'insolvabilité<sup>8</sup>.

Les groupes de sociétés multinationales n'échappent pas non plus au droit interne fiscal ni aux traités fiscaux internationaux. La pratique des multinationales d'établir des implantations fictives dans les pays étrangers, et cela dans le seul but d'atténuer la charge fiscale normalement encourue par les sociétés de groupe<sup>9</sup>, constitue un sujet important en droit fiscal international. De plus, la loi sur l'immigration et la mobilité internationale d'un pays pourrait faciliter les détachements des salariés entre les sociétés, dès lors que celles-ci appartiennent à un même groupe multinational<sup>10</sup>.

Bien qu'une étude de groupe de sociétés multinationales sous le prisme du droit international soit très intéressante, elle s'éloigne *a priori* de notre objectif d'étude. Nous ne traiterons donc que certains sujets de groupe de sociétés multinationales étroitement

---

<sup>7</sup> Oppetit : « *Les sociétés multinationales et les états nationaux* », Mél. Bastian, Paris, 1974, p. I, p.161 et s. ; Synvet : « *L'organisation juridique du groupe international de société* », Thèse, Rennes, 1979. La doctrine chinoise a aussi conscience de la problématique de groupe de sociétés en droit international privé. Cf. LI Jinze, « *Les multinationales et les conflits ds lois* », 2001, Ed. Université de Wuhan.(李金泽, « *跨国公司法律冲突* », 2001, 武汉大学出版社)

<sup>8</sup> Mélin F. , « *Groupe de sociétés et détermination du centre des intérêts principaux des débiteurs* », bull. Joly 2008, § 218

<sup>9</sup> L'article 209 B de CGI

<sup>10</sup> L'appartenance d'une société à un groupe de sociétés est prise en considération lorsque les salariés en mission, qui sont des ressortissants étrangers détachés en France dans le cadre d'une mobilité intragroupe. Cf. l'article L.313-10 5° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

liés aux régimes juridiques de groupe de sociétés interne<sup>11</sup>.

Il conviendra également d'exclure les groupes des institutions bancaires de notre étude, qui sont normalement soumis à des réglementations particulières sur l'organisation institutionnelle des banques.

Au contraire, il nous semble nécessaire d'inclure dans notre horizon d'étude les groupes d'entreprises.

En droit positif, la notion de « groupe de sociétés » doit être parfois remplacée par le terme « groupe d'entreprises ». Dans plusieurs branches du droit français, tel que le droit fiscal, le droit financier, le droit social ou le droit de la concurrence, le sujet de droit n'est pas une société, mais une entreprise, qui peut englober une plus grande catégorie de personnes juridiques que de simples sociétés commerciales.

Contrairement à la notion de « société » qui est clairement définie en termes juridiques, « l'entreprise » n'est pas *stricto sensu* une notion claire en droit. La portée de cette notion est elle-même variable selon la branche du droit concerné. En droit fiscal, l'entreprise se caractérise plutôt par son propre patrimoine professionnel distinct de celui de l'exploitant. Cela a pour objet de satisfaire aux besoins du calcul d'impôt en fonction de l'évolution des actifs<sup>12</sup>. Elle est plutôt constitutive d'un objet de droit qu'un sujet de droit. En revanche, cette approche patrimoniale n'est plus pertinente au regard du droit du travail, car le législateur et la jurisprudence doivent impérativement prendre en compte des éléments économiques et sociaux dans l'élaboration de la conception de l'entreprise, qui dévient un sujet de droit jouant le rôle de l'employeur. Alors qu'en ce qui concerne le droit de concurrence, l'entreprise, auteur participant aux activités économiques et concurrentielles, se caractérise *a priori* en raison de son pouvoir sur un marché pertinent.

Peu importe le contenu exact d'une entreprise, il est indéniable que les notions d'« entreprise » visées en diverses branches du droit comprennent toutes les sociétés commerciales. L'étude du régime légal du groupe d'entreprises devient l'approche

---

<sup>11</sup> Il est parfois difficile de distinguer complètement le droit interne du droit international. Nous sommes obligés d'aborder dans la présente étude certains sujets ayant trait aux opérations intragroupes impliquant des sociétés de différentes nationalités, en raison de leur liens étroits avec le droit interne, tels que les dispositifs du droit de la concurrence communautaire, qui complètent et se superposent sur le droit de la concurrence français, ou les dispositifs de prix de transfert en droit français, qui reposent sur le même fondement de l'acte anormal de gestion en droit fiscal interne.

<sup>12</sup> T. Tarrow, « *La notion d'entreprise* », JCP N, 2002, n° 49, 1684

essentielle de l'étude, dans le cadre des branches du droit précitées, de l'aspect juridique du groupe de sociétés.

L'extension de notre étude aux entreprises se justifie *a fortiori* en raison du sens particulier de terme « entreprise » en droit chinois. En effet, avant l'apparition de la « société » dans la *loi sur les sociétés* le 13 décembre 1993, les acteurs économiques en Chine sont généralement les « entreprises d'Etat » (全民所有制企业, *Quanmin Suoyouzhi Qiye*, ou 国有企业 *Guoyou Qiye*) et les « entreprises collectives » (集体所有制企业, *Jiti Suoyouzhi Qiye*). Après l'entrée en vigueur de cette loi, « L'entreprise » continue à désigner, de façon générale, tous les acteurs des activités économiques, y compris les sociétés. Par rapport au terme « groupe de sociétés », les praticiens chinois utilisent plus couramment le « groupe d'entreprises », même si ce dernier désigne normalement un groupe d'entités en forme de « société »<sup>13</sup>.

Cette précision sur la portée nous permet de mieux focaliser l'étude sur les problématiques de droit interne des groupes de sociétés, et ce en matière d'activités commerciales, industrielles et *a priori* domestiques.

Une question essentielle s'impose : comment décrire l'existence de notre sujet - le « groupe de sociétés » - sur le plan juridique ? Quels sont les caractéristiques de toutes les pratiques économiques de groupe qui nous permettent d'élaborer une formulation de la définition du groupe ?

Dans la doctrine française, diverses définitions conceptuelles d'un « groupe de société » ont été proposées par des auteurs. Se prévalant de l'interdépendance économique et financière entre les sociétés appartenant au groupe, M. Vidal pense qu'un groupe de sociétés « *est un ensemble de sociétés qui présentent une structure juridique distincte, mais qui sont liées par des participations ou des relations contractuelles leur conférant une certaine interdépendance économique ou financière laquelle peut se manifester par l'existence d'un pouvoir de décision, uniquement prépondérant ou partagé, extérieur à plusieurs de celles-ci et propre à l'ensemble du groupe* »<sup>14</sup>. Cette

---

<sup>13</sup> Selon la réglementation « *Règlement provisoire de l'immatriculation des groupes d'entreprises* » (企业集团登记管理暂行规定), promulgué par l'Administration Nationale de l'Industrie et du Commerce le 6 Avril 1998, un groupe d'entreprises est composé par une « *société mère, ses filiales, des sociétés dont elle détient des participations* », et enfin à titre accessoire, « *d'autres entreprises ou entités* ». Il est évident que les membres essentiels d'un groupe « d'entreprises » sont les sociétés.

<sup>14</sup> Vidal, D., « *Les mérites de la méthodologie ponctuelle d'un droit des groupes de sociétés* », LPA, 1993, n° 78, p. 17

position est principalement rejointe par MM. Ripert, Roblot et Germain, selon qui le groupe « est constitué par plusieurs sociétés juridiquement autonomes, mais situées les unes par rapport aux autres dans un état de dépendance économique, susceptible d'altérer leur autonomie juridique »<sup>15</sup>. En revanche, le groupe de sociétés est défini, par certains autres auteurs, plutôt par le biais de la modalité d'organisation du pouvoir de décision. Dans ce sens, un groupe est « un ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en vertu desquels l'une d'entre elles, dite société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur l'ensemble et fait prévaloir une unité de décision »<sup>16</sup>. Enfin, certains auteurs proposent de rajouter, outre les deux éléments essentiels de cette définition – à savoir l'autonomie juridique des sociétés membres et l'unicité de la décision – « l'existence d'un intérêt du groupe mise en place par une politique économique ou financière globale »<sup>17</sup>.

La lecture combinée de ces définitions donne prise à trois observations.

D'abord, nous constatons que les auteurs sont quasiment unanimes sur le point qu'une hiérarchie interne doit être mise en place au sein du groupe de sociétés. Dans ce sens, le groupe doit être composé par une ou plusieurs sociétés, têtes de groupes, exerçant un pouvoir de décision plus ou moins important sur les autres sociétés de groupe. En conséquence, les groupes « personnels » doivent être normalement exclus de l'étude des groupes de sociétés. En fait, ce type de groupes « personnels » est généralement composé par un ensemble de sociétés organisées et gérées autour des mêmes actionnaires physiques et/ou dirigeants, sans qu'aucun lien financier direct ou lien de dépendance économique ne soit établi directement entre elles. A défaut de hiérarchie au sein des sociétés membres du groupe « personnel », ce dernier échappe à beaucoup de régimes juridiques visant les groupes de sociétés.

Ensuite, à l'égard de la hiérarchie entre les sociétés de groupe, la doctrine diverge sur la nature juridique des liens pouvant tisser ce réseau hiérarchique de groupe. Le terme de

---

<sup>15</sup> Ripert G. Roblot R. et Germain M., « *Traité de droit commercial* », Tome 1, L.G.D.J., 15<sup>e</sup> Ed. 1993, n° 1608

<sup>16</sup> Définition mise en avant par MM. B. MERCADAL et PH. JANIN : « *Sociétés commerciales* », 1996 p. 1079. Cette définition a été reprise par Mme Charvériat et M. Couret dans le Memento de F. Lefebvre : « *Groupes de sociétés* », 2007-2008, p.15. Les formules similaires, tout en relevant l'existence d'une unité décisionnelle de groupe, sont employées par d'autres auteurs. Pour M. Guyon : *le groupe est un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique* : « *Droit des affaires* », Tome I, Ed. Economica, 10<sup>e</sup> Ed., 1998, n°580. Voit également Jeantin, « *La notion de groupe de sociétés* », Banque et droit, hors série, 1992, p. 6.

<sup>17</sup> « *Dictionnaire de la Comptabilité* » (les dictionnaires La Villeguerin), 2<sup>ème</sup> édition, p.454

« pouvoir de décision » s'avère assez flou. Il se manifeste tantôt par des nombreux liens contractuels dans le domaine tant économique que financier, tantôt par des liens financiers<sup>18</sup>, sans que les caractéristiques de ces liens ne soient précisément définis. Cette ambiguïté de définition doctrinale s'accompagne d'un désordre des travaux en droit positif. En droit français, il existe des régimes légaux ou jurisprudentiels dont chacun prévoit, de manière implicite ou explicite, des règles parcellaires concernant le groupe de sociétés, mais il n'existe aucune harmonie entre ces règles et les critères caractérisant le groupe de sociétés. A titre d'exemple, le groupe d'intégration fiscale prévu par l'article 223 A de CGI se différencie nettement d'un groupe de sociétés dans le cadre de la création d'un Comité de groupe prévu dans l'article L 2331-1 du Code du travail, et la notion de groupe entendue par la jurisprudence pénale de Rozenblum doit respecter également ses propres critères d'appréciation. Ce manque d'unité juridique est source de nombreuses critiques de la part d'auteurs, qui ont souligné, non sans tort, que la conception de groupe dans l'ordre juridique est fragmentaire, disparate et hétéroclite.

Enfin, la polémique subsiste sur le point de savoir si le groupe doit se caractériser par un intérêt propre, déterminé par des politiques économiques ou financières – voire sociales – à l'échelon de groupe. La proposition de consacrer un intérêt propre du groupe n'est pas sans nous rappeler la notion de l'intérêt social au sein du régime légal classique de la société. Cette approche de l'intérêt du groupe est naturelle. Dans la mesure où le groupe de sociétés constitue une entité distincte dans la vie économique de notre société moderne, n'est-t-il pas légitime de lui affecter un régime similaire au régime de la société ?

Toutefois, toutes les formules de définitions théoriques des juristes français ne connaissent pas de confirmation législative.

La loi du 24 juillet 1966, qui constitue depuis sa promulgation le socle du régime moderne du droit des sociétés français, se borne simplement à définir les notions de filiale, de participation, de contrôle et de participations réciproques. Les groupes de sociétés restent étrangers à la législation du droit des sociétés. Après l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1996, l'introduction d'un régime de groupe de sociétés dans le Code de commerce a fait l'objet des propositions de réformes législatives successives et

---

<sup>18</sup> Y. Guyon, « *Droit des affaires* », Tome I, précité, n° 582 et S. M. le professeur Guyon classe le groupe de sociétés en trois catégories. Hormis les *groupes personnels* qui est *a priori* exclu de notre étude, il existe des *groupes financiers* (ou *groupe sociétaire*) et les *groupes contractuels*. Cf. également M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, « *Droit des sociétés* », 19 Ed., Litec, n° 1412, P. English, « *Les groupes d'entreprises à structure contractuelle* », Thèse Angers, 1980



récurrentes, notamment la proposition de loi « Cousté » dans les années 70<sup>19</sup> et la proposition de M. Marini dans les années 90<sup>20</sup>, sans qu'aucune d'entre elles n'ait abouti à la reconnaissance du statut légal de groupe de sociétés.

Ces débats sur la consécration d'un régime réglementaire du groupe ont été bien incités par le fait que le législateur allemand a consacré, par la loi relative aux sociétés par actions (*Aktiengesetz*) du 6 Septembre 1965, un droit particulier de « groupe de sociétés ». Cependant, le législateur français a pris du recul à l'égard de cette pratique innovante de son pays voisin. Il semble que la pratique allemande, n'ayant qu'un succès législatif très modeste dans son pays, a entraîné plutôt un effet dissuasif pour la transplantation en France.

La même réticence contre la reconnaissance de groupe de sociétés pourrait être aussi constatée en jurisprudence française. Les juges français sempiternellement refusent de considérer le groupe de sociétés, vis-à-vis des tiers, comme un sujet de droit<sup>21</sup>, si bien que tous les actes signés au nom d'un groupe de sociétés doivent être complètement nuls.

En contraste de ce refus de reconnaissance constante de l'identité du groupe de sociétés en droit français, il y a néanmoins de plus en plus de textes légaux ou de jurisprudences, dispersés dans les diverses branches du droit particulier, qui se réfèrent à la conception du « groupe de sociétés » ou du « groupe d'entreprises ».

A cet égard, le droit comptable français prévoit l'obligation d'établir, pour certains types de groupe de sociétés, des comptes annuels globaux du groupe, résultant de la consolidation des comptes des sociétés membres<sup>22</sup>. Le législateur fiscal exonère aussi de l'impôt sur les dividendes contribué par une filiale à sa société mère. Il autorise à certaines sociétés du groupe de procéder à une intégration de résultats fiscaux en vue de réaliser une économie d'impôt<sup>23</sup>, et en revanche d'exclure l'application de certains traitements fiscaux, souvent avantageux, dès lors que les entreprises concernées sont considérées comme dépendantes d'un groupe. Les opérations de prix de transfert et les

---

<sup>19</sup> Propositions « Cousté » N°1055 du 19 février 1970, N° 52 du 2 avril 1973, N° 1211 du 1 août 1974, N°522 du 28 juin 1978 et N°25 du 2 juillet 198, cf. aussi J. Paillusseau, « *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ?* » : JCP G. 1971. I. 2401 bis, n°15

<sup>20</sup> Ph. Marini, « *La modernisation du droit des sociétés, Rapport au premier ministre.* » La documentation française, 1996

<sup>21</sup> CA Paris, 7 mars 1987, D. 1988, sommaire commentés, p. 208, Cass. com. 24 mai 1982, Rev. sociétés. 1983. 361, note J. Beguin ; M. Parient, « *Les groupes de sociétés et la loi de 1966* », Rev. sociétés, 1996, p.467

<sup>22</sup> L'article 233-16 du Code de commerce

<sup>23</sup> Code Général des impôts, article 223 A

actes anormaux de gestion intragroupe font également l'objet du contrôle des administrations et juges fiscaux. En dérogeant au droit au monopole des établissements de crédits à exercer des activités bancaires, le droit financier permet la mise en place des opérations de trésorerie entre les sociétés appartenant à un même groupe.

De même, le droit français de la concurrence prend en considération de l'existence du groupe de sociétés, notamment à l'égard des actes en concert entre ses sociétés membres, et suit de près la concentration des entreprises donnant lieu à la formation ou à l'élargissement du groupe. Aussi le droit social est très attentif aux relations de travail individuelles et collectives au sein des entreprises appartenant aux certains types de groupe, et établit dans ce sens de nombreux régimes, tel que la création de comité de groupe<sup>24</sup>, la reconnaissance de l'unité économique et social de plusieurs entreprises<sup>25</sup>, l'extension de l'obligation de reclassement à la dimension de groupe, et même la mise en place du système de l'épargne salariale à la dimension du groupe<sup>26</sup>. La jurisprudence « Rozenblum », qui concerne l'assouplissement de la responsabilité des dirigeants au sein de groupe pour l'abus de biens sociaux, introduit aussi la conception du groupe de sociétés en droit pénal des affaires<sup>27</sup>.

Les groupes de sociétés ont reçu alors un traitement paradoxal en droit français. D'un côté, le législateur montre sa position de réticence persistante, en refusant constamment la moindre identité juridique du groupe de société, et de l'autre côté, ce dernier est très fréquemment « reconnu » par les législateurs et les praticiens de diverses branches du droit spécial dans le domaine du commerce et de l'économie, tout en devenant un périmètre de référence incontournable dans l'application de la loi. Cependant, faute de définition légale, le groupe de sociétés est souvent indifféremment désigné d'un régime juridique à l'autre. Se trouvant dans une telle situation, le groupe de sociétés devient vraisemblablement un phénomène « mystérieux »<sup>28</sup>, qui est même, pour certain auteur, doté des caractères « de l'impressionnisme »<sup>29</sup>.

Le même phénomène de paradoxe, devient de plus en plus manifeste en droit chinois en raison des développements rapides des diverses branches du droit économique en

---

<sup>24</sup> L'article L 2331-1 du Code du travail

<sup>25</sup> L'article L 2322-4 du Code du travail

<sup>26</sup> L'article L3344-1 du Code de travail

<sup>27</sup> Cass. crim., 4 févr. 1985, arrêt **Rozenblum** : Juris-Data n° 1985-000537 ; Bull. crim. 1985, n° 54 ; Rev. sociétés 1985, p. 688, note B. Bouloc ; JCP G 1986, I, 20585, note W. Jeandidier ; D. 1985, jurispr. p. 478, note D. Ohl.

<sup>28</sup> Ch. Hannoun, « *Le droit et les groupes de sociétés* », précité, n°1

<sup>29</sup> P. Le Cannu, « *Droit des sociétés* » : 2e éd., n° 1417

Chine. En effet, si le droit de sociétés ignore encore le groupe de sociétés, un certain nombre des nouveaux régimes juridiques ont besoin, pour assurer leur efficacité, de prendre en considération cet élément important. Tel est le cas du droit de la concurrence créé en août 2007 par la loi anti-monopole et des réglementations supplémentaires du Ministre de Commerce, ou du régime des contrôles fiscaux sur des actes anormaux entre les entreprises liées, résultant de la réforme fiscale de l'impôt sur les sociétés déclenchée en mars 2007.

Compte tenu de son influence si importante sur les pratiques juridique, il est légitime de se demander pourquoi la forme d'organisation de groupe de sociétés n'a pas réussi à bénéficier d'un statut juridique officiel?

En effet, nous pouvons facilement remarquer que la reconnaissance du statut légal du groupe de sociétés pourrait se heurter au principe de l'autonomie juridique de chaque société, qui demeure une règle prédominante en droit de sociétés. Le problème est délicat, puisque l'exercice du pouvoir de direction centrale du groupe peut devenir conflictuel avec l'exigence de l'indépendance de la direction de chaque société, qui doit être impérativement assurée par ses organes sociaux. Pour M. le professeur Guyon, le groupe de sociétés relève inévitablement d'un caractère antagonique sur le plan juridique, puisqu'il existe au sein de celui-ci « *une nette opposition entre la situation de droit (indépendance de sociétés) et la situation de fait (convergence des objectifs et centralisation du pouvoir de décision)* »<sup>30</sup>.

Or cette difficulté d'antagonisme entre les éléments de droit et de fait est-t-elle infranchissable, de sorte qu'on ne peut point envisager une reconnaissance juridique, même modeste, de groupe de sociétés ?

En revanche, nous pouvons déjà constater qu'en Chine, certaines autorités gouvernementales audacieuses ont déjà essayé d'identifier le groupe sur le plan juridique, par l'établissement des procédures d'enregistrement des groupes d'entreprises<sup>31</sup>.

Ainsi, malgré la réticence législative en France, les efforts pour réglementer le groupe

---

<sup>30</sup> Cité par Mme Brigitte BRUN, « *La prise en compte toujours accrue des groupes de sociétés en droit de la concurrence* », Droit des sociétés n° 6, 2006, étude 13, n°1

<sup>31</sup> Nous pouvons évoquer dans ce sens le « *Règlement provisoire de l'immatriculation des groupes d'entreprises* » du 6 Avril 1998 précité, et aussi le « *Règlement provisoire sur les groupes d'entreprises* » (« *深圳经济特区企业集团暂行规定* ») de la zone spéciale économique de Shen Zhen, valable pendant une période à partir de 1993 jusqu'à 2004.

de sociétés, même partiels, n'ont jamais été complètement abandonnés par certains auteurs. Les réflexions approfondies menées par eux<sup>32</sup> pourraient ressusciter la polémique sur l'existence, même minime, du groupe de sociétés en théorie du droit, et sur la possibilité de bâtir un droit du groupe de sociétés à partir de cette éventuelle base théorique de groupe.

Il nous semble que le groupe de sociétés nécessite encore une analyse systématique en droit dans les deux pays, afin d'évaluer s'il est opportun de procéder à un aménagement des règles juridiques actuelles, voire à consacrer une réglementation directe de ce phénomène de groupe étant à l'origine des pratiques de la vie économique.

Par ailleurs, il est légitime de poser la question à savoir si le défaut de statut légal de groupe de sociétés pourrait faire obstacle au développement des règles concernant le groupe de sociétés dans les diverses branches du droit? Cette question a notamment un sens d'utilité pour le droit chinois, qui n'a pas encore suffisamment développé le sujet pour l'instant.

La réponse paraît *a priori* négative, si nous nous référons aux expériences de pratique en droit français. En fait, bien qu'un droit homogène du groupe de sociétés fasse défaut en France, rien n'est forcément inquiétant au niveau du développement de divers dispositifs juridiques ayant trait au groupe de sociétés. .

Il nous semble que l'utilité de la création d'un droit homogène et unifié de groupe de sociétés doit consister, à part la fonction de prévenir la spoliation des associés hors groupe et d'autres parties prenantes<sup>33</sup>, à conforter l'efficacité de l'application de droit au nouveau modèle d'organisation des activités économiques, et à activer davantage l'énergie des acteurs. Ces objectifs n'auraient pas à être forcément compromis, simplement parce que la forme institutionnelle de groupe de sociétés n'est pas concrétisée en droit. L'accumulation des diverses règles parcellaires et ponctuelles, dont chacune vise à « grignoter » un ou plusieurs problèmes bien précis et délimités de groupe, pourrait peut être résoudre l'ensemble des problématiques de groupe de sociétés. Cette approche de pragmatisme et de flexibilité, qui s'articule plus facilement aux régimes de droit classique, mérite une étude approfondie.

---

<sup>32</sup> Ch. Hannoun, « *Le droit et les groupes de sociétés* », LGDJ, coll. Biblio. droit privé, M. Pariente, « *Les groupes de sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal* », Litec, 1993 ; A. Atiback, « *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés* », L'Harmattan, 2007

<sup>33</sup> J. Paillusseau, « *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ?* » : JCP G. 1971. I. 2401 bis, n°9

Le résultat de notre étude pourrait être plus fructueux lorsqu'il existe plus de points communs entre le droit français et le droit chinois. Dans ce sens, une comparabilité des droits entre les deux pays ne nous semble pas inexistante.

Exactement comme en droit français, le groupe de sociétés n'a jamais été défini de façon harmonieuse dans les différentes branches du droit chinois, et ce dans un contexte où certains régimes ayant trait au groupe de sociétés ont été progressivement introduits dans les textes chinois. De plus, le législateur chinois ignore encore complètement le groupe de sociétés, même suite à la promulgation de la nouvelle *loi sur les sociétés* lors de la récente réforme fondamentale en 2005 (comparable à la loi 24 juillet 1966 en droit français).

Nous pouvons même constater des similarités saisissantes à l'égard du parcours de la réglementation du groupe de sociétés entre le droit chinois actuel et le droit français il y a 40 ans. Suite à la promulgation d'un nombre important de règles légales, le droit des affaires chinois, comme les activités économiques dans ce pays, devient de plus en plus complexe, si bien que le phénomène de groupe de sociétés n'est plus négligeable sur le plan juridique. Certains auteurs chinois aussi préconisent ardemment, comme certains commentaires depuis les années 1970 en France, de légiférer un régime de groupe de sociétés, notamment à l'instar du droit des sociétés allemand<sup>34</sup>.

Au sujet de groupe de sociétés, le droit chinois se trouve actuellement devant un carrefour. Les différents systèmes de droit dans le monde, tel que celui du droit anglo-saxon, ou celui de droit allemand, exercent des influences sur droit chinois. Il paraît très intéressant d'étudier également les évolutions des régimes juridiques français et les réflexions menées par les praticiens français dans le développement de la pratique de groupes de sociétés en droit. Il importe aussi de savoir, s'il est possible de régler, de façon satisfaisante, les problématiques résultant du phénomène de groupe de sociétés, même à l'absence d'un droit unifié et harmonieux de groupe de sociétés.

A cet égard, le droit français se fait remarquer par son approche de pragmatisme. Il pourrait servir de bon modèle pour le droit chinois, distinct du droit anglo-saxon et même du droit allemand, dès lors qu'il est capable de démontrer que l'adaptation de ses

---

<sup>34</sup> WU Yue, « *Etudes juridiques sur les groupes des entreprises* » (吴越, « 企业集团法理研究 »), China Law Press, 2003

dispositifs juridiques à la réalité économique du groupe de sociétés est tout à fait possible, et qu'une telle adaptation du droit contribue aussi à la promotion de la dynamique économique de groupes de sociétés, tout en préservant l'équilibre des intérêts des parties impliqués dans le fonctionnement des groupes de sociétés.

La comparaison des droits entre les deux pays nous permet de savoir dans quelle mesure les expériences dégagées du droit français pourraient aider les législateurs chinois, notamment à l'égard de l'orientation, la méthodologie et du périmètre de la réforme des règles juridiques concernant le groupe de sociétés.

Malgré son développement rapide dans les années récentes, le droit chinois demeure un droit en formation. Les lacunes des dispositions légales restent encore nombreuses. En matière de groupe de sociétés, les dispositions légales et administratives sont disparates et peu nombreuses, et sont souvent élaborées de manière assez succincte. En raison d'une telle pénurie de dispositions, il n'est pas rare que nous n'arrivions pas à trouver, pour un régime relatif à tel groupe de sociétés en droit français, son équivalent en droit chinois.

A ce problème s'ajoute également la différence fondamentale de systèmes judiciaires entre la France et la Chine. En effet, même en droit français, les textes légaux n'arrivent pas à réguler tous les problèmes juridiques concernant le groupe de sociétés. Cependant, des nombreuses règles juridiques de groupe échappant à la législation sont bien éclaircies par la jurisprudence. Cette relation de complémentarité est beaucoup moins manifeste en droit chinois, puisque la jurisprudence chinoise joue un rôle beaucoup moins important qu'en droit français<sup>35</sup>. Certes, en droit chinois le défaut de jurisprudence est partiellement pallié par les interprétations de la Cour Suprême et par les circulaires judiciaires par les cours supérieures. Cependant, ces dispositions judiciaires sont peu publiées donc sont souvent inconnues du public<sup>36</sup>, et sont loin d'être suffisantes à réguler tous les problèmes de droit n'étant pas visés par le droit écrit.

Les niveaux de développement des droits de ces deux pays sont asymétriques, de

---

<sup>35</sup> En pratique, les juges du fond chinois ne sont pas liés aux décisions rendues par les cours supérieures. Ainsi, les contenus des jugements de la Cour suprême et des cours supérieures ne sont pas tous accessibles au public. Même dans les jugements publiés, la partie de raisonnement de l'application de droit est souvent développé de manière insuffisante, si bien qu'il est souvent difficile pour les juristes de retracer la méthode de l'application de droit adoptée par les juges

<sup>36</sup> A part les interprétations judiciaires de la Cour suprême qui sont régulièrement publiées, de nombreux « Procès-verbaux des réunions », « Avis » ou « Circulaire » élaborés par des cours supérieures ou intermédiaires circulent strictement entre les juges du ressort de l'auteur de règles judiciaires. Cependant, ces règles non publiées prévoient souvent en détail des règles d'application de droit que les juges du fond doivent respecter.

sorte que souvent leur comparaison ne peut s'effectuer sur les règles équivalentes. Pourtant, il n'en demeure pas moins intéressant de procéder à une comparaison. Grâce aux pratiques législatives, à la jurisprudence et aux débats doctrinaux, il existe un système juridique relatif au groupe de sociétés en droit français. En dépit de l'écart entre les niveaux de développement des deux pays, il est néanmoins constructif d'examiner, à partir des pratiques et expériences acquises en droit français, l'état actuel du système concerné en droit chinois. Cette étude comparative nous permet de mettre en lumière certains espaces vides en droit chinois, d'évaluer l'opportunité d'un régime particulier de groupe de sociétés, de faire connaître les mesures et règles permettant l'adaptation du droit à ce phénomène économique, et enfin d'inspirer les juristes chinois dans les travaux législatifs futurs.

Face à des règles si nombreuses et diversifiées, il n'est pas sans difficulté de saisir la ligne directrice pour présenter le sujet. Il nous paraît judicieux d'aborder ce thème par la recherche de la méthodologie que doit adopter le droit dans le but de mieux réguler le phénomène économique de regroupement des sociétés.

A cet effet, il convient dans un premier temps de procéder à une analyse minutieuse pour savoir si le droit est en mesure de consacrer en droit positif une notion de groupe de sociétés correspondant à la réalité économique de groupe (première partie). Ensuite, nous nous efforçons d'établir une synthèse des dispositifs juridiques venant à l'appui de la méthodologie d'adaptation du droit, qui ont pour effet de maintenir la cohérence entre le pragmatisme économique et l'orthodoxie juridique (deuxième partie).

## **PARTIE UN LA CONSECRATION EN DROIT DE LA REALITE DU GROUPE**

En se limitant au champ d'application défini dans l'introduction, nous effectuerons un bilan des régimes légaux en droit français et chinois qui tiennent en compte, de façon implicite ou explicite, l'influence *de facto* de groupes de sociétés. Ce bilan, indicateur des nuances importantes de la conception ou du paramètre du groupe de sociétés, met ainsi en relief que le terme « groupe » constitue en droit une notion complètement fonctionnelle, variant selon les spécialités et finalités des diverses branches du droit (Titre I). A cette difficulté insurmontable empêchant la consécration d'un droit unique recouvrant l'ensemble de règles juridiques liées au « groupe », s'ajoute *a fortiori* le problème qu'il est même inopportun, en raison des éléments essentiels au cœur des régimes de droit des sociétés, de faire introduire une notion autonome de « groupe de sociétés » en droit (Titre II).

### **TITRE I – LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE L'EXISTENCE *DE FACTO* DE GROUPE**

### **TITRE II – L'INOPPORTUNITE D'UNE NOTION JURIDIQUE AUTONOME DU GROUPE**



## **TITRE I – LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE L'EXISTENCE *DE FACTO* DU GROUPE**

Tant en droit français qu'en droit chinois, il existe des différentes approches pour reconnaître l'existence factuelle du groupe de sociétés, souvent à travers de la caractérisation d'un pouvoir de contrôle entre les sociétés (**Chapitre I**). Parallèlement, l'essor des régimes juridiques portant sur les activités économiques et sociales donne lieu à l'avènement à un autre ordre des approches de la reconnaissance, qui s'appuient essentiellement sur l'appréciation des rapports économiques, sociaux ou financiers entretenus entre des sociétés regroupées (**Chapitre II**).

**Chapitre I – Le reflet juridique du groupe à la lumière du pouvoir de contrôle**

**Chapitre II – Le reflet juridique du groupe à la lumière des activités économiques et sociales**

## **CHAPITRE I – LE REFLET JURIDIQUE DU GROUPE A LA LUMIERE DU POUVOIR DE CONTROLE**

Le pouvoir de contrôle, qui résulte très fréquemment d'un lien financier entre les sociétés, constitue un élément fondamental dans la reconnaissance du groupe de sociétés dans certaines branches du droit. C'est *a priori* par le biais de ce lien de contrôle que le concept du groupe de sociétés est reconnue implicitement en droit des sociétés (**Section 1**) et en droit comptable français (**Section 2**). Une approche similaire a été ainsi adoptée pour percevoir l'existence du groupe de sociétés en droit fiscal et financier (**Section 3**).

Une comparaison démontre que le concept du groupe de sociétés est beaucoup moins reconnu dans ces mêmes branches en droit chinois.

### **Section 1 - Le reflet du groupe en droit des sociétés**

Sans être définie directement par les textes légaux, le groupe de sociétés peut être cependant aperçu par l'intermédiaire d'une série des notions classiques en droit de sociétés français: la filiale, la participation et le contrôle (§1). Ces éléments, pas étrangers à la pratique juridique de droit chinois, sont cependant dépourvus des définitions légales précises. En revanche, une conception de « *domination* », complétant celle de « contrôle », paraît dans le droit chinois. Néanmoins elle ne parvient pas, semble-t-il nous, à éclaircir la reconnaissance du groupe en droit de sociétés (§2).

#### **§1 EN DROIT FRANÇAIS**

##### *A. La Filiale et la Participation*

Pour démontrer l'appartenance d'une société à un groupe de sociétés, sont souvent utilisés en droit positif les termes « société mère » et « filiale ». En droit français, une formule classique est prévue à l'article L 233-1 du Code de commerce : « *lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est*

*considérée ... comme filiale de la première* ». A contrario, la première société est la société mère de la seconde.

En se reposant purement et simplement sur des critères quantitatifs, les définitions de la « société mère », de la « filiale » sont claires et précises. Pourtant, en général, l'établissement du lien entre la société mère et la filiale ne produit pas en tant que tel des conséquences juridiques. A ce titre, l'article L 233-1 est descriptif : il se borne à expliquer le sens d'un terme juridique, dont les conséquences légales doivent être tirées de l'application d'autres textes, dispersés dans le Code de commerce.

La qualification de la « filiale », et en conséquence celle de la « société mère », contribue à cerner, pourtant d'une manière simpliste et incomplète, le contour d'un groupe de sociétés.

En dehors de cette hypothèse nécessitant un lien très étroit entre les deux sociétés, la loi française tend à se référer à la possession d'une fraction du capital lorsque les liens sont plus distants. Selon l'article L 233-2 du code de commerce, une société est considérée comme ayant une participation dans une autre société lorsqu'elle possède dans cette dernière « *une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %* ».

Cette disposition donne l'impression que la « participation » constitue la frontière entre une zone grise du groupe de sociétés et celle des sociétés complètement autonomes. Dès lors que la détention du capital dépasse 10%, la relation entre les sociétés justifie l'intervention de la régulation juridique. Inversement, aucune régulation particulière n'est nécessaire dans la mesure où les sociétés ne s'influencent pas.

Néanmoins, cette distinction relève d'une faible réalité juridique, étant donné que même la définition de « participation » s'estompe par des dispositions légales contradictoires à l'article L.233-2. S'inscrivant dans le même chapitre que ce dernier, l'article L.233-4 prévoit la possibilité d'une « *participation au capital même inférieur à 10%* », et l'article L. 233-6 reconnaît également l'existence d'une participation représentant plus d'un vingtième du capital d'une société. La participation au sens de l'article L.233-2, nécessitant la possession d'un capital de plus de 10%, se distingue mal du terme « participation » qu'on utilise couramment au sens général.

Il est permis de penser que cette contradiction apparente des textes résulte d'un usage maladroît par le législateur. Toutefois, cette contradiction démontre également que le

terme « participation » n'est pas vraiment doté d'un sens rigide. L'utilité de ce terme au sens de l'article L.233-2 est plutôt faible, et permet par exemple de déterminer l'identité des autres sociétés dont la situation doit figurer en annexe du bilan de la société<sup>37</sup>.

Il nous semble que la principale utilité de la « participation » réside dans son application dans le cadre du régime légal restreignant les participations réciproques, dont le rôle est essentiellement celui de fixer la structure des liens du capital tissés au sein du groupe de sociétés.

### *B. La restriction des participations réciproques*

Dès lors qu'une société est autorisée à détenir une part du capital dans d'autres sociétés, une question se pose inévitablement: serait-il légitime qu'une société, dont les participations sont détenues par une autre société, possède en retour, directement ou indirectement, les participations de cette dernière ? Ce type de pratique, appelé couramment « participations réciproques », peut produire de risques non négligeables.

Tout d'abord, les participations réciproques pourraient porter atteinte à la solvabilité des sociétés. En effet, dès lors qu'une société utilise son fonds en provenance de l'apport numéraire de son associé personne morale pour acheter les parts sociales de celui-ci, les capitaux sociaux de ces deux sociétés pourraient être illusoirement gonflés. Si nous prenons ces deux sociétés comme une unité d'ensemble, le montant nominatif total de leurs capitaux sociaux est plus élevé que les apports du capital effectivement reçu des associés. Dans ce cas le capital social peut le cas échéant se dissocier complètement de la réalité financière, de sorte que le capital d'une société ne consiste plus un gage de solvabilité. Le montant du capital s'avère alors trompeur pour les créanciers de la société. De plus, l'ensemble des sociétés impliquées dans une structure de participations réciproques voit leurs positions financières affaiblies, dans la mesure où la défaillance de l'une de ses sociétés peut entraîner des difficultés dans l'autre. En effet, le fait de détenir des participations dans la société défaillante est une cause de dépréciation importante.

Les désavantages sont d'autant plus réels lorsque la chaîne du capital est établie par plus de trois sociétés formant une boucle.

---

<sup>37</sup> L'article 233-15 du Code de commerce

Toutefois, la gravité de la fraude liée au capital fictif doit être atténuée dans la pratique, car de nos jours le montant du capital social d'une société n'est plus le seul paramètre révélateur de sa solvabilité. Grâce aux divers dispositifs juridiques renforçant la transparence de la société, les créanciers disposent actuellement de divers moyens pour vérifier les informations financières et comptables d'une société, qui sont bien plus fiables et révélatrices que le seul montant du capital social. Une partie tierce peut, de la même façon, prendre connaissance de l'existence des participations réciproques et ensuite mesurer le risque de conclure un acte concret avec la société.

Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire de systématiser l'interdiction des participations réciproques. Cette interdiction serait plutôt justifiée pour les imbrications financières trop importantes entre des sociétés commerciales. La régulation relative aux participations réciproques doit viser au premier plan les sociétés par actions puisqu'elles relèvent d'une nature capitaliste plus forte par rapport aux autres types de sociétés.

Au demeurant, pour que cette interdiction ne soit pas excessive, il convient également de déterminer un seuil d'intensité des participations réciproques à partir duquel intervient l'interdiction. Toutefois, la détermination d'un tel seuil n'est pas sans poser des difficultés. En droit français, ce problème est réglé en ayant recours à la notion de participation définie au sens de l'article L.233-2. De façon générale, seule la détention croisée des « participations » dépassant 10% du capital peut entraîner la régulation légale. A cet effet, la loi vise deux situations différentes.

En présence de deux sociétés par actions, si l'une détient déjà plus de 10% des actions de l'autre, cette dernière n'est plus autorisée à posséder des actions de la première. La sanction légale n'est pas la nullité mais la cession forcée des participations (art. L.233-29 du Code de commerce). Plusieurs modalités de cession sont prévues : les sociétés intéressées peuvent procéder à un règlement amiable, à défaut, la société détenant la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner ses investissements dans l'autre société dans un délai d'un an (D. 23 mars 1967, art. 249-2) à compter de l'occurrence de cette situation. Si les investissements réciproques sont de la même importance, les deux sociétés doivent réduire d'autant leurs participations jusqu'à ce que celles-ci tombent en deçà de 10%.

Lorsqu'une seule des sociétés est par actions, si celle-ci détient une fraction

inférieure ou égale à 10% de l'autre société, cette dernière ne peut pas posséder une fraction supérieure à 10% des actions émises par la société par actions. En cas de violation, elle est obligée de céder l'excédent dans un délai d'un an (les alinéas 3 et 4 de l'article L233-30 du C. com.). Au contraire, lorsque la société par actions détient déjà une fraction supérieure à 10% des participations de l'autre société, cette dernière n'est autorisée à posséder aucune action dans la première. En cas de violation, une cession forcée constitue la solution unique, la société est alors obligée d'aliéner ses investissements dans un délai d'un an (les alinéas 1 et 2 de l'article L233-30 du Code de commerce). Durant la période transitoire de vente, la partie ayant l'obligation de vendre ne peut plus exercer le droit de vote lié à ces participations faisant l'objet de cession.

De ce qu'il précède, il est clair que la société par actions bénéficie manifestement d'un droit de priorité pour conserver ses investissements. Supposons que les deux sociétés détenaient initialement des participations réciproques étant tous inférieures à 10%, une augmentation à l'initiative de la société par actions de sa participation dans l'autre société aura pour effet de forcer cette dernière à céder toutes ses actions à la société.

Outre ces interdictions explicites, toutes les autres pratiques relatives au croisement ou à l'imbrication des capitaux entre des sociétés ne sont pas interdites par la loi française.

Le dispositif des participations réciproques instaure les règles les plus fondamentales sur la structure des liens financiers que les sociétés du groupe peuvent entretenir. Cette interdiction, appréciée en fonction du pourcentage du capital détenu, a le mérite d'instaurer des règles précises et faciles à mettre en place.

Pourtant, une approche purement quantitative ne nous permet pas de dégager une vision suffisamment claire et complète du groupe de sociétés. Certes, les liens entre des sociétés peuvent être précisément définis, mais en même temps cette méthode présente des limites évidentes. En effet, par une telle approche, il est sous-entendu que la nature des liens des sociétés du groupe se résume uniquement au pouvoir du contrôle dérivé d'un calcul arithmétique du capital. Pourtant, dans la plupart des cas il faut examiner de manière plus approfondie la relation du contrôle entre les sociétés, et cette approche simpliste ne semble plus adaptée. Il convient de prendre en compte tous les éléments permettant l'exercice de l'influence par une société sur l'autre. Si le lien financier reste encore un élément essentiel révélateur du pouvoir du contrôle qu'une société pourrait

exercer sur l'autre, il existe en même temps de nombreux mécanismes légaux ou conventionnels ayant pour effet de renforcer ou d'affaiblir le contrôle.

En conséquence, la loi française introduit également une notion de « contrôle », qui est destinée à décrire tous les critères permettant de constater, de manière qualificative, le lien d'influence entre une société et son associé (personne morale ou personne physique).

### *C. Le contrôle au sens de l'article L.233-3 du Code de commerce*

Se positionnant également sur une description du lien entre les sociétés apparentées, l'article L 233-3 du Code de commerce n'a pas pour vocation de refléter directement le groupe de sociétés en droit commercial. Pourtant, cet article établit un principe fondamental, selon lequel les contours d'un groupe de sociétés pourraient être essentiellement définis par les relations de contrôle entre des sociétés apparentées.

La section I de l'article 233-3 précise qu'une « *société est considérée ... comme en contrôlant une autre* :

*1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;*

*2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;*

*3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;*

*4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. »*

Selon les dispositions ci-dessus, il est évident que la notion de « contrôle » prévue dans cet article se fonde essentiellement sur l'appréciation de la détention de la majorité des droits de vote au sein des assemblées générales<sup>38</sup> de la société contrôlée, qu'elle soit assurée à travers des dispositions légales ou des aménagements contractuels. A l'absence de détention formelle de la majorité de droit de vote, un état du contrôle pourrait être aussi apprécié en fonction des circonstances de fait, celles-ci pourraient concerner, par exemple, la dispersion importante des actions ainsi que l'abstention constante de la participation de certains actionnaires aux assemblées<sup>39</sup>. De plus, l'analyse sur le comportement et le pouvoir effectif de la société prétendue contrôlante permet d'apprécier son influence effective sur la prise de décision au sein des assemblées générales<sup>40</sup>. La loi précise davantage qu'un pouvoir de contrôle est même qualifié en l'absence d'un pouvoir général de détermination au sein des assemblées générales, dès lors que le pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des dirigeants de la société est entre les mains de la société contrôlante.

De plus, l'existence du contrôle d'une société par l'autre est présumée lorsque cette dernière « dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. » (Article L.233-3, II)

Enfin, cet article prévoit également l'exercice conjoint du contrôle sur une société, en précisant que « deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale » (article 233-3, III).

L'étendue de la notion de contrôle sous le visa de l'article L.233-3 est aussi élargie de façon significative par la consécration de l'exercice du contrôle indirect sur une société, réalisé à travers une chaîne ininterrompue de contrôle. L'exercice de ce contrôle indirect, prévue au I, 1° et II de l'article susvisé, s'apprécie uniquement au regard de la détention indirecte d'une fraction du droit de vote. L'objectif des textes est d'appréhender

---

<sup>38</sup> La loi n'exige pas que la société ayant le pouvoir de contrôle dispose des droits de vote majoritaires au sein des assemblées extraordinaires, au cours desquelles une majorité qualifiée des 2/3 est souvent requise par la loi. Il en résulte que la possession d'une majorité simple des droits de vote d'associé/d'actionnaire suffit à qualifier l'existence d'une relation de contrôle.

<sup>39</sup> M. H. Monserie-Bon, J.-Cl. Société Traité, Fasc. 165-10, « Filiales, participations et sociétés contrôlées », n°51

<sup>40</sup> CA Paris, 20 févr. 1998, 1<sup>re</sup> ch., Assoc. Adam c/ CGE et SA Havas : JCP G 1998, II, 10096, note J.-J. Daigre ; JCP E 1998, p. 705, note A. Viandier ; Dr. sociétés 1998, comm. 81, obs. H. Hovasse ; Banque et droit, mars-avr. 1998, p. 26, obs. H. de Vauplane ; Rev. sociétés, 1998, p. 346, note Bucher ; Joly., 1998, p. 622, § 210, note P. Le Cannu ; Joly. bourse, 1998, p. 233, § 62, note Robineau



la détention réelle de la majorité des droits de vote, même si elle est effectivement réalisée par le cumul de plusieurs fractions dispersées se trouvant entre les mains de personnes interposées et de la société ayant le contrôle. Dans ce sens le législateur souligne clairement dans l'article L 233-4 que « *toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société* ». A la lecture des textes, il est clair que le pouvoir du contrôle indirect ne saurait être calculé par la multiplication successive des fractions de droits de vote détenues par les sociétés se trouvant dans la chaîne des participations. Par exemple, une fois que la relation du contrôle est caractérisée entre une société A et une société B qu'elle contrôle, la fraction de droit de vote, même minoritaire, détenue par la société B dans une société C sera intégralement décomptée pour le compte de la société A dans le cadre de l'appréciation de l'existence ou non d'un contrôle indirect de la société C par la société A<sup>41</sup>.

La loi NRE (Nouvelles Régulations Économiques) du 15 mai 2001 et la loi MURCEF du 11 déc. 2001<sup>42</sup> (Mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier) perfectionnent la notion de contrôle en consacrant le contrôle conjoint. Ce contrôle est réalisé par plusieurs personnes agissant de concert au sein de l'assemblée générale<sup>43</sup>.

Selon les dispositions légales, il convient de constater que la notion de contrôle conjoint résulte effectivement de la combinaison du contrôle de fait sous le visa de l'article L.233-3, I 3° et de l'action de concert visé par l'article L.233-10.

Le lien de parenté entre le contrôle de fait et le contrôle conjoint se manifeste à travers la similitude des formules utilisées dans l'article L.233-3, selon lequel la notion de contrôle se traduit dans les deux cas par le pouvoir des auteurs de déterminer *en fait* des décisions prises au niveau de l'assemblée générale. Il est clair que pour caractériser ces deux types de contrôle, la loi adopte une approche pragmatique et réaliste, en se prévalant d'une appréciation conjoncturelle. Dans une telle approche, la détention de la majorité des droits de vote ne constitue plus une condition indispensable pour caractériser

---

<sup>41</sup> A. Charvériat et A. Couret, « *Sociétés commerciales* », Mémento F. Lefebvre, n° 25526

<sup>42</sup> Sur l'évolution des dispositions de l'article 233-3 relatives au contrôle conjoint : D. Schmidt, « *Contrôle et action de concert : évolutions* », JCP E 2002, 72

<sup>43</sup> Avant les réformes législatives de 2001, le contrôle conjoint était exclu de l'article 233-3. En s'appuyant sur les dispositions de cet article, la jurisprudence a déclaré que le contrôle défini par l'article 355-1 de la loi du 24 juillet 1966 (article L233-3 de C. de com.) est « *exclusif de la notion d'action de concert* » : CA Paris, 20 févr. 1998, Assoc. Adam c/ CGE et SA Havas, préc.

le contrôle.

Ainsi il convient de remarquer que le contrôle conjoint retient « *un lien naturel, presque consubstantiel* »<sup>44</sup> avec l'action de concert. L'ancienne formule du contrôle conjoint, selon laquelle « *deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait, dans le cadre d'un accord en vue de mettre en œuvre une politique commune, les décisions prises dans les assemblées générales de cette dernière* », démontre que le contrôle conjoint n'est qu'une variété de l'action de concert prévue à l'article L233-10 du même code<sup>45</sup>. Il se différencie seulement des autres types d'actions de concert en raison de ses fins particulières relatives à la maîtrise du pouvoir de décision au sein de l'assemblée générale<sup>46</sup>. Bien que la loi MURCEF supprime le terme « *dans le cadre d'un accord en vue de mettre en œuvre une politique commune* » dans l'article L.233-3 III, cette modification législative n'a que pour vocation d'éliminer la répétition d'un terme dont le sens est déjà inclus dans la définition de l'action de concert. La notion de contrôle conjoint se construit donc sur une référence double<sup>47</sup>, provenant directement de la définition de l'article L.233-3 III et indirectement de la notion de l'action de concert prévue à l'article 233-10.

Par ailleurs, deux caractéristiques du contrôle conjoint sous le visa de l'article 233-3 peuvent être dégagées.

En premier lieu, en tant que condition formelle à l'origine de l'exigence de l'acte de concert, la caractérisation du contrôle conjoint est subordonnée à l'existence d'un accord, écrit ou oral, express ou tacite, qui vise à mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société. L'accord pourrait se matérialiser par une convention de vote, un pacte

---

<sup>44</sup> D. Schmidt, « *Contrôle et action de concert : évolutions* », préc. n° 3

<sup>45</sup> En droit français, la notion d'actions de concert a évolué en même temps que les modifications de la notion de contrôle dans le Code de commerce. A l'époque de l'introduction de la notion de contrôle dans l'article 233-3 III en 2001, « *sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquiescer ou de céder des droits de vote, ou en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société* ». Les dispositions ont été légèrement touchées par le législateur de la loi MURCEF et c'est maintenant un accord pour « *mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société* ».

<sup>46</sup> Les actions de concert pourraient être essentiellement classées en deux types, de nature patrimoniale ou de nature politique. Outre les acquisitions ou cessions de titres initiées par des personnes agissant de concert, qui constituent les actions de concert de nature patrimoniale les plus typiques, l'action de concert de nature politique comprend non seulement les opérations de concert pour l'exercice du contrôle dans la société, mais aussi toute opération concertée, souvent exécutée par une convention de vote, afin de préserver les intérêts des personnes agissant de concert : A. Couret, « *Retour sur la notion de contrôle* » : *RJDA* 4/1998, p. 280 ; J.-J. DAIGRE, M. ROUSSILLE, *J. Cl. Soc.* Fasc. 1715, Action de concert, n°40-45

<sup>47</sup> A. Couret, « *Le régime des offres publiques issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques* » : *D.* 2001, chron. p. 1778, n° 17

d'actionnaires ou un acte contractuel sous toute forme, nommé ou innommé. Les cocontractants de cet accord ne sont pas forcément limités aux actionnaires de la société contrôlée, vu que les parties tierces peuvent tout à fait intervenir dans le contrôle *de facto* de la société par l'intermédiaire des actes contractuels qui lient les actionnaires de la société contrôlée.

En l'absence d'accord définissant une finalité commune, la simple adoption de positions identiques ne suffit pas à caractériser un contrôle conjoint. C'est pourquoi des actionnaires ayant constamment voté dans le même sens ne sauraient être considérés comme ayant exercé un contrôle conjoint, si leur avis coïncident simplement en raison du respect de l'impératif de l'intérêt de la société<sup>48</sup>.

En second lieu, le contrôle conjoint ne doit pas s'apprécier par un simple acte ponctuel dans la prise de décision par des personnes agissant de concert. Dans l'article L233-3 III, l'expression « assemblée générale » est au singulier, ce qui se différencie manifestement des autres dispositions de l'article L233-3 où l'expression est au pluriel. Suite à ce constat, il est légitime de s'interroger sur le fait de savoir si le choix du singulier signifie implicitement que l'existence du contrôle conjoint se caractérise dès lors que les décisions d'une seule assemblée générale résultent de certaines personnes agissant de concert. Le contrôle conjoint relevant dans les faits d'un type de contrôle *de facto*, il semble que la réponse apportée à cette question doive être négative<sup>49</sup>. En effet, pour qu'un contrôle de fait puisse être correctement qualifié au regard des obligations contraignantes résultant du fait du contrôle, il faut que la prise des décisions en assemblée générale ne soit pas uniquement ponctuelle et, par conséquent, une certaine fréquence est nécessaire. Un tel argument trouve appui dans les dispositions de l'article L 233-3 I 3°, selon lesquelles le contrôle de fait doit se caractériser par la détention du pouvoir de contrôle dans plusieurs assemblées générales. Par analogie, il nous semble logique que le contrôle conjoint, mis en place comme le contrôle de fait, doive se caractériser par une certaine fréquence dans l'exercice de ce pouvoir d'influence.

La notion de « contrôle » exposée dans l'article L 233-3 du Code de commerce complète celles de la « filiale » et de la « participation » au sens des articles L.233-1 et L.233-2 du même code, de sorte que ces trois notions concourent à dessiner ensemble les

---

<sup>48</sup> H. Le Nabasque, « Commentaire des principales dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques intéressant le droit des sociétés » : LPA 5 juill. 2001, p. 3.

<sup>49</sup> sur la réponse nuancée, M. H. MONSERIE-BON, J.-Cl. Société Traité, Fasc. 165-10, « Filiales, participations et sociétés contrôlées », n°62 ;

traits fondamentaux du groupe de sociétés. Dans ce sens, nous pouvons remarquer qu'à l'article L 233-6 du même code, l'obligation de notification et d'information incombant au conseil d'administration, au directoire ou aux dirigeants ne porte pas seulement sur les activités et les résultats des filiales mais aussi dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L 233-3.

Ainsi, dans le cadre de la régulation de l'autocontrôle, les notions de « participation » et de « contrôle » se complètent. En effet, comme exposé ci-dessus, les dispositions sur les participations réciproques, parmi lesquelles celle sur le seuil de l'interdiction qui s'inspire manifestement de la définition de « participation », n'interdisent ni les participations réciproques entre les sociétés autres que celles par actions, ni les détentions de participations en chaîne circulaires impliquant plus de trois sociétés. Il en résulte qu'une hypothèse d'autocontrôle pourrait se produire, selon laquelle « *une société est en mesure d'assurer son propre contrôle par l'intermédiaire d'une ou plusieurs autres sociétés dont elle détient elle-même directement ou indirectement le contrôle* »<sup>50</sup>. L'autocontrôle entraîne des effets beaucoup plus perniciose par rapport à celui provenant directement des participations réciproques, dans la mesure où ce premier pourrait conduire au « *verrouillage* » du pouvoir du contrôle des sociétés par les dirigeants des sociétés intéressés<sup>51</sup>.

Le législateur français a élaboré avec sagesse un mécanisme ayant pour effet de neutraliser les effets négatifs de l'autocontrôle sans restreindre directement les libres investissements entre les sociétés. D'après l'article L 233-31 du Code de Commerce français, « *lorsque des actions ou des droits de vote d'une société sont possédés par un ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle*<sup>52</sup>, les droits de vote attachés à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à

<sup>50</sup> A. Charvériat et A. Couret, « *Groupes de sociétés* », Mémento F. Lefebvre, 2007-2008, n° 1210, p. 119

<sup>51</sup> Prenons un exemple ci-dessus : X et Y créent conjointement une société A ayant un capital social d'un million, X détient 60% de participations en contrepartie d'un apport numéraire de 600,000. Sur décision de l'assemblée générale prédominée par X, M. X1 est nommé dirigeant de la société A. Cette dernière crée ensuite avec Z une société B ayant également un capital social d'un million. La société A détient ainsi 60% de participations de la société B. M. X2 est nommé dirigeant de la société B. La nomination de messieurs X1 et X2 est en réalité décidée par X, qui contrôle directement ou indirectement les assemblées générales des sociétés A et B.

Si la société B acquiert l'ensemble des participations de X dans la société A, X récupère le montant de 600,000 qu'il a initialement apporté à la société A. Sans apporter aucun actif réel, X peut contrôler les sociétés A et B dont les actifs représentent 400,000 pour chacune d'entre elles, et qui sont réellement apportés par Y et par Z.

Une fois le cercle des participations réciproques fermé, aucune partie extérieure est en mesure de reprendre le capital majoritaire de l'une de ces deux sociétés sans l'accord de X qui domine les directions des sociétés A et B, alors même que les capitaux de ces deux sociétés sont effectivement apportés par Y et Z. Aussi, X s'empare gratuitement du pouvoir au sein des sociétés A et B.

<sup>52</sup> Selon cet article, la chaîne circulaire de l'autocontrôle est établie par une relation de « contrôle » apprécié selon l'article L233-3 du Code de commerce, qui fait l'objet d'un développement ultérieur.

*l'assemblée générale de la société. Il n'est pas tenu compte pour le calcul du quorum. »*  
L'application de cet article s'étend à tous les types de sociétés par actions. Au contraire, la loi n'impose aucune exigence au regard de la forme des sociétés intermédiaires au travers desquelles la société par actions parvient à boucler le cercle du contrôle circulaire.

Le régime préventif de l'autocontrôle prévoit sans ambiguïté que cette chaîne de l'autocontrôle est établie par des relations de « contrôle » entre les sociétés intermédiaires, qui sont appréciées au sens de l'article L.233-3. A cet effet, dès que les règles s'inspirant de la notion de seuil de « participation » ne sont pas en mesure d'éliminer tous les effets pernicioeux, les dispositions se référant à la notion de « contrôle » interviennent pour les compléter et les perfectionner.

En résumé, les notions de « filiale », « participation » et « contrôle » en droit des sociétés contribuent à délimiter en droit des sociétés, de manière sous-jacente, un profil fondamental du groupe de sociétés, sans reconnaître les caractères juridiques du groupe en tant qu'unité d'ensemble.

## **§2 EN DROIT CHINOIS**

### *A. L'absence de statut juridique pour la filiale et l'absence de la notion de participations réciproques*

Le terme « filiale » est prévu dans le deuxième paragraphe de l'article 14 de la « loi sur les sociétés », qui précise qu'« une société est autorisée à créer des filiales, qui disposent de la personnalité morale et sont capables d'engager, de manière autonome, leur propre responsabilité civile ». Or la loi n'exige point, contrairement à la loi française, l'existence d'un lien financier qualifié entre la filiale et sa société mère. A la lecture de l'ensemble de l'article 14, il semble que le législateur chinois entende seulement mettre en relief, par cet article, l'autonomie juridique de la filiale, en l'opposant à la « succursale », qui est, selon le premier paragraphe du même article, une entité dépourvue de personnalité morale et dépendante d'une autre société.

Il en ressort qu'en droit chinois, on ne peut nullement déduire qu'une société est la filiale de l'autre lorsque plus de la moitié du capital de cette première est détenue par la

deuxième. Le terme « filiale » désigne simplement une société autonome dans laquelle une société mère détient un pourcentage assez conséquent du capital.

La notion de participation, telle que prévue dans la loi française, n'existe pas en droit chinois. Ce silence légal signifie qu'en droit chinois, le législateur ne fait pas de distinction entre un lien financier généralement insignifiant (tel que la détention de moins de 10% du capital) et un lien financier qui permet au détenteur d'avoir une influence non négligeable bien que non prédominante dans une autre société.

Ne sera-t-il pas judicieux de suivre l'exemple du régime en droit français, c'est-à-dire de restreindre les « participations réciproques » entre les sociétés lorsqu'une d'entre elles détient plus de 10% du capital dans l'autre ? Or la loi chinoise est complètement muette à cet égard. A défaut de dispositions prohibitives, il semble que tous les types de participations réciproques, même impliquant des détentions de pourcentages de capital fort élevés, ne sont pas illicites en droit chinois.

#### *B. Les notions équivalent au « contrôle »*

A l'égard de la notion correspondant au contrôle tel que prévu dans l'article 233-3 du Code de commerce français, le droit des sociétés chinois prévoit deux notions bien nuancées.

La *Loi sur les sociétés* chinoise ne prévoit pas directement de notion sur le pouvoir d'une personne à contrôler une autre société. Elle définit par contre les notions d'« actionnaire contrôlaire » (*Konggu Gudong*, 控股股东) et de « dominateur réel » (*Shiji Kongzhi Ren*, 实际控制人).

L'« actionnaire contrôlaire » est un actionnaire ayant le pouvoir, si nous traduisons de façon littérale, « de contrôler des droits liés aux actions » (*Konggu*, 控股). Selon l'alinéa 2 de l'article 217 de la loi sur les sociétés, un « actionnaire contrôlaire » est celui qui :

- *détient plus de 50% du capital dans une société à responsabilité limitée ou dans une société anonyme ; ou*

- *détient une participation, même inférieure à 50% du capital, qui permet à l'actionnaire d'obtenir des droits de vote suffisants à exercer une influence importante sur les décisions des assemblées générales.*

Le « *dominateur réel* » est défini par le troisième alinéa du même article, qui est, d'après la traduction, une « *personne qui, en réalité, contrôle* » (*Shiji Kongzhi Ren, 实际控制人*). Il s'entend comme « *une personne, bien qu'il n'ait pas la qualité d'actionnaire d'une société, capable de déterminer (Zhipai, 支配) en réalité les actes de cette société par l'intermédiaire d'une relation ou d'une convention d'investissement ou d'un autre type d'aménagement* ».

Ces deux notions, juxtaposées dans un même article, mettent en avant une opposition entre deux types de pouvoir.

D'une part, par rapport à la notion de « contrôle » en droit des sociétés français, le pouvoir de « *contrôler des droits liés aux actions* » (désigné ci-après comme « *contrôle des actions* », en chinois : *Konggu, 控股*) se caractérise comme un type de pouvoir moins influent que celui du « contrôle » dans le sens de l'article L.233-3 du Code de commerce français. Une majorité des droits de vote n'étant point nécessaire, il suffit que l'actionnaire ayant le contrôle soit capable d'exercer une influence suffisamment importante dans les assemblées générales. Cette influence bien qu'importante, selon le terme utilisé par le législateur chinois, est moins intense qu'une influence prédominante. Le contrôle ne signifie pas que l'actionnaire dispose d'un pouvoir absolu de déterminer, exclusivement ou conjointement, la décision de l'assemblée générale.

Il est à noter que la description de la notion de « contrôle des actions » n'est pas complètement satisfaisante. Il est, en effet, impossible de savoir, selon le texte, à partir de quel seuil, l'influence suffisante caractérise le contrôle. Par ailleurs, la loi chinoise ne prévoit pas la situation de l'exercice conjoint de pouvoir de « *contrôle des actions* ». Ces lacunes donnent lieu à une ambiguïté considérable concernant la notion du « *contrôle des actions* ».

D'autre part, l'expression « *contrôle réel* » (*Shiji Kongzhi, 实际控制*) utilisée dans la *Loi sur les sociétés* chinoise signifie effectivement un pouvoir de domination de fait, c'est-à-dire le pouvoir de déterminer directement *de facto* les comportements d'une autre société. Nous préférons donc traduire cette notion de « *contrôle réel* » comme une

« *Domination réelle* », vu que ce pouvoir est nettement plus large que le pouvoir de « contrôle » prévu dans la loi française. Ce pouvoir de domination - constitue évidemment un pouvoir plus puissant que le pouvoir du contrôle au sens du droit français.

Il est permis de se demander pourquoi le droit chinois exclut expressément qu'un actionnaire de droit puisse être qualifié de *dominateur réel*, alors qu'il est tout à fait capable d'exercer un pouvoir de domination de fait dans la société contrôlée.

A cet égard, il convient de faire remarquer que dans le texte de la loi sur les sociétés, l'évocation du terme « *dominateur réel* » se combine systématiquement avec le terme « *actionnaire contrôlaire* » ou celui d'« *actionnaire* ».

En fait, le terme « *dominateur réel* » est évoqué en total 2 fois dans la loi sur les sociétés. Il est conjointement évoqué une fois, avec l'« *actionnaire contrôlaire* » dans l'alinéa 1 de l'article 21 de la loi, qui prévoit que « *les actionnaires contrôlaire, dominateurs réels, administrateurs, surveillants, dirigeants supérieurs ne peuvent pas tirer avantage des relations des entreprises liées au détriment de l'intérêt social* ». Mis à part cette disposition, le « *dominateur réel* » est évoqué une autre fois dans la loi, et ce avec le terme « *actionnaire* ». L'alinéa 2 de l'article 16 de la loi prévoit que « *tout cautionnement engagé par une société au profit de son actionnaire ou d'un dominateur réel doit être soumis à l'autorisation préalable de l'assemblée générale* ».

A la lecture des dispositions ci-dessus de la Loi sur les sociétés, nous avons l'impression que le législateur chinois applique un traitement différent aux personnes ayant un pouvoir d'influence sur une société, en fonction du fait si elles ont ou pas la qualité d'associé de cette société.

En fait, il nous semble que les obligations au titre de l'alinéa 1 de l'article 21 et de l'alinéa 2 de l'article 16 de la loi sur les sociétés, doivent s'appliquer automatiquement à un « *actionnaire* » ou un « *actionnaire contrôlaire* » de droit. Cependant, les mêmes obligations ne sauraient être appliquées à une personne n'ayant la qualité d'actionnaire, même si cette dernière dispose de fait d'un pouvoir important ou majoritaire au sein de l'assemblée générale de la société. Pour que cette personne tierce assume ces obligations, il faut qu'elle dispose en réalité du pouvoir de déterminer les activités de la société. Il résulte de ce régime qu'il n'est pas nécessaire de recourir à une sorte de notion d'*actionnaire-dominateur* (actionnaire ayant le pouvoir dominant), puisque ce type



d'actionnaire est certainement un « *actionnaire* » ou un « *actionnaire contrôlaire* ». En revanche, n'est plus nécessaire la notion du tiers ayant le pouvoir de contrôle de fait, puisque un tel pouvoir ne suffit pas encore à soumettre le titulaire à la réglementation légale.

Ce traitement différencié, se manifeste par l'évocation simultanée des termes « *dominateur réel* » et « *actionnaire* » (ou « *dominateur réel* » et « *actionnaire contrôlaire* ») dans un même article, est aussi adopté dans des nombreuses dispositions légales en droit chinois.

Dans le cadre de la « loi sur les assurances »<sup>53</sup>, l'article 109 interdit les opérations préjudiciables à l'intérêt de la société d'assurance menées par les « *actionnaires contrôlaire* » et les « *dominateurs réels* ». L'article 151 autorise l'autorité nationale des assurances à collecter les informations et les documents auprès des « *actionnaires* » et des « *dominateurs réels* » afin d'examiner les opérations de ces sociétés d'assurance.

Dans le cadre de la « Loi sur les valeurs mobilières »<sup>54</sup> et la « Méthode de révélation des informations des sociétés cotées en bourse »<sup>55</sup>, une société cotée en bourse doit révéler régulièrement les identités de tous ses « *actionnaires* » ayant plus de 5% des actions et ses « *dominateurs réels* » et de notifier tous changements importants de leurs liens.

Dans le cadre de la « Loi sur la faillite d'entreprise »<sup>56</sup>, les articles 18 et 19 prévoient une responsabilité civile des associés des SARL, des actionnaires contrôlaire et administrateurs des SA ainsi que des dominateurs réels de ces types de sociétés, lorsqu'ils manquent à organiser la liquidation de la société dans les délais légaux ou causent, par leur négligence, l'impossibilité de liquider en raison de la disparition des actifs principaux, livrets comptables ou d'autres documents importants entraînent des pertes aux créanciers en raison du mauvais usage des actifs de l'entreprise après la dissolution de la société, font radier par l'administration l'enregistrement de la société en raison du

---

<sup>53</sup> La « loi sur les assurances », (« *保險法* »), modifiée le 28 février 2009 par le comité permanent de l'Assemblée nationale.

<sup>54</sup> La « loi sur les valeurs mobilières », (« *証券法* »), modifiée le 27 octobre 2005 par le comité permanent de l'Assemblée nationale

<sup>55</sup> La « Méthode de la révélation des informations des sociétés cotées en bourse » (« *上市公司信息披露管理办法* »), promulguée par la Commission de la régulation des valeurs mobilières

<sup>56</sup> La « loi sur la faillite des entreprises » (« *企业破产法* »), promulguée le 27 août 2006 par le comité permanent de l'Assemblée nationale

dépôt d'un faux rapport de liquidation, sans mettre en place une liquidation des actifs de la société.

Il est à noter que l'adoption par la *Loi sur les sociétés* des notions de « *contrôle des actions* » (*Konggu*) et de « *domination réelle* » (*Shiji Kongzhi*) entraîne l'absence d'une notion solide du « contrôle » en droit des sociétés chinois.

Or force est de constater qu'une véritable définition de « contrôle », bien équivalente à celle de « contrôle » en droit français, est très utile, voire indispensable. En effet, parallèle aux dispositions de la loi sur les sociétés, de nombreuses réglementations chinoises - mais de niveau ministériel - ont déjà utilisé le terme « *Kongzhi* » (correspondant à son sens habituellement utilisé, le « contrôle »), malgré le défaut de sa définition expresse en termes légaux).

Enumérons quelques dispositions principales à cet égard:

La « méthode de révélation des informations des sociétés cotées en bourse » ( *上市公司信息披露管理办法* ) utilise le terme « contrôle » pour définir des personnes liées à une société cotée en bourse, quand bien même le sens du « contrôle » n'est pas bien précisé. Selon l'article 71, point 3 de cette réglementation, les personnes liées doivent comprendre notamment des (1) personnes morales qui *contrôlent* directement ou indirectement cette société cotée ; (2) des personnes morales *contrôlées* par les personnes morales du point (1) ; (3) des personnes morales *contrôlées* par une personne physique liée ou des personnes morales dont le poste d'administrateur ou directeur supérieur est occupé par une personne physique liée.

Il est ainsi à préciser dans le texte que les personnes physique liées comprend les personnes physiques qui (1) détiennent plus de 5% du capital de la société cotée ; (2) les administrateurs, surveillants et directeurs supérieurs de la société cotée ; (3) les administrateurs, surveillants et directeurs supérieurs de la société qui contrôlent directement ou indirectement la société cotée ; (4) les parents proches des personnes des points (1) et (2) ; (5) les personnes ayant satisfait à ces conditions dans les derniers 12 mois ou vont satisfaire à ces conditions dans les 12 mois suivants selon l'arrangement conventionnel.

Dans la réglementation de la « *Méthode de l'administration des acquisitions* »

concernant les sociétés cotées en bourse »<sup>57</sup>, la Commission de la Régulation des Valeurs Mobilières a même défini un pouvoir de contrôle au regard d'une société cotée en bourse, qui s'entend comme le pouvoir d'un investisseur :

- étant l'actionnaire contrôlaire possédant plus de 50% du capital de la société cotée en bourse ;
- disposant en réalité de plus de 30% de droit de vote de la société cotée en bourse ;
- étant capable de faire nommer, par des droits de vote dont il dispose en réalité, plus d'un moitié des membres de conseil d'administration de la société cotée en bourse;
- étant capable d'exercer une influence importante, par des droits de vote dont il dispose en réalité, sur la décision de l'assemblée générale de la société cotée en bourse

Cette notion de « contrôle » semble se rapprocher d'un pouvoir de « *contrôle des actions* » puisque l'exercice d'une influence importante sur les décisions de l'assemblée générale suffit à le caractériser.

En ce qui concerne le contrôle administratif de la mise en place des « Special Purpose Companies »(SPC)<sup>58</sup>, l'article 39 de la réglementation « Règles des acquisitions des entreprises intérieures par les investisseurs étrangers »<sup>59</sup> prévoit que la SPC doit être une « *société étrangère directement ou indirectement contrôlée (Kongzhi) par une société chinoise ou une personne physique chinoise afin de réaliser l'introduction en bourse étrangère de la participation d'une société appartenant à cette première* ». Dans une autre réglementation de l'Administration nationale des changes(SAFE), SPC sont des « *sociétés étrangères directement créées ou indirectement contrôlées par les personnes morales ou physiques de nationalité chinoise dans le but de réaliser à l'étranger les opérations financières du capital (y compris des obligations convertibles) se rapportant au capital propre ou aux actifs de l'entreprise chinoise* ». Le sens du terme « *Kongzhi* » n'est point précisé dans aucune des deux réglementations.

---

<sup>57</sup> « 上市公司收购管理办法 », promulguée le 31 juin 2006.

<sup>58</sup> Les SPC sont utilisées comme des véhicules intermédiaires permettant l'introduction indirecte de l'entreprise chinoise en bourse étrangère. Dans la pratique, SPC est souvent une société holding non opérationnelle se trouvant dans un pays étranger, contrôlé initialement par les actionnaires de la société opérationnelle chinoise. Ces actionnaires effectuent au profit de SPC des apports des actions de la société opérationnelle chinoise, et obtiennent en contrepartie les actions de SPC. C'est ensuite la SPC qui sera introduite en bourse étrangère, afin de permettre aux investisseurs d'obtenir indirectement les droits d'actionnaire relatif à la société opérationnelle en chine.

<sup>59</sup> « 关于外国投资者并购境内企业的规定 », élaboré principalement par le Ministère du commerce de la Chine

En conclusion, en droit chinois il existe une situation en quelque sorte paradoxale. D'une côté, le texte fondamental du droit sur les sociétés ne parvient pas à construire une notion claire et solide d'un rapport de véritable contrôle tel que prévu en droit français ; et d'un autre côté, le terme « contrôle », doté d'un sens variable, est fréquemment et nécessairement évoqué dans diverses réglementations particulières.

Cette situation donne lieu inévitablement à un désordre de la conception du contrôle, et en conséquence trouble le concept du groupe de sociétés en droit des sociétés chinois. La consécration juridique d'une notion claire et universelle de « contrôle » paraît indispensable.

## **Section 2 - Le reflet du groupe en droit comptable**

Outre les dispositions descriptives en droit des sociétés, la réalité du groupe trouve, dans un domaine très proche, une reconnaissance nuancée.

En effet, chaque société, en tant que personne morale autonome, doit élaborer ses propres livres comptables. Toutefois, lorsque des sociétés entretiennent des relations étroites, la nécessité de comprendre l'état général et les risques globaux relatifs à l'ensemble de ces sociétés s'impose. Les informations révélées par chaque système comptable individuel sont insuffisantes, de sorte qu'il est indispensable d'établir un système comptable de « groupe ». La consolidation des comptes est donc nécessaire, aux fins d'établir des comptes uniques portant sur l'ensemble de ce groupe. Grâce à ces comptes consolidés, il est possible d'estimer la réelle puissance du groupe, de mettre en lumière le degré de convergence des intérêts entre les sociétés liées, ainsi que de faire comprendre par les parties intéressées (investisseurs, salariés, public) la rentabilité et l'endettement de l'ensemble des sociétés<sup>60</sup>.

Il en résulte que le périmètre du groupe de sociétés doit s'adapter à cette finalité, afin de s'assurer que toutes les sociétés dont les résultats comptables sont susceptibles d'influencer l'état général financier du groupe ne soient pas exclues des comptes globaux

---

<sup>60</sup> M. Pariente, « *Les groupes de sociétés, aspects juridiques, social comptable et fiscal* », Litec 1993, P. 135, n° 139

du groupe. Poursuivant ce même objectif, la conception de groupe en droit comptable chinois (§2) est cependant plus nuancée qu'en droit français (§1).

## §1. EN DROIT FRANÇAIS

Technique développée au début du dernier siècle aux Etats-Unis<sup>61</sup>, la consolidation des comptes s'est ensuite répandue progressivement en France et en Europe, et a fait l'objet d'une loi le 3 janvier 1985<sup>62</sup> en France, insérée dans le Code de commerce à l'article 233-16.

La définition du périmètre du groupe est fondée sur le lien de contrôle ou de l'influence notable, les critères d'appréciation se distinguent nettement de ceux prévus dans l'article 233-3 du même code (A). Dans le but d'assurer la révélation de la situation fidèle de l'ensemble du groupe, le concept du groupe en droit comptable doit permettre de contrer la pratique frauduleuse de déconsolidation (B).

### *A. Le contrôle ou l'influence notable au sens de l'article L.233-16 du Code de commerce*

Le périmètre de la consolidation constitue donc l'élément essentiel de la définition comptable du groupe. Les dispositions de l'article L 233-16 du Code de commerce déterminent les sociétés faisant l'objet d'une consolidation comptable impérative, en qualifiant que l'ensemble de ces sociétés constitue un « *groupe* » sur le plan comptable. Un groupe de sociétés sous l'empire de l'article L 233-16 est donc composé d'une société holding à la tête du groupe, et par des sociétés ***exclusivement*** ou ***conjointement contrôlées*** par celle-ci ainsi que des sociétés sur lesquelles la société holding exerce une ***influence notable***.

Selon la section II de cet article, le contrôle exclusif par une société résulte :

« 1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise;

---

<sup>61</sup> A. Viandier, « *Droit comptable* », Dalloz, p. 316, n°2

<sup>62</sup> La loi a pour objet de transposer la septième directive adoptée le 13 juin 1983 par le Conseil des ministres de la Communauté

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. »

Par ailleurs, d'après la section III et IV du même article :

« III. - Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord. »

« IV. - L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise. »

Malgré une profonde influence de l'article L 233-3, notamment en ce qui concerne le contrôle assuré par la possession de la majorité des droits de vote, la définition du « contrôle » au sens de l'article L 233-16 apporte une nuance subtile.

A la différence de l'article L 233-3, l'article L 233-16 emprunte tout d'abord des critères d'appréciation plus précis afin de faciliter l'établissement des comptes consolidés. Le contrôle *de facto* doit être effectué uniquement selon la situation passée *pendant les deux exercices successifs* précédents. Une telle méthodologie doit permettre de cerner le profil relativement stable d'un groupe par l'appréciation exclusive de situations factuelles dans le passé, et écarte la prise en compte des changements du contrôle de nature temporaire ou instable.

De plus, l'article L 233-16 introduit un critère complètement étranger à l'article L 233-3, selon lequel le contrôle pourrait se caractériser par la disposition du « *droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses*

*statutaires, lorsque le droit applicable le permet* ». Trouvant son origine dans le règlement comptable 99-02 du Comité de la réglementation comptable (CRC) de la France<sup>63</sup>, ce critère, pour définir une influence dominante exclusive entre les sociétés, s'abstient de faire référence au droit de vote exercé au sein de la société contrôlée. Cette disposition a pour objet d'inclure dans le périmètre du groupe certaines sociétés n'entretenant que des liens économiques avec les autres membres du groupe<sup>64</sup>.

Enfin, l'article L 233-16 élabore également sa propre définition du contrôle conjoint. Le texte est également interprété par le règlement comptable 99-02 de CRC<sup>65</sup>, qui souligne deux éléments essentiels à l'existence d'un contrôle conjoint :

*« - un nombre limité d'associés ou d'actionnaires partageant le contrôle ; le partage du contrôle suppose qu'aucun associé ou actionnaire n'est susceptible à lui seul de pouvoir exercer un contrôle exclusif en imposant ses décisions aux autres ; l'existence d'un contrôle conjoint n'exclut pas la présence d'associés ou d'actionnaires minoritaires ne participant pas au contrôle conjoint ;*

*- un accord contractuel qui :*

*prévoit l'exercice du contrôle conjoint sur l'activité économique de l'entreprise exploitée en commun ;*

*établit les décisions qui sont essentielles à la réalisation des objectifs de l'entreprise exploitée en commun et qui nécessitent le consentement de tous les associés ou actionnaires participant au contrôle conjoint. »*

De ce qui précède, il apparaît que les conditions d'appréciation de la notion de contrôle conjoint sous le visa de l'article L 233-16 s'avèrent manifestement différentes de celles de l'article L 233-3. Tandis que l'article L 233-3 reconnaît le pouvoir de déterminer conjointement *de facto*, l'article L 233-16 exige l'existence d'un accord contractuel formel dans le cadre du pouvoir conjoint de détermination. Tandis que l'article L 233-3 ne vise que le pouvoir conjoint exercé dans les assemblées générales de la société contrôlée, ce pouvoir décisionnel au sens de l'article L 233-16 s'avère moins formel et se caractérise dès lors que les décisions conjointes, portant sur les activités

---

<sup>63</sup> Comité de la réglementation comptable, règlement N°99-02 du 29 Avril 1999, 1002, selon lequel l'influence dominante existe dès lors que « *l'entreprise consolidante a la possibilité d'utiliser ou d'orienter l'utilisation des actifs de la même façon qu'elle contrôle ses propres actifs* ».

<sup>64</sup> D'un point de vue comptable, même en l'absence de tout lien financier, des sociétés pourraient établir une relation de dépendance très forte à travers des liens technico-commerciaux, tel que la sous-traitance : B. Colasse, « *Comptabilité Générale* », Economica, 9 éd. P. 407.

<sup>65</sup> Comité de la réglementation comptable, règlement N°99-02 DU 29 AVRIL 1999, 1003

économiques de la société contrôlée, sont essentielles à la réalisation des objectifs de cette dernière.

L'article L 233-16 prévoit d'inclure aussi dans le périmètre du groupe des sociétés sur lesquelles la société consolidante dispose d'une *influence notable sur la gestion et la politique financière* (C. com. article L233-16, III), étant précisé qu'une influence notable est présumée lorsque la société consolidante dispose, *directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote.*

L'article L 233-16 met en œuvre une définition comptable extrêmement étendue du groupe de sociétés. Cette approche se voit justifier dans la mesure où des réglementations portant sur l'élaboration des comptes d'entreprise, ayant pour objectif d'assurer des comptes réguliers, sincères, donnant une image fidèle du patrimoine, de l'état financier et du résultat<sup>66</sup> des sociétés, sont fortement motivées par le souci de ne pas laisser hors du périmètre de consolidation toute société qui pourrait influencer significativement le résultat de l'ensemble du groupe, même si aucun lien financier n'a été établi au regard de cette société.

Les critères distinctifs du contrôle exclusif, du contrôle conjoint et de l'influence notable, élaborés selon le degré de puissance décisionnelle au sein de la société consolidée, contribuent à dessiner une notion de groupe de société hiérarchisée. Au sein du groupe sur le plan comptable, un noyau dur est composé de la société consolidante et des sociétés exclusivement contrôlées par cette première. Autour de ce noyau dur, existe un cercle plus large composé de sociétés sous contrôle conjoint, qui sont ainsi soumises au contrôle substantiel mais sont liées d'une manière relativement plus souple à la société consolidante. Enfin, les sociétés sous influence notable, constitue un troisième cercle qui est le plus éloigné de la société consolidante.

Cette distinction en fonction du degré de puissance décisionnelle propre à la société consolidante présente une valeur fondamentale dans la mesure où elle détermine effectivement la modalité comptable de la consolidation. Au regard de la consolidation des comptes des sociétés exclusivement contrôlées, les éléments de ses livres comptables doivent être intégrés globalement dans les comptes de la société consolidante. S'agissant des comptes des sociétés sous contrôle conjoint, ceux-ci ne font que l'objet d'intégrations

---

<sup>66</sup> L'un des principes de la 4<sup>e</sup> directive européenne sur les comptes annuels des sociétés, L'article L123-13 al. 4 du C. com.



proportionnelles. Quant aux sociétés sous influence notable, les comptes sont seulement consolidés par la mise en équivalence. Sans entrer dans les détails des techniques comptables de consolidation, il convient de rappeler justement que ces trois méthodes de consolidation se distinguent essentiellement les unes des autres par l'intensité d'intégration des données comptables des sociétés consolidées dans les comptes du groupe<sup>67</sup>.

### *B. Le Groupe et les entités ad hoc*

Le large périmètre des sociétés visé par la consolidation du groupe s'inscrit dans une tendance de lutte contre les pratiques ayant pour but de faire sortir des dettes et pertes significatives des comptes consolidés du groupe et de préserver une capacité d'endettement apparente et illusoire du groupe, dit « montages déconsolidants »<sup>68</sup>. Ces manipulations de déconsolidation ont particulièrement attiré l'attention des législateurs suite au scandale de l'affaire ENRON. Cette affaire a permis de mettre en lumière le risque que les informations comptables puissent ne pas donner une image fidèle de la situation financière d'un groupe si des pertes importantes ou d'éventuelles recherches en responsabilité sont dissimulées dans les entités *ad hoc* n'entrant pas dans le périmètre de consolidation. Il en résulte que l'élément essentiel de la lutte contre les « montages déconsolidants » consiste à préciser les critères du périmètre du groupe de sorte que toutes les entités *ad hoc* ne puissent échapper à la consolidation comptable du groupe.

Néanmoins, l'élaboration d'une définition complète et parfaite de l'entité *ad hoc* est très difficile. S'il est communément admis que l'entité *ad hoc* est normalement une société ou une organisation dont le seul objectif est le bienfait du groupe, aucune société

---

<sup>67</sup> Les diverses méthodes de consolidation comptable sont prévues par le Règlement N° 99-02 du Comité de la réglementation comptable. A l'exclusion de certains comptes et opérations entre la société du groupe, qui doivent s'effectuer de manière intégrale ou proportionnelle en fonction d'une série de conditions complexes (§26, §281 et §293 du règlement N° 99-02), l'étendue et l'intensité de l'intégration des éléments des documents comptables diminuent progressivement, allant de l'intégration globale à la mise en équivalence.

Selon les principes de la méthode de l'intégration globale, chaque élément des comptes des entreprises consolidées doit être intégré à l'élément correspondant dans les comptes de l'entreprise consolidante, les capitaux et le résultat de la société consolidée doivent être répartis entre les intérêts de l'entreprise consolidante (intérêts majoritaire) et les intérêts des autres actionnaires ou associés (intérêts minoritaire), alors l'intérêt majoritaire et la participation de la société consolidée détenue par la société consolidante sera définitivement éliminé des comptes consolidés.

Quant à l'intégration proportionnelle d'un élément des comptes de l'entreprise consolidée, seule une fraction représentative de l'intérêt de l'entreprise consolidante doit être intégrée dans les comptes de cette dernière. S'agissant de la consolidation par la mise en équivalence, seule la quote-part des capitaux propres de la société consolidée serait être intégrée, qui substitue à la valeur comptable des titres détenus par la société consolidante.

<sup>68</sup> B. Colasse, « *Comptabilité Générale* », Economica, 9 éd. P. 408.

appartenant au groupe n'y détenant de participations, il est toutefois délicat de distinguer les entités *ad hoc* des sociétés indépendantes entretenant des relations normales mais étroites avec de certaines sociétés d'un groupe. Au niveau des normes comptables nationales, le règlement 99-02 de CRC fourni une définition assez large de l'entité *ad hoc*, en se prévalant de la particularité de l'objectif limité et bien défini de l'entité *ad hoc*<sup>69</sup>, alors les règles internationales de IASCF (SIC Interpretation 12 : Consolidation Special Purpose Entity) se bornent à décrire de manière non exhaustive des spécificités dont souvent disposent les entités *ad hoc*<sup>70</sup>.

L'impératif de consolidation ne s'applique pas à toutes les entités *ad hoc*. Les normes internationales de l'interprétation SIC 12 établissent quatre critères dont la satisfaction à l'un entre eux suffit à qualifier l'entité *ad hoc*, à savoir<sup>71</sup> :

- (a) la spécificité de l'activité ;
- (b) le pouvoir de décision sur l'avantage des activités ;
- (c) l'attribution de la majorité des avantages et les risques liés ;
- (d) la prise en charge de la majorité des risques.

Les dispositions légales françaises divergent, dans cette optique, des normes internationales. En effet, les critères français sont entièrement élaborés sur la base des dispositions de l'article L.233-16 II 3° du Code de commerce, selon lequel les entités *ad hoc* doivent être effectivement « contrôlées » par la société consolidante en raison d'une

---

<sup>69</sup> §10052 du Règlement 99-02 : « Une entité *ad hoc* est une structure juridique distincte, créée spécifiquement pour gérer une opération ou un groupe d'opérations similaires pour le compte d'une entreprise. L'entité *ad hoc* est structurée ou organisée de manière telle que son activité n'est en fait exercée que pour le compte de cette entreprise, par mise à disposition d'actifs ou fourniture de biens, de services ou de capitaux ».

<sup>70</sup> SIC 12 a été publiée dans le règlement CE n° 1725/2003 du 29 septembre 2003 et ensuite modifié par le règlement CE n° 1751/2005. Cette norme énumère des éléments conduisant à caractériser une entité *ad hoc* ; qui est normalement créée pour réaliser un objectif limité et bien défini. Elle est souvent créée par le biais du mécanisme d'autopilotage. Des initiateurs autre que l'apporteur du capital de l'entité *ad hoc* lui transfèrent fréquemment des actifs, en obtiennent le droit d'utiliser les actifs qu'elle détient ou lui rendent des prestations de services. L'entité *ad hoc* pourrait être contrôlée par une partie entretenant des opérations commerciales ou financières avec elle, et ce alors même que l'initiateur détient une part faible ou nulle dans les capitaux propres de l'entité *ad hoc*, et y conserve un intérêt important dans les activités de l'entité *ad hoc*.

<sup>71</sup> Il s'agit de vérifier si, en substance :

- (a) les activités de l'entité *ad hoc* sont menées pour le compte de l'entreprise selon ses besoins opérationnels spécifiques de façon à ce que l'entreprise obtienne des avantages de l'activité de l'entité *ad hoc* ;
- (b) l'entreprise a les pouvoirs de décision pour obtenir la majorité des avantages des activités de l'entité *ad hoc* ou, en mettant en place un mécanisme «de pilotage automatique», l'entreprise a délégué ces pouvoirs de décision;
- (c) l'entreprise a le droit d'obtenir la majorité des avantages de l'entité *ad hoc* et par conséquent peut être exposée aux risques liés aux activités de l'entité *ad hoc*;
- (d) l'entreprise conserve la majorité des risques résiduels ou inhérents à la propriété relatifs à l'entité *ad hoc* ou à ses actifs afin d'obtenir des avantages de ses activités.

influence dominante et ce en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires. Etant des interprétations concrètes de ce principe d'« influence prédominante », les normes du règlement 99-02 (§10052) prévoient que seulement les trois derniers critères de SIC Interprétation 12 - c'est-à-dire les (b) (c) (d) ci-dessus évoqués - sont retenus. Le critère relatif à la spécificité de l'activité de l'entité *ad hoc* est écarté, puisque le CRC a sans doute pensé qu'il s'agissait juste d'un caractère inhérent à toute entité *ad hoc*.

Le règlement 99-02 précise que la réunion des deux de ces trois critères est nécessaire et suffisante pour justifier la consolidation de l'entité *ad hoc* concernée. Parmi ces critères celui de la possession du pouvoir de décision dans l'entité *ad hoc*, même si ce pouvoir n'est pas exercé en réalité ou n'est pas assorti de pouvoir de gestion, est prédominant pour la qualification<sup>72</sup>.

Dans le but d'assurer la pertinence des informations financières divulguées, la prise en considération du groupe sous le visa de l'article L.233-16 semble effectivement résulter d'un compromis d'éléments en quelque sorte contradictoires. Elle tient compte, d'une part, des critères désormais classiques basés sur le capital et les droits de vote dérivés, et d'autre part, des diverses situations de contrôle développées dans la pratique. De la même façon, tantôt elle entend définir très précisément les éléments constitutifs du contrôle, par exemple son exigence de deux exercices dans le passé ou de l'existence de l'accord formel pour l'exercice conjoint du contrôle, tantôt elle n'utilise que des termes assez généraux, dont l'appréciation dépendrait complètement des circonstances *in concreto*.

Enfin, il faut noter que, d'après les dispositions légales, à l'exception de la tête du groupe qui doit être obligatoirement une société, les autres membres soumis à la domination du groupe pourraient prendre toutes les formes légales de « l'entreprise ». Cette identité de l'entreprise mérite de deux remarques.

Tout d'abord, l'entreprise désigne, *a priori* et dans les cas très majoritaires, des sociétés. Il est clair que le législateur utilise à l'égard de « l'entreprise » dominée des termes réservés au régime des sociétés. Nous pouvons constater l'utilisation des termes tels que le « droit de vote » (dans II,1° et IV de l'article), « organe d'administration, de direction ou de surveillance » (dans II, 2° de cette article), « clauses statutaires » (dans II

---

<sup>72</sup> B. Colasse, « Comptabilité générale », précité, p. 409

3° de l'article) et « *associés ou actionnaires* » (dans III de l'article). Or tous ces termes, désignant des éléments intrinsèques du régime de la société, nous conduisent à penser que « *l'entreprise* » évoquée dans l'article n'est que le synonyme de « société ».

En deuxième lieu, à lecture des textes, seules les dispositions de II 3° de l'article L233-16 prévoient l'hypothèse où l'entreprise pourrait ne pas relever d'une organisation sociétaire. Il s'agit du cas où l'influence d'entreprise est assurée par un accord formel. Il en résulte que l'entreprise doit au moins correspondre à une personne juridique, par exemple une entreprise individuelle, qui est capable de signer des actes en son propre nom.

En droit comptable français, nous sommes alors en face d'un groupe qui est en principe composé des entreprises en forme de sociétés. L'appartenance au groupe des entreprises en l'autre forme juridique est relativement rare.

## **§2. EN DROIT CHINOIS**

Le régime de la consolidation comptable du groupe est instauré en droit chinois depuis 1992. Néanmoins, depuis longtemps la consolidation des comptes n'a qu'une portée d'application très limitée. Elle constitue plutôt un régime facultatif qui vise notamment « *certaines grands groupes d'entreprises et des entreprises cotées en bourse désignés par le Bureau nationale de gestion des actifs d'état, ainsi que des entreprises de négoce internationales* »<sup>73</sup>. Il a fallu attendre l'entrée en vigueur des nouvelles « Règles comptables d'entreprises » du 1<sup>er</sup> Juillet 2007 pour que toutes les grandes entreprises chinoises procèdent, de façon progressive<sup>74</sup>, à l'établissement des comptes consolidés.

Dans le cadre de la consolidation des comptes, le groupe de sociétés en droit chinois est composé de la « *société mère* » et de toutes les « *filiales* », ces dernières sont définies comme des sociétés contrôlées par la société mère. Aussi le contrôle consiste en une

---

<sup>73</sup> « *Le circulaire de la distribution de < Règlement provisoire de la consolidation des comptes >* » du Ministère des finances Chinois, C.H.Z. (1995), N° 11 (关于印发《合并会计报表暂行规定》的通知)

<sup>74</sup> « *企业会计准则* », Les nouvelles règles sont applicables immédiatement à toutes les sociétés cotées en bourse à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2007, et aux grandes entreprises d'état centrales en 2008. Toutes les autres grandes et moyennes entreprises devront également adopter les nouvelles règles dans les années suivant cette date, dans un délai d'environ 3 ans.

notion clé pour fixer le périmètre d'un groupe de sociétés.

Selon l'article 6 des « Règles comptables d'entreprise, N°33 – comptes consolidés » (企业会计准则第33号—合并财务报表), le contrôle désigne « *le pouvoir de déterminer les politiques financières et les politiques d'exploitation d'une autre société, et d'obtenir, par cela, les bénéfices procédant des opérations de cette dernière* ».

Pour compléter cette définition, la même réglementation comptable énumère les situations dans lesquelles une autre société doit être considérée comme une filiale, c'est-à-dire une société contrôlée par la société mère, sauf qu'il y ait des preuves contraires.

Selon l'article 7 de cette réglementation, une société est considérée comme en contrôlant une autre lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société. Par ailleurs, l'article 8 prévoit que même si les droits de vote lui appartenant sont inférieurs à une moitié, elle doit tout de même être considérée comme en contrôlant une autre :

1. *lorsqu'elle dispose, en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires, de la majorité des droits de vote dans cette société ;*
2. *lorsqu'elle a le droit, en vertu des dispositions statutaires ou conventionnelles, de déterminer les politiques de finance et d'exploitation de cette société ;*
3. *lorsqu'elle dispose du pouvoir de nommer et de révoquer la majorité des membres du conseil d'administration, ou de l'organe équivalent, de cette société ;*
4. *lorsqu'elle possède une majorité de droits de vote dans le conseil d'administration, ou de l'organe équivalent, de cette société.*

Force est de constater la ressemblance entre l'interprétation de « contrôle » prévue dans les articles 7 et 8 de cette réglementation chinoise et les dispositions légales du « contrôle » stipulées dans l'article L. 233-3, I du Code de commerce français. Un contrôle est souvent le pouvoir de déterminer les décisions de l'assemblée générale, notamment les décisions concernant la nomination et la révocation des administrateurs.

Pour autant, des différences fondamentales entre le contenu de ces deux notions de « contrôle » sont flagrantes. Mis à part la lacune relative au contrôle de fait et au contrôle conjoint, le droit chinois conçoit un pouvoir de « contrôle » qui franchit le cadre de l'assemblée générale, dans la mesure où il vise également la situation où la société mère possède directement des droits de vote majoritaires au sein du conseil d'administration.

Si cette disposition en droit comptable chinois s'inscrit bien dans la logique que le contrôle est par essence « *le pouvoir de déterminer les politiques financières et les politiques d'exploitation* », elle prévoit un pouvoir de contrôle direct de la direction de la société, qui ne fait pas partie du pouvoir de contrôle en droit français.

Il en résulte que le « contrôle » tel que défini en droit comptable chinois ne saurait être assimilé simplement à un pouvoir de contrôle tel que défini en droit français. En revanche, il s'agit belle et bien du pouvoir d'une société de maîtriser la gestion d'une autre société. Certes, la réglementation chinoise prévoit que les filiales dont la majorité des droits de vote appartient à la société mère doivent être inclus dans le périmètre de consolidation comptable de cette dernière. Mais il ne s'agit ici qu'une présomption simple, et l'article 7 de la réglementation précise clairement que ces filiales doivent être exclues de la consolidation lorsque des preuves démontrent l'absence du pouvoir de contrôle détenu par la société mère.

Par ailleurs, la réglementation comptable chinoise n'évoque pas directement le problème des entités *ad doc*. Cependant, d'après la définition du contrôle en droit comptable chinois, il est clair que les sociétés entrant dans le périmètre de consolidation ne sont pas nécessairement des sociétés dont le capital est détenu par la société consolidante. Il en résulte que les entités *ad hoc* ne sont pas complètement exclues. A cet égard, la loi chinoise retient en réalité l'application cumulée de deux critères pour caractériser les entités *ad hoc*, à savoir le pouvoir de décision et l'attribution des avantages. Ces deux critères correspondent *grosso modo* les critères (b) et (c) des quatre critères établis par l'interprétation SIC 12.

Le droit comptable chinois emprunte une approche similaire à celle de mise en place en droit français. La consolidation des entités *ad doc* s'appuie sur des règles fondamentales de la consolidation comptable du groupe, alors que ces dernières tiennent partiellement en compte des normes comptables internationales.

### **Section 3 – Le reflet du groupe en droit fiscal et financier**

En droit français, des divers paramètres de groupe existent dans les domaines de

droit fiscal et financier. Etant remarquablement variables, ces conceptions du groupe sont destinées à répondre respectivement aux finalités précises de plusieurs catégories différentes des régimes légaux (§1). En revanche, la reconnaissance du groupe en droit fiscal chinois est beaucoup plus limitée, et les réformes récentes ont même réduit davantage les régimes fiscaux ayant trait aux groupes de sociétés (§2).

## **§1. LE GROUPE D'ENTREPRISES EN DROIT FISCAL**

### *A. En droit français*

En droit français, le régime fiscal classique est conçu au regard des entreprises individuelles. Chaque société doit être passible de l'impôt calculé sur son propre résultat, alors que la perception des dividendes liés aux participations dans une société n'est considérée que comme de simples revenus susceptibles d'être intégrés dans le résultat de la société bénéficiaire. Dans le but d'encourager les investissements et d'accroître la compétitivité et le dynamisme des entreprises qui résultent souvent d'une économie d'échelle, le principe de l'autonomie fiscale de chaque société, mise en place dans l'absolu, pourrait paraître peu adapté à la réalité économique et pénaliser les plus grands groupes composés de nombreuses sociétés<sup>75</sup>.

Sans remettre en cause ce principe de l'autonomie fiscale, la prise en compte de la conception du groupe de société en droit fiscal français semble permettre d'harmoniser, sinon de privilégier, le traitement fiscal des sociétés liées par rapport à celui applicable à la société isolée.

#### ***1. Le groupe au regard du régime des sociétés mère et fille***

Selon le régime commun en droit fiscal français, les dividendes perçus par une société sont taxés par l'impôt sur les sociétés (IS) au taux normal de 33 1/3% ou, si certaines conditions sont réunies<sup>76</sup>, au taux réduit de 15%.

---

<sup>75</sup> M. Cozian, « *L'administration et le réalisme du droit fiscal* », Dr. Fisc. 1980, n°41 ; B. Jadaud, « *L'impôt set les groupes de société* », Berger-Levrault, 1970, n°194

<sup>76</sup> Le taux réduit est applicable, sur une fraction de son bénéfice limitée à 38 120 Euros, à une PME réalisant un chiffre d'affaires hors taxes inférieur à 7 630 000 Euros, et dont au moins 75% des participations sont détenues par des personnes physiques ou par des sociétés satisfaisant elles-mêmes aux conditions requises ci-dessus.

Il résulte du régime commun qu'une superposition d'impositions pourrait avoir lieu, dans le cadre où des dividendes proviendraient de bénéfices imposables de société distributrice, lesquels seraient ensuite intégrés à l'assiette d'imposition du bénéficiaire, avant que ce dernier puisse éventuellement faire remonter ces bénéfices à ses propres actionnaires, ce qui donnera lieu de nouveau à l'imposition au titre des revenus de ces derniers. Afin d'éviter cette double imposition, les sociétés peuvent facultativement opter pour le régime de sociétés mères et filiales, selon lequel l'impôt sur les sociétés frappant le revenu perçu au titre de dividendes par une société sera complètement exonéré à l'exception d'une quote-part de frais et charge égale à 5% du montant de ces dividendes<sup>77</sup>.

Outre certaines conditions requises au regard de la qualité des sociétés éligibles à ce régime<sup>78</sup>, la condition principale de l'application de ce régime favorable consiste dans la détention par la société mère d'une fraction d'au moins 5% des titres sous forme nominative dans la filiale lors de la date de mise en paiement des produits de la participation.

Cette fraction de 5% des titres doit s'apprécier de manière cumulative au regard de la fraction de capital et de celle de droits de vote. Dès que de telles conditions sont réunies, des produits des participations résultant de l'ensemble des titres détenus par la même société, même si une partie de ceux-ci soient dépourvus de droits de vote, sont tous éligible au régime spécial mère-fille.

Le droit fiscal français prévoit aussi un régime d'intégration fiscale, qui permet aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, en réunissant certaines conditions, de calculer ce type d'impôt sur une base d'imposition représenté par la somme algébrique des bénéfices réalisés et des pertes subies par chacune de ces sociétés. L'intégration fiscale conduit à démontrer un concept de groupe, qui est composée de sociétés fortement intégrées par la société mère se situant en « tête du groupe ».

---

<sup>77</sup> Les produits des participations distribués par une filiale sont donc retranchés du résultat imposable de la société bénéficiaire, sauf une quote-part de frais et charges de 5% réintégrée dans le résultat. Le régime est également applicable aux filiales étrangères, qui pourraient avoir déjà payé un montant après prélèvement à la source dans le pays d'origine de la filiale et bénéficier des crédits d'impôts selon les conventions fiscales entre des Etats. Si les dividendes d'une filiale étrangère sont susceptibles d'être exonérés en France, les crédits d'impôts afférents à ces dividendes deviennent ainsi inutiles puisqu'ils ne peuvent plus être imputés sur l'impôt sur les sociétés de la société mère. Pourtant, le crédit d'impôt doit être pris en compte pour calculer l'assiette de la quote-part de frais et charges.

<sup>78</sup> La société mère doit être taxable, complète ou partiellement, au taux normal de l'impôt sur les sociétés, tandis que la filiale ne doit pas être une société de personne.



## ***2. Le groupe au regard de l'intégration fiscale***

Le groupe est constitué par une société mère ainsi que des filiales « *dont elle détient 95% au moins du capital ... directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés du groupe* »<sup>79</sup>.

Le lien capitalistique ainsi défini doit s'interpréter de façon restrictive.

De prime abord, la détention de 95% au moins du capital s'entend de la détention cumulative de 95% de droits de dividendes et de 95% de droits de vote attachés aux titres émis par la société intégrée, sachant que les droits de dividendes et de vote attachés aux titres de toute nature – actions de préférence, actions à dividende prioritaire sans droit de vote, certificats d'investissements – sont tous pris en compte.

Ensuite, au regard de l'appréciation de la détention indirecte du capital, sont visées à *priori* les filiales ou les sous-filiales appartenant aux chaînes interrompues de participations détenues au moins à 95%<sup>80</sup> (les « *filiales en chaînes directes* »). De plus, sont également visées les sociétés dont au moins 95% du capital est détenu, individuellement ou conjointement, par plusieurs sociétés parmi la société mère du groupe et ses *filiales en chaînes directes*. A cet effet, la fraction du capital d'une société détenue par une société dont moins de 95% du capital appartient à la société mère du groupe et à ses *filiales en chaînes directes* n'est pas prise en compte<sup>81</sup>.

Enfin, l'intégration d'une société nouvellement acquise par une société du groupe ne sera possible qu'à partir de l'exercice suivant l'acquisition.

La loi impose également des conditions concernant la qualité de la société mère. Le capital de celle-ci ne peut être détenu directement ou indirectement à 95% ou plus par une autre personne morale ayant son siège en France et qui est soumise à l'impôt sur les

---

<sup>79</sup> Code Général des impôts, article 223 A

<sup>80</sup> Dans cette chaîne interrompue, la société mère détenant plus de 95% du capital d'une filiale est considérée comme détenir indirectement, en substituant à cette dernière, l'ensemble de la fraction du capital d'une sous-filiale appartenant à cette filiale.

<sup>81</sup> Supposons qu'une société F3 est conjointement détenue par une société F1 à hauteur de 94% et une autre société F2 à l'auteur de 6%. La société mère M détient 95% de capital de F1 et 94% de capital de F2. Comme F2 n'est pas considéré comme une *filiale en chaîne directe*, la fraction de 6% du capital détenu par elle n'est nullement prise en compte dans l'appréciation du capital de F3 détenue indirectement par M. Il en résulte que F3 n'est pas éligible pour l'intégration fiscale du groupe dans la mesure où M ne détient indirectement que 94% du capital de F3 par l'intermédiaire de F1.

sociétés. Dans cette optique, la détention indirecte de capital sera vérifiée logiquement selon le même principe qu'exposé ci-dessus.

Il est à noter que le régime de l'intégration fiscale est de nature facultative, il doit donc nécessairement résulter d'une décision de la société tête de groupe avec l'accord de toutes les filiales participant à l'intégration. Une fois mis en place, le régime d'intégration est exercé pour une période de 5 ans renouvelable. Pourtant, la société tête de groupe est libre d'opérer une révision annuelle du périmètre du groupe, en incluant de nouvelles filiales et en excluant de l'intégration des filiales antérieurement intégrées.

Nous ne pouvons néanmoins déduire de l'existence de ce régime du groupe particulièrement bien établi la reconnaissance juridique d'un statut du groupe de sociétés.<sup>82</sup> En effet, le groupe n'acquiert jamais un statut de contribuable vis-à-vis de l'administration fiscale, et c'est la société tête du groupe qui est seule assujettie à l'impôt sur les sociétés frappant le résultat de l'ensemble du groupe. De surcroît, la loi permet aux sociétés du groupe de fixer, par l'intermédiaire d'une convention intragroupe, leur propre modalité de répartition de l'impôt. Du point de vue de l'administration fiscale, chaque société appartenant au groupe d'intégration est redevable à la société tête de groupe, qui se substitue dans ce cas-là au Trésor public dans le recouvrement d'une dette équivalente au montant de l'impôt qu'elle aurait dû verser si elle n'avait pas été membre du groupe. Si, selon la convention intragroupe de répartition de l'impôt, les charges réellement supportées par un membre du groupe sont inférieures à la dette qu'elle doit effectivement à la tête du groupe au titre de versement de l'impôt sur les sociétés, ce membre est considéré comme ayant obtenu une subvention consentie par la société tête du groupe<sup>83</sup>.

Eu égard au caractère conventionnel du régime de répartition de l'impôt et de l'économie d'impôts, il convient de remarquer que le groupe de sociétés ne sert qu'à définir un périmètre permettant la mise en œuvre du calcul arithmétique du résultat d'intégration fiscale. Quand aux effets fiscaux en résultant, ils ne sont nullement bénéfiques au groupe en tant que sujet de droit ; en revanche, c'est à la société « tête du groupe » et les autres sociétés membres du groupe, dotées d'une pleine autonomie légale, de fixer librement entre eux les économies et les charges d'impôt résultant

---

<sup>82</sup> A. Charvériat et A. Couret, « *Groupes de sociétés* », Mémento F. Lefebvre, 2007-2008, p. 636, n°8140

<sup>83</sup> Ce type de subvention est pourtant complètement neutre sur le plan fiscal, de sorte qu'elle ne majore pas le résultat de son bénéficiaire, et qu'aucune réintégration au résultat n'est prévue au jour de la sortie de ce dernier du groupe.

éventuellement de l'intégration fiscale.

Il existe de forts contrastes entre le régime de société mère-filiale et celui de l'intégration fiscale du groupe : d'une part le lien de participation financière exigé est extrêmement souple pour le premier (5%) tandis qu'il est extrêmement élevé pour le second (95%) ; d'autre part, l'effet fiscal du premier régime est strictement limité à l'exonération de l'impôt sur les produits de participations tandis que celui du second est largement étendu à l'ensemble du résultat des sociétés concernées. Entre ces deux extrémités, le droit fiscal français se prévaut également dans certains domaines d'une définition de « lien de dépendance » entre des sociétés liées, une notion contribuant à la perception d'un groupe de sociétés de dimension intermédiaire entre la portée restrictive du groupe d'intégration et la portée étendue des sociétés mères et leurs filiales.

### ***3. Le groupe au regard des sociétés ayant un lien de dépendance***

Défini entre les 2ème et 4ème alinéas de 12 de l'article 39 de CGI, les liens de dépendance sont « *réputés exister entre deux entreprises* :

*a - lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ;*

*b - lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre, dans les conditions définies au a, sous le contrôle d'une même tierce entreprise. »*

Cette notion de lien de dépendance se caractérise par deux aspects.

D'une part, bien que l'appréciation du lien de dépendance fasse allusion alternativement à la détention de droit de la majorité du capital ou à la détention de fait du pouvoir de décision, ces deux méthodes d'appréciation ne relèvent pas de la même importance. A l'égard de la détention indirecte du capital, ce facteur doit s'apprécier de manière restrictive, de façon à ce que la fraction indirecte du capital soit calculée par la multiplication successive des fractions du capital de toutes les sociétés se trouvant dans la chaîne de participations<sup>84</sup>. La fraction du capital diminuant donc très rapidement en descendant la chaîne de participation<sup>85</sup>, et la portée des sociétés considérées comme

---

<sup>84</sup> Documentation de base (Fiscale), 4 B 2221, 07 Juin 1999, n° 77

<sup>85</sup> Supposons que la société A détient 70% du capital du B, et B détient 70% du capital de C, la société A est considérée de détenir 49% du capital de C.

indirectement liées demeure donc relativement restreinte. A l'inverse, à l'égard de l'exercice *en fait* du pouvoir de décision, la méthode d'appréciation s'avère beaucoup plus souple, étant précisé que non seulement le fait de détenir de droit ou de fait 50% du droit de vote au sein de l'assemblée générale de la société, mais aussi le fait d'obtenir effectivement un pouvoir de gestion pourraient caractériser l'existence du lien de dépendance<sup>86</sup>. Cela étant, la notion du lien de dépendance n'est pas limitée au seul lien financier, elle vise plus la situation de contrôle *de facto*, caractérisée par la maîtrise du pouvoir décisionnel sur l'entreprise dominée.

D'autre part, le texte précise également qu'un lien de dépendance pourrait être apprécié directement entre des sociétés sœurs d'un même groupe qui sont respectivement dépendantes directement ou indirectement d'une société mère commune. Basée sur l'appréciation d'une situation triangulaire, cette définition a pour effet d'élargir significativement le champ des sociétés réunies par des liens de dépendance.

Bien que la notion de lien de dépendance au sens de 12 de l'article 39 de CGI soit évoquée dans de nombreux textes fiscaux, elle n'a aucune relation directe avec le contrôle juridique sur les transactions entre les entreprises liées. Par l'analyse des articles, il nous semble que cette notion est *a priori* utilisée dans le but d'évincer l'application au sein des groupes certains dispositifs fiscaux ayant pour objectif d'accorder des traitements favorables aux petites et moyennes entreprises indépendantes.

Il convient de souligner que le « lien de dépendance » est à l'origine utilisé pour discriminer un groupe de sociétés dans le cadre du régime favorable de l'imposition des redevances sur la concession du brevet, de l'invention brevetable ou d'un procédé de fabrication. Dans ce cas, les bénéficiaires reçus par le concédant sont soumis au taux réduit relevant du régime des plus-values à long terme, tandis que le concessionnaire est autorisé à déduire l'ensemble des redevances de concession lorsque c'est une entreprise indépendante du concédant. En revanche, une fois qu'un lien de dépendance est caractérisé entre les parties de concession, le concessionnaire ne peut déduire de son résultat qu'une fraction de redevance dans le rapport existant entre le taux réduit applicable au concédant et le taux normal de 33,1/3 %<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> BOI, 4 H-8-07, 31 Décembre 2007, n° 17

<sup>87</sup> Articles 39, 12, 39 terdecies et 219 I. a quater de CGI, J.-L. PIERRE, note sous CAA Paris, 11 Juillet 2007, Dr. Sociétés ; n° 12, Décembre 2007, comm. 230.

Il en va de même lorsque le « lien de dépendance » contribue à écarter l'application de certains traitements préférentiels de crédits d'impôt de recherches lorsque les conventions de prestations de recherches sont conclues entre les entreprises d'un même groupe. A cet égard, s'il est concevable pour une entreprise de bénéficier d'un double crédit d'impôt de recherche pour les dépenses de recherches telles que les opérations confiées aux organismes de recherches publiques ou à des universités, il faut encore qu'elle n'entretienne aucun lien de dépendance entre ces derniers. Ainsi le plafond annuel de crédit d'impôt de recherche pour les dépenses des opérations confiées aux organismes de recherches sera ramené de 10 millions d'euros au plafond de droit commun à 2 million d'euros dès lors que le bénéficiaire du crédit d'impôt est lié à ces organismes de recherche. (L'article 244 quater B, II.d) et II. d ter de CGI).

Ainsi, nous pouvons constater qu'en droit fiscal français, plusieurs régimes fiscaux préférentiels ont vocation à s'appliquer aux entreprises dont une majorité simple ou une majorité qualifiée du capital est détenue par les personnes physiques ou les petites entreprises. Dans le calcul de la fraction du capital, la participation appartenant aux divers fonds d'investissements (des sociétés de capital-risque, des fonds communs de placement à risques, des sociétés de développement régional et des sociétés financières d'innovation) n'est pas prise en compte, puisque ces derniers ne s'intéressent pas normalement au contrôle de la société investie. Or, une fois que les fonds d'investissements ont établi un lien de dépendance au sens du 12 de l'article 39 avec les sociétés investies, leurs participations doivent être comptées dans l'appréciation de l'éligibilité de ces dernières dans le cadre des régimes fiscaux préférentiels. Et dans une telle situation où le lien de dépendance est constaté, la prise en considération des participations des fonds d'investissement peut en effet rendre inapplicable ces régimes fiscaux préférentiels, listés ci-dessous :

- Pour qu'une entreprise puisse bénéficier d'une série de traitements favorables accordés en règle générale au PME, son capital doit être détenu, au moins à 75%, par des personnes physiques ou par une société répondant aux mêmes conditions dont le capital est détenu, au moins à 75%, par des personnes physiques<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Il s'agit du taux réduit de 15% d'impôt sur les sociétés pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2002(Article 219, I. b de CGI) ; du taux réduit de 15% à partir des exercices ouverts à partir de 1 janvier 2005 pour les PME renforçant leurs fonds propres(Article 219, f de CGI) ; de l'exonération de la contribution sociale au taux de 3,3% de l'impôt sur les sociétés (Article 235 ter ZC de CGI) ; du crédit d'impôt de 25% du montant d'investissements exploités en Corse pour les besoins d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole (Article 244

- Pour une société qui exerce ou crée des activités dans les zones franches urbaines pour l'aménagement ou le développement du territoire, les associés de cette société sont autorisés à réduire de leurs résultats une partie des apports numéraires qu'il a apporté dans cette société<sup>89</sup> pourvu que le capital ou le droit de vote détenus par une ou plusieurs grandes entreprises<sup>90</sup> dans une société ne dépasse pas 25% (Article 217 sexdecies de CGI);
- pour que des associés physiques d'une société en cessation de paiement puissent déduire de leurs revenus imposables les apports en numéraire, au moins 50% du capital de cette société doit être directement ou indirectement détenu par d'autres sociétés. (Article 163 octodécies de CGI) ;
- pour qu'une SARL, SA ou une SAS puissent opter pour le régime fiscal de la société civile, au moins 50% du capital doit être détenu par des associés en forme de sociétés (Article 239 bis, AG de CGI)

De même, pour qu'une entreprise puisse bénéficier du régime favorable de la jeune entreprise innovatrice, au moins 50% du capital de cette entreprise doit être détenue de façon continue par des personnes physiques et/ou par des entités telles que l'établissement public de recherche et de renseignement ou par des fondations ou associations reconnues d'utilité publique. Il est ainsi admis que les sociétés de nature de capital-risque fassent partie de cette liste d'entités, pourtant à conditions qu'il n'existe pas de lien de dépendance de 12, l'article 39 de CGI entre la société en cause et ces dernières sociétés ou fonds. (Article 44 Séries-0 A de CGI)

Ainsi, en matière des régimes fiscaux relatifs aux immeubles, la notion du « lien de dépendance » est utilisée pour écarter l'application des régimes fiscaux suivants en raison de la présence du groupe :

- le régime de l'immeuble de placement détenu par une société<sup>91</sup> (Article 39, 1, 5°

---

Quatre E de CGI); de crédit d'impôt lié aux dépenses de prospections commerciales afin d'exporter des services, des biens et des marchandises (Article 244 quatre H de CGI) et de crédit d'impôt de 20% sur les dépenses d'équipements en nouvelles technologies (Article 244 de CGI)

<sup>89</sup> La réduction est limitée à la moitié des versements opérés, et plafonnée à 0,5 % de leur chiffre d'affaires et à 25 % du capital de la société bénéficiaire des versements à la clôture de l'exercice au cours duquel les sommes sont versées

<sup>90</sup> Ces entreprises s'entendent comme celles dont l'effectif dépasse 250 salariés, dont le Chiffre d'affaires dépasse 50 millions Euros et dont le bilan annuel dépasse 43 millions Euros.

<sup>91</sup> Concernant les biens immobiliers de placement (c'est-à-dire qui ne sont pas affectés par la société propriétaire à leur propre exploitation industrielle, commerciale ou agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale), les dotations aux provisions de la dépréciation des immeubles ne sont déductibles qu'à hauteur du montant de la plus-value latente du même type d'immeubles existant à la clôture du même exercice. Pourtant, ne relèvent pas des immeubles de placement les biens immobiliers que le propriétaire met à la disposition de ou loue à sa société liée, qui affecte ces

de CGI)

- le régime d'exonération de taxe de 3% sur la valeur des immeubles au regard des entités dont la valeur vénale des actifs immobiliers situés en France représente moins de 50% de la valeur vénale de l'ensemble des actifs français<sup>92</sup> (Article 208 C, II, 1<sup>er</sup> alinéa de CGI)
- le régime de l'exonération de l'impôt sur les sociétés sur des plus-values réalisées à titre de cession d'immeubles cédés par une société d'investissement immobilier cotée<sup>93</sup> (Article 990 E de CGI).

Enfin, il existe encore des divers dispositifs dans lesquels la notion de « lien de dépendance » est évoquée afin d'exclure ses applications aux groupes d'entreprises<sup>94</sup>.

La conception du groupe d'entreprise fondée sur le lien de dépendance au sens de l'article 39,12 de CGI constitue une notion du groupe opposée à celle du groupe fiscal au sens de l'article 233 A du CGI. Si cette dernière conception permet de créer un régime unique pour consacrer un avantage fiscal important en faveur du groupe, la première conception du groupe a pour effet d'assurer la mise en place des divers régimes fiscaux de nature très variable, qui nécessite l'écart de la présence du groupe d'entreprises.

---

biens à sa propre exploitation.

<sup>92</sup> Il est prévu que pour l'appréciation de ce ratio des actifs immobiliers sur l'ensemble d'actifs, sont également pris en compte les actifs détenus indirectement par l'intermédiaire d'autres entités juridiques avec lesquelles existent des liens de dépendance.

<sup>93</sup> L'exonération n'est plus admise si le cessionnaire entretient un lien de dépendance avec le cédant, ou avec la société mère du cédant

<sup>94</sup> Outre ce que nous avons exposé, nous pouvons parfaitement constater d'autres régimes visant à s'appliquer aux transactions entre des parties qui ne relèvent pas d'un même groupe défini au sens de lien de dépendant de l'article 39 12 de CGI, alors il est évident qu'il n'existe aucune lien intrinsèques entre des régimes dispersés dans le code fiscal. Il s'agit tout d'abord du régime d'impôt particulier susceptible d'être choisi par les sociétés ayant pour activité l'exploitation des navires armés au commerce prévu dans les articles 209 de CGI, dont l'une des conditions d'application de ce régime est que la navire faisant l'objet du régime spécial ne doit pas ni être donné en affrètement coque nue par le propriétaire à ses sociétés liées au sens de l'article 39, 12 du même code, lesquelles n'ont pas elle-même opté pour le même régime, ni être acquis par le propriétaire auprès de sa société liée n'ayant pas opté pour le même régime.

Il s'agit ensuite du régime de la réduction de résultat par le montant du capital investi dans des sociétés ayant pour activité exclusive le financement de l'achat en copropriété de navire de pêche artisanale exploitée dans les départements d'outre-mer. Etant donné qu'une même personne morale ne peut détenir directement et indirectement plus de 25% du capital d'une telle société, la loi précise que les actions détenues par des actionnaires ayant un lien de dépendance avec cette personne morale sont considérées comme directement détenues par cette dernière.

De plus, s'agissant du régime de la réduction d'impôt de don au profit de la Fondation patrimoine afin de réaliser des travaux sur un immeuble dont le propriétaire est une société, des associés de cette dernière ne peuvent être ni des dirigeants ou membres de conseil d'administration ou de conseil de surveillance de la société donatrice, ni de ceux-ci d'une société qui entretiendrait avec la société donatrice un lien de dépendance : Article 238 bis 1. f) de CGI.

Enfin, il s'agit du régime de la déduction du résultat d'un associé qui a souscrit en numéraire le capital d'une société d'approvisionnement à long terme en électricité. L'approvisionnement en électricité doit être soit au profit du site d'associé de telle société, soit au profit du site des sociétés liées à cet associé dans le sens de l'article 39, 12.

#### **4. Le groupe au regard de contrôle du prix de transfert**

Il n'est pas rare de constater qu'une société tente de se soustraire au versement des impôts normalement dus à l'Etat ou de diminuer artificiellement son bénéfice en le transférant aux autres membres du groupe localisés dans des pays étrangers. Les modalités du transfert des bénéfices sont diverses, allant du simple abandon de créance, en passant par l'achat ou la vente de produits ou services à un prix anormal jusqu'à la fourniture de produits et services fictifs.

L'article 57 du CGI prévoit des règles générales en droit fiscal français visant à lutter contre ces pratiques frauduleuses, couramment appelé prix de transfert. Selon l'alinéa 1 de cet article, *« pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéficiaires indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités »*.

La loi ne définit nullement le contenu de ce lien de dépendance ou de contrôle, qui caractérise le périmètre de ce groupe d'entreprises. Ce sont l'administration et la jurisprudence qui sont intervenues de façon complémentaire pour définir ce type de lien de dépendance. L'autorité fiscale considère qu'il existe deux sortes de situations de dépendance, juridique ou de fait.

Au regard d'un lien de dépendance de nature juridique, une entreprise est placée sous la dépendance d'une autre entreprise lorsque cette dernière possède une part prépondérante de son capital ou la majorité absolue des suffrages susceptibles de s'exprimer dans ses assemblées. La détention de capital prépondérante ou majoritaire peut également être caractérisée lorsqu'il existe une chaîne de participations non interrompue<sup>95</sup>. Il en est de même lorsqu'une entreprise exerce au sein d'une autre, directement ou par personnes interposées, des fonctions comportant le pouvoir de décision. Doit être appréciée librement la qualité d'une personne interposée, qui

---

<sup>95</sup> CE, 25 janv. 1989, req. n° 49847, Hempel Peintures Marine France : Dr. fisc. 1989, n° 20-21, comm. 1000, concl. Ph. Martin, société française détenue indirectement par un groupe danois. - 25 oct. 1989, req. n° 65009, Caterpillar France : Dr. fisc. 1990, n° 44, comm. 2037



pourraient être des gérants, administrateurs, directeurs de la société dominante, d'une autre société dominée ou toute personne qui possède un intérêt dans le commerce ou l'industrie de chacune des entreprises, ou une part de leur capital<sup>96</sup>.

L'appréciation d'une dépendance de fait se porte sur l'état de dépendance qui pourrait être caractérisé par les relations conventionnelles ou par tous les faits conjoncturels. Cela signifie *a priori* des relations économiques et financières. Malgré une jurisprudence abondante<sup>97</sup> sur ce point, il ne semble pas encore possible d'en tirer des critères objectifs et précis. En se bornant à indiquer que ni « *l'étroite communauté d'intérêts* », ni une « *indépendance économique* » entre les sociétés ne sont suffisantes à elles seules à caractériser la dépendance de fait<sup>98</sup>, la Haute Juridiction semble vouloir conférer aux juges une grande latitude pour apprécier en fonction de chaque cas de figure l'existence d'une indépendance qualifiée en se reposant sur un faisceau d'indices sur les relations de sociétés.

Il est permis de penser légitimement que la définition de lien de dépendance à propos du contrôle du prix de transfert doit être nécessairement étendue pour couvrir un maximum de sociétés dont les interrelations, de diverses natures permettent de réaliser en concertation des fraudes d'évasion fiscale.

### *B. En droit chinois*

Le régime des sociétés mère et fille n'existe pas en droit chinois, dans la mesure où les dividendes distribués par une société à son associé en forme d'entreprise (à l'exception d'un associé de nationalité étrangère) est complètement exonérée d'impôt sur les sociétés.

En outre, nous ne pouvons non plus trouver en droit chinois une notion équivalente à

---

<sup>96</sup> D. Adm. 4 A-1211, n°4

<sup>97</sup> La dépendance est caractérisée lorsqu'une société, fortement endettée par les avances consenties par une autre, se bornait à exploiter les brevets et procédés de cette dernière qui contrôlait régulièrement son activité et sa comptabilité : CE 3 août 1942, n° 65810, CE 28 juillet 1947, n° 71727. - C'est ainsi un distributeur qui ne dispose d'aucune autonomie au regard de la politique des prix, qui devait verser des redevances pour le seul usage de la marque de vendeur et rendre des comptes régulièrement à ce dernier : CE, 23 mars 1953, req. n° 75326 : RO, p. 226 ; Dr. fisc. 1953, n° 11, comm. 6. - Le lien de dépendance existe ainsi entre deux sociétés ayant la même raison sociale, fabricant des objets de même nature, utilisant les mêmes représentants et se partageant parfois les commandes recueillies : CE, 29 janv. 1964, req. n° 47515 : Dr. fisc. 1964, n° 11, comm. 398.

<sup>98</sup> CE, 8e et 9e sous-sect., 18 mars 1994, req. n° 68799 et 70814, SA Sovemarco-Europe : Dr. fisc. 1994, n° 40, comm. 1703.

celle du lien de dépendance au sens de l'article 39, 12 du CGI en droit français, qui est utilisé à titre principal pour exclure l'application de certains régimes favorables réservés uniquement aux entreprises indépendantes.

En droit chinois, il existait un régime semblable à l'intégration fiscale du groupe, qui permettait à certains groupes de sociétés de consolider les résultats de sociétés appartenant au groupe (1). La réforme fiscale récente a supprimé complètement ce régime, tout en mettant en relief l'identité individuelle de l'entreprise sur le plan fiscal. Ce coup de rigueur tendant à écarter toute possibilité d'optimiser les conséquences fiscales grâce à la solidarité entre des sociétés du groupe, a fait naître *in contrario* une conception du groupe de sociétés appréciée par la relation des personnes liées (2).

### ***1. Le groupe au regard de l'intégration fiscale***

Le régime de l'intégration fiscale constituait un privilège réservé à un nombre limité d'entreprises. Des groupes pouvant bénéficier de ce privilège doivent satisfaire aux deux conditions très contraignantes<sup>99</sup>. Tout d'abord, seuls les groupes d'entreprises géants, investis par l'état et approuvés par le Conseil des affaires d'Etat, sont éligibles d'opter pour le régime de consolidation des résultats. En second lieu, seule la société mère (l'entreprise noyau) du groupe et ses filiales, dont le capital est détenu directement ou indirectement à 100%, peuvent participer au plan de consolidation des résultats, suite à l'approbation écrite du Bureau nationale de taxe.

Il résulte de ces restrictions qu'un nombre très limité d'entreprises d'Etat géantes peuvent bénéficier de cette politique de consolidation. Le cercle de ces groupes consolidés reste constamment très fermé, puisque la reconnaissance d'un nouveau groupe, ainsi que l'extension ou la réduction du périmètre de groupe doit faire l'objet d'une circulaire particulière du Bureau national des taxes<sup>100</sup>.

Enfin, il convient de souligner que même ce régime fiscal du groupe, couvrant des

---

<sup>99</sup> « Circulaire des questions concernant l'imposition des groupes d'entreprises géants du Bureau national des taxes » (« 关于大型企业集团征收所得税问题的通知 »), promulguée le 8 février 1994

<sup>100</sup> A titre d'exemple, les groupes visés par le régime de consolidation des résultats sont tous de très grandes entreprises d'état d'une dimension nationale voire internationale, telles que « Pétrochimie de Chine » (中石化), « Pétrole de Chine » (中石油), « CITIC Groupe China » (中国中信集团公司), « Groupe de Véhicules N°1 de Chine » (中国第一汽车集团), « Société groupe d'investissement de l'électricité de Chine » (中国电力投资集团公司).

groupes extrêmement peu nombreux – 106 au total à la fin de 2007, avait définitivement disparu fin 2008. L’abrogation de ce régime est liée principalement à la promulgation de la nouvelle loi sur l’impôt sur les sociétés, dont l’article 52 prévoit que « *les entreprises sont interdites de consolider leurs résultats pour acquitter leurs impôts sur les sociétés, sauf stipulation contraire par le Conseil des affaires d’Etat* ». Alors selon un circulaire des Ministère des finances et Bureau national des taxes, le Conseil des affaires d’Etat a décidé de ne pas renouveler son accord pour tous les groupes d’entreprises en bénéficiant à partir de 1 janvier 2009<sup>101</sup>.

La suppression de l’ancien régime du groupe de consolidation des résultats semble officiellement mettre fin au concept du groupe fiscal en droit chinois. *A fortiori*, ce changement conduit à renforcer l’identité individuelle de chaque entreprise contribuable, qui doit maximiser ses bénéfices afin de ne pas porter atteinte à l’intérêt de l’état.

## **2. Le groupe au regard du contrôle sur les opérations entre des personnes liées**

A cet égard, la loi fiscale chinoise prévoit donc une notion assez sophistiquée et large de la « relation des personnes liées » (*Guanlian Guanxi*, 关联关系) afin de prévenir les transferts des bénéfices illégitimes par le truchement des transactions entre les personnes liées. Il convient de noter que cette relation des personnes liées est étroitement fondée sur le pouvoir de domination (*Kongzhi*, 控制). Nous le traduisons ici comme un pouvoir de « contrôle », pour une raison que nous allons exposer par la suite.

Selon l’article 109 du décret d’application de la loi sur les impôts des sociétés (*企业所得税法实施条例*) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, une entreprise, organisation ou individu est considéré comme lié à une autre entreprise lorsque les deux parties:

- entretiennent une relation de contrôle (*Kongzhi*) entre eux, directe ou indirecte dans la perspective de la trésorerie, de l’activité d’exploitation, de l’achat et de la vente, etc. ; ou
- sont soumises à un contrôle (*Kongzhi*) commun par une partie tierce ; ou
- entretiennent d’autre type de relations de personnes liées.

Cette disposition semble assez succincte, et ne précise pas le contenu essentiel d’un

---

<sup>101</sup> « Circulaire des questions concernant l’acquittement des impôts sur les sociétés par les groupes d’entreprises d’essai » (关于试点企业集团缴纳企业所得税有关问题的通知), promulguée le 17 octobre 2008.

« contrôle ». Il convient de référer à l'article 9 de la « Méthode (provisoire) de la mise en place des redressements fiscaux spéciaux» (G.S.F. (2009) n°2, *Tebie Nashu Tiaozheng Shishi Banfa (Shixing)*, 特别纳税实施调整办法(试行)) promulguée par le Bureau national des taxes le 8 Janvier 2009, qui tente de redéfinir, mais de façon beaucoup plus détaillée, une relation de personnes liées comme ci-dessous :

- lorsqu'une personne ou une entreprise détient directement ou indirectement plus de 25% de participation d'une autre entreprise, ou lorsque plus de 25% de participation de ces deux entreprises sont détenues, directement ou indirectement, par un tiers. Si la détention de participation est réalisée par le truchement des sociétés intermédiaires, la participation qu'une société intermédiaire détient dans l'entreprise cible doit être intégralement affectée à l'entreprise qui détient plus de 25% de participation de la société intermédiaire.
- lorsque le montant des prêts financiers d'une entreprise auprès d'une autre entreprise (à l'exception des entités financières) ou d'un individu dépasse 50% du capital de cette première, ou lorsque plus de 10% des prêts empruntés par une entreprise sont cautionnés par une autre entreprise (à l'exception des entités financières) ou individu.
- lorsque une entreprise ou personne peut nommer la majorité des dirigeants (y compris les administrateurs et le directeur général) d'une autre entreprise, ou peut nommer au moins un membre supérieur du conseil d'administration étant capable de contrôler ce conseil ; ou lorsque ces types de dirigeants des deux entreprises sont nommés par un même tiers.
- lorsque plus d'une moitié des dirigeants d'une entreprise cumule simultanément les mandats sociaux au sein de l'autre entreprise, ou au moins un membre supérieur de conseil d'administration d'une entreprise, qui est en pouvoir de contrôler le conseil, cumule la fonction d'un membre supérieur du conseil d'administration de l'autre entreprise.
- lorsque le déroulement normal de l'activité de production d'une entreprise devient impossible sans qu'elle n'obtienne la licence des droits industriels ou de savoir-faire d'une autre entreprise ou personne.
- lorsque les activités de vente et de commercialisation d'une entreprise sont principalement contrôlées par une autre entreprise ou personne;
- lorsque la fourniture ou la réception des prestations de services/mains d'œuvre au sein de l'entreprise est principalement contrôlée par une autre entreprise ou personne;

- lorsqu'une entreprise contrôle substantiellement les activités d'exploitation et les transactions d'une autre entreprise ;
- d'autres relations impliquant les intérêts de deux entreprises, y compris le fait que les associés de deux entreprises partagent des intérêts économiques similaires, la relation de la famille ou de la parenté

Il convient d'observer que les situations énumérées par ce règlement du Bureau de taxe ont toutes pour vocation de préciser la relation de « contrôle » (*Kongzhi*, 控制) entre les personnes liées. Il est certain que selon cette explication, le pouvoir entendu par le législateur ne relève pas d'un pouvoir de domination complète. C'est pour ça que nous préférons utiliser le terme « contrôle ». Pour autant, les précisions ne sont pas sans équivoque, puisque le Bureau national des taxes évoque, à plusieurs reprises, le terme « contrôle » (les mots soulignés dans les paragraphes ci-dessus) afin d'expliquer une relation de « contrôle ». Pour élaborer une notion claire des relations entre les personnes liées, le flou dans la définition de « contrôle » doit être évité.

Ce concept de contrôle/ personnes liées en droit fiscal chinois recouvre un large domaine, comprenant les sociétés liées en raison des liens financiers, de l'influence dans la direction ainsi que de liens de dépendances économiques, financières, techniques, voire en raison des relations familiales.

La relation entre des personnes liées est évidemment beaucoup plus large que le lien entre les sociétés de groupe, puisqu'une relation des personnes liées peut s'établir même entre une entreprise et un individu. Or, ce sont des opérations entre les entreprises du groupe qui sont principalement concernées par les opérations entre des personnes liées. Par conséquent, la consécration des règles fiscales des relations des personnes liées conduit à mettre en place un nouveau concept du groupe de sociétés en droit fiscal chinois, différente du concept du groupe sur le plan de l'intégration fiscale.

Ce concept du groupe se rapproche de celui du groupe en droit français dans le domaine du prix de transfert. La relation liant les sociétés du groupe s'apprécie d'une façon essentiellement pragmatique ou ouverte. Cela explique la liste très longue des situations dont la réglementation chinoise fait état pour caractériser la relation des personnes liées.

## §2. LE GROUPE EN DROIT FINANCIER

Des notions très larges du groupe de sociétés peuvent être constatées tant en droit français (A) qu'en droit chinois (B), qui ont pour but de faciliter les opérations bancaires directement entre les sociétés appartenant au même groupe.

### A. En droit français

La loi française interdit à toute personne, autre qu'un établissement de crédit, d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. Pour autant, cette interdiction, assurant le monopole des activités bancaires aux établissements de crédits, est assortie d'une exception à l'égard des entreprises appartenant à un même groupe. L'article L 511-7, I-3 du Code monétaire et financier prévoit qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, peut « *procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres* ». Les dispositions visent le lien de contrôle individuel entre les entreprises, l'idée sous-jacente du législateur est pourtant de déroger au monopole bancaire au regard des opérations de trésorerie mises en place au sein de ce que la loi qualifie de « groupe »<sup>102</sup>. Il en résulte, tel que cela a été confirmé par la jurisprudence, que les opérations de trésorerie pourraient être librement mises en place entre toutes les sociétés membres d'un groupe, même s'il agit de deux sociétés sœurs, dès qu'elles sont contrôlées, directement ou indirectement, par l'entreprise dominante<sup>103</sup>.

Selon la formule employée par la loi, les liens nouant ces entreprises du groupe consistent uniquement en des liens de capital, ce qui conduit à exclure l'application du régime dérogatoire du groupe à toutes les sociétés contrôlées en raison, même partielle, des aménagements conventionnels ou de la dépendance économique. En revanche, l'existence d'un contrôle effectif trouvant son origine dans le lien capitalistique suffit à elle seule à justifier la réalité du groupe, même en l'absence de toute relation commerciale ou économique entre des sociétés de ce groupe. Les groupes de caractère conglomérat, dont les activités des sociétés sont ni identiques ni complémentaires, ont donc la possibilité de gérer directement leur trésorerie.

---

<sup>102</sup> J.-Cl. Hallouin, « *Centralisation de trésorerie* », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 80, n° 7.

<sup>103</sup> Cass. com., 10 déc. 2003, précité.

Se bornant à exiger un lien de capital conférant un pouvoir de contrôle effectif, la loi n'exige pas qu'une fraction minimum du capital doive être détenue dans l'entreprise dominée. Il ressort de la jurisprudence qu'un actionnaire minoritaire pourrait toutefois exercer, grâce à ses participations même à un niveau largement inférieur à 50%, un contrôle effectif sur la société<sup>104</sup>, notamment dans les cas où le reste des parts sociales de celle-ci sont assez dispersé.

Le contrôle du groupe en droit financier est exercé par une *entreprise* ayant le contrôle sur des sociétés contrôlées. La question est de savoir si une telle entreprise peut désigner une personne physique. Après de nombreuses controverses doctrinales<sup>105</sup>, la chambre commerciale de la Haute Juridiction a donné une lecture plus souple du texte, en prononçant, dans son arrêt de principe du 10 décembre 2003, la validité des avances entres des sociétés soumises au contrôle commun des personnes physiques<sup>106</sup>. Ainsi le caractère économique de l'«entreprise», constituant l'un de ses caractères essentiels, s'estompe partiellement en droit financier. L'entreprise se résume ici à un concept assez général pouvant englober de manière très large divers types de personnes juridiques<sup>107</sup>.

La loi n'exclut pas la possibilité qu'un contrôle effectif repose sur un exercice conjoint de plusieurs actionnaires, qui prend souvent la forme des conventions de vote. Il est juste de penser que doit être admis l'exercice d'un contrôle effectif exercé en commun, non seulement en raison du caractère permissif des dispositions bancaires à cet égard, mais aussi, et avant tout, car ce pouvoir de contrôle, même s'il doit être assuré par plusieurs actionnaires agissant de concert, dérive du lien de capital. Une telle position a été implicitement corroborée dans l'arrêt de principe du 10 décembre 2003 précité, selon lequel une société dont le capital est détenu à égalité par la tête du groupe, une personne physique en l'espèce, est considérée comme faisant partie du périmètre de ce groupe.

---

<sup>104</sup> CA Paris, 12 juin 1996 : RD bancaire et bourse 1996, p. 233, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard

<sup>105</sup> J.-L. Guillot, « *La centralisation automatique de trésorerie* » : RJ Cass. com. nov. 1989, p. 49 ; J.-P. Bertrel, « *Comment gérer la trésorerie dans un groupe ?* » : Dr. et patrimoine sept. 1996, p. 43 ; H. Le Diascorn, Dictionnaire Joly Sociétés anonymes, V° « *Groupe de sociétés, Opérations de trésorerie* ».

<sup>106</sup> Cass. com., 10 déc. 2003 : Juris-Data n° 2003-021639 ; D. 2004, p. 2930, obs. J.-C. Hallouin ; Rev. sociétés 2004, p. 669, note J.-J. Daigre ; Joly. 2004, p. 503, note J.-M. Moulin ; RD bancaire et fin. 2004, comm. 55, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

Il convient de noter qu'au sens strict, la réponse jurisprudentielle n'est que partielle, puisque la personne physique en cause agit ès qualité d'« *entrepreneur individuel* » ou de « *dirigeant de sociétés* ». La solution serait la-même si l'actionnaire ne jouait aucun de ces rôles ? Pourtant, la doctrine confirme simplement qu'une personne physique pourrait être la tête du groupe. A. Charériat, A. Couret, « *Groupes de sociétés* », Mémento F. Lefebvre, 2007-2008, n°3623

<sup>107</sup> Elle ne comprend pourtant pas des collectivités publiques, J.-Cl. Hallouin, « *Centralisation de trésorié* », précité, n°

## B. En droit chinois

La notion de groupe de sociétés existe en droit financier chinois, elle se fonde sur le lien financier entre les sociétés appartenant au groupe. Selon l'article 3 de la « Méthode de gestion des sociétés financières du groupe de sociétés »<sup>108</sup>, un groupe de sociétés est composé d'une société mère, de filiales dont plus de 51% du capital est détenu par la société mère, ainsi que des sociétés dont plus de 20% du capital est détenu par la société mère et /ou ses filiales. Le groupe peut même comprendre des sociétés dont moins de 20% du capital est détenu par la société mère, à condition que cette dernière consiste en le plus grand actionnaire de la société. Les associations ainsi que les entités d'utilité publique dépendantes de la société mère et de ses filiales doivent également être incluses dans le périmètre du groupe.

Cette définition du groupe de sociétés est très formelle. Il semble que la Commission de la Régulation des Institutions Bancaires (CBRC, 中国银行业监督管理委员会) entende concevoir une notion très large du groupe. L'existence du lien financier, peu importe que ce lien permette effectivement à la société détentrice d'exercer une certaine influence dans l'autre société, suffit à caractériser leurs appartenances à un même groupe. Pour autant, cette souplesse de la notion du groupe est contre balancée par les exigences contraignantes relative à la capacité financière du groupe.

En effet, la reconnaissance du groupe de sociétés en droit financier chinois a pour objectif unique de rendre possible la création, au sein du groupe, d'une société financière ayant le droit de réaliser des prestations des services bancaires auprès des autres membres du groupe. Hormis l'existence d'un lien financier entre les sociétés membres, la CBRC impose une série de conditions: une société financière ne peut qu'être créée dans un groupe qui dispose d'un chiffre d'affaire annuel de plus de 4 milliards RMB et un résultat annuel de plus de 200 millions RMB dans les dernières deux années<sup>109</sup>. De plus, les actifs du groupe doivent dépasser 5 milliards RMB, et le capital propre ne saurait être inférieur à 30% de ses actifs. Le capital social minimum de la société financière est très élevé, il doit atteindre 100 millions RMB. Enfin, l'établissement d'une société financière du groupe doit être soumis à un processus d'approbation administrative très compliquée, et

---

<sup>108</sup> Décret (2004) N°5 (《企业集团财务公司管理办法》), promulgué le 27 juillet 2004 et modifié le 28 décembre 2006 par la CBRC

<sup>109</sup> L'exigence du chiffre d'affaire annuel est ramenée à 2 milliard RMB dans le cadre d'un groupe animé par une société holding à capitaux étrangers.



ce pouvoir approuvateur appartient exclusivement à la CBRC, autorité au niveau national. Ainsi au vu de ces conditions, seule une partie très limitée des groupes de sociétés sont encore en mesure de créer la société financière.

De ce qui précède, il s'avère que le groupe de sociétés se caractérise moins par les liens intrinsèques entre les sociétés membres que par l'importance des capacités financières et économiques de ces sociétés. Contrairement au droit français, le groupe en droit financier chinois est encore un produit de luxe réservé aux grands groupes.

## CHAPITRE II – LE REFLET JURIDIQUE DU GROUPE A LA LUMIERE DES ACTIVITES ECONOMIQUES ET SOCIALES

Le lien financier et le lien de contrôle ne sont pas les seuls éléments capables de caractériser le groupe de sociétés. Un certain nombre de sociétés peuvent être considérées comme constituant un groupe d'ensemble en raison de leurs étroites relations économiques ou sociales.

La reconnaissance du groupe de sociétés s'appuie donc sur une analyse comportementale des sociétés. L'objectif est de démontrer leurs interdépendances et l'existence d'interactivités économiques et/ou sociales. Cette analyse s'ajoute en général à celle du lien de contrôle en vue de reconnaître l'existence du groupe. Néanmoins elle peut, dans certains cas, constituer, un critère suffisant.

Cette approche est utile dans certaines branches du droit pour lesquelles le législateur ou les juges ont souvent un objectif de réguler des relations économiques ou sociales bien spécifiques. A cet égard, l'existence de liens de contrôle dans un groupe de société n'est pas suffisante pour caractériser l'existence des relations économiques et sociales qui réunissent les membres. Il faut dès lors chercher, une « *réalité du groupe de sociétés* » plus spécifique. Le groupe pourrait être défini par des critères externes relatifs aux comportements de ses membres, comportements qui démontrent l'existence de relations spéciales au sein du groupe. Le groupe doit alors être apprécié comme une unité plus organique et fonctionnelle. Il constitue tantôt la condition tantôt le périmètre de l'application d'un dispositif légal, et les critères relatifs à sa reconnaissance sont directement liés à la finalité poursuivie par le dispositif légal. Ainsi, le groupe de sociétés au sens économique est bien précis, il pourrait constituer souvent un sous-groupe faisant partie d'un groupe de sociétés plus large, qui lui est défini selon les règles du droit des sociétés.

C'est donc le droit régissant les activités économiques et sociales qui sera l'objet de notre étude.

Nous rencontrons, notamment dans le domaine des activités économiques et sociales, un problème de la définition du sujet de droit. En droit de la concurrence et en droit du travail, la « société » ne constitue jamais un sujet de droit directement ciblé par les textes légaux. Seule l'« entreprise » est visée par les textes de régulations économiques et sociales. En effet, selon les dispositions légales en droit français, ce sont les « entreprises » qui doivent respecter les dispositions légales relatives au droit de la concurrence, sous peine de sanctions infligées par les autorités concurrentielles. En outre, c'est avec les « entreprises » que les salariés concluent et exécutent leurs contrats de travail, c'est au sein de « l'entreprise » qu'ils détiennent un droit de participation et de vote lors de la tenue des instances représentatives, tel par exemple le comité d'entreprise.

Face à l'absence totale de la référence à la « société », notion de base permettant de déterminer l'existence du groupe, pouvons-nous en déduire que le « groupe de sociétés » n'a plus de raison d'être en dans ces domaines ?

La réponse à cette dernière question est négative. En effet, malgré l'absence de référence à la « société » dans ces textes, la réalité du groupe de sociétés est tout à fait perceptible dans ces branches du droit. Et c'est grâce à un lien intrinsèque entre la « société » et l'« entreprise » que le groupe de sociétés est indirectement visé par ces régimes juridiques.

Certes il convient de remarquer que l'entreprise se différencie nettement de la société par sa forme. Même si elle n'est pas dotée d'une définition formelle bien établie, une entreprise peut néanmoins s'entendre comme la réalité d'un ensemble économique et social, qui dispose d'une unité de décision autonome et réunit une activité économique, des moyens nécessaires (qui constituent son propre patrimoine), affectés à cette activité ainsi qu'une communauté humaine organisée<sup>110</sup>. En revanche, l'existence de la société est appréciée plutôt au regard de la volonté et de l'acte de ses investisseurs, l'accent étant mis sur leur *affectio societatis* de mettre en commun leurs biens et industrie en vue de partager les bénéfices<sup>111</sup>. L'entreprise ne dispose d'aucune caractéristique formellement définie par la loi, comme en dispose la société. Contrairement au régime applicable aux

---

<sup>110</sup> Nous ne reprendrons pas ici mot à mot les formules données par de nombreux auteurs, mais essayerons d'énumérer des éléments fondamentaux de la notion « entreprise », qui sont généralement acceptés par la doctrine. Voir, T. Lamarche, « la notion d'entreprise », RTD Com., p. 709, n° 19 et s., J. LAROQUE, « Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation », in « Tendances du droit du travail français contemporain », Mélanges Camerlynck, Dalloz 1978, p. 32 ; J. Paillusseau, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », D 2003, Chron. P. 260, M. Despax, « L'entreprise et le droit », LGDL, 1957

<sup>111</sup> Article 1832 de code civil.

sociétés, elle n'a ni personnalité morale, ni objet social, ni siège, aucune durée de vie et n'est dotée d'aucun organe interne. En bref, le terme « entreprise » se distingue de celui de « société » par sa forte référence économique et par sa forme juridique abstraite<sup>112</sup>.

Toutefois, l'entreprise pourrait parfaitement converger avec la société dans beaucoup de circonstances. Dépourvue de la personnalité morale, une entreprise doit nécessairement exister sous une forme juridique reconnue en droit. Dans notre économie moderne, où le régime de la société a vu son succès prédominant par rapport aux autres formes d'unité économique, c'est inévitablement la forme juridique de « société » qui est empruntée, dans une très grande majorité de cas, par l'entreprise.

Outre cette prédominance quantitative de la « société », il existe par ailleurs une cohérence intrinsèque entre les deux formes qui les lient étroitement. Comme constaté en droit français, la société est déjà devenue « *la structure d'accueil par excellence de l'entreprise* »<sup>113</sup> dans notre société moderne. L'objet social d'une société commerciale consiste, dans la plupart des cas, en l'exercice d'une activité économique, et pour le réaliser, la société doit s'équiper de tous types de moyens, liquidités, équipements, matériel, personnel. De plus, la société est légalement censée disposer d'une volonté autonome exprimée par ses propres dirigeants légaux. La consécration légale de la société unipersonnelle conforte davantage cette convergence, de sorte que les entreprises créées et animées par une seule personne peuvent prendre la forme sociétale.

L'étude des textes légaux nous conduisent également à déduire le lien extrêmement étroit entre l'entreprise et la société en droit français. Comme constaté par M. le professeur Paillusseau, quand le législateur a voulu ajuster le statut ou le fonctionnement de l'entreprise, il fait état parfois des règles uniquement applicables aux sociétés<sup>114</sup>. A titre d'exemple, nous pouvons constater que la loi fait référence, au regard de la définition du périmètre des entreprises participant au comité du groupe, à la notion du contrôle qui pourrait être appréciée en fonction de la détention de la fraction du capital ou du droit de nomination des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance<sup>115</sup>. Force est de constater que ces éléments relèvent uniquement du régime de

---

<sup>112</sup> C'est grâce à ces caractères que l'entreprise devient parfaitement adaptée à l'usage qu'en fait le législateur pour désigner des sujets dans le domaine du droit économique, car dans le domaine du droit économique l'important n'est pas la forme juridique des sujets, mais le caractères de leurs activités et comportements.

<sup>113</sup> J. Paillusseau, article précité, n°60

<sup>114</sup> J. Paillusseau, article précité, n°64

<sup>115</sup> L'article L 2331-1 du Code du travail

société. En affectant à l'entreprise ces éléments, le texte sous-entend assimiler alors l'entreprise à une société.

Cette concordance intrinsèque démontre que, dans la plupart des cas, l'entreprise et la société désignent en réalité une même entité économique indépendante et la reflètent respectivement sur le plan économique et juridique. Par conséquent, le terme de groupe d'entreprises pourrait être parfois substituable au groupe de sociétés, chacun de leurs éléments désignent en réalité une même entité économique.

Néanmoins, une telle conclusion doit être nuancée en tenant compte de la complexité des activités économiques. Si la société représente une structure parfaitement adaptée pour le fonctionnement d'une entreprise, rien n'interdit que la « société » puisse être également utilisée aux fins d'accueillir deux ou plusieurs « entreprises » distinctes<sup>116</sup>, ou en revanche, dans les cas plus courants, de recevoir seulement une parcelle des substances d'une entreprise segmentée. Le phénomène de la pluralité de sociétés rassemblées sous la forme d'une seule entreprise est déjà officiellement constaté en droit positif. Il attire notamment notre attention dans la mesure où, dans cette situation particulière, l'entreprise ne correspond plus à une société, mais à un groupe de sociétés. Il convient ensuite de vérifier si ce type de groupe de sociétés, dont les membres sont noués non seulement par des liens de contrôle mais aussi par leurs relations économiques particulières, pourrait relever de certaines spécificités juridiques.

Nous étudierons tout d'abord la constatation du groupe de sociétés en droit de la concurrence et en droit du travail, dont les textes prévoient qu'une entreprise correspond tantôt à un groupe de sociétés tantôt à une société du groupe (**Sections 1 et 2**). Il convient, par ailleurs, d'analyser la reconnaissance du groupe de sociétés en droit pénal dans le présent chapitre, puisque dans cette branche du droit, l'appréciation du groupe s'effectue aussi sur le plan économique, par l'intérêt économique, financier ou social (**Section 3**).

---

<sup>116</sup> Cette situation se relève rarissime, néanmoins, nous pouvons constater l'existence en droit français des régimes tenant compte de minis entreprises au sein d'une société. En droit du travail, une entreprise (dans le sens d'une société) pourrait avoir des « établissements distincts » lesquels sont reconnus par les critères de l'implantation distincte, de la stabilité et de l'autonomie de gestion suffisante tant pour l'exécution du service que pour la gestion du personnel. Les établissements sont semblables, à un certain niveau, aux entreprises internes au sein d'une entreprise (pour éviter la confusion terminologique, l'appellation de l'établissement distinct serait plus adaptée). C'est dans ce cadre que naissent certaines conséquences légales, tel que l'élection des délégués du personnel (L'art. L. 2312-4 du Code de travail). Ainsi, dans cette situation où l'entreprise est divisée en établissements distincts comptant plus de 50 salariés, la comité d'entreprise n'existe plus en tant que tel : chacun des établissements est doté d'un comité d'établissement, et l'entreprise qui rassemble ces établissements, est doté d'un comité central d'entreprise (les articles L. 2327-1, 2327-2, 2327-16 du Code de travail).

Dans ces trois branches du droit, il convient de noter que le concept du groupe en droit chinois n'existe que dans le cadre du droit de la concurrence.

## **Section 1 - Le reflet du groupe en droit du travail en droit français**

Sur l'optique des relations juridiques individuelles entre le salarié et son employeur, nous ne parvenons pas à constater en droit français, *stricto sensu*, une reconnaissance expresse du groupe d'entreprises. D'un point de vue contractuel, l'entreprise conclut avec chaque salarié un contrat de travail. L'entreprise dispose de cette capacité légale de signer le contrat puisqu'elle prend la forme d'une personne juridique, qui a souvent pris la forme d'une société. En revanche, dépourvu totalement du pouvoir d'intervenir dans l'exécution du contrat de travail en tant que partie contractuelle, un groupe d'entreprises ne peut pas constituer un sujet de droit. Le contrat de travail demeure fondamentalement un acte n'ayant d'effet qu'entre les cocontractants.

Il en résulte que la création, l'exécution et la fin d'une relation de travail individuelle doivent se réaliser strictement entre les parties directement liées par le contrat de travail. L'appartenance ou non de l'employeur à un certain groupe n'a *a priori* pas d'influence sur la relation de travail individuel. A cet égard, la mobilité des salariés (la prestation de service effectuée par les salariés d'une société au profit de l'autre, la mise à disposition et le transfert du salarié) entre les sociétés doit respecter les mêmes règles juridiques, qu'il soit ou ne soit pas mis en place au sein du groupe d'entreprises. Rappelons brièvement que concernant la mise à disposition du salarié au profit d'autrui, ni les conditions de licéité ni les modalités de la mise en œuvre ne seront assouplies ou durcies pour la seule raison que la société prêteuse et d'accueil appartient à un même groupe<sup>117</sup>. De même, s'il ressort de la jurisprudence que le transfert du contrat de travail d'un salarié d'une entreprise à une autre constitue seulement une modification de son contrat de travail, l'application de cette règle jurisprudentielle, notamment protectrice des salariés<sup>118</sup>, ne nécessite nullement l'appartenance des entreprises concernées à un même groupe<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> A. Charvériat et A. Couret, « *Groupes de sociétés* », Mémento F. Lefebvre, 2007-2008, n°15110 et s.

<sup>118</sup> La qualification d'une modification de contrat de travail permet notamment au salarié de conserver l'ancienneté acquise avant son transfert, et interdit à l'entreprise accueillante de le soumettre à une nouvelle période d'essai. V. « *Groupes de sociétés* », précité, n°15321 et s.

<sup>119</sup> Cass. soc., 5 mai 2004 : JurisData n° 2004-023505 ; RJS 2004, n° 794.; Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 04-41.073 : RJS 2006, n° 399

Pourtant, la prééminence du caractère contractuel du contrat de travail ne signifie pas que le groupe est une notion étrangère aux règles juridiques de droit social français. Si la bonne exécution du contrat de travail peut être parfaitement régulée dans le cadre d'une société, tel n'est plus le cas lorsque le licenciement est envisagé. Compte tenu de l'effet traumatisant du licenciement sur le salarié, les règles en droit français renforcent la protection de ces intérêts. Cela nécessite parfois un élargissement de l'identité de l'employeur (§1). De même, en ce qui concerne l'exercice du droit collectif des salariés, est justifiée l'introduction d'un concept de groupe par le législateur et la jurisprudence, dans le souci de vouloir associer la participation des salariés à une organisation plus générale et étendue, qui correspond à l'entité économique réelle au sein de laquelle travaillent les salariés (§2).

Nous constatons avec regret qu'un concept de groupe d'entreprises/sociétés fait complètement défaut en droit social chinois. Cette lacune légale démontre la faible protection des droits des salariés, tant sur le plan du licenciement que sur le plan de l'exercice des droits collectifs des salariés en droit. L'état actuel du droit social chinois correspond bien aux pratiques économiques dans les dernières trois décennies, pendant lesquelles le maintien des coûts de main-d'œuvre pas chers est devenu une avantage cruciale pour attirer les investissements étrangers. La stratégie de faire accroître les demandes intérieures du pays, de plus en plus considérée comme une mesure importante assurant le développement durable de l'économie de la Chine après l'arrivée de la crise mondiale de 2008, a changé complètement le contexte. L'amélioration des conditions légales de travail pour la masse des salariés chinois est plus nécessaire que jamais. Même s'il serait irréaliste, à l'époque actuel, d'établir en Chine un droit du travail calqué sur le droit français, l'introduction du concept du groupe en droit de travail chinois est néanmoins nécessaire afin d'équilibrer les relations sociales entre les salariés, leurs employeurs ainsi que l'entreprise économique à laquelle ils appartiennent.

## **§1. LE GROUPE AU REGARD DE LICENCIEMENT ECONOMIQUE DES SALARIES**

Le terme du « groupe » est fréquemment visé dans le régime juridique de licenciement. D'une part, il entre en compte dans l'appréciation du bien-fondé du motif de licenciement économique(A) et d'autre part, le groupe constitue un cadre dans lequel des mesures de protection pour les salariés sont mises en place(B).

### A. Le motif de licenciement économique

La prononciation d'un licenciement économique doit reposer sur un motif économique. Aux deux types de motif expressément prévus par l'article L1233-3 du Code du travail - à savoir des difficultés économiques ou des mutations technologiques, la jurisprudence ajoute la réorganisation de l'entreprise et la cessation de l'activité.

Parmi ces motifs, le recours aux difficultés économiques est le plus fréquent. Il ressort de la jurisprudence que ces difficultés économiques doivent être appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée, sans limite géographique<sup>120</sup>. Cette formule démontre le caractère fort pragmatique du contrôle judiciaire. Les juges ne sont plus tenus de se limiter au strict cadre de la société ou l'entreprise dans laquelle est exécuté le contrat de travail. Ainsi les difficultés de l'employeur ne suffisent plus à justifier un licenciement économique si le secteur d'activités du groupe auquel il appartient n'en connaît pas<sup>121</sup>. Cet élargissement du champ d'appréciation est également applicable au licenciement motivé par la réorganisation. Lorsque le licenciement est prononcé dans le cadre du groupe, il ne peut être justifié que dans le but de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe<sup>122</sup>.

Pour déterminer le cadre du motif économique, il faut délimiter le contenu du groupe, mais aussi celui du secteur d'activité. La Cour de cassation, sans avoir défini les éléments de ces définitions, laisse les juges du fond apprécier la situation de l'ensemble du secteur d'activité<sup>123</sup>. La charge de la preuve incombe à l'entreprise. Si elle ne fournit pas les éléments permettant au juge du fond de déterminer l'étendue du périmètre du secteur d'activité du groupe, le juge peut considérer que la réalité de la difficulté économique n'est pas établie<sup>124</sup>. Si cette approche pragmatique donne inévitablement lieu à une certaine incertitude quant à la portée du groupe et du secteur d'activité, il est pourtant certain que l'appréciation doit s'effectuer uniquement dans une logique économique<sup>125</sup>. Le secteur d'activité du groupe est considéré comme une organisation économique

---

<sup>120</sup> Cass. soc., 5 avr. 1995 : JCP 1995, éd. G, II, 22443, note G. Picca ; Dr. soc. 1995, p. 482, et l'étude de P. Waquet : RJS 1995, n° 497 ; D. 1995, p. 503, note M. Keller ; Cass. soc., 14 janv. 2004 : Bull. civ. 2004, V, n° 11, RJS 3/04 n° 298

<sup>121</sup> Cass. soc., 2 déc. 1998, n°96-45.294, Cass. soc., 29 sept. 2004, n°s 02641.846 et s.

<sup>122</sup> Cass. soc., 5 avr. 1995, précité

<sup>123</sup> Cass. soc., 13 sept. 2006, n° 05-40.486 ; Ph. Waquet, « Détermination du secteur d'activité du groupe » : RDT 2006, p. 98. – V. aussi, M. le conseiller Chauviré dans son rapport sous l'arrêt rapporté in Semaine sociale Lamy 16 mars 2009, p. 12

<sup>124</sup> Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381 : JurisData n° 2009-047261 ; JCP S, 2009, 1190, note P.-Y. Verkindt

<sup>125</sup> P. Morvan, « Licenciement pour motif économique », *J.-Cl. Fasc. 31-1*, n°44



relativement autonome, transcendant toute l'organisation juridique fondée sur la personnalité morale. Il est ainsi jugé que la distribution alimentaire en grandes surfaces, toute activité de commerce, production et logistique confondue, relève bien d'un même secteur d'activité<sup>126</sup>.

### *B. Le cadre permettant la mise en place des mesures protectrices*

Ainsi, pour augmenter la possibilité de sauver des emplois menacés par le licenciement économique, la loi a élargi la portée du reclassement d'un salarié. Selon l'article L1233-4 du Code du travail, dès lors que l'entreprise appartient à un groupe, le licenciement d'un salarié ne peut intervenir que lorsque « *le reclassement ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ». L'employeur doit explorer, de façon sérieuse et loyale les postes disponibles pour le salarié objet du licenciement au sein du groupe<sup>127</sup>. Bien que la recherche par l'employeur de postes disponibles est *a priori* une obligation de moyen, celle-ci doit être, sous le contrôle judiciaire, effective et assorti d'un effort réel<sup>128</sup>, et doit se manifester, en cas de résultat positif, par des propositions concrètes<sup>129</sup>.

L'élargissement des possibilités de reclassement a pour objectif d'optimiser les chances de trouver un autre poste pour le salarié, et la notion du groupe est étroitement liée à cette finalité. Le reclassement doit donc s'effectuer au sein du groupe composé d'entreprises « *dont les activités, l'organisation ou le lieu de travail ou d'exploration* » permettent « *la permutation de tout ou partie du personnel* ». La permutableté du personnel constitue une condition nécessaire et parfois suffisante du groupe de reclassement<sup>130</sup>.

Ce sont donc des éléments factuels, révélateurs de la possibilité de permutation entre les différentes entreprises, qui constituent le critère décisif du périmètre du groupe d'entreprises. Les relations capitalistiques entre les entreprises, indices importantes de l'influence mutuelle entre elles, sont susceptibles de faciliter une permutation, sans qu'elles puissent justifier en soit l'appartenance des entreprises au groupe. A l'inverse,

---

<sup>126</sup> Cass. soc. 12 June 2001, n°05-40. 486, RJS 8-9/01 n°1001

<sup>127</sup> Lamy social, éd. 2010, n° 2159

<sup>128</sup> Cass. soc. 17 oct. 2001, n° 99-42.464 ; Cass. soc. 28 nov. 2000, n°98-44.628

<sup>129</sup> Cass. soc. 17 oct. 2001, n° 99-44.755

<sup>130</sup> Lamy Social, éd. 2010, n°2165.

des sociétés indépendantes retenant entre elles de pures relations de commerce partenariales peuvent être considérées comme composant un groupe, pourvu que la permutation factuelle soit possible<sup>131</sup>. De plus, le « groupe de reclassement » doit comprendre également toutes les sociétés étrangères susceptibles d'offrir la possibilité de permutation, à moins que les réglementations nationales n'y fassent obstacle<sup>132</sup>. Cette obligation de permutation internationale, sujet polémique dans la pratique récente<sup>133</sup>, est davantage complète par la loi n° 2010-499 du 18 mai 2010<sup>134</sup>, qui précise que le reclassement à l'étranger est soumise au processus de la consultation préalable auprès du salarié concerné par licenciement, et ce dernier « *reste libre* » en tous cas de refuser l'offre de reclassement à l'étranger.

Par ailleurs, il convient de préciser que l'appréciation d'une telle possibilité de permutation se fait par tous moyens. Une permutation déjà réalisée entre les entreprises, au titre de la clause d'affectation par exemple<sup>135</sup>, peut conduire le juge à reconnaître plus facilement l'existence du groupe. L'existence d'une organisation tangible entre les entreprises est un indice favorisant la reconnaissance du groupe, elle peut être concrétisée tant par des relations capitalistiques que par des relations de partenariat<sup>136</sup>. Cette notion du groupe de reclassement est aussi susceptible d'être retenue pour les projets de reclassement à l'occasion d'un plan de sauvegarde d'emplois.

La définition du groupe de reclassement relève donc d'un réalisme impressionnant. Le groupe entend forcer l'employeur à effectuer une recherche poussée, dès lors que la mutation, compte tenu de l'activité, de l'organisation ou du lieu d'exploitation, est *de facto* possible. Cette notion du groupe d'entreprises est fort fonctionnelle. Elle facilite la mise en œuvre d'une solution adaptée au salarié menacé de licenciement, qui est techniquement praticable et humainement tolérable<sup>137</sup>.

---

<sup>131</sup> Cass. soc. 5 oct. 1999, n°97-41.838, Dr. soc. p. 1113, note Couturier

<sup>132</sup> Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 05-46.073 : JurisData n° 2007-041789 ; Bull. civ. 2007, V, n° 204 ; JCP S 2008, 1186, note P.-Y. Verkindt

<sup>133</sup> D'une côté, l'entreprise s'est insurgé contre la condamnation des indemnités des licenciements sans cause réelle et sérieuse, au motif de son absence de proposition de poste aux salariés licenciés, dans une filiale roumaine rémunérés à 110 euros par mois (CA Reims, 13 mai 2009, affaire Olympia). D'autre côté, les salariés se sentissent indignés à la réception des offres de reclassement à l'étranger assortie des rémunérations dérisoire par rapport au niveau du salaire en France (affaire Continental, l'entreprise a offert, en mars 2010, dans le cadre d'un plan de sauvegarde d'entreprise, des postes au sein du groupe en Tunisie à 137 euros par mois ; et affaire Carreman, que l'employeur propose des postes en l'Inde avec un salaire mensuel de 69 euros.

<sup>134</sup> La loi n° 2010-499 du 18 mai 2010 visant à garantir de justes conditions de rémunération aux salariés concernés par une procédure de reclassement, qui a créé l'article L1233-4-1 du Code de travail.

<sup>135</sup> Cass. soc. 5 oct. 1999, précité ; Cass. soc. 31 janv. 2001, Dr. soc. 2001, p. 565

<sup>136</sup> Cass. soc. 14 nov. 2001, n°99-43.916 ; Cass. soc. 23 mai 1995, n°94-41.250.

<sup>137</sup> E. Roueil, « *Groupe et obligation de reclassement* », JCP E 1999, p. 429, n° 3

Par ailleurs, le groupe constitue aussi un élément important au regard de la validité d'un plan de sauvegarde d'entreprise. Pour que ce plan ne soit pas invalide, les mesures ainsi prévues, tendant à éviter le licenciement ou en limiter le nombre, doit être pertinentes et suffisantes. Or, la pertinence de ce plan n'est plus appréciée dans le cadre de l'entreprise dès lors que celle-ci appartient à un groupe. Selon une jurisprudence<sup>138</sup> désormais consacrée par l'article L.1235-10 du Code du travail, « *la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe* ». Le groupe devient donc une base d'évaluation des moyens dont dispose l'employeur. En conséquence, la consistance d'un plan de sauvegarde d'emploi, dès lors qu'il est mis en place dans une entreprise de groupe, doit être appréciée en fonction des moyens à l'échelon du groupe.

Dans ce cadre, aucun critère ne définit le groupe, et son périmètre reste encore flou en droit, aussi il appartient alors aux juges du fond de le déterminer. L'objectif est de vérifier l'existence des moyens financiers et sociaux susceptibles d'être effectivement mobilisés. Le périmètre des entreprises de groupe doit s'apprécier en fonction de circonstances *in concreto*, et inclure toutes les entreprises étant capables de mettre à disposition des moyens financiers et sociaux dans le cadre d'un plan de sauvegarde d'entreprise.

## **§2. LE GROUPE AU REGARD DU DROIT COLLECTIF DES SALARIES**

Dans le cadre de la vie sociale collective des salariés, le groupe est un terme abondamment utilisé dans les divers régimes juridiques. Non seulement il constitue un concept important à l'égard de la représentation du personnel (A), mais il permet aussi la mise en place des régimes de l'épargne salariale applicable à l'ensemble des sociétés qui y appartiennent (B).

### *A. La représentation du personnel*

En droit social, la dénomination même du comité de groupe implique la reconnaissance explicite du groupe, qui repose sur des liens de domination (1). Par

---

<sup>138</sup> Cass. soc., 30 sept. 1997, n°94-45.385: Bull. Civ. V, n°298, JSL; n°1-3; Cass. soc., 12 nov. 1997, n°95-16.974 : Bull. civ. V, n° 368

ailleurs, le groupe peut être implicitement reconnu en raison des relations économiques et de la communauté sociale dans le régime de « l'unité économique et sociale » (2).

### ***1. Le comité de groupe***

Par l'introduction du régime du comité de groupe en droit écrit, le droit du travail français reconnaît directement un groupe d'entreprises, couvrant une étendue remarquablement large. D'après l'article L 2331-1 du Code du travail, un comité de groupe est constitué au sein du groupe composé par une entreprise appelée entreprise dominante et par des entreprises qui sont, de manière directe ou indirecte<sup>139</sup>, soit contrôlées par l'entreprise dominante, soit soumises à son influence dominante.

S'agissant d'un lien de « contrôle », toutes les entreprises ci-dessous énoncées entrent dans le périmètre du groupe:

- soit la société en tant que la filiale définie au sens de l'article L 233-1 du Code de commerce ;
- soit la société en tant que société considérée comme contrôlée par une autre dans le sens de l'article L 233-3, I et II du Code de commerce (détention directe ou indirecte d'une fraction du capital conférant la majorité des droits de vote ; disposition de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord avec d'autres associés ou actionnaires ; possibilité de déterminer en fait par les droits de vote, les décisions dans les assemblées générales, possibilité qui est présumée à partir de la détention directe ou indirecte de plus de 40 % des droits de vote) ;
- soit, enfin, la société soumise au contrôle exclusif et faisant l'objet de comptes consolidés au sens de l'article L 233-16 du Code de commerce.

Il est à remarquer que cette définition synthétique tend à appréhender des sociétés du groupe au sens large, en regroupant effectivement toutes les notions du « contrôle » prévues en droit français des sociétés commerciales.

En outre, s'agissant du lien d'« *influence dominante* », la loi vise toutes les

---

<sup>139</sup> *Circ. DRT n° 6, 28 juin 1984 : Dr. ouvrier 1984, p. 374.* - CA Paris, 26 avr. 1988 : Juris-Data n° 1998-022229 ; D. 1988, somm. p. 312, obs. Ph. Langlois. - TGI Poitiers, 13 oct. 1986 : D. 1989, somm. p. 199, obs. A. Lyon-Caen, parts détenues par l'intermédiaire d'une personne physique

entreprises dont au moins 10% du capital est détenu par l'entreprise dominante. Il est d'ailleurs précisé que *l'existence d'une influence dominante est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :*

- *peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise, ou*
- *dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise, ou*
- *détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise.*

Compte tenu de la souplesse des liens entre société dominante et société dominée, il n'est pas inconcevable qu'une société dominée puisse établir des liens de domination avec plusieurs entreprises. Contrairement à l'ancienne jurisprudence qui considérait que la filiale commune n'appartenait à aucun groupe<sup>140</sup>, la loi précise que, dans une telle situation, la société dominante « *qui peut nommer plus de la moitié des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise dominée est considérée comme l'entreprise dominante, sans préjudice qu'une autre entreprise puisse exercer une influence dominante* » (Article L2331-1, alinéa 2 du Code du travail).

Malgré une liste assez longue des sociétés visées, la détermination du contour du groupe n'est pas sans susciter certaines ambiguïtés. La loi confère aux parties intéressées, à savoir les comités d'entreprise et les organisations syndicales représentatives de toute entreprise susceptible d'appartenir au groupe, le pouvoir de négocier et de conclure un accord qui fixe le périmètre du groupe selon les dispositions légales, et de créer, par ce même acte, un comité de groupe. Ce n'est qu'à l'occasion de l'échec d'un accord ou de l'existence de divergences entre ces parties que la configuration du groupe sera définie par décision de justice, le tribunal étant saisi par la partie intéressée la plus diligente.

De plus, la loi impose la création d'un comité de groupe au sein du groupe animé par une société dominante qui n'est pas elle-même dominée au sens de l'article L 2331-1 du Code de travail par une autre société. Cela conduit à exempter, notamment dans les groupes de sociétés géants, l'établissement d'un comité de groupe au sein de sous-groupes, disposant d'une autonomie importante sur le plan économique. En revanche, rien n'interdit à ces sous-groupes, par un accord collectif, de créer des comités similaires en calquant le dispositif de comité de groupe dans le souci d'assurer, à leur propre niveau,

---

<sup>140</sup> Cass. soc., 9 févr. 1994 : Bull. civ. V, n° 52 ; Dr. soc. 1994, p. 255, rapp. Ph Waquet

les droits normalement accordés aux personnels dans le cadre du comité de groupe<sup>141</sup>.

Toutes les entreprises participant au comité de groupe, dominante ou dominées, doivent avoir leur siège social sur le territoire français. S'appuyant sur le même lien de contrôle ou sur l'influence dominante, la loi française prévoit également, pour être en conformité avec la loi communautaire, un régime de comité d'entreprise européen au sein du groupe de dimension communautaire. Ce régime ayant pour objectif « *d'améliorer le droit à l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire* »<sup>142</sup>. Pour définir ce type de groupe, il faut se référer aux mêmes critères que ceux prévus dans le régime de comité de groupe.

## ***2. L'unité économique et sociale (UES)***

Si une entreprise s'identifie en général à une société, les tribunaux ont pu néanmoins constater des pratiques ne correspondant pas à cette logique. C'est à partir du début des années 70 que la Cour de Cassation a constaté qu'il y a certains entrepreneurs qui scindaient et divisaient le fonctionnement d'une entreprise en plusieurs sociétés respectivement indépendantes. Mais quel était le motif de ces manipulations, qui dénaturaient artificiellement la concordance naturelle et pouvaient créer des frais supplémentaire de gestion? Dans les faits, ces pratiques ont surgi suite à la consécration législative du régime de représentation des salariés. Ce montage avait pour objectif de réduire le nombre de salariés de chaque entreprise afin de pouvoir échapper à l'application de la nouvelle loi, qui exige la désignation obligatoire de représentants des salariés dès lors que l'effectif atteignait certains seuils. La jurisprudence a donc dédié ses premiers arrêts à la lutte contre la fraude à la loi, par la reconnaissance judiciaire d'une entreprise unique et une représentation du personnel adaptée à cette configuration<sup>143</sup>. L'objectif poursuivi par la jurisprudence évolua très rapidement et s'orienta vers la recherche d'une meilleure représentation du personnel dans un cadre correspondant à la réalité de l'entreprise unitaire<sup>144</sup>, afin d'assurer aux « *institutions représentative du*

---

<sup>141</sup> V. Couturier, « *L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière* » : Dr. soc. 1983, p. 32. ; Circ. DRT 28 juin 1984 relative à l'application des dispositions concernant les délégués du personnel dans la loi N. 82-915 du 22 octobre 1982, BOMT n° 84/31

<sup>142</sup> Directive communautaire 94/95 du 22-9-1994, art. 1, JOCE L 254 du 30

<sup>143</sup> Cass. Crim., 23 avril 1970, JCP 1972 II 17046 ; Cass. Soc., 8 juin 1972, JCP 1973 I 17316

<sup>144</sup> Cass. soc., 19 décembre 1972 : Bull. civ. V n° 710, D ? 1973.381 note M. Despax.

*personnel le cadre qui leur permette d'atteindre leur plus grande efficacité* »<sup>145</sup>.

La construction jurisprudentielle a été définitivement consacrée par la loi. Désormais, l'article L 2322-4 de code du travail prévoit que la création d'un comité d'entreprise commun est obligatoire au sein de plusieurs entités juridiquement distinctes qualifiées constituant une UES, dès lors qu'elles disposent au total d'au moins 50 salariés<sup>146</sup>.

Les conditions de la reconnaissance de cette unité paraissent extrêmement restrictives, de sorte que la qualification d'un ensemble de plusieurs sociétés comme une entreprise unique est un cas exceptionnel. D'après la Cour de Cassation<sup>147</sup>, l'existence d'une unité économique et sociale est caractérisée par la réunion des trois conditions cumulatives suivantes<sup>148</sup> :

- (1) une identité ou une complémentarité des activités,
- (2) une concentration des pouvoirs de direction se situant au sein de l'une des sociétés, et
- (3) une communauté de travailleurs dont l'existence résulte de leur statut social et de conditions de travail similaires.

L'analyse de ces conditions doit porter sur l'ensemble des activités des personnes juridiquement distinctes, y compris celles de leurs établissements et du personnel de ce dernier<sup>149</sup>.

Le développement minutieux de la jurisprudence française est plus subtil dans l'appréciation de ces conditions en droit positif.

C'est ainsi que le caractère identique ou complémentaire doit s'apprécier à l'égard de l'ensemble des activités des sociétés en cause<sup>150</sup>. La complémentarité partielle n'est acceptable que dans le cas particulier, par exemple, où est admise une UES entre deux

---

<sup>145</sup> G. Couturier, « *Les relations collectives de travail* », PUF, coll. Droit fondamental, 1<sup>ère</sup> éd. 2001, n° 11

<sup>146</sup> En effet, avant la consécration législative, la notion d'UES fut initialement introduite par la jurisprudence pour lutter contre la fraude à l'égard de la représentation du personnel au sein des entreprises. Cass. Crim., 23 avril 1970, JCP 1972 II 17046 ; Cass. Soc., 8 juin 1972, JCP 1973 II 17316, les arrêts sont destinés à réprimer la fraude commise par des employeurs qui ont mis en œuvre, dans le but d'éviter d'atteindre les seuils à partir desquels une représentation du personnel devient obligatoire, des montages visant à réduire l'effectif dans chaque société.

<sup>147</sup> Cass. soc., 13 juillet 2004, RJS 10/04, n° 1058

<sup>148</sup> « *Social* », Mémento F. Lefebvre 2009, n° 62410

<sup>149</sup> Cass. soc., 7 mai 2002, RJS 07/02, n° 835

<sup>150</sup> Cass. soc., 20 juill. 1978, Bull. civ. V. n° 614 ; Cass. soc., 5 mai 1988, Bull. civ. V. n° 273, Cass. soc., 2 juin 2004, Bull. civ. V. n° 396

sociétés lorsque l'activité de l'une, dans son ensemble, est complémentaire de l'activité d'un seul secteur de production de l'autre<sup>151</sup>.

Concernant la concentration des pouvoirs, il faut vérifier l'existence de tous les indices révélateurs, telle que l'identité des dirigeants, des administrateurs ou des gérants, l'imbrication des capitaux, l'existence de services communs, l'identité des statuts, voire l'utilisation du même standard téléphonique pour justifier la direction concentrée et unifiée. Il importe que le pouvoir soit concentré et effectivement exercé. Au cas où les pouvoirs sont exercés par une société tête de groupe, celle-ci doit entrer nécessairement dans le périmètre de l'UES. Ainsi la Cour de cassation a admis d'inclure une société holding non dotée de personnel dans une UES, au motif que cette dernière, exerçant le pouvoir sur les salariés par le biais des filiales interposées, ne doit pas échapper aux obligations d'information et de consultation qui doit normalement incomber à l'entreprise-employeur<sup>152</sup>.

La recherche de la communauté des travailleurs s'avère même plus difficile à cerner. La jurisprudence enseigne que la permutabilité du personnel est souvent décisive<sup>153</sup>, mais elle est insuffisante à justifier à elle seule la communauté des travailleurs<sup>154</sup>. Concourent alors au travail du juge d'autres éléments de fait, tel que l'existence d'intérêts ou d'avantages communs<sup>155</sup>, l'identité de statut conventionnel ou réglementaire<sup>156</sup>, la ressemblance des conditions de travail<sup>157</sup>, une même administration du personnel, l'adoption d'une même attitude lors d'un conflit social et la similarité des conditions de rémunération du personnel<sup>158</sup>.

En tout état de cause, aucun de ces indices n'est en soi déterminant pour la reconnaissance de l'UES ; un faisceau d'indices doit converger pour évaluer au cas par cas le degré d'intégration des sociétés, qui caractérise le cas échéant l'existence effective

---

<sup>151</sup> Cass. soc., 12 janv. 2005, Bull. civ. V, n°614, RJS 3/05 n° 292

<sup>152</sup> Cass. soc., 21 janv. 1997, Bull. civ. V n° 29; Dr. social 1997, 347, note J. Savatier; RJS 3/97 n° 300. Voit ainsi Cass. soc., 24 nov. 2004, RJS 2/05 n°170 ; Cass. soc., 26 janv. 2005, RJS 4/05 n° 398

<sup>153</sup> Cass. soc., 6 mai 1985 ; n° 84-60. 664, Bull. civ. V, n° 273 ; Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 99-60.343, Dr. Soc. 2000, p. 1037, obs. Savatier ; Cass. soc., 14 juillet 2004, n° 03-60. 425, Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-60. 935

<sup>154</sup> Cass. soc., 3 déc. 1987, n° 86-40. 444, Bull. civ. V n° 703, Lamy social 2010, n° 3371

<sup>155</sup> Cass. soc., 29 mai 1980, n° 80-60. 022, D. 1981. I.R. n° 122 obs. Langlois ; Cass. soc., 2 juin 2004, n°03-60. 135 ; Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 03-60.425

<sup>156</sup> Cass. soc., 14 mai 1987, n° 86-40. 443, Bull. civ. V, n° 327, Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-60.935; Cass. soc., 12 mars 1986, Bull. Civ. V, n° 89

<sup>157</sup> Cass. soc., 14 mai 1987, précité

<sup>158</sup> G. Blanc-Jouvan, « *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise* », Droit social, n° 1, 2005, n° 26 et suivant



d'une UES.

Quelques années après la création du régime de l'UES, la jurisprudence a clairement indiqué que les contours de l'UES pouvaient varier selon la nature de l'institution à mettre en place. La notion était purement fonctionnelle. Pourtant, suite à l'évolution jurisprudentielle, cette définition est définitivement dépouillée de toute interprétation fonctionnelle. Elle devrait être maintenant appréciée « *par le juge selon des critères propres indépendants de la finalité des institutions représentatives comprises dans son périmètre* »<sup>159</sup>.

Il ressort de la jurisprudence sociale de l'UES qu'un groupe de sociétés doit être considéré comme une UES, dès lors que le niveau d'interdépendance entre toutes les sociétés constitutives du groupe est si fort qu'il n'y a pas lieu de retenir l'autonomie de chaque société vis-à-vis de ses salariés. L'objectif de cette jurisprudence vise manifestement à maintenir le fonctionnement des institutions représentatives du personnel, qui ne peut être efficace que si ces institutions s'attachent à une véritable entreprise jouissant d'une autonomie suffisante sur le plan économique et sociale. Le groupe de sociétés devient alors un ensemble homogène, qui fait disparaître la personnalité de chaque société constitutive et correspond alors à une entreprise unique.

### *B. Les dispositifs de l'Épargne Salariale*

En général, le régime de l'épargne salariale comprend en droit français la participation, l'intéressement et le plan d'épargne d'entreprise, qui peuvent être « *mis en place au sein d'un groupe constitué par des entreprises juridiquement indépendantes, mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques* » (l'article L3344-1 du Code de travail).

Bien que la loi n'ait fourni aucune précision sur le contenu de ces liens financiers et économiques, il est au moins clair que dans ce contexte, le groupe doit s'apprécier uniquement au regard des relations commerciales externes entre les sociétés, et les sociétés du groupe n'ont pas à nécessairement établir entre elles de liens financiers. Selon l'administration<sup>160</sup>, ces liens économiques et financiers doivent avoir une certaine

---

<sup>159</sup> Cass. soc., 13 juillet 2004, n° 03-60.412 et n°03-60.413, Bull.civ. V, n°218

<sup>160</sup> Circ. Interm. 14 sep. 2005, Fiche 1, II

importance et stabilité dans le temps. Ainsi, des coopérations régulières concernant une part importante de l'activité des entreprises pour fabriquer un produit, fournir un service ou un ensemble de services peuvent être considérées comme constituant des liens économiques et financiers. Le périmètre est donc extrêmement étendu, des partenaires commerciaux et financiers pourraient tous être inclus dans ce type de groupe d'entreprises.

Par ailleurs, en droit français tout régime relatif à l'épargne salariale au niveau du groupe est de nature facultative, la mise en place doit nécessairement résulter d'un accord entre les sociétés participantes. Il en ressort que dans la pratique le périmètre du groupe devrait être davantage délimité, dans l'accord conclu pour chaque plan d'épargne salariale.

Le groupe a donc un périmètre très variable, dépendant de l'intensité des relations économiques maintenues entre les entreprises et, de la volonté de ces entreprises – ou de la volonté d'une entité qui domine toutes ces entreprises - de mettre en œuvre un régime commun de l'épargne salariale.

## ***Section 2 - Le reflet du groupe en droit de la concurrence***

La réalité du groupe de sociétés ne peut être négligée dans l'application du droit de la concurrence, étant donné que les activités économiques les plus importantes sont principalement exercées par des groupes.

Auparavant, le sujet de droit régulé par le droit de la concurrence était principalement l'entreprise<sup>161</sup>, qui constitue une notion essentielle dans la recherche de la réalité de groupe de sociétés.

L'entreprise pourrait coïncider avec la société. Ce principe s'applique encore dans le domaine du droit de la concentration. Dans ce domaine, la reconnaissance du groupe de

---

<sup>161</sup> Les organismes, tels que des associations, des syndicats professionnels et ordre professionnel (Lamy droit économique, Ed. 2010, n° 999), en droit français, et associations en droit communautaire, sont également soumis au droit des ententes.

sociétés se fait alors à travers l'analyse du lien de contrôle nouant les entreprises concernées par l'opération de concentration (&2). En revanche, cette concordance n'est plus complètement applicable en droit des ententes et de l'abus de position dominante, étant précisé qu'une entreprise pourrait, dans ce cas, correspondre à une pluralité de sociétés, regroupées en tant qu'entité unique. Le groupe de sociétés pourrait alors devenir, de façon indirecte, un sujet de droit en droit des ententes et de l'abus de position dominante, et ce par sa reconnaissance en tant qu'entreprise (&1).

Il conviendrait vérifier aussi, les régimes correspondants en droit chinois à ces deux secteurs. La reconnaissance de la nuance entre la notion économique de l'entreprise et la forme juridique de la société étant récente, les règles du droit chinois nécessitent davantage des précisions.

## **§1. LES ENTENTES ET LES ABUS DE POSITION DOMINANTE**

En droit des ententes et des abus de position dominante, l'objectif est de réguler les opérations économiques sur le marché, qui sont menées par des opérateurs pouvant déterminer leurs propres comportements à cet égard. En cas de contravention, il faudra ainsi les sanctionner par des mesures pertinentes, qui seront déterminées en tenant compte notamment, de l'envergure économique des opérateurs contrevenants.

Le droit français met en place à cet égard une notion d'entreprise destinée à combler un écart qui pourrait éventuellement exister entre les formes juridiques des opérateurs et la réalité de l'unité économique (A). En revanche, le droit chinois méconnaît complètement cette notion d'entreprise, et en conséquence le concept du groupe de sociétés dans ces domaines (B).

### *A. En droit français*

#### *1. L'entreprise, unité économique correspondant au groupe*

Dans le cadre du régime d'entente, l'entreprise doit correspondre à une entité réalisant de manière indépendante des opérations sur les marchés. A cet effet, la jurisprudence communautaire a qualifié l'entreprise de manière plus économique que juridique. Elle estime, à cet effet, qu'une entreprise s'entend comme « *toute entité*

*exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »<sup>162</sup>. Pour exercer une activité économique, il faudra que l'entreprise puisse avoir sa propre autonomie pour la mettre en place. A cet égard, l'entreprise, débarrassée de la personnalité juridique, pourrait parfaitement correspondre à la réalité de certains types de groupe de sociétés, dont les sociétés membres le composant, en dépit de leurs autonomies apparentes, sont en réalité soumises à une unité décisionnelle unique du groupe. Ainsi en droit positif, la CJCE définit sans équivoque, dans le cas d'un accord d'entente, la notion d'entreprise comme devant « être comprise comme désignant une **unité économique** du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales »<sup>163</sup>. Quant au contrôle de l'abus de position dominante, une fois que les activités économiques des sociétés groupées sont soumises à une **unité de direction unique**, le groupe ainsi composé par elles devrait être qualifié d'entreprise unique, qui jouit toute seule, le cas échéant, d'une position dominante sur le marché pertinent<sup>164</sup>.

L'autonomie économique est alors l'élément essentiel pour la reconnaissance d'une entreprise correspondant à une pluralité de sociétés. Pour qu'un groupe de sociétés soit qualifié comme une seule entreprise, il faudra chercher, selon la formule réitérée par la jurisprudence française et communautaire, que la société « ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère »<sup>165</sup>. Le groupe de sociétés est alors reconnaissable dès lors que ses membres sont réunis sous une unité économique, dictée par un pouvoir décisionnel unique.

## 2. Les caractéristiques de la qualification de l'entreprise

<sup>162</sup> CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH* : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979. - TPICE, 22 oct. 1997, aff. jtes T-213/95 et T-18/96, *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) et Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK) c/ Commission* : Rec. CJCE 1997, II, p. 1739

<sup>163</sup> CJCE, 12 juill. 1984, *Hydrotherm*, aff. 170/83, att. n° 11 : Rec. CJCE 1984, p. 2999 ; TPICE, 14 mai 1998, aff. T-352/94, *Mo och Domsjö AB*, Rec. CJCE, II, P. 1989

<sup>164</sup> Cons. Conc. Déc. n° 87-D-8, 28 avr. 1987, *Société Nouvelles Messageries de la presse parisienne*, BOCCRF 29 janv. 1988, p. 14, Recueil Lamy, n°277, comm. Blaise J.-B.

<sup>165</sup> CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c/ Commission* : Rec. CJCE 1972, p. 619 ; JDI 1973, p. 925, comm. B. Goldman ; RTD eur. 1975, p. 663, comm. Wathélet ; cah. Dr. eur. 1974, p. 251, comm. Joliet ; CJCE 21 févr. 1973, aff. 6-72, *Europemballage corporation et Continental Can Inc c/ Commission* : Rec. CJCE 1973, p. 223 ; RTD eur. 1973, p. 463, comm. De Richemont ; RTD eur. 1973, p. 420, comm. Jacquemin ; Cah. dr. eur. 1974, p. 112, comm. Vandamme. ; CJCE 11 avr. 1989, aff. 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebro GmbH c/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.* : Rec. CJCE 1989, p. 803.

En droit français, par exemple, Cons. conc. déc. n° 97-D-39, 17 juin 1997, *Secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur* : BOCC 1997, p. 581

Il n'existait aucun critère précis pour une telle unité économique autonome. L'appréciation se fait forcément *in concreto* au cas par cas. Pourtant, certaines caractéristiques pourraient être dégagées par la jurisprudence.

Tout d'abord, étant nettement différent de la notion de « contrôle » consacrée en droit des sociétés, le lien de dépendance tel que prévu dans le domaine du droit de la concurrence s'apprécie uniquement au sein de l'activité économique, et plus précisément, par les comportements mis en cause dans des cas de figure concrets. En effet, il s'agit de vérifier si la société dominante a effectivement contrôlé le comportement d'une autre société pour des opérations économiques déterminées, sans qu'il soit nécessaire de démontrer la maîtrise globale de cette dernière. La substance de l'entreprise, en d'autres termes le périmètre du groupe de sociétés, dépend de la nature et de la modalité d'organisation de l'activité économique en question. Tenant compte de la diversité des types d'opérations sur le marché, il est possible qu'une société dominée soit qualifiée d'autonome sur un territoire géographique et en revanche dépendante sur un autre<sup>166</sup>.

En deuxième lieu, le lien du capital entre des sociétés ne constitue pas un critère prééminent de la qualification. Le statut des filiales à 100%, à cause de l'existence d'un lien financier très fort, conduit souvent les autorités et les juges, en France ou au niveau communautaire, à reconnaître facilement la soumission de la filiale à la société mère<sup>167</sup>. Néanmoins, le lien financier entre les sociétés, même à hauteur de cent pour cent, n'entraîne pas de qualification systématique, ni de présomption simple de la dépendance économique de la filiale<sup>168</sup>. La détention d'un pourcentage important du capital présume seulement une forte probabilité de contrôle. En droit positif, les juges n'ont pas omis d'évoquer, dans quasiment toutes les décisions reconnaissant la dépendance de la filiale, les autres éléments contribuant à mettre en lumière que des filiales sont effectivement privées de leur autonomie économique<sup>169</sup>. Aucun lien quantitatif ou qualitatif n'est alors

---

<sup>166</sup> Comm. CE, déc. n° 72/457/CEE, 14 déc. 1972, *Zoja c/ CSC-ICI* : JOCE n° L 299, 31 déc. 1972, p. 51 ; TPICE, 1er avr. 1993, aff. T-65/89, *BPB Industries Pic et British Gypsum Limited c/ Commission* : Rec. CJCE 1993, II, p. 493 ; Contrats, conc., consom. 1993, comm. n° 94, obs. L. Vogel ; Europe 1993, comm. n° 249, obs. L. Idot ; D. 1993, inf. rap. p. 134

<sup>167</sup> Cons. conc. déc. n° 95-D-76, 29 nov. 1995, *Marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil* : BOCC 1996, p. 174 ; Contrats, conc., consom. févr. 1997, hors série, comm. n° 42, obs. L. Vogel, - CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c/ Commission*, *opt.cit.* - CJCE, 25 oct. 1983, AEG-Telefunken, aff. 107/82, att. n° 47 : Rec. CJCE 1983, p. 3151

<sup>168</sup> Arcelin, L., « *Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence* », J.-. Cl. Concurrence consommation, Fasc. 35, 1999, n°95

<sup>169</sup> CJCE, 25 oct. 1983, aff. C-107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG Telefunken AG c/ Commission* : Rec. CJCE 1983, p. 3151 ; CJCE, 6 avr. 1995, aff. C-310/93 P, *BPB Industries plc et British Gypsum Ltd c/ Commission* :

retenu par la jurisprudence, elle admet, en effet, parfois qu'une filiale même à 100% pourrait être autonome<sup>170</sup>, alors qu'une filiale dont la participation n'est détenue qu'à hauteur de 35% par la société mère pourraient s'avérer économiquement dépendante de cette dernière<sup>171</sup>.

En troisième lieu, dans le cadre de l'appréciation du contrôle, nous pouvons constater une abondance d'éléments qualificatifs consacrés par la jurisprudence. La technique du faisceau d'indices est adoptée face à la complexité des situations économiques. A cet effet, sont fréquemment pris en compte par les juges et les autorités concurrentielles des éléments tels que le nombre et le pourcentage des dirigeants de la filiale nommés par la société mère<sup>172</sup>; le but de la société mère à détenir la participation dans la filiale<sup>173</sup>, l'intervention directe dans la politique commerciale de la filiale<sup>174</sup> ainsi que l'immixtion dans les relations contractuelles de la société contrôlée<sup>175</sup>. Il existe en outre d'autres indices, tels que l'immixtion dans la politique financière<sup>176</sup> ou l'assistance technique et

---

Rec. CJCE 1993, I, p. 743

<sup>170</sup> Comm. CE, déc. n° 78/155/CEE, 23 déc. 1978, *BMW Belgium SA* : JOCE n° L 46, 17 févr. 1978, p. 33. ; CJCE, 12 juill. 1979, aff. jtes 32, 36 à 82/78, *BMW Belgium SA et autres c/ Commission* : Gaz. Pal. 1981, 1, doct. p. 1, comm. J. Buhart ; en droit français, Cons. conc. déc. n° 95-D-76, 29 nov. 1995, *Marchés de grands travaux dans le secteur du génie civil* : BOCC 1996, p. 174 ; Contrats, conc., consom. févr. 1997, hors série, comm. n° 42, obs. L. Vogel

<sup>171</sup> Comm. conc., avis du 13 déc. 1983, *Secteur du béton prêt à l'emploi* : BOCC 1984, p. 319

<sup>172</sup> Si la nomination de l'ensemble des postes de direction est effectuée à la discrétion de la société mère, ou si la filiale et la mère partagent les mêmes administrateurs et le même secrétaire, on considérera que la filiale est dépendante. *Cons. conc. déc. n° 89-D-37*, 14 nov. 1989, *SARL Publi-Cazal* : BOCC 1989, p. 317 ; Comm. CE, déc. n° 94/19/CE, 21 déc. 1993, *Sea Containers c/ Stena Sealink* : JOCE n° L 15, 18 janv. 1994, p. 8. - V. aussi Comm. CE, déc. n° 76/353/CEE, 17 déc. 1977, *Chiquita* : JOCE n° L 95, 9 avr. 1976, p. 1. A défaut de contrôle complet de la direction, les juges doivent vérifier si les dirigeants de la société mère disposent d'une prééminence au sein des organes de la filiale. A cet effet, le rôle et la relation du président du Conseil d'administration vis-à-vis de la société mère attirent ainsi l'attention particulière des juges, notamment en cas de parité au sein du Conseil d'administration. CJCE, 6 mars 1974, aff. jtes 6 et 7-73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c/ Commission* : Rec. CJCE 1974, p. 223.

<sup>173</sup> S'il s'agit purement d'un placement financier ou si l'acquisition des participations s'effectue dans le seul but d'améliorer les conséquences fiscales, les filiales ont moins de risque d'être qualifiées de « dépendantes ». *Comm. CE, déc. n° 72/457/CEE, op. cit* ; TPICE, 6 avr. 1995, aff. T-141/89, *Tréfileurope Sales SARL c/ Commission* : *Europe 1995*, comm. n° 220, obs. L. Idot

<sup>174</sup> Les politiques commerciales pourraient concerner l'étude de prix, la gamme de services ou de produit, l'objectif de vente, marges brutes, etc. : CA Paris, 4 juill. 1994 : BOCC 1994, p. 285 ; Cons. conc., déc. n° 97-D-53, 1er juill. 1997, *Pratiques mises en oeuvre par France Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données* : BOCC 1997, p. 712

<sup>175</sup> L'immixtion peut se traduire par le fait que la société mère subordonne tout engagement contractuel de la société contrôlée à son autorisation ou requiert que celui-ci soit signé au nom de la société mère ou par délégation. Ainsi la présence des mêmes clauses contractuelles dans le même type de conventions conclues par l'ensemble des filiales du groupe démontre que "la politique commerciale des différentes filiales du groupe s'inscrivait dans une stratégie commerciale coordonnée par la société mère" : TPICE, 6 oct. 1994, aff. T-83/91, *Tetra Pack International SA c/ Commission* : Rec. CJCE 1994, II, p. 755 ; Contrats, conc., consom. 1994, comm. n° 229 et 230, obs. L. Vogel ; *Europe 1994*, comm. n° 471, obs. L. Idot ; RAE 1994, p. 132, comm. J.-B. Blaise et C. Robin

<sup>176</sup> Certains auteurs considèrent que le contrôle financier permet à la société mère d'assurer ou de faire pression sur la filiale pour le respect de la direction centralisée du groupe, y compris les activités commerciales. O. Mach, « *L'entreprise et les groupes de sociétés en droit européen de la concurrence* », thèse Genève, 1974, p. 228, note 66., Arcelin, L., « *Notion d'entreprise en droit interne et communautaire de la concurrence* », opt.cit.

administrative<sup>177</sup>, moins révélateur que l'influence économique, mais parfois utiles notamment en les combinant aux autres indices.

Enfin, la qualification de l'entreprise doit s'apprécier tout en se référant à une période précise, car elle peut évoluer au fur et à mesure des changements effectifs du contrôle sur l'activité commerciale. Dans l'arrêt *Irish Sugar*<sup>178</sup>, une filiale, qualifiée d'être économiquement indépendante et responsable d'un abus de position dominante collective avec sa société mère pendant une période donnée, est qualifiée ensuite de « *dépourvue de son statut autonome* » suite à une restructuration du groupe. Cette restructuration, sans avoir entraîné la disparition de la personnalité juridique de la filiale, a en revanche effacé son existence comme entreprise distincte, de sorte qu'elle est considérée intégrée à sa société mère pour constituer une entreprise unique. L'acte d'abus de position dominante n'est donc plus de nature collective, et il est commis en espèce par une seule entreprise.

#### B. En droit chinois

En droit de la concurrence chinois, fait défaut un concept d'entreprise qui corresponde à une unité économique réelle. La loi anti-monopole chinoise, qui est entrée en vigueur le 1 août 2008, instaure pour la première fois en Chine des règles légales contre les actes d'ententes, d'abus de position dominante et les opérations de concentration restreignant ou susceptible de restreindre le jeu de la concurrence. Or les dispositions légales s'appliquent aux actes effectués par les « opérateurs » (*Jingyingzhe, 经营者*), qui s'entendent comme des « *personnes physiques, personnes morales et d'autres organisations s'engageant dans la production, l'exploitation des marchandises ou la fourniture des prestations de services* » (article 12 de cette loi). Cette définition, retenant seulement les personnes formellement reconnues en droit comme des opérateurs visés par la loi, écarte la possibilité de considérer comme un seul « opérateur » une entreprise composée de plusieurs sociétés.

Cette lacune nous paraît cruciale, elle pourrait empêcher l'application pertinente des dispositions légales de la loi anti-monopole, notamment à l'égard du contrôle des ententes et abus de position dominante.

---

<sup>177</sup> Comm. CE, déc. n° 69/195/CEE, 18 juin 1969, *Christiani & Nielsen* : JOCE n° L 165, 5 juill. 1969, p. 12.

<sup>178</sup> TPICE, affaire T-228/97, *Irish Sugar plc. c/ commission*, Europe 1999, p. II 02969 ; Comm. CE, déc. n° 97/624/CE, 14 mai 1997, *Irish sugar plc* : JOCE n° L 258, 22 sept. 1997, p. 1

## §2. LE GROUPE EN DROIT DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

En droit français, le lien du « contrôle », élément essentiel pour le déclenchement du contrôle administratif des concentrations, est défini de façon assez sophistiquée (A). La reconnaissance de cet élément en droit de la concurrence chinois est très récente. En comparaison avec le droit français, ses lacunes légales sont évidentes (B).

### A. En droit français

L'objectif du régime du contrôle de concentration est d'empêcher la croissance externe du groupe d'entreprises entraînant le renforcement de son pouvoir sur le marché, dès lors que ces opérations pourraient avoir pour effet de porter « atteinte à la concurrence » (selon les termes du droit français, prévus à l'article L. 430-5, III, du Code de commerce) ou, en d'autres termes, d'« entraver de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante » (s'agissant d'un contrôle communautaire, l'article R2, §3 de Règlement 139/2004 CE)<sup>179</sup>.

Trois types d'opérations sont soumises, tant en droit français qu'en droit communautaire, au contrôle de la concentration :

- la fusion des entreprises, ou une partie de ces entreprises ;
- l'acquisition du contrôle de l'entreprise dans le cadre du groupe : « soit une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'au moins une entreprise, soit une ou plusieurs entreprises, acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises »<sup>180</sup>.
- La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

---

<sup>179</sup> Au niveau des critères d'appréciation, si la législation communautaire met encore l'accent sur la création ou le renforcement d'une position dominante sans que d'autres éléments soient exclus, le droit français ne considère le critère de dominance que comme un critère parmi d'autres du risque d'atteinte à la concurrence.

<sup>180</sup> L'article L. 430-1, II du Code de commerce, qui est cohérent avec la disposition de l'article R3, §1 du règlement du Conseil 139/2004 du 20 janvier 2004.



En vertu d'une telle définition, la notion d'entreprise ne revêt plus, dans ce domaine, la nuance vis-à-vis du groupe de sociétés, qui existe dans le cadre des dispositions d'entente et de l'abus de position dominante. En effet, l'objectif poursuivi par la loi n'est plus le même. Il s'agit, dans le domaine des concentrations, de réguler la création des liens de contrôle entre des entreprises, qui se concrétisent nécessairement par des instruments conventionnels, et les parties capables de conclure des conventions doivent être des personnes morales. La nature des actes faisant l'objet de régulation détermine la substance de l'entreprise. Une approche plus adaptée consiste à faire appliquer les règles juridiques aux entreprises correspondant chacune à une personnalité juridique, alors que la mise en place d'un régime regroupant plusieurs sociétés sous forme d'une entreprise unitaire ne risque que de compliquer inutilement la situation.

Nous pouvons alors considérer que, dans le domaine des concentrations, chaque entreprise correspond à une personne juridique, et souvent à la société.

Il résulte également de la définition des opérations de concentration que la reconnaissance de la réalité du groupe de sociétés est essentielle, dans la mesure où des opérations telles que l'acquisition et l'exploitation de l'entreprise commune, a pour effet d'élargir le nombre des membres du groupe. Il convient de déterminer, *in concreto*, quel type de lien noue le groupe à la nouvelle entreprise et à partir de quel niveau l'intervention du contrôle de concentration doit être nécessaire. (1)

Par ailleurs, sont seulement soumises au contrôle concurrentiel des opérations impliquant des entreprises dont les chiffres d'affaire cumulés dépassent certains seuils légaux, respectivement prévus en droit communautaire et en droit français.

Ainsi doivent être soumises au contrôle de la Commission Européenne les opérations de concentrations dont a) *le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des **entreprises concernées** représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros*, et b) *le chiffre d'affaires total réalisé **individuellement** dans la Communauté par au moins deux des **entreprises concernées** représente un montant supérieur à 250 millions d'euros*. Pourtant, un tel contrôle au niveau communautaire pourrait être écarté lorsque chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté au sein d'un seul et même État membre.

Des opérations n'atteignant pas de tels seuils pourraient toutefois être contrôlables

par l’Autorité de la Concurrence de la France<sup>181</sup> dès lors que ces opérations impliquent des participants dont a) *le chiffre d’affaires total mondial hors taxes de l’ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées est supérieur à 150 millions d’euros* ; et b) *le chiffre d’affaires total hors taxes réalisé individuellement en France par au moins deux des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées est supérieur à 50 millions d’euros*<sup>182</sup>. Par ailleurs, des seuils spécifiques et plus bas - 75 millions d’euros de chiffre d’affaires mondial et 15 millions d’euros de chiffre d’affaire en France - sont prévus dans les cas particuliers concernant des concentrations entre les acteurs exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail.

Comme le texte l’indique clairement, le calcul du chiffre d’affaires prend en compte l’ensemble des chiffres d’affaires des entreprises concernées et, le cas échéant, de toutes les autres entreprises du même groupe auquel cette entreprise concernée appartient. Le chiffre d’affaires de toutes ces personnes doit être intégralement pris en compte, peu importe la nature de l’activité économique en cause<sup>183</sup>. Il reflète alors l’envergure des ressources économiques rassemblées par le groupe impliqué.

Cela étant, il faudra également éclaircir le périmètre du groupe dans le cadre du calcul du chiffre d’affaires, qui sert de seuil déclencheur du contrôle de concentration. (2)

### ***1. Le « Contrôle » dont l’obtention déclenche le contrôle administratif de concentration***

Tant en droit français qu’en droit communautaire, le droit au contrôle d’une entreprise est censé être acquis dès lors que l’acquéreur peut exercer une « influence déterminante » sur l’entreprise cible à l’issue de l’accomplissement de l’opération. La loi n’exige pas l’exercice effectif de ce pouvoir, il suffit que l’exercice du pouvoir soit possible<sup>184</sup> et réel<sup>185</sup> à l’issue de l’opération.

---

<sup>181</sup> Suite à la nouvelle loi de modernisation de l’économie n° 2008-776 du 4 août 2008, l’Autorité de la concurrence succède au ministère de l’Économie, représenté par DGCCRF, et au Conseil de la Concurrence pour contrôler les opérations de concentration.

<sup>182</sup> Suite à la réforme de la loi NRE du 15 mai 2001, toute référence à la part du marché a disparu en droit national français.

<sup>183</sup> Communication consolidée (2007) en vertu du règlement CE n° 139/2004; n° 175.

<sup>184</sup> Communication 98/C 66/02 de la Commission Européenne; point 9 ; voir également Affaire no IV/M.157 — Air France/Sabena du 5 octobre 1992.

<sup>185</sup> Arrêt du Tribunal de première instance dans l’affaire T-282/02 Cementbouw contre Commission, paragraphe 58, Recueil de jurisprudence, 2006 II p.319.

Le contrôle est justifié car l'existence d'un pouvoir d'influence déterminante vise des situations nettement plus larges que celles entendues par le pouvoir de « contrôle » prévu aux articles L. 233-3 ou L. 233-16 du Code de commerce<sup>186</sup>. Le fait que l'acquéreur s'empare du pouvoir décisionnel de l'entreprise acquise – à savoir un *contrôle exclusif* – démontre manifestement l'existence d'une influence déterminante. Néanmoins, le contrôle se caractérise également, dès lors que l'acquéreur, sans pouvoir imposer seul une décision à l'entreprise acquise, obtient par elle un pouvoir de veto relatif à *la stratégie commerciale* de la cible<sup>187</sup>. La Commission européenne reconnaît expressément que « *par influence déterminante, on entend habituellement le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent la stratégie commerciale d'une entreprise* »<sup>188</sup>. Lorsqu'aucun des actionnaires d'une entreprise ne peut prendre seul les décisions relative à la stratégie commerciale de l'entreprise acquise<sup>189</sup>, la Commission européenne distingue encore deux types de contrôle : a) le *contrôle exclusif négatif*, lorsqu'il existe seulement un actionnaire ayant le droit de veto sans que les autres actionnaires ne l'aient, et b) le *contrôle en commun*, lorsque deux ou plusieurs actionnaires disposent, chacun, d'un droit de blocage, ou lorsqu'ils, même en l'absence de droit de veto, possèdent ensemble une majorité des droits de vote, et se concertent, par des accords ou par des circonstances de fait, pour l'exercer.

De plus, l'opération contrôlable pourrait concerner seulement une activité parcellaire de l'entreprise acquise, étant précisé qu'il n'est pas nécessaire que cette influence se porte sur l'ensemble des décisions de l'entreprise acquise, un tel pouvoir sur l'activité économique est suffisant<sup>190</sup>. Il en va de même lorsque ce pouvoir d'influence ne couvre

---

<sup>186</sup> DGCCRF ne manque pas de souligner que « *l'influence déterminante ne se confond pas avec le contrôle au sens du droit des sociétés, ni avec l'influence notable utilisée en matière de consolidation comptable* », Ligne Directrice relative au contrôle des concentrations, DGCCRF, 1.1.2, point 8, [http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/concurrence/concentrations/lignesdirectrices\\_2007.pdf](http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/concurrence/concentrations/lignesdirectrices_2007.pdf)

<sup>187</sup> Affaire no IV/M.452 — Avesta II du 9 juin 1994

<sup>188</sup> Communication consolidée (2007) en vertu du règlement CE n° 139/2004; n° 62

<sup>189</sup> Le terme « stratégie commerciale », parfois « politique commerciale » semble trop général et mérite d'être plus précis. D'après la Commission Européenne (Communication consolidée (2007), n° 73), le pouvoir lié à la décision de la *stratégie commerciale* d'une entreprise s'apprécie en général selon plusieurs aspects, à savoir si l'actionnaire contrôlant dispose du droit de veto sur la nomination et la révocation de l'encadrement supérieur et l'approbation du budget, ou sur le plan d'entreprise (*business plan*), ou sur les investissements, ou les droits particuliers à un marché donné d'entreprise. Ces éléments doivent être appréciés de façon combinée, sans que l'un prévale sur l'autre. Auparavant, en cas d'inexistence de tous ces faits, il était quasiment impossible de constater l'influence sur la stratégie commerciale.

<sup>190</sup> Une situation de dépendance économique, couplée avec d'autres liens structurels (telle que la détention de capital minoritaire) pourrait aboutir à un contrôle. Dans l'opération de Gillette/Wilkinson Eemland (Avis 91-A-09 et arrêté du 11 mars 1992, BOCCRF du 14 mars 1992, p. 4), bien que Gillette ne dispose que d'obligations convertibles qui ne lui permettaient pas de voter ni de se présenter au Conseil d'administration ou à l'assemblée générale d'Eemland, il est considéré comme ayant une influence déterminante principalement en raison du fait qu'Eemland est dépendant de lui

qu'une partie des activités de l'entreprise acquise<sup>191</sup>.

Doit être soumise à la régulation concurrentielle, l'acquisition du contrôle sur une entreprise par une autre entreprise, peu importe qu'il s'agisse de l'obtention du pouvoir de contrôle exclusif ou du contrôle en commun<sup>192</sup>. Par ailleurs, le changement de la qualité de contrôle dans certaines situations sera également soumis au contrôle légal, tel que le passage du contrôle en commun au contrôle exclusif, à travers la diminution du nombre d'actionnaires exerçant le contrôle. En revanche, ne sont pas soumises à la notification, le passage du contrôle exclusif négatif au contrôle exclusif, ou la simple diminution des actionnaires dans le cadre du contrôle en commun.

Le motif d'une telle définition du contrôle est, sans équivoque possible, de nature pragmatique : le législateur a besoin de délimiter de façon suffisamment large les types d'opérations contrôlables, aux fins de ne pas faire échapper au contrôle légal toutes les opérations susceptibles d'être préjudiciables à la concurrence. Un tel pragmatisme se manifeste ainsi dans les modalités de la reconnaissance de l'influence déterminante.

En réalité, il n'existe aucun critère précis pour apprécier la détention de l'influence déterminante. Si le contrôle se qualifie de manière relativement aisée lors de l'acquisition de la totalité ou d'une portion très importante du capital, la situation sera nettement délicate lorsque l'opération concerne le contrôle en commun, ou lorsqu'elle n'implique qu'une participation faible, voire nulle. Dans un tel cas de figure, le contrôle est très souvent assuré par des moyens ou mécanismes plus ou moins déguisés. Dans ce cas, la prise du contrôle devra être appréciée d'après des situations *in concreto*, en tenant compte de *l'ensemble des éléments de droit et de fait* pour constituer un faisceau d'indices convergents.

Tous les moyens pourraient être utiles à cet égard. Les autorités de contrôle de concentration ont énuméré de façon non exhaustive divers éléments à prendre en

---

tant au niveau de la politique commerciale de la marque que pour le financement. De plus Gillette est le seul opérateur industriel parmi les investisseurs. Voir également l'affaire Usinor/Bamesa du 28 juillet 1993, CCE ; l'affaire no IV/M.258 — CCIE/GTE du 25 septembre 1992 et l'affaire no IV/M.697 — Lockheed Martin Corporation Loral Corporation du 27 mars 1996.

<sup>191</sup> Ce contrôle pourrait porter « *uniquement sur certains éléments d'actifs incorporels tels que les immeubles, marques, brevets, licences, contrats ou autres droits de propriété, dès lors que ces éléments constituent une activité à laquelle on peut rapporter un chiffre d'affaires déterminé* ». Ligne Directrice précité, 1.1., point 2.

<sup>192</sup> L'introduction d'un nouvel actionnaire pourrait se réaliser par le remplacement d'un ancien actionnaire ayant le contrôle exclusif, ou le remplacement d'un ou plusieurs actionnaires ayant le contrôle en commun, ou l'augmentation du nombre des actionnaires « contrôlants » en commun.

compte<sup>193</sup>. Outre les éléments classiques tels que le droit patrimonial ou le droit de vote liés naturellement aux parts sociales, il convient également de vérifier les éventuelles prérogatives acquises par les actionnaires, telles que les privilèges relatifs aux actions de préférence, le droit d'approbation de certaines affaires déterminées ainsi que le droit de préemption, le droit ou l'option d'achat ou de vente du capital ou de convertir en capital. L'accent est ainsi mis sur des situations de contrôle *de facto par des actionnaires minoritaires*, dans le cadre des aménagements conventionnels entre les actionnaires (le pacte des actionnaires, l'accord de concertation, par exemple) ou entre l'entreprise et une partie tierce<sup>194</sup>, des dépendances économiques ou financière<sup>195</sup> ou de la structure particulière d'actionnariat<sup>196</sup>.

Dans ses commentaires jurisprudentiels, la DGCCRF a clairement préconisé une approche synthétique consistant à établir un faisceau d'indices de droit et de fait selon le cas de figure. Dans l'arrêt Coca-Cola/Orangina<sup>197</sup>, la société The Cola Cola Company (TCCC) est considérée comme exerçant une influence déterminante sur la société CCE, moins à cause de la détention de 50% des voix dans l'assemblée générale de cette dernière qu'en raison du fait que TCCC représente 91% du chiffre d'affaires total de CCE, que « *les activités de CCE [étant] inextricablement liées à celles de TCCC* » et qu'il est « *fort improbable que les autres actionnaires de CCE votent en bloc contre TCCC* ». De la même manière, dans l'affaire CGST Save/Domoservices<sup>198</sup>, le Groupe GDF, détenant seulement 20% du capital de la société CGST Save, est toutefois considéré comme disposant d'une influence déterminante sur cette dernière en raison de la prise en compte cumulative du rôle de GDF dans l'adoption des décisions majeures, de la consolidation de la participation de GDF par mise en équivalence, de son droit de préemption prioritaire, droits de veto différents des autres actionnaires minoritaires et de statut de GDF qui est le seul opérateur industriel présent au capital.

<sup>193</sup> Notamment la ligne Directrice précitée, 1.1.2., point 10

<sup>194</sup> Il s'agit d'un contrat d'une durée extrêmement longue, qui conduit à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs, telle que, à titre d'exemple, un contrat de location-gérance à long terme. Communication consolidée (2007) CE, précité, n°18

<sup>195</sup> La ligne directrice a mis en avant les privilèges d'une partie contractuelle qui lui permet d'exercer effectivement une influence déterminante, tel que « *le fait d'intervenir de manière significative en tant que prêteur auprès de l'entreprise, ce qui peut entraîner un contrôle de fait* », ainsi que « *le fait d'avoir avec l'entreprise des relations commerciales très privilégiées (par exemple des contrats commerciaux exclusifs, des droits d'usage ou de partage de marques, de réseaux de distribution, d'unités de production) ou d'être le principal partenaire économique de l'entreprise* ».

<sup>196</sup> La ligne directrice vise les cas où les investisseurs purement financiers, même majoritaires, pourraient se désintéresser de la gestion de l'entreprise, et à ce titre, « *le fait de détenir une participation minoritaire, même de l'ordre de 20 %, et d'appartenir au même secteur que l'entreprise ou à un secteur voisin peut, lorsque les autres actionnaires sont des investisseurs financiers, laisser présumer une influence déterminante* ». Le même principe se voit appliquer à l'égard des sociétés notamment cotées, dont la majorité des actions sont éparpillées.

<sup>197</sup> Décision de Ministère de l'économie du 17 décembre 1998.

<sup>198</sup> C2001-190 - CGST Save / Domoservices, décision du 25 juin 2002 publiée au BOCCRF du 12 mars 2004.

En bref, la reconnaissance de « *l'influence déterminante* » se distingue par son grand pragmatisme, détaché de toute référence au pourcentage de participation dans l'entreprise acquise. Il n'existe aucun critère décisif pour qualifier l'existence ou la présomption de l'existence d'un lien de contrôle. « *Il n'existe ni de quota d'indices à remplir pour conclure sur la nature du contrôle, ni de hiérarchie a priori entre ces différents critères* »<sup>199</sup>. L'autorité compétente est alors complètement libre de vérifier souverainement l'existence du contrôle en fonction de l'ensemble de circonstances de droit ou de fait.

## **2. Le « groupe » et le calcul du chiffre d'affaires**

Même si une opération est contrôlable par nature, l'administration du contrôle ne peut être saisie que si les chiffres d'affaires des entreprises concernées dépassent des seuils légaux. Dans la mesure où les sujets de droit directement impliqués dans l'opération sont souvent des instruments utilisés par des entités économiques qui les contrôlent, il faut chercher à identifier de véritables entités économiques qui prennent normalement la forme des groupes de sociétés aux fins de savoir exactement l'importance économique mise en jeu par l'opération<sup>200</sup>.

C'est dans cet esprit que le droit communautaire (transposable en droit interne) prévoit que le chiffre d'affaires d'une entreprise concernée doit être calculé selon la dimension du groupe de sociétés auquel elle appartient.

A partir de la société directement concernée par l'opération, l'article 5, paragraphe 4 du Règlement 139/2004 de CE énumère tous les types de sociétés devant entrer dans le périmètre de ce genre de groupe de sociétés. Malgré la complexité de cette formule<sup>201</sup>,

---

<sup>199</sup> Ligne Directrice de DGCCRF 2007, 1.1.2., point 10, précité.

<sup>200</sup> Toutes les sociétés faisant partie d'un groupe (sociétés mères, filiales, etc.) constituent une seule entité économique, c'est pourquoi il ne peut y avoir qu'une seule entreprise concernée au sein d'un même groupe. Communication 98/C 66/03 de CE, point 19

<sup>201</sup> L'article prévoit que « sans préjudice du paragraphe 2, le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent règlement résulte de la somme des chiffres d'affaires:

- a) l'entreprise concernée elle-même,
- b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement:
  - i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation;
  - ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote;
  - iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise;
  - iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise;
- c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b);

nous pouvons en déduire qu'il désigne un groupe de sociétés dont un ou plusieurs de ses membres participent à l'opération de concentration, et que ce groupe doit être détenu par une société tête du groupe qui **contrôle** (ou par plusieurs sociétés têtes conjointes) directement ou indirectement les autres sociétés, alors que cette société tête ne doit pas être soumise au **contrôle** par une société tierce quelconque. Des sociétés conjointement **contrôlées** par plusieurs sociétés du même groupe entrent ainsi dans le périmètre du groupe. Quant au lien de **contrôle** évoqué ci-dessus, il se caractérise dans l'une des quatre situations :

- i) la détention de plus de la moitié du capital
- ii) la détention de plus de la moitié des droits de vote (dans l'assemblée ou l'organe équivalent)
- iii) le pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du Conseil d'administration, ou du Conseil de surveillance (ou organe équivalent) et
- iv) le droit de gérer les affaires de l'entreprise.

Le groupe efface toute individualité des entreprises pour le calcul du chiffre d'affaire. Seuls les chiffres d'affaires facturés auprès des entités à l'extérieur du groupe sont pris en compte, à l'exclusion des comptes internes entre les sociétés du groupe. Lorsqu'une société est sous le contrôle d'un groupe de sociétés et d'autres entreprises (que ce soit des entreprises concernées ou des entreprises tierces), elle est également incluse dans le périmètre du groupe. Pourtant, seule une proportion de son chiffre d'affaires, divisé en parts égales selon le nombre d'entreprises détenant le contrôle conjoint, doit s'imputer au chiffre d'affaires du groupe<sup>202</sup>. Le chiffre d'affaires que cette société réalise avec le groupe doit être ainsi déduit afin d'éviter une double imputation<sup>203</sup>.

Il convient de préciser que la présence du groupe de sociétés acquéreur est normalement prise en compte qu'à l'égard de la partie acquéreuse, alors que pour le chiffre d'affaires de la partie vendeuse, il s'apprécie uniquement à l'égard de la société cible et des sociétés contrôlés par elle, étant donné que le groupe vendeur n'est plus impliqué dans les affaires en transaction à l'issue de l'opération<sup>204</sup>.

---

d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b);  
e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux point a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b). »

<sup>202</sup> Ligne directrice DGCCRF, précité, point 33

<sup>203</sup> En effet ce chiffre d'affaire est déjà intégré dans celui du groupe dans la mesure que celui-ci n'est pas considéré d'être de nature intragroupe.

<sup>204</sup> Ce principe doit être pourtant nuancé dans certaines situations particulières afin de correspondre à la réalité économique. En cas d'une acquisition entraînant un contrôle commun de la société cible par la partie acquéreuse et par le vendeur disposant auparavant du contrôle exclusif, ce sont les chiffres d'affaires du groupe acquéreur et du groupe

Cette définition du périmètre du groupe est combinée évidemment à deux types de critères, d'une part les trois premières situations constituent des *critères quantitatifs formels*, simples et clairs, mais qui ne vise que l'exercice d'un contrôle exclusif<sup>205</sup>. D'autre part, la quatrième situation - le fait de pouvoir gérer les affaires, constituent un *critère qualitatif*, selon lequel on pourrait en déduire la reconnaissance du contrôle exercé en commun. Pourtant, cette déduction n'est qu'implicite. L'ambiguïté du texte nous conduit même à légitimement nous demander si une société soumise au contrôle commun pourrait être considérée comme appartenir à un tel type du groupe de sociétés<sup>206</sup>.

En fait, les dispositions contenant cette définition troublante furent prévues initialement dans le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil. Elles furent reprises par le règlement actuel, promulgué en 2004. Il semble que la Commission Européenne ait eu l'intention de résoudre ce problème de cohérence du contrôle par une voie d'interprétation au lieu de retoucher le texte réglementaire. A cet égard, elle enseigne dans sa communication consolidée de 2007 que le *droit de gérer les affaires* inclut, de façon sous-jacente, la situation du contrôle en commun, où les entreprises « *ont conjointement le droit de gérer les affaires de l'entreprise contrôlée même si chacune d'elles ne peut exercer individuellement ces droits que dans un sens négatif, c'est-à-dire sous la forme de droits de veto* »<sup>207</sup>.

Le contrôle non exclusif qu'un groupe exerce sur une entreprise commune entraîne également la particularité de la méthode d'intégration de son chiffre d'affaire dans celui du groupe. Après la réduction du chiffre d'affaires interne réalisé entre cette entreprise commune et les autres entreprises du groupe, seulement une proportion du chiffre d'affaires restant, divisé en parts égales selon le nombre d'entreprises détenant le contrôle conjoint, doit être affectée au groupe. Dans un tel cas, un lien de proportionnalité est donc instauré. C'est la proportion du pouvoir de contrôle qui détermine l'importance économique d'une entreprise commune imputable à celle du groupe.

---

vendeur qui doivent être pris en compte, alors le chiffre d'affaires de la société cible fait partie du groupe vendeur. De surcroît, dans le cas d'une augmentation du nombre des actionnaires exerçant conjointement leurs propres influences déterminantes sur l'entreprise, le chiffre d'affaires de chacun des actionnaires restant (et de leur groupe, s'il en ait) doit être pris en compte. Communication 98/C 66/03 CE, 3.2 et 6.1

<sup>205</sup> Nous pouvons toutefois contester la nécessité du premier critère, qui est malheureusement basé uniquement sur la proportion du capital. Il existe quand même, dans la pratique, l'hypothèse de la dissociation entre la personne du propriétaire de plus de moitié du capital et celle-ci ayant plus de moitié de droit de vote.

<sup>206</sup> La Commission des Communautés Européennes reconnaît dans son propre livre vert que cette notion du contrôle « *est plus conforme à une situation de contrôle exclusif qu'à une situation de contrôle en commun entre plusieurs entreprises fondatrices* » : LIVRE VERT sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, point 150

<sup>207</sup> Communication consolidée en vertu du règlement (CE) n° 139/2004, n° 181



Le contrôle en commun dans le cadre du calcul du chiffre d'affaires ne converge pas complètement avec celui de l'influence déterminante. À la prime abord, le contrôle en commun doit être constaté formellement dans le premier cas. Selon la Commission européenne, est seulement incluse dans le groupe, une entreprises commune dans laquelle une entreprise du groupe et une tierce partie qui exerce des droits *de jure* générant un droit de gestion clairement défini<sup>208</sup>. Il existe deux types d'hypothèses : soit l'entreprise concernée et les entreprises tierces bénéficient d'un droit conjoint de gestion en vertu d'un accord formellement conclu, soit cette entreprise et une entreprise tierce disposent respectivement de 50% des droits de vote, de sorte qu'elles ont le droit de désigner un nombre équivalent de représentants dans les organes de décision de l'entreprise commune. Au contraire, l'influence déterminante est susceptible d'être caractérisée par toute forme de preuve, y compris l'exercice d'un pouvoir de fait. Deuxièmement, le pouvoir de gestion des affaires de l'entreprise commune doit couvrir en général l'ensemble des opérations de celle-ci. Contrairement à la condition applicable au critère de l'influence déterminante, un tel pouvoir limité à l'égard de la stratégie commerciale ne semble pas suffisant à caractériser le contrôle.

La notion du contrôle dans le cadre du calcul de chiffre d'affaires est plus restrictive que celle de l'influence déterminante. Ainsi, il existe, en raison de la maladresse des rédacteurs des textes, deux concepts du groupe d'entreprises.

Cette pluralité conceptuelle, bien qu'elle entraîne des confusions intellectuelles, n'engendre généralement pas de problème dans la pratique, étant donné que l'application de chaque concept vise à traiter des questions dans des domaines bien précis, bien distincts les uns des autres. Pourtant, dans le cas très particulier de la restructuration interne au groupe, l'incohérence de la notion du contrôle risque de soulever des problèmes. D'après la Commission européenne, le changement d'actionnaire résultant de la restructuration du groupe n'est pas soumis au contrôle de concentration. Supposons qu'un groupe contrôle de manière exclusive une société A qui contrôle également exclusivement une autre entreprise. La société A cède, selon l'instruction du groupe, l'ensemble de ses parts sociales dans l'entreprise à une société B, qui entre dans le périmètre du groupe d'entreprises nouées par ce lien d'« influence déterminante », mais son appartenance au groupe n'est pas caractérisée selon le critère relatif au chiffre

---

<sup>208</sup> Communication consolidée en vertu du règlement (CE) n° 139/2004, n° 181

d'affaires. Si l'existence du groupe doit être apprécié dans ce deuxième sens, le contrôle de concentration doit intervenir, tandis qu'il n'est nullement nécessaire si le groupe est défini selon le premier sens. Cependant il n'y a pas de règle claire et précise. Nous présumons qu'il est nécessaire de se référer à la notion de groupe au sens le plus strict, puisque le législateur a tendance à reconnaître le plus largement possible, la compétence de l'autorité de contrôle.

### *B. En droit chinois*

Les dispositions de la loi anti-monopole chinoise (反垄断法) sont extrêmement succinctes, et établissent seulement les règles fondamentales du contrôle des concentrations.

Nous pouvons néanmoins entrevoir dans cette loi un concept du « groupe », qui est composée par l'acquéreur et la société acquise via l'opération de concentration. A cet effet, l'article 20 de la loi prévoit qu'une concentration désigne :

- *la fusion de plusieurs entreprises ; ou*
- *l'obtention par une entreprise du contrôle d'une autre entreprise par l'acquisition des actions ou des actifs ; ou*
- *l'obtention par une entreprise du contrôle d'une autre entreprise ou le pouvoir d'exercer sur elle une influence décisive, par le truchement des aménagements conventionnels ou d'autres moyens.*

La loi ne précise pas expressément le sens du contrôle dans cet article. Pour autant, il est permis de penser que le contrôle doit s'entendre comme le fait de détenir des capitaux et des actifs lui conférant plus de 50% de droits de vote ( la majorité de droits de vote), dans la mesure où la loi chinoise exonère expressément l'obligation de déclarer toute opération de concentration réalisée entre des sociétés dont l'une détient la majorité de droits de vote dans les autres, ou lorsque la majorité de droits de vote de chacune d'entre elles est possédée par un tiers commun (l'article 22 de la loi anti-monopole).

Un projet de réglementation élaboré par le Ministère du commerce, la « Méthode provisoire de la déclaration de concentrations par l'exploitant » (version pour l'appel des propositions de modification) (publié le 11 mars 2009 par le Ministère de commerce ; en chinois : 经营者集中申报暂行办法(征求意见稿) ) a tenté de préciser ce pouvoir de

contrôle. Selon l'article 3, le contrôle comprend les situations suivantes:

- *l'obtention par le détenteur des actions ou des actifs lui conférant plus d'une moitié des droits de vote, ou*
- *même à défaut de détention des actions ou des actifs lui conférant plus d'une moitié des droits de vote, le fait qu'une entreprise puisse déterminer des décisions concernant la nomination d'au moins un administrateur ou dirigeant clé, le budget, l'exploitation et la vente, la fixation du prix, d'importants investissements ou d'autres stratégie importantes concernant l'exploitation et la gestion de la société.*

Ce concept du contrôle fait écho à la définition du contrôle en droit de la concurrence en France. Selon l'interprétation du Ministère du commerce, doit être assimilé à un pouvoir de contrôle non seulement la possession par un actionnaire de la majorité de droits de vote au sein de l'assemblée générale, mais aussi le pouvoir d'un tiers ou d'un actionnaires non-majoritaire de déterminer les comportements d'une société à l'égard d'une catégorie des opérations gestionnaires de la société.

Or, il est évident que cette notion du contrôle n'est pas complètement compatible avec les notions similaires prévues dans la loi sur les sociétés. Cette incohérence expliquerait peut être la suppression de tout contenu explicatif du sens de contrôle dans la version définitive de la réglementation<sup>209</sup>, qui se borne à répéter le contenu de l'article 20 de la loi anti monopole.

L'absence par le Ministère du commerce de précision de la notion du contrôle nous paraît fort regrettable. En fait, comme exposé ci-dessus, le pouvoir du contrôle n'est pas encore clairement défini en droit des sociétés. Il est donc difficile d'emprunter une notion de contrôle en droit commun, du au silence complet du droit de la concurrence à cet égard. *A fortiori*, même si la notion du contrôle existe en droit commun, la référence à une telle notion nous semble controversable, étant donné que le pouvoir du contrôle en droit du contrôle des concentrations ne doit pas être nécessairement un pouvoir de contrôle général. Une opération qui entraîne l'obtention par un concurrent du pouvoir *de facto* de déterminer certaines décisions d'un autre concurrent, tel que la politique des ventes, suffit à avoir un impact sur le jeu de concurrence du marché pertinent. Enfin, les

---

<sup>209</sup> La «*Méthode de déclaration pour les concentrations des entreprises*» (经营者集中申报办法) promulguée par le Ministère du commerce le 21 novembre 2009.

dispositions ci-dessus au titre de l'article 22 de la loi anti-monopole ne suffisent pas à dessiner le contour complet de la notion de contrôle. En fait, cette règle n'exonère que les opérations de concentrations dont le contrôle administratif est manifestement non nécessaire, et nous ne pouvons pas en déduire aucun seuil déclenchant un tel contrôle. Et à notre avis, l'obtention d'un pourcentage bien inférieur à 50% du capital de la société cible pourrait bien procurer à l'acquéreur un pouvoir de contrôle considérable, si bien que le jeu de la concurrence pourrait être restreint.

Aux fins de réaliser son objectif d'assurer l'ordre du marché chinois, le droit de la concurrence doit élaborer sa propre notion de contrôle.

Par ailleurs, l'ambiguïté de la notion du contrôle réside également dans le calcul du chiffre d'affaire d'une entreprise, seul élément décisif du déclenchement du contrôle administratif des concentrations<sup>210</sup>.

Selon la « Méthode de déclaration pour les concentrations des entreprises » que nous venons d'évoquer, pour vérifier la satisfaction aux seuils déclencheurs du contrôle des concentrations, le chiffre d'affaire d'une entreprise doit comprendre l'ensemble des chiffres d'affaires:

- (1) de l'entreprise concernée elle-même ;
- (2) des entreprises contrôlées directement ou indirectement par l'entreprise du point (1) ;
- (3) des entreprises qui contrôlent directement ou indirectement l'entreprise du point (1) ;
- (4) des entreprises contrôlées directement ou indirectement par les entreprises du point (3) ;
- (5) des entreprises contrôlées conjointement par les entreprises mentionnées dans les points (1)-(4),

Selon le droit chinois, les chiffres d'affaires réalisés entre ces entreprises ne sont pas pris en considération. De plus, pour les entreprises en vente, seuls les chiffres d'affaires

---

<sup>210</sup> Les seuils de déclenchement du contrôle des concentrations par le Ministère du commerce de la Chine sont précisés par les « Normes de la déclaration de concentrations des entreprises » (国务院关于经营者集中申报标准的规定) promulguée par le Conseil des affaires d'état le 3 août 2008. Doit être déclarée toute opération de concentrations lorsque les chiffres d'affaires annuels mondiaux de l'ensemble des entreprises concernées par l'opération dépassent 10 Milliard RMB, ou lorsque les chiffres d'affaires annuels réalisés en Chine par l'ensemble des entreprises concernées dépassent 2 Milliard RMB ; et qu'en même temps, le chiffre d'affaires annuel en Chine réalisé individuellement par au moins 2 entreprises concernées dépasse 400 Millions RMB.

de l'activité en vente sont pris en compte.

Par ailleurs, lorsqu'il existe des entreprises qui sont contrôlées conjointement par plusieurs entreprises concernées ou conjointement par une ou plusieurs entreprises concernées et par des entreprises tierces, le chiffre d'affaire de l'entreprise sous contrôle conjoint doit être pris en compte, mais une seule fois.

La méthode de calcul du chiffre d'affaires, basée principalement sur le chiffre d'affaires consolidé du groupe de sociétés, s'inspire fortement de celui en droit français et en droit communautaire. Toutefois, ces derniers prévoient une notion indépendante de « contrôle », alors que le droit chinois est complètement muet au sujet de cette notion. Etant donné que le terme « contrôle » est évoqué dans la même réglementation tant au regard de l'opération visée par le contrôle des concentrations qu'au regard du calcul du chiffre d'affaires, il serait illogique de penser que le sens du terme « contrôle » est différent selon le régime concerné. Les mêmes critiques, tels que nous avons fait à l'égard de la lacune légale de la notion du contrôle dans le cadre des opérations de concentration, sont aussi pertinents à l'égard de calcul de chiffre d'affaires.

Prévue indirectement par quelques dispositions légales succinctes, le concept du groupe de sociétés en droit chinois de la concurrence a récemment vu le jour. Ce concept, indispensable pour l'application de régime du contrôle administratif des opérations de concentration, n'est ni indépendante ni claire en droit chinois.

### **Section 3 – Le reflet du Groupe en droit pénal**

S'il est relativement facile de dégager, grâce à une abondance de textes et de jurisprudence, le périmètre d'un groupe de sociétés en droit de la concurrence ou en droit du travail, un tel travail s'avère plus délicat en droit pénal.

En effet, en droit pénal, l'utilité de l'existence d'un groupe de sociétés consiste à faire déjouer, de manière exceptionnelle, l'incrimination de l'abus de biens et de crédit sociaux contre les dirigeants d'une société appartenant à un groupe, qui ont sacrifié l'intérêt social au motif de promouvoir l'intérêt commun des sociétés du même groupe.

C'est le Tribunal correctionnel de Paris qui a officiellement initié une telle jurisprudence par son fameux jugement dans l'affaire *Agache-Willot*<sup>211</sup>, en 1974. Il fallut attendre plus de 10 ans pour que la plus Haute Juridiction française ait l'occasion de se prononcer dans l'arrêt *Rozenblum*<sup>212</sup>. La chambre criminelle de la Cour de Cassation énonce en effet que pour échapper à la répression pénale, « *le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* ». Cette jurisprudence est désormais constante.

Grâce à la consécration de cette jurisprudence, le droit pénal français dispose de son propre concept du groupe de sociétés. Fondée principalement sur l'existence d'un groupe bien structuré et doté d'un intérêt commun manifeste entre les membres du groupe, ce concept du groupe a pour l'objectif de ne pas pénaliser, sous réserve de la satisfaction de certaines conditions, les dirigeants sociaux travaillant au sein du groupe (§1).

En revanche, le concept du groupe n'est pas encore reconnu en droit pénal chinois. Le délit équivalent à l'abus de biens et de crédits sociaux, dont l'existence est la base du développement de ce concept du groupe, vient d'être légiféré par le législateur chinois (§2).

## §1. EN DROIT FRANÇAIS

Nous pouvons déduire de la formule de l'arrêt *Rozenblum*, que la qualification du groupe de sociétés est subordonnée à l'existence d'un intérêt commun entre les sociétés groupées, qui doit être concrétisé par une politique réellement mise en place au sein du

---

<sup>211</sup> T. corr. Paris, 16 mai 1974, arrêt *Willot*: Gaz. Pal. 1974, 2, jurispr. p. 886 ; D. 1975, jurispr. p. 37 ; Rev. sociétés 1975, p. 665, note B.O.

<sup>212</sup> Cass. crim., 4 févr. 1985, arrêt *Rozenblum* : Juris-Data n° 1985-000537 ; Bull. crim. 1985, n° 54 ; Rev. sociétés 1985, p. 688, note B. Bouloc ; JCP G 1986, I, 20585, note W. Jeandidier ; D. 1985, jurispr. p. 478, note D. Ohl. La Cour a pourtant retenu la responsabilité des prévenus dans l'affaire, en constatant qu'il n'existait aucun lien véritable entre les sociétés ayant pour objet la construction immobilière et celle dont les prévenus ont pris ultérieurement le contrôle pour l'exploitation des fonds de commerce.

groupe(A). Par l'analyse des autres arrêts s'inscrivant dans la jurisprudence de l'arrêt Rozenblum, nous pouvons dégager un deuxième critère exigeant l'existence d'une structure de groupe de sociétés(B).

#### *A. L'existence d'un intérêt commun réel*

Pour échapper à l'incrimination de l'abus de biens sociaux, la jurisprudence de la Haute Juridiction exige l'existence d'un intérêt commun au sein du groupe de sociétés. Cet intérêt commun peut couvrir des intérêts des différentes natures (1), mais la réalité de cet intérêt doit être appréhendée de façon restrictive (2).

##### *1. Un intérêt commun de portée large*

Selon la formule de l'arrêt Rozenblum, l'intérêt justificatif d'un acte litigieux pourrait être de nature « *économique, financière ou social* », étant davantage précisé que l'utilisation du terme « ou » signifie que ces trois caractères sont appréciés de façon alternative et non cumulative.

La reconnaissance de chaque type d'intérêt ne saurait non plus s'apprécier de façon restrictive. A l'instar de l'intérêt économique, non seulement la complémentarité des activités entre des sociétés, mais aussi la diversité des activités- qui contribue à limiter le risque de chaque secteur d'activité<sup>213</sup>- peuvent constituer la preuve de l'existence d'un intérêt. Il est retenu ainsi dans ce sens que l'intérêt commun social, qui indique la reconnaissance d'un intérêt aux salariés du groupe à l'égard notamment à la préservation de l'emploi, pourrait justifier le recours à une société au détriment d'une autre<sup>214</sup>. Dans le même ordre d'idée, l'épargne de coûts financiers et la réalisation d'économies d'échelle grâce aux aides financières semblent faire apparaître un intérêt commun financier. En tout état de cause, il faut qu'un « *lien logique minimal* »<sup>215</sup> puisse être démontré à travers la mise en place de l'acte en cause.

Le contenu d'un tel intérêt commun reconnu par la jurisprudence criminelle est nécessairement très large, de tels types d'intérêts ne sont pas nécessairement justifiables

<sup>213</sup> C. Freyria et J. Clara, « *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés* », JCP E 1993, p. 251, n° 9

<sup>214</sup> Ch. Le Gunéhec, « *Le fait justificatif tiré de la notion de groupe de sociétés dans le droit pénal français de l'abus de biens sociaux, à propos d'un arrêt de la chambre criminelle du 4 février 1985* », RID pén. 1987, p. 117 et s.

<sup>215</sup> CA Paris 14 fév. 1984, Juris-Data N° 021620

au regard des autres branches du droit économique et social. Par exemple, il serait difficile de justifier auprès de l'autorité fiscale l'abandon d'une créance au profit d'une société sœur en difficulté lorsque cette dernière n'effectue nullement des activités complémentaires et sa disparition ne suscite aucun impact pour la poursuite de l'activité de la société venant au secours. Pourtant, de telles opérations pourraient être justifiées en droit pénal par la reconnaissance d'un intérêt commun. En effet, le droit pénal demeure une branche du droit autonome. Les conséquences d'une responsabilité pénale sont graves aussi, sa mise en cause mérite la plus grande prudence. Même si l'intérêt commun des sociétés de groupe ne suffit pas à justifier la régularisation de l'acte considéré illicite dans d'autres branches du droit, il constitue un fait exonérateur de la responsabilité pénale en cas d'abus des biens sociaux.

Selon la formule minutieusement élaborée par la Haute Juridiction, l'intérêt doit être de caractère « *commun* », et doit être normalement appréhendé comme la communauté des intérêts autonomes de toutes les sociétés qui composent le groupe.

Pourtant, cette communauté n'est nullement facile à définir dans la pratique, étant donné que l'intérêt concret de chaque société impliquée dans une opération litigieuse est inévitablement différent. A titre d'exemple, dans le cadre d'un acte d'abandon de créance, l'intérêt de la société bénéficiaire consiste normalement en sa bonne santé financière voire sa propre survie, tandis que l'intérêt de l'auteur de l'abandon peut être de l'ordre commercial, de l'ordre de la préservation de valeurs de participations et même plus souvent d'un avantage immatériel difficile à chiffrer (l'intégralité d'image, par exemple). Cette contradiction des intérêts concernés entraîne une impossibilité de déceler une convergence des intérêts.

Or, cette divergence des intérêts n'est que superficielle. En effet, ce ne soit pas par la recherche d'une convergence des intérêts sociaux des sociétés du groupe qu'on puisse parvenir à identifier l'intérêt commun. Le fondement de cet intérêt réside dans la prospérité collective de toutes les sociétés membres, réalisée par l'organisation optimale des ressources financières d'ensemble. L'exigence d'une communauté des intérêts a pour effet d'assurer que le sacrifice financier supporté par une société ne soit pas réalisé uniquement pour l'enrichissement de l'autre membre du groupe. Pour que la prospérité du groupe bénéficie à l'ensemble des membres du groupe, l'intérêt fondamental de la société venant au secours doit être ainsi préservé. En d'autres termes, un intérêt commun signifie effectivement le respect de l'intérêt social de toutes les sociétés impliquées dans



l'opération. *In contrario*, l'intérêt au niveau du groupe ne doit plus être considéré comme un intérêt commun et ne peut justifier l'exemption de sanction dès lors que la société sacrifiée ne tire aucun intérêt de l'opération<sup>216</sup>.

L'intérêt commun évoqué dans la jurisprudence de Rozenblum permet donc d'argumenter un intérêt de diverses natures en vue de justifier la légitimité de l'opération en cause. Il fixe également les limites de légitimité des opérations orientées par l'intérêt réel du groupe, mais ce caractère commun de l'intérêt ne permet pas de démontrer en tant que tel un intérêt concret et précis qui réunit un certain nombre de sociétés pour le réaliser. Il nous semble donc impossible de définir le périmètre d'un groupe à travers la découverte d'un intérêt supérieur du groupe. En effet, la Cour de Cassation entend définir le périmètre du groupe en fonction d'un autre critère, qui consiste au constat « *d'une politique élaborée pour l'ensemble de groupe* ».

## ***2. Une politique Commune Effective***

Il ressort de la jurisprudence que l'intérêt commun doit être concrétisé par de réels indices, à savoir un plan d'action servant de ligne directrice de l'ensemble des membres de groupe, qui doit être nécessairement matérialisée par des preuves bien établies, telles que les décisions ou les délibérations des assemblés ou des conseils d'administration<sup>217</sup>. La politique doit être stable et sérieuse, elle ne doit pas être ponctuelle ou momentanée uniquement pour répondre aux besoins précaires au gré des circonstances, sans plan d'ensemble ni justification économique<sup>218</sup>. Elle doit être effectivement mise en place par des actions concrètes animées par la poursuite d'une finalité bien déterminée. En revanche, l'intérêt commun du groupe ne peut qu'être illusoire en l'absence de « *tout projet de collaboration commerciale effectivement engagé* »<sup>219</sup>. La nature de cette politique pourrait être largement variable. A cet égard, une véritable politique commune peut même exister au sein d'un groupe conglomérat, élaboré pour réaliser son expansion en vue de conquérir un marché extérieur par des opérations d'acquisition<sup>220</sup>.

---

<sup>216</sup> Cass. crim. 2 décembre 1991, n° 90-87563

<sup>217</sup> Cass. crim., 23 avr. 1991: Juris-Data n° 1991-001427 ; Bull. crim. 1991, n° 193 ; Rev. sociétés 1991, p. 785, note B. Bouloc

<sup>218</sup> Cass. crim., 9 déc. 1991: Juris-Data n° 1991-003748 ; Bull. crim. 1991, n° 467 ; Rev. sociétés 1992, p. 358, note B. Bouloc

<sup>219</sup> Cass. crim. 24 juin 1991, n°90-86548

<sup>220</sup> T. corr. Paris, 16 mai 1974, arrêt *Willot*, précité. Il est nécessaire de rappeler sommairement les faits de cette affaire. Les frères Willot sont accusés d'abus de biens sociaux. Tout d'abord, il est soulevé qu'une société Agache-Willot, contrôlée par les frères Willot, a acquis le contrôle de la société Saint-frères et a utilisé ensuite les fonds de cette

L'accent est mis sur la tangibilité d'une telle politique, qui doit être réelle, constante et exécutée. C'est exactement ce caractère tangible de la politique de l'ensemble du groupe qui permet de délimiter le périmètre de ce dernier. En effet, puisque cette politique est bien élaborée et déjà mise en place, il n'est donc pas difficile d'identifier toutes les sociétés participant à cette politique collective. Ce sont exactement celles-ci qui doivent être considérées comme constituant un groupe en droit pénal. Dès lors que des preuves sur l'existence réelle d'une politique collective sont apportées, le périmètre du groupe peut par conséquent être défini.

Il est intéressant de constater que la jurisprudence n'a pas défini délibérément les modalités, la répartition des pouvoirs et les procédures d'élaboration, de délibération, d'approbation et d'exécution de cette politique du groupe, vecteur de l'intérêt commun. Ce silence de sagesse de la jurisprudence, s'explique en effet par l'absence de statut juridique et d'organe de fonctionnement du groupe de sociétés.

En effet, face à l'absence de règle légale concernant le fonctionnement et les organes délibératifs du groupe, la chambre criminelle a adopté à juste titre une approche réaliste, en subordonnant les contours du groupe à la constatation d'un intérêt, tandis que la constatation de cet intérêt commun ne dépend d'aucune règle juridique existant sur le plan juridique. En suivant l'approche de la Cour, les juges sont invités à vérifier *a posteriori* un intérêt exprimé à travers une politique bien précise ayant été déjà mise en œuvre au sein de plusieurs sociétés liées. Les juges n'ont pas besoin de revérifier la régularité du déroulement de cette politique, qui ne relève plus, d'après ce que sous-entend la chambre, de l'ordre juridique mais de la modalité de gestion de groupe sur le plan économique. Le travail des juges doit au contraire résider dans la vérification de l'existence de cette politique révélée *de facto* par des activités économiques entre des sociétés concernées dans le passé, pour en déduire l'existence d'un intérêt et ensuite vérifier la conformité de cet intérêt avec les diverses exigences exposées ci-dessus. Il

---

dernière pour payer les actions leur permettant d'en prendre le contrôle. Deuxièmement, ils sont accusés, dans le cadre de leur prise de contrôle du Bon Marché, d'avoir fait financer le prix de cette acquisition par des avances consenties par la société Saint-Frères à la société Agache-Willot. Enfin, à travers diverses manipulations de titres par les frères Willot, une dette initiale de la société Agache-Willot à l'égard de Saint-Frères a été transférée et prise en charge par la société Bon marché au détriment de l'intérêt de cette dernière. Le Tribunal a retenu la responsabilité des prévenus au titre des premier et troisième chefs, en estimant que ces opérations sont poursuivies uniquement dans l'intérêt de la société mère Agache-Willot. Le tribunal a réfuté le deuxième chef d'accusation, en dépit du constat que le consentement des avances pour le projet par la société Saint-Frères a causé des effets nuisibles en raison d'aliénation massives et précipitées d'une grande partie de son patrimoine immobilier et du fait que les sociétés ont des activités disparates. Le juge du fond a estimé que le financement était conforme à la politique d'ensemble du groupe, visant à son extension par des prises de contrôles successives.

s'ensuit que l'intérêt commun ne pourrait pas être conçu *in abstracto*, par avance. L'appréciation de cet intérêt commun, justificatif de la légitimité de l'opération en cause, doit s'apprécier au cas par cas<sup>221</sup>. Elle dépend inévitablement de l'ensemble des circonstances dans lesquelles sont mises en place une politique litigieuse.

De ce qui précède, nous pouvons par ailleurs contester légitimement l'idée générale de l'assimilation de cet intérêt commun à un véritable intérêt de groupe en droit pénal des affaires. En effet, le but ultime est la justification de la légitimité d'un sacrifice intervenu dans l'intérêt commun, et c'est ce dernier qui constitue la seule raison d'être du groupe. Dans la jurisprudence pénale, les concepts de l'intérêt commun et de groupe de sociétés sont évidemment fonctionnels, qui varient en fonction de la nature de l'acte litigieux à justifier et du contexte dans lequel il a eu lieu. L'intérêt commun confiné par nature à un intérêt économique global correspond à un plan d'action, dont l'exécution implique plusieurs sociétés liées qui sont décelées conjointement comme un groupe. Dénuée de toute substance juridique, l'intérêt commun du groupe n'est pas une vraie notion dans l'ordre juridique, il n'est qu'une traduction jurisprudentielle d'un fait économique, sans être affecté d'aucun régime légal particulier.

### *B. Un groupe fortement structuré*

L'exigence structurelle du groupe n'est pas stipulée dans l'arrêt Rozenblum. Pourtant, cette condition plutôt formelle semble indispensable. Déjà évoqué dans l'arrêt *Agache-Willot* du 16 mai 1974, le groupe doit être, selon les juges du fond, composé par des sociétés «*fortement structurées reposant sur des bases non artificielles*». Cette position est constamment retenue par la doctrine. Néanmoins, la jurisprudence est peu disserte quant à la nature des critères nécessaires à l'appréciation de cette structure.

Cependant, il est au moins certain que les liens financiers existant entre les sociétés apparaissent nécessaires à la reconnaissance d'un groupe. Dans sa décision du 8 avril 1999, la chambre criminelle de la Haute juridiction a clairement déclaré que le prétendu groupe de sociétés ne saurait être évoqué dans la mesure où «*les entreprises en présence n'ayant aucun lien de participation de capital les unes dans les autres*». Il en résulte que ni le groupe simplement personnel, caractérisé par la communauté des associés et/ou

---

<sup>221</sup> Cass. crim. 14 décembre 1995

dirigeants, ni le groupe établi par des liens purement contractuels ne suffisent à caractériser le groupe tel qu'il est entendu en droit pénal. Partant de ces exigences assez floues, l'incertitude règne ensuite sur la question du degré de lien financier à partir duquel l'appartenance à un groupe peut être caractérisée. Pourrait-on se référer aux critères du « contrôle » des sociétés déjà développés dans les autres branches du droit ? Mais face à une telle constellation de définitions du « contrôle », quel critère serait le plus opportun ? Si la doctrine a évoqué le groupe faisant l'objet d'une consolidation comptable, c'est parce que sans doute le périmètre d'un tel groupe est plus formel et apparent, constaté et renouvelé annuellement dans le compte consolidé du groupe. Mais rien n'est absolu, il ne s'agit que d'une présomption<sup>222</sup>, qui est réfutable notamment par la constatation de fraudes tendant à masquer la situation désastreuse entre les sociétés de ce groupe consolidé<sup>223</sup>. Nous pouvons alors légitimement penser que les concepts du groupe en droit bancaire, en droit du travail ou dans d'autres branches du droit pourraient être prises en compte, ces éléments mettant en avant, d'une certaine manière, le caractère étroit des relations entre les sociétés ainsi réunies.

En effet, il nous semble qu'aucune définition du contrôle n'a l'ascendant pour déterminer les structures de groupe en droit pénal, ces différentes définitions devraient être appliquées de manière alternative et complémentaire, en fonction des circonstances entourant l'acte faisant l'objet de poursuites pénales. De plus, l'exercice du pouvoir effectif de contrôle et de gestion, l'unité de gestion comptable ou la dépendance commerciale ou financière constituent aussi des éléments à prendre en considération<sup>224</sup>.

Il ne faut pas non plus négliger le caractère fortement conjoncturel des affaires d'abus de biens sociaux. Dans la pratique, le travail des juges est de rationaliser leur décision, de décider de sanctionner ou non les comportements de certains dirigeants sociaux, en tenant compte des intérêts des sociétés concernées par l'acte. Et c'est généralement au regard de ces sociétés concernées que s'apprécie la reconnaissance du groupe de sociétés. La qualification d'un groupe n'a donc pas pour objectif de consacrer formellement une organisation, mais de vérifier la réalité d'un fait justificatif de l'exonération de la responsabilité pénale. Par conséquent, la recherche d'un groupe qualifié doit

---

<sup>222</sup> C. Freyria et J. Clara, « *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés* », précité, p. 250, n° 7, voir également A. Atiback, « *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés* », précité, p. 50 ; au contraire, Mme Boursieur considérait que les comptes consolidés supposent des liens financiers étroits, constituant une condition *sine qua non* à la reconnaissance du groupe sauf en cas de fraude. M.-E. Boursieur, « *Le fait justificatif de groupe, dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité* », Rev. Sociétés 2005, p. 275, n° 42

<sup>223</sup> Cass. crim. 9 décembre 1991, Bull. crim. n° 467 ; Rev. Sociétés 1992, p. 359 et s., note B. Bouloc

<sup>224</sup> A. Atiback, « *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés* », précité, p. 45-57

nécessairement s'inscrire dans la finalité de la recherche de légitimité par les juges, tout en tenant compte des spécificités inhérentes à chaque cas de figure. La reconnaissance d'un groupe devrait être fonctionnelle, orientée dans un but concret, en tenant compte de la nature de l'acte litigieux ainsi que du lien et de la similarité de cet acte par rapport aux autres actes mis en place entre des sociétés liées. De même, il convient de prendre en considération, lorsqu'il faut opter entre diverses branches du droit pour déterminer la notion de contrôle, la nature des intérêts économiques, financiers ou sociaux effectivement impliqués dans l'acte litigieux.

Par à une lecture combinée des deux critères, il est clair que la Cour de cassation adopte une attitude ouverte pour apprécier les divers types de liens nouant les sociétés du groupe, mais en revanche l'existence d'une stratégie solide du groupe doit être rigoureusement vérifiée.

## **§2. EN DROIT CHINOIS**

Les « Amendements du Code pénal (No.6) » promulguée le 29 juin 2006 a légiféré le « délit de l'acte infidèle préjudiciable à l'intérêt de la société cotée en bourse » (*Beixin Sunhai Shangshi Gongsi Liyi Zui ; 背信损害上市公司利益罪*), qui a pour vocation de sanctionner les dirigeants des sociétés cotées en bourse ayant utilisé de manière abusive, dans l'exercice de leurs fonctions, les actifs de la société et entraînant des pertes importantes par cette société.

Les actes constitutifs d'un tel délit sont au nombre de cinq :

(1) la mise à disposition gratuite d'un tiers des fonds, des marchandises, des services ou d'autres actifs de la société ; (2) la mise en place des opérations portant sur la fourniture ou l'acceptation des fonds, des marchandises, des services ou d'autres actifs dans des conditions manifestement inéquitables ; (3) la fourniture des actifs de la sociétés aux personnes manifestement insolvables; (4) d'engager un cautionnement en faveur des personnes manifestement insolvables, ou d'engager un cautionnement sans motif justifiable ; (5) l'abandon des créances et la reprise des dettes sans motif justifiable.

En droit pénal chinois, c'est ce nouveau délit qui s'apparente le plus au délit de l'abus de biens et de crédit sociaux en droit français. Curieusement, cette sanction pénale en

droit chinois ne vise que les dirigeants des sociétés cotées en bourse. Il semble que le législateur chinois a encore des doutes sur la généralisation d'un tel délit applicable à tous les dirigeants des sociétés commerciales. La consécration légale de ce délit semble être motivée par le maintien de l'ordre du marché réglementé et par la volonté de renforcer la protection de la masse des investisseurs, si bien que les mêmes comportements commis par des dirigeants dans des sociétés non cotées en bourse demeurent encore uniquement sanctionnés par la mise en œuvre de la responsabilité civile.

La justification d'un intérêt commun du groupe n'est point une cause d'exonération, les règles dans ce sens faisant complètement défaut en droit chinois. La mise en œuvre de la responsabilité doit s'apprécier exclusivement à l'égard de la société cotée en bourse elle-même, sans que les intérêts de ses sociétés mère, sociétés sœurs ou filiales soient pris en compte.

En résumé, le délit donnant lieu à la reconnaissance nécessaire du groupe de sociétés, c'est-à-dire le délit correspondant à l'abus de bien sociaux, reste encore un très jeune régime en droit chinois, et n'est pas encore généralisé à toutes les sociétés. Le concept du groupe de sociétés n'arrive pas encore à voir le jour, puisque le délit concerné par ce concept de groupe n'est pas encore suffisamment développé.

## **TITRE II – L'IMPORTUNITE D'UNE NOTION JURIDIQUE AUTONOME DU GROUPE**

Un bilan sur les concepts du groupe de sociétés en diverses branches du droit met en avant que la reconnaissance légale du groupe de sociétés relève d'une approche fonctionnelle, si bien que le périmètre du groupe varie en fonction de la finalité de la branche du droit. Cette variabilité des concepts du groupe rend difficile une définition précise du groupe de sociétés en droit.

Cette difficulté n'a pas dissuadé les juristes qui se sont efforcés de proposer des approches pour consacrer en droit une notion et un régime autonome du groupe de sociétés. S'il est quasiment impossible d'avoir une notion transversale du groupe de sociétés pour toutes les branches du droit, il conviendrait sans doute d'élaborer une notion de groupe autonome et solide dans un domaine déterminé de droit des sociétés, puisque cette branche du droit est la plus concernée par la pratique économique du groupe.

Néanmoins, même une telle approche paraît importune, dans la mesure où le groupe de sociétés n'est pas susceptible d'être parfaitement décrit en termes juridiques (**Chapitre I**), et se caractérise par une certaine relativité en droit (**Chapitre II**) :

**Chapitre I - La description imparfaite du groupe de sociétés**

**Chapitre II - La relativité du groupe de sociétés en droit**

## **CHAPITRE I - LA DESCRIPTION IMPARFAITE DU GROUPE DE SOCIETES**

Le groupe de sociétés se caractérise par les liens qui réunissent les sociétés appartenant au groupe. Il convient néanmoins de constater qu'il n'existe, en droit des sociétés, aucun régime juridique adéquat pour définir un tel lien (**Section I**). Au contraire, il apparaît que la véritable existence du groupe de sociétés se caractérise par un pouvoir sous-jacent déterminant les comportements des dirigeants. Bien que la mise en œuvre de ce pouvoir sous-jacent doive nécessairement se réaliser par le biais de régimes juridiques, il n'est pas susceptible d'être reconnu en soi-même dans l'ordre de droit (**Section II**).

### **Section I - L'inadéquation du droit pour définir le lien réunissant les sociétés du groupe**

La détention du capital entre des sociétés constitue naturellement un lien essentiel de l'union des sociétés d'un groupe. Cependant, en raison de la possible dissociation du droit de vote et du capital, le lien financier n'est pas toujours suffisant pour révéler l'importance du pouvoir d'influence que détiennent les associés sur une société (§1). Cette difficulté n'est pas résolue même en renonçant au lien financier et en se prévalant de la notion de contrôle, qui se rapporte essentiellement au pouvoir de contrôle. En droit positif, les effets juridiques de la notion du contrôle sont assez limités, si bien qu'ils ne suffisent pas à permettre l'introduction d'une notion solide du groupe de sociétés (§2).

#### **§1. LA DISSOCIABILITE DU DROIT DE VOTE ET DU CAPITAL**

Au titre d'un principe fondamental en droit des sociétés, le droit de vote attaché aux actions doit être proportionnel à la quotité du capital représenté, et chaque action donne droit à au moins une voix. Ce principe établit un rapport de proportionnalité entre la participation au capital d'un actionnaire et le nombre de voix dont il dispose<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> J.-M. Moulin, « *Droit des actionnaires* », *J.-Cl.* Fasc.1484, n°29



Cependant, ce principe impératif de proportionnalité est bien atténué en droit français (A). Le droit chinois est moins strict que le droit français, car le lien de proportionnalité entre le capital et le droit de vote peut être librement aménagé (B).

#### *A. En droit français*

Le principe de proportionnalité est d'ordre public en droit français, si bien que toute clause statutaire tendant à y déroger doit être considérée comme nulle. Toutefois, ce caractère impératif n'est pas absolu, sa rigueur est susceptible d'être tempérée, tant par des dispositions légales que par des obligations conventionnelles (1).

Ce phénomène de dissociation partielle entre les voix et le capital explique sans doute le fait que les notions légales de « contrôle » soient fondées uniquement sur la possession du droit de vote. Néanmoins, le critère du lien financier persiste en droit français en tant qu'autre critère de la reconnaissance du groupe. Ces deux critères n'étant pas tout à fait compatibles, la définition des liens pouvant caractériser la réunion des sociétés du groupe devient inadéquate (2).

### ***1. Les dérogations au principe de proportionnalité entre voix et capital***

#### **a. Les exceptions légales**

Le législateur français a tempéré à plusieurs reprises la rigueur de ce principe de proportionnalité, en consacrant des catégories d'actions particulières qui permettent la rupture du lien de proportionnalité établi entre les voix et le capital au sein des sociétés anonymes.

L'article L. 225-122 du Code de Commerce, qui instaure ce principe, prévoit déjà une exception. Selon cet article, il est permis d'instaurer, dans les statuts de la société anonyme, un plafond du nombre de voix dont chaque actionnaire peut disposer dans les assemblées. Ce mécanisme est utile dans la défense contre des offres publiques d'achat (OPA) hostiles.

Au surplus, la consécration de la catégorie de l'action à droit de vote double permet au titulaire de cette catégorie d'actions d'avoir une voix double pour chaque action détenue (Article 225-123 du Code de Commerce). Pourtant, cette dérogation au principe général est strictement encadrée par la loi. Le privilège de la double voix relève d'une nature très personnelle. Ce droit est réservé aux actionnaires nominatifs ayant une ancienneté minimale de deux ans, et cesse automatiquement lorsque les actions en cause sont cédées à des tiers ou sont converties en action au porteur.

La création de l'action de préférence multiplie davantage les possibilités de cette dissociation de droit de vote et de capital. En effet, l'article 228-11 permet aux sociétés anonymes de créer des actions de préférence « *avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent* ».

Il en ressort que l'exercice du droit de vote peut être interdit ou suspendu pour un délai déterminé ou déterminable, à la seule condition que le nombre total de ce type d'actions ne dépasse pas la moitié du capital social (ramené à un quart si la société est cotée sur un marché réglementé). De plus, lorsque l'action de préférence n'est pas dépourvue de droit de vote, il n'est pas illicite de prévoir des aménagements au regard du droit de vote qui y est attaché. On peut donc, à cet effet, légitimement limiter le droit de vote à certaines décisions définies ou à une catégorie de décisions, telles que toutes décisions relevant de la compétence de l'Assemblée Ordinaire. Pourtant, bien que l'action de préférence soit censée être assortie d'un droit particulier « *de toute nature* », la spécificité de ce régime est encadrée dans le système du droit des sociétés actuel et ne saurait déroger aux règles fondamentales de ce dernier. Il est donc illicite de créer des actions de préférence à vote pluriel, eu égard à son effet dérogatoire au régime de l'action à droit de vote double prévu à l'article 225-123 du Code de Commerce. S'inscrivant dans le même ordre d'esprit, un droit de veto ne saurait être attaché, en tant que droit particulier, à des actions de préférence<sup>226</sup>, puisque la mise en œuvre d'un tel droit a pour effet de contrarier les règles qui régissent le droit de vote dont bénéficient toutes autres actions<sup>227</sup>.

La rupture du lien de proportionnalité entre le droit de vote et la propriété de l'action est encore strictement réglementée et limitée dans un certain nombre de cas visés par la

---

<sup>226</sup> Il ne s'agit pas du droit de veto qu'un actionnaire détient grâce à la détention d'un nombre de voix suffisant à faire obstacle à la prise de décision en majorité qualifiée.

<sup>227</sup> Cabinet Fidal : « *Actions de préférence, questions de praticiens* », JCP E 2005, 1045, p. 1161 et s.

loi. Par ailleurs, même en dehors de toute hypothèse de rupture de proportionnalité, le droit de vote pourrait aussi se dissocier de la propriété des actions dès lors que l'actionnaire s'engage, par voie contractuelle, à contraindre l'exercice de son propre droit de vote. Ce mécanisme ne semble pas être dépourvu de toute base légale.

### **b. Les dérogations contractuelles établies par la convention de vote**

A part des exceptions légales au principe de la proportionnalité, certaines dérogations contractuelles peuvent être aussi mises en place. En effet, il n'est pas inenvisageable que les actionnaires renoncent à l'exercice discrétionnaire de leurs droits de vote. En concluant un acte conventionnel dit « *convention de vote* », ils peuvent s'engager à voter dans un sens prédéterminé, de s'abstenir de voter sur certains sujets ou pendant une certaine période.

Cette pratique devient illicite et est sanctionnée pénalement dès lors que l'actionnaire s'engage à voter ou à ne pas voter en vue d'« *accorder ou de garantir des avantages* »<sup>228</sup>. Pourtant, d'autres conventions de vote pourraient exister en dehors de toute hypothèse de trafic de voix. A cet égard, aucune disposition légale n'a prévu de prohibition expresse. Au contraire, il semble que le législateur n'y soit pas hostile. L'article 233-3 du Code de Commerce a même reconnu implicitement la validité d'une convention de vote, en prévoyant que le « *contrôle* » peut être caractérisé lorsqu'un actionnaire dispose seul d'une majorité de droit de vote en vertu d'un accord conclu avec d'autres actionnaires. L'article 233-10 du même code fait également référence à cet accord en vue d'exercer les droits de vote pour la définition de l'action de concert.

Malgré une méfiance doctrinale qui subsiste encore<sup>229</sup>, les conventions de vote bénéficient d'une présomption de validité, dès lors qu'elles ne suppriment pas en totalité la liberté de vote de l'actionnaire, qu'elles ne portent atteinte à aucune disposition légale impérative et qu'elles ne contrarient pas l'intérêt social<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> L'article 242-9 du Code de commerce

<sup>229</sup> A. Constantin, « *Réflexions sur la validité des conventions de vote* » : Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 253. - P. Didier, « *Les conventions de vote* » : Mélanges J. Foyer, PUF, 1997, p. 341. - M. Jeantin, « *Les conventions de vote* » : RJ com., n° spécial nov. 1990, p. 135.

<sup>230</sup> A. Charvériat et A. Couret, « *Groupes de sociétés* », Mémento F. Lefebvre 2007-2008, n°2853 et s. p. 305 ; D. Martin, « *Comment contrôler efficacement ses investissements à travers les pactes d'actionnaires* » : LPA 22 mai 1992, p. 16

En effet, la jurisprudence adopte une attitude sélective pour les conventions dont les contenus sont très variables, et ne condamnent que les clauses conventionnelles manifestement illégitimes. Il est illicite pour un actionnaire de renoncer à la totalité de son droit de vote, puisque un tel engagement contredit manifestement le principe d'ordre public imposé par l'article 1844-1 du Code civil, selon lequel l'actionnaire doit garder en tout état de cause le droit de participer aux décisions collectives. Doivent être également considérées comme nulles toutes les conventions ayant pour effet de céder ou de supprimer définitivement les droits de vote. En revanche, une renonciation temporaire au droit de vote, ainsi qu'un engagement de voter certaines décisions pourraient être parfaitement valables. Ces aménagements contractuels ne contrarient pas l'esprit fondamental du principe du libre exercice de droit de vote, dans la mesure où ils ne s'agissent que d'une prise de décision par anticipation<sup>231</sup>.

Ainsi la convention de vote ne saurait déroger à l'application des règles juridiques relevant de l'ordre public, comme par exemple le pouvoir de libre révocation des mandataires sociaux. Il ressort de la jurisprudence qu'une convention de vote peut comporter des clauses valables sur la nomination d'un mandataire social en faveur d'un candidat prédéterminé, mais ne peut, en revanche, interdire aux actionnaires de le révoquer ultérieurement<sup>232</sup>

Enfin, les conventions de vote ne sauraient porter atteinte à l'intérêt social. Cette exigence à l'égard de l'intérêt social signifie que les conventions de vote ne sauraient entraîner des préjudices à la charge de la société. En effet, il n'est pas illicite pour des actionnaires de conclure une convention même dans un but égoïste, pourvu qu'elle soit neutre au regard de l'intérêt social.

Par ailleurs, la convention de vote n'a qu'un effet relatif, si bien qu'elle n'est point opposable à une partie tierce, notamment la société émettrice. En cas de non-respect de la convention, aucune exécution forcée ne peut pas être envisagée. Le seul recours consiste à la réclamation de dommages intérêts contre la partie défaillante.

Malgré toutes ces restrictions, la mise en œuvre de la convention de vote dérogeant aux dispositions législatives accorde aux actionnaires une large marge de manœuvre dans

---

<sup>231</sup> A. Viandier, « *Observation sur les conventions de vote* » : JCP G 1986, I, 3253

<sup>232</sup> Cass. com., 21 févr. 1949 : Bull. civ. 1949, n° 93, p. 156. - Cass. com., 19 déc. 1983 : Rev. sociétés 1985, p. 105, note D. Schmidt

la répartition des pouvoirs de droit de vote au sein d'une société.

Par ailleurs, une convention de vote pourrait être aussi établie entre des actionnaires et des parties tierces. L'ouverture de la convention de vote aux parties externes permet à ces dernières de pouvoir intervenir, par l'interposition des actionnaires officiels, dans toutes les décisions prises dans l'assemblée de la société concernée. Cet interventionnisme externe connaît des limites, puisque toutes les restrictions juridiques portant sur la validité de convention de vote doivent être respectées. Deux mécanismes couramment mis en place dans la pratique nous aident à apercevoir les limites d'aménagement du droit de vote.

D'une part, une convention de vote peut être *a priori* valable dans le cadre d'une convention de portage. Cette dernière s'entend comme une opération par laquelle une personne, le « porteur », acquiert et détient des titres sociaux sur instructions d'un « donneur d'ordre », puis les rétrocède à un bénéficiaire pour un prix et à une date déterminée ou déterminable. Le « porteur » reste, pendant la période du portage, l'actionnaire officiel en apparence, qui s'engage par le truchement d'une convention de vote à exercer l'ensemble de droit de vote en fonction de la décision du donneur d'ordre. Ce dernier est le véritable décideur, mais juridiquement étranger à la société concernée. Dans ce cadre, la convention de vote n'est pas entachée de la nullité même si le « porteur » s'engage à voter, pendant toute sa vie d'actionnaire, selon l'instruction du « donneur d'ordre ». En fait, cette validité de convention doit être appréhendée d'un point de vue global au regard du mécanisme de portage. Vu que la convention de portage se porte sur une opération translatrice ayant pour objectif de réaliser la cession de titres sociaux, la contrainte contractuelle du droit de vote n'est que de nature temporaire.

D'autre part, dans le cadre d'une convention « de croupier », une convention de vote ne saurait être valable. Conçue pour permettre à un associé de partager avec un tiers les bénéfices et les pertes résultant de sa qualité d'associé<sup>233</sup>, la convention de croupier établie entre les parties une relation contractuelle stable, qui est susceptible de perdurer à long terme. Ayant donc pour effet de priver en permanence le droit de vote de l'associé, tout aménagement conventionnel du droit de vote doit être entaché de nullité. En effet, pour qu'une convention « de croupier » soit valable, un associé ne pourrait partager avec

---

<sup>233</sup> M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, « *Droit des sociétés* », 19<sup>e</sup> Ed, Litec, n°1195, p. 517. Etymologiquement, une convention de croupier fait référence à l'opération où le cavalier fait bloc avec un tiers qu'il hisse sur la croupe de son cheval. L'aménagement est en principe secret, l'associé officiel exerce en apparence tous les droits de l'associé mais en secret il règle les comptes avec le vrai maître de l'affaire.

une partie tierce que les produits financiers de ses parts sociales<sup>234</sup>, et ne peut déléguer ses autres prérogatives, notamment le droit de vote au sein de l'assemblée générale de la société<sup>235</sup>.

Comme constaté à juste titre par M. le professeur Viandier, le droit de vote a perdu le lustre qui était le sien à la fin du XIX siècle quand la théorie des droits essentiels des actionnaires venait d'être établie : « *Le droit de vote n'est plus la prérogative absolue qu'elle était autrefois* »<sup>236</sup>. Bien qu'il relève encore comme principe impératif que tous les associés gardent leurs droits de participations aux décisions collectives, le droit de vote ne s'attache plus nécessairement à la qualité d'associé. Cette dissociation contribue à tempérer la certitude du lien entre les sociétés du groupe. Si la définition de lien entre la société mère et la filiale, ainsi que celle de la « participation » font encore partie des éléments fondamentaux dans la reconnaissance du groupe de sociétés en droit des sociétés, elles ne mettent plus en lumière l'intensité exacte du rapport de la domination ou d'influence retenu entre les membres du groupe. De plus, la reconnaissance du droit des parties tierces dans les décisions de l'assemblée, bien qu'elle ne soit que partielle et relative, a bien pour effet d'externaliser le pouvoir des associés officiels.

## ***2. La conséquence des dérogations***

Sans doute en raison de cette dissociation entre droit de vote et qualité d'actionnaire, les notions du « contrôle » définies dans les articles L.233-3 et L.233-16 du Code de Commerce ne se réfèrent point au lien financier. Le législateur a décidé de mesurer le pouvoir de contrôle en fonction du droit de vote qu'un associé, ou même une partie tierce effectivement possède dans la société concernée.

Néanmoins, si aujourd'hui il est incontestable que le lien de contrôle devienne le critère fondamental pour identifier les sociétés appartenant aux groupes de sociétés, il n'est pas le seul critère. Le groupe de sociétés, purement réuni par le lien de financier, reste connu en droit des sociétés.

---

<sup>234</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 20 juill. 1964, Pellissier c/ Blanc : Bull. civ. 1964, I, n° 403 ; JCP CI, 1964, I, 74833 ; D. 1965, somm. p. 14 ; Gaz. Pal. 1964, 2, p. 343 ; RTD com. 1965, p. 121, obs. R. Rodière, et p. 429, obs. Saint-Alary

<sup>235</sup> M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, « *Droit des sociétés* », n°1195, p. 517 - A. Bougnoux, « *Sociétés en non collectif* », J.-Cl. Fasc.59-30, n° 67

<sup>236</sup> A. Viandier, « *Observation sur les conventions de vote* », précité

D'une part, nous pouvons constater qu'en ce qui concerne des textes ayant trait au groupe de sociétés, un nombre prédominant d'articles font références à la notion de « contrôle » prévu soit par l'article L. 233-3, soit par l'article L. 233-16 du Code de Commerce. Le groupe de sociétés est fondé en principe sur la base du pouvoir de « contrôle ».

D'autre part, le concept du groupe de sociétés, caractérisée purement par les liens entre des sociétés mères et leurs filiales sont encore visées par un nombre non négligeable de dispositions légales. Il est permis de les regrouper en trois catégories : la régulation des relations entre la société mère et les salariés du groupe<sup>237</sup> ; l'information concernant la possession d'actions dans d'autres sociétés du groupe par les mandataires sociaux d'une société cotée sur un marché réglementé<sup>238</sup>; l'obtention par un actionnaire d'une société anonyme de droits particuliers dans d'autres sociétés appartenant au même groupe<sup>239</sup>.

Cette dualité au regard du concept fondamental du groupe de sociétés a inévitablement entraîné le caractère hétérogène des critères pour définir le groupe de sociétés<sup>240</sup>. Pour apprécier l'existence du groupe de sociétés en droit des sociétés, le « contrôle » n'est pas le fondement absolu. Or pour avoir une notion de « groupe » solide et cohérente en droit, il est difficile d'accepter que cette notion puisse être édiflée sur deux fondements distincts. Faut-il modifier les articles qui font encore référence aux groupes de sociétés fondés sur le concept de notion de capital ?

Ce réajustement législatif ne nous semble pas avoir d'avenir en droit français, dans la mesure où le législateur semble avoir accepté implicitement la dualité des fondements de

---

<sup>237</sup> Les articles L.225-23, L. 225-28, L. 225-71, L. 225-79 du Code de commerce prévoient les modalités de nomination des administrateurs, des membres du conseil de surveillance d'une société par actions élus par le personnel de sa *filiale*. De plus, l'article L. 225-216 du même code autorise une société à consentir des avances de fonds, des prêts ou des sûretés au profit de ses propres salariés ou aux salariés de sa filiale en vue de souscrire des actions de cette société.

<sup>238</sup> L'article L. 225-109 du Code de commerce prévoit l'obligation pour les mandataires sociaux d'une société par actions de mettre sous forme nominative ou de déposer les actions émises par ses *filiales*, par la société dont elle est la *filiale* ou par les autres *filiales* de cette société.

<sup>239</sup> L'article L228-11 du Code de commerce autorise une société par actions à créer des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature qui peuvent consister en des droits exercés dans la société mère qui possède directement ou indirectement plus de la moitié des actions de la société émettrice des actions de préférence, ou dans la *filiale* que la société émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital. L'article L. 228-93 du même code autorise une société par actions d'émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital à sa société mère qui détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital de la société émettrice, ou à sa filiale dont plus de la moitié du capital est détenue directement ou indirectement par la société émettrice

<sup>240</sup> En effet, comme nous avons exposé dans le titre précédent, cette hétérogénéité subsiste même au regard de la notion du « contrôle ».

groupe de sociétés. Comme nous l'avons exposé, les deux fondements du groupe de sociétés sont simultanément évoqués par l'article L.233-6 du Code de Commerce en vue de délimiter la portée des informations devant être incluses dans le rapport annuel de l'activité et des résultats de la société. Cette dualité est également consacrée dans l'article L.2331-1 du Code du travail (l'ancien article L.439-1), qui prévoit que le comité du groupe doit être établi dans un ensemble des sociétés qui comprend non seulement les sociétés entretenant des liens de contrôle mais aussi des liens financiers. Cette tolérance légale a pour conséquence d'atténuer la consistance de la signification du groupe de sociétés. Dès lors qu'on fait état de cette expression de « groupe », nous ne sommes pas capables de connaître la nature exacte des liens réunissant les membres ce groupe, sauf à vérifier le contexte juridique exact dans lequel le terme a été évoqué.

Néanmoins, le critère du lien financier, étant exclusivement basé sur la détention de plus de la moitié du capital, se distingue du critère de « contrôle », qui se caractérise principalement par l'obtention de la majorité du droit de vote. En raison de l'existence parallèle de ces deux critères non compatibles, il nous semble impossible de déduire, des textes écrits en droit français, une description cohérente et unique du groupe de sociétés.

### *B. En droit chinois*

En droit chinois, le droit de vote d'un actionnaire correspond normalement à la quotité du capital qu'il détient dans la société. Pourtant, la rigueur juridique de cette proportionnalité dépend de la forme de la société.

Dans le cadre d'une SARL, le respect de la proportionnalité n'est que facultatif. Si cette règle demeure applicable de façon générale, elle est susceptible d'être subrogée par des clauses statutaires. La *loi sur les sociétés* ne précisant aucune restriction concernant ces clauses statutaires, il est permis de considérer qu'au sein d'une SARL, il pourrait exister simultanément dans une même société de multiples catégories de parts sociales lesquelles sont assorties des proportions de droit de vote différentes, variant de zéro jusqu'à un droit de vote triplé, quadruplé voire plus.

Au contraire, le principe de la proportionnalité est d'ordre public dans le cadre d'une société anonyme. L'article 104 de la *loi sur les sociétés* prévoit que « *Pour un actionnaire participant aux assemblées générales, chaque action dont il dispose correspond à une*



voix». L'article 132 dispose que « *le Conseil des affaires d'Etat peut élaborer des dispositions particulières pour des actions autres que celles prévues par la présente loi* »<sup>241</sup>. D'après la lecture combinée de ces deux articles, il est clair que le droit de vote d'un actionnaire doit être obligatoirement proportionnel aux nombres d'actions qu'il détient, à moins que les actions émises par la société ne soient assujetties à certains régimes particuliers. Pour autant, aucune réglementation particulière dans le sens de l'article 132 de la loi sur les sociétés n'a été promulguée par le Conseil des Affaires d'Etat, de sorte que le principe de proportionnalité constitue actuellement une règle absolue pour toute société anonyme.

Il convient de noter que le régime de l'action de priorité, action assortie d'un droit de vote affaibli mais aussi d'un droit de dividendes renforcé, attire le gouvernement chinois. L'article 15 d'une réglementation ministérielle en date du 1 mars 2006, intitulé « *Méthode provisoire de gestion des entreprises d'investissement à risques* » (*创业投资企业管理暂行办法*), permet déjà aux entreprises d'investissement à risques d'effectuer des investissements soit par l'achat d'actions, soit par l'achat « *d'actions de priorité* » ou « *d'actions de priorité convertibles* ».

Néanmoins, cette disposition a plutôt une valeur théorique, puisque la réglementation n'a même pas précisé la moindre définition de ces actions. Aussi, ces prétendues « *actions de priorité* » n'ont fait l'objet d'aucune loi ou de règlement promulgué par le Conseil des affaires d'Etat. Les auteurs de cette réglementation, même nombreux, ne sont que des ministères du gouvernement central<sup>242</sup>.

De plus, cette réglementation ministérielle du 1<sup>er</sup> mars 2006 révèle que le gouvernement chinois considère les actions de priorité comme une sorte d'aménagement conventionnel du droit attaché aux actions. Cela suscite en effet l'interrogation de la validité d'une convention de vote dans le cadre de laquelle un titulaire d'actions s'engage à voter dans un sens déterminé ou déterminable conformément aux dispositions de cette convention.

---

<sup>241</sup> La Loi sur les sociétés chinoise prévoit seulement deux types d'actions : les actions porteuses et les actions aux porteurs.

<sup>242</sup> La réglementation a été promulguée conjointement par la Commission du Développement et de Reforme, le Ministère de Science et de Technologie, le Ministère des Finances, le Ministère du Commerce, la Banque Populaire de Chine, le Bureau National des Taxes, le Bureau National du Commerce et de l'Industrie, la Commission de Régulation des Banques, la Commission de Régulation des Valeurs Mobilières, le Bureau National des Changes.

Aucune disposition légale en droit chinois n'a trait à la validité d'une convention de vote. Face au silence de la législation, la doctrine chinoise a souligné deux questions principales liées aux aménagements conventionnels du droit de vote.

La première question concerne le démembrement du droit de vote. Pour certains auteurs, militants d'un régime de fiducie de vote, le droit de vote ne constitue pas un pouvoir impérativement attaché à la qualité de l'actionnaire. De plus, le droit de vote est considéré comme un droit et non pas une fonction de l'actionnaire, de sorte que ce droit de vote pourrait être démembré à d'autres catégories de droit d'actionnaires et pourrait être confié à un autre actionnaire ou à un tiers qui l'exercerait en son nom propre<sup>243</sup>. En effet, inspiré du libéralisme anglo-saxon, ce courant doctrinal qualifie le droit de vote comme un type particulier du droit pécuniaire dont le titulaire pourrait librement disposer. Le droit de vote se résume donc à un instrument de contrôle de la société qui est complètement dissocié du droit patrimonial de l'actionnaire. Cette position doctrinale nous semble extrêmement radicale, et dénie complètement l'obligation personnelle des actionnaires au regard du développement et de la gestion de la société.

Actuellement, le régime de la fiducie de droit de vote n'est pas encore officiellement consacré en droit chinois, puisque la loi sur la fiducie chinoise est applicable uniquement au regard des biens et des droits pécuniaires attachés aux biens, excluant l'application du mécanisme de fiducie à l'égard du droit de vote. Or, certains essais audacieux, applaudis par la doctrine<sup>244</sup>, ont déjà été entrepris dans la pratique, tels que la mise en place de la fiducie des droits de vote des actions de l'entreprise « Tsingtao Beer », qui ont été confiés par un actionnaire, le groupe Anheuser-Busch, à un autre, le Bureau de gestion des actifs d'Etat de Qingdao<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> LIANG Shang Shang, « La fiducie sur le droit de vote », *Falv Kexue*, 2005, n°1, p.83 (梁上上, “论表决权信托”, *法律科学* 2005 年第 1 期)

<sup>244</sup> XUN Zhi Ru, « La justification de la légitimité de la théorie de fiducie de droit de vote », *Faxue*, 2007, n°10 (熊志茹, “表决权信托之理论正当性证明”, *法学* 2007 第 10 期)

<sup>245</sup> Cette opération de fiducie de droit de vote est motivée par le désir du Groupe Anheuser-Busch d'augmenter la portion de sa participation dans la société Qing Dao Beer, de 4,5% à 27 %, par souscription du capital social. Cette augmentation se heurte à l'opposition du Bureau de gestion des actifs d'état de Qing Dao, le plus grand actionnaire, qui va subir en conséquence une baisse de pourcentage des droits de vote. Comme un compromis, Anheuser-Busch s'engage à ne garder que 20% du droit de vote de l'entreprise Qing Dao Beer suite à l'augmentation, et confie, au titre de la fiducie, l'exercice du droit de vote de 7% des actions au Bureau de gestion des actifs d'état de Qing Dao. Bien que l'augmentation du capital soit réalisée par l'émission des nouvelles actions en bourse de Hong Kong, la loi applicable doit être la loi de la Chine continentale, dans la mesure où Qing Dao Beer reste une société immatriculée en Chine. Il nous semble qu'on ne puisse pas exclure l'incertitude de la validité d'un tel montage de fiducie. Pour plus de détails : XIONG Yu Xiang, « Un exemplaire de succès de la mise en place de la fiducie de droit de vote », *Shuishou Yu Qiye*, 2003, n°4 (熊宇翔, “表决权信托运用的一个成功范例”, *税收与企业* 2003 年第 4 期)

La deuxième question concerne la validité d'une convention de vote : l'actionnaire exerce encore personnellement le droit de vote, mais il s'engage à l'exercer tout en se soumettant à la volonté d'un tiers. La doctrine chinoise accueille la validité d'un tel type de convention. En fait, faute de dispositions légales particulières en droit des sociétés, un auteur considère que la validité d'une convention de vote doit être appréciée conformément aux principes de la loi sur les contrats<sup>246</sup>. Il en ressort que la convention de vote, tout en étant inopposable à la société ou aux tiers, doit rester valable et lier les parties contractuelles, à moins qu'elle ne méconnaisse les principes de bonne foi ou ne viole les règles d'ordre public. L'auteur a également souligné que la convention de vote ne saurait être utilisée comme un instrument permettant le trafic de vote. Cette position doctrinale est beaucoup plus souple que le régime de convention de vote en droit français, puisque cette première ne s'oppose pas à la suppression totale de la liberté de vote des actionnaires. Les conventions de croupier, même si elles sont destinées à dépourvoir à titre permanent l'autonomie de l'actionnaire au profit d'un tiers, pourraient donc être reconnues valables. Ce libéralisme trouve son appui en droit positif. Par exemple, des interprétations judiciaires de la Cour Suprême de Shanghai corroborent expressément, sous réserve des textes légaux, l'effet contractuel d'une convention de croupier permettant à un prête nom de se comporter comme l'actionnaire apparent d'une société et d'agir en réalité pour le compte d'un « investisseur invisible » (*Yinming Touziren*, 隐名投资人) qui donne les instructions de vote dans les coulisses et supporte les conséquences résultant de l'opération de société. De plus, en cas de différends dans l'exécution d'une convention de croupier, l'« investisseur invisible » pourrait demander aux juges de lui attribuer directement les bénéfices pécuniaires résultant des actions visées par la convention de croupier<sup>247</sup>. Cet « investisseur invisible » est même autorisé à revendiquer la propriété des actions en cause dès lors qu'il prouve qu'une moitié des actionnaires est déjà au courant de cette convention de croupier et que la société a constamment reconnu son exercice de droits au titre de l'actionnaire de fait<sup>248</sup>.

En bref, les régimes permettant la dissociation entre le droit de vote et la qualité personnelle d'actionnaire connaissent radicalement moins de restrictions en droit chinois

---

<sup>246</sup> CHEN Jie, « Les problèmes juridiques relatifs à la convention de vote », Faxue Zazhi, 2008, n°4, p.133 (陈洁, “ 股东表决协议的法律问题”, 法学杂志 2008 年第四期)

<sup>247</sup> Article 2, secteur 2 de « Quelques avis sur certaines questions relatives aux litiges en droit des sociétés (2) », H.G.F.M.E. (2003)n°15 (« 上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(二) », 沪高法民二[2003]15 号), promulguée le 12 déc. 2003.

<sup>248</sup> Article 1, secteur 1 de « Quelques avis sur certaines questions relatives aux litiges en droit des sociétés (1) », H.G.F.(2003)n°216 (« 上海市高级人民法院关于审理涉及公司诉讼案件若干问题的处理意见(一) », 沪高法[2003]216 号), promulguée le 12 juin 2003.

qu'en droit français.

## **§2. L'INADEQUATION DE LA NOTION DE CONTROLE**

La consécration de la notion de « contrôle » en droit des sociétés est destinée à définir le pouvoir qu'un associé ou un tiers peut exercer sur les comportements de la société contrôlée.

Pourtant, pour savoir si cette notion de « contrôle » est effectivement capable d'introduire une réalité économique du groupe, il convient de déterminer les conséquences d'un tel pouvoir du contrôle.

A cet égard, nous arrivons à observer néanmoins que les diverses définitions légales du lien de « contrôle » n'ont que des conséquences assez relatives en droit des sociétés (A). Cette relativité pourrait, semble-t-il, s'expliquer par la substance assez limitée d'un pouvoir de contrôle qu'une société puisse exercer, à titre d'actionnaire majoritaire, au sein d'une société contrôlée(B).

### *A. Les conséquences relatives d'un lien de contrôle*

Les conséquences relatives d'un lien de contrôle peuvent être constatées tant en droit français (1) qu'en droit chinois (2).

#### *1. Les conséquences relatives d'un lien de contrôle en droit français*

Cette relativité se manifeste directement par l'influence relative de la notion de contrôle en droit écrit (a), et indirectement par la reconnaissance imparfaite de la cession du contrôle d'une société en droit (b).

##### **a. L'influence relative de la notion de contrôle en droit écrit**

Bien que les diverses dispositions légales en droit français évoquent le terme « contrôle », aucune d'entre elles ne consacre cependant un véritable régime du groupe

de sociétés.

Certes, sont nombreux les régimes légaux en droit des sociétés qui font référence à l'une des définitions de contrôle. Mais la fréquence de l'évocation du lien de contrôle dans la loi écrite n'implique pas forcément la consécration d'un régime général du groupe de sociétés en droit. Il faudra premièrement vérifier quelle est l'utilité de la notion du contrôle dans les textes.

Par exemple, la notion de « contrôle » définie dans l'article L. 233-3 du Code de Commerce fait l'objet de références directes dans une série de dispositions légales prévues dans le même code:

- Régime des conventions réglementées : les processus d'approbation et de contrôle doivent être mis en place par les organes sociaux d'une société au regard des conventions qu'elle conclut avec une société qui contrôle l'actionnaire détenant une fraction supérieure à 10% de droit de vote de cette société (Articles L. 225-38, L. 225-86, L. 226-10 et L. 227-10);
- Expertise de gestion : une expertise de gestion peut être demandée par un ou un groupe d'actionnaires représentant au moins 5% du capital social d'une société anonyme pour vérifier une ou plusieurs opérations de gestion d'une autre société qu'elle contrôle (Article L. 225-231) ;
- Obligation d'information de la société cotée en bourse: une personne a l'obligation d'informer une société cotée concernant le franchissement des seuils légaux des droits de vote ou du capital de cette dernière possédé par cette personne, sachant que le capital ou les droits de vote possédés par les sociétés que contrôle cette personne doit également être pris en compte lors du calcul du nombre d'actions (Article L. 233-9, I, 2°);
- Action de concert : la présomption d'action de concert est établie par la loi entre une société et les sociétés qu'elle contrôle (Article L. 233-10, II, 2°)

Ainsi, la notion du « contrôle » défini dans l'article L. 233-16 du Code de Commerce est évoquée dans des textes ayant trait aux réglementations des mandataires sociales de la

société anonyme<sup>249</sup> :

- Une société anonyme a l'obligation d'inclure dans son rapport du Conseil d'Administration ou du Directoire des informations sur toutes les rémunérations et avantages versés aux mandataires sociaux par la société, par toutes les sociétés contrôlées et par la société qui contrôle la société dans laquelle le mandat est exercé (C. com. art. L. 225-102-1).
  
- au regard de la limitation du cumul des mandats par un mandataire social d'une société anonyme. La loi française pose comme principe qu'une personne physique ne peut cumuler plus de cinq mandats sociaux dans les sociétés anonymes, toute nature confondue (Directeur Général, membre du Directoire, Directeur Général unique, administrateur ou membre du Conseil de Surveillance) et sur tout le territoire français (C. com., art. L. 225-94-1, al. 1er). En fait, le nombre de mandats de gestion est limité à cinq (qu'il s'agisse de mandats d'administrateur ou de membre du Conseil de Surveillance, C. com., art. L. 225-21, al. 1er ; L. 225-77, al. 1er et L. 225-94, al. 1er) et le cumul des mandats de direction (Directeur Général, membre du Directoire ou Directeur Général unique) des deux sociétés anonymes est interdit sauf si les titres de chaque société ne sont pas admis à être négociés sur un marché réglementé (C. com., art. L. 225-54-1, al. 1 et al. 3 ; L. 225-67, al. 1 et al. 3). Pourtant, une série d'exceptions dérogeant à ce principe est élaborée de sorte que les mandats cumulés par une personne physique au sein de la société mère et les sociétés qui sont contrôlées au sens de l'article L. 233-16 ne sont comptés qu'une seule fois<sup>250</sup>.

---

<sup>249</sup> En effet, toutes ces dispositions légales prévoyant le renvoi à l'article L.233-16 ne vise que la notion du «contrôle» tel que prévu dans cet article. En revanche, la notion d'« influence notable » également prévue dans l'article L.233-16 est uniquement utilisée pour la consolidation comptable de groupe.

<sup>250</sup> Un administrateur ou un membre du conseil de surveillance d'une société anonyme, peut cumuler un nombre illimité de mandats de ce type dans les sociétés contrôlées par cette société anonyme. Cependant, seul le mandat de cette dernière est pris en compte.

Pour le cumul des mandats d'administrateur ou de membre du conseil de surveillance entre des sociétés non cotées sous le contrôle commun d'une même société (sociétés soeurs), les mandats ne comptent que pour un seul sous réserve que le nombre de mandats détenus à ce titre n'excède pas cinq. Selon ce principe, un mandataire ayant cinq mandats dans des sociétés soeurs ne peut cumuler un sixième mandat au sein d'une autre société sœur sous le même contrôle, alors qu'il est permis d'exercer quatre autres mandats dans les sociétés hors du groupe. Il en résulte qu'une personne physique pourrait être cinq fois administrateurs de cinq groupes différents et détenir en totalité vingt-cinq mandats.

Concernant le cumul des mandats de direction, une personne physique exerçant un premier mandat de directeur général dans une société anonyme est autorisée d'exercer ensuite un mandat de direction dans une autre société anonyme contrôlée au sens de l'article L. 233-16 par la première.

Force est de constater que dans toutes ces dispositions légales évoquées ci-dessus, les notions de « contrôle » sont constamment utilisées comme un paramètre correcteur pour nuancer le champ d'application d'un tel ou tel régime légal. Or aucun de ces régimes légaux n'est spécialement conçu pour réguler les relations entre les sociétés des groupes, et ils s'appliquent de manière générale à toutes les sociétés, qu'elles appartiennent ou non au groupe. L'existence du lien de contrôle entre des sociétés n'entraîne ni le changement de règles du fond de ces régimes, ni la consécration d'un régime général du groupe de sociétés. La prise en compte du lien du contrôle a pour seul effet d'élargir, dans un souci d'efficacité, la portée des personnes ou actes visés par ces régimes légaux.

Par ailleurs, la relativité des conséquences d'un lien de contrôle se manifeste davantage dans le cas où le contrôle fait l'objet d'un acte de cession.

#### **b. La reconnaissance imparfaite de la cession du « contrôle »**

La cession de contrôle consiste en une opération de concentration d'entreprises. Elle présente des grands avantages par rapport aux opérations de fusion qui entraînent la disparition de la société faisant l'objet de la concentration<sup>251</sup>. La cession du contrôle se réalise par la cession massive des titres sociaux de la société, une technique juridique plus souple et moins onéreuse.

Pourtant, dans la réalité, la cession du contrôle peut entraîner des impacts différents de ceux résultant d'une opération simple de cession des titres sociaux. Suite à la cession, de nouvelles stratégies pour la société sont susceptibles d'être adoptées par le nouvel associé majoritaire, et la société pourrait subir, le cas échéant, la privation des divers supports (techniques, financiers, commerciaux, ressources humaines) antérieurement fournis par les sociétés du groupe cédant.

Au demeurant, des impacts pourraient également se produire sur la vie sociale du personnel de la société cédée et sur la concurrence du marché. A cet égard, la cession du contrôle est réglementée par les droits spéciaux tant au regard de la procédure administrative du contrôle des concentrations qu'au regard des obligations d'informations et des consultations auprès des instances représentatives du personnel.

---

<sup>251</sup> B. Oppetit, « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'action » : JCP G 1970, I.2361

Notre étude se limitant au droit des sociétés, nous nous bornerons à vérifier les spécificités juridiques relatives à la cession du contrôle dans ce cadre (1). La limite de ces spécificités met en relief que la notion de cession du « contrôle » reste généralement ignorée en droit de sociétés français (2).

### *1) Les spécificités juridiques relatives à la cession du contrôle*

Dans le cadre du droit des sociétés, la cession du « contrôle » ne présente que trois spécificités ayant des conséquences assez limitées.

#### i. La reconnaissance de la nature d'un acte commercial

En premier lieu, il ressort de la jurisprudence que toute cession de titres d'une société, dès lors qu'elle entraîne la cession du contrôle de la société en faveur du cessionnaire, est de nature commerciale<sup>252</sup>. La cession du contrôle s'apprécie au regard du cessionnaire. La caractérisation est également retenue même si ce transfert de contrôle est réalisé par plusieurs cessions séparées de titres minoritaires, acquis soit de plusieurs cédants, soit par plusieurs actes consécutifs<sup>253</sup>. Le sens du contrôle est apprécié au sens large, si bien qu'une cession du pouvoir de blocage par le minoritaire pourrait aussi être considérée comme une sorte de cession de contrôle<sup>254</sup>.

Néanmoins, cette conséquence particulière présente un intérêt relativement limité. Le caractère commercial de l'acte de cession des titres sociaux a pour effet, d'une part, d'exonérer la preuve écrite de la cession ; et d'autre part, en cas de pluralité de cédants ou de cessionnaires, d'entraîner une solidarité de la responsabilité entre eux. De plus, le litige à l'origine d'un acte commercial doit relever de la compétence de Tribunal du Commerce. Néanmoins, cette conséquence ne présente plus un intérêt important dans la mesure où selon le texte actuel (l'article L.721-3 du Code de Commerce), tous les litiges concernant les actes de cession des titres sociaux d'une société commerciale, y compris

---

<sup>252</sup> Une ancienne jurisprudence française avait estimé que l'acte de cession des parts sociales, même provoquant la cession du contrôle, relevait encore d'un acte civil. En 1978 la Cour de Cassation a renversé cette jurisprudence et est depuis constante. Cf. Cass. com., 28 nov. 1978 : D. 1980, jurispr. p. 316, note Bousquet ; Cass. com., 3 janv. 1985 : Bull. civ. IV, n° 7 ; Cass. com. 11 juill. 1988 : Bull. civ. IV, n° 249

<sup>253</sup> Cass. com., 28 avr. 1987 : Joly. 1987, p. 377 ; CA Paris, 14 nov. 1990 : Rev. sociétés 1991, p. 140, note Y. Guyon

<sup>254</sup> T. com. Grenoble, 21 janv. 1988 : RJ com. 1988, p. 225, note Vidal ; RTD com. 1988, p. 640, n° 5, obs. Reinhard



ceux qui n'ont pas trait au transfert du contrôle, peuvent être tranchés par un Tribunal de Commerce<sup>255</sup>.

- ii. Les régimes réglementaires appliqués à l'acquisition des titres sociaux d'une société cotée en bourse

En second lieu, la loi instaure un système obligatoire qui offre aux minoritaires des sociétés cotées la possibilité de se retirer de la société dans des conditions équitables, lorsque, le contrôle de cette dernière est cédé à un nouvel acquéreur.

Pour une société cotée en bourse, la cession du contrôle peut être réalisée en principe selon deux méthodes. Soit l'acquéreur négocie avec l'actionnaire majoritaire pour acheter d'emblée un bloc d'actions lui conférant le droit de vote suffisant à assurer le contrôle; soit il « ramasse » des actions, c'est-à-dire qu'il achète progressivement des actions d'une société en vue d'en obtenir un nombre suffisant lui permettant de s'emparer du contrôle de cette dernière. Dans tous ces deux types d'opérations, la loi impose à l'acquéreur des obligations en faveur des actionnaires existants.

Dans le cadre d'une acquisition réalisée par l'achat d'actions, dès lors que l'acquéreur (y compris les personnes agissant de concert) détient plus du tiers du capital conférant des droits de vote, ou plus du tiers de droit de vote d'une société soumise au droit français cotée en bourse (y compris celle d'un Etat membre de l'Union Européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace Economique Européen), il doit arrêter le « ramassage » et déposer immédiatement un projet d'offre publique visant la totalité des titres du capital et des titres donnant accès au capital ou aux droits de vote de cette société. Le prix d'offre, valable pour tous les actionnaires existants, doit en principe équivaloir au moins au prix le plus élevé payé par l'acquéreur, ou par d'autres parties agissant de concert, sur une période de douze mois précédant le dépôt de l'offre, à moins qu'une modification du prix soit autorisée par l'AMF, justifiée par un changement manifeste des caractéristiques de la société visée ou du marché de ses titres<sup>256</sup>.

Dans le cadre d'une acquisition d'un bloc d'actions entraînant l'obtention de la majorité du capital ou des droits de vote par l'acquéreur – y compris également les

---

<sup>255</sup> Confirmé par CA Versailles, 13 mai 2004, n°03-8563 : RJDA 12/04, n°1336

<sup>256</sup> Article 234-6 du Règlement Général de AMF

personnes agissant de concert, l'acquéreur est tenu de déposer un projet de garantie de cours. Cette garantie permet aux actionnaires minoritaires sur le marché de vendre au même prix que celui de la cession en bloc des titres qui a été ou doit être réalisée pendant une durée de 10 jours de négociation en bourse au minimum.

Il convient de noter que ces deux régimes ne visent pas à réguler directement le changement du contrôle. Dans une société cotée en bourse, la majorité absolue fait toujours défaut. Le réel pouvoir de « contrôle » est relatif, et dépend non seulement de la fraction de droits de vote détenue par l'actionnaire mais aussi du niveau de concentration des actions détenues par d'autres actionnaires. Or l'application des régimes de l'offre publique obligatoire et de la garantie de cours repose sur des seuils objectivement fixés, sans qu'il ait lieu de vérifier le changement effectif du contrôle. Une offre publique d'achat pourrait être déclenchée même si l'acquéreur n'a pas l'intention d'acquérir le contrôle de la société visée, et en revanche, certaines opérations peuvent entraîner le changement du contrôle réel échappant ainsi aux régimes ci-dessus.

Certes, la cession de contrôle a fréquemment lieu dans les situations visées par les régimes réglementaires de l'AMF ci-dessus. Toutefois, ce lien ne doit pas être considéré comme absolu. En réalité, ces régimes de l'AMF ont pour objectif primordial de maintenir le respect du principe de loyauté dans les opérations d'acquisition et de maintenir l'égalité des droits des actionnaires sur les marchés réglementés<sup>257</sup>. Le simple changement du contrôle d'une société cotée en bourse ne semble pas suffisant en soi à déclencher l'application de ces dispositifs légaux.

iii. La prise en compte de la cession du contrôle au regard de la fraude à la clause d'agrément

Dans le cadre de la mise en œuvre des clauses statutaires d'agrément, la Haute Juridiction a une vision réaliste sur l'effet de la cession du contrôle. A cet égard, la cession du contrôle ne s'assimile plus à une simple cession des titres. La finalité de la cession pourrait être appréciée par les juges, qui vérifient si l'opération ne constitue pas un moyen frauduleux en vue de détourner l'effet de la clause d'agrément. Dans une

---

<sup>257</sup> Y. Guyon, « *Droit des affaires* », Tome 1, 8 Ed., n°596 et s. p. 616 ; J. Cheng, « *Principes applicables à l'acquisition et à la fusion des sociétés cotées : réflexions sur le droit français et recommandations pour le droit chinois* », Thèse Paris I, 2003,

affaire impliquant les trois grands fabricants des pâtes alimentaires, les juges français ont été saisis pour trancher sur la validité d'une cession du contrôle d'une société entre le groupe cédant Lustucru et le cessionnaire le groupe italien Barilla. La société visée par la cession est elle-même un associé détenant 40% de participation dans une autre société holding dont les statuts comportent une clause d'agrément. Cette société holding avait été créée conjointement par le groupe Lustucru et le groupe Rivoire et Carret, qui se sont ensuite rapidement brouillés et le groupe Lustucru chercha à sortir de cette holding. Les juges ont considéré que cette cession de contrôle constitue une fraude à l'agrément, car la cession du contrôle d'une société-associé a en réalité pour objet de déjouer la clause d'agrément prévu dans les statuts de la société holding et de transférer, par personne interposée, ces 40% de participation dans la société holding de Lustucru à Barrilla, alors que ce dernier est manifestement un concurrent de la société holding<sup>258</sup>.

Outre toutes ces spécificités, la cession du contrôle ne donne lieu à aucune conséquence particulière en droit des sociétés.

## 2) *L'ignorance de la spécificité en général*

Pour une société non cotée en bourse, la cession de contrôle relève simplement d'un acte de cession des titres sociaux de la société. Par rapport au régime commun de la cession des titres sociaux, aucune conséquence juridique particulière ne saurait être reconnue.

Il n'y a aucune règle de droit destinée à protéger un tiers de la société dont le contrôle a changé de mains, même si la convention entre les deux parties comporte une clause « *intuitus personae* ». Le changement du contrôle d'une société n'a aucune incidence sur son autonomie juridique. Il ne semble pas que la jurisprudence Barilla-Lustucru puisse s'appliquer automatiquement dans le cadre d'une convention non statutaire. Pour M. le professeur Guyon, la rupture du contrat à l'initiative de la partie tierce pourrait seulement être envisageable lorsque « *le comportement de la nouvelle majorité diminue les garanties dont bénéficie le cocontractant ou empêche le maintien d'une confiance réciproque* »<sup>259</sup>. Même si cette exception est admissible en droit positif, elle devrait être appréciée de façon restrictive afin de ne pas bouleverser la sécurité des transactions.

---

<sup>258</sup> Cass. com. 27 juin 1989, affaire *Barrilla-Lustucru* : RD bancaire et bourse 1989, p. 176, note M. Jentin et A. Viandier ; D. 1990, 314, note J. Bonnard

<sup>259</sup> Y. Guyon, « *Droit des affaires* », précité, n°611, p. 633

De façon générale, pour se protéger d'un tel changement de contrôle qui pourrait générer des conséquences indirectes mais importantes, les contractants doivent insérer, au-delà d'une clause « *intuitus personae* » ordinaire, des clauses spéciales portant sur les incidences des changements du contrôle d'une des parties. La validité de ces clauses a été confirmée par les juges du fond<sup>260</sup>.

De même, un actionnaire minoritaire n'a le droit ni de faire obstacle à une cession d'un bloc d'actions instantanée du contrôle de la société, ni d'exiger la vente de ses actions au même prix que celui convenu entre le cédant et le cessionnaire. Dans l'arrêt de principe Saupiquet-Cassegrain, la Cour de Cassation refuse de reconnaître toute spécificité d'un transfert de contrôle<sup>261</sup>. La cession d'actions assortie d'un transfert de contrôle de la société n'équivaut pas à une fusion-absorption, et elle reste toujours une affaire personnelle entre le cédant et le cessionnaire. Même si le cessionnaire (Saupiquet) du contrôle est un concurrent de la société concernée (Cassegrain) et que l'opération en cause présentait, comme constaté par la Cour d'appel de Rennes, des risques de « *remettre en cause l'objet social et l'existence même de la société et de l'entreprise* »<sup>262</sup>, les juges ne sauraient intervenir dans le contrôle de l'opportunité d'une telle décision.

En dépit de l'avis dissident de certains auteurs, cette jurisprudence semble toujours rester d'actualité. Si le législateur n'a cessé de renforcer dans les années passées les droits des actionnaires minoritaires en vue de mieux protéger leurs intérêts personnels et l'intérêt social de la société, la décision de cession de contrôle par l'actionnaire majoritaire échappe toujours à l'intervention du minoritaire.

Pour éviter un changement de contrôle inattendu, le seul moyen de protéger les actionnaires minoritaires consiste à insérer des clauses statutaires d'agrément.

Eu égard à la reconnaissance très limitée sur la spécificité juridique de la cession de contrôle, il semble que la loi française laisse les parties régler, par voie contractuelle, les conséquences de la cession du contrôle.

---

<sup>260</sup> Rouen, 8 fév. 1974 : Rev. soc., 1974, 507, note Rodière ; RTD Com., 1974, 291, note Houin ; Reims, 24 avril 1989 : Rev. soc. 1990, somm. 77 ; Orléans, 26 sept. 1989 : Rev. soc. 1990 ; somm. 644

<sup>261</sup> Cass.com. 21 janv. 1970 : Bull. civ. 1970, IV, p.28, n°28 ; JCP G 1970, 2361, note B. Oppetit ; Rev. soc. 1970, p.292, note J.G.

<sup>262</sup> CA Rennes, 23 fév. 1968 : JCP G 1969, II, 16122, note Paillusseau et Contin

A cet égard, la jurisprudence française a clairement mis en avant qu'elle n'ignorait pas complètement la réalité du contrôle, même il semble qu'elle entende limiter cette reconnaissance à un domaine très restreint.

## ***2. Les conséquences relatives à un lien de contrôle en droit chinois***

Tout comme le droit français, la loi chinoise ne consacre pas de régime juridique particulier pour la cession du contrôle d'une société, et laisse y s'appliquer le droit commun de cession de parts sociales des sociétés.

Or la cession du droit de contrôle d'une société pourrait entraîner un contrôle administratif plus restrictif dès lors qu'il s'agit d'une acquisition du contrôle d'une société d'investissement purement chinois par un investisseur étranger.

Un règlement important, promulgué conjointement le 8 août 2006 par le Ministère du Commerce et cinq autres autorités ministérielles (couramment désigné Décret N°10)<sup>263</sup>, prévoit une série de règles concernant l'approbation administrative préalable de « la fusion et de l'acquisition » (*Binggou*, 并购) de certains types d'entreprises chinoises par des acquéreurs étrangers. Le terme « *Binggou* » dont fait état le Décret N°10 vise uniquement les opérations d'acquisition menées par des investisseurs étrangers (personne morale ou personne physique) en vue d'acquérir, soit des participations dans des sociétés à capitaux 100% chinois, soit des actifs appartenant à ces sociétés. En général, une opération d'acquisition implique normalement le transfert du pouvoir de contrôle. Cependant, l'article 2 du Décret N°10 semble indiquer implicitement que la réglementation a vocation à s'appliquer à toute opération de cession de participation mentionnée ci-dessus, peu importe qu'elle entraîne ou non un transfert du contrôle de la société cible. Cette position a ensuite été explicitement affirmée par le Ministère du Commerce dans un « Manuel directif » de 2008<sup>264</sup>. D'après ce document, le Ministère du Commerce chinois trouve qu'il serait difficile de préciser la notion d'une véritable

---

<sup>263</sup> Le « Règlement de la fusion et l'acquisition des entreprises domestiques par les investisseurs étrangers » est promulgué par le Ministère du commerce en tant que décret N° 10 de l'année 2006. La Commission de gestion et de surveillance des actifs d'état, le Bureau national des taxes, l'Administration Nationale de l'industrie et du commerce, la Commission de régulation des valeurs mobilières, l'Administration nationale des changes ont co-signé la réglementation.

<sup>264</sup> « Manuel directif de l'administration approbative des investissements étrangers 2008 » Partie V, Section 5 (4), Département de l'administration des investissements étrangers du Ministère du commerce (« 外商投资准入管理指引手册 2008 », 商务部外国投资管理司)

« acquisition » d'entreprise sous le visa du Décret N°10, et suggère qu'une opération doit être considérée comme une véritable « acquisition » dès lors qu'elle concerne une cession de plus de 10% <sup>265</sup> de participation de la société cible. Par conséquent, la mise en place d'une véritable « acquisition » doit se conformer strictement aux dispositions du Décret N° 10, et au contraire, la procédure administrative d'une cession impliquant la cession de moins de 10% de participation de la société cible pourrait être bien simplifiée.

Il ressort de l'interprétation du Manuel directif de 2008 que l'objectif principal du Décret N°10 ne consiste pas alors à réguler la cession du contrôle, mais à contrôler les opérations permettant l'introduction d'une proportion assez importante de l'investissement étranger dans une entreprise à investissement auparavant purement chinois.

Par ailleurs, il existe un seul article du Décret N°10 qui régule la cession du contrôle. L'article 12 prévoit qu'une opération d'acquisition, sous peine d'annulation d'office par le Ministère du Commerce, doit être soumise à l'approbation préalable de cette autorité dès lors qu'elle donne lieu à l'obtention par des investisseurs étrangers d'un pouvoir de contrôle de fait d'une entreprise à capital chinois qui :

- soit effectue des activités dans un domaine d'industrie particulièrement important ;
- soit pourrait avoir une influence sur la sécurité économique de l'Etat ;
- soit possède une marque notoire nationale ou une enseigne traditionnelle et prestigieuse en Chine.

Force est de constater que ni le pouvoir de contrôle, ni les critères déclenchant l'intervention préalable du Ministère du Commerce - tel que le domaine de l'industrie qui est particulièrement important, n'est précisé dans la réglementation. Grâce à cette disposition dont les contenus sont ambigus, le Ministère du Commerce de la Chine garde le pouvoir de s'interférer dans des opérations d'acquisition menées par les investisseurs étrangers susceptibles de susciter des inquiétudes économiques ou politiques de la part du gouvernement chinois. Pour autant, il convient d'observer que dans la pratique, le Ministère du Commerce est assez prudent quant à l'utilisation de cet article. Il n'a même pas eu recours à cet instrument dans le cadre d'une affaire très médiatisée concernant

---

<sup>265</sup> L'autorité se réfère à ce taux de 10% en faisant état des usages de l'OCDE pour le calcul statistique des investissements étrangers et des dispositions en droit chinois concernant la qualité des « *investisseurs étrangers stratégiques* ».

l'acquisition de la société Supor par le groupe SEB, et s'est contenté d'effectuer un contrôle des concentrations au regard du droit de la concurrence. Le droit de veto prévu à l'article 12 du Décret N°10 semble être uniquement utilisé dans les domaines sensibles tels que la sécurité économique. Ainsi le Ministère du Commerce est intervenu dans le cadre du projet d'acquisition de Xu Gong Machines (*Xu Gong Jixie*, 徐工机械) par le groupe Carlyle, car Xu Gong Machines constitue une filiale importante du groupe XCMG, l'un des équipementiers mécaniques primordiaux en Chine.

Enfin, le droit chinois établit également, comme ce que prévoit le droit français, un régime d'offre publique d'achats destinés à protéger les intérêts des actionnaires minoritaires en cas de cession du contrôle d'une société cotée en bourse. Dans le cadre de l'acquisition d'actions réalisée par le « ramassage » des actions, dès lors que l'acquéreur dispose de plus de 30% des actions d'une société, il a l'obligation de déposer immédiatement un projet d'offre publique visant la totalité ou une partie des actions de cette société. En cas d'offre d'achats partiel, au moins 5% des actions de la société doit faire l'objet de l'offre et tous les actionnaires répondant à l'offre doivent être traités de manière équitable par l'acquéreur. Lorsque l'acquéreur obtient plus de 30% des actions par le truchement d'acquisition d'un bloc d'actions, ou lorsqu'il obtient les droits relatifs à plus de 30% des actions par les aménagements conventionnels, l'acquéreur doit déposer une offre publique visant la totalité des actions. Le prix d'offre d'une catégorie d'actions ne saurait être inférieur au prix le plus élevé des actions payées par l'acquéreur pendant les six derniers mois.

En tout état de cause, l'acquéreur pourrait être exempté de déposer une offre publique d'achat par l'administration de régulation des valeurs mobilières lorsqu'il satisfait à l'une de certaines conditions<sup>266</sup>. En effet, l'exemption pourrait être motivée par le fait que l'acquéreur a possédé plus de 50% des actions ou par le fait que l'augmentation de portion d'actions par l'acquéreur n'entraîne pas de changement du « dominateur réel » (*Shiji Kongzhi Ren*, 实际控制人) de la société cible. Elle pourrait être justifiée par le fait que le détenteur de plus de 30% des actions n'a pas pris l'initiative de réaliser cet objectif (à cause de la restructuration déterminée par le gouvernement, de la réduction du capital par la société, de la succession) ou n'a pas l'intention de contrôler la société cible (le détenteur est une banque ou une sociétés de valeurs immobilières qui détient temporairement les actions en vue de distribuer des actions ou de mettre en place des

---

<sup>266</sup> Article 62 et 63 de la « Méthode de l'acquisition des sociétés cotées en bourse » (上市公司收购管理办法), promulguée le 31 juillet 2006 et modifiée le 27 août 2008 par la Commission de régulation des valeurs mobilières.

emprunts bancaires). En dehors de ces situations motivées par l'existence ou non du changement de contrôle, le droit chinois permet également l'exonération du dépôt de l'offre publique d'achats lorsque l'augmentation des actions au dessus de 30% du capital est destinée à résoudre une difficulté financière grave de la société ou à maintenir la stabilité des cours des actions.

On observe en droit chinois, que le régime juridique de l'offre publique d'achats poursuit un objectif mixte. D'une part, l'objectif essentiel consiste à protéger les intérêts des investisseurs minoritaires dans le cadre d'une cession de contrôle d'une société cotée en bourse, et d'autre part, la mise en place de ce régime doit permettre de maintenir nécessairement la stabilité des cours des marchés financiers.

Il est à conclure que le régime général de la cession du contrôle d'une société fait défaut en droit commun chinois. Bien qu'il existe certains régimes particuliers ayant trait à la cession du contrôle, leurs champs d'application sont bien précis et limités, ils consistent uniquement à assurer la sécurité de l'économie d'Etat ou à maintenir le bon fonctionnement des marchés financiers.

### *B. La substance limitée du pouvoir de contrôle*

D'un point de vue juridique, un actionnaire ayant le pouvoir de contrôle d'une société n'a pas le droit d'influencer la direction opérationnelle de la société. Cette limite juridique se manifeste à premier lieu sur l'optique de pouvoirs légaux peu nombreux dont disposent des actionnaires (1). Elle est par ailleurs maintenue en droit à travers la mise en place du principe de la Répartition des Pouvoirs (2).

#### *1. Le contenu du contrôle délimité par le texte*

Outre les droits pécuniaires liés aux titres sociaux, les actionnaires disposent de certaines prérogatives politiques concernant le fonctionnement de la société. Elles se divisent principalement en deux grandes catégories : d'une part le droit de vote au sein de l'assemblée de la société, d'autre part le droit d'information et de surveillance de la direction de la société (le droit de communication, la demande de l'expertise de gestion).



Les droits de vote des actionnaires s'exercent au sein de l'Assemblée Générale des actionnaires conformément à la loi de la majorité. Le contrôle d'une société est par essence le pouvoir d'imposer la volonté discrétionnaire au sein de l'Assemblée Générale. Pour atteindre ce but, il suffit de posséder, en droit et de fait, une majorité de voix dans cet organe social. Le contenu du pouvoir de contrôle est en effet le contenu des pouvoirs dont dispose l'Assemblée Générale.

#### **a. Le contenu du pouvoir de contrôle en droit français**

En droit français, il existe deux modèles d'organisation interne de la société anonyme<sup>267</sup> : la société anonyme traditionnelle où le pouvoir de la société est réparti entre l'assemblée d'actionnaires, le Conseil d'Administration et le Directeur Général; et la société anonyme dualiste où le pouvoir est réparti entre l'assemblée d'actionnaires, le Conseil de Surveillance et le Directoire.

A l'égard des sociétés anonymes traditionnelles, l'étendue du pouvoir des assemblées générales est limitée par la loi. Les compétences essentielles d'une Assemblée Générale ordinaire concernent l'approbation des comptes et l'affectation des résultats, la nomination, le remplacement et la révocation des membres du Conseil d'Administration ou du Directoire et du Conseil de Surveillance, des commissaires aux comptes, l'approbation de certaines opérations conformément aux dispositions légales<sup>268</sup>. Parfois les statuts de la société pourraient attribuer à l'Assemblée Générale ordinaire une compétence complémentaire, tel que le pouvoir de donner l'agrément pour céder des actions (lorsque la libre cessibilité des actions est restreinte par les statuts), d'autoriser certaines opérations jugées trop importantes pour pouvoir être prises par la seule décision des mandataires sociaux, ou de trancher des conflits entre les organes sociaux<sup>269</sup>. La modification des statuts d'une société anonyme relève de la compétence unique de l'Assemblée Générale extraordinaire. Sous réserve des pouvoirs tels que « expressément

---

<sup>267</sup> Le modèle français de gérant-assemblée d'associés, mise en place au sein des SARL, ne trouve pas sa équivalence en droit chinois. En fait, la société à responsabilité limitée chinoise adopte une structure des organes sociaux quasiment identique à celle de la société par actions. Par conséquence, notre comparaison est limitée entre, d'un côté, les sociétés anonymes française, et d'autre côté, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions chinoises.

<sup>268</sup> Sa compétence légale comprend l'approbation des conventions réglementées, le paiement des dividendes, le transfert du siège social, l'achat par la société de ses propres actions en vue de la gestion financière de son capital ou pour les attribuer à ses salariés, l'acquisition par la société, dans les deux ans suivant l'immatriculation, d'un bien appartenant à l'un de ses actionnaires et dont la valeur est au moins égale à 10 % du capital social.

<sup>269</sup> A. Charvériat et A. Couret, « *Sociétés commerciales* », Memento F. Lefebvre 2010, n°11030 et s.

attribués aux assemblées d'actionnaires » (art. L. 225-35, al. 1 du Code de Commerce) (dont l'essentiel est exposé ci-dessus) et dans la limite de l'objet social, le Conseil d'Administration peut se saisir de toutes les questions intéressant la bonne marche de la société et régler les affaires qui la concerne.

Le Directeur Général assume de plein droit, depuis l'entrée en vigueur de la loi 2001-420 du 15 mai 2001, la direction générale de la société anonyme. Ce dernier est désormais investi des pouvoirs *les plus étendus* pour représenter la société dans ses rapports avec les tiers. Après la consécration légale de l'autonomie du Directeur Général, une distinction des compétences entre les organes fonctionnels de la société a dû être mise en exergue: le Conseil d'Administration, étant considéré comme un organe accomplissant des actes de gestion générale et ponctuelle, se voit confier plus précisément une fonction de contrôle de la bonne marche de la société et des orientations stratégiques. Quant au Directeur Général, il est chargé d'assurer l'ensemble des opérations quotidiennes conduites au sein de la société.

Concernant la société anonyme dualiste, la gestion sociétaire est assurée par un Directoire qui est investi de l'ensemble des pouvoirs de direction de la société. En même temps, la surveillance du fonctionnement du Directoire est prise en charge par un Conseil de Surveillance.

La différence la plus fondamentale entre ces deux régimes régissant la société anonyme repose sur la répartition des compétences de direction. Concernant la société anonyme traditionnelle, le pouvoir de direction est réparti entre le Conseil d'Administration et le Directeur Général, même si le Directeur Général se voit investi des « *pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société* » suite à la réforme de la loi 2001-420 du 15 mai 2001(Article L.225-56 I, al.1 du Code de Commerce). Dans ce cadre, le Conseil joue un rôle dualiste. Il est chargé de définir les grandes orientations stratégiques en matière économique, et en même temps il doit exercer un contrôle actif dans la gestion quotidienne des affaires sociales. Bien que les missions imparties par le Conseil d'Administration soient, en premier lieu, le contrôle des affaires du Directeur Général, le conseil doit toujours être considéré comme un organe de direction. En réalité, comme souligné par des auteurs, il est difficile de distinguer précisément les actes de l'administration de ceux de gestion, car ils sont intimement liés

voire même indissociables<sup>270</sup>. De plus, le Conseil d'Administration ne peut se contenter d'effectuer une simple surveillance de la Direction Générale, au contraire, il « *se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent* » (Article L. 225-35, al. 1 du Code de Commerce). Une absence d'intervention en temps utile pourrait être constitutif d'une faute de gestion<sup>271</sup>.

Au contraire, dans le cadre d'une société dualiste, le Directoire dispose des pouvoirs exclusifs dans la direction de la société. Le Conseil de Surveillance se voit seulement confier la mission de surveiller la direction de la société assumée exclusivement par le Directoire. Pour cette raison, les membres du Conseil de Surveillance ne sont pas qualifiés de dirigeants de la société, et donc n'assument pas la responsabilité pesant sur les dirigeants sociaux.

Peu importe ces nuances subtiles relatives à la répartition du pouvoir de la direction, les attributions de l'Assemblée Générale sont générales et identiques quelque soit la forme de la société anonyme. Malgré sa supériorité hiérarchique, l'Assemblée est investie par la loi de pouvoirs assez limités.

L'Assemblée Générale, agissant sous le contrôle de l'actionnaire majoritaire, pourrait toutefois tenter de franchir cette limite et s'emparer d'une partie des pouvoirs initialement dévolus par la loi aux organes de la direction. Si ce transfert de pouvoir entre les organes sociaux est possible, le pouvoir du contrôle pourrait alors s'étendre effectivement aux affaires de direction de la société. Néanmoins, cette extension constitue un problème très délicat, puisqu'elle heurte directement le caractère d'ordre public de la hiérarchie des pouvoirs des organes sociaux

### **b. Le contenu du pouvoir de contrôle en droit chinois**

La loi chinoise prévoit également la répartition du pouvoir entre les organes de la société, qui sont composés normalement d'une Assemblée Générale, d'un Conseil d'Administration (ou d'un ou deux administrateurs exécutifs), d'un Conseil de Surveillance et d'un Directeur Général. Ces dispositions s'appliquent de la même façon qu'il s'agisse d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme. Les

---

<sup>270</sup> D. Gibrila, « *Dirigeants sociaux. – responsabilité civile* », J. Cl. Commercial, Fasc. 1053, N° 22

<sup>271</sup> Cass. com. 25 mars 1997, RJDA 1997, n° 966, Cass. Com. 31 Janvier 1995, RJDA 1995 n° 902

pouvoirs de l'assemblée d'associés et celui de l'Assemblée Générale des actionnaires, énumérés limitativement, consistent en la décision sur (1) l'orientation d'exploitation et le plan des investissements ; (2) l'élection et le remplacement des membres non salariés du Conseil d'Administration et du Conseil de Surveillance, la fixation de leurs rémunérations ; (3) la délibération et l'approbation du rapport du Conseil d'Administration ; (4) la délibération et l'approbation du rapport du Conseil de Surveillance et celui des surveillants ; (5) la délibération et l'approbation du budget annuel et les comptes de l'exercice précédent ; (6) l'affectation du résultat ou le comblement des pertes ; (7) l'augmentation ou la réduction du capital social ; (8) l'émission des obligations ; (9) la scission, la fusion, la dissolution, la liquidation ou la transformation ; (10) la modification des statuts (11) les autres pouvoirs tels que prévus dans les statuts.

Contrairement au droit français, le droit des sociétés chinois établit également une liste des fonctions du Conseil d'Administration. Ces fonctions pourraient être divisées en deux catégories. L'une catégorie comprend des fonctions destinées à assurer le fonctionnement de l'Assemblée Générale et l'exécution des décisions de cette dernière. A cet effet, le Conseil d'Administration est habilité à (1) convoquer l'assemblée et à lui soumettre son rapport de gestion; (2) assurer l'exécution des résolutions de l'assemblée ; (3) élaborer les projets soumis à l'approbation de l'assemblée, y compris ceux relatifs au :

- (a) plan d'exploitation et le projet d'investissements ;
- (b) budget annuel et les comptes de l'exercice précédent ;
- (c) à l'affectation du résultat ou le comblement des déficits ;
- (d) à l'augmentation ou la réduction du capital, l'émission des obligations;
- (e) à la fusion, la scission, la dissolution ou la transformation de la société.

Outre ces fonctions, le Conseil d'Administration se voit confier des fonctions relatives aux affaires de gestion de la société, y compris la fixation de la disposition des organes d'administration, l'élaboration des règles fondamentales de l'administration de la société, la décision sur le recrutement, le licenciement et la détermination du salaire du Directeur Général, l'approbation à la demande de ce dernier des recrutements, des licenciements et la détermination des salaires des directeurs généraux adjoints et du directeur financier (Article 47 de la loi sur les sociétés).

Cette liste des fonctions ne nous permet pas de déduire, d'une manière générale, la portée du pouvoir du Conseil d'Administration relatif aux actes de gestion *in concreto*.

Nous pouvons néanmoins conclure que le Conseil d'Administration en droit chinois dispose de pouvoirs très étendus sur la gestion de la société, sous réserve de certains pouvoirs attribués exclusivement au Directeur Général par les statuts, ou à défaut, par la loi.

Un tel constat se fonde effectivement sur deux arguments.

Tout d'abord, nous pouvons évoquer les dispositions de l'alinéa 1 de l'article 50 de la loi sur les sociétés. L'ancienne version de 1993 prévoit qu'une « *SARL doit disposer d'un Directeur Général, qui est recruté et licencié par le Conseil d'Administration* », le nouvel article en vigueur prévoit qu'une « *SARL peut disposer d'un Directeur Général, dont le recrutement et le licenciement sont arrêtés par le Conseil d'Administration* », ceci signifie que l'institution du Directeur Général n'est plus impérative et à défaut de Directeur Général, l'ensemble des actes de la direction serait inévitablement pris en charge par le Conseil d'Administration à moins que les statuts n'instituent un organe pour certaines opérations particulières.

Ensuite, dans l'hypothèse de l'institution d'un Directeur Général au sein de la société, selon l'alinéa 2 du même article 50, les fonctions du Directeur Général sont susceptibles d'être librement réduites ou limitées par des clauses statutaires, et le pouvoir de direction non attribué à celui-ci serait nécessairement assumé par le Conseil d'Administration. La loi chinoise laisse aux associés le soin de décider dans les statuts, l'attribution du pouvoir du représentant légal, au président du Conseil d'Administration ou au Directeur Général. Si le président est choisi, il sera investi, en tant que représentant légal, du pouvoir le plus étendu pour engager la société envers les tiers, même dans le cas où son acte transgresse la limite des pouvoirs fixés par l'objet social et les dispositions statutaires.

Les dispositions juridiques des organes de gestion en droit chinois se distinguent évidemment de celles en droit français. Pourtant, force est de constater que les droits attribués aux associés (actionnaires) au regard des fonctionnements de la société sont fondamentalement identiques dans les deux pays. Dans cette optique, les marges de manœuvre des associés (actionnaires) en droit français et chinois demeurent limitées, et ne visent en principe que des actes relevant de deux catégories :

- (1) prendre en charge des affaires de nature stratégique pour la société concernée; et
- (2) élire les dirigeants sociaux, surveiller et contrôler des opérations concrètes

assurées uniquement par ces dirigeants, et adopter, le cas échéant, des sanctions contre eux.

Il résulte de cette répartition des pouvoirs qu'en cas d'insatisfaction des actionnaires sur le comportement ou la capacité des dirigeants, l'intervention des actionnaires, qui s'effectue sous forme de résolution de l'assemblée, est strictement limitée au pouvoir de désapprobation sur des affaires soumises à son autorité et à celui de révocation des dirigeants. En d'autres termes, les associés, ainsi que l'assemblée qu'ils composent, ne sauraient se substituer aux dirigeants sociaux et prendre des décisions relevant de la compétence de ces derniers.

## ***2. L'application impérative du Principe de la Répartition des Pouvoirs***

Au niveau de l'hierarchie des organes sociaux, La SARL en droit français ne trouve pas son équivalent en droit chinois, puisque une SARL en droit chinois doit constituer une Assemblée, un Conseil d'administration, un Conseil de surveillance et doit prévoir un poste du Directeur Général. En revanche, l'organisation des organes sociaux d'une SARL en droit chinois est quasiment identique à celle d'une société par actions. Nous comparons donc ici les règles juridiques de la répartition des pouvoirs entre la société anonyme en droit français (a) et les sociétés commerciales (SARL et Société par actions) en droit Chinois(b).

### **a. L'application en droit français**

Il convient de remarquer que la forme sociale dont la répartition du pouvoir est la plus encadrée est de la société anonyme. Dans son célèbre arrêt *Motte* rendu le 4 juin 1946<sup>272</sup>, la Cour de Cassation a posé le premier socle d'une jurisprudence réprimant tous les aménagements conventionnels réorganisant la répartition légale des pouvoirs entre les organes de la société, en indiquant que « *la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'Assemblée Générale : qu'il n'appartient donc pas à l'Assemblée Générale d'empiéter sur les prérogatives du Conseil en matière d'administration ...* ». Tel

---

<sup>272</sup> Cass. com., 4 juin 1946, J.C.P., 1946, II. 3518, note Bastian

qu'indiqué par la doctrine, le principe de la hiérarchie des organes et leurs pouvoirs implique une compétence exclusive de chaque organe social, qui a pour corollaire l'incompétence des autres organes<sup>273</sup>. Cette prohibition d'aménagement, par voie statutaire ou plus largement par voie conventionnelle, demeure toujours d'actualité, et s'applique tant sur les aménagements opérant des transferts directs de pouvoirs entre les organes (a), que sur les transferts indirects au profit d'une unité décisionnelle extérieure (b). Même dans les domaines n'ayant pas été éclaircis par les règles légales ou jurisprudentielles, il semble que l'aménagement conventionnel du pouvoir est assez relatif (c).

### *1) Prohibition des transferts directs de pouvoirs entre les organes*

Les transferts de pouvoir entre les organes de niveaux hiérarchiques différents pourraient s'organiser dans les deux sens. Les transferts des pouvoirs légaux d'un organe hiérarchiquement supérieur à un organe inférieur sont interdits, et vice versa. La jurisprudence a rappelé à plusieurs reprises que l'Assemblée Générale, malgré sa supériorité hiérarchique au sein de la société, n'est pas autorisée à s'immiscer dans les fonctions réservées aux autres organes. Ainsi, la Cour de Cassation a confirmé l'incompétence de l'Assemblée Générale en matière de nomination d'un président de Conseil d'Administration, puisque « *une telle désignation entrerait dans les attributions exclusives du Conseil d'Administration* »<sup>274</sup>. Il en résulte que ni le président du Conseil<sup>275</sup>, ni l'Assemblée<sup>276</sup> ne sont compétents pour procéder à la convocation de l'assemblée qui relève de compétence du Conseil d'Administration ou du Directoire de la société anonyme<sup>277</sup>.

Est également prohibé l'aménagement des pouvoirs entre les organes responsables de la direction de la société. Il en résulte que les statuts d'une société anonyme ne peuvent pas conférer au président du Conseil d'Administration l'autorisation permanente de fournir des garanties en faveur des tiers, car elle revient à la compétence du Conseil<sup>278</sup>.

---

<sup>273</sup> J.-P. Legros, note sous Cas. Com. 22 janv. 1991, Rev. Soc. 1992, p. 61, n° 12

<sup>274</sup> Cass. com. 31 Janvier 1968 : D., 1968, p. 321

<sup>275</sup> Cass. com., 21 juillet 1969, D., 1970, p. 88

<sup>276</sup> Cass. com., 30 avril 1968, D. 1969, p. 89, note Lacombe

<sup>277</sup> L'article 158 de la loi du 24 juillet 1966

<sup>278</sup> CA Lyon, 5 octobre 1990, Rev. soc. , 1991, somm. 391

## 2) *Prohibition sur les transferts indirects des pouvoirs aux tiers*

La prohibition s'étend ainsi aux aménagements conférant certaines prérogatives de direction à un tiers, comme la solution retenue par l'arrêt rendu le 11 juin 1965<sup>279</sup> par la Cour de Cassation, selon laquelle doit être condamnée la convention prévoyant la délégation d'une partie des attributions de l'organe sociétaire, en l'espèce celles du Président – Directeur Général, à un tiers – qui est en l'occurrence l'actionnaire majoritaire de la société.

Cette forte réticence de la jurisprudence française, soutenue par la doctrine<sup>280</sup>, se manifeste pour tout type de transfert conventionnel de la direction, y compris la pratique du « contrat de gestion », par laquelle une entreprise s'engage à confier à une autre le contrôle de l'exploitation d'un ou plusieurs établissements de cette première. D'origine américaine cette pratique est tolérée par la loi chinoise, ce type d'opération a connu un certain succès en Chine dans le domaine de l'hôtellerie. Au contraire, par un arrêt du 6 mai 1996, la Haute Juridiction française a refusé de reconnaître la validité d'un contrat de gestion dans le domaine de l'hôtellerie.

Cette jurisprudence, qui s'inscrit dans le courant jurisprudentiel instauré par l'arrêt *Motte*, nous amène à considérer que tout montage contractuel ayant pour effet d'attribuer des fonctions de la gestion de société à un tiers est dépourvu du fondement légal.

## 3) *Les domaines non éclaircis par la loi*

Admettons le caractère impératif de la répartition légale des pouvoirs, cependant il subsiste encore un point non éclairci.

En fait, eu égard à la complexité des affaires propres à l'exploitation d'une société commerciale, la loi ne peut pas prévoir de manière exhaustive tous les attributs respectifs de chaque organe social. Pourraient-ils être valables les aménagements des pouvoirs

---

<sup>279</sup> Cass. com. 11 juin 1965, Bull. civ. III, n° 361, p. 329; D., 1965, p. 782, RTD. Com. 1965, p. 861, n° 3, obs. R. Houin

<sup>280</sup> « Un président du conseil d'administration (ou un directoire), même avec l'accord de son conseil, (d'administration ou de surveillance) ou de l'assemblée générale, ne peut pas renoncer au profit d'un tiers, fût-il actionnaire majoritaire, à exercer ses pouvoirs de direction. Il s'agit là de dispositions impératives présidant à l'organisation et au fonctionnement de la direction générale des sociétés anonymes auxquelles il ne saurait être dérogé », Ph. Merle, « Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme », D. 1975, p. 245



n'étant visés expressément par les règles légales ?

Il nous semble que ces pouvoirs doivent normalement être soumis à la compétence des organes de l'administration et de direction. Le pouvoir de l'Assemblée doit s'appréhender de manière restrictive, et le Conseil d'Administration, en tant qu'organe intermédiaire entre l'Assemblée et la direction générale, peut intervenir sur toutes les affaires sous réserve du pouvoir expressément attribué par la loi aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social ( l'article L. 225-35 du Code de Commerce). Cette disposition signifie effectivement que le pouvoir de contrôle est strictement délimité dans le cadre des pouvoirs expressément dévolus à l'assemblée.

Certes, la loi n'interdit pas que les statuts de la société repartissent autrement les pouvoirs décisionnels. Les statuts peuvent prévoir que certaines catégories d'opérations, dès lors que la répartition n'est pas fixée par la loi, doivent être soumises à l'autorisation préalable de l'Assemblée Générale<sup>281</sup>. Pourtant, ces clauses statutaires n'ont qu'un effet relatif. Elles ne sont pas dénuées de validité dans la mesure où les dirigeants y sont liés, et que leur responsabilité personnelle peut être engagée en cas d'infraction. Toutefois, ces clauses perdent toute leur force vis-à-vis des tiers, et la société ne peut se soustraire de ses engagements contractuels du seul fait que ses dirigeants ont conclu les conventions en méprisant des limites statutaires. De plus, l'attribution statutaire de ces pouvoirs décisionnels à l'Assemblée ne signifie pas que cette dernière bénéficie d'un élargissement du pouvoir de contrôle. En revanche, le pouvoir redistribué par les statuts reste d'être une prérogative de gestion. Lorsque l'Assemblée possède des prérogatives statutaires lui permettant de s'immiscer dans la direction de la société, les actionnaires encourent alors un risque d'être qualifiés de dirigeants de fait<sup>282</sup>.

#### **b. L'application en droit chinois**

Bien que la *loi sur les sociétés* en Chine énumère une partie des fonctions qui sont respectivement attribuées à l'Assemblée Générale, au Conseil d'Administration et au Directeur Général, le principe de la répartition des pouvoirs entre organes sociaux n'est pas clairement précisé.

---

<sup>281</sup> F. Mansuy, « *Assemblée générale ordinaire - tenue et pouvoir* », *J.-Cl. Fasc. 136-40*, n°77

<sup>282</sup> J.-M. Moulin, « *Société anonyme – pactes d'actionnaires* », *J.-Cl. Fasc. 1486*, n°73

La loi prévoit seulement que les pouvoirs du Directeur Général sont susceptibles d'être aménagés par des dispositions statutaires<sup>283</sup>. En revanche, à l'égard des fonctions dévolues à l'Assemblée et au Conseil d'Administration, la loi reste complètement muette sur une possibilité d'aménagement. Ce contraste des dispositions légales nous permet de déduire, par une interprétation *a contrario*, que l'attribution légale des pouvoirs respectivement aux Assemblée et au Conseil d'Administration est de nature impérative, si bien que toutes clauses statutaires ou conventionnelles ayant pour effet d'y déroger ne sauraient être licites.

Si une partie du pouvoir du Directeur Général d'une SARL ou d'une SA peut être conférée par les statuts au Conseil d'Administration ou son Président, en revanche rien ne s'oppose à l'élargissement des pouvoirs du Directeur Général qui se voit confier des fonctions qui ne sont pas attribuées expressément par le texte à l'Assemblées et au Conseil d'Administration. Ces dispositions font preuve d'une grande souplesse en droit chinois dans le cadre de l'organisation des pouvoirs de gestion (notamment dans gestion courante et quotidienne).

Concernant les affaires ne relevant pas des pouvoirs expressément répartis par les dispositions légales, existe-t-il aussi un certain assouplissement dans la répartition des pouvoirs décisionnels? Contrairement au droit français qui les attribue catégoriquement à un organe social de gestion précisément déterminé<sup>284</sup>, le droit chinois semble favorable à un aménagement statutaire pour les pouvoirs échappant aux textes.

L'article 16 de la *loi sur les sociétés* chinoise prévoit une liberté statutaire dans la répartition des pouvoirs entre l'Assemblée Générale et le Conseil d'administration. Selon cet article, toutes décisions d'investir dans des sociétés tierces ou d'accorder une caution, aval ou garantie à des tiers (à l'exclusion des actionnaires ou des « dominateurs réels ») doivent être approuvées soit par le Conseil d'Administration, soit par l'Assemblée Générale, étant précisé que ce sont les statuts qui doivent préciser l'organe compétent pour l'approbation. A cet égard, l'approche empruntée par le législateur chinois est manifestement différente de celle du législateur français. En effet, en droit français, le pouvoir d'engager une caution, aval ou garantie pour autrui est strictement encadré par

---

<sup>283</sup> Article 50, la Loi sur les sociétés chinoise

<sup>284</sup> L'accord d'un cautionnement aux tiers relève du pouvoir du gérant dans le cadre d'une SARL. Lorsque l'engagement est pris par une société anonyme, il doit toutefois être soumis à l'approbation préalable, selon le cas, du conseil d'administration ou du conseil de surveillance (les articles L.225-35 et L. 225-68 du Code de commerce).

les dispositions légales.

Les opérations d'investissements et de cautionnements ne s'inscrivent pas directement dans les listes légales des fonctions attribuées respectivement à l'Assemblée Générale et au Conseil d'Administration. Elles font l'objet de dispositions particulières à l'article 16 de la *loi sur les sociétés* en raison de l'importance de leurs conséquences financières sur la société. D'autres types d'opérations comme ceux concernant la gestion quotidienne de la société relève d'une importance relativement diminuée. Mais le pouvoir décisionnel de ces opérations pourrait, nous semble-t-il, être soumis à l'aménagement statutaire à l'instar du modèle de l'article 16 de la loi sur les sociétés.

Il est évident qu'en droit chinois, la répartition du pouvoir entre l'Assemblée Générale et le Conseil d'Administration n'est pas aussi rigoureuse qu'en droit français. A *fortiori*, l'existence de certaines formes juridiques proches de la « société » pourrait nuancer davantage ce principe de répartition de pouvoirs.

En effet, au sein des *joint venture à capitaux mixtes sino étrangers* et des *joint venture contractuelles sino-étrangères* en droit chinois, la frontière entre la compétence de l'Assemblée et celle du Conseil d'Administration est parfois complètement gommée. Selon la loi chinoise, la joint venture dispose normalement d'une forme juridique de la société. Cependant, le Conseil d'Administration de la joint venture (ou la Commission de Gestion Conjointe, organe homologue dans une joint venture contractuelle) rassemble entre ses mains l'ensemble des pouvoirs de contrôle et de direction qui aurait dû être attribué respectivement à l'Assemblée et au Conseil d'Administration, étant précisé qu'il constitue légalement l'organe du pouvoir suprême de la société et qu'il est habilité à prendre toute décision importante pour la société.

En Chine, la « loi sur les joint venture aux capitaux mixtes sino étrangers », promulgué le 1<sup>er</sup> Juillet 1979, est la première loi de la république populaire de la Chine portant sur la création et l'organisation d'une personne morale à responsabilité limitée, et il a fallu attendre quatorze ans pour que la *loi sur les sociétés* voie le jour en décembre 1993. Même après la promulgation de cette dernière, le régime de joint venture, caractérisé par la suprématie du Conseil d'Administration, continua d'être en vigueur. Dans la pratique ce régime s'est imposé aussi au sein des sociétés aux capitaux exclusivement étrangers jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les sociétés début 2006.

En marge des sociétés à capitaux étrangers, les entreprises d'état, dont le nombre était très important en Chine jusqu'il y a une dizaine d'années, s'organisent sous l'autorité unique du chef d'entreprise qui dispose de tous pouvoirs décisionnels et de gestion. Dans une entreprise d'état, le contenu et la modalité de l'exercice du pouvoir par l'investisseur étatique (ou « associé unique » si on évoque littéralement le terme en chinois) n'ont jamais été précisément définis par la loi.

En tenant compte de l'évolution de la loi chinoise et les circonstances actuelles, il n'est pas difficile de comprendre que le droit des sociétés chinoises comporte encore, à ce stade, les ambiguïtés sur le caractère impératif et sur le contenu des attributs dévolues aux organes de la société.

Malgré toutes ces nuances et ambiguïtés, le principe de la répartition des pouvoirs entre les organes sociaux et les actionnaires n'est pas complètement remis en cause. Les actionnaires sont normalement défendus d'exercer directement le pouvoir de l'administration et de la gestion de la société.

Il est évident que, sur le plan juridique, le « contrôle » demeure une notion incomplète, insuffisante pour définir des groupes de sociétés correspondant à la réalité économique. Le titulaire de droit de « contrôle » ne dispose pas même le droit de gérer directement la société. Face à cette inadéquation de la notion de contrôle, il convient de chercher quel est le véritable mécanisme qui permet aux groupes d'avoir l'autorité d'imposer leurs volontés.

## **Section II – La direction sous-jacente de sociétés appartenant au groupe**

Le pouvoir résultant du « contrôle » est juridiquement limité au pouvoir décisionnel relevant de la compétence de l'assemblée. Quant à l'associé majoritaire, il n'a aucun droit de donner des instructions directes relatives à la direction de la société.

Néanmoins, force est d'observer que dans la pratique les actionnaires disposant du pouvoir de contrôle pourraient en réalité s'emparer de tous les pouvoirs décisionnels d'une filiale, la rendant complètement dépendante de la société mère. Et par l'intervention des actionnaires majoritaires, le groupe peut réussir à s'immiscer et même à maîtriser la direction de toutes les sociétés appartenant au groupe.

Ce pouvoir de direction éventuellement obtenu par le groupe n'est pas formellement reconnu en droit. En revanche, il se heurte au principe de la répartition hiérarchique du pouvoir de la société. Paradoxalement, le droit consacre des régimes permettant aux groupes de sociétés d'obtenir un pouvoir de direction *de facto*, qui est effectivement mis en place par la création directe des liens de dépendance factuels entre le groupe et les dirigeants des sociétés membres du groupe.

En général, ces liens de dépendance sont mis en place selon une modalité indirecte et sous-jacente. Ils s'établissent par le biais de pression psychologique exercée sur les dirigeants par le groupe, en menaçant d'exercer leur droit de révocation (§1). De plus, l'autorité du groupe sur les dirigeants pourrait être davantage confortée par certains régimes spéciaux facultatifs (§2).

### **§1. LA CREATION DE LA DEPENDANCE PSYCHOLOGIQUE DES DIRIGEANTS PAR LE BIAIS DU DROIT DE REVOCATION**

Les dispositifs juridiques du droit des sociétés mettent en place un système hiérarchique assurant une répartition de pouvoir au sein de la société. Ce système est spécifiquement caractérisé par la séparation du pouvoir de « contrôle » et le pouvoir de « direction ». Selon le concept initial du droit, suite à la nomination des dirigeants sociaux, le pouvoir de la direction et la gestion de la société leur sont confiés entièrement. Par contraste, les actionnaires jouent un rôle restreint dans le domaine de la gestion de

leurs placements financiers. Ils utilisent leur pouvoir de contrôle comme d'un instrument leur permettant de gérer leurs investissements, c'est-à-dire définir les stratégies, choisir les dirigeants, exercer une surveillance et adopter le cas échéant des mesures de sanctions contre les dirigeants défailants. Le contenu de ce pouvoir de contrôle nous semble suffisant mais aussi nécessaire pour assurer une bonne gestion de leur placement. Il est exercé directement par l'actionnaire qui dispose de la voix majoritaire de l'assemblée.

Si ce schéma institutionnel des organes sociaux est strictement respecté, la direction centrale des sociétés appartenant à un même groupe devient impossible à mettre en place.

Pourtant, il existe une carence dans la pratique, qui permet de détourner les principes de la répartition hiérarchique du pouvoir et ceux de l'exercice du pouvoir de direction. Comme le souligne M. Gauthier, un processus de l'exercice du pouvoir de direction peut être décomposé en deux étapes successives<sup>285</sup> : une phase subjective, se traduisant par tout acte relatif à la prise de décision sur une affaire donnée, et ensuite une phase objective, qui se réalise par l'exécution d'actes concrets et positifs, souvent sous forme d'engagements juridiques formellement souscrits par les organes sociaux de la société. Pour être conforme au principe de répartition du pouvoir, deux points essentiels doivent être respectés : que les organes sociaux se bornent à exercer strictement leur propre pouvoir de contrôle délimité par la loi, et qu'ils les exercent de façon autonome. Néanmoins, s'il n'est pas difficile de contrôler le respect formel de la répartition des pouvoirs entre les organes sociaux durant la phase objective, il sera en revanche très difficile de contrôler, durant la phase subjective, l'autonomie des mandataires sociaux qui composent les organes sociaux.

L'élément essentiel générateur d'une telle dépendance psychologique des dirigeants sociaux est la consécration du droit de l'Assemblée de révoquer les mandataires sociaux. Ce droit est indéniablement nécessaire pour une bonne gestion des placements, puisqu'il faut assurer constamment aux actionnaires-investisseurs un pouvoir leur permettant de librement déterminer et remplacer les mandataires qui gèrent leurs investissements. Néanmoins, le même droit de révocation fournit en même temps aux actionnaires majoritaires la possibilité de dépasser *de facto* la limite de leurs fonctions d'investisseurs, en menaçant la révocation de tout dirigeant qui refuse d'exécuter les directives des actionnaires majoritaires concernant la direction de la société. En apparence, toutes les

---

<sup>285</sup> T. Gauthier, « *Les dirigeants et les groupes de sociétés* », Litec 2002, p. 356, n° 550.

décisions relatives à la direction de la société sont encore prises par des dirigeants sociaux, alors qu'en réalité, ces derniers peuvent, en dépit de leur indépendance apparente, être subordonnés aux actionnaires majoritaires.

En théorie, il est permis de penser que l'exercice ou la menace de l'exercice du droit de révocation par le groupe de sociétés puissent constituer un abus de droit, dès lors qu'il est exercé dans l'unique dessein de forcer l'état de dépendance des dirigeants sociaux. Néanmoins, il semble très difficile de mettre en place un régime judiciaire pour contrôler le caractère abusif de la révocation, puisque cela nécessite forcément une appréciation du bien-fondé et de l'opportunité d'une telle révocation. Or cette appréciation suppose que les juges s'expriment sur la pertinence des politiques économiques des dirigeants, et cela entraîne inévitablement une ingérence judiciaire sur la gouvernance de la société. Cette mission dépasse en général la compétence des juges.

Il convient alors de vérifier sous quelles conditions le droit de révocation peut être exercé au sein du groupe, afin de déterminer le niveau d'influence psychologique qu'un groupe de sociétés, par le biais de l'actionnaire majoritaire, peut exercer sur ces dirigeants. Nous étudier consécutivement ce sujet en droit français **(A)** et en droit chinois **(B)**.

#### *A. En droit français*

L'étude du régime juridique de révocation des dirigeants montre que les actionnaires majoritaires de l'Assemblée peuvent exercer d'une manière quasiment discrétionnaire le droit de révocation **(1)**. La libre révocation est d'autant plus renforcée par le fait que toute convention ayant pour effet de restreindre une telle liberté de révocation doit être normalement nulle en droit **(2)**.

### ***1. L'exercice quasiment discrétionnaire du droit de révocation des dirigeants***

#### **a. La révocation au regard d'une seule société**

Selon la loi française, les conditions de révocation des dirigeants sont classées en

deux catégories : la révocation à juste motif et la révocation *ad nutum*.

La révocation du dirigeant doit être fondée sur un juste motif dès lors qu'elle vise les gérants de SARL, les membres du Directoire de la société anonyme de type moderne ainsi que les directeurs généraux (sauf s'ils assument en même temps les fonctions de Président du Conseil d'Administration) et les directeurs généraux délégués de la société anonyme de type classique. Selon la jurisprudence, ce juste motif pourrait reposer soit sur une faute du dirigeant caractérisée, soit sur la nécessité eu égard à l'exigence de l'intérêt social.

Devant être suffisamment grave pour justifier la révocation sans indemnisation<sup>286</sup>, la faute pourrait consister en un acte positif ou un acte passif récent<sup>287</sup>. Cette faute doit être appréciée uniquement d'après des éléments objectifs<sup>288</sup>.

En outre, la révocation pourrait être légitimement justifiée par l'impératif de l'intérêt social. A cet égard, un dirigeant peut être légitimement révoqué en raison d'une perte de confiance qui repose souvent sur la dégradation économique de l'activité de la société<sup>289</sup>. Il est également révocable lorsqu'il existe une mésentente fondamentale sur la politique sociale ou sur la méthode de gestion soit entre les dirigeants sociaux<sup>290</sup>, soit entre les associés<sup>291</sup>, soit entre ces deux derniers<sup>292</sup>, sachant qu'une telle mésentente risque d'entraîner un dysfonctionnement de la société.

Pourtant, il convient de remarquer que l'expression d'« intérêt social » n'est pas sans

---

<sup>286</sup> CA Bordeaux, 21 janv. 1988 : RD bancaire et bourse 1988, p. 201, obs. M. Jeantin et A. Viandier ; CA Paris, 8 nov. 1991 : RJDA 2/1992, n° 167. ; Cass. com., 29 mai 1990 : Joly. 1990, p. 795. ; CA Agen, 9 nov. 1989 : JCP E 1990, I, 15838, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Joly. 1990, p. 198. ; CA Paris, 23 avr. 1992 : RJDA 8-9/1992, n° 837

<sup>287</sup> L'acte positif se caractérise lors d'une infraction aux lois, aux dispositions statutaires ou par une gestion catastrophique de la société : CA Bordeaux, 21 janv. 1988, op. cit. ; Cass. com., 17 déc. 1974 : Rev. sociétés 1975, p. 463, note J. H. ; un acte passif peut être le non-respect de la décision collective des organes sociaux ou une absence de prise de décision en temps utile face à l'aggravation de la situation de la société : T. com. Bordeaux, 20 juin 1985 : Rev. sociétés 1986, p. 628 ; CA Paris, 13 mars 1984 : Joly. 1984, p. 656

<sup>288</sup> CA Paris, 4 nov. 1992 : Joly. 1993, p. 110, note R. Baillod ; RTD com. 1993, p. 329, obs. C. Champaud et D. Danet D. Gibrila

<sup>289</sup> CA Paris, 26 janv. 1987 : JCP E 1988, I, 15168, n° 17, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain. ; CA Paris 8 nov. 1991 : Dr. sociétés mars 1992, comm. n° 60, obs. H. Le Nabasque ; Rev. sociétés 1992, p. 123, note Y. G. ; RTD com. 1992, p. 395, n° 12, obs. C. Champaud et D. Danet

<sup>290</sup> Cass. com. 31 janv. 2001 : BRDA 7/2001, p. 4, n° 4 ; RJDA 6/2001, n° 701 ; Joly. 2001, p. 791, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés nov. 2001, n° 164, obs. F.-X. Lucas ; Cass. com. 4 mai 1999 : Bull. civ. IV, n° 94 ; BRDA 11/1999, p. 3, n° 1 ; RJDA 7/1999, n° 792 ; JCP E 1999, n° 29, p. 1237, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Defrénois 1999, p. 1188, obs. J. Honorat ; Joly. 1999, p. 914, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés août-sept. 1999, n° 126, obs. Th. Bonneau ; RJ com. 2000, p. 238, obs. D. Gibrila ; D. 2000, somm. p. 236, obs. J.-C. Hallouin

<sup>291</sup> Cass. com. 25 avr. 2000 : Rev. sociétés 2000, p. 586, obs. Y. Guyon ; JCP E 2000, n° 46, p. 1808, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain

<sup>292</sup> Cass. com., 15 févr. 1994 : RJDA 5/1994, n° 540, 2 e esp.



artifice. En effet, les juges ne cherchent pas à vérifier, pour appréhender le bien-fondé d'une telle révocation, le contenu exact de l'intérêt social. Ils se contentent plutôt de constater l'existence d'un conflit sérieux entre le dirigeant et les actionnaires, susceptibles de porter atteinte à l'intérêt de la société dirigée. Une fois qu'un conflit sérieux est constaté, les juges ne peuvent pas annuler une révocation au motif que les politiques du dirigeant révoqué sont plus conformes à l'intérêt de la société que celles de l'actionnaire majoritaire.

La jurisprudence exerce un contrôle minime sur le fondement de la révocation des dirigeants d'une société à responsabilité limitée. En revanche, en ce qui concerne tous les dirigeants sociaux d'une société anonyme, ils peuvent être révoqués à tout moment par l'Assemblée Générale Ordinaire (l'article L.225-18, alinéa 2 du Code de Commerce), ou par le Conseil d'Administration (art. L.225-47 alinéa 3 et art. L.225-55 alinéa 1 du Code Commerce). Couramment désignée révocation *ad nutum* – ce qui signifie une éviction « sur simple signe de tête » ou « au moindre signe », ce type de révocation se caractérise par l'absence de motif justifiant la révocation. L'organe compétent peut révoquer le dirigeant à tout moment sans le moindre préavis<sup>293</sup>, sans avoir à le justifier par un motif quelconque même s'il ne s'agit que d'un prétexte fallacieux<sup>294</sup>, et par conséquent sans avoir à accorder d'indemnités.

La validité de la révocation n'étant jamais susceptible d'être contestée, la société sera seulement responsable de dommages et intérêts en cas d'abus de droit dans la libre révocation<sup>295</sup>, qui ne peut se caractériser que dans deux types de situation.

En premier lieu, la responsabilité pourrait être mise en place lorsque la révocation intervient dans des circonstances brutales, injurieuses ou vexatoires qui sont susceptibles de nuire à l'honorabilité ou la réputation professionnelle du dirigeant révoqué<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> La révocation pourrait valablement être prononcée même si elle n'est pas inscrite à l'ordre du jour de la réunion.

<sup>294</sup> Cass. com. 3 Janvier 1985, Bull. civ. IV. n° 6

<sup>295</sup> D. Gibirila, *op. cit.*, n° 120 et s. ; A. Charvériat et A. Couret « *Sociétés commerciales* », Mémento F. Lefebvre 2010, n° 7851 et s.

<sup>296</sup> Cass. com. 6 mai 1974, JCP 1974 II, n° 17859 note Brust, Cass. com. 21 juillet 1969, Bull. Civ. IV. n° 277 ; Cass. com., 21 juin 1988 : Joly. 1988, p. 687 ; JCP E 1989, II, 15415, n° 12, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; CA Versailles, 27 juin 1996 : RJDA nov. 1996, n° 1351 ; CA Paris, 4 sept. 1998 : RJDA 12/1998, n° 1369 ; Dr. sociétés déc. 1998, n° 162, obs. D. Vidal ; Joly. 1999, p. 102, note P. Scholer ;

Des circonstances brutales, injurieuses ou vexatoires sont caractérisées dans le cas où la révocation est accompagnée de mesures de publicité malveillante : CA Paris, 13 oct. 2000 : BRDA 22/2000, p 5, n° 6 ; RJDA 1/2001, n° 5. L'indemnisation est aussi prononcée lorsque la révocation est décidée brutalement laissant supposer que le dirigeant a commis des fautes graves : Cass. com., 1<sup>er</sup> févr. 1994, préc. ; ou dans le cas où la révocation d'un dirigeant est prononcée le lendemain du jour où ce dernier a assigné en justice la société, alors que l'urgence d'une telle révocation n'est ni démontrée ni justifiée : CA Paris, 28 oct. 1994 : RJDA 1/1995, n° 39 ; Rev. sociétés 1995, p. 110,

L'appréciation de telles circonstances se dissocient complètement du bien-fondé du motif de la révocation, la gravité d'une faute commise par le dirigeant ne justifie pas la brutalité de la déclaration de la révocation<sup>297</sup>.

C'est aussi le cas lorsque la décision est prise au mépris du principe de contradiction et du droit de défense du dirigeant. Auparavant, la doctrine et la jurisprudence dominante refusaient la nécessité de toute formalité (inscription à l'ordre du jour, procédure d'audition préalable des observations de l'intéressé) relative à la décision de révocation<sup>298</sup>. La Haute Juridiction française a effectué un revirement de jurisprudence par un arrêt du 26 Avril 1994<sup>299</sup>. Selon cet arrêt, une société engage sa responsabilité en cas de révocation de son Directeur Général informé de sa révocation par une lettre recommandée du Président du Conseil d'Administration sans aucun préavis. Cette position ayant été ensuite confirmée à plusieurs reprises<sup>300</sup>, le droit positif retient dorénavant que la société doit accorder un droit au dirigeant d'être préalablement informé et être en mesure de présenter son observation avant que la décision de la révocation ne soit effective.

Cette jurisprudence n'est pas immuable, des critiques de la doctrine ont mis en avant l'introduction artificielle d'un droit de la défense en droit des sociétés. Il est vrai que la procédure de révocation ne pourrait pas s'assimiler à une procédure judiciaire, notamment car l'organe compétent de la décision de révocation n'est nullement impartial. Néanmoins, cette solution mérite d'être soutenue dans la mesure où elle procure aux parties en conflit une dernière opportunité de se réconcilier, sans que la nature juridique de la révocation *ad nutum* soit remise en cause. Le droit de révoquer le dirigeant sans préavis n'est pas tempéré par l'exigence d'une procédure contradictoire, sachant que l'obligation d'informer préalablement le dirigeant n'a que pour objet de permettre à ce

---

obs. Y. Guyon ; Dr. sociétés févr. 1995, n° 35, obs. D. Vidal ; Joly. 1995, p. 55, note E. Lepoutre

<sup>297</sup> Cass. com., 11 oct. 1988 : LPA 24 oct. 1988, n° 128, p. 2, note P. Moretti ; Rev. sociétés 1989, p. 50, note Y. Chartier

<sup>298</sup> Cass. com., 2 juill. 1973 : Rev. sociétés 1974, p. 514, note R. Rodière ; Cass. com. 19 janv. 1988 : Joly. 1988, p. 208 ; Cass. soc., 7 oct. 1981 : Bull. civ. V, n° 760. ; CA Versailles, 15 déc. 1994 : Joly. 1995, p. 258, note P. Le Cannu ; RTD com. 1995, p. 436, obs. B. Petit et Y. Reinhard

<sup>299</sup> Cass. com., 26 avr. 1994 : Joly. 1994, p. 831, note P. Le Cannu ; Defrénois 1994, p. 1029, obs. J. Honorat ; Rev. sociétés 1994, p. 725, note D. Cohen ; JCP E 1994, I, 392, n° 8, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; JCP G 1995, II, 22369, note D. Gibirila,

<sup>300</sup> Cass. com., 24 févr. 1998 : D. affaires 1998, n° 117, p. 850 ; Dr. sociétés juin 1998, n° 94, obs. D. Vidal ; Joly. 1998, p. 527, note C. Prieto ; CA Paris, 2 oct. 1997 : D. affaires 1997, n° 41, obs. M. Boizard ; Rev. sociétés 1998, p. 160, obs. Y. Guyon ; Joly. 1998, p. 131, note P. Le Cannu ; 24 nov. 1998 ; CA Paris 28 janv. 1999 : RTD com. 1999, p. 429, obs. C. Champaud et D. Danet ; Dr. sociétés mai 1999, comm. n° 81, obs. D. Vidal ; Joly. 1999, p. 1001, note C. Ruellan ; CA Paris, 5 mars 1999 : D. affaires 1999, n° 158, p. 678 ; JCP G 1999, I, 162 et JCP E 1999, n° 29, p. 1240, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Joly. 1999, p. 686, note P. Le Cannu ; RTD com. 1999, p. 449, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; Dr. sociétés juin 1999, n° 103, obs. D. Vidal ; RTD com. 2000, p. 112, obs. C. Champaud et D. Danet

dernier de présenter son observation avant la prise définitive de la décision, et ceci se différencie évidemment de l'obligation de préavis selon laquelle une révocation ne peut pas entrer en vigueur avant l'expiration d'un délai suivant la prononciation de la révocation.

En apparence, il apparaît que des dirigeants soumis aux régimes de révocation par juste motif seraient beaucoup mieux protégés que ceux révocables *ad nutum*. Pourtant, la différence entre ces deux régimes est moins importante en réalité que celle qui transparaît dans les textes, notamment à cause de l'introduction de la révocation du juste motif fondé sur la mésentente avec le dirigeant.

Certes, la Cour de Cassation a bien voulu établir une frontière entre la révocation pour juste motif justifiée par la mésentente entre les associés et le dirigeant et la révocation *ad nutum* susceptible d'être prononcée en cas de simple méfiance des associés contre le dirigeant. A cet effet, la jurisprudence concernant des révocations par juste motif précise que les juges doivent vérifier la gravité de la divergence qui doit être « *de nature à nuire à l'efficacité de la direction* »<sup>301</sup>, sans que de simples dissensions soient suffisantes à justifier légitimement la révocation<sup>302</sup>.

Néanmoins, ces conditions judiciaires nous semblent effectivement superficielles, puisqu'elles ont seulement pour effet de sanctionner des associés ou des organes sociétaires qui prononcent hâtivement la révocation avant d'établir des preuves sérieuses. Or, une divergence fondamentale, étant de nature à nuire à l'efficacité de la direction, peut provenir de la seule volonté de l'actionnaire ou de celle de l'organe social dominé par ce dernier. Pour qu'une révocation par juste motif soit bien fondée, il suffit pour l'actionnaire dominant d'attendre le moment propice pour aggraver la crise de divergences avec le dirigeant.

De surcroît, dans certains cas il n'est pas nécessaire de créer un conflit afin de révoquer le dirigeant lorsque la société est prête à payer une certaine somme d'indemnité. Ni le manquement au juste motif, ni l'abus de droit ne fait obstacle à la validité de la révocation. La seule conséquence de l'absence d'un juste motif entraîne le paiement de dommages et intérêts à la charge de la société, alors que pour le dirigeant professionnel, en cas de révocation, la poursuite et la promotion de sa carrière s'avèrent, sévèrement

---

<sup>301</sup> Cass. com., 30 mai 1980 : Rev. sociétés 1980, p. 734, note Ph. Merle

<sup>302</sup> Cass. com., 29 mai 1972 : Rev. sociétés 1973, p. 487 note J. H.

compromises, ne peut être réellement réparé par la remise d'une somme d'argent. Une menace de révocation, même assortie d'une compensation, peut suffisamment peser sur le dirigeant pour qu'il cède à la volonté de l'actionnaire majoritaire.

Il résulte donc de ce principe de libre révocabilité que les dirigeants d'une société sont dans une situation précaire, et la continuité de leurs mandats sociaux dépend directement ou indirectement de la volonté discrétionnaire des actionnaires qui contrôlent l'assemblée de la société. Face à l'exercice du droit de révocation qui constitue effectivement « *une épée de Damoclès* » suspendue au-dessus de leur tête<sup>303</sup>, les dirigeants sociaux de la filiale doivent naturellement adopter un comportement plaisant aux associés, notamment les associés majoritaires.

Le système juridique de la révocation des dirigeants sociaux contribue même à renforcer l'autorité de l'associé majoritaire au regard des dirigeants de la société, dès lors que dans certaines situations, les conditions de la révocation légitime se voient assouplies par la présence du groupe de sociétés.

#### **b. La révocation en cascade au regard de plusieurs sociétés d'un même groupe**

Le droit français a établi une série de règles pour limiter le nombre des mandats sociaux cumulés par une seule personne physique dans différentes sociétés. Pourtant, cette restriction, qui a été même endurcie par la loi NRE du 15 mai 2001 sous l'influence de la mouvance de la « *Corporate Governance* », a eu néanmoins des dérogations permettant aux dirigeants sociaux de cumuler cinq mandats sociaux voire plus au sein d'un groupe de sociétés.

Si le cumul des mandats sociaux constitue une pratique banale au sein du groupe de société, il est aussi fréquent que la révocation d'un dirigeant au sein d'une société du groupe, et *a fortiori* de la société mère, conduise à la destitution de tous les mandats qu'il cumule dans les autres sociétés du même groupe<sup>304</sup>. Ce type de révocation en cascade, provenant généralement de la volonté de la partie dominante du groupe, pourrait potentiellement porter atteinte au principe de l'autonomie décisionnelle de chaque société

---

<sup>303</sup> M.-C. Monsallier, « *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme* », L.G.D.J. 1998, n° 224

<sup>304</sup> CA Versailles, 26 juin 1996 : Rev. sociétés 1997, p. 180, obs. Y. Guyon ; Joly. 1996, p. 1021, § 376; CA Paris, 12 avr. 2002 : Juris-Data n° 2002-186403; CA Paris, 31 mai 2002 : Juris-Data n° 2002-193398, révocation des fonctions d'administrateur, de directeur général et de président du conseil d'administration de filiales.

appartenant au groupe, puisque selon ce principe, la révocation du dirigeant social doit être motivée par des arguments intimement liés à l'exercice du mandat social au sein de cette société<sup>305</sup>, tout en conformité avec l'exigence de son intérêt social<sup>306</sup>. Le droit positif français reconnaît la validité de la révocation en cascade, en toutefois soumettant sa validité à certaines restrictions jurisprudentielles.

Lorsque le mandataire social est révocable *ad nutum*, la société n'a pas à justifier le motif de la révocation de son dirigeant même si le motif n'est qu'un faux prétexte. Il en résulte que les juges ne sont guère saisis pour statuer sur le fondement d'une série de révocations *ad nutum* dans plusieurs sociétés du groupe, déclenchées par la mésintelligence résultant du comportement d'un dirigeant révoqué dans le cadre de l'exercice de son mandat social au sein d'une seule société du groupe. La position jurisprudentielle se manifeste en revanche dans les affaires concernant les révocations en cascade pour juste motif.

Elles peuvent résulter du comportement fautif du dirigeant (1) ou de sa violation de l'intérêt social (2).

### *1) La révocation en cascade justifiée par la faute*

Dans un premier temps, la faute constitutive d'une révocation par juste motif est appréciée strictement dans le cadre de chaque société<sup>307</sup>. Un arrêt de la Cour Suprême rendu le 2 juillet 1973<sup>308</sup> a refusé de reconnaître la nature abusive de trois révocations contre un même dirigeant, simultanément prononcées par une société mère et ses deux filiales, en soulignant qu'« *en raison des liens extrêmement étroits qui unissaient les trois sociétés, la volonté d'indépendance manifestée par le demandeur envers le président de l'une d'elle, en refusant d'obéir...a été... un fait de nature à inquiéter les autres* ». Cet arrêt a suscité des vives interrogations quant à la portée d'application de cette solution puisqu'en l'occurrence, le dirigeant est révocable *ad nutum* de sorte que l'appréciation

<sup>305</sup> CA Reims, 23 avr. 1979 : JCP G 1980, II, 19410, note Y. Guyon ; Rev. sociétés 1980, p. 294, note J. H..

<sup>306</sup> La révocation prononcée dans le seul intérêt de l'associé majoritaire et au détriment de l'intérêt social de la société constitue en effet un abus de droit. Est constitutif d'un abus le cas où l'ancien administrateur d'une société de haute couture, a été révoqué par l'associé majoritaire dans le seul but de faire assurer par ce dernier la direction de fait de la société. CA. Paris 2 Juillet 2002, n° 01-19901 : RJDA 1/ 03 n° 35.

<sup>307</sup> Cass. com., 21 juill. 1969 : Rev. soc. 1970, p. 643, note P. Nocquet ; CA Reims, 1re ch. civ., 10 nov. 1975, Flayeux c/ Sté industrielle et commerciale ardennaise : citée par Dirigeants de sociétés, op. cit., n° 3083 ; Rev. soc.1976, p. 314, note J. Guyénot ; D. 1976, jurispr. p. 20

<sup>308</sup> Cass. com., 2 juill. 1973 : Rev. sociétés 1974, p. 514, note R. Rodière ; RTD com. 1974, p. 108, note R. Houin

judiciaire du fondement de la révocation n'est pas nécessaire. Pour cette raison, un auteur refuse l'application de cette solution aux révocations pour juste motif<sup>309</sup>. Pourtant, la plupart des auteurs français tendent à déduire de cet arrêt une vision pragmatique de la Cour de Cassation pour la reconnaissance d'une interférence légitime des sociétés du groupe lors de révocations en cascade<sup>310</sup>.

Cette deuxième interprétation mérite d'être retenue, car elle reflète la pratique au sein de groupe de sociétés. De plus, ce point de vue a été conforté par un arrêt de la Cour d'Appel de Versailles<sup>311</sup> rendu le 27 juin 1996, par lequel la Cour d'Appel a refusé de reconnaître le bien-fondé d'une révocation pour juste motif d'un dirigeant d'une holding, à cause de l'inexactitude des faits justifiant ses comportements fautifs au sein des filiales dirigées également par le même dirigeant. Une analyse *a contrario* démontrait que la Cour admet en effet le principe d'une révocation au sein de la société mère, justifiée dès lors que des fautes sont commises au sein des filiales.

## 2) La révocation en cascade justifiée par l'intérêt social

Lors d'une situation conflictuelle entre les associés et le dirigeant social, le besoin de rétablir une harmonie dans la gestion pourrait justifier, sous le couvert du respect de l'intérêt social, la révocation du dirigeant social. Comme nous l'avons exposé ci-dessus, en droit français la révocation peut reposer sur les notions de perte de confiance<sup>312</sup>, de mésintelligence entre dirigeants voire avec les associés<sup>313</sup>.

Dans le cadre du groupe de sociétés, il convient de savoir si la défiance ou la mésintelligence constatée au sein d'une société du groupe permettent d'invoquer les révocations des autres mandats sociaux du même dirigeant dans le groupe.

A notre connaissance il n'y a pas de jurisprudence en droit français sur ce point. Un

---

<sup>309</sup> T. Gauthier, « *Les dirigeants et les groupes de société* » : Litec, 2002, n° 137

<sup>310</sup> R. Rodière, note sous cet arrêt, op.cit. , R. B. Goudet, « *Dirigeant de groupe de sociétés* » : J. Cl., Fasc. 165-40, n° 19

<sup>311</sup> CA Versailles, 27 juin 1996 : Juris-Data n° 1996-044270

<sup>312</sup> CA Rouen, 16 oct. 1997 : RJDA juin 1998, n° 737. ; CA Paris, 19 sept. 2000 : RJDA janv. 2001, n° 32

<sup>313</sup> CA Paris, 31 janv. 2001 : RJDA juin 2001, n° 701.; CA Paris, 24 nov. 1998 : RJDA juill. 1999, n° 793, révocation d'un gérant en raison de l'incompatibilité de sa politique de gestion avec celle préconisée par les deux autres associés ; CA Versailles, 11 mai 2000 : RJDA sept.-oct. 2000, n° 878 ; CA Paris, 31 janv. 2001 : RJDA juin 2001, n° 701, juste motif de révocation d'un membre du directoire, trois mois après sa nomination, en raison de la mésintelligence entre lui et les autres dirigeants de la société, du fait de leurs divergences dans leurs méthodes de management

auteur tend à reconnaître la légitimité de ce type de révocation, en mettant en avant que la jurisprudence reconnaissant des révocations en cascade justifiées par une faute au sein d'une société de groupe pourrait être également applicable dans le cadre d'une révocation motivée par la défiance ou la mésintelligence, en raison de l'analogie des situations<sup>314</sup>.

Il nous semble que la conclusion de cette doctrine mérite d'être soutenue, mais sur un fondement différent. En fait, ni la révocation pour perte de confiance ni la révocation en raison de la mésintelligence ne doivent se référer nécessairement à la notion de faute. Certes, des comportements fautifs pourraient ainsi entraîner la défiance ou la mésestime au sein de la société ou du groupe, mais l'objectif réel de la jurisprudence concernant la révocation dans l'intérêt social est de permettre à la société de révoquer des dirigeants ayant perdu la confiance des associés même en l'absence de faute caractérisée de leur part. La révocation pour juste motif doit toujours préserver son caractère souple pour ne pas restreindre la liberté de gestion nécessaire au développement de la société du groupe. Les sociétés appartenant à un même groupe devant souvent respecter certaines politiques globales élaborées par les centres de décision du groupe, si un dirigeant ne s'avère plus compétent vis-à-vis de la société mère du groupe qui contrôle ou influence substantiellement toutes les sociétés du groupe, cette désaffection porte normalement et logiquement sur toutes les sociétés. Nous ne pouvons exclure l'hypothèse, qu'il est encore dans l'intérêt social de certaines sociétés de préserver les mandats sociaux d'un dirigeant néanmoins révoqué dans d'autres sociétés du même groupe, notamment au sein du groupe dont les sociétés membres gardent un pouvoir de décision assez autonome. Mais il nous semble que les organes sociaux des sociétés ainsi que le centre décisionnel du groupe sont mieux placés pour décider, selon les circonstances ainsi que l'intérêt social des sociétés concernées, de la politique de révocation. Les juges n'ont vocation à intervenir que dans le cas exceptionnel où les circonstances permettent de démontrer la révocation manifestement abusive.

## ***2. La restriction des conventions compensatrices de la révocation***

Sous l'influence outre-Atlantique, les mécanismes indemnitaires visant à compenser la révocation des dirigeants se sont développés en France, impulsés conjointement par l'envie des dirigeants d'être mieux protégés et le désir de la société de fidéliser ses

---

<sup>314</sup> R. B. Goudet, « *Dirigeants de groupes des sociétés* », J. Cl., Fasc. 165-40, *op. cit.*, n° 22

dirigeants. Le recours à ces mécanismes est également stratégique car ils permettent à la société de résister aux opérations d'acquisition non amiable.

Etant l'un des sujets fondamentaux des études menées sur la « *Corporate Governance* », les régimes compensatoires de la révocation ont connu un développement important qui s'est accompagné d'une diversification des modèles compensatoires destinées à sauvegarder l'intérêt des dirigeants lors de leur révocation.

Cette diversité s'observe sur plusieurs aspects. Concernant le moment où elle intervient un tel aménagement indemnitaire pourrait être conclu à tout moment, dès la nomination du dirigeant jusqu'au moment de son départ, qu'il soit forcé ou qu'il résulte d'une démission. Concernant l'identité de la partie promettant l'indemnité, elle pourrait être la société dirigée représentée par l'organe compétent, mais rien ne s'oppose à ce qu'une partie tierce juridiquement distincte de la société dirigée, tel qu'un associé ou une société appartenant au même groupe, s'engage à procurer au dirigeant une compensation. Concernant la forme, l'acte de promesse d'indemnisation pourrait se traduire par des procès verbaux émanant de l'organe compétent de la société, soit par une convention spéciale relative au dédommagement de la révocation, soit par des clauses indemnitaires intégrées dans le contrat de travail<sup>315</sup>, ou même, d'une manière plus générale, par toute stipulation accessoire insérée dans un cadre conventionnel plus large<sup>316</sup>.

Outre cette grande diversité de forme, le contenu de la compensation relève ainsi d'une grande diversité, qui s'explique par des objectifs variables ainsi que des circonstances diverses dans lesquelles se trouve la partie promettant et le dirigeant bénéficiaire. Incapable de restituer intégralement cette diversité de modalités de compensation, nous pouvons toutefois la classer en trois catégories : les compensations numéraires ou en nature pour dédommager la révocation, le rachat de certaines actions de la société dirigée ou d'une société liée au même groupe à un prix ou à des conditions souvent plus avantageuses que celles du marché, l'investiture d'autres fonctions en faveur du dirigeant destitué.

La compensation des dirigeants font ainsi l'objet de plusieurs interventions législatives, tentant à restreindre ou à prévenir l'attribution des sommes excessives au

---

<sup>315</sup> Ce qui concerne notamment les dirigeants sociaux d'une filiale qui cumulent parallèlement un contrat de travail avec la société mère

<sup>316</sup> Cass. soc. 30 mars 1999, Joly. 1999, p. 1107, note J.-Ph. DOM ; RJDA 10/1999, n°1094 ; CA Paris 14 Décembre 1993, RJDA n°3/1994, n°290, p. 241 ; Joly. 1994, p. 185, § 44, note P. Le Cannu



profit des dirigeants sociaux. A cet effet, le mécanisme compensateur doit être transparent<sup>317</sup>, et la compensation doit être aussi proportionnelle à la « *performance* » du dirigeant<sup>318</sup>. La gratification de compensation doit même se soumettre à la procédure des conventions réglementées<sup>319</sup>. Au période de la crise, le décret n° 2009-348 du 30 mars 2009 a même durcie les conditions pour l'octroi d'une indemnité pour départ, dès lors que l'entreprise a reçu les aides de l'état<sup>320</sup>.

Face à cette grande diversité de moyens de compensation en cas de révocation des dirigeants, il nous semble impossible et non nécessaire d'aborder ici tous ses fonctionnements et conditions de la mise en place. Nos études se portent uniquement sur leurs conséquences du principe de la libre révocabilité des dirigeants sociaux.

Au premier abord, il est permis de douter de la validité de tout aménagement destiné à compenser la révocation, eu égard au caractère d'ordre public de la révocation *ad nutum*, qui implique une modalité de révocation sans préavis, sans juste motif et notamment dépourvu d'indemnités<sup>321</sup>.

Toutefois, une tendance jurisprudentielle infléchit la rigidité de la règle d'ordre public relative à la révocation *ad nutum*. Depuis les dernières décennies, elle tend à nuancer les conséquences juridiques en fonction des circonstances dans lesquelles intervient une convention de protection des dirigeants sociaux. Cette évolution jurisprudentielle, ne parvenant pas toujours à effacer l'insécurité des statuts des dirigeants sociaux assujettis à la révocation *ad nutum*, et a produit une certaine imprévisibilité en vue du caractère aléatoire de la validité de ces aménagements conventionnels ayant pour objet initial de renforcer la protection des dirigeants sociaux.

Ce type de convention, susceptible d'être conclue soit avec la société concernée par l'éventuelle révocation (a), soit avec une autre société du même groupe (b), ne saurait remettre en cause le droit de révocation des mandats sociaux.

---

<sup>317</sup> Loi « NRE » de, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 116 et la L. n° 2003-706, 1er août 2003 de sécurité financière

<sup>318</sup> La loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 sur la confiance et la modernisation de l'économie dite « Loi Breton », qui crée les articles L.225-42-1 et L. 225-90-1 du Code de commerce

<sup>319</sup> La loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, dite « Loi TEPA »

<sup>320</sup> La création de nouveaux régimes au bénéfice des dirigeants est ainsi interdite, alors que le bénéfice des régimes existants ne peut être accordé à de nouveaux dirigeants. Il est en effet réservé aux personnes ayant acquis des droits avant l'entrée en vigueur du décret n° 2008-348 et auxquelles ne peuvent être attribués des droits plus favorables.

<sup>321</sup> Cass. com., 23 juin 1975 : Rev. sociétés 1976, p. 321, note Y. Chartier ; Cass. com, 3 janv. 1985 : Bull. civ. IV, n° 6 ; - 11 oct. 1988 : Rev. sociétés 1989, p. 46, note Y. Chartier

### a. La validité restreinte de la compensation en cas de révocation

La jurisprudence française a commencé à infléchir la rigueur du principe *ad nutum* dans les années 1980.

Tout d'abord, la Cour de Cassation a reconnu de manière implicite la validité de l'indemnité versée aux dirigeants sociaux évincés, en précisant que l'acceptation d'une pension de retraite par un dirigeant n'entraîne pas l'abandon d'une indemnité de départ antérieurement accordée<sup>322</sup>, ou une convention d'indemnisation ne saurait être annulée à cause de l'omission de la procédure d'approbation selon les articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966, dans la mesure où la convention est intervenue au moment où l'intéressé n'était pas encore administrateur de la société<sup>323</sup>. Par ces arrêts, la Cour Suprême française a indirectement accepté la validité des conventions qui accordent au dirigeant concerné des indemnités pour une éventuelle révocation ultérieure<sup>324</sup>.

Ensuite, un arrêt de la Cour de Cassation rendu le 7 février 1989<sup>325</sup> a marqué une approche plus explicite consacrant, sous certaines conditions, la validité des indemnités au profit du dirigeant social par le rachat des actions. Dans cette affaire, le collaborateur d'une société a acquis 2% du capital de la société par le biais d'un accord selon lequel cette dernière s'engage à racheter ses actions à la fin de collaboration. Le collaborateur devient Président du Conseil d'Administration et, à la suite de sa démission, il demande le rachat de ses actions. La Cour de Cassation a reconnu tout d'abord la validité de cette convention de rachat en considérant que celle-ci est dans l'intérêt social puisqu'elle contribue à fidéliser le dirigeant sans le forcer à rester actionnaire minoritaire le jour où il cesserait ses fonctions. La Cour a mis en avant un deuxième motif, qui nous semble plus important, qui précise que la convention doit être considérée valable puisque la charge du rachat des actions paraît peu élevée, de sorte que le prix de rachat n'est pas de nature à dissuader la libre décision de révoquer le dirigeant.

Par cet arrêt, la Haute Juridiction a bien montré son intention de tempérer l'intensité

---

<sup>322</sup> Cass. com. 16 novembre 1983 : Bull. civ. IV. N° 312, JCP E., 1984.I.13929 ; D. 1985., p. 137, obs. J.C. Bousquet

<sup>323</sup> Cass. com. 22 juillet 1986 : Rev. Soc. P. 46., note Y. Guyon ; JCP E. 1987, II, 14930, note A. Viandier

<sup>324</sup> M.-C. Monsallier, « *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme* », L.G.D.J. 1998, n° 241

<sup>325</sup> Cass. Com. 7 février 1989 : Rev. soc. 1989, 643, note Chartier ; JCP E. 1989, II, 15517, n° 2, obs. A. Viandier et J. J. Caussain

du principe de la révocation *ad nutum* qui constitue un obstacle incontournable à la validité et à l'efficacité des conventions d'indemnisation. Selon la Cour de Cassation, l'indemnisation de la révocation du dirigeant ne constitue plus en soi une atteinte à la liberté de révocation. Ce qu'il faut seulement prohiber est la lourdeur excessive des conséquences financières entraînées par l'indemnisation, qui aura pour effet de dissuader éventuellement la révocation du dirigeant.

Cette logique a été ensuite confirmée par un arrêt célèbre, dit affaire *Fournier* du 2 juin 1992<sup>326</sup>, qui établit une formule explicite destinée à apprécier l'effet dissuasif qui nuit à la liberté de la révocation. Selon cette formule, c'est aux juges du fond d'apprécier, avant la prononciation de la validité d'une convention de rachat des actions du dirigeant révoqué, si « *des conséquences financièrement importantes* » dues à la révocation pouvait avoir « *pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum* ».

Outre l'indemnisation sous forme de rachat d'actions, la même voie a été empruntée par la jurisprudence à l'égard de la convention portant sur la garantie de la stabilité professionnelle du dirigeant. Alors que les juges ont systématiquement manifesté leur hostilité vers ce type de convention qui assure l'octroi d'un autre poste au dirigeant révoqué<sup>327</sup>, la Cour de Cassation a réorienté la direction jurisprudentielle par un arrêt du 2 juin 1987<sup>328</sup>, en soumettant la validité d'une telle indemnisation conventionnelle en l'absence d'effet dissuasif engendré par les conséquences financières. En l'espèce, une convention garantissant la réintégration d'un gérant d'une SARL au sein de la société mère n'est pas retenue valide par la Cour de Cassation au motif que les conséquences financières y résultant relèvent d'une nature dissuasive, laquelle se caractérise par des difficultés financières rencontrées par le débiteur de l'obligation de réintégration (en l'espèce la société mère), de sorte que ce dernier ne peut voter librement pour la révocation.

Demeure désormais constant en droit positif le principe de la nullité des indemnisations ayant un effet « *dissuasif* » sur la prise de décision de la révocation, peu importe que l'indemnisation prenne la forme d'une somme d'argent, de pension de

---

<sup>326</sup> Cass. com. 2 juin 1992, affaire *Fournier* : JCP E. 1993 I, 215, n°4, obs. A. Viandier et J.J. Causssain, RTD com., 1993, p. 521 et s. ; Dr. Soc. 1992, n° 185, note H. Le Nabasque ; Joly., 1992, §349, p. 1078 Rev. Soc., 1992, p. 750, note Y. Guyon.

<sup>327</sup> Cass.soc., 15 mars 1983, JCP 1983, II, 20002, note A. Viandier ; Rev. soc., 1983, p. 353, note Y. Chartier, on peut déduire de cet arrêt que l'existence même de l'accord viole le principe de la révocation *ad nutum*

<sup>328</sup> Cass. com, 2 juin 1987 : Joly., 1987, § 220, p. 501 et s. note P. La Cannu

retraite, d'un rachat d'actions ou d'une promesse de conclure un contrat de travail<sup>329</sup>.

De plus, cette solution judiciaire aura également vocation à s'appliquer aux conventions indemnitaires pour des révocations avec juste motif. Dans ce dernier cas, le principe de la libre révocation demeure aussi d'ordre public<sup>330</sup>, son libre exercice ne doit ainsi pas être entravé par le versement d'une somme de nature « *dissuasive* ».

Or, cette solution crée inévitablement une sorte d'incertitude liée à l'appréciation de « *l'effet dissuasif* » liées aux « *conséquences financièrement importantes* » sur le débiteur de la promesse. M. Ahdab souligne et s'interroge à juste titre que « *quoi de plus imprécis et incertain que l'importance des conséquences financières ? A l'aune de quoi, plus précisément, ces dernières seront jugées raisonnables ou au contraire excessives ?* »<sup>331</sup>. Selon MM. Viandier et Caussain, le critère de l'effet dissuasif est inévitablement incertain en raison de son fondement sur l'appréciation des données économiques et financières, qui « *sont nécessairement relatives et varient selon la taille de la société, l'importance de son résultat* »<sup>332</sup>. Certes, les développements jurisprudentiels et doctrinaux nous permettent de dégager des critères divers pour mesurer l'effet dissuasif du montant de l'indemnité par rapport à la capacité financière de la personne promettant les indemnités, telles que son capital social, ses résultats moyens des trois dernières années<sup>333</sup>, son résultat net réalisé l'année de la révocation, ainsi que son chiffre d'affaire, le bénéfice avant impôt, les amortissements et provisions et le bénéfice distribué<sup>334</sup>, la taille de la société, la masse salariale, les dettes, l'importance et les fonctions exercées par le dirigeant, les standards d'indemnités généralement admis<sup>335</sup>, etc. Néanmoins, il est impossible d'établir une liste exhaustive de tous les éléments économiques et financiers à prendre en compte, les juges du fond sont toujours tenus d'apprécier l'existence d'un effet dissuasif selon les circonstances de chaque cas de figure.

De plus, les paramètres économiques étant toujours évolutifs, les juges doivent apprécier le caractère dissuasif *a posteriori*, en fonction des circonstances au moment de

---

<sup>329</sup> Y. Guyon, note sous Arrêt Cass. com., 4 juin 1996, JCP 1997, p. 315

<sup>330</sup> Cass. com., 6 déc. 1983 : Gaz. Pal. 1984, I, jurispr. p. 389 ; Rev. sociétés 1984, p. 311, note P. Le Cannu ; D. 1984, inf. rap. p. 395, obs. J.-Cl. Bousquet et V. Sélinsky ; Cass. com., 2 juin 1987 : Joly. 1987, p. 501, § 220, note P. Le Cannu, RTD com. 1988, p. 106, note J. Mestre ; Bull. civ. 1987, IV, n° 131.

<sup>331</sup> J.El. Ahdab, « *les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants : approche pluridisciplinaire et comparée* », Rev. Soc. 2004, p. 38

<sup>332</sup> A. Viandier, J.-J. Caussain, note sous Cass. com. 2 juin 1992, JCP E 1992, I, 215, n°4

<sup>333</sup> CA Paris, 26 juin 1998, *ibid*

<sup>334</sup> CA Paris, 31 mai 2002 : Juris-Data n° 2002-193398

<sup>335</sup> J.El. Ahdab, *op.cit.*, note 149

la décision de révocation, et non au moment de la signature de la convention<sup>336</sup>. Cette méthode d'appréciation aurait pour effet de soumettre la validité d'une convention indemnitaire aux futures situations financières qui sont imprévisibles lors de la signature, remettant en cause la certitude et ceci de la validité de la solution d'indemnisation initialement escomptée par les parties.

La révocation d'un dirigeant de société au sein d'un groupe de sociétés pourrait par ailleurs compliquer davantage les champs d'appréciation puisque la jurisprudence a effectivement démontré que doit être pris en compte la capacité financière du groupe de sociétés auquel appartient la partie promettant les indemnités. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 21 mai 2002 a précisé à cet égard que l'appréciation du rapport « *indemnités de révocation/résultats de l'entreprise* » doit être « *replacé dans la situation juridique et l'environnement économique d'une puissante holding, la filiale (promettant d'indemnité) n'étant qu'une des nombreuses sociétés liées les unes aux autres par des participations financières et conventions de trésorerie, de telle sorte que l'indemnité de révocation ne fait pas obstacle à l'exercice d'une libre révocation* »<sup>337</sup>. Cette solution mérite deux commentaires. D'une part, la sécurité de la convention indemnitaire paraît être plus assurée puisque la puissance économique du groupe est souvent plus importante que la société isolée. D'autre part, la prise en compte de l'appartenance à un groupe de sociétés introduit nécessairement plus d'éléments précaires. En fait, si la capacité financière pourrait se voir conforter grâce à la présence d'un groupe puissant, elle pourrait aussi être dégradée lorsque le groupe est globalement affaibli, et il en résulte que le dirigeant social est exposé à des risques économiques externes plus étendus qui ne s'attachent pas nécessairement au débiteur des indemnités. Il risque de se trouver dans une situation fâcheuse entraînant l'annulation de son indemnité, malgré la bonne santé de la société dirigée, en cause de la situation dégradée des sociétés sœurs soumises au même contrôle du groupe.

En tout état de cause, les conventions indemnitaires au profit des dirigeants sociaux ne sauraient contrarier au libre exercice du droit de révocation des actionnaires. Le même principe doit être aussi retenu dans le cas où la convention est souscrite par une autre société du groupe auquel appartient la société dirigée.

---

<sup>336</sup> CA Paris, 14 déc. 1993 : Joly. 1994, p. 185, § 44

<sup>337</sup> CA Paris, 31 mai 2002, *ibid*

## **b. L'extension de la restriction de compensation engagée par des sociétés tierces du même groupe**

Si la convention indemnitaire intervient souvent entre un dirigeant et la société dirigée, il n'en demeure pas moins qu'une partie tierce pourrait s'engager à indemniser le dirigeant si ce dernier était révoqué par la société. Quant au groupe de sociétés, il est fréquent que la société mère promette, ou fasse promettre à une société du groupe, l'octroi d'un certain type de garantie d'indemnisation contre la révocation au profit d'une personne, salariée ou non du groupe, pour qu'elle accepte un mandat social d'une autre société filiale du groupe.

La Cour de Cassation a été saisie de nouveau. Dans le litige en question (affaire *Fournier*), un actionnaire majoritaire de la société s'est engagé à fournir une garantie d'indemnisation au profit d'un directeur général de la société qui a été ensuite révoqué par cette dernière. Par un arrêt rendu le 4 juin 1996<sup>338</sup>, la Haute Juridiction a précisé de façon particulièrement précise qu'« *est illicite une convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum ... par les conséquences financières importantes qu'elle entraîne pour un tiers qui peut exercer une influence sur la décision de révocation* ».

Ce critère de l'exercice d'une « *influence sur la décision de révocation* » ne semble pas être plus précis que le critère de l'importance des « *conséquences financières* ». Dans le contexte d'un groupe de sociétés, il est inévitable que le juge se trouve confronté à des situations fort malaisées pour apprécier le degré d'influence que peut être exercé par le promettant de la compensation. S'il est aisé de penser qu'une société mère exerce certainement une influence sur l'organe compétent de révocation lorsqu'elle détient une majorité absolue, il en va autrement lorsque la société dirigée dispose de plusieurs associés dont chacun détient un pourcentage de participation important sans détenir une majorité absolue. De plus, dans le cadre du groupe de sociétés le rôle du promettant de l'indemnisation pourrait être assumé par une société sœur du même groupe, et selon Monsieur le professeur Guyon, un tel montage aurait pour effet d'évincer le risque de la nullité de la convention indemnitaire sauf en cas de fraude<sup>339</sup>. Or dans le cas où l'indemnisation risque d'engendrer des conséquences extrêmement lourdes pour la société sœur, la société mère commune pourrait également subir des impacts en raison

<sup>338</sup> Cass. com. 4 juin 1996, JCP E. 1996, II, 849, note Y. Guyon

<sup>339</sup> Y. Guyon, note sous Cass. com. 4 juin 1996, *op. cit.*

d'un risque de dépréciation de la valeur de participation qu'elle déteint dans cette société sœur. En conséquence, il est possible que la société mère commune puisse éventuellement renoncer à une révocation de dirigeant en raison de la pression financière qu'elle subit par ricochet à cause d'une société autre que la société où se trouve le dirigeant en cause.

Par ailleurs, il est permis de penser que la jurisprudence *Fournier* a effectivement consacré la validité de l'indemnisation assumée par une partie tierce, dès lors que celle-ci n'est pas en mesure d'influencer la décision de la révocation, ou, si au contraire elle est en position d'influence, que le somme de l'engagement n'a pas pour effet d'empêcher la prise de décision de la révocation.

En dépit du succès des conventions indemnitaires auxquelles beaucoup de dirigeants sociaux ont eu recours en pratique, nous remarquons la fragilité de sa validité en droit positif français. La mise en place d'une convention de compensation contre la révocation pourrait encourir plus d'incertitude dans le cadre d'un groupe de sociétés, quand le débiteur de la promesse d'indemnisation se différencie de la société dirigée par le bénéficiaire de la promesse.

Par ailleurs, en rendant caduque une convention d'indemnisation de révocation dont le montant dissuasif, la jurisprudence *Fournier* confirme le pouvoir sous-jacent du groupe de révoquer de manière *ad nutum* le dirigeant d'une société membre du groupe. Toutefois, un tel régime pourrait entraîner une confusion, pour les dirigeants d'une société de groupe, entre l'intérêt social de sa propre société et l'intérêt global du groupe, dans la mesure où la carrière professionnelle du dirigeant dépend essentiellement du groupe. Bien que les dirigeants sociaux se doivent d'agir dans l'unique intérêt de leurs sociétés ; compte tenu du pouvoir de groupe, ils sont naturellement peu enclins à résister aux décisions imposées par le groupe, alors même qu'elles vont à l'encontre de l'intérêt de leurs sociétés.

### *B. En droit chinois*

Divers régimes en droit français concourent à assurer un libre exercice du droit de révocation par les actionnaires. Les règles légales portant sur la révocation des administrateurs sont beaucoup plus simples. L'exercice du libre droit de révocation est

reconnu en tant qu'un pouvoir fondamental à tous les actionnaires.

Le pouvoir de révoquer les administrateurs est brièvement évoqué à l'article 38 de la *loi sur les sociétés* : « *l'assemblée générale exerce les pouvoirs suivants : ... (2) d'élire et de remplacer les administrateurs et les surveillants autre que ceux mandatés par le personnel, et de déterminer leurs rémunérations; ...* ». Cette disposition est extrêmement succincte, de sorte qu'il est impossible de dégager une règle précise concernant la modalité de la révocation.

Pour autant, certaines informations peuvent être dégagées en comparant la version actuelle de la loi sur les sociétés avec son ancienne version de 1993. Dans la version de 1993, l'article 47, alinéa 2 prévoyait qu'« *Avant l'expiration du mandat d'un administrateur, l'Assemblée Générale ne peut pas le révoquer sans motif* ». Cette règle a été complètement abrogée suite à la promulgation de la nouvelle loi sur les sociétés en 2006.

Il nous semble que l'ancienne loi sur les sociétés chinoises prévoyait un régime de révocation fondé sur juste motif. Bien que l'ancien article 47, aliéna 2 ne fournisse aucune indication au regard du contenu exact du « *motif* » de la révocation, il est au moins certain qu'un tel « motif » doit constituer un argument bien raisonnable et justifiable, qui pourrait être ultérieurement révisé et contrôlé par les juges du fond.

Cette ancienne règle avait vocation de s'appliquer directement aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes. Or cette exigence était un obstacle très important à l'exercice du libre pouvoir de contrôle des actionnaires. En droit français, le régime de révocation pour juste motif ne remet pas en cause la validité de la révocation prononcée, mais vise à indemniser les victimes des révocations non justifiées. Hors selon l'ancien article 47, aliéna 2, il semble qu'une révocation sans juste motif doit être considérée comme nulle, puisque l'Assemblée Générale « *ne peut pas* » en prononcer. En théorie, l'effet d'une décision de révocation risquait de demeurer incertain, lorsque l'administrateur révoqué contestait le bien-fondé du motif de révocation. Pire, contrairement au droit français dont la jurisprudence a contribué à éclaircir le contenu d'un juste motif de révocation du mandataire social, les critères du juste « motif » n'ont jamais été interprétés par la Cour suprême. Les appréciations des juges du fond sur l'existence d'un motif justifié pouvaient être très variables, rendant la validité d'une décision de révocation encore plus incertaine. Aussi, comme soulignée par certains



auteurs chinois, cette règle s'avère manifestement inadaptée pour la constitution d'un droit moderne des sociétés<sup>340</sup>.

Cela étant, la disparition pure et simple de l'ancien article 47, alinéa 2 de la loi sur les sociétés à partir du 1 janvier 2006 signifie, implicitement mais clairement, que le législateur chinois a voulu dès lors consacrer un pouvoir permettant à tous les associés et actionnaires de librement décider de la révocation d'un administrateur, sans qu'il ait lieu de fournir un motif justificatif.

Puisque la révocation pour juste motif a été complètement supprimée depuis l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi sur la société, il n'y a plus d'intérêt juridique à discuter du problème de révocation en cascade au sein du groupe de sociétés. La révocation ne nécessitant aucune justification, il est inutile pour l'Assemblée Générale<sup>341</sup>, en vue de justifier la révocation d'un administrateur, d'avoir recours aux fautes commises par cet administrateur dans l'exercice d'un mandat dans une autre société du même groupe.

Outre la question du motif de révocation, aucune autre règle légale spéciale ne concerne le régime de révocation en droit écrit chinois. Il en ressort que la prise d'une décision de révocation doit se conformer aux dispositions générales de l'organisation de la délibération de l'Assemblée Générale. Aucune exigence particulière, tel que l'envoi d'un préavis ou le processus de consultation préalable au profit de la personne intéressée, n'est nécessaire sauf expressément prévue dans les statuts.

Le régime de la compensation des administrateurs révoqués, échappant également aux dispositions légales, semble pouvoir être librement mis en place par les dispositions statutaires ou même par des actes conventionnels. Il convient de noter qu'en droit français, si le mécanisme de compensation est en principe valide, le montant de la

---

<sup>340</sup> ZHU Qian, « *Etudes sur la révocation des administrateurs par l'assemblée générale* », Bijiaofa Yanjiu, 2001, n°3, p. 51 (朱谦, “ 股东会罢免董事的法律问题研究”, 比较法研究); LIU Su Zhi, « *Droit de révocation d'administrateur de l'assemblée générale* », Zhengfa Luntan, 2001, n°3, p.57 (刘素芝, “ 股东会董事罢免权初探”, 政法论坛)

<sup>341</sup> En droit chinois, les assemblées générales ordinaires d'une SARL ou SA se tiennent régulièrement chaque année, alors les assemblées générales extraordinaires sont susceptibles d'être convoquées par les actionnaires (associés) disposant de plus de 10% du capital, par une majorité (SA) ou un tiers (SARL) des administrateurs, ou par le conseil de surveillance. La loi chinoise est très libérale au niveau de l'organisation de l'assemblée générale de SARL. En théorie, l'assemblée a la possibilité de prononcer une révocation improvisée, même à l'initiative d'un associé détenant une portion dérisoire du capital. En revanche, l'organisation des assemblées générales d'une société anonyme est strictement encadrée. La convocation et l'ordre du jour de la réunion de l'assemblée générale d'une société anonyme doivent être obligatoirement envoyés à l'avance. Seulement des actionnaires disposant de plus de 3% du capital sont autorisés à rajouter à l'ordre du jour des sujets supplémentaires à délibérer.

compensation au profit d'un mandataire social révoqué demeure strictement limité, puisqu'il ne saurait entraîner des conséquences financières ayant pour effet de dissuader l'exercice de droit de révocation. En droit chinois, l'introduction du mécanisme de compensation de révocation des administrateurs a récemment attiré l'attention de la doctrine<sup>342</sup>. Il semble qu'à ce stade, aucune réflexion approfondie n'a encore été faite sur l'impact de la compensation sur le libre exercice du droit de révocation.

Bien que le régime juridique de la révocation ne soit pas aussi développé que celui en droit français, il existe incontestablement un point commun entre les deux systèmes juridiques : les actionnaires disposent d'un droit discrétionnaire de révoquer les administrateurs, et ce pouvoir permet aux actionnaires d'exercer une pression psychologique sur les administrateurs, puisque ces derniers encourent toujours un risque de révocation susceptible d'être déclenché dès la moindre mésentente avec les associés.

## **§2. L'AUTORITE DU GROUPE DE SOCIÉTÉS ASSURÉE PAR DES RÉGIMES FACULTATIFS**

En droit français, hormis le libre droit de révocation, l'autorité du groupe vis-à-vis des dirigeants peut être davantage confortée par des régimes facultatifs (A). Ces régimes facultatifs n'étant pas expressément prévus en droit chinois, leur implantation n'est pas impossible (B).

### *A. La reconnaissance des régimes facultatifs en droit français*

Il est possible que des dirigeants sociaux d'une société soient contractuellement subordonnés à la volonté du groupe auquel appartient cette société, par le biais de contrats de travail entre ces dirigeants et la société mère de cette société (1). La mise en place des organes sociaux facultatifs a également pour effet d'intensifier le contrôle du groupe sur les dirigeants (2).

#### *1. Le contrat de travail régissant les dirigeants d'une société dominée*

---

<sup>342</sup> ZHU Qian, « *Etudes sur la révocation des administrateurs par l'assemblée générale* », précité

Au sein d'un groupe de sociétés, le dirigeant d'une société contrôlée pourrait devenir juridiquement dépendant de la société mère lorsque l'exercice de son mandat social constitue l'objet d'un contrat de travail entre ce dirigeant et la société mère. La validité d'un tel contrat de travail est reconnue par la jurisprudence sociale, qui est *a priori* favorable pour les mandataires sociaux qui pourraient dès lors bénéficier d'une meilleure protection sociale en tant que salarié.

Un contrôle judiciaire est exercé sur la relation effective de subordination entre le dirigeant-salarié et son employeur.

Lorsque le salarié est détaché par son employeur (qui est une société appartenant à un groupe) afin d'exercer un mandat social dans une autre société du groupe, et si le lien de subordination juridique tel que prévu dans le contrat de travail n'existe plus en réalité dès l'investiture de mandat social, le cumul ne peut être reconnu par les juges. Pourtant, le dirigeant-salarié n'est pas moins protégé, car son ancien contrat de travail est simplement suspendu durant l'exercice du mandat social, sauf accord contraire des parties du contrat de travail. Puisque les missions du mandataire social et du salarié ne se superposent pas, son comportement pendant l'exercice du mandat ne peut être un motif de la rupture du contrat par l'employeur. C'est dans ce sens qu'une décision de la Cour de Cassation<sup>343</sup> a jugé qu'était dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement pour motif personnel d'un salarié à l'occasion de l'exercice de son mandat social dans une société filiale de son employeur, pendant la suspension de son contrat de travail.

Si le dirigeant continue d'être subordonné à la société mère suite au commencement de l'exercice de son mandat social, la poursuite du contrat de travail est en principe retenue par les juges. L'objet de ce contrat devient l'exercice du mandat social, mais l'exécution du contrat de travail et l'exercice du mandat social doivent obéir chacune à leurs propres règles. Par conséquent, la cessation de travail d'un dirigeant-salarié doit respecter simultanément et respectivement les règles de deux branches du droit. D'une part, la révocation du mandat social doit se prononcer selon les dispositions ainsi prévues dans le droit des sociétés, d'autre part, le licenciement du « dirigeant-salarié » doit se fonder sur des motifs propres à l'exécution du contrat de travail.

En pratique, il arrive fréquemment que les faits ayant motivé la révocation du mandat

---

<sup>343</sup> Cass. soc. 28 juin 2000, RJS 11/ 2000, n° 1066

social conduisent également la société à prononcer le licenciement de l'intéressé. Très souvent la révocation est librement prononcée, mais elle ne peut constituer en soi le motif de la rupture du contrat de travail<sup>344</sup>. Il devient impératif de justifier un licenciement pour cause réelle et sérieuse tout en conformité avec des conditions requises par le droit social, et rappelons-nous que la cause réelle et sérieuse doit être caractérisée par un fait exact, précis, objectif et revêtant une certaine gravité.

Ce principe de l'autonomie du contrat de travail et de celle du mandat social ne manque pas de soulever certaines difficultés, notamment sur le point de savoir est ce que les faits invoqués pour la révocation du mandat peuvent constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. A cet égard, la jurisprudence a décidé que même une faute commise dans le cadre du mandat social ne saurait constituer un motif de licenciement<sup>345</sup>. La révocation, bien que fondée sur des actes fautifs d'un dirigeant salarié, a pour seul effet de mettre fin au mandat social de l'intéressé dans la filiale, cependant la société mère a tout de même l'obligation d'offrir à cette personne un autre poste de travail équivalent, peu importe à cet égard la cause de la cessation du mandat ; en l'absence de toute tentative de reclassement, le licenciement serait dépourvu de motif économique<sup>346</sup>.

La Cour de Cassation ne s'est pas encore prononcé sur le cas d'un dirigeant qui a été spécifiquement recruté par une société pour l'exercice d'un mandat dans une autre. Nous ne pensons pas que l'application d'un régime différent puisse se justifier dans une telle situation, étant donné que l'objectif de cette jurisprudence consiste à protéger les dirigeants qui, agissant en apparence de manière autonome, ont en réalité travaillé comme employé et mérite une protection comme tous les autres salariés.

#### **a. La reconnaissance du lien de subordination entre la société mère et le dirigeant de la filiale**

La jurisprudence française admet désormais la validité du contrat de travail qui a pour unique objet de permettre au salarié d'exercer un mandat social dans une filiale de l'employeur. Il en résulte qu'un lien de subordination pourrait être régulièrement établi entre un dirigeant d'une filiale et la société mère de cette dernière.

---

<sup>344</sup> Cass. soc. 14 juin 2000, RJS 9-10/2000, n° 1022 ; RJDA 12/ 2000, n° 1098

<sup>345</sup> Cass. soc. 12 septembre 1997, RJS 1/ 1998, n° 117

<sup>346</sup> Cass. soc. 30 novembre 1999, RJS 1/ 2000 n° 115 ; RJDA 3/ 2000, n° 272

La Cour de Cassation a eu l'occasion de préciser les critères caractérisant le lien de subordination, dans le cadre de l'exercice d'un mandat social. La subordination pourrait être caractérisée par le fait que « *l'intéressé reçoive de la société mère des directives pour l'exécution de son mandat et qu'il soit tenu de rendre compte aux dirigeants de celle-ci de toute question importante tenant à l'exercice de ses fonctions de mandataire au sein de la filiale* »<sup>347</sup>. En plus, le fait que l'intéressé soit licencié pour ne pas avoir suivi les instructions de la société mère constitue également un indice de subordination<sup>348</sup>. Au contraire, l'existence d'un certain contrôle de la société mère sur l'intéressé n'entraîne pas automatiquement l'existence d'un lien de subordination dans la mesure où ce contrôle ne dépasse pas la limite du contrôle normal qu'un associé pourrait à juste titre exercer sur tous les dirigeants. Pour que le lien de subordination soit caractérisé, il faut que les dirigeants de la société mère dépassent des limites de contrôle classique afférent à l'associé dominant de la société.

A l'analyse de ces arrêts, il nous semble que la chambre sociale de Cour de Cassation a effectivement reconnu, à l'égard d'un dirigeant social lié par un contrat de travail, l'application d'une obligation de « subordination » dans l'exercice de ses fonctions de la direction, tel qu'elle est appliquée à tout salarié. Le dirigeant-salarié doit être complètement dépendant, et il est tenu d'agir selon les instructions de la société mère qui est désormais non seulement un actionnaire exerçant un pouvoir normal de contrôle mais aussi l'employeur direct. Par conséquent, il est légitime pour la Cour d'Appel de Versailles de se prononcer, par son arrêt du 5 Février 2003, sur l'absence de l'existence d'un contrat de travail si un dirigeant dispose de l'indépendance et de l'autonomie nécessaires pour gérer la filiale, même si la gestion est réalisée dans un cadre déterminé par la société mère<sup>349</sup>.

#### **b. La légitimité de la reconnaissance d'un tel lien de subordination**

Cette jurisprudence de dirigeant-salarié permet à un groupe de sociétés d'exercer, par des contrats de travail, un pouvoir de domination officielle de la direction d'une société

---

<sup>347</sup> Cass. soc., 2 Octobre 1991, affaire *Klaine*, *ibid*.

<sup>348</sup> Cass. soc., 4 mars 1997, Joly., 1997, p.661, note J.-P. Dom, RTD com., 1997, p. 650, obs. B. Petit, Y. Reinhardt, RJDA 6/1997 n°781

<sup>349</sup> CA Versailles, 5 Février 2003, n° 01-3572, évoqué in « *Dirigeants de sociétés commerciales* », Mémento F. Lefebvre 2006-2007, n°10290

contrôlée. Elle conduit également à remettre en cause l'autonomie décisionnelle d'une société contrôlée au sein d'un groupe de sociétés. Rappelons ici que selon la théorie classique du droit des sociétés, les dirigeants sociaux doivent nécessairement disposer d'une autonomie dans l'exercice de leurs mandats sociaux, puisque qu'ils constituent les seuls organes compétents pour exprimer la volonté propre de la société. Force est de souligner que cette autonomie du dirigeant est essentielle pour assurer l'autonomie véritable de la société.

Or, cette autonomie légale du mandat social se voit potentiellement compromise par le contrat de travail qui soumet l'exercice des mandats sociaux des dirigeants aux instructions directes données par la société mère.

En effet, se pose ici un problème de chevauchement du droit des sociétés et du droit du travail. Le droit social n'ayant pas une valeur supérieure au droit des sociétés ; aussi en vertu des règles impératives en droit des sociétés, les mandataires sociaux de chaque société doivent agir de manière autonome. Quant au contrat de travail, il ne saurait avoir un objet portant sur l'exercice de mandat social. L'exercice d'un mandat social ne doit pas constituer un objet légitime du contrat de travail, et le contrat de travail ainsi conclu doit être considéré fictif.

Il convient de remarquer que c'est la chambre sociale de la Cour de Cassation et non commerciale qui a admis, plus ou moins fermement, que le dirigeant d'une filiale peut être lié par un contrat de travail à la société mère. Si la chambre commerciale était consultée sur le fondement d'un tel contrat, elle pourrait avoir une approche différente. Alors faut-il condamner le geste de la chambre sociale qui, par l'introduction du régime de cumul du mandat social et du contrat de travail, a troublé la cohérence classique de la jurisprudence du droit de société ?

A première vue, ces critiques semblent justes. Pourtant, une réflexion plus approfondie nous permet d'avoir des observations plus nuancées.

Premièrement, concernant les problèmes que soulèvent les groupes de société, le droit social a une vision plus pragmatique permettant une adaptation du droit face à l'organisation économique du groupe. La jurisprudence du droit des sociétés reste fidèle au principe de l'autonomie juridique de la société, alors que la jurisprudence du droit social ne semble pas vouloir être limitée par ce principe. A la différence des juges

commerciaux, l'objectif primordial des juges du travail est de maintenir l'équilibre entre les salariés et leurs employeurs.

En apparence, la jurisprudence en droit de travail semble bouleverser profondément l'ordre de l'organisation institutionnelle de la société, en compromettant effectivement le principe de la séparation de pouvoir de contrôle et le pouvoir de gestion au sein de la société. Pourtant, le courant jurisprudentiel en droit social a bien des mérites de pragmatisme et de réalisme. Il a pour effet d'aligner le droit des dirigeants-salariés à celui de salariés ordinaires, notamment pour assurer la protection des responsables des filiales dites « *départementalisées* »<sup>350</sup>, qui, bien qu'étant des mandataires sociaux, travaillent en réalité comme des salariés en charge d'un département au sein de la société mère. L'objet de la jurisprudence du droit du travail est de faire reconnaître un phénomène économique réel dans l'ordre de droit social, de sorte que les réelles relations de travail, en dépit de l'exigence formelle de l'autonomie des dirigeants en droit des sociétés, n'échappe pas à la régulation de droit social.

Ce réalisme est manifesté également par le fait que la reconnaissance du contrat de travail n'est pas automatique à l'égard du salarié détaché en qualité de mandataire social dans la filiale. Les juges du fond doivent toujours prendre le soin de vérifier que le salarié est réellement dans un état de subordination vis-à-vis de la direction générale du groupe, et que l'application du droit du travail doit être écartée ou suspendue au cas où le lien de subordination n'a pas lieu d'être caractérisé. Ce n'est pas le contrat de travail qui impose une obligation de subordination, mais à l'inverse, c'est l'existence réelle du lien de subordination qui caractérise le contrat de travail. La jurisprudence de la Chambre Sociale consiste à reconnaître l'état de subordination des dirigeants déjà bien établi dans la réalité, afin de ne pas les priver de la protection sociale.

En même temps, la jurisprudence sociale ne met pas en danger l'intérêt social de la société dirigée, dans la mesure où la reconnaissance de la validité du contrat de travail n'exonère point la responsabilité personnelle d'un dirigeant lorsque ses comportements portent atteinte à l'intérêt social de la société dirigée. Lorsqu'il reçoit des instructions de la société mère-employeur contredisant l'intérêt social de la société dirigée, les salariés-dirigeants risquent d'être, s'il l'exécute fidèlement ces instructions, responsable civilement et pénalement, entraînant des conséquences pouvant être plus graves que la

---

<sup>350</sup> D. 1992, I. 3554, note D. Gatamel sous l'arrêt *Klaine*, Cass. soc. 2 octobre 1991

révocation et la simple rupture du contrat de travail. Aussi, en général les dirigeants ne se soumettent pas aveuglément à la société mère si cela cause de lourdes sanctions personnelles.

Dans cette hypothèse de conflit, les dirigeants se trouvent confronter à un dilemme extrêmement délicat, et ils sont parfois obligés de choisir entre la rupture de leur carrière professionnelle et l'éventuelle poursuite de leurs responsabilités. N'est ce pas injuste à l'égard du dirigeant? Toutefois, les dirigeants sociaux ne sont pas des travailleurs normaux, ils bénéficient la plupart du temps d'un statut social supérieur ainsi que des revenus privilégiés, en contrepartie, ils doivent accepter les risques nécessairement inhérents à leurs fonctions. Il est permis d'évoquer ici la remarque de M. Jean-Marie MESSIER, l'ancien dirigeant du Vivendi Universal, à l'égard de la spécificité du statut de dirigeant social : « *L'éventualité d'être 'viré' par ses actionnaires ... fait partie des risques normaux du métier de patron. Quand on est nommé à la tête d'une entreprise petite ou grande, on sait que l'on est révocable ad nutum, c'est-à-dire à tout moment sur simple décision du Conseil d'Administration. On est payé pour ça. Et bien payé. ...* »<sup>351</sup>.

En tout état de cause, peu importe le motif original de la jurisprudence sociale, elle a pour effet de légitimer, au moins partiellement en droit du travail, le lien de subordination entre des dirigeants des sociétés contrôlées et la société mère du groupe. L'autorité du groupe pourrait donc être davantage renforcée au regard de ces dirigeants salariés.

## ***2. Le fonctionnement des organes sociaux facultatifs***

A l'égard de la société anonyme, le droit français permet au Conseil d'Administration au sein d'une société anonyme moniste de constituer de façon facultative une commission d'études. De la même façon, un Conseil de Surveillance d'une société anonyme dualiste pourrait également constituer un organe similaire - comité d'études. Etant exclusivement soumise à l'autorité du Conseil d'Administration ou du Conseil de Surveillance dont ils émanent, ces commissions ou comités d'études ne doivent jouer qu'un rôle consultatif, pour réaliser des études sur des questions définies par le Conseil d'Administration ou le Conseil de Surveillance et ne doivent jamais empiéter sur les attributions conférées au Conseil d'Administration, au Conseil de Surveillance, au Directeur Général ou au

---

<sup>351</sup> J, -M. Com, « *Faut-il avoir peur de la nouvelle économie ?* », Hachette Littératures, 2000, p. 190



Directoire.

Outre ces commissions et comités d'études au sein des sociétés anonymes, nous pouvons ainsi constater que sont créées dans la pratique des entités internes de la société qui ne sont pas expressément prévues dans les textes. Cette pratique permet aux associés quelque soit la forme de la société de créer, par des clauses statutaires ou des pactes d'associés, des entités assurant des missions particulières et très variées. Ces entités, souvent généralement appelées par la doctrine « comité de direction », pourraient effectivement jouer un rôle positif qui pallie le caractère ponctuel des interventions de l'Assemblée et du Conseil d'Administration.

Si la loi française ne s'oppose pas à la création de ce type de commission de direction, il faudra toujours rappeler que cette dernière ne peut pas intervenir dans la répartition des pouvoirs attribués légalement aux organes sociaux<sup>352</sup>, en raison de la nature impérative du principe de la séparation des pouvoirs et l'hierarchie des organes sociaux.

Leurs fonctions se trouvant limitées au sein des sociétés isolées, les commissions (comités) d'études ainsi que les comités de direction pourraient toutefois utilement intervenir dans le cadre du groupe de sociétés. En fait, ils pourraient être composés par des membres dont le choix relève d'une grande liberté, et en conséquence il serait tout à fait possible que les dirigeants des autres sociétés du groupe, ou de la société mère puissent participer directement au sein de la commission (ou comité) et conseiller les dirigeants des sociétés filiales sur les conditions de mise en œuvre de la politique du groupe. L'autorité du groupe ainsi que la participation de personnages influents dans la commission la dote d'une importante influence sur les dirigeants des filiales, et cette intervention active de la commission (ou le comité) au sein de la société renforce en retour le pouvoir d'influence du groupe.

De plus, la création d'un comité de direction au sein de la société, qu'il fasse ou non l'objet d'une clause statutaire approuvée à l'unanimité par l'assemblée générale extraordinaire, est reconnue invalide dans la mesure où cela dépourrait le Conseil d'Administration de ses attributions propres<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> Cass. Com. 30 avril 1968, 1<sup>ère</sup> espèce, D. 1969 p. 89, note J. Lacombe

<sup>353</sup> CA Aix, 28 septembre 1982, Rev. soc., 1983, p. 773, note J. Mestre

## *B. La possibilité de la mise en place des régimes facultatifs en droit chinois*

Des dispositions légales similaires à celles en droit français n'existent pas. Pour autant, à défaut d'interdictions légales, leur mise en place ne nous semble pas complètement impossible.

A la différence de la loi française, la notion de mandataire social n'existe pas en droit des sociétés chinois. Le Directeur Général est considéré par la loi comme un salarié de la société. Quant aux administrateurs, ils ne sont pas des salariés de la société, mais des personnes élues par l'Assemblée Générale afin d'exercer les pouvoirs définis par la loi ou par les statuts. Bien qu'ils aient diverses obligations vis-à-vis de la société, telles que des obligations de loyauté et de diligence ainsi que l'obligation de ne pas porter atteinte à l'intérêt de la société, ils n'ont pas néanmoins l'obligation de ne pas se subordonner à la volonté d'un actionnaire ou d'un tiers pour l'exercice de son pouvoir. Malgré l'absence de la jurisprudence à cet égard, il semble qu'un contrat de travail qui prévoit de détacher un salarié pour exercer les fonctions d'un administrateur dans une filiale d'employeur ne serait pas invalide.

La loi sur les sociétés chinoises est également muette sur la possibilité de la création des organes sociaux facultatifs. Néanmoins, vu les nombreuses dispositions de cette loi destinées à définir la composition hiérarchique des organes sociaux légaux et leurs pouvoirs respectifs, il ne nous semble pas que le législateur chinois ait la moindre intention de reconnaître d'autres organes sociaux qui partageraient les pouvoirs avec les organes légaux. Or, faute de dispositions d'interdiction, il semble en revanche possible que des organes sociaux consultatifs, à l'instar de ceux qui existent en droit français, pourraient être créés au sein des sociétés chinoises. Ces organes peuvent donc constituer des plateformes rendant possible l'exercice d'une influence plus directe du groupe vis-à-vis des dirigeants des sociétés appartenant au groupe.

De plus, si la loi chinoise prévoit d'une manière implicite la possibilité de créer des organes supplémentaires qui pourraient disposer d'un pouvoir décisionnel à l'égard de gestion de la société, elle reste silencieuse sur l'opposabilité de ces décisions aux tiers.

Il en résulte que le fonctionnement de la direction du groupe de sociétés pourrait se mettre en place par la superposition de deux ordres de gestion sociale qui se chevauchent.

## **CHAPITRE II - LA RELATIVITE DU GROUPE DE SOCIETES EN DROIT**

Le chapitre précédent met en relief les difficultés de définir, aux termes juridiques, le phénomène du groupe de sociétés, dont le fonctionnement s'organise en réalité par le pouvoir sous-jacent de l'unité décisionnelle du groupe de sociétés.

Faute d'une définition appropriée du groupe de sociétés en droit contemporain, nous sommes naturellement tentés de créer un nouveau régime légal particulier pour le groupe de sociétés.

Cependant, l'approche de la constitution d'un régime particulier du groupe de sociétés s'avère importune pour faire face à l'impératif des pratiques des activités économiques (**Section I**).

En revanche, il est possible de faire recevoir dans l'ordre de droit une réalité économique du groupe. Cette méthode de réception se réalise par le biais de la prise en compte d'un intérêt global du groupe dans l'appréciation de l'intérêt social de chaque société, qui doit toujours être autonome sur le plan juridique en dépit de son appartenance à un groupe. Ce mécanisme de réception, tout en permettant de réconcilier le conflit entre l'autonomie juridique des sociétés membres et la réalité de l'organisation économique du groupe de sociétés, démontre davantage la relativité juridique du groupe dont son propre intérêt n'est qu'une notion dérivée de l'intérêt social de la société (**Section II**).

### **Section I -L'importunité d'un régime particulier du groupe de sociétés**

### **Section II - La réception de la réalité économique du groupe par le biais du régime de l'intérêt social**

## **Section I. L'importunité d'un régime particulier du groupe de sociétés**

La doctrine française n'est pas insensible à l'insuffisance des règles légales régissant les relations réelles entre les sociétés du groupe. Les tentatives pour consacrer un régime global et légal n'ont pas fait défaut, notamment suite à l'instauration d'un régime innovant le groupe de sociétés en droit allemand en 1965. Cependant, il n'est pas définitivement consacré en droit français dans la mesure où l'instauration d'un régime particulier engendre inévitablement la difficulté de déterminer l'objet de régulation (§1). Par ailleurs, ce régime a des carences intrinsèques le rendant incompatible avec les dispositions fondamentales du droit des sociétés (§2).

Le législateur chinois a consacré des régimes du groupe sans se heurter aux difficultés rencontrées par le législateur français. Cependant, le législateur chinois n'a pas pour autant résolu ces difficultés qui justifient l'importunité d'un régime juridique du groupe de sociétés. En revanche, la méconnaissance de ces difficultés en droit chinois s'explique par le développement d'un régime purement formel, sinon illusoire, de groupe de sociétés (§3).

### **§1. LA DIFFICULTE PROPRE A LA FIXATION DU CHAMP D'APPLICATION D'UN REGIME PARTICULIER DE GROUPE DE SOCIETES**

#### *A. L'indéfinissable lien de domination entre les sociétés de groupe*

Depuis longtemps la doctrine s'est rendu compte de la différence entre la notion de lien de contrôle et celle de lien de domination. M. le professeur Paillusseau a mis en avant, dans ses commentaires relatifs à la proposition de la loi Cousté, que la définition du groupe de sociétés était susceptible d'être interprétée de deux manières. Selon la première conception, l'existence d'un groupe de sociétés peut être établie « *dès qu'apparaît entre deux sociétés un lien de dépendance permettant à la société dominante d'exercer un pouvoir de décision dans la société affiliée* ». Selon la deuxième conception, la caractérisation du groupe doit réunir deux conditions : l'existence d'un lien de dépendance, mais aussi « *une direction unique* »<sup>354</sup>.

---

<sup>354</sup> J. Paillusseau, « *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ?* » : JCP G. 1971. I. 2401 bis, n°15

Cette première concept correspond à un groupe de sociétés établi par un rapport de contrôle, par ce biais, l'actionnaire est en mesure d'exercer un pouvoir de décision. En revanche, la deuxième conception correspond à un groupe de sociétés dont les filiales sont dépourvues de toute autonomie décisionnelle. La direction unique suppose l'existence *de facto* d'une unité centrale du groupe de sociétés, qui dispose du pouvoir de contrôle, mais aussi et surtout du pouvoir de domination, c'est-à-dire le pouvoir de traiter, en dépit des dispositions légales concernant la répartition des pouvoirs des organes sociaux, des affaires relevant de la direction des sociétés membres du groupe.

Pourtant, ces deux concepts du groupe ne peuvent couvrir l'ensemble des pratiques d'organisation de groupe. Le groupe peut centraliser le pouvoir de direction ou à l'inverse s'interdire de faire usage de ce pouvoir, mais il peut également adopter une ligne de conduite intermédiaire, pour ne s'immiscer que dans une partie plus ou moins importante de la direction des sociétés.

En effet, le groupe de sociétés constitue dans la pratique une forme d'organisation qui est susceptible de varier entre le premier et le second concept. Entre ces deux concepts, il existe d'innombrables modalités intermédiaires du fonctionnement du pouvoir de domination.

Cette diversité de modalités d'organisation du pouvoir de domination mérite deux commentaires.

D'une part, le groupe peut opter pour la centralisation de certains pouvoirs de direction, et ainsi il n'intervient que pour les décisions de gestion dont l'importance nécessite cette immixtion. Des études réalisées par des économistes ont constaté, dans la pratique, des modalités intermédiaires d'immixtion du groupe dans les sociétés affiliées. Il peut arriver que des filiales contrôlent assez largement le choix de leurs fournisseurs, le volume de fabrication, la fonction marketing, et que la société mère centralise les secteurs relatifs à la finance et à l'investissement, tout en laissant les affaires du financement du cycle d'exploitation (par exemple, crédits-clients, recouvrement créances) aux soins des filiales. La société mère et les filiales peuvent partager la gestion du personnel mais généralement plus le personnel est qualifié, plus l'emprise de la société mère est

importante<sup>355</sup>.

De seconde part, l'exercice du pouvoir de domination est instable, le contenu de ce pouvoir est susceptible d'évoluer à tout moment en raison du pouvoir discrétionnaire dans la prise de décision de la partie dominante. Ces évolutions ne sont pas évidentes à constater puisque la partie dominante n'a pas à établir d'acte juridique pour mettre en œuvre un quelconque changement. La constitution et l'évolution de la relation de domination s'effectuent de façon sous-jacente, n'étant pas perceptible dans l'ordre juridique.

Cela étant, force est de souligner qu'il est impossible de définir des critères précis des diverses situations entre le contrôle et la domination, qui sont cependant indispensable pour définir un seuil de domination qui déclencherait l'application d'un régime spécial du groupe.

Il conviendrait peut être modérer notre ambition et n'envisager que de réguler des groupes de sociétés dont les pouvoirs de direction sont entièrement centralisés. Néanmoins, même en restreignant le cadre, il s'avère encore difficile d'établir des critères précis et objectifs pour prouver cette domination complète. Les critères objectifs relatifs aux participations financières, au droit de vote ou au pouvoir de nommer ou de révoquer des dirigeants sociaux nous aident à présumer ou à constater l'existence d'une relation de contrôle entre deux sociétés, mais aucun lien ne peut être directement établi entre l'un de ces éléments et la domination d'une société totalement dépendante.

Or, la définition précise du lien de domination est indispensable si nous tenons à instaurer un régime légal du groupe sur la base de sa réalité économique, puisque c'est le rapport de domination qui caractérise l'existence réelle d'un groupe de sociétés.

En tenant compte de toutes ces observations, il nous semble que l'existence d'un groupe de sociétés ne peut être reconnue par la loi que selon trois méthodes:

1. Présumer la domination dès lors que la société mère obtient le pouvoir de contrôle sur la filiale ou possède plus de la moitié du capital de cette dernière. Pourtant,

---

<sup>355</sup> Garnier, Causse et Boudeville, « *Jusqu'ou va l'autonomie de décision des filiales ?* » ; Rev.Fr. de Gestion, 1978, p. 42 et s., étude menée auprès d'une centaine de filiales françaises d'entreprises américaines. Cité par M. Hannoun, in « *Le droit et les groupes de sociétés* », LGDJ, coll. Biblio. droit privé, p.164, n°203

une telle méthode, qui suppose que toute société mère privera automatiquement l'entière autonomie de sa filiale ou d'une société qu'elle contrôle, est excessivement radicale. Elle pourrait être envisageable en raison de sa simplicité et de sa précision, mais le groupe de sociétés déterminé par cette méthode aurait une dimension plus large que le véritable groupe de sociétés réuni par les liens de domination. Comme nous avons constaté, cette méthode est utilisée en droit positif français, dans les régimes qui n'est incompatible avec un périmètre assez large de groupe, tel le régime de comité de groupe, celui de l'épargne sociale, ou celui pour l'application du contrôle des concentrations.

2. Apprécier le lien de domination *a posteriori* par des autorités judiciaires ou administratives, qui apprécieront le comportement concret des sociétés concernées dans un cas de figure précis, en recourant à un faisceau d'indices permettant de déterminer l'existence réelle d'un lien de domination. Cette méthode permet de constater de manière précise le degré du lien de domination entre des sociétés sur un aspect déterminé de la direction de la société. En revanche, le champ d'application de cette méthode a sa limite importante, car le lien de domination doit être apprécié *a posteriori* et d'après les circonstances de chaque cas concret. A titre d'exemple, cette méthode existe en droit de la concurrence. Dans le cadre de la régulation des ententes, un groupe de sociétés peut échapper à la sanction à condition qu'il soit prouvé que les sociétés du groupe sont animées par une direction unique au regard de leurs comportements concurrentiels. Le contrôle concurrentiel est limité aux comportements concernés par l'enquête d'une entente, qui ont eu lieu pendant une période déterminée. De plus, l'appréciation de l'existence d'une direction unique s'effectue d'après l'ensemble des indices qui démontre l'absence d'autonomie de la société dépendante, sans qu'il ait lieu à avoir recours au critère objectif tel que le pourcentage de participation. Cette méthode est également mise en place dans l'appréciation en droit social de l'unité économique et sociale.
3. Renoncer à tout effort législatif visant à définir le lien de domination, et se borner à créer un régime facultatif du groupe. Ce dernier permet aux sociétés liées par le lien de contrôle de librement choisir si elles ont besoin d'établir des liens de dominations officielles et de se soumettre à un régime spécial du groupe de sociétés.

Parmi ces trois méthodes, la première méthode a pour effet d'aligner les régimes juridiques entre les sociétés réunies par le lien de contrôle et celles réunies par le lien de domination, tout en rendant flou le contour du groupe de sociétés. Aussi si l'ambition du législateur est de concevoir un dispositif visant à réguler les relations de domination entre des sociétés du groupe, elle n'est pas pertinente pour définir un groupe de sociétés. Quant à la deuxième méthode, malgré son exactitude, sa mise en place dépend d'une appréciation *a posteriori*, plus ou moins subjective, de l'autorité judiciaire ou administrative. Or il est inacceptable qu'une telle méthode préside à l'application d'un régime global du groupe de sociétés consacré par la loi. « *On ne peut bâtir un droit obligatoire des groupes sans préalablement délimiter les sociétés qui y seraient soumises. Or, il est dangereusement théorique de vouloir enfermer dans une formulation rigoureuse une réalité fuyante, aux limites indéfinies* »<sup>356</sup>. Cette deuxième méthode est uniquement utile pour les autorités judiciaires et administratives qui ont besoin de se référer à une notion juridique du groupe pour élaborer des décisions correspondant à la réalité économique du groupe, mais au regard d'une affaire concrète ayant déjà eu lieu.

Seule la troisième méthode est envisageable pour établir un régime particulier de groupe de sociétés.

### *B. L'échec de législation d'un régime facultatif de groupe de sociétés*

Pour instaurer un régime général concernant le statut juridique de groupe de sociétés tout en évitant à se heurter à la difficulté de l'insaisissable définition du groupe de sociétés de « domination », la seule approche envisageable est d'établir un régime facultatif. D'après cette idée, pour qu'un régime spécial de groupe de sociétés soit mis en œuvre, les sociétés appartenant à un groupe doivent prendre l'initiative de déclarer elles-mêmes l'existence des liens de domination entre elles. De plus, et ce qui est le plus important, ces sociétés souscrivent à une convention du groupe, qui a pour effet de concrétiser et de stabiliser leurs relations de domination dans le futur.

Il convient de souligner que cette méthode a été depuis longtemps adoptée en droit allemand. Désireux d'accorder un statut particulier au groupe de sociétés, le législateur allemand a instauré, par la loi relative aux sociétés par actions (*Aktiengesetz*) du 6

---

<sup>356</sup> B. Jadaud, A. Sayag « *La vaine recherche d'une définition du groupe en droit français* », in « *Les groupes de sociétés : une politique législative* », Etude du C.R.E.D.A., P.U.F. 1974, p.228



Septembre 1965, un régime légal du groupe assortie d'une portée d'application facultative.

A la différence de la loi française qui se contente d'interpréter un lien de contrôle, la loi allemande a reconnu officiellement le lien de domination. Vu l'impossibilité de préétablir des critères objectifs et précis, la loi allemande se borne à définir ce lien par un « *rapport de dépendance* », qui se caractérise par les effets résultant d'un lien de domination. Selon le paragraphe 17 d'AktG, le rapport de dépendance suppose qu'une entreprise dominante ait la possibilité d'exercer directement ou indirectement une influence dominante sur la société dépendante<sup>357</sup>. Dès lors qu'un tel type de lien de dépendance est constaté entre les sociétés, ces dernières sont considérées comme constitutives d'un groupe de sociétés de fait. Nous pouvons observer que ce dernier constitue presque un équivalent du groupe de sociétés de « contrôle » en droit français. Il suffit que la société en tête du groupe dispose de la possibilité d'exercer un pouvoir de domination, sans qu'elle doive nécessairement exercer ce pouvoir.

Il en ressort que le groupe de fait en droit allemand comprend, comme le groupe de société de « contrôle » en droit français, une grande diversité dans l'organisation de la direction des sociétés de groupe. A partir de cette notion de groupe de fait, le législateur allemand consacre une forme particulière de groupe : le « *Konzern* », composé d'une entreprise dominante et d'une ou de plusieurs entreprises contrôlées, regroupées sous la direction unique de la société dominante. En d'autres termes, « *Konzern* » désigne la forme organisationnelle du groupe dans laquelle les sociétés contrôlées sont dépourvues de toute autonomie directionnelle. Il y a deux catégories principales d'entreprises du « *Konzern* »<sup>358</sup> : le « *Konzern* » de droit, qui est officiellement mise en place par un contrat de « domination » préétabli, et le « *Konzern* » de fait, régime jurisprudentiel qui a pour objectif de faire appliquer rétroactivement les règles légales de « *Konzern* » à un groupe de fait dont les sociétés contrôlées sont dépourvues de toute autonomie.

C'est le « *Konzern* » de droit qui fait l'objet d'un régime légal du groupe de sociétés. Selon la loi allemande, l'ensemble des entreprises d'un groupe de fait peut librement décider de se placer sous un régime contractuel du groupe, en concluant une série de

---

<sup>357</sup> U. Pleger, « *Le groupe de sociétés en droit comparé franco-allemand* », Mémoire Paris II, 2001, p. 5, Biblio. Cujas

<sup>358</sup> Le paragraphe §18, al.2 prévoit un *Konzern* paritaire, composé par des entreprises sans la relation de contrôle ou de dominance, mais néanmoins liées par une direction unique. Ce type de *Konzern* ne relève pas de notre champ d'étude. Il s'agit d'un groupement de sociétés indépendantes mais s'engageant volontairement à se réunir en tant qu'une entité unique.

conventions de domination et de compensation, qui doivent être enregistrées auprès de l'autorité publique. Or si l'application d'un régime du groupe de sociétés n'est pas obligatoire, pourquoi les sociétés des groupes vont elles prendre l'initiative de s'y soumettre ? Le législateur allemand instaure d'un régime discriminatoire afin d'inciter les entreprises dominantes à contractualiser leur domination de fait, dès lors qu'elles désirent mettre en œuvre une véritable domination. Cette discrimination légale, dissuasive pour les groupes de fait, consiste en l'interdiction de toute société dominante de ces groupes d'influencer les entreprises dépendantes à prendre à leur détriment certaines mesures, à moins que ne soit prévue une compensation pour ces préjudices à la fin de chaque année fiscale<sup>359</sup>. Pour prévenir le manque de compensation des préjudices à l'origine de la domination, chaque année les entreprises contrôlées doivent établir un rapport détaillé relatant les relations avec les entreprises dominantes et les entreprises liées, vérifié par un commissaire aux comptes. « *Tout un système de responsabilité de l'entreprise dominante, de son conseil de surveillance et des commissaires aux comptes vise à éviter que l'entreprise contrôlée ne subisse des préjudices par l'exercice du contrôle (domination) sans être compensée* »<sup>360</sup>. A l'inverse, dès lors que les sociétés ont conclu entre elles une série de contrats de groupe –devant comprendre au moins un contrat de domination (*Beherrschungsverträge*) et un contrat de compensation, auxquels s'ajoute éventuellement un contrat de transfert des bénéfices (*Gewinnabführungsverträge*)<sup>361</sup>, la société dominante peut librement s'immiscer dans toutes les affaires de direction des sociétés dépendantes et même imposer à ces dernières des mesures allant à l'encontre de leurs intérêts. Une telle consécration de l'exercice libéral du pouvoir de domination a pour avantage de faciliter incontestablement la gestion du groupe. Ni les actionnaires ni les dirigeants de la société dominée n'encourent le risque d'être condamnés pour leurs comportements effectués au détriment de l'intérêt de la société. En revanche, la société dominante doit assumer, en contrepartie, une obligation de compensation englobant tous les risques inhérents à l'activité de la société dépendante<sup>362</sup>. Cette compensation doit comprendre non seulement les pertes de la société dépendante, mais également les bénéfices que la société dépendante aurait pu réaliser en l'absence de l'influence dominante. De plus, la société mère doit également garantir au profit des créanciers de la société dominée que cette dernière demeure solvable aussi longtemps que la société

---

<sup>359</sup> K. J. Hopt, « *Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes, perspectives européennes* » : Rev. soc. 1987, p.376

<sup>360</sup> K. J. Hopt, précité, p. 376

<sup>361</sup> Le contrat de transfert de bénéfice permet de déduire les pertes des sociétés contrôlées.

<sup>362</sup> M. Lutter, « *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés* » : Rev. soc. 1981, p. 713

dominante le reste elle-même<sup>363</sup>.

En résumé, afin de résoudre le problème délicat de la définition d'un groupe de sociétés unies par des liens de domination, l'approche du droit allemand est d'inviter les véritables sociétés dominantes et dépendantes à prendre l'initiative de se soumettre à un régime de groupe facultatif. Afin que ce régime facultatif soit viable, l'exercice du pouvoir de domination en dehors de ce régime facultatif est lourdement réglementé.

Néanmoins, il est légitime de s'interroger sur l'effet de cette dissuasion légale, qui détermine directement l'efficacité de ce régime contractuel du groupe de sociétés.

Premièrement, pour que le régime contractuel soit suffisamment séduisant, le législateur allemand permet aux sociétés dominantes, dès qu'elles sont soumises au régime facultatif de groupe, d'imposer sa décision à toutes les affaires relatives à la direction des sociétés dépendantes. Pourtant, force est de remarquer que les sociétés dominantes paient cher pour cette prérogative, puisqu'elles sont soumises à une compensation générale en faveur des sociétés dépendantes. Dès lors que des conventions de domination sont conclues conformément à un tel régime, il n'est pas surprenant, et même logique que la société dominante exploite les sociétés dépendantes. En tout état de cause, dans le cadre d'un groupe contractuel la société dominante est présumée se comporter selon ce schéma, puisque le législateur allemand a prévu une obligation de compensation. Le régime contractuel du groupe ne vise donc pas les situations intermédiaires qui sont les plus fréquentes dans la pratique, c'est-à-dire lorsque la société dominante ne s'empare que d'une partie du pouvoir de direction de la société dépendante.

Mais serait-il possible de faire appliquer un régime de groupe contractuel aux situations intermédiaires ? Cela suppose une obligation de compensation mesurée et graduée. Le montant de la compensation devrait être fixé en fonction du niveau d'intensité de domination, et ne viserait qu'à indemniser les préjudices causés par l'exercice du pouvoir de domination. Une telle pensée est idéaliste, elle cherche à consacrer un équilibre précis et casuistique entre le degré de compensation et le degré de domination. Or la mise en place de cette approche s'avère impossible dans la pratique. Il convient d'observer que même dans le cadre d'une compensation globale, l'évaluation d'une somme équitable à la charge de la société dominante engendre déjà des

---

<sup>363</sup> M. Lutter, « *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés* » : précité, p. 713

controverses constantes. La jurisprudence allemande, qui est assez fournie à cet égard, vient de mettre en lumière la faiblesse du régime du calcul de compensation<sup>364</sup>. En effet, comment pourrait-on établir des formules pour calculer, de manière préalable, le montant de la compensation et de l'indemnisation correspondant à chaque niveau de domination pour chaque orientation de la direction de société dépendante, étant précisé qu'il est même impossible d'évaluer l'exercice du pouvoir de domination ? Certains auteurs français ont reconnu également l'inconvénient de cette modalité de compensation : le maintien d'une comptabilité de la société partiellement dominée devient très délicat, sans compter les dilemmes qui risquent de surgir fréquemment puisque la formule de compensation est susceptible d'être contestée par les actionnaires externes de la direction du groupe<sup>365</sup>. Par ailleurs, supposons qu'une « société » industrielle confie au groupe auquel elle appartient tous les pouvoirs décisionnels au regard des contrats de vente dépassant un certain montant, et garde sa propre autonomie décisionnelle pour toutes les autres affaires. Puisque le groupe ne dispose que d'une partie du pouvoir dominant, pourrait on penser qu'il ne pourrait être tenu pour responsable que pour une partie de la compensation en fonction du résultat obtenu par le département vente de la société dépendante ? La réponse doit être négative. Les différents secteurs des opérations (finances, ventes et achats, fabrication, ressource humaine) sont souvent tous liés, il est impossible de séparer les activités des différents départements et de calculer leurs propres contributions à la perte de la société. En effet, imposer à la société dépendante l'abandon des bons de commande d'un client important pourrait avoir un impact sur la survie générale de la société, alors que l'exercice de ce pouvoir de domination n'est que partiel. Si la société dominante est autorisée à fixer un ratio de proportionnalité entre l'étendue ou le degré de son pouvoir de domination et le montant de compensation, elle sera en effet incitée à appauvrir au maximum la société dépendante, ce qui pourrait entraîner un impact global sur le résultat de la société dépendante.

Il en résulte que le régime facultatif du groupe de sociétés ne peut s'appliquer qu'aux groupes qui privent les sociétés dominées de leur autonomie. Quel est alors le sort des groupes ne détenant pas complètement le pouvoir de direction ? Bien que la loi allemande entende décourager tous les exercices du pouvoir de domination en dehors du régime facultatif du groupe, force est de constater qu'elle n'interdit pas de manière générale ces

---

<sup>364</sup> K. J. Hopt, « *Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes, perspectives européennes* » : précité, p.383. L'auteur a constaté que les divers experts-comptables arrivent souvent à des chiffres différents, d'autant plus que les méthodes pratiques et scientifiques d'évaluation, en tout cas en Allemagne, sont controversées.

<sup>365</sup> P. Bezard, A. Sayag, « Un système contractuel pour les groupes déclarés », in « *Les groupes de sociétés : une politique législative* », précité, p. 242

groupes de sociétés, considérés comme des groupes de fait. En effet, leur régime ne se distingue pas du droit commun des sociétés. Les pouvoirs de domination pourraient être encore exercés *de facto* par la société dominante, sous réserve que ses comportements soient conformes à l'intérêt de la société dépendante. En cas d'infraction à ce principe, la société dominante de fait doit être tenue responsable et payer la compensation à la société dépendante. Or la compensation n'est pas vraiment une sanction et la société dominante n'est pas effectivement punie pour avoir recouru au pouvoir de domination. Elle assume l'obligation d'une compensation uniquement dans le but d'éviter un déséquilibre d'intérêts entre les sociétés dominantes et dépendantes.

Le législateur allemand est assez réaliste, il incite à la mise en place d'un régime juridique particulier du groupe de sociétés tout en reconnaissant qu'un régime contractuel du groupe de sociétés ne peut que avoir un champ d'application assez limité, de sorte qu'il continue de tolérer toute pratique de domination de fait. Cette tolérance est tout à fait nécessaire, bien que cela rende le régime de groupe de droit moins attractif, dans la mesure où les sociétés dominantes des groupes de sociétés de fait assument seulement une responsabilité d'indemnisation ponctuelle et limitée. C'est seulement dans le cas extrême - où une relation très intense de domination est qualifiée - que la responsabilité de la société dominante est renforcée par la jurisprudence à un niveau équivalent à l'obligation de compensation globale prévue dans le régime de groupe de droit<sup>366</sup>.

La société dominante assume donc une responsabilité plus importante dans le régime du groupe de droit que dans un groupe de fait. Cela explique l'attitude indifférente de la plupart des groupes de sociétés allemandes au regard du régime contractuel de groupe de sociétés en droit allemand. Selon les statistiques dans les années suivant l'entrée en vigueur de la loi sur le groupe de sociétés, le nombre des groupes contractuels recensé n'était pas important<sup>367</sup>. Ainsi, l'essai législatif de la mise en place d'un régime de groupe de sociétés n'est pas un réel succès.

---

<sup>366</sup> La responsabilité d'une société dominante de fait consiste à indemniser l'ensemble des dommages subis par la société dépendante du fait du comportement de cette première (Paragraphe 311 du AktG). Pourtant, lorsque l'intervention de la société dominante est importante au point que la société dépendante subit une perte quasi-totale de l'autonomie, la jurisprudence allemande a considéré que les liens des deux sociétés caractérisaient un contrat de domination de fait, et a imposé en conséquence à la société dominante une responsabilité générale pour compenser les pertes de la société dépendante : Cour Fédérale de Justice, arrêt Gervais du 5 février 1979, *Neuwe Justistische Wochenschrift (NJW)* 1979, 2245 = *Wertpapier-Mitteilungen (WM)* 1979, 1937, cité par M. Lutter, « *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés* » : précité, p. 716

<sup>367</sup> A partir de l'entrée en vigueur de la loi le en 1966, Seulement 101 contrats de domination ont été conclus jusqu'à 1971, le nombre a augmenté de 133 nouveaux contrats jusqu'en 1979 : H. Wiedemann, « *The German Experience with the Law of Affiliated Enterprises* », in K. J. Hopt, « *Les groupes de sociétés en droit européen, analyses légales et économiques sur les entreprises multinationales* », Vol. II, éd. Berlin, New York, 1982, p. 28

L'expérience législative allemande nous enseigne que la consécration d'un régime facultatif du groupe ne constitue pas une approche efficace. La loi allemande constitue, par la consécration d'un statut particulier du groupe de société en droit écrit, un régime légal uniquement pour des groupes dont les sociétés sont totalement intégrées (*Konzern*). Or, une grande partie des groupes de sociétés, à savoir ceux n'ayant pas concentrés l'ensemble des pouvoirs à une direction unique, continue de se soumettre au droit commun des sociétés. La législation du « *Konzern* » n'est que de nature complémentaire, une grande partie de la problématique du groupe de sociétés reste ignorée par la loi allemande.

## §2. LES CARENCES INTRINSEQUES D'UN REGIME PARTICULIER DE GROUPE DE SOCIETES

En plus de la difficulté relative à la définition du groupe de sociétés, nous sommes confrontés au problème du bien-fondé d'un régime légal du groupe de sociétés en droit des sociétés.

### A. La négation logique de sociétés membres du groupe

La reconnaissance légale d'un groupe de sociétés suppose que l'exercice du pouvoir de domination soit aussi légalisé. Or, la consécration légale d'une domination a pour conséquence de diminuer l'autonomie de la société dépendante. Pour attribuer à un groupe de sociétés une identité juridique distincte, ses composants - les sociétés - doivent s'intégrer dans cette nouvelle structure juridique et perdre en conséquence leur propre individualité. Or, la substance du groupe de sociétés repose paradoxalement sur la personnalité autonome de chaque société qui le compose. Plus l'autonomie du groupe de société est reconnue, plus l'individualité de ses composants s'atténue. Lorsque l'existence des sociétés membres s'efface complètement, il n'est plus possible de parler d'un groupe de sociétés<sup>368</sup>. En soulignant ce problème comme une opposition logique des notions de groupe et de sociétés, M. le professeur Hannoun a conclu au caractère insaisissable d'un sujet légal du groupe de sociétés. Pour lui, « *Le groupe de sociétés n'est pas un sujet, mais une pratique économique qui, comme telle, pourrait donner lieu à une réglementation* »<sup>369</sup>.

<sup>368</sup> B. Oppetit, A. Sayag, « *Méthode d'un droit de groupe de sociétés* » : Rev. Soc. 1973, p. 577

<sup>369</sup> Ch. Hannoun, « *Le droit et les groupes de sociétés* », LGDJ, coll. Biblio. droit privé, p.161, n°197 et s.

Prenons également l'exemple du groupe contractuel consacré en droit allemand, ce paradoxe logique se manifeste nettement. Dans un tel cadre, les sociétés dépendantes sont susceptibles d'être dépourvues de toute autonomie. L'autonomie d'un prétendu groupe, assurée par le pouvoir absolu de domination par la société dominante, est donc confirmée. Néanmoins, force est de constater que la substance de la personnalité juridique des sociétés dépendantes devient complètement vide. D'une part, l'organe décisionnel de la direction de la société peut être déplacé, la société dépendante ne disposant alors plus de sa propre autonomie décisionnelle. D'autre part, l'organisation de la société dépendante est essentiellement dénaturée car l'existence de l'*affectio societatis* entre les associés disparaît, c'est-à-dire entre la société dominante et d'autres associés externes. En effet, la société dominante est tenue de compenser les pertes subies par la société dépendante, et de fixer un montant de compensation qui corresponde aux dividendes annuels de cette dernière<sup>370</sup>. Les actionnaires externes n'ont plus à supporter les risques économiques inhérents à l'exploitation de l'entreprise, ils bénéficient d'une garantie de dividendes prévisibles à moins que la société dominante ne soit mise en faillite. La société dépendante n'est plus une structure juridique initialement conçue par le droit des sociétés, puisque les actionnaires ne partagent plus les bénéfices et les risques inhérents aux affaires économiques de la société. Aussi le groupe de sociétés ne survit plus, dans la mesure où il n'existe qu'une seule société véritable au sein du groupe, les autres membres du groupe ne sont des sociétés qu'apparentes, ne constituant en réalité que des succursales attachées à la société dominante. Quant aux actionnaires externes, ils s'apparentent en réalité à des prêteurs à long terme, qui reçoivent régulièrement des dividendes garantis par la société dominante.

Certes, les dispositions légales de droit allemand ne vise que la situation où les sociétés dépendantes sont susceptibles d'être dépourvues de toute autonomie juridique. Néanmoins, cette approche quelque peu radicale pourrait s'expliquer par la difficulté insurmontable de définir et de réguler la compensation pour les situations intermédiaires au regard de l'autonomie semi-atténuée des sociétés dépendantes.

Même si ces situations intermédiaires sont définissables, les caractéristiques juridiques de ces sociétés dépendantes ne sont-elles pas dénaturées par le transfert légitime d'une partie des pouvoirs décisionnels à une unité de pouvoir externe ? Il est vrai

---

<sup>370</sup> U. Immenga, « *The law of groups in the federal republic of Germany* », in « *Groupe de companies in the EEC 85* », Eddy Wymeersch ed., 1993, p. 102

qu'on peut penser que la société et son groupe maintiennent une relation analogue à celle entre « *l'Etat unitaire* » qui concède une partie des pouvoirs souverains à « *l'Etat fédéral* »<sup>371</sup>, mais cette analogie ne semble être pertinente que sur le plan économique. En revanche, il est impossible d'introduire cette conception dans le droit des sociétés sauf à instaurer un régime révolutionnaire de personne morale jamais légiféré en droit jusqu'ici, pour encadrer les prétendues « sociétés » dépendantes n'ayant qu'une autonomie juridique partielle pour déterminer ses propres politiques. La même règle d'opposition logique règne dans cette situation. Dès lors qu'on reconnaît une certaine autonomie du groupe de sociétés en tant que sujet de droit, la nature juridique des sociétés qui le compose est altérée.

En tout état de cause, il nous semble que la consécration du groupe de sociétés en tant que sujet de droit ne parvient pas à échapper à cette opposition logique entre l'autonomie du groupe et celle des sociétés. De plus, il semble virtuel d'établir, à l'instar du système organisationnel de la société, les organes de groupe de sociétés.

### *B. L'inexistence des organes du groupe*

La loi institue des organes sociaux au sein de la société qui lui permettent de fonctionner et de la représenter physiquement vis-à-vis des tiers. C'est par l'intermédiaire de ces organes sociaux que la société fonctionne. Ils déterminent physiquement la volonté de la société qui est une personne virtuelle, et la représente vis-à-vis des tiers.

A propos de la reconnaissance légale d'un groupe de sociétés, est-il envisageable d'instituer également, à l'instar du schéma organisationnel de la société, des organes du groupe ? En l'absence d'organes légalement reconnus, le groupe est dépourvu de moyen de se manifester juridiquement en tant que sujet de droit. Il devient donc impossible de discerner la volonté du groupe de sociétés, ni de le faire engager des responsabilités vis-à-vis des tiers.

Il convient de noter que la jurisprudence française, malgré quelques décisions isolées, a définitivement refusé l'idée d'une responsabilité du groupe de sociétés en tant qu'entité distincte<sup>372</sup>. Ce refus jurisprudentiel fait disparaître partiellement la nécessité de

---

<sup>371</sup> M. VANHAECKE, « *Les groupes de sociétés* », LGDJ, 1968, p.55

<sup>372</sup> Cass. com. 20 oct. 1992, 2 arrêts : Bull.civ. IV, n°313 et n°314. cf. M. Pariente, « *Le groupe de sociétés et la loi de*



l'institution d'organes du groupe. A plus forte raison, l'absence de nécessité d'instaurer ces organes juridiques est justifiée par le fait que l'exercice du pouvoir dominant du groupe fonctionne de manière plus efficace en l'absence de reconnaissance juridique de ces organes.

Rappelons que le pouvoir de domination au sein du groupe n'est pas exercé dans le cadre des organes sociaux des sociétés membres. Dans la hiérarchie du groupe, lorsque l'assemblée générale de chaque société agit strictement dans la limite de leur pouvoir de contrôle reconnu par la loi, la volonté du groupe ne peut être imposée au fil de la chaîne de contrôle qui réunit les sociétés du groupe. En effet, les dirigeants d'une société mère ne peuvent agir qu'au nom de l'actionnaire majoritaire de la filiale. D'après le principe de la répartition des pouvoirs, ils ont seulement un droit de contrôle, qui est limité en général à la détermination des politiques stratégiques de la filiale. Les dirigeants d'une société mère ne peuvent pas donner de directives aux dirigeants de la filiale concernant la direction de cette dernière. Au demeurant, l'influence de la société mère sur les sous-filiales deviendrait quasiment inaperçue car le droit de la filiale vis-à-vis de la sous-filiale est également limité à un droit de contrôle, mais aussi l'exercice de ce droit de contrôle relève plutôt de la compétence des dirigeants de la filiale. Le fonctionnement légal des organes sociaux de société a pour effet d'établir des barrières empêchant l'adoption d'une décision du groupe au sein des sociétés membres du groupe.

Ces barrières peuvent être pourtant facilement contournées dans le cadre du groupe de sociétés, dès lors que le pouvoir du groupe s'impose par le truchement d'un système organisationnel établi en dehors de tout schéma légal. Dans le chapitre précédent, ce système de fait s'appuie sur l'autorité directe du groupe exercé sur les dirigeants sociaux de chaque société membre, qui est assurée par le pouvoir discrétionnaire de révocation *de facto* des dirigeants. « *Le risque que représente l'usage, par l'associé principal, de ses pouvoirs de révocation, suffit à faire régner un ordre volontaire, sachant que, plus positivement, l'avancement au sein du groupe dépend de la manière dont les fonctions de dirigeants sont exécutées dans les filiales* »<sup>373</sup>.

Grâce à cette autorité affectant personnellement les dirigeants, le groupe peut établir un organigramme sous-jacent qui réaménage les pouvoirs attribués aux dirigeants des sociétés membres. De plus, parallèlement au fonctionnement formel des organes sociaux,

---

1966 » : Rev. soc. 1996, p. 468

<sup>373</sup> P. Le Cannu, « *Les organes de groupe* », LPA 2001, n°89, p. 45, 15

le groupe peut organiser des réunions, des délibérations et des communications informelles entre les mandataires sociaux des sociétés du groupe. C'est par tous ces échanges échappant à toute réglementation légale que le groupe crée un espace sous-jacent permettant la mise en circuit directe des décisions du groupe. Au regard de chaque dirigeant de droit travaillant au sein d'une société membre du groupe (qui agit également au nom des actionnaires des filiales de leurs propres sociétés), il devrait exercer, le cas échéant, son mandat social d'une manière différente de ce qui est prévu par la loi, sous peine d'être révoqué par le groupe. Tantôt il peut se comporter de façon autonome, tantôt il doit demander des instructions auprès de son supérieur, en fonction de la répartition des pouvoirs prévue dans « l'organigramme » sous-jacent du groupe. Le cas échéant, il peut même donner des instructions directement à certains dirigeants d'autres sociétés. En définitive, c'est à travers les agissements de concert des dirigeants sociaux que la décision du groupe est effectivement mise en place par des décisions cohérentes issues des organes sociaux formels des diverses sociétés concernées par la décision.

Force est alors de constater la coexistence de deux systèmes. D'une part, le système de la véritable répartition du pouvoir du groupe qui fonctionne de façon sous-jacente. D'autre part, le système de pouvoir apparent mis en place par le biais des organes sociaux. En effet, pour que les décisions déterminées dans le cadre du système sous-jacent aient des effets juridiques, elles doivent nécessairement être corroborées par ces organes. Toutefois, ce système pourrait être superflu, car il ne reflète pas la véritable hiérarchie des pouvoirs du groupe.

Le système de pouvoir sous-jacent du groupe fonctionne parfaitement en l'absence de l'intervention de toute disposition légale. De plus, cette inexistence légale permet au groupe d'organiser la répartition des pouvoirs décisionnels et exécutoires de manière suffisamment flexible. La flexibilité de l'organisation des pouvoirs du groupe correspond à la réalité économique du groupe. Grâce à ce système de pouvoir sous-jacent, le groupe peut donc déterminer en temps réel la meilleure répartition des pouvoirs internes, en tenant compte des particularités de sa propre méthode d'organisation globale au regard des différents secteurs des activités économiques et des services administratifs centralisés au niveau du groupe. Les sociétés d'un groupe travaillent de façon plus cohérente sous des politiques et instructions uniques bien déterminées et orientées. Cette coordination du groupe, génératrice d'une synergie considérable grâce à une « fraternité » entre les

sociétés membres du groupe<sup>374</sup>, entraîne des conséquences positives pour les activités économiques. La création des organes du groupe, qui signifie la régularisation de ce système du pouvoir par des règles préétablies et précises, risque de compromettre la flexibilité et l'efficacité de l'organisation économique du groupe.

De plus, la consécration légale des organes du groupe suscitera le problème de la coexistence entre ces organes du groupe et les organes sociaux des sociétés du groupe. Nous pouvons évidemment envisager d'établir des organes du groupe dont les missions ne se superposent point avec les compétences des organes sociaux des sociétés appartenant au groupe. Des organes facultatifs, tels que le « *comité de direction* », sont déjà mis en place dans la pratique. Pour autant, ces organes sont manifestement inadaptés à se porter comme l'unité décisionnelle du groupe, puisqu'ils ne peuvent jamais empiéter sur les compétences des organes sociaux. Or tous les pouvoirs au sein d'un groupe de sociétés sont déjà attribués aux organes sociaux des sociétés membres. Ne pouvant constituer que des organes consultatifs émetteur d'avis non obligatoires aux organes officiels<sup>375</sup>, ou des espaces où s'établissent les échanges entre les dirigeants des sociétés-mères et des filiales<sup>376</sup>, ces organes facultatifs ne sont pas adaptés à mettre en œuvre le véritable pouvoir de domination du groupe.

Pour que les organes du groupe ne soient pas inopérants, leur compétence légale doit inévitablement empiéter sur les pouvoirs initialement attribués aux organes sociaux des sociétés membres. Nous sommes confrontés à la difficulté de définir une frontière pertinente entre les compétences des organes du groupe et celles des organes sociaux. Par ailleurs, le principe impératif de la répartition des pouvoirs entre les organes sociaux doit être renversé, ce qui entraîne un bouleversement profond de la législation des sociétés. Une diminution du pouvoir des organes sociaux a naturellement pour conséquence d'atténuer l'autonomie inhérente à la personnalité morale de chaque société membre du groupe. Une société aura, en effet, du mal à conserver encore ses caractéristiques juridiques alors que ses propres organes sociaux ne sont plus les seuls compétents, sur le plan juridique, à déterminer les stratégies, les politiques et la gestion de la société. Nous rencontrerons ce même problème entre l'autonomie du groupe et l'autonomie des sociétés.

---

<sup>374</sup> Y. Guyon, « *La fraternité dans le droit des sociétés* » : Rev. soc. 1989, p. 444, n°11

<sup>375</sup> P. Le Cannu, « *Les organes de groupe* », précité, p. 47, 29

<sup>376</sup> Ch. Hannoun, « *Le droit et les groupes de sociétés* », précité, n° 205, p. 165

### §3. L'ECHEC DU DEVELOPPEMENT DU REGIME DE GROUPE DE SOCIETES EN DROIT CHINOIS

Bien que la loi sur les sociétés en Chine date du 29 Décembre 1993, la notion du « *groupe d'entreprises* »<sup>377</sup> a vu le jour plusieurs années bien avant cette législation.

Dans les années 80 et au début des années 90 où le système de droit de commerce inexistant jusqu'alors commençait à voir le jour<sup>378</sup>, le gouvernement chinois ne distinguait pas clairement la notion économique de l'entreprise du concept juridique de la société, car avant 1993 il n'existait pas de véritable régime juridique de sociétés<sup>379</sup>.

Il en ressort que le développement de la notion de groupe d'entreprises, dont fait état les réglementations des années 80, s'oriente plutôt dans un sens économique. Grâce à l'absence du régime juridique préétabli de la société, les descriptions du groupe d'entreprises dans les réglementations gouvernementales à cette époque correspondaient assez bien à la réalité économique du groupe. Pour autant, suite à l'instauration législative du régime de société, le concept économique du groupe d'entreprise a été transplanté de façon erronée en droit. Le législateur ne réussit pas à créer un véritable régime particulier pour les groupes d'entreprises dans la mesure où aucun pouvoir

---

<sup>377</sup> Comme nous l'avons exposé ci-dessus, la notion d'« *entreprise* » en droit chinois se confond très souvent avec la notion de « *société* ».

<sup>378</sup> Traditionnellement, le droit est considéré en Chine comme des mesures de répressions. Dans la république populaire de Chine, de véritables textes légaux ne pouvaient voir le jour qu'à la fin de la révolution culturelle. A compter de la fin des années 70, il faudra attendre plus de deux décennies avant que le droit chinois ne devienne un système relativement complet comprenant presque toutes les branches du droit nécessaire pour un pays de droit contemporain. Les premières lois, loi pénale et loi sur les procédures pénales, sont apparues le 6 juillet 1979, la loi sur les joint-venture à capitaux sino-étrangers est créée immédiatement après. La loi sur les contrats économiques (abrogé ultérieurement en 1999 par la loi sur les contrats) est promulguée en décembre 1981, la loi sur les procédures civiles en 1982. En avril 1986, la république a prévu pour la première fois les textes fondamentaux sur les relations juridiques civiles - Règles générales de droit civil (民法通则), et la loi sur entreprises d'état (*Quan Min Suo You Zhi Qi Ye Fa*, 全民所有制企业法) a vu son jour le 13 avril 1988.

<sup>379</sup> Le terme de « société » est pour la première fois évoquée en Chine en 1979 dans le domaine du droit des entreprises à capitaux étrangers. L'article 4 de la loi sur les joint-ventures à capitaux sino étrangers, promulguée le 8 juillet 1979, prévoit que « *la forme juridique de ces joint-ventures est celle de la société à responsabilité limitée* ». La forme sociétaire des joint-ventures, qui corroborait les principes de l'autonomie du patrimoine de la société, le régime de la responsabilité limitée des associés et la distribution des bénéfices en fonction du pourcentage de participation, contribue à fixer le socle du régime fondamental de la société en Chine. Pour autant, dès sa création, la forme juridique des entreprises à capitaux étrangers consistait en un régime particulier relevant d'une portée d'application limitée, qui ne pouvait s'appliquer aux entreprises chinoises ordinaires. Il a fallu attendre le 1<sup>er</sup> janvier 2006, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi chinoise sur les sociétés, pour que le rapprochement du régime des entreprises à capitaux étrangers et celui des entreprises à capitaux chinois soient vraiment mise en place.

autonome n'a été attribué légalement au groupe(A).

Ainsi, il convient de souligner que les groupes d'entreprises à capitaux étrangers ne bénéficient pas non plus d'un statut particulier du groupe, malgré la promulgation d'une réglementation concernant la société holding à capitaux étrangers (B).

#### *A. La définition inexacte du groupe d'entreprise*

##### ***1. La naissance d'une notion embryonnaire du groupe***

La notion du groupe est apparue pour la première fois dans une réglementation du Conseil des affaires d'Etat promulguée le 23 mars 1986 (GF 1986(36))<sup>380</sup>. Selon cette réglementation, les entreprises sont autorisées à créer entre elles des alliances économiques « étroites », « semi-étroites » ou « relâchées » en vue de promouvoir le « pouvoir de production » (*Shenchan Li*, 生产力) de la société chinoise. Une alliance économique, bénéficiant d'une certaine autonomie économique (l'ouverture d'un compte bancaire, l'unité fiscale), pourrait donc être composée par plusieurs entreprises. Cependant la nature des liens qui réunissent ces entreprises restent imprécise dans la réglementation. Bien que chaque alliance économique doive disposer de ses propres statuts et éventuellement d'une convention d'alliance, elle ne semble pas dotée d'une personnalité morale. La réglementation ne prévoit nullement le statut juridique de l'alliance. Cette ambiguïté ne nous surprend point car à l'époque régnait une économie de planification, la quasi-totalité des entreprises chinoises étaient encore par essence des unités de production très dépendantes du gouvernement à tous ses échelons. Il en ressort que les alliances économiques résultaient souvent de regroupements d'entreprises, forcées par les gouvernements. Ces regroupements consistent en des organisations économiques de plus grande envergure, et demeurent en tout état de cause subordonnés à la direction du gouvernement.

En suivant l'approche consacrée par la réglementation de GF 1986(36), la Commission de la Réforme des régimes ainsi que la Commission de l'Economie<sup>381</sup> ont promulgué le 16 décembre 1987 une réglementation intitulée « *Quelques Avis concernant*

---

<sup>380</sup> « Réglementation concernant certaines questions relatives à la promotion de l'alliance économique horizontale » (« 关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定 »)

<sup>381</sup> Ces deux autorités ministérielles étaient ultérieurement absorbées par la Commission de développement et de réforme et le Ministère du commerce

*la création et le développement des groupes d'entreprises* » (ci-dessous désignés les « Avis », 国家体改委、国家经委关于组建和发展企业集团的几点意见). Selon cette réglementation, le groupe de sociétés est défini comme un type d'entité économique composée de multiples niveaux hiérarchiques, dont la création répond aux besoins de la production de grands échelons et aux ceux de « *l'économie de marché sous planification* » (You Jihua Shangpin Jingji, 有计划商品经济). Outre cette description de nature purement économique, sont prévues dans cette réglementation plusieurs règles concernant l'organisation institutionnelle du groupe.

En premier lieu, la réglementation reconnaît l'autonomie du groupe, en prévoyant que le groupe d'entreprises est autorisé à poursuivre des activités de façon autonome dès lors qu'il a obtenu l'approbation et effectué l'enregistrement administratif.

En deuxième lieu, le pouvoir central de gestion du groupe est ainsi formellement reconnu par le texte. En vertu du principe de la structure hiérarchique du groupe en trois tranches, à savoir les « *entreprises de noyau* » entretenant entre elles des « *liens étroits* », celles entretenant des « *relations semi étroites* » avec les entreprises de noyau ainsi que celles entretenant des « *relations relâchées* » avec ces dernières. Les « Avis » rajoutent des précisions concernant les caractères de ces trois types de relations. Les relations étroites des entreprises de noyau d'un groupe d'entreprises se caractérisent par la centralisation des patrimoines et de la gestion des entreprises selon les directives du groupe. Quant aux relations semi étroites, elles sont définies comme des relations d'investissements réciproques réalisés par le truchement des apports financiers ou des apports en nature (équipements ou propriété intellectuelle), étant précisé que ce type d'entreprises doit agir selon la direction centrale du groupe et partager les bénéfices et les risques en fonction du pourcentage de leurs propres apports et des dispositions conventionnelles. Enfin, s'agissant des sociétés en relations relâchées, elles sont indépendantes mais suivent les stratégies du groupe, tout en agissant conformément aux dispositions des statuts et/ou d'une convention.

Force est de constater que les « Avis » de 1987 visent à établir une modalité d'organisation des groupes de sociétés correspondant à la réalité économique. Le rédacteur de cette réglementation prévoit clairement que des groupes doivent centraliser le pouvoir de décision concernant les politiques stratégiques, la nomination et la révocation des dirigeants clés, tout en préservant une certaine autonomie au profit des sociétés membres du groupe. Les « Avis » reconnaissent que la flexibilité de

l'organisation du groupe est nécessaire, en autorisant les groupes à fixer eux-mêmes le contenu des pouvoirs centralisés ou décentralisés en fonction de leurs besoins.

Néanmoins, les dispositions de ce document réglementaire ne sont pas intelligibles dans une optique juridique. Notons qu'à l'époque de la promulgation de ce texte, la notion contemporaine de « société » n'est pas encore formellement connue pour les entreprises à capitaux chinois. Il en résulte que les auteurs des « Avis » n'ont pas été aptes à définir clairement en termes juridiques les liens réunissant les entreprises du groupe. En fait, selon les termes utilisés dans les « Avis », les sociétés composant le noyau du groupe ressemblent vraisemblablement à des sociétés complètement dominées par le groupe, tandis que les entreprises en relation semi étroites ressemblent plutôt aux actionnaires minoritaires des sociétés contrôlées et dirigées par le groupe. Quant aux entreprises entretenant relations relâchées, le texte n'a pas pu révéler pour quelles raisons ces entreprises doivent maintenir des relations relâchées - et non pas des relations étroites - avec les entreprises au sein du noyau du groupe.

Ce type de lien réunissant les entreprises du groupe consiste effectivement en un lien de dépendance administrative entre chaque entreprise et le gouvernement. Les « Avis » ont implicitement montré une telle dépendance, en prévoyant dans son article 15 qu'il faille accorder progressivement (par le gouvernement) des moyens permettant d'accroître les droits des groupes, notamment ceux des entreprises appartenant au noyau du groupe, « *au regard de la planification et de l'approbation du projet de construction, du développement des nouveaux produits, de la vente, de la détermination du prix de son propre produit, de l'import et l'export, et de l'acquisition de la technologie de l'étrangers contre paiement de devise* ». Par une interprétation *a contrario*, il est clair que les entreprises chinoises n'avaient normalement pas le droit de déterminer ces types des opérations par elles-mêmes. Certains pouvoirs de la gestion pourraient leur être temporairement octroyés par le gouvernement, mais le retrait de ces pouvoirs est aussi soumis à la discrétion gouvernementale. La constitution du groupe d'entreprises devient donc des mariages forcés entre les entreprises, animées par le gouvernement en fonction de ses propres politiques économiques. Le problème de la définition des liens juridiques entre les entreprises du groupe ne se pose pas, car ces entreprises sont toutes dominées par le gouvernement qui détermine les relations économiques entre les entreprises ainsi que leur hiérarchie de la direction.

## 2. La transplantation maladroite de la notion du groupe d'entreprise en droit

Il convient de constater que suite à la promulgation des « Avis » de 1987 au niveau ministériel, les réformes de l'économie en Chine ont changé fondamentalement le statut juridique des entreprises à capitaux chinois. Suite à la promulgation de la loi sur les sociétés en 1993, un nombre constamment croissant des sociétés à capitaux privés chinois ont été créées, alors que la plupart des entreprises à capitaux étatiques ont été progressivement transformées en société. Les liens de domination exercés par l'administration et le gouvernement sont progressivement remplacés par des liens financiers entre les sociétés et leurs associés<sup>382</sup>.

S'inscrivant dans une telle évolution, une série de réglementations des autorités locales, promulguée pendant cette période de transformation, ont commencé à définir le groupe d'entreprises dans l'optique du droit des sociétés, en faisant état des liens financiers réunissant les membres des groupes. En même temps, le concept initial du groupe consacré par les « Avis », caractérisé par la distinction de trois tranches hiérarchiques d'entreprises<sup>383</sup>, fut remplacé par de nombreuses réglementations locales.

Or cette hiérarchie du groupe d'entreprises a été conçue à une époque où la forme même de la société faisait défaut, et en outre, elle était décrite initialement par les Avis en terme plutôt économiques. Dans un souci d'adapter cette conception économique du groupe au régime juridique de société, les rédacteurs de ces réglementations locales ont donc respectivement assimilé les relations économiques étroites, semi étroites et relâchées à des relations entre des sociétés mères et leurs filiales - souvent décrites comme les relations de contrôle sur les droits des actions (*Konggu*, 控股), les liens de participation (*Cangu*, 参股), et les relations de coopération conventionnelle (*Xiezuo*, 协作, ou *Xiezuo Peitao*, 协作配套)<sup>384</sup>.

<sup>382</sup> Le conseil des affaires d'état a explicitement prévu, dans une réglementation destinée à renforcer la création des groupes d'entreprises pilotes, que les sociétés mères des groupes, ainsi que leurs filiales, doivent se transformer en entreprise moderne (signifie implicitement la forme de société). Etant dissociées du gouvernement, ces entreprises doivent être complètement autonomes pour la gestion des affaires et être responsables des résultats d'exploitation. De plus, le lien entre la société mère et sa filiale doit se transformer principalement en un lien financier. Cf. l'article 1 de « Les avis pour le renforcement des travaux de la constitution de grands groupes d'entreprises pilotes » (国务院批转国家计委、国家经贸委《国家体改委关于深化大型企业集团试点工作意见的通知》), G.F.1997n°15

<sup>383</sup> L'article 4 de la « Méthode provisoires de la municipalité de Guangzhou pour l'amélioration du développement des groupes d'entreprises » (« 广州市人民政府关于完善发展企业集团的暂行办法 »)

<sup>384</sup> Nous trouvons des nombreuses réglementations prévoyant des règles semblables. Voir la « Méthode provisoire de gestion d'immatriculation des groupes d'entreprise » du province du Zhejiang (« 浙江省企业集团登记管理暂行办法 ») et le « Règlement provisoire sur les groupes d'entreprises » de la zone spéciale de l'économie de Shenzhen (« 深圳经济特区企业集团暂行规定 ») promulgués en 1993, les réglementations intitulées « Méthode provisoire de la



Il en ressort que le groupe de sociétés est considéré comme un groupement de sociétés composé d'une société mère, de plusieurs filiales et éventuellement des sociétés dans lesquelles une société mère ou ses filiales a une participation, ainsi que des sociétés entretenant des relations conventionnelles avec les sociétés du groupe.

Il est permis d'émettre plusieurs critiques à l'égard de ce concept du groupe.

En premier lieu, ces réglementations n'ont pas défini les notions de « *contrôle des droits des actions* », ni de la « *participation* » ni de la « *coopération conventionnelle* ». Or à l'époque ces notions n'étaient pas encore précisées en droit commun des sociétés. Il était donc extrêmement difficile de mettre en place dans la pratique les distinctions précises des relations entretenues entre les sociétés du groupe.

En deuxième lieu, il nous semble erroné d'assimiler la « *relation économique étroite* », considérée comme une intégration économique complète entre des entreprises selon l'esprit des « Avis » de 1987, à une relation de contrôle (*Konggu*, 控股) entre la société mère et filiale. Dans l'état d'esprit des rédacteurs de ces réglementations, dès lors qu'une société mère obtient une majorité de droit de vote dans sa filiale, elle va déterminer forcément toutes les décisions concernant la gestion de cette dernière. Or une telle présomption n'est pas souvent bien fondée, étant donné qu'une filiale peut tout à fait garder une autonomie complète si la société mère se borne à exercer strictement un droit de contrôle. Les rédacteurs de ces réglementations chinoises ont complètement ignoré la distinction entre le pouvoir du contrôle et le pouvoir de domination.

En troisième lieu, la notion de groupe de société dans ces réglementations paraît trop large, puisque des entreprises entretenant simplement des coopérations conventionnelles avec les entreprises composants le noyau de groupe peuvent également être incluses dans le périmètre du groupe. Toutefois, il nous semble que dans un tel cas la mise en place d'un régime du groupe n'est pas nécessaire. Quant aux sociétés n'ayant aucun lien financier, bien qu'elles puissent maintenir une coopération économique stable et constante sur la base conventionnelle, chacune d'entre elles est parfaitement autonome de

---

constitution et de la gestion de groupe d'entreprise » promulguées respectivement par la municipalité de Tianjin, par la province de Hunan et la province de Jilin en 1996 ( « 天津市企业集团组建与管理暂行办法 » ; « 湖南省企业集团组建与管理暂行办法 » ; « 吉林省企业集团组建与管理暂行办法 » ) ainsi que la « *Méthode provisoire de gestion de groupe d'entreprises* » de la municipalité de Shenyang promulguée en 1996 ( « 沈阳市企业集团管理暂行办法 » ).

défendre son propre intérêt, et les dispositions contractuelles conclues entre elles sont suffisantes pour éclaircir leurs relations économiques. Englober ces sociétés dans un groupe s'avère non seulement artificiel mais aussi inutile. Pire, élargir inutilement le périmètre du groupe qui englobe des sociétés réunies par plusieurs catégories des liens hétérogènes a pour conséquence de rendre impossible l'élaboration d'un régime solide et cohérent du groupe de sociétés.

En résumé, en droit chinois, la notion juridique du groupe de sociétés a été transposée de manière maladroite à partir d'un concept économique du groupe d'entreprises. Les dispositions réglementaires ont ignoré les nuances des liens de domination que les sociétés du groupe peuvent entretenir dans la réalité économique, à l'image des textes des premières réglementations des années 1980. En revanche, une notion du groupe excessivement large, disparate et ambiguë a été consacrée par ces réglementations.

Le droit chinois n'a pas réussi à surmonter la difficulté de la définition précise du groupe. A l'inverse, en retenant un périmètre du groupe excessivement large, les essais législatifs du droit chinois à l'égard du groupe n'a pas vraiment repéré la difficulté consistant à définir le groupe – à savoir le lien de domination existant entre les sociétés.

### *B. Les dispositions illusoire au regard du groupe d'entreprises*

A partir de la définition imparfaite du groupe d'entreprises, les réglementations chinoises ne sont pas parvenues à établir un véritable régime juridique du groupe de sociétés.

#### ***1. L'absence d'une véritable reconnaissance juridique du groupe d'entreprises***

Le statut particulier du groupe d'entreprises n'est pas reconnu en droit. L'article 15 des « Avis » de 1987 se borne à prévoir une autonomie d'exploitation du groupe, sans préciser la nature de cette autonomie<sup>385</sup>. Dans les réglementations ultérieurement

---

<sup>385</sup> Le texte est flou, il prévoit que « *Le groupe d'entreprises, et notamment la société (mère) de groupe doit disposer d'une autonomie d'exploitation appropriée* ». On peut l'interpréter de plusieurs manières : soit le législateur tente de mettre en relief que le gouvernement doit confier certains pouvoirs d'exploitation aux entreprises du groupe, soit il entend octroyer au groupe un certain pouvoir lui permettant d'agir comme une entité autonome dans les activités d'exploitation.

promulguées par les autorités locales, aucun texte ne prévoit expressément de statut juridique autonome du groupe d'entreprises. Enfin, les « Règles provisoires de l'immatriculation et de l'administration des groupes d'entreprises » du 6 Avril 1998, une réglementation de l'Administration Nationale de l'Industrie et du Commerce (SAIC)<sup>386</sup>, a supprimé toute ambiguïté, en précisant que le groupe d'entreprises est privé de personnalité morale, laquelle pouvant seulement être attribuée aux sociétés membres du groupe. Il est même interdit de procéder aux activités économiques et de conclure des contrats économiques au nom d'un groupe, sous peine d'amendes et de confiscation des bénéfices relatifs à ces activités<sup>387</sup>.

Malgré ces clarifications, la réglementation de SAIC prévoit, comme les anciennes réglementations locales ou nationales, qu'un groupe d'entreprises doit avoir des statuts du groupe. Or, les statuts prévus dans ces textes ne sont pas en mesure d'assurer l'autonomie juridique du groupe.

Comme nous l'avons mis en relief dans la partie précédente, il existe une opposition logique entre l'autonomie du groupe et l'autonomie des membres du groupe. Les effets des statuts d'un groupe sont inévitablement très réduits, voire inexistants, puisque chaque société appartenant à ce groupe dispose de ses propres statuts. Ces sociétés bénéficient de leur pleine autonomie juridique, et disposent de leurs propres organes sociaux. Des statuts du groupe étant seulement reconnus par des réglementations, ils ne peuvent pas, selon la hiérarchie des règles normatives, déroger aux dispositions légales et statutaires des sociétés membres<sup>388</sup>. Etant incapable d'aménager l'organisation du pouvoir autonome de chaque société du groupe, les prétendus « statuts » du groupe ne peuvent que prévoir les règles d'une alliance relâchée entre les sociétés complètement indépendantes l'une des autres.

Les pratiques semblent confirmer l'effet minime des statuts du groupe. En effet, la réglementation de SAIC du 6 Avril 1998 se borne à énumérer les titres des clauses indispensables des statuts du groupe, sans préciser leur contenu. L'étude de trois modèles types des statuts du groupe, élaborés respectivement par les administrations de l'industrie

---

<sup>386</sup> Les « Règles provisoires de l'immatriculation et de l'administration des groupes d'entreprises », (« 企业集团登记管理暂行规定 », G.Sh.Q.Z. (1998) N°59)

<sup>387</sup> Article 21, alinéa 2 de la réglementation de SAIC

<sup>388</sup> Les statuts d'une société sont consacrés par la loi sur les sociétés, tandis que les statuts d'un groupe sont seulement mentionnés dans les textes réglementaires de quelques gouvernements locaux et de l'Administration nationale de l'industrie et du commerce.

et du commerce des trois plus grandes métropoles de la Chine<sup>389</sup>, nous permet de constater le caractère très relatif de ces statuts du groupe.

A la différence des statuts d'une société, une clause « objet social du groupe » n'est pas indispensable. En revanche, les statuts du groupe doivent obligatoirement prévoir les « *objectifs* » (*Zongzhi*, 宗旨) du groupe. Force est de constater que la définition de cet objectif est purement économique dans les trois modèles. Il consiste en principe à réaliser une optimisation des sources économiques des membres du groupe, qui pourrait se réaliser grâce aux « *liens du capital* » entre des sociétés du groupe (modèles de Shanghai et de Guangdong) et par le truchement du développement en concertation (modèle de Pékin) des coopérations dans les domaines de fabrication, des prestations de services et du développement de la technologie (modèle de Guangdong). Selon le contenu de l'objectif du groupe, le groupe constitue plutôt une plateforme de coopération interne entre les sociétés, sans qu'il se dote d'une capacité à réaliser des missions vis-à-vis des tiers.

De plus, la réglementation de SAIC impose la constitution de l'organe d'administration du groupe, sans préciser les modalités d'organisation et de fonctionnement de l'organe d'administration. Les organes prévus dans les modèles des administrations de registre commercial des trois grandes métropoles chinoises ne sont pas identiques. Dans le modèle de Shanghai et celui de Guangdong, l'organe d'administration du groupe est unique, il est appelé Conseil de Gestion (*Lishihui*, 理事会) ou Conseil d'Administration. Dans le modèle de Pékin qui semble se calquer de manière plus fidèle sur la structure d'une société, une Assemblée Générale du groupe pourrait s'ajouter au Conseil d'Administration du groupe. En dépit de ces nuances de forme, c'est le Conseil de Gestion ou le Conseil d'Administration du groupe qui centralise les fonctions principales attribuées au groupe. Or d'après ces trois modèles<sup>390</sup>, les fonctions de ces

---

<sup>389</sup> Les administrations de l'industrie et du commerce (AIC) de Shanghai, Beijing et Guangdong ont publié sur leurs sites internet des modèles de statuts de groupe. Ces modèles révèlent de dispositions statutaires du groupe étant normalement mise en place dans la pratique en droit chinois

Cf. Shanghai : [http://www.sgs.gov.cn/sgs/downloads/zhangcheng/zc\\_0003.pdf](http://www.sgs.gov.cn/sgs/downloads/zhangcheng/zc_0003.pdf);

Beijing: [www.baic.gov.cn/wsbs/xzzx/qydjzc\\_xz/zchhxy/200805/P020080523542615381568.doc](http://www.baic.gov.cn/wsbs/xzzx/qydjzc_xz/zchhxy/200805/P020080523542615381568.doc); Guangdong: [www.gdgs.gov.cn/table/doc/ws/qyjtzc.doc](http://www.gdgs.gov.cn/table/doc/ws/qyjtzc.doc)

<sup>390</sup> Dans les statuts type de Shanghai, les fonctions les plus importantes du conseil d'administration consiste en la planification du développement du groupe à moyen et long terme; la coordination du plan de production, d'exploitation, d'investissement et de finance entre les membres du groupe ; l'élaboration des projets d'investissement et financiers du groupe (Article 12, points 2, 3,4 du Modèle des statuts du groupe publié sur le site d'internet de l'AIC Shanghai). Des formules semblables peuvent être constatées dans les autres modèles : les fonctions principales consistent en la délibération des stratégies et des plans du développement, la délibération du plan annuel de production et d'exploitation du groupe, ainsi que la coordination des relations entre les sociétés du groupe (Article 5.2., point 1,2 et 3 du Modèle de Guangdong, Article 11, alinéa 2 du Modèle de Beijing)

organes du groupe consistent essentiellement à établir les grandes lignes d'orientation du groupe et à coordonner les agissements des sociétés membres. Contrairement à leurs noms trompeurs qui indiquent une fonction d'administration et de gestion, les organes de groupe sont des entités d'orientation, de consultation et de coordination, dépourvus du pouvoir réel dans la prise de décision.

Les caractéristiques des statuts et de l'organe du groupe démontrent que le groupe en droit chinois n'est point comparable à une structure autonome dotée de ses propres unités décisionnelles pour engager des activités économiques.

En l'absence de pouvoir attribué au groupe d'entreprise, il est donc permis de s'interroger sur l'utilité de consacrer en droit chinois un tel régime. Il nous semble que le seul privilège consiste en la notoriété de l'image dont bénéficient les sociétés du groupe. Il convient de noter que la réglementation du 6 Avril 1998 du SAIC soumet la recevabilité de la demande d'immatriculation du groupe à des conditions contraignantes, tant au niveau du capital qu'au niveau du nombre des sociétés appartenant au groupe<sup>391</sup>. Seules les sociétés appartenant à un groupe officiellement immatriculé ont la possibilité d'intégrer le nom du groupe dans sa propre enseigne ainsi que dans les publicités. Quant aux sociétés appartenant à un groupe de sociétés de fait, c'est-à-dire un groupe non officiellement immatriculé, elles ont l'interdiction formelle d'utiliser, sous peine d'amendes, le nom de « groupe ». Le groupe devient essentiellement une appellation d'honneur, indicateur de l'appartenance d'une société à un groupement économique de dimension importante, doté d'une haute crédibilité.

Ce privilège d'image n'a qu'un effet juridique très réduit, étant donné que l'appartenance d'une société à un groupe n'augmente point le gage légal de société vis-à-vis ses créanciers.

A cet égard, il convient de noter qu'il n'y a eu en Chine qu'un seul essai législatif de la part du gouvernement municipal de Shenzhen<sup>392</sup> pour instaurer un régime de responsabilité solidaire du groupe. Selon les termes du « *Règlement provisoire sur les groupes d'entreprises* » de la zone spéciale économique de Shenzhen promulgué le 9

---

<sup>391</sup> La réglementation du SAIC du 6 Avril 1998 exige que le groupe immatriculé doive être composé d'une société mère détenant un capital social d'au moins 50 millions RMB et d'au moins 5 filiales, aussi le montant total des capitaux sociaux de la société mère et ses filiales doit être supérieur à 100 millions.

<sup>392</sup> « *Règlement provisoire sur les groupes d'entreprises* » de la zone économique spéciale de Shenzhen (« *深圳经济特区企业集团暂行规定* »), précité

Octobre 1993, dans le cadre d'un groupe d'entreprises officiellement immatriculé, la société mère doit être responsable *in solidum* des dettes d'une de ses filiales, qu'elle soit *in bonis* ou en liquidation, dès lors que ces sociétés ont conclu entre elles un « *contrat de domination* » (*Zhipeixing Hetong*, 支配性合同). Pour autant, les dispositions de ce régime sont d'une obscurité manifeste. Au regard du contrat de domination, l'article 18 de la réglementation prévoit seulement qu'un tel contrat est destiné à permettre à une société mère d'exercer une partie du pouvoir qui aurait dû être exercé directement par la filiale. Or ni le contenu ni la modalité de l'exercice de ce pouvoir n'est précisé. De même, bien que la réglementation exige que le contrat de domination doive contenir des clauses visant à protéger les intérêts de la filiale dominée et ses actionnaires minoritaires, il n'existe aucune indication concernant le contenu concret de ce mécanisme de protection. Le laconisme législatif rend quasiment impossible la mise en place de ce régime.

L'inefficacité de ce régime de solidarité concernant la responsabilité du groupe trouve ainsi sa cause dans l'absence de toute mesure punissant ou discriminant l'exercice de fait d'un pouvoir de domination par une société mère. L'immatriculation du groupe est facultative, alors même si le groupe est officiellement immatriculé, la mise en place du contrat de domination n'est point impérative. Compte tenu des lourdes conséquences que peut entraîner un contrat de domination pour la société mère, il est difficile d'imaginer que les dirigeants raisonnables d'une société mère puissent avoir des intérêts à se soumettre à un tel contrat.

Enfin, nous pouvons même douter de l'effet légal de la reconnaissance de cette responsabilité solidaire de la société mère, qui est simplement mentionnée dans un règlement municipal. Il convient de noter que dans la pratique judiciaire, les juges du fond disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour l'application d'une telle réglementation, sous réserve que cette dernière ne contredit les dispositions législatives nationales et les règlements émanant du Conseil des Affaires d'Etat<sup>393</sup>. Etant donné que ce régime de solidarité est manifestement contraire au texte de la *loi sur les sociétés* qui n'a jamais reconnu de dérogation à la responsabilité limitée d'une société du fait de sa dépendance de sa société mère, les juges du fond des tribunaux de Shenzhen ne pouvaient se fonder

---

<sup>393</sup> Selon « La réponse de la Cour suprême concernant la méthode de l'évocation des règles normatives de droit dans la rédaction des actes judiciaires » (« 最高人民法院关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复 »), en date de 28 Octobre 1986. Le principe reste confirmé par l'interprétation judiciaire la plus récente, « Règles de la Cour suprême concernant l'évocation dans la rédaction des actes judiciaires des dispositions légales et réglementaires », publiées le 26 Octobre 2009 par la Cour suprême (« 最高人民法院裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定 » )

sur l'article 18 de cette réglementation.

L'échec de ce régime de la responsabilité *in solidum* du groupe, inspiré du régime légal du groupe en droit allemand, est définitivement reconnu par le gouvernement de Shenzhen, qui a abrogé en 2004 la réglementation du 9 octobre 1993. Suite à l'abolition de ce seul essai législatif tentant d'aménager les relations entre les sociétés du groupe, le régime juridique du groupe d'entreprises en droit chinois ne demeure qu'un dispositif formel et superflu.

## **2. Les sociétés holding à capitaux étrangers**

Le droit chinois des sociétés instaure un régime juridique particulier au regard des sociétés à capitaux étrangers. Ce régime est principalement prévu par le Décret N° 22 du Ministère du Commerce du 17 novembre 2004, intitulé « Règles concernant la création des sociétés holding par des investisseurs étrangers » ( « 关于外商投资举办投资性公司的规定 »)<sup>394</sup>.

Cependant, le statut juridique ainsi que les modalités d'organisation du groupe d'entreprises à capitaux étrangers ne sont pas précisés dans les réglementations chinoises. Quel est alors l'intérêt d'élaborer un régime juridique particulier pour les holdings du groupe à capitaux étrangers, sans pour autant toucher aux problèmes institutionnels du groupe ?

A cet égard, il convient de rappeler les spécificités du régime juridique d'investissements étrangers en droit chinois. En effet, les sociétés à capitaux étrangers ordinaires, c'est-à-dire des entreprises ne revêtant pas une forme de *holding*<sup>395</sup>, doivent obligatoirement se spécialiser dans une ou plusieurs catégories d'activités de production, de service ou de commerce. Avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les sociétés en 2006, l'investissement dans une société chinoise effectué par une sociétés à capitaux étrangers, sauf si c'est une société *holding*, est strictement soumise à plusieurs conditions : la société investisseur doit avoir un capital social complètement libéré, un résultat positif

---

<sup>394</sup> La réglementation a été ensuite complétée par un règlement supplémentaire, décret N°3 de 2006, intitulé « les règles supplémentaires concernant la création des sociétés holding par des investisseurs étrangers » ( « 关于外商投资举办投资性公司的补充规定 » ).

<sup>395</sup> Le nom officiel d'une *holding* que nous désignons ici « société d'investissements » est à capitaux étrangers (外商举办投资性公司), tel que défini par le Décret N°22 du 17 Novembre 2004 du Ministère du commerce.

et une attestation certifiant son non-obstruction aux lois, étant précisé que le montant total de tous les investissements confondus, ne saurait dépasser 50% de ses propres actifs nets<sup>396</sup>. Bien que ces conditions aient été expressément supprimées par le SAIC en 2006, elles restent vraisemblablement valables selon le Ministère du Commerce<sup>397</sup>, qui semble tenter de préserver encore le monopole de la liberté d'investir au profit des *Holdings*. Quel que soit le résultat de la coordination entre ces deux autorités ministérielles, les investissements effectués par les sociétés à capitaux étrangers ordinaires deviennent effectivement limités par une autre autorité, le Bureau National des Changes, qui a déclaré en 2008 que tous les apports numéraires perçu par une entreprise à capitaux étrangers ordinaire ne peuvent être utilisés pour financer l'acquisition de participations dans d'autres sociétés chinoises<sup>398</sup>. Il en résulte qu'une entreprise à capitaux étrangers peut seulement utiliser, pour effectuer des investissements dans d'autres sociétés, les bénéfices résultant de ses activités principales, ou les emprunts consentis par les tiers. Or, les entreprises à capitaux étrangers rencontrent généralement de grosses difficultés pour obtenir des prêts consentis par les banques locales, et les emprunts qu'elle peut se voir consentir par ses associés ou par les établissements financiers étrangers sont limités.

Toutes ces restrictions limitent substantiellement le montant d'investissements qu'une entreprise ordinaire à capitaux étrangers peut réaliser dans le cadre d'une constitution de groupe de sociétés.

Le décret N° 22 de 17 Novembre 2004 a donc pour objectif d'octroyer aux *holdings* un statut dérogatoire leur permettant d'investir de manière beaucoup plus souple et libre en Chine. De plus, à titre accessoire, les *holdings* sont autorisés à procéder à de grandes variétés des prestations de services (services R&D, logistiques, de distribution ou d'agent en commission, d'achats, d'assemblages, financement crédits baux voire d'autres services financiers) auprès des sociétés à capitaux étrangers dans lesquelles les *holding* ont au moins 10% de participation. En contrepartie de ces privilèges, le décret N°22 impose des

---

<sup>396</sup> Les articles 5 et 6 du « Règlement provisoire sur les investissements domestiques par les entreprises à capitaux étrangers », promulguée par le Ministère du commerce et SAIC le 25 Juillet 2000 («*关于外商投资企业境内投资的暂行规定*»).

<sup>397</sup> Voir la section 2(3) du Circulaire du 26 Mai 2006 de SAIC ( *国家工商总局关于实施« 关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见» 的通知* ) et secteurs 6 (1) de la Partie V du « Guide-manuel sur l'approbation des investissements étrangers » promulguée par le Ministère du commerce le 30 Octobre 2008 («*外商投资准入管理指引手册*»)

<sup>398</sup> Article 3 de la « Circulaire relative aux questions de gestion des paiements par les entreprises à capitaux étrangers en utilisant les fonds à l'origine des apports numéraires en devise » promulguée le 29 Août 2008 («*关于完善外商投资企业外汇资本金支付结汇管理有关业务操作问题的通知*»)



conditions extrêmement contraignantes pour sa constitution, tant au regard du capital social qu'au regard du profil des investisseurs<sup>399</sup>.

La *holding* s'avère une structure juridique « luxueuse » pour les investisseurs étrangers, elle est réservée uniquement aux très grandes entreprises mondiales réalisant un montant d'investissement considérable en Chine. L'objectif de la législation concernant les *holdings* consiste uniquement à restreindre la formation des groupes à capitaux étrangers. Ces groupes, aministrés par les holding, pourraient aussi être soumis à la réglementation du 6 Avril 1998 de SAIC, mais comme toutes les autres groupes de sociétés en Chine, la formalité d'immatriculation ne leur octroie rien plus qu'une image prestigieuse.

---

<sup>399</sup> Pour la constitution d'une *holding*, un investisseur étranger doit satisfaire l'une des deux séries de conditions : soit il dispose d'actifs supérieurs à 400 millions US dollars et a déjà souscrit et libéré plus de 10 millions US dollars au titre des apports de capitaux dans les sociétés en Chine ; soit il a créé plus de 10 entreprises à capitaux étrangers en Chine et a souscrit et libéré plus de 30 millions US dollars au titre des apports de capitaux dans ces sociétés. Au surplus, les investisseurs étrangers doivent réaliser de nouveau, lors de la constitution de *holding*, un apport numéraire d'au moins de 30 millions US dollars. Bien que le ministère du commerce chinois a assoupli la procédure d'approbation, la constitution d'une holding à capitaux étrangers doit être approuvée au minimum par l'autorité de commerce au niveau provincial.

## Section II. La réception de la réalité économique du groupe par le biais du régime de l'intérêt social

Nos discussions précédentes mettent en lumière deux difficultés incontournables pour tenter de légiférer un statut juridique du groupe de sociétés correspondant à la réalité économique. La première difficulté est d'ordre technique : l'impossibilité de définir un périmètre de ces sociétés. La deuxième difficulté, quant à elle, consiste en la carence d'une identité légale du groupe de sociétés, dans la mesure où cette identité est inconciliable avec la personnalité indépendante de droit de chaque société membre du groupe. Cette deuxième difficulté est à l'origine de la confusion de deux notions correspondant en réalité à une même chose. En effet, le groupe de sociétés est un phénomène qui ne peut exister sans l'avènement du régime juridique de la société, mais il se forme dans le cadre d'une organisation des activités économique plus complexe. D'un point de vue juridique, le groupe de sociétés est un assemblage de sociétés juridiquement autonomes liées l'une à l'autre par les liens de contrôle, et simultanément, d'un point de vue économique, il est une entité économique globale plus ou moins centralisée. Evidemment, la manière de fonctionner du groupe est différente si nous changeons le point de départ d'observation. C'est pourquoi nous pouvons constater « *une incompatibilité fondamentale entre le droit actuel des sociétés et les nécessités économiques et pratiques de la vie des groupes* »<sup>400</sup>. Il est inopportun d'imposer une stricte application des dispositions juridiques en supprimant la facette économique du groupe de sociétés, puisque l'ordre juridique a pour objectif de réaliser une meilleure régulation des pratiques économiques. Il est hors de question d'interdire de manière radicale une pratique si répandue et généralement acceptée au sein des activités économiques<sup>401</sup>. Par contre, introduire une modalité d'organisation de la pratique économique du groupe de sociétés dans le domaine juridique n'est pas non plus louable, puisque cela suppose la suppression des dispositifs juridiques actuels, notamment le régime de sociétés. D'autant plus que, par la suppression de ce régime, on va forcément faire disparaître le phénomène économique du groupe de sociétés lui-même, qui n'aurait pas pu voir le jour sans la consécration légale de la forme juridique de la société.

---

<sup>400</sup> J. Paillusseau, « *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ?* » : précité, n°2

<sup>401</sup> Même le législateur allemand de la loi 6 Septembre 1965, désireux de consacrer un régime légal du groupe, n'a pas interdit les pratiques du groupe de sociétés de fait qui fonctionnent selon la logique économique.

Le groupe de sociétés relève d'un phénomène de caractère ambivalent<sup>402</sup>. Sa modalité de fonctionnement dans l'ordre juridique et celle dans l'ordre économique constituent deux éléments fondamentaux de la réalité du groupe, elles sont discordantes mais aussi complémentaires, l'une ne peut point remplacer l'autre.

La solution pertinente pour réconcilier cette discordance ne consiste donc pas à consacrer un régime particulier du groupe qui unifie les deux modalités de fonctionnement du groupe, mais de réguler les comportements des diverses parties concernées (notamment les associés, les dirigeants, les sociétés membres et même les salariés des sociétés) par le phénomène de groupes de sociétés, de sorte que ces comportements puissent s'inscrire de façon plus large que possible à la logique économique, tout en respectant l'exigence fondamentale de l'ordre juridique, à savoir le maintien de l'autonomie juridique de chaque société appartenant au groupe.

Il nous semble que cette solution de réconciliation est parfaitement envisageable.

Tout d'abord, il existe de nombreuses activités du groupe de sociétés dont la régulation juridique n'implique pas forcément la remise en cause de l'autonomie juridique de la société, tels que certains régimes en droit fiscal, en droit comptable, en droit social, en droit de la concurrence, en droit pénal et même une partie des règles légales en droit des sociétés<sup>403</sup>. Comme nous l'avons exposé dans le premier titre, ces activités sont disparates. Une approche pragmatique, comme l'instauration de dispositifs légaux dont chacun vise à réguler une catégorie spécifique des relations entre des sociétés du groupe, peut conduire à assurer l'adéquation du droit vis-à-vis de la réalité économique du groupe<sup>404</sup>. Elle a également le mérite de détourner la difficulté au regard de la définition précise et universelle du groupe de sociétés, le périmètre de ce dernier devant être variable en fonction de la finalité poursuivie par un certain dispositif légal.

Cette méthodologie est bien mise en œuvre par le législateur français dans les diverses branches du droit. Puisque l'autonomie juridique des sociétés n'est pas concernée, le législateur dispose donc d'une grande marge de manœuvre pour concevoir le régime le mieux adapté aux relations réelles entretenues entre des sociétés d'un groupe de sociétés. C'est exactement dans une telle approche que sont conçues par le législateur

---

<sup>402</sup> Ch. Hannoun, « *Le droit et les groupes de sociétés* », précité, p.157 et s.

<sup>403</sup> Tel un plan de stocks options ou des actions de préférence à la dimension du groupe de sociétés, dont nous allons discuter ci-dessous.

<sup>404</sup> D. Vidal, « *Les mérites de la méthodologie ponctuelle d'un droit des groupes de sociétés* » : LPA, 1993, n° 78, p. 17

français les diverses notions fonctionnelles de groupe de sociétés, dont le contenu varie selon la question de droit en cause.

En second lieu, lorsque la régulation d'une catégorie des relations au sein du groupe implique nécessairement l'autonomie de sociétés membres du groupe<sup>405</sup>, force est de constater que l'adaptation du droit à la réalité économique du groupe peut également être réalisée par l'adaptation des diverses règles juridiques en droit classique des sociétés.

En effet, la réalité de l'organisation économique du groupe fait l'objet d'une réception en droit des sociétés français. La réception du groupe est mise en œuvre strictement dans le cadre du droit classique des sociétés fondé sur un régime de sociétés autonomes et distinctes, et grâce aux caractéristiques de l'intérêt social - notion fondamentale en droit des sociétés français, la réception de la réalité du groupe devient possible (§1). Au surplus, si un intérêt du groupe est parfois évoqué dans l'ordre juridique en droit français, il ne relève pas du caractère autonome et n'est qu'un élément intimement dérivé de l'intérêt social (§2).

La notion de l'intérêt social n'est pas encore suffisamment développée en droit chinois, pour autant, elle possède déjà certains caractères fondamentaux identiques à ceux de l'intérêt social en droit français. La mise en place en droit chinois d'un régime de réception de la réalité du groupe n'est donc pas impossible dans l'avenir (§3).

## **§1. LES CARACTERISTIQUES DE L'INTERET SOCIAL PERMETTANT LA RECEPTION EN DROIT FRANÇAIS**

Dans l'ordre juridique, le maintien de l'autonomie juridique se manifeste essentiellement par l'exigence de ne pas préjudicier à l'intérêt social, puisque ce dernier consiste en un impératif prééminent dans l'ensemble de la vie sociale de chaque société (A). Il en résulte que la faisabilité de la réception d'une réalité économique du groupe doit être compatible avec l'exigence de l'intérêt social de chaque société membre du groupe. Le contenu de l'intérêt social est flexible, ce qui assouplit l'exigence impérative

---

<sup>405</sup> L'autonomie juridique de la société pourrait être normalement mise cause dans le cadre des règles juridiques régissant l'exercice du droit des actionnaires, les conventions intragroupe ainsi que l'extension de la responsabilité d'une société à une autre société du groupe.

du respect de l'intérêt social. Il en résulte que les unités dominantes du groupe de sociétés pourraient disposer d'une assez grande marge de manœuvre pour élaborer et mettre en place la volonté de l'unité centrale du groupe, dès lors que les intérêts sociaux des sociétés membres du groupe ne sont pas lésés (B).

#### A. La prééminence de l'intérêt social

L'intérêt social constitue un « *concept majeur du droit moderne des sociétés* »<sup>406</sup>. La notion est au cœur de nombreux régimes relatifs au fonctionnement et au gouvernement de la société. Rarement évoqué dans les textes<sup>407</sup>, l'intérêt social est cependant massivement cité par la jurisprudence comme un critère de base du bon fonctionnement de la société. C'est un élément essentiel qui fait preuve d'une omniprésence dans de nombreux dispositifs du droit des sociétés. L'intérêt social conditionne la qualification de l'abus de biens sociaux, de l'abus de droit de vote des associés, de l'acte anormal de gestion, de certains types de faute de gestion. Il est ainsi utilisé comme justification par le juge pour se prononcer sur la nomination de l'administrateur provisoire, sur la nomination du mandataire de justice en vue de convoquer l'assemblée, sur l'ordonnance de l'expertise de gestion, sur la validité de l'engagement du cautionnement, sur la validité de la convention de contrôle, ainsi que sur la régularité d'une révocation pour juste motif d'un mandataire social<sup>408</sup>. L'intérêt social est prédominant dans le fonctionnement de la société<sup>409</sup>. Il consiste à définir et à délimiter les pouvoirs des dirigeants et justifie la légitimité de ce pouvoir<sup>410</sup>.

Malgré la prééminence de cette notion dans le fonctionnement de la société, la nature de l'intérêt social demeure toutefois incertaine et nourrit d'abondantes discussions doctrinales. La doctrine a mis en avant deux concepts principaux de l'intérêt social qui s'opposent l'une à l'autre. Un certain nombre d'auteurs considèrent l'intérêt social comme un intérêt commun des actionnaires, qui trouve son fondement dans le contrat de société. Peu importe si cet intérêt social est doté ou non d'un statut indépendant vis-à-vis

---

<sup>406</sup> A. Viandier, Joly. 1993, p.4

<sup>407</sup> L'article 1848 du Code civil prévoit que « *dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société* ». Le même principe est prévu dans l'article L. 221-4 du code de commerce. Par ailleurs, l'intérêt est évoqué dans le même code pour caractériser l'abus de biens sociaux dans la SARL ou SA. 241-3 ; 242-6

<sup>408</sup> Nous n'évoquons pas ici les références à ces régimes. Toutes ces applications de l'intérêt social sont déjà exposées ou seront exposées dans la partie suivante de la présente thèse.

<sup>409</sup> M. Cozian, A. Viandier, « *Droit des sociétés* », Litec, 10<sup>e</sup> Ed, n°17.

<sup>410</sup> A. Couret, « *L'intérêt social* », JCP E. Cah. droit. ent. 1996-4, p. 1, n°2

de la communauté des intérêts immédiats et personnels des associés, l'intérêt social doit avoir pour seul but de favoriser le bénéfice des associés<sup>411</sup>. Pour d'autres auteurs, l'intérêt social ne saurait être confié au seul intérêt des associés mais doit être plus général. Il prend en compte non seulement l'intérêt commun des associés, mais aussi les intérêts des salariés et créanciers qui sont plus ou moins impliqués dans l'activité de la société<sup>412</sup>.

Chacune de ces deux concepts ne nous semble pas suffisamment convaincantes pour écarter le fondement de l'autre. S'il est vrai que l'intérêt social doit rester en principe le vecteur de la communauté d'intérêts des associés, les évolutions juridiques, économiques et sociales ont pu attribuer à l'intérêt social un sens plus général selon le niveau d'implication des différentes catégories d'intérêts dans l'opération litigieuse. C'est pourquoi il est difficile d'imaginer la prise en considération de l'intérêt des salariés en cas d'abus de la majorité, car cet abus se caractérise, selon la jurisprudence, par une rupture d'égalité des associés et portant simultanément atteinte à l'intérêt social. Au contraire, dans le cadre de la jurisprudence de *Rozenblum* relative à l'abus des biens sociaux, l'intérêt social prend en compte l'intérêt des salariés, pour régulariser un acte portant atteinte à l'intérêt social de la société victime. Ainsi nous ne trouvons guère de référence à l'intérêt des créanciers dans l'appréciation de l'intérêt social de la société *in bonis*, alors que cette catégorie d'intérêt pourrait trouver sa manifestation au cours de la procédure collective, et l'intérêt des créanciers devrait avoir une position privilégiée par rapport à l'intérêt des associés. A cet égard, il est permis de souligner que dans le cadre de l'action en comblement de l'insuffisance d'actifs à l'encontre des dirigeants d'une société en faillite, aucun quitus accordé par l'assemblée générale de cette société ne peut avoir pour effet d'exempter la faute de gestion commise par les dirigeants avant la cessation de paiement au détriment de l'intérêt social. Ainsi, un acte anormal de gestion sera toujours considéré comme contraire à l'intérêt social même s'il est approuvé à l'unanimité par les associés, puisque l'intérêt social dans ce cas de figure ne représente pas les intérêts des associés, mais surtout l'intérêt de l'autorité fiscale qui est un type particulier de créancier.

L'intérêt social consiste donc en une notion ouverte. Bien qu'elle repose en principe sur l'intérêt commun des associés, ce concept pourrait être nuancé en fonction de la nature du litige en cause.

---

<sup>411</sup> G. Sousi, « *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales* », Thèse Lyon III, 1974, p. 292 et s. ; D. Schmidt, « *Les droits de la minorité dans la société anonyme* », Thèse Strasbourg, Sirey, 1970, p. 57, T. Hassler, « *L'intérêt commun* », RTD com. 1984, spéc. p. 593

<sup>412</sup> La conception de l'entreprise est défendue notamment par l'école dite Renne. J. Paillusseau, « *Les fondements du droit moderne des sociétés* », JCP E 1995, I, 448

## B. La flexibilité de l'intérêt social

N'étant pas clairement défini par les textes, l'intérêt social est donc une notion *plastique*<sup>413</sup>. Nous constatons en droit positif que l'intérêt social est doté d'un contenu flexible, pouvant s'adapter au gré des circonstances. La doctrine le considère comme un instrument souple et pratique<sup>414</sup>, ayant pour effet d'atténuer les effets mécaniques des règles juridiques en vue de réaliser une adaptation nécessaire aux exigences de la pratique du droit des sociétés<sup>415</sup>.

L'intensité de l'exigence de la conformité à l'intérêt social varie selon le statut de la personne ayant l'obligation de la respecter. Il doit s'imposer nécessairement avec plus de force aux dirigeants de la société qui doivent s'assurer de façon permanente du respect de l'intérêt social dans tous leurs actes de gestion de la société, tandis que l'obligation du respect de l'intérêt social est sensiblement atténué pour les associés. Leur responsabilité du fait de la violation de l'intérêt social n'est *a priori* envisageable que dans le cadre de l'abus de droit de vote. Pour les autres catégories des personnes concernées par l'activité de la société, tels que les salariés, les cocontractants et créanciers, leurs intérêts sont liés à l'intérêt social mais de manière nettement plus relâchée. En général, ils n'ont ni l'obligation ni le droit de défendre l'intérêt social de la société, sauf dans la situation particulière d'une procédure collective ouverte à l'encontre de la société.

Par ailleurs, l'intensité de l'exigence de l'intérêt social varie aussi en fonction de la nature concrète de l'opération en cause. A l'égard de l'abus de biens sociaux, le fait que les dirigeants aient fait usage de manière illicite des fonds sociaux, souvent en commettant des actes de corruption, est considéré comme nuisible à l'intérêt social, même si l'infraction est réalisée dans le seul dessein d'apporter des bénéfices à la société<sup>416</sup>. A l'inverse, dans le domaine fiscal, pour l'acte anormal de gestion, cette opposition entre l'intérêt social et l'acte illicite n'est pas généralisée. Le Conseil d'Etat a refusé dans un certain nombre de cas de qualifier un acte illicite - par exemple un recel de marchandises à l'aide d'escroqueries - comme un acte anormal de gestion contraire à

<sup>413</sup> B. Saintourens, « *La flexibilité du droit des sociétés* », RTD com.1987, p. 481, n°63

<sup>414</sup> J. Schapira, « *L'intérêt social* », RTD com. 1971, p.970

<sup>415</sup> B. Saintourens, « *La flexibilité du droit des sociétés* », précité, n° 74

<sup>416</sup> Cass. crim., 27 oct. 1997, affaire *Carignon*; Bull. crim. 1997, n° 352 ; Rev. sociétés 1997, p. 869, note B. Bouloc ; JCP E 1998 II, 10017, voit ainsi Cass. crim., 22 avr. 1992 affaire *Carpaya*, Bull. crim. 1992, n° 169 ; Rev. sociétés 1993, p. 124, note B. Bouloc

l'intérêt social de la société<sup>417</sup>. De plus, en cas de révocation du dirigeant, la condition du juste motif apprécié selon l'intérêt social, peut être assez facilement satisfaite puisqu'il suffit pour les associés de prouver la divergence entre eux et le dirigeant révoqué. La mésentente est considérée comme contrevenant à l'intérêt social.

De plus, l'intérêt social est apprécié en fonction de la conjoncture globale d'une opération. *Stricto sensu*, l'appréciation de l'intérêt social n'est pas une approche purement juridique. Selon la jurisprudence relative à l'abus de bien sociaux, le juge est invité à apprécier l'intérêt social « *tel qu'il peut résulter des circonstances de fait de la conjoncture économique dans laquelle se trouvait l'entreprise (dans son unité sociale ou dans son intégration à un groupe de sociétés) au moment où les actes de gestion contestables ont été pris* »<sup>418</sup>. L'intérêt social ne se réduit pas simplement à la sauvegarde de la valeur patrimoniale de la société, il s'agit de prendre en considération l'ensemble des intérêts, y compris l'intérêt de la plus grande structure économique à laquelle la société appartient. Certains auteurs critiquent, non sans exagération, cette interprétation, estimant que cela permet aux tribunaux de se substituer « *aux organes sociaux pour définir l'intérêt social et apprécier la validité des actes des dirigeants aux regard de celui-ci* »<sup>419</sup>. Bien qu'il soit inexact de dire que l'appréciation judiciaire de l'intérêt social entraîne un « *dirigisme judiciaire* » au regard de l'administration de l'entreprise, il est cependant indéniable qu'à cet égard, les juges se placent du point de vue des organes sociaux de la société. Grâce à sa sensibilité aux éléments économiques, l'intérêt social a pour effet de constituer un point de connexion entre la réalité économique et la régulation juridique du fonctionnement de la société.

En tenant compte de toutes ces nuances, l'intérêt social est critiqué par de nombreux auteurs comme une notion floue, ambiguë, polymorphe voire indéfinissable. Il semble impossible de donner une description précise de l'intérêt social. Certains auteurs entendent mettre en avant le contenu de cette notion par la description de sa fonctionnalité, en soulignant que l'intérêt social est un standard, un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société<sup>420</sup>. Si ce standard imposé par l'intérêt social doit être toujours nuancé selon les circonstances de fait, sa finalité

---

<sup>417</sup> CE 7 janv. 2000, Dr fisc. 2000, n°11, comm.204, concl. Contraires G. Bachelier ; RTD com. 2000, p. 760, obs. Fl. Deboissy

<sup>418</sup> C. Ducouloux-Favard, « *Les déviances de la gestion dans nos grandes entreprises* », D. 1996, p. 190

<sup>419</sup> X. de Roux, K. Bougartchev, « *L'abus de bien, derniers excès* », Joly 1995, p. 1031

<sup>420</sup> M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, « *Droit des sociétés* », 19<sup>e</sup> éd, Litec, p.167, n° 350



consiste constamment à assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise<sup>421</sup>.

L'absence de précision définissant l'intérêt social ne doit néanmoins pas être analysée comme une carence de son utilité en droit des sociétés. Force est de constater que l'intérêt social n'est pas un instrument parfait qui permettrait de faire le choix de la meilleure stratégie ou de la meilleure décision de gestion ou de l'opportunité la plus fructueuse. Au contraire, il a seulement pour objectif d'écartier les actes délibérément nocifs ou manifestement anormaux<sup>422</sup>.

Il en résulte qu'il est inopportun de définir directement l'intérêt social par des règles juridiques précises. En droit, cette notion ne peut être caractérisée que de manière négative, son contour est cerné de zone d'ombres. En d'autres termes, c'est par l'appréciation des actes non conformes à l'intérêt social que nous pouvons apercevoir l'existence de l'intérêt social dans l'ordre juridique.

En droit positif, il convient de constater que l'utilité effective de l'intérêt social se manifeste toujours dans les hypothèses où les praticiens doivent appréhender les actes qui ne s'y conforment pas. L'exercice du droit d'associé est constitutif d'un abus puisque le choix de l'associé en cause contrarie l'intérêt social et rompt l'égalité des associés. Un acte de gestion est ainsi constitutif soit d'une faute en droit des sociétés soit d'une pratique anormale en droit fiscal lorsque celle-ci contrevient à l'intérêt social. L'abus de biens sociaux ne peut être commis par les dirigeants que lorsqu'ils en ont fait un usage contraire à l'intérêt social de la société. S'il est vrai qu'un cautionnement engagé par la société doit être subordonné à l'intérêt social, l'appréciation judiciaire de la validité du cautionnement est axée plutôt sur le fait de savoir si l'acte n'est pas contraire à l'intérêt social<sup>423</sup>. La demande d'une expertise de gestion d'une société est recevable dans l'hypothèse où il existe des soupçons sérieux d'atteinte à l'intérêt social pour des opérations déterminées. De même, le recours à un administrateur provisoire est justifié en cas de dysfonctionnement de la société compromettant l'intérêt social.

Toutes ces pratiques démontrent la réticence de l'ordre juridique à s'immiscer dans la gestion de la société. Les dirigeants et les associés restent en principe les seuls compétents pour trancher sur l'opportunité de leurs décisions. Ils dépassent la limite de

---

<sup>421</sup> Rapport Viénot, « *Le conseil d'administration des sociétés cotées* », juillet 1995

<sup>422</sup> Ph. Bissara, « *L'intérêt social* », *Rev. sociétés*, 1999, p. 16

<sup>423</sup> G. Piette, « *Cautionnement et intérêt social, les implications réciproques* », *JCP* 2004. I.142, n°6

leurs pouvoirs lorsque l'intérêt social est en danger, et cela justifie l'intervention des juges qui se bornent à se prononcer sur la légitimité de l'acte en cause. Cette répartition de pouvoirs entre l'ordre économique et l'ordre juridique permet aux dirigeants et aux associés de librement administrer et gérer leur entreprise, tout en assurant le bon fonctionnement de la société qui nécessite un contrôle juridique indispensable pour réprimander des actes malicieux engagés au nom de la société mais à l'encontre de son intérêt.

Le même souci a été également éprouvé par le rédacteur de la loi du 24 juillet 1996. Certains avaient envisagé d'introduire une définition de l'intérêt social. La tentative a été définitivement écartée puisque cela aurait entraîné inévitablement un gouvernement judiciaire des sociétés<sup>424</sup>. Le législateur a ainsi reconnu que la définition du sens précis de l'intérêt social ne lui appartient pas et relève du pouvoir des organes sociaux<sup>425</sup>.

Grâce aux caractéristiques de l'intérêt social, la direction des sociétés contrôlées du groupe est susceptible d'être effectuée de manière assez assouplie. La loi ne sanctionne pas l'exercice d'un pouvoir de domination par la direction centrale du groupe dès lors que l'intérêt social de chaque société impliquée ne soit pas lésé. Dans la limite du respect de cet intérêt social de la société contrôlée, l'actionnaire dominant et les dirigeants d'une société dominée disposent d'une grande liberté pour procéder aux actes qui correspondent à une logique économique du groupe. Le fonctionnement de l'organisation économique du groupe peut donc être accueilli, de façon flexible, par les dispositifs juridiques des sociétés.

Outre l'intérêt social qui a une position incontestablement prééminente en droit, il convient d'observer que le droit des sociétés a parfois mis en avant la notion d'intérêt du groupe.

## **§2. LA RECEPTION DE L'INTERET DU GROUPE EN DROIT FRANÇAIS**

Dans certains régimes juridiques français, un concept de l'intérêt du groupe de sociétés a vu le jour. Pourtant, différemment à la notion de l'intérêt social qui représente

---

<sup>424</sup> JO AN déb. 12 juin 1965, p. 2031

<sup>425</sup> Ph. Bissara, « *L'intérêt social* », précité, p. 27

forcément des intérêts légitimes de la société, cet intérêt du groupe ne saurait être considéré comme un intérêt autonome et distinct du groupe de sociétés, et ne peut justifier le moindre statut juridique du ce dernier. L'avènement de l'intérêt du groupe consiste en effet en une réception dans l'ordre juridique d'un intérêt économique lié à l'organisation réelle du groupe (A). Le droit positif français, qui n'a jamais reconnu un statut juridique formel de l'intérêt du groupe, vient également soutenir une telle observation (B).

*A. L'intérêt du groupe, un intérêt résultant de l'organisation économique du groupe*

### ***1. La dépendance de l'intérêt du groupe vis-à-vis de l'intérêt social***

Même si l'on considère que la société, dont la structure est parfaitement institutionnalisée en droit, l'intérêt social a, quant à lui, un contenu flexible et est défini par la négative. Pour un groupe de sociétés, dont la structure institutionnelle n'est nullement prévue en droit, pourrait-on consacrer un intérêt de nature semblable en suivant la même approche conceptuelle?

Un tel concept suppose que l'intérêt du groupe soit constitué, à l'instar de l'intérêt social de la société, d'un intérêt autonome, distinct des intérêts des sociétés appartenant au groupe ainsi que des intérêts des associés de l'ensemble de ces sociétés. De plus, l'intérêt du groupe doit servir de signal d'alerte lorsque des actes, la gestion ou la politique du groupe contrarient son intérêt. Néanmoins, ces deux caractères ne sont pas compatibles avec l'intérêt du groupe.

En effet, l'intérêt du groupe est inséparable des intérêts sociaux de ses membres. L'intérêt social d'une société peut être distinct des intérêts des associés puisque la société possède un patrimoine indépendant et une personnalité juridique distincte de celle des associés, de telle sorte que les intérêts des associés ne se superposent pas à l'intérêt social. A l'inverse, il est impossible de concevoir un patrimoine autonome du groupe différent des patrimoines des sociétés membres, puisque le premier n'est que la somme des seconds. A la différence des relations entre la société et ses associés, le groupe ne peut pas être distinct de ses sociétés ; son intérêt s'enchevêtre avec l'intérêt social des sociétés membres. L'intérêt du groupe ne pouvant trouver sa raison d'être que dans les intérêts sociaux de ses sociétés membres. Comment l'intérêt du groupe pourrait-il devenir un

intérêt supérieur qui transcende les intérêts sociaux de chaque membre et s'y substituer ? L'impératif de l'intérêt social, qui s'impose aux dirigeants et associés de chaque société, fait obstacle à l'instauration d'un intérêt autonome et supérieur à l'intérêt du groupe<sup>426</sup>.

Outre cette vision basique de l'intérêt patrimonial, un courant doctrinal avait tenté d'édifier un concept de l'intérêt distinct et supérieur du groupe sur le fondement d'un concours de volontés. Le groupe de sociétés est alors considéré comme le résultat d'un consensus engagé par des sociétés membres du groupe ayant pour objectif de se forger comme « *un moyen au service d'un intérêt supérieur issu de la nécessité de la réalité économique qui, sans être doté d'une personnalité juridique, n'en répondra pas moins, dans le meilleur des cas, à la cause de leur engagement initial* »<sup>427</sup>.

Néanmoins, cette vision conventionnelle de l'intérêt du groupe ne peut être qu'illusoire. Concernant les dirigeants des membres du groupe, étant soumis à l'autorité factuelle du groupe, il est difficile pour eux d'exprimer librement la volonté pour le compte de la personne morale. Si la plupart des opérations intragroupes sont concrétisées sous forme de conventions synallagmatiques, ces opérations sont souvent déterminées *de facto* par une unité de décision unique au sein du groupe. Il en va de même pour les associés minoritaires d'une société du groupe. En général, ni l'appartenance de cette société au groupe ni l'éventuelle séparation avec celui-ci ne relèvent de leur plein pouvoir de décision, à moins qu'il n'existe des conventions particulières d'agrément. De plus, il n'existe aucun mécanisme juridique ou factuel leur permettant de s'imposer dans l'élaboration de la politique du groupe de sociétés. Etant *de facto* externalisés au regard de la gestion du groupe, les minoritaires ne peuvent allier leurs intérêts à l'intérêt de l'associé dominant à l'échelle du groupe. Le concours des volontés des associés en vue de réaliser un intérêt commun distinct de chacun des intérêts personnels ne peut pas être constaté entre les associés minoritaires et les associés dominant le groupe.

Nous pensons que l'intérêt du groupe ne peut reposer sur un fondement indépendant. Il n'est qu'accessoire et indissociable de la notion fondamentale de l'intérêt social.

Un autre auteur tend à reconnaître une autonomie de l'intérêt du groupe, lequel aurait même une force supérieure à l'intérêt social de chaque société membre du groupe<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> D. Schmidt, « *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », Ed. Joly, p. 418, n° 425

<sup>427</sup> P. de Fontbressin, « *La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes* », Rev. Jur. Com. 1988, p. 284

<sup>428</sup> M. Pariente, « *Les groupes de sociétés* », précité, p. 29

Mme Pariente a développé sa théorie de la supériorité de l'intérêt du groupe principalement sur la remarque de M. le professeur Hannoun, faite dans sa thèse au sujet de la jurisprudence pénale de Rozenblum: « *si la société commet un acte contraire à son intérêt social immédiat dans l'intérêt du groupe, elle poursuit néanmoins un intérêt propre dans la mesure où elle peut raisonnablement attendre une contrepartie future en sa qualité de société apparentée. La contradiction de l'autonomie formelle des sociétés et de leur unité économique est en définitive levée grâce à une dissociation temporelle de la notion d'intérêt social* »<sup>429</sup>. Or, il nous semble qu'une telle observation ne permet pas de déduire l'existence d'un intérêt supérieur et autonome du groupe. En effet, la remarque de M. Hannoun indique qu'il est légitime de sacrifier un intérêt social immédiat au profit d'un intérêt collectif du groupe, car cet intérêt du groupe présente en effet un intérêt potentiel pour la société, se manifestant plutôt à long terme. L'exigence du respect de l'intérêt social n'est nullement compromise, l'intérêt du groupe ne servant ici qu'à nuancer l'exigence d'un tel intérêt social.

Cela nous conduit à aborder le sujet de l'interactivité entre l'intérêt du groupe et l'intérêt social. A cet effet, il est permis de souligner que l'intérêt du groupe, correspondant à une réalité de l'organisation économique du groupe, pourrait avoir une influence sur les intérêts sociaux des sociétés membres du groupe.

## ***2. L'influence de l'intérêt du groupe sur les intérêts sociaux***

### **a. La communauté des intérêts sociaux**

Etant une notion accessoire, l'intérêt du groupe ne saurait contredire un intérêt social de la société membre du groupe. En conséquence, l'intérêt du groupe doit se trouver dans la limite d'une zone où se chevauchent tous les intérêts sociaux des sociétés impliquées. Compte tenu du fait que l'intérêt social s'exprime par la négative, cette zone comprend en effet tous les actes qui ne portent atteinte à aucun intérêt social d'une société appartenant au groupe. L'intérêt du groupe, constituant le motif de l'exercice de pouvoir de domination, peut être de nature très variable, mais il doit toujours se trouver dans les limites de la communauté des intérêts sociaux de toutes les sociétés membres du groupe<sup>430</sup>.

<sup>429</sup> C. Hannoun, « *Le droit et les groupes de sociétés* », LGDJ, n°133, p.92

<sup>430</sup> D. Schmidt, « *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », p. 419 et s. voir aussi le rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés, « *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés* », p. 114,

Un auteur conteste néanmoins une telle vision de la communauté d'intérêts des sociétés appartenant à un même groupe. En admettant que l'idée de communauté suppose une identité partagée entre les intérêts sociaux de toutes les sociétés, il a souligné que cette identité était difficile à constituer dans la pratique tant en raison de la grande diversité que présente chaque intérêt social qu'en raison de l'hétérogénéité des natures des intérêts des différentes sociétés du groupe rien que pour une seule opération intragroupe<sup>431</sup>. Une telle idée ne nous semble pas exacte puisqu'elle méconnaît la spécificité de l'intérêt social, lequel se manifeste effectivement en droit par la dénonciation des actes qui le violent, et non pas par l'appréciation des solutions qui y correspondent. Concernant la question de la nature de l'intérêt social d'une société, il pourrait exister une immense variété de réponses, justifiées par des considérations de nature économique, financière ou sociale. Dotés de contenus très larges, les intérêts sociaux pourraient facilement converger les uns avec les autres. De plus, la communauté des intérêts à l'échelle du groupe ne suppose pas que les intérêts de chaque société impliquée dans la politique du groupe doivent être impérativement de même nature ou de même intensité. Un résultat positif ou bénéficiaire suffit. Dans une vision purement juridique, un intérêt légitime du groupe doit être bien localisé dans un espace de la communauté des intérêts sociaux, c'est-à-dire qu'elle ne porte atteinte à aucun intérêt social des sociétés concernées du groupe. Sous réserve de la satisfaction de cette condition ultime, le droit n'a plus vocation à restreindre le libre choix de la définition exacte d'une décision correspondant au mieux à l'intérêt de la société.

En apparence, ce concept de la communauté des intérêts n'a pas un réel sens juridique. Il ne s'agit que de l'addition des intérêts sociaux – ou plutôt d'un cumul des interdictions des actes contredisant les intérêts sociaux. La reconnaissance de cette communauté d'intérêts a simplement pour effet de rendre nécessaire la mise en œuvre d'une décision du groupe au sein de chaque société du groupe de telle façon qu'elle ne compromette pas son propre intérêt social. Or une telle exigence résulte naturellement de l'intérêt social, indifférente à la présence ou non du groupe. Pour certains auteurs, ce concept de l'intérêt du groupe semble plus idyllique que réalisable en pratique<sup>432</sup>, il nous semble qu'elle est plutôt inutile à mettre en place en tant que telle dans l'ordre juridique, puisqu'elle n'est qu'une répétition des intérêts sociaux.

---

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_fr.pdf)

<sup>431</sup> Q. Urban, « La « communauté d'intérêt », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de société », RTD com, 2000, p. 8

<sup>432</sup> R.B. Goudet, « Minorité dans les groupes de sociétés » : J.-Cl. Fasc. 165-60, n°21

Cependant, force est de constater que le concept de la communauté d'intérêts des sociétés du groupe a pourtant bien sa raison d'être dès lors qu'on tient compte du caractère flexible de l'intérêt social. Etant une notion plastique susceptible d'être modelée en fonction de circonstances de faits, l'intérêt social relève d'une rigueur qui est susceptible de varier en fonction de la réalité de l'organisation économique du groupe. L'intérêt économique du groupe, qui se concrétise par le besoin d'une solidarité ou d'un dynamisme économique des sociétés du groupe afin d'assurer la prospérité de l'ensemble des sociétés, pourrait bien consister en un élément essentiel dans l'appréciation de l'intérêt social de chaque société membre. Dès lors, la définition d'une opération nuisible à l'intérêt social de chaque société membre pourrait devenir plus restreinte, de sorte que la communauté d'intérêts de l'ensemble des sociétés du groupe serait par conséquent élargie. Grâce à l'intérêt du groupe, la légitimité d'une décision déterminée par le groupe sera plus facilement retenue, alors qu'une même décision aurait pu être jugée comme contraire à l'intérêt social lorsqu'elle est mise en place simplement au sein d'une société isolée.

La communauté d'intérêts des sociétés du groupe relève donc d'un spectre de légitimité plus large que celui correspondant à une simple addition d'intérêts sociaux de ces sociétés prises isolément. Le concept de la communauté d'intérêts retrouve alors une certaine autonomie relative par rapport à l'intérêt social individuel, grâce à la prise en considération de la réalité économique du groupe.

#### **b. L'appréhension de l'intérêt du groupe dans le cadre de la communauté d'intérêts sociaux**

En outre, il convient de préciser que la communauté d'intérêts ne peut être assimilée à l'intérêt du groupe. En effet, elle est destinée à cerner un espace juridique dans les limites duquel la partie dominante ou les dirigeants du groupe peuvent élaborer et déterminer, de façon *a priori* libre, quel est l'intérêt économique exact du groupe au regard tant d'une opération concrète que d'une stratégie générale. L'intérêt du groupe relève d'un choix d'opportunité correspondant à l'organisation réelle du groupe sur le plan économique et est étranger à la régulation juridique. Cet intérêt du groupe, doté d'une forte connotation économique, pourrait néanmoins exercer une influence sur l'intérêt social de chaque société, et donc rendre éventuellement plus étendue la dimension de la communauté d'intérêts, de sorte que la légitimité des opérations orientées par cet intérêt économique

du groupe seraient plus facilement retenue au sein de chaque société de groupe.

Enfin, l'ordre juridique et la réalité économique du groupe trouvent une cohérence par l'intermédiaire des interactions entre la communauté d'intérêts des sociétés du groupe et l'intérêt économique du groupe, réalisée grâce au caractère flexible de l'intérêt social propre à chaque société du groupe.

Il nous semble que cet intérêt économique, lequel répondant aux besoins de l'organisation économique du groupe, fait entrevoir par les juristes un prétendu « *intérêt du groupe* » en droit positif.

L'assimilation de la notion en droit de « l'intérêt du groupe » à un intérêt économique correspondant à l'organisation réelle du groupe, peut trouver son fondement dans la similitude de l'utilité de ces intérêts.

Comme nous venons de l'exposer, un intérêt économique du groupe aurait pour effet, par assouplissement de l'exigence des intérêts sociaux des sociétés du groupe, de rendre légitime des comportements de gestion qui n'auraient pu être justifiés dans le cadre de société isolée.

Dans les rares cas où un intérêt du groupe est directement évoqué en droit positif, ce dernier a également un effet justificatif de la légitimité de l'acte en cause.

A cet effet, en matière d'abus de biens sociaux, un usage de biens sociaux qui aurait pu être considéré comme abusif dans une société isolée peut être justifié par un intérêt commun à l'échelle du groupe. Ainsi, la Cour Administrative d'Appel de Paris a expressément fait état de l'existence d'un intérêt supérieur d'un groupe d'intégration fiscale<sup>433</sup> dans le cadre duquel l'octroi d'aides financières par une société à une filiale de sa société sœur semble justifié puisque conforme à l'intérêt du groupe. Enfin, le législateur a introduit pour la première fois – et une seule fois jusqu'à maintenant – l'intérêt du groupe dans le but de permettre aux juges d'ordonner, à la demande des actionnaires minoritaires d'une société mère en forme de société anonyme, la nomination d'un expert pour vérifier la gestion d'une filiale, cette demande étant examinée et confirmée selon la conformité de l'intérêt du groupe<sup>434</sup>.

<sup>433</sup> CAA Paris, 10 déc. 2004, n° 00-36, Sté SÉEEE : BDCF 4/05, concl. F. Bataille, n° 42 ; RJF 4/05, n° 312

<sup>434</sup> L'article L. 225-231 du Code de commerce



Par contraste, l'utilité de l'« intérêt du groupe » se différencie nettement de celle de l'intérêt social, ce dernier ayant pour vocation de mettre en relief le caractère illicite des actes en causes. Cette différence démontre qu'un *intérêt de groupe* ne saurait être assimilé à un intérêt inhérent à un sujet de droit, tel que la notion de l'intérêt social.

Nous pensons que « l'intérêt du groupe » évoqué en droit positif constitue donc un intérêt économique qui voit son jour dans le fonctionnement de l'organisation économique du groupe. Son introduction dans l'ordre juridique a pour finalité d'élargir éventuellement la communauté des intérêts sociaux des sociétés membres du groupe. En d'autres termes, l'intérêt du groupe ne peut être exprimé que par l'agent intermédiaire de l'intérêt social.

Grâce à la spécificité de l'intérêt social, cette approche de l'accueil en droit de l'intérêt économique du groupe présente plusieurs avantages.

En premier lieu, le droit n'a nullement besoin d'établir une notion unifiée du contenu et du périmètre du groupe de sociétés puisque l'étendue des sociétés impliquées dans une décision ou une politique dictée par l'intérêt économique du groupe pourrait tout à fait varier selon les circonstances de faits. Cette flexibilité assure l'adaptabilité de l'intérêt économique du groupe vis-à-vis du périmètre variable du groupe de sociétés dans les diverses branches du droit.

En deuxième lieu, si nous prenons en compte l'omniprésence de l'intérêt social en droit des sociétés, le lien étroit entre l'intérêt social et l'intérêt économique du groupe permet à ce dernier d'être pris en compte dans de nombreux dispositifs juridiques.

En troisième lieu, étant donné l'intérêt social s'apprécie de façon plus ou moins souple selon la nature de l'acte en cause, la jurisprudence garde une grande marge de manœuvre au regard du degré d'influence acceptable de la réalité du groupe. Ainsi, le poids économique du groupe ne constitue pas le seul élément circonstanciel, l'appréciation de l'intérêt social doit ainsi prendre comme référence, le cas échéant, les autres intérêts légitimes impliqués dans le fonctionnement d'une société du groupe – les intérêts des salariés, des créanciers, des intérêts publiques, si bien que des solutions déséquilibrées pourraient être évitées par l'équilibre d'intérêts conflictuels. Les juges sont en mesure de trancher les difficultés en procédant à l'appréciation de l'intérêt social selon

les circonstances de fait. Cette démarche préserve la flexibilité dans la résolution des problèmes qui s'inscrivent souvent dans un environnement complexe.

Enfin, la relativité de l'intérêt du groupe par rapport à l'intérêt social explique la rareté de sa prise en considération par le droit positif. Dans la plupart des cas de figure la notion assouplie de l'intérêt social suffit à permettre la prise en compte de la réalité économique du groupe, sans même qu'on prenne la peine d'apporter une justification particulière du recours à la notion de l'intérêt du groupe. De plus, le fait de conceptualiser une notion d'« intérêt de groupe » en droit positif risque d'engendrer une confusion des esprits en donnant l'illusion d'une coexistence de deux types d'intérêts distincts.

#### *B. L'examen de relation entre l'intérêt du groupe et l'intérêt social en droit positif*

Les pratiques en droit positif, notamment la jurisprudence de l'abus de biens sociaux, viennent à l'appui des observations énoncées ci-dessus concernant la nature de l'intérêt du groupe (1). Nos observations pourraient ainsi être justifiées *a contrario* par les pratiques juridiques qui semblent réfuter les tentatives de consécration d'un intérêt du groupe étant soit autonome soit supérieur à l'intérêt social (2).

##### *1. La confirmation d'un intérêt du groupe dépendant et accessoire dans la jurisprudence pénale Rozenblum*

Il nous semble que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a en effet emprunté une approche similaire à ce que nous venons d'exposer, tout en évitant d'utiliser directement le terme « intérêt du groupe ». Dans la jurisprudence *Rozenblum*, les magistrats ont fait état de deux éléments distincts – à savoir une communauté d'intérêts et une politique du groupe. Selon un jugement de principe, le concours financier « doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe ». L'intérêt commun relève, pour la chambre d'une portée large et générale. Pour qu'il soit concret et tangible, l'intérêt commun doit être indispensablement « dicté » par une politique valable pour l'ensemble du groupe ; un support tangible démontrant l'intérêt économique du groupe qui ne peut qu'être évidemment élaboré par les dirigeants ou les associés dominants du groupe. Quant aux juges, ils se bornent juste à constater l'existence réelle d'une telle politique,

qui doit être ainsi constante et non improvisée. La chambre définit ensuite le degré de flexibilité de l'intérêt social, qui aurait pour conséquence d'élargir la portée de l'intérêt commun – ou plutôt, selon notre avis, de la communauté d'intérêts des sociétés du groupe. Dans le cadre de l'abus des biens, sont considérées comme contraire à l'intérêt social seul des opérations soit rompant l'équilibre entre les sociétés soit imposant des charges excédant la possibilité financière à la société mise en distribution.

## ***2. La renonciation par la jurisprudence à l'introduction d'un intérêt du groupe autonome en droit***

Il n'est pas sans intérêt de remarquer que la Cour d'Appel de Douai a tenté de fournir une définition de l'intérêt du groupe dans le cadre du régime de la confusion des patrimoines. Elle considère l'intérêt de groupe comme un « *intérêt collectif, ... distinct de l'intérêt propre de ses composantes* », en rajoutant que « *la subordination à celui du groupe des intérêts des sociétés le composant ne doit pas dépasser le degré d'organisation inhérent à un tel ensemble économique et que les sociétés contrôlées doivent conserver la maîtrise des fonctions essentielles à leur autonomie* »<sup>435</sup>. Cette approche, qui s'inspire de la jurisprudence de l'abus de biens sociaux, se différencie néanmoins de cette dernière puisque elle oppose nettement l'intérêt social à l'intérêt du groupe. L'intérêt du groupe revêt une valeur supérieure à celle de l'intérêt social. Cette relation d'opposition implique que l'intérêt du groupe doit être une notion juridique équivalente à l'intérêt social. Or il est superflu et irréaliste de consacrer un intérêt du groupe face à un intérêt social qui est impératif et prééminent. De notre point de vue, l'apport de la réflexion des juges douaisiens porte plutôt sur le degré possible de l'appréciation assouplie de cette notion flexible de l'intérêt social au regard de la caractérisation des « *relations financières anormales* », élément constitutif de la confusion des patrimoines.

Quoi qu'il en soit, la prise en considération de l'intérêt du groupe semble avoir été implicitement exclue par la Cour de Cassation, puisque si la Cour d'Appel de Douai a considéré dans l'arrêt ci-dessus que la conjonction de l'intérêt du groupe ne parvenait plus à justifier la normalité des relations financières entre deux sociétés du groupe, la Cour de Cassation a cassé cet arrêt sans faire état de la notion de l'intérêt du groupe<sup>436</sup>.

<sup>435</sup> CA Douai, 2 oct. 2003 : Juris-data n° 2003-221347 ; JCP E 2003, 1488 ; D. 2003, p. 2571, obs. A. Lienhard

<sup>436</sup> Cass. com., 19 avr. 2005 : Joly sociétés, 2005, p. 690, note C. Saint-Alary-Houin ; D. 2005, p. 1225, obs. A. Lienhard ; RTD com., 2005, p. 541, obs. Cl. Champaud et D. Danet ; B. Rolland, « Métaleurop : l'extension de procédure entre fictivité et confusion des patrimoines », JCP E, 2005, n°721

La Cour de renvoi est tout aussi silencieuse sur cette notion<sup>437</sup>.

Par ailleurs, dans le domaine du droit fiscal, la Cour d'Appel Administrative de Paris a reconnu dans son arrêt SEEEE du 10 décembre 2004, pour la première fois dans le cadre d'un groupe d'intégration fiscale, l'intérêt économique supérieur de ce groupe, qui justifie une aide accordée par une société membre en faveur d'une filiale de sa société sœur<sup>438</sup>. Cette position, ayant été confirmée par la même juridiction à deux reprises<sup>439</sup>, semble prélude de l'avènement d'un intérêt supérieur du groupe dans l'appréciation fiscale de l'acte normal de gestion<sup>440</sup>.

Pourtant, la brèche ouverte sur le principe d'autonomie de l'intérêt social des sociétés du groupe a été très rapidement refermée par le Conseil d'Etat. Il a premièrement refusé d'admettre la spécificité dans l'appréciation du caractère anormal au regard des aides accordées à l'intérieur d'un groupe soumis au régime de l'intégration fiscale<sup>441</sup>, avant de casser directement la décision de l'affaire SEEEE rendue par la CCA de Paris<sup>442</sup>, en mettant en exergue que, malgré l'intégration fiscale du groupe, la détermination du résultat de chaque société membre du groupe est tout de même soumise au droit commun. Si la loi permet de calculer le résultat du groupe, il n'y a pas lieu d'en déduire que ce résultat imposable correspond à un intérêt autonome du groupe, car il n'est qu'une somme algébrique des résultats de chacune des sociétés du groupe, lesquelles doivent s'apprécier dans la conformité de leurs propres intérêts sociaux.

### ***3. La nature économique de l'intérêt du groupe en droit écrit***

Subissant un destin malheureux en jurisprudence, l'intérêt du groupe ne semble pas non plus connaître un développement florissant dans le droit écrit français. A notre connaissance, ce terme est expressément évoqué une seule fois. Selon l'article L. 225-231 du code de commerce, l'actionnaire d'une société anonyme peut poser des questions par écrit au président du Conseil d'Administration ou au directoire sur une ou plusieurs opérations de gestion de la filiale que cette société contrôle au sens de l'article 233-3 du

---

<sup>437</sup> CA Paris, 11 oct. 2005, Joly sociétés, 2006, p. 478, note P. Scholer

<sup>438</sup> CAA Paris, 10 déc. 2004, n° 00-36, Sté SEEEE : BDCF 4/05, concl. F. Bataille, n° 42 ; RJF 4/05, n° 312

<sup>439</sup> CAA Paris, 21 janv. 2005, n° 01-873, Sté Sias France : RJF 5/05, n° 433. - CAA Paris, 13 mai 2005, n° 01-2334, Sté CSN Industrie

<sup>440</sup> B. Boutemy et E. Meier, « Acte anormal de gestion et intégration fiscale : vers la prise en compte de l'intérêt de groupe ? » : LPA 2005, n° 46, p. 3 et Note J. Delaurière : LPA 16 juin 2005, n° 119, p. 19

<sup>441</sup> CE, 10 Mars 2006, Sté Sept, RJF 6/06 n°678, Droit fiscal 2006, n° 21, comm. 414 J.-L. Pierre

<sup>442</sup> CE, 28 Avril 2006, Sté SEEEE, RJF 7/06 n°837, Dr. Sociétés, 2006, n° 7, comm. 116, J.-L. Pierre

même code. Cette « *demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe* ». Le texte rajoute que, à défaut de réponse ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, la minorité peut demander en référé l'ordonnance d'une expertise de gestion.

Le texte n'est pas sans ambiguïté, bien que le texte n'évoque « *l'intérêt du groupe* » qu'à l'étape de l'appréciation de la demande de la minorité par le dirigeant, la doctrine a tendance à penser que la recevabilité de la demande en référé d'expertise de gestion sera également fondée selon la vérification de *l'intérêt du groupe*<sup>443</sup>. Pourtant, la loi ne prévoit pas clairement si l'intérêt du groupe constitue un motif justificatif de l'octroi de l'expertise de la gestion, ou à l'inverse, un motif justificatif du refus. Il faut, à notre avis, écarter la première hypothèse, puisqu'elle pourrait entraîner une disparité de la condition de fond sur la recevabilité de la demande d'expertise. En effet, pour le minoritaire de la filiale qui effectue une demande d'expertise de gestion sur cette filiale, le caractère sérieux de sa demande doit être apprécié en fonction de l'intérêt social de la filiale. Si nous admettons la première hypothèse – c'est-à-dire si l'intérêt du groupe aurait pour effet justificatif de la demande d'une expertise de gestion de la filiale, le minoritaire de la société mère a le droit d'en demander en fonction de l'intérêt du groupe. En d'autre terme, ce dernier aura un droit d'information privilégié par rapport aux associés directs, puisqu'il peut même initier une expertise sans avoir à prouver un soupçon sérieux sur l'existence des opérations au détriment de l'intérêt social de la filiale. Ce qui nous semble inacceptable. La première hypothèse étant donc écartée, il nous semble que l'évocation de « *l'intérêt du groupe* » a pour finalité unique de permettre aux dirigeants de la société mère de justifier le refus de la demande du minoritaire, en mettant en avant que les opérations en cause, même si elles paraissent probablement nuisibles à l'intérêt social de la filiale prises isolément, sont conformes à l'intérêt global du groupe.

Par ailleurs, le contenu de l'expression « *intérêt du groupe* » dans L. 225-231 du Code de commerce n'est pas clairement défini. Il nous semble que l'intérêt du groupe évoqué dans le texte doit relever simplement d'un intérêt économique s'inscrivant dans l'organisation réelle du groupe. En effet, selon le texte il appartient au président de la société mère d'appréhender cet intérêt du groupe et de prendre la décision appropriée en fonction des exigences de la demande du minoritaire. L'appréciation de cet intérêt s'effectuera alors selon une logique économique par les dirigeants. Quant au juge des

---

<sup>443</sup> A. Charvériat, A. Couret, « Sociétés commerciales », Memento F. Lefebvre 2010, n° 13083

référés, il peut ordonner, mais seulement dans un deuxième temps, une expertise de gestion sur les opérations litigieuses lorsqu'il constate que le refus des dirigeants de la société mère n'est pas bien fondé, c'est-à-dire lorsque le prétendu intérêt du groupe ne justifie pas suffisamment la légitimité du refus de la demande. En d'autres termes, les juges des référés ne doivent pas remplacer les dirigeants pour identifier l'intérêt du groupe, leur mission est limitée à examiner le fondement d'un intérêt du groupe préalablement appréhendé par les dirigeants. Dans un tel contexte, il est évident que cet intérêt du groupe ne peut pas constituer une notion indépendante en droit.

La jurisprudence est très rare au sujet du contrôle sur le refus - motivé par l'intérêt du groupe - de l'expertise de gestion. La Cour d'Appel de Limoges a fait droit à une demande d'expertise de gestion par l'actionnaire minoritaire, qui a apporté des preuves permettant de « *présumer l'irrégularité au détriment de l'intérêt du groupe* »<sup>444</sup>. Ce raisonnement des juges du fond nous semble contestable. On voit mal comment un acte peut être irrégulier du seul fait de la violation de l'intérêt du groupe, lequel est dépourvu de tout caractère impératif en droit. En effet, les termes utilisés par les juges du fond nous rappelle la formule applicable aux actes violant l'intérêt social. Il nous semble que les juges du fond auraient pu confondre le terme utilisé. L'acte litigieux ne s'avère pas irrégulier en raison de la violation de l'intérêt du groupe, mais parce qu'il contrarie une communauté d'intérêts sociaux des sociétés du groupe.

### **§3. LA POSSIBILITE DE LA RECEPTION EN DROIT CHINOIS**

Le terme « intérêt social » est de plus en plus évoqué dans les dispositions légales en droit chinois.

Pour autant, « l'intérêt social », dont le sens littéral est « *l'intérêt d'une société* », n'est point défini par la loi. Selon les textes, il semble que l'intérêt social en droit chinois s'assimile en général à un intérêt pécuniaire propre à une société.

C'est en droit pénal chinois que la notion de l'intérêt social attire premièrement l'attention de la doctrine. Un auteur tente à considérer que l'intérêt social en droit pénal chinois doit comprendre le droit lié au patrimoine social, à l'exploitation de l'entreprise

---

<sup>444</sup> CA Limoge, 4 mai 2005 : Juris-Data n° 2005-286768

ainsi que l'interdiction des dirigeants d'effectuer des activités concurrentielles<sup>445</sup>. Une telle définition insiste évidemment sur la protection de l'intérêt pécuniaire de la société. Les dispositions de l'aliéna 2 de l'article 169 de la loi pénale<sup>446</sup> vient à l'appui de cette vision pécuniaire de l'intérêt social. Selon cet article, sont passables des sanctions pénales les administrateurs, surveillants et dirigeants supérieurs d'une société cotée en bourse qui procèdent, au nom de cette société, en contrevenant à leurs obligations de fidélité et en profitant de leurs pouvoirs sociaux, aux activités suivantes qui contrarient « *l'intérêt social* »:

1. la fourniture gratuite au profit d'un tiers des fonds, des marchandises, des services et d'autres types d'actifs ;
2. la fourniture ou la réception, de façon manifestement inéquitable, des fonds, des marchandises, des services et d'autres types d'actifs ;
3. la fourniture des fonds, des marchandises, des services et d'autres types d'actifs au profit d'un tiers qui est manifestement insolvable;
4. l'engagement de cautionnement au profit d'un tiers sans raison justifiée, ou au profit d'un tiers étant manifestement insolvable ;
5. la renonciation aux créances ou la prise en charge des dettes sans raison justifiée ;
6. d'autres activités portant atteinte à l'intérêt social de la société cotée en bourse.

Cet article démonte que dans l'esprit du législateur chinois, l'intérêt social est *a priori* lié aux actes qui diminuent le patrimoine ou accroient le risque financier de la société en cause.

Le terme « *intérêt social* » est également utilisé dans plusieurs articles de la loi sur les sociétés. Les actionnaires sont interdits « *d'abuser de l'exercice de leurs droits d'actionnaires en vue de porter atteinte à l'intérêt social ou à l'intérêt d'autres actionnaires* » (Article 20, alinéa 1 de cette loi). Ainsi les « *actionnaires contrôlaire* », « *les dominateurs réels* » et les dirigeants supérieurs sont interdits de tirer profit des relations avec personnes liées ayant pour effet de « *contrarier l'intérêt social* » (Article 21, alinéa 1 de cette loi). Les fondateurs d'une société anonyme doivent indemniser la société pour ses négligences au cours de la période de la création de la société, qui « *portent atteinte à l'intérêt social* » (Article 59, point 3 de cette loi). De même, des

---

<sup>445</sup> QU Ling Li, « *La protection de l'intérêt social en droit pénal* », Faxue Luntan, 2002, N°3, p.80 (曲伶俐, “论公司利益的刑法保护”, 法学论坛 2002 年第三期)

<sup>446</sup> Le délit, intitulé « le crime d'infidélité et de contrarier l'intérêt de société cotée en bourse » (背信损害上市公司利益罪), est consacré récemment par l'article 9 du sixième amendement de la loi pénale, promulguée le 29 juin 2006 par la commission permanente de l'assemblée populaire chinoise.

actionnaires détenant plus de 1% du capital d'une société sont autorisés à intenter d'urgence une action *ut singuli* au nom de la société lorsque la passivité des dirigeants de la société « entraîne des atteintes irrémédiables à l'intérêt social » (Article 152, alinéa 2 de cette loi).

Ces dispositions légales méritent plusieurs observations.

D'abord, il convient de noter qu'en droit des sociétés chinois, l'intérêt social est fortement lié à l'intérêt pécuniaire de la société. Cette assimilation est implicitement indiquée dans l'article 20 de la loi sur les sociétés. L'alinéa un de cet article prohibe l'abus de droit des actionnaires portant atteinte à l'intérêt social, l'alinéa 2 du même article prévoit immédiatement que lorsque l'abus de droit d'actionnaire donne lieu aux pertes subies par la société, l'actionnaire est responsable de l'indemnisation de ces pertes. Un lien logique sous-jacent entre « l'atteinte à l'intérêt social » et « les pertes de la société » semble établi. Ce lien implicite trouve des répercussions dans des articles de la même loi concernant le régime de l'action *ut singuli*. En effet, une action *ut singuli* est seulement envisageable lorsque les associés découvrent que des dirigeants sociaux ont commis des infractions contrevenant aux dispositions légales, réglementaires ou statutaires « qui entraînent des pertes pour la société ». Alors si une action *ut singuli* est susceptible d'être intentée d'urgence par un associé en présence de risques d'« atteintes irrémédiables à l'intérêt social », l'atteinte à l'intérêt social doit se confondre, selon le texte, aux pertes subies par la société.

Ensuite, comme en droit français, l'intérêt social est toujours évoqué sous la forme négative. En tant que notion juridique, l'intérêt social ne permet pas de déterminer la meilleure décision au regard d'une affaire de la société. Il est utilisé en droit positif pour détecter les actes manifestement anormaux, qui vont à l'encontre de cet intérêt social. Il est vrai que les dispositions légales évoquées ci-dessus ne se rapportent pas aux activités conformes à l'intérêt social, elles visent en revanche à sanctionner les actes portant atteinte à l'intérêt social.

De plus, tout comme la notion de l'intérêt social jugée parfois trop floue par des auteurs français, le contenu de l'intérêt social en droit chinois est peu précis et non sans équivoque. Or c'est justement grâce à cette imprécision que l'intérêt social pourrait servir d'un instrument permettant la réception de la réalité économique du groupe dans le cadre du régime juridique classique des sociétés.



Enfin, étant évoqué expressément dans plusieurs régimes fondamentaux consacrés par la nouvelle *loi sur les sociétés* - tel que de l'abus de droit d'associés, les opérations entre personnes liées et l'action *ut singuli*, l'intérêt social devient un élément important en droit des sociétés chinois. Cette notion pourrait être davantage valorisée en droit chinois. Jusqu'à ce jour, la notion de « l'intérêt social » n'attire pas suffisamment l'attention de la doctrine<sup>447</sup>, tandis qu'il est cependant indispensable de développer davantage en droit chinois cette notion de « l'intérêt social » afin qu'elle devienne, à l'image de droit français, une notion prééminente au sein des régimes juridiques des sociétés. Grâce à la flexibilité de cette notion, il deviendra possible de mettre en place une meilleure adaptation des régimes juridiques visant à réguler des actes et des relations très diversifiés dans le cadre des pratiques du droit des sociétés.

Malgré une abondance des réglementations nationales et locales à propos du groupe d'entreprises, aucune d'entre elles ne fait état du terme « intérêt du groupe ». L'intérêt du groupe n'est pas plus évoqué dans les jugements rendus par les différents tribunaux chinois<sup>448</sup>. La non-existence de la notion de l'intérêt du groupe ne nous semble pas grave, dans la mesure où elle n'est qu'accessoire à la notion de l'intérêt social. La réception en droit de la réalité économique du groupe pourrait se réaliser seulement par la mise en place du mécanisme de l'intérêt social. L'essentiel est de développer en droit chinois une notion d'intérêt social plus flexible et plus étendue. Il est concevable de s'inspirer de la notion équivalente déjà profondément étudiée en droit français.

---

<sup>447</sup> L'intérêt social ne fait pas objet de aucune interprétation judiciaire de la cour suprême, alors nous n'avons pas même trouvé une article ayant traité directe à cette notion.

<sup>448</sup> Recherche faite en juillet 2010, sur la banque de données des jugements des cours populaires de la Chine de « Chinalawinfo » ([www.chinalawinfo.com](http://www.chinalawinfo.com))

## **Conclusion de la Partie I :**

D'après les études sur les divers concepts du groupe de sociétés, nous observons une grande variété de finalités poursuivies par les diverses branches du droit. En droit français, il est évident qu'un lien de concordance existe entre la reconnaissance du périmètre du groupe et ses objectifs déterminés. Cela nous permet de conclure que le groupe de sociétés est une notion purement fonctionnelle, qui est susceptible d'être élargie ou limitée en fonction de la finalité exacte d'un régime légal déterminé. Une telle situation n'est pas si nettement manifeste en droit chinois. Cependant, nous pouvons également constater une diversité des concepts du groupe de sociétés dans les différents régimes juridiques chinois. La définition de chacune de ces concepts du groupe est également orientée, plus ou moins, par l'objectif poursuivi par le régime déterminé.

Le fait de réduire le champ de l'étude au droit de sociétés ne contribue pas à éclaircir les contours de ce concept. Le groupe de sociétés, bien qu'il soit un concept assez présent dans les textes et en pratique, reste un terme imprécis. En droit français et en droit chinois, ni le lien financier ni le pouvoir de contrôle entre les sociétés de groupe ne permet aux juristes de discerner une notion de groupe parfaitement correspondante à la réalité économique. Cette lacune juridique n'empêche cependant pas le fonctionnement factuel du groupe de sociétés, assuré par un mécanisme de la direction sous-jacente. La mise en œuvre de cette direction sous-jacente, même protégée par les régimes juridiques actuels, échappe cependant à la régulation de droit.

Les réflexions déjà menées par les auteurs de droit français mettent en lumière les difficultés intrinsèques de la création d'un régime autonome de groupe de sociétés, qui assure en même temps une harmonie entre ce nouveau régime et le droit actuel des sociétés. Cette problématique, même si elle n'est pas encore suffisamment développée pour l'instant, fera inévitablement obstacle à toute tentative de législation du groupe de sociétés en droit chinois.

Les discussions relatives à l'intérêt du groupe, et à celles de l'intérêt social des sociétés membres de groupe, nous conduisent à penser d'opter pour une autre approche de la régulation du phénomène du groupe de sociétés. A travers la mise en place de l'intérêt social ainsi que le concept accessoire de l'intérêt commun des sociétés de groupe – ce dernier est parfois nommé comme intérêt du groupe par la doctrine - nous pouvons

recevoir avec une grande flexibilité la réalité économique du groupe de sociétés dans le cadre des régimes du droit de sociétés actuel.

Nos réflexions ne s'arrêtent pas à l'analyse de l'intérêt social et l'intérêt du groupe. Notions fondamentales mais en même temps conceptuelles et floues, elles ne constituent pas un outil tout-puissant, complet et précis pour résoudre tous les problèmes concrets liés au groupe de sociétés. Il convient de vérifier si, à partir d'une approche souple fondée sur le régime de l'intérêt social, une adaptation plus large du droit est envisageable en vue de réguler la réalité du groupe, tout en préservant les principes fondamentaux du droit en vigueur.

En effet, en droit français, d'importants travaux d'adaptation sont déjà accomplis dans des diverses branches des droits commerciales, économiques et sociales. Une comparaison entre le droit français et le droit chinois nous permet de comprendre dans quelle mesure ce dernier pourrait éventuellement rattraper les retards dans la construction juridique.

## **PARTIE DEUX - L'ADAPTATION DU DROIT A LA REALITE DU GROUPE**

Face à la pratique du groupe de sociétés, le droit peut-il parfaitement s'adapter à la réalité économique sans consacrer un droit particulier du groupe ? Cet objectif ne nous semble pas irréaliste. Divers régimes relatifs au phénomène de groupe peuvent être effectivement reconnus en droit. Si la nature de ces régimes juridiques peut être assez différente, ils ont tous vocation de réaliser ou de maintenir une dynamique intrinsèque du groupe (Titre I). Il convient cependant de préciser que ne saurait être sacrifiés sur l'autel de la recherche du dynamisme de groupe les intérêts de toutes les personnes impliquées dans le fonctionnement du groupe de sociétés. Une série de règles juridiques doivent être maintenues, afin de préserver l'équilibre des intérêts souvent conflictuels des personnes concernées par le groupe de sociétés (Titre II).

**TITRE I – A LA RECHERCHE DE LA DYNAMIQUE DE GROUPE**

**TITRE II – A LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE ENTRE DES INTERETS  
CONFLICTUELS AU SEIN DU GROUPE**

## TITRE I –A LA RECHERCHE DE LA DYNAMIQUE DE GROUPE

Dans l'économie moderne où l'organisation des activités industrielles et commerciales est devenue de plus en plus compliquée et spécialisée, et sous la contrainte de la concurrence mondiale, les groupes de sociétés deviennent les opérateurs principaux du marché. Par rapport aux sociétés isolées, les groupes de sociétés présentent de multiples points forts : une diversité ou une complémentarité des activités, une puissance financière plus importante, une capacité à réaliser des économies d'échelle.

De plus, d'un point de vue empirique, il n'est pas surprenant de constater que presque toutes les grandes entreprises ont pris la forme de groupe de sociétés. Au fil de la croissance économique d'une entreprise, l'amplification des activités industrielles et commerciales engendre nécessairement le besoin d'une organisation de plus en plus sophistiquée, basée sur la coopération de subdivisions diversifiées et spécialisées. La création d'une société, dotée d'organes de gestion séparés et de moyens financiers indépendants, pourrait parfaitement répondre au besoin de l'entreprise de créer une nouvelle unité de production ou un nouveau secteur d'activité, de conquérir un marché géographiquement différent, d'établir une coopération avec un partenaire, ou même juste d'assurer les services internes commun pour tous les secteurs.

Or, la multiplication des personnes morales, corollaire de la formation du groupe de sociétés, pourrait également entraîner des problèmes juridiques qui n'auraient pas lieu avec une société isolée. Imaginons qu'une société dispose de plusieurs secteurs qui sont tous gérés de façon relativement indépendante par leurs propres unités de direction de secteurs. Les flux d'argent et d'actifs circulant entre eux relèvent purement d'opérations internes, Nonobstant leur autonomie économique, ces secteurs ne sont pas des contribuables des impôts, et n'assument pas les obligations de l'employeur vis-à-vis des salariés, même si ces derniers travaillent sous les instructions directes des responsables de secteurs. En revanche, dès lors qu'on procède à la filialisation de ces secteurs et qu'on les transforme en société, la nature de toutes les opérations auparavant considérées comme internes ne le sont plus. D'anciens engagements entre des secteurs et la direction centrale deviennent dorénavant des actes conventionnels entre les sociétés liées, les résultats comptables doivent être calculés séparément, et les salariés rompent leurs liens avec la

société mère et deviennent des employés de la filiale. Une fois qu'un ancien secteur obtient sa propre personnalité morale, une série de normes légales, plus contraignantes, doit s'appliquer. Soulignons cependant que d'un point de vue économique, l'organisation de la production n'est pas vraiment changée.

Il est évident que la modalité de la gestion des relations entre les sociétés doit être différente de celle-ci purement interne. Maintenir alors l'intérêt social de chaque société représente un impératif primordial. Cependant, il n'y a pas de raison d'empêcher que des relations organiques continuent d'être entretenues entre ces sociétés filiales et leur mère, pourvu que l'intérêt social de chacun soit suffisamment maintenu. Le groupe constitue alors une grande entreprise au sens large, dans laquelle la fraternité entre les membres doit être raisonnablement encouragée, car elle est la source du dynamisme économique de l'ensemble. Par ailleurs, le groupe demeure encore une grande famille pour tous les salariés, au sein de laquelle des régimes transversaux peuvent être envisagés, afin d'assurer la motivation des salariés.

A maintes reprises, le législateur et la jurisprudence en droit français ont témoigné de leur préoccupation de ne pas bloquer le dynamisme économique du groupe résultant de la solidarité de ses membres. Divers types de prérogatives sont conçus spécifiquement pour les sociétés appartenant à un groupe (**Chapitre I**). S'inscrivant dans le même souci, la rigueur des dispositifs visant à imposer des restrictions sur des actes conclus entre des sociétés pourrait être infléchie dès lors que les cocontractants appartiennent au même groupe (**Chapitre II**).

Il est fort regrettable de constater, comme il va être exposé dans nos développements suivants, que le droit chinois n'établit encore aucun véritable régime juridique permettant d'encourager la dynamique économique au sein du groupe de sociétés. Cette grave lacune met donc en relief, l'étendue du fossé entre le droit français et le droit chinois à cet égard.

## **CHAPITRE I – PAR L’ADMISSION DE PREROGATIVES SPECIFIQUES AU SEIN DE GROUPE**

En droit français, les prérogatives juridiques directement au profit du groupe de sociétés peuvent être classées en deux catégories : elles ont pour objectif soit de faciliter le fonctionnement du groupe (**Section 1**), soit de retenir une attractivité du groupe vis-à-vis des personnes impliqués dans les activités des sociétés du groupe (**Section 2**). Enfin, le droit chinois, qui ne reconnaît pas encore toutes les prérogatives justifiées par la présence du groupe de sociétés mérite un examen succinct. (**Section 3**).

### **Section 1 - Les prérogatives facilitant le fonctionnement du groupe en droit français**

Les groupes de sociétés peuvent bénéficier de certaines prérogatives dans les domaines du droit ayant directement trait à l'économie. Les sociétés appartenant aux groupes peuvent non seulement échapper à certaines règles de droit de la concurrence telles que les dispositions sur l'entente (§1), mais aussi jouir de certains régimes fiscaux plus favorables (§2).

#### ***§1. L'absence de prohibition de l'entente entre les sociétés du groupe***

Tant en droit français qu'en droit européen de la concurrence, sont prohibés tous les accords, pratiques concertées et décisions d'associations entre des entreprises qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la concurrence.

Pourtant, un tel accord, même ayant pour effet de fausser la concurrence, ne fera pas l'objet de prohibition légale dès lors qu'il est conclu entre des sociétés soumises à un contrôle commun. En droit de la concurrence, ces sociétés sont considérées comme constituant par elles-mêmes une seule entreprise, en conséquence de quoi, l'accord entre elles ne saurait constituer une entente en raison de l'absence d'un concours de plusieurs

volontés autonomes.

La Cour de justice des Communautés européennes refuse d'appliquer l'article 81 CE relatif aux accords entre deux sociétés lorsque l'une ne jouit d'aucune autonomie économique à l'égard de l'autre<sup>449</sup>. La Cour de justice s'est ainsi prononcée : « *l'article 85-1 ne vise pas des accords ou pratiques concertées entre des entreprises<sup>450</sup> appartenant au même groupe en tant que société mère et filiales, si les entreprises forment une unité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne jouit pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, et si ces accords ou pratiques ont pour but d'établir une répartition interne des tâches entre les entreprises* »<sup>451</sup>. La condition d'une répartition interne des tâches a été ensuite abandonnée, la seule condition demeurant le lien du contrôle effectif entre des sociétés<sup>452</sup>.

Il en va de même en droit interne français : les dispositions prohibant les ententes illicites n'ont pas vocation à s'appliquer à des accords « *entre des sociétés filiales d'un même groupe, c'est-à-dire assujetties, à raison de plus de 50% de leur capital, à un contrôle commun* »<sup>453</sup>, ou entre une société mère et sa filiale lorsque cette dernière « *ne dispose d'aucune autonomie commerciale et financière vis-à-vis de sa société mère* »<sup>454</sup>, ou lorsque la société mère est en mesure de contrôler les décisions de gestion importantes de la filiale<sup>455</sup>.

---

<sup>449</sup> CJCE, 18 juin 1969, aff. 69/195, *Christiani et Nielsen*, JOCE 5 juill. 1969, N° L 165 ; CJCE, 30 juin 1970, aff. 70/332, *Kodak*, JOCE 5 juill., n° L 147 ; *Stoufflet J. et Chaput Y.*, « *Pratiques restrictives de concurrences* », *J.-Cl. Droit International* ; voir n° 1932

<sup>450</sup> L'entreprise ici désigne plutôt une société commerciale. En effet, pendant une certaine époque, le terme « entreprise » n'était qu'un vocable commode sans propre consistance, et elle était souvent un synonyme de personne physique ou morale participant indépendamment à la vie économique. *CJCE, 13 juill. 1966, aff. C-32-65, Gouvernement de la République italienne c/ Conseil et Commission de la CEE : Rec. CJCE 1966, p. 563*. Un tel usage était dépassé suite à des années de constructions jurisprudentielles et législatives : voir *CJCE, 23 avr. 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH*, précité.

<sup>451</sup> *CJCE 31 oct. 1974, aff. 15/74 Centraform c/ Sterling Drug*, JOCE 1974, p. 1974, p. 1147 et, dans le même sens, *CJCE, 4 mai 1988, aff. 30/87, Bodson c/ SA Pompes funèbres des Régions Libérées*, Rec. CJCE, p. 2479 ; *JCP. Éd. G 1988, II, n° 21145*, obs. *Boutard-Labarde M.-Ch., P.A. 2 juin 1989, p. 4* ; obs. *Gavalda Ch. et Parléani G.* ; *CJCE, 31 oct. 1974, Centraform c/ Winthrop*, JOCE 1974, p. 1183 ;

<sup>452</sup> *TPICE, 12 janv. 1995, aff. T-102/92, Viho Europe*, Rec. CJCE, II ; p. 17, *Contrats, con., consom. 1995, n° 36, p.15*, note *Vogel L.*, *Rev. Marché commun 1995, n° 393, p. 685*, obs. *Vogel L.*, *JCP éd. E 1995, I, n°484, n°6*, obs. *F.S.* ; *Pourvoi très brièvement rejeté, CJCE, 24 oct. 1996, aff. C-73/95, Viho Europe*, Rec. CJCE, I, 5482, *Contrat. conc. consom. 1996, n° 204*, note *Vogel L.*, *JCP éd. E, 1997, I, n° 679, n° 8*, obs. *Serrqs F.*, *LPA 29 mai 1998, p. 29*, note *Blasselle R.*

<sup>453</sup> *Cons. Conc., Déc. n°89-D-21, 14 juin 1989, Compteurs d'eau*, *BOCCRF 14 juill. p. 173*, recueil *Lamy, n° 367*, obs. *V. S.*

<sup>454</sup> *Cons. Conc. déc. n° 91-D-12, 26 mars 1991, Société Etablissements Tournier SA*, *BOCCRF 12 avr.,1991* ; *Cons.conc., déc. n° 92-D-68, 15 déc. 1992, Logistique dentaire et médicale*, *Recueil Lamy, n° 520*, obs. *Sélinsky V.* ; *Cons. Cons. Déc. n° 02-D-67, 7 nov. 2002, Société Jean Chapelle et Semavem*, *BOCCRF 28 févr. 2003*.

<sup>455</sup> *Comm. Cons. 13 déc 1983, Béton prêt à l'emploi*, *BOSP 23 oct. 1984, Recueil Lamy, n°224, Rapp. Pour 1984, p. 11*



Cette exception à l'application de la prohibition de l'entente permet aux sociétés d'un même groupe, dès lors que leur appartenance à une même unité de décision est qualifiée, d'agir en concert pour lutter ensemble contre les autres concurrents présents sur un même marché. Etant considéré comme une entreprise unique qui rassemble de multiples entités de personnalités juridiquement distinctes, le groupe de sociétés est assuré de ne pas subir l'affaiblissement de son pouvoir sur le marché, pour la seule raison que ce pouvoir est concrètement réparti entre plusieurs membres du groupe.

## *§2. L'optimisation fiscale au sein du groupe*

Le droit fiscal français concourt ainsi à réduire les désavantages juridiques engendrés par la multiplication de personnalités morales au sein du groupe. De façon générale, il vise à ne pas pénaliser la remontée des dividendes au sein d'un groupe (A). D'ailleurs, à l'égard des sociétés du groupe réunissant des liens financiers très étroits, le droit leur permet de procéder à l'intégration de tous leurs bénéfices et charges afin d'établir un seul compte de résultat d'ensemble pour le calcul de l'impôt sur les sociétés (B).

### *A. L'imposition assouplie de la remontée des dividendes*

Le régime de la société mère-fille a pour objectif de permettre aux groupes de sociétés de pouvoir librement rallonger leurs chaînes de contrôle sans qu'ils soient pénalisés par l'imposition répétitive des dividendes remontés jusqu'à la société tête du groupe.

Selon ce régime, une société mère est admise à bénéficier de l'exonération fiscale sur des produits relatifs aux participations qu'elle s'engage à conserver de manière continue pendant au moins deux ans. En cas de cession anticipée de ces participations au mépris d'un tel engagement, la société est tenue de verser au Trésor une somme égale au montant de l'impôt exonéré majoré d'un intérêt mensuel de 0.4%.

Le produit des participations, bien qu'il concerne le plus souvent les dividendes, doit également comprendre le boni de liquidation, les distributions des réserves ainsi que toutes les sommes que la société mère reçoit de sa filiale en sa qualité d'actionnaire ou de porteur de parts, tel que des avances, prêts ou acomptes consentis aux associés étant

présupposés comme des revenus distribués<sup>456</sup> ; ou des intérêts excédentaires<sup>457</sup> des comptes courants d'associé.

Le régime de la société mère-filiale constitue un assouplissement en droit fiscal français en faveur du groupe de sociétés. En vertu de ce régime, des liens de contrôle entre les sociétés membres du groupe ne sont point exigés. Il suffit que la « société mère » détienne des participations et des droits de vote à un pourcentage relativement faible dans la « filiale », qui lui confèrent un seul droit de regard<sup>458</sup> dans la « filiale ». Ce concept du groupe de sociétés se base en principe sur l'existence d'un lien d'investissement plus stratégique que spéculatif entre la société mère et la filiale, dans la mesure où le droit fiscal ne prévoit l'exonération des produits de participation qu'au regard des participations que la société mère a l'intention de détenir sur le long terme. Au contraire, la détention intermittente des participations d'une filiale, même si elle procure à l'associé le contrôle provisoire du contrôle de la filiale, n'est pas éligible à ce régime car, dans cette hypothèse, l'associé a souvent moins l'intention de réaliser ses bénéfices par l'épanouissement de la société à long terme que de bénéficier d'une plus-value par la revente de la participation à court terme.

### *B. Intégration fiscale du résultat du groupe*

Outre ce régime de sociétés mère-fille assorti d'un champ d'application étendu, la loi fiscale réserve aux sociétés présentant entre elles des liens étroits la possibilité de mettre en place, dans le périmètre du groupe qu'elles composent, une intégration fiscale des résultats.

Cette intégration fiscale a pour conséquence d'englober les résultats bénéficiaires et déficitaires de l'ensemble des sociétés intégrées pour le calcul de l'impôt sur les sociétés

---

<sup>456</sup> L'article 111.a. de CGI prévoit que les sommes mises à la disposition des associés de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés à titre d'avances, de prêts ou d'acomptes sont présumées constituer des revenus distribués imposables. Il s'agit d'une présomption simple, renversable par l'apport de la preuve contraire, tel qu'un acte écrit régulièrement établi qui prévoit le versement d'intérêts normaux et le remboursement de la dette, l'existence des relations commerciales d'où résultent ces transactions, la preuve de remboursement effectif des fonds par l'associé, ou la preuve de l'existence des créances et dettes réciproques quand la compensation est possible.

<sup>457</sup> Dans le cadre de la lutte contre la sous-capitalisation d'une société, le droit français prévoit des limites sur le montant total des intérêts liés aux comptes courants consentis à une filiale par ses associés. Pour les conditions de ces limites, voir ci-dessous, §2.B.2. Il en résulte que les intérêts dépassant ces limites ne sont plus déductibles des bénéfices imposables de la filiale. En revanche, tels intérêts excédentaires sont considérés comme les produits des participations de l'associé bénéficiaire.

<sup>458</sup> M. Pariente, « *Les groupes de sociétés, aspects juridiques, social comptable et fiscal* », Litec 1993, P. 165, n° 163

du groupe, redevables uniquement par la société tête du groupe. Des économies d'impôts pourraient alors être réalisées à travers la compensation entre les pertes subies par certaines sociétés du groupe et les bénéfices générés par d'autres. Un régime de même nature est ainsi prévu pour la détermination de la plus value ou moins-value nette à long terme.

Le groupe de sociétés est autorisé de librement déterminer les modalités de la répartition de la charge et de l'économie de l'impôt réalisée grâce à l'intégration fiscale, dans la limite que celles ne sont pas constitutives des actes anormaux de gestions, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas porter atteinte à l'intérêt de chacune des sociétés membres<sup>459</sup>.

Nous pouvons constater, dans le cadre de l'intégration fiscale, certaines conséquences directes à l'égard de traitement comptables et fiscales des sociétés membres (1). Par ailleurs, il existe des incidents plus importants résultant de ce régime, ayant pour effet de faciliter substantiellement certaines opérations au sein du groupe(2).

### ***1. Les conséquences directes de l'intégration fiscale***

L'effet d'intégration du groupe est uniquement limité aux résultats des sociétés membres pendant la période d'existence du groupe.

Il en résulte tout d'abord que des déficits en instance de report à l'ouverture du compte de groupe ainsi que des déficits subis par un membre du groupe, antérieurs à l'intégration, ne sont pas déductibles de l'ensemble du résultat du groupe. Avant le calcul du résultat d'ensemble, la société est obligée de les reporter sur son résultat individuel suite à certaines rectifications<sup>460</sup>.

Ainsi certains éléments liés aux relations financières entre des sociétés du groupe doivent disparaître du compte intégral du groupe. Les impositions sur des produits de participation distribués entre des sociétés au sein du même groupe n'auront pas lieu d'être, car des dividendes intra-groupe (s'ils n'ouvrent pas droit au régime mère-filiale) et des réintégrations de frais et charges sur les produits (s'ils ouvrent droit au régime mère-

---

<sup>459</sup> CE, 12 mars 2010, affaire *Wolseley Centers France*, concl. L. Olléon, : JurisData n° 2010-001686; Ph. Durant, O. Fouquet, Dr. Fiscal 2010, comm. 272

<sup>460</sup> Ces déficits ne sont pas censés être déductibles de certains bénéfices ou être réintégrés dans le résultat d'origine des opérations intragroupes (la remise de dette ou subvention obtenue d'une autre société du groupe, apport placé sous le régime de faveur des fusions sous l'empire de l'article 210-A de CGI). En conséquence, ils doivent être soustraits au résultat individuel de la société avant la déduction de déficits antérieurs.

filiale) sont déduits du résultat d'ensemble<sup>461</sup>. Dans le même ordre d'esprit, des provisions constituées au sein de chaque société en raison des relations intragroupes n'ont pas lieu de subsister à l'intégration du groupe. Il s'ensuit que doit être ajoutée au résultat de l'ensemble la dotation aux provisions par une société membre du groupe à cause des pertes ou des défaillances d'un autre membre du groupe, telles qu'une provision pour la dépréciation des créances détenues par un membre créancier sur un autre membre du groupe, ou une provision pour les risques probables qu'un membre du groupe encourt pour les activités d'un autre<sup>462</sup>. Au cas où la perte ou la charge probable ne se réalise pas au final, une reprise ultérieure des dotations aux provisions sera comptabilisée, et ouvrira droit à une déduction au résultat d'ensemble, dès lors que les deux sociétés concernées ne cessent pas d'appartenir au même groupe.

## ***2. Les incidences facilitant le fonctionnement du groupe***

A part l'éventuelle réalisation de l'économie de l'impôt sur les sociétés, la mise en place de l'intégration fiscale a également pour conséquence indirecte de faciliter le fonctionnement du groupe de sociétés.

### **a. La neutralisation fiscale de certaines aides intragroupe**

L'intégration fiscale du groupe n'a pas *a priori* pour effet de mettre à l'écart l'application du principe de gestion normale. Pourtant, le texte fiscal permet de neutraliser, temporairement ou même définitivement, certains types de conséquences fiscales défavorables, liées aux aides intragroupes sans qu'il y ait lieu de les justifier comme acte normal de gestion, dès lors que ces dernières ont eu lieu au cours de l'intégration fiscale du groupe de sociétés.

A cet effet, certaines corrections sont mises en place automatiquement au cours de l'intégration fiscale sur le résultat d'ensemble du groupe. Selon l'alinéa 6 de l'article 233 B de CGI, l'abandon de créance ou de la subvention directe ou indirecte consentis entre des sociétés du groupe, sous réserve de certaines exceptions, n'est pas pris en compte pour la détermination du résultat d'ensemble. Il résulte de cette règle que, dans la pratique,

---

<sup>461</sup> Pourtant, des dividendes ne peuvent pas être retranchés du résultat d'ensemble dès lors que la société mère, ayant droit d'opter pour le régime de société mère-filiale, a omis de s'en prévaloir.

<sup>462</sup> Il s'agit d'éviter une double déduction qui serait inscrite simultanément par la société créatrice des pertes ou charges et par la société constituant la provision.

une société membre du groupe doit réintégrer l'abandon de créance ou la subvention qu'elle a octroyée au cours de l'exercice au profit d'une autre société du groupe, et cette dernière doit également déduire de son assiette des bénéfices imposables, le montant correspondant dont elle a bénéficié<sup>463</sup>. Ces dispositifs pourraient trouver leur fondement sur le concept identitaire du groupe fiscal, selon lequel il n'est plus nécessaire de réprimander des aides intragroupes même non justifiées par l'intérêt de la société auteur, étant donné que l'existence du groupe fiscal conduit à atténuer la reconnaissance fiscale de l'individualité de chaque société composant le groupe.

La neutralisation fiscale des aides intragroupes relève pourtant des effets différenciés en fonction de la nature des opérations neutralisées.

D'une part, des opérations d'exploitation (par opposition aux cessions de titres ou des actifs immobilisés) au sein du groupe d'intégration fiscale ne sont pas obligatoirement soumises au régime normal qui exige le respect des prix du marché. Dès lors que le prix applicable aux opérations n'est pas inférieur au prix coûtant, aucun ajustement ou réintégration fiscale n'est nécessaire. La neutralisation est de nature définitive, si bien qu'aucun redressement n'aura lieu lors de la sortie ultérieure du groupe d'une société concernée par ces transactions opérationnelles intragroupe.

D'autre part, s'agissant des opérations ne rentrant pas dans le domaine de l'exploitation normale des sociétés concernées, l'effet de la neutralisation est imparfait. Dès lors qu'une société impliquée dans les opérations neutralisées sort du groupe fiscal, les subventions directes ou indirectes ainsi que les créances abandonnées seront rattachées au résultat de l'ensemble du groupe, étant précisé que le montant à réintégrer est limité à ceux qui ont été déduits du résultat d'ensemble pendant des exercices arrêtés dans les cinq ans précédant la sortie, sauf s'il s'agit de la subvention correspondant à la cession d'une immobilisation au sein du groupe pour un prix différent de sa valeur réelle, qui devra être systématiquement reprise<sup>464</sup>.

---

<sup>463</sup> Cette méthode permet à l'autorité fiscale de connaître facilement le montant des créances abandonnées et des subventions intragroupes de chaque exercice, qui pourraient faire l'objet de majoration de résultat lors de l'éventuelle sortie du groupe d'une société concernée par ces aides.

<sup>464</sup> A. Charvériat et A. Couret, « *Groupes de sociétés* », Memento F. Lefebvre 2007-2008, n°8473

## **b. La suppression de la difficulté fiscale inhérente au LBO**

Le dispositif d'intégration fiscale du groupe facilite effectivement la mise en place de la technique du LBO (*Leverage Buy-out*) dans l'acquisition de sociétés, qui permet d'acheter une société ou un groupe de sociétés sans nécessairement posséder les fonds propres requis pour la réalisation d'une telle acquisition<sup>465</sup>. Pour que l'opération de LBO soit viable, il convient de réduire au maximum le montant des impôts liés aux bénéfices engendrés par la société cible, notamment par la compensation des charges financières supporté par la société acquéreur. L'intégration fiscale de la société réalisant l'acquisition et de la société cible dévient un aménagement idéal, dans la mesure où les charges financières d'acquisition supportées par la société réalisant l'acquisition ainsi que les bénéfices réalisés par la société cible pourraient être compensés dans le calcul de l'impôt, car les deux sont affectés directement au résultat du groupe.

Pourtant, ce montage connaît des restrictions lorsque l'acquisition de la société cible se fait entre des sociétés appartenant au même groupe au sens de l'article 233-3 du Code de commerce. Selon l'alinéa 7 de l'article 223 B du CGI, les charges financières déduites doivent être rapportées à ce résultat du groupe pour une fraction égale au rapport du prix d'acquisition des titres de la société cible à la somme du montant moyen des dettes, de chaque exercice, des entreprises membres du groupe.

## **c. La dérogation aux normes de sous-capitalisation**

L'existence d'un groupe au sens de l'intégration fiscale aurait pour effet de déroger, dans certaines situations, aux limites fiscales concernant la déductibilité des intérêts des avances consenties par des sociétés mères aux filiales, qui étaient initialement destinées à lutter contre la pratique de sous-capitalisation des sociétés. En effet, il n'est pas rare de constater dans la pratique que des sociétés recourent systématiquement à des emprunts importants auprès des associés pour la poursuite de l'activité, car leurs capitaux propres seraient insuffisants. D'un point de vue fiscal, une telle manipulation aurait pour effet principal d'augmenter artificiellement la charge déductible de la société et en conséquence réduire son assiette de bénéfice imposable.

---

<sup>465</sup> Par un effet de levier financier, l'acquéreur pourrait réaliser une rentabilité d'investissement nettement plus importante que d'utiliser ses seuls fonds propres. En contrepartie, il doit également encourir un risque financier plus important.

Il convient de rappeler d'abord ici la restriction fiscale de sous-capitalisation régissant une société isolée. En effet, le versement des intérêts liés aux avances consenties à une société par ses associés est soumis à plusieurs limites légales. Premièrement, le taux d'intérêt de ces emprunts ne saurait dépasser un taux d'intérêt maximal, ajusté chaque année<sup>466</sup>, ou, si les emprunts relatifs à ces intérêts sont conclus entre des sociétés liées au sens de l'article 39, 12 du CGI (voir Section 3, Chapitre 2, Titre I, Partie I) à un taux de marché que l'emprunteur aurait pu obtenir auprès d'établissements financiers indépendants. Les intérêts excédentaires ne seront pas déductibles du résultat de l'emprunteur. De plus, la loi fiscale instaure trois ratios aux fins de mesurer le caractère excessif du montant total des intérêts servis par l'emprunteur à ses sociétés liées. A cet effet, lorsque le montant total de l'intérêt dépasse le seuil le plus élevé de ces trois ratios, la sous-capitalisation est présumée être qualifiée de sorte que la fraction d'intérêt dépassant ce seuil ne peut être déductible :

- (1) la somme d'intérêts correspondant aux avances équivalente à une fois et demie le capital social de l'emprunteur, au choix de celui-ci, au début ou à la fin de l'exercice (Ratio d'endettement) ;
- (2) 25% du résultat avant imposition de l'emprunteur, majoré des intérêts servis à l'ensemble des sociétés liées, des amortissements déduits et de la quote-part de loyer de crédit-bail prise en compte pour la détermination du prix de cession du bien à l'issue du contrat (ratio de couverture d'intérêt)
- (3) le montant des intérêts reçus par la société ayant emprunté à ses sociétés liées (ratio d'intérêts servis par des entreprises liées).

Pourtant, la réintégration des intérêts non réductibles est susceptible d'être exemptée dans la mesure où le montant des intérêts excédentaires est inférieur à 150,000 € ou si l'emprunteur démontre que le rapport entre son endettement global et son propre capital est inférieur ou égal à celui du groupe auquel il appartient. Ce groupe doit s'apprécier selon la définition de l'article 233-16 du Code de commerce.

Les intérêts réintégrés sont susceptibles d'être reportés sur les résultats des exercices prochains mais pour cela le montant total des avances fournies par les associés au cours

---

<sup>466</sup> Ce taux est normalement inférieur au taux de marché. Il est égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises d'une durée initiale supérieure à deux ans.

de l'exercice ne doit pas excéder le montant le plus élevé des trois limites exposées ci-dessus. Dans cette optique, le montant reportable est égal à la différence entre ces deux montants. A partir du deuxième exercice de report, une décote annuelle de 5% s'appliquera aux intérêts reportables.

L'appartenance de la société emprunteuse à un groupe pourrait éventuellement servir à justifier la sous capitalisation. En premier lieu, lorsque le montant total des intérêts à la charge d'une société dépasse les trois ratios, la présomption de sous capitalisation pourrait être renversée dès lors que cette société peut apporter des preuves attestant que son propre taux d'endettement est inférieur ou égal à celui du groupe auquel elle appartient au sens de l'article 233-16 du Code de commerce (sur la notion de groupe de consolidation comptable)<sup>467</sup>. Il résulte de cette exception qu'un groupe de consolidation comptable a la possibilité d'adopter une politique instaurant un ratio d'endettement plus élevé que les critères légaux, dès lors que celui-ci est cohérent et mis en place en concertation avec tous les membres du groupe.

Ensuite, les règles fiscales de la sous-capitalisation se voient essentiellement modifiées lorsqu'il s'agit de sociétés appartenant à un groupe d'intégration fiscale. En effet, dans un tel groupe, toute société membre doit dans un premier temps calculer le montant des intérêts susceptibles d'être réintégrés comme si elle n'était qu'une société isolée, sans qu'elle se voit retirer le droit de se prévaloir de toutes les exceptions à la réintégration prévues en droit commun. Par la suite, tous les intérêts ayant été servis aux sociétés comprises dans le groupe fiscal sont entièrement neutralisés et donc déduits du résultat de la société tête du groupe. Dans le même temps, les intérêts ayant été servis aux sociétés extérieures au groupe fiscal sont considérés comme des intérêts versés par le groupe. Ils sont susceptibles d'être neutralisés à l' hauteur de 25% du montant total des résultats du groupe, retranchés selon le même principe prévu dans la deuxième des trois limites évoquées ci-dessus. Seule la fraction des intérêts extérieurs excédant cette limite doit être réintégrée au résultat d'ensemble, alors que cette fraction est susceptible d'être reportée, comme en droit commun, sur des exercices suivants du groupe, après la même décote de 5% chaque année.

L'intégration fiscale rassemble toutes les sociétés du groupe et les transforme en une entité unique au regard des règles de sous-capitalisation. Etant donné que l'individualité

---

<sup>467</sup> BOI, Instruction 4 H-8-07 n° 133 du 31 décembre 2007, n° 88



des membres s'efface, le problème du caractère excessif des intérêts versés entre les membres ne saurait plus avoir raison d'être. Il s'ensuit que les sanctions fiscales portant sur le montant des intérêts excédentaires visent uniquement les emprunts consentis par des sociétés extérieures au « groupe d'intégration fiscale », qui constitue un ensemble considéré comme une entité emprunteuse unique.

## **Section 2 Les prérogatives retenant l'attractivité du groupe en droit français**

Le droit français conçoit ainsi des régimes juridiques destinés à renforcer l'attractivité des groupes tant vis-à-vis des investisseurs (§1) que des employés (§2) des sociétés appartenant aux groupes. Ces régimes dérogent à un certain niveau au principe fondamental de l'identité juridique distincte des sociétés.

### ***§1. L'attractivité du groupe envers les investisseurs***

En l'absence de statut juridique et de caractère institutionnel du groupe, il est inconcevable que le groupe de sociétés puisse émettre ses propres actions, malgré son identité, parfois assez solide, sur le plan économique. Pour autant, des investisseurs, notamment ceux sur le marché financier pourraient être parfaitement intéressés par un investissement sur des titres représentatifs de l'ensemble des performances des groupes de sociétés, ou sur un secteur d'activité bien particulier du groupe. Dans le cadre des marchés de valeurs mobilières traditionnelles, ils rencontrent certainement des difficultés techniques pour réaliser ces objectifs. L'instauration du régime des actions de préférence en droit français a eu pour conséquence de renforcer l'attractivité du groupe vis-à-vis des investisseurs qui sont désormais autorisés à posséder des droits attachés aux actions à la dimension du groupe.

C'est dans le but de s'adapter aux besoins du marché et de faire face à la concurrence étrangère que les actions de préférence ont été instaurées en droit français par une ordonnance du 24 juin 2004. Définies par la loi comme des actions pouvant être « avec

*ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent* » (l'article L228-11 du Code de commerce), les actions de préférence relèvent d'un régime extrêmement flexible au regard de l'aménagement de tous les types de droits susceptibles d'être attachés à ces actions, de sorte que les privilèges particuliers, notamment au regard des droits au dividendes et d'information, qu'ils soient ou non assortis de quelconques restrictions de droit de vote, pourraient être beaucoup plus librement accordés aux investisseurs du marché. Les actions de préférence, conçues comme une catégorie unique, ont pour vocation de se substituer progressivement aux actions à dividende prioritaire, aux actions de priorité, aux certificats d'investissement et aux titres participatifs, jugés trop rigides et moins attirant face à la concurrence des marchés financiers des pays étrangers.

Une construction innovatrice fut ainsi consacrée par la loi à l'occasion de la création législative des actions de préférence. L'article L. 228-13 du Code de commerce, ainsi créée par la même ordonnance mentionnée ci-dessus, permet que les droits particuliers qui peuvent être attachés aux actions de préférence soient « *exercés dans la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice ou dans la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital* ».

Si la société émettrice se trouve en amont par rapport à la société octroyant des droits particuliers, les investisseurs acquièrent directement des droits portant plus concrètement sur une branche ou une partie d'activité filialisée au sein du groupe. Et si la société émettrice se trouve à l'inverse en aval, les investisseurs acquièrent alors des droits particuliers dans une société animatrice d'un groupe plus large, auquel appartient également la société émettrice.

Ce régime de l'émission des titres assortissant des droits aux tiers a pour conséquence de créer une grande flexibilité permettant aux investisseurs du marché de pouvoir investir de façon plus libre, à la dimension du groupe. Selon certains auteurs, le législateur a même franchi un nouveau pas dans l'élaboration d'un droit français des groupes de sociétés<sup>468</sup>. La société émettrice constitue effectivement un point de connexion entre les investisseurs et le groupe, leur permettant de cantonner des investissements sur une partie ou sur l'ensemble du groupe, quel que soit la place hiérarchique de ce point de connexion

---

<sup>468</sup> Cabinet Fidal, « *Actions de préférence, questions de praticiens* », JCP E 2005, 1086, p. 1215

dans le groupe.

Cependant, il est clair que ce régime innovateur, inventé à partir des dispositions laconiques de l'article L228-13, est un bricolage législatif. Il existe aucune réelle ambition d'aménager les règles de base relatives à l'organisation du capital et des organes sociaux des sociétés. L'écran individuel de la personnalité morale de chaque membre subsiste, et que le droit des actionnaires, dont le fonctionnement doit être conforme à l'organisation interne des organes sociaux, demeure strictement réservé aux porteurs des actions émises directement par la société. Si bien qu'il serait redoutable de penser que le titulaire des actions de préférence pourrait exercer directement au sein d'une autre société du groupe des droits attribués personnellement à ses propres actionnaires. A la différence des droits véritables des actionnaires sur une autre société du groupe, les droits particuliers attachés à ces actions de préférence relèvent plutôt des prérogatives homologuées par la société tierce. Ces prérogatives peuvent être calquées sur certains droits dont disposent les actionnaires, sous réserve qu'ils ne se heurtent pas aux réserves légales subordonnant l'exercice de ce droit à la qualité personnelle des actionnaires.

Avant de vérifier ces réserves légales (B), il convient de préciser les conditions relatives à la mise en place des actions de préférence (A).

#### *A. Les conditions de la mise en place des actions de préférence*

Les droits particuliers pourraient être accordés à une société du même groupe que la société émettrice. Ce groupe de sociétés est défini par le texte qui se prévaut uniquement de liens directs et /ou indirects de plus 50% du capital. La règle est extrêmement simple et précise, il s'agit d'un calcul algébrique d'un état de possession du capital tel que défini par l'article 233-1 du Code de commerce (régime des filiales et de la société mère), sans qu'il ait lieu de se référer aux critères du contrôle plus subjectifs prévus à l'article 233-3. La possession indirecte est également visée par la loi, qui doit se comprendre comme une chaîne de liens ininterrompue dont chaque nœud doit répondre à l'exigence du lien de capital. S'inscrivant dans cet ordre d'idée, le pourcentage du capital dans une société détenue par une filiale dont plus de la moitié du capital est ainsi possédé par sa société mère devrait être intégralement décompté dans le calcul de pourcentage du capital de cette société possédé indirectement par la société mère.

Cette condition préalable doit perdurer pendant l'ensemble de la vie des actions de

préférence, et la disparition du lien majoritaire en capital a pour conséquence de remettre en cause les droits particuliers procédant de ces actions. Compte tenu du silence de la loi, il y aura lieu de prévoir dans les conditions préfixées de l'émission, les conséquences lors de la perte de la majorité du capital. Elles peuvent consister en la conversion ou le rachat automatique des actions de préférence en cause<sup>469</sup>.

A cette condition de fond s'ajoute une exigence de forme relative aux procédures d'approbation. Il est prévu que l'émission de ces actions doit être autorisée par la majorité qualifiée des deux tiers de l'assemblée générale extraordinaire de la société appelée à émettre des actions de préférence, et par celle de la société au sein de laquelle les droits sont exercés, qui statue au vu du rapport spécial du commissaire aux comptes.

Par ailleurs, si la société émettrice doit être obligatoirement une société par action, la même condition n'est pas requise pour la société tierce, sous réserve qu'elle soit dotée d'un commissaire aux comptes et que son régime propre ne fasse pas obstacle à l'exécution en son sein des droits particuliers attachés aux actions de préférence.

### *B. Les réserves légales au regard des droits particuliers exercés à l'intérieur du groupe*

Le titulaire des actions de préférence peut bénéficier, selon le terme légal, d'un « *droit particulier de toute nature* ». Il en résulte qu'une grande diversité de prérogatives, théoriquement illimitées, peuvent être fournies aux actionnaires investisseurs. Pour autant, la créativité juridique sur l'aménagement des droits attachés aux actions de préférence doit nécessairement subir des corrections et limitations dans l'articulation avec le régime existant du droit des sociétés, qui a institutionnalisé un système rigoureux pour l'exercice des droits politiques et financiers à l'intérieur d'une personne morale. Des difficultés ne manquent pas d'apparaître dans la reconnaissance de divers droits particuliers susceptibles d'être attachés aux actions de préférence.

#### ***1. Le droit politique***

Le droit de vote, étant le droit exclusivement lié aux actions de la société, ne semble pas pouvoir être attribué à une partie ne possédant aucune part du capital dans la société

---

<sup>469</sup> A. Viandier, « les actions de préférence », JCP E 2004, 1440, n° 34

émettrice. De plus, même si nous admettons l'autonomie juridique d'une société malgré son appartenance au groupe, il semble difficilement concevable que sa politique puisse être dictée depuis un autre endroit<sup>470</sup>. Or, une telle position conduit à réduire considérablement la portée de l'application des actions de préférence du groupe. Conscient de cet inconvénient, certains juristes du comité juridique de l'ANSA ont tenté de faire une interprétation audacieuse, en considérant que l'article 228-11 du Code de commerce pourrait effectivement constituer une dérogation exceptionnelle à l'exigence de qualité d'associé au profit des porteurs d'actions de préférence, compte tenu de la présence du groupe de sociétés. Néanmoins, comme retenu également par l'avis officiel du comité juridique de l'ANSA, la plupart de la doctrine demeure encore très prudente en l'absence de texte explicitement dérogoire.

A partir du même raisonnement, les porteurs d'actions de préférence sont exclus du bénéfice de l'exercice d'autres droits liés étroitement à l'exercice du droit de vote. Tel est le cas de l'exercice du droit d'appendices (droit de poser des questions écrites ou de demander l'inscription d'une résolution à l'ordre du jour d'une assemblée), tel est ainsi le cas de celui de droit de veto.

En revanche, il est concevable de faire subordonner certaines décisions de la société tierce à la consultation préalable des porteurs des actions de préférence. La difficulté consiste pourtant en la nature des sanctions en cas de la prise de décision sans consultation préalable. Nous imaginons mal qu'on puisse imposer la nullité de la décision, car cela semble diminuer de façon substantielle le pouvoir des organes sociaux et accorderait dans les faits à une partie étrangère à la société une prérogative dont la nature est équivalente à celle d'un droit de veto. A l'inverse, rien n'interdit de prévoir l'exercice de droits de retrait ou des conséquences financières en cas de violation<sup>471</sup>, dans le respect néanmoins de la double limite que ces sanctions n'aient pas d'effet dissuasif sur la libre délibération des organes collectifs, et que l'intérêt social de la société tierce ne soit pas grièvement compromis.

Une seule brèche semble ouverte au regard des sociétés par action simplifiée, en raison de la souplesse extrême de l'organisation interne qui permet de faire participer un associé du groupe aux décisions collectives de la société<sup>472</sup>.

---

<sup>470</sup> M. Germain, « *Action de préférence* », Rev. Société 2004, p. 601, n°10

<sup>471</sup> J. Mestre, « *Les actions de préférence* », Revue Lamy droit des affaires, n°78, janvier 2005, p. 11

<sup>472</sup> Cabinet Fidal, « *actions de préférence, questions de praticiens* », précité, p. 1215

En raison de tous ces impératifs liés à l'exercice du droit d'actionnaire dans le cadre du régime traditionnel de la société, seulement les conditions d'exercice du droit d'information des sociétés tierces pourraient être librement fixées lors de l'émission des actions de préférence.

## ***2. Le droit pécuniaire***

Au regard du droit pécuniaire dans une société tierce du groupe, il a été souligné à juste titre que les rémunérations versées par la société tierce au profit des titulaires d'actions de préférence ne pourrait pas être considérées comme des dividendes, étant donné que la qualification de dividendes est indissociable de la qualité d'associé<sup>473</sup>. Les mêmes observations valent pour le droit de boni de liquidation. Sans être doté d'une qualification particulière, le droit pécuniaire relatif aux actions de préférence semble relever *a priori* d'un droit créancier ordinaire souscrit par la société tierce.

Des conséquences fiscales délicates pourraient apparaître, dans la mesure où le droit fiscal partage le même avis que le droit des sociétés concernant la qualification de dividendes<sup>474</sup>. Sauf à mettre en place des mécanismes sophistiqués permettant de requalifier les rémunérations en tant que dividendes<sup>475</sup>, les régimes fiscaux spéciaux sur les dividendes, y compris celui des sociétés mère-filiale destiné à éviter la double imposition de dividendes, n'auraient pas vocation à s'y appliquer. Il en résulte que le traitement fiscal pourrait s'avérer dans ce cas peu avantageux : la personne morale titulaire des actions de préférence est redevable de l'impôt sur les sociétés conformément au droit commun<sup>476</sup>.

Par ailleurs, sans interprétation légale ou jurisprudentielle particulière, le droit pécuniaire consenti par la société tierce peut se voir également limité par maintes règles

---

<sup>473</sup> Comité juridique de l'ANSA n°04-077 ; Jacques Mestre, « *Les actions de préférence* », précité, p. 11 ; A. Viandier, « *Les actions de préférence* », précité, n° 40.

<sup>474</sup> Mémento Pratique F. Lefebvre, Fiscal, 2006, n° 2124

<sup>475</sup> Il semble possible de pallier à cette difficulté par un mécanisme de « *dividend access share* », au prix d'un schéma sophistiqué. Selon ce mécanisme, l'investisseur doit posséder parallèlement des actions de la société mère et de la fille, seules les actions de la fille ouvrent droit au paiement d'un dividende majoré qui sera calculé sur le résultat de la société fille et payé par elle. En revanche aucun dividende ne sera versé par la société mère. La rémunération ainsi perçue peut alors être qualifiée de dividende.

<sup>476</sup> Il est justifié dans la mesure où le fond versé est équivalent à une rémunération des investisseurs, prélevée sur les bénéfices après imposition sur les sociétés. Il est alors difficile de le requalifier en charges et frais déductibles.

de droit commun, qui auraient pour conséquence d'atténuer le caractère créatif inhérent au régime des actions de préférence.

Premièrement, le versement des rémunérations au titre du droit pécuniaire des actions de préférence est limité à hauteur des bénéfices disponibles. Dans la pratique, quelque soit le type de sociétés commerciales, la loi interdit strictement toute clause statutaire prévoyant une garantie de dividendes minimum même en l'absence de bénéfice ou de réserve disponible.

En outre, le prélèvement du fonds sur la société tierce doit être proportionné de sorte qu'il ne soit pas qualifié de clause léonine. Il s'ensuit que, même s'il est autorisé par la société tierce, l'exercice du droit pécuniaire ne saurait avoir pour effet d'attribuer « à un associé la totalité du profit procuré par la société » ou encore « d'exclure totalement un associé du profit » (article 1844-1, al. 2 du Code Civil).

Enfin, le plus grand défi consiste dans la garantie du respect impératif de l'intérêt social de la société tierce. S'il est admis que les droits pécuniaires puissent être consentis aux porteurs d'actions de préférence, c'est bien dans l'hypothèse que l'intérêt social de la société tierce, représentatif des intérêts des actionnaires minoritaires mais aussi de celui des salariés et créanciers, ne soit pas lésé.

L'autorisation préalable de l'émission des actions de préférence ne semble pas être suffisante pour justifier la rémunération au porteur des actions de préférence. Il ne semble pas non plus réaliste de se prévaloir de l'intérêt du groupe, qui ne fait l'objet d'aucune reconnaissance formelle en droit de sociétés<sup>477</sup>. Une contrepartie réelle et équilibrée semble alors indispensable. Dans le cas où la société émettrice des actions de préférence se trouve en amont de la société tierce, l'intérêt de ce dernier pourrait consister en la réduction d'une quote-part de dividendes qui auraient dû être distribués à la société émettrice, alors même que le porteur des actions de préférence réduira sa part dans les dividendes versés par la société émettrice. Lorsque leurs places dans la hiérarchie du

---

<sup>477</sup> Il a été pourtant suggéré par certains auteurs que l'intérêt du groupe évoqué dans la jurisprudence pénale de *Rozenblum* puisse servir de base justificative à l'exécution du droit pécuniaire des actions de préférence. Pourtant, la jurisprudence de *Rozenblum* n'est pas facile à transplanter à ce cas de figure. Premièrement, la portée du groupe en droit pénal se distingue nettement de celle du groupe composé par des sociétés mères-filles, et les porteurs des actions de préférence n'appartiennent pas, dans la majorité des cas, au groupe de la société tierce. Ainsi la jurisprudence *Rozenblum* a pour objet de légitimer un sacrifice matériellement préjudiciable à la société mise en contribution en raison des intérêts communs des sociétés de groupe. Au contraire, dans le cadre des actions de préférence, l'accord de droit pécuniaire au porteur de l'action n'a nul besoin de justifier un intérêt commun des parties concernées.

groupe se renversent, il n'est pas inconcevable que la société tierce trouve encore son intérêt, pour la contribution versée, dans la valorisation de sa participation dans la société émettrice, qui a pu épargner une quote-part de dividendes à distribuer. Néanmoins, cette idée devient moins exacte lorsque la participation dans la société émettrice n'est pas significative<sup>478</sup>, de sorte qu'il y a lieu de douter du caractère équilibré de cette contrepartie. La société émettrice devrait elle indemniser la société tierce d'un montant supplémentaire? Quel serait le montant pertinent? Et à quel titre interviendrait cette indemnisation? Ce sont autant de questions à éclaircir par la jurisprudence ou par le législateur.

Peu importe les lacunes légales à pallier ultérieurement, le régime des actions de préférences permet déjà aux groupes de sociétés de pouvoir proposer à leurs investisseurs une grande diversité - théoriquement illimitée - de catégories d'actions, qui pourraient être largement mieux adaptées et personnalisées vis-à-vis des demandes des investisseurs sur les marchés financiers.

Depuis de nombreuses années avant la consécration des actions de préférence de groupe, les praticiens avaient déjà inventé des actions traçantes (ou actions reflet) pour répondre aux demandes des investisseurs de la société mère du groupe qui veut faire indexer la valeur d'une partie de leurs actions uniquement sur une branche d'activité du groupe. Le mécanisme des actions de préférence vise à recueillir ces pratiques en droit français, et de plus, permet une plus grande flexibilité au regard de la distribution de droits financiers<sup>479</sup>. De plus, le régime des actions de préférence, dont la souplesse est génératrice d'une diversité de catégories d'actions, ne se limite pas seulement à conforter la pratique des actions traçantes. Il s'agit d'une grande mine à exploiter pour développer plus de schémas juridiques facilitant des opérations d'investissement de capitaux. A titre d'exemple, l'émission d'actions de préférence pourrait ainsi faciliter le montage d'une acquisition au moyen d'un LBO (*leverage buy-out*) d'un groupe de sociétés, notamment lorsque la société acquéreur ne peut pas, après acquisition, mettre en place une intégration fiscale du groupe. Les bénéfices sont principalement générés par des filiales ou sous-filiales du groupe acquis. L'émission des actions de préférence par la société

---

<sup>478</sup> Lorsque la chaîne de capital est assez longue entre la société tierce et la société émettrice, il pourrait arriver que la société tierce détienne un pourcentage de dividendes moins important en raison de l'effet du levier. Par exemple, La société tierce détient 60% de capital dans une filiale qui détient 60% du capital de la société émettrice. Seulement 36% des dividendes distribués par cette dernière arrivent à remonter entre les mains de la société tierce.

<sup>479</sup> Dans le cas des actions traçantes, les dividendes sont normalement versés par la société émettrice. Cf. A. Viandier, « *Les actions reflet* », RJDA 1/01 p. 3



mère faisant l'objet d'achat direct de participations permettrait à la société acquéreur de recevoir des fonds directement des filiales de la société émettrice, sans qu'il y ait de frottements fiscaux relatifs à la remontée des dividendes.

Certes, dans le cadre de l'évolution juridique relative à la prise en compte de la présence du groupe, la consécration de la grande flexibilité du régime des actions de préférence ne doit pas être considérée comme une boîte de pandore. Toute créativité permise grâce aux actions de préférence ne saurait pas déroger à l'ordre du fonctionnement traditionnel des sociétés du groupe, chacune d'entre elles gardant toujours sa complète autonomie juridique. Il n'en demeure pas moins que le régime des actions de préférence rend plus innovant et efficace l'organisation interne du groupe de société.

## ***§2. L'attractivité du groupe vis-à-vis des salariés***

En droit social, le groupe d'entreprises apparaît comme un domaine plus large que l'entreprise, dans le cadre duquel divers dispositifs ont été conçus.

L'objectif premier du droit social consiste à assurer l'exercice plénier des droits sociaux des salariés dans des milieux sociaux appropriés, la personnalité juridique de l'employeur n'y fait pas nécessairement obstacle, notamment lorsque celui-ci est plus ou moins soumis à la domination d'une entité tierce en ce qui concerne les décisions économiques, financières ou économiques. Dès lors qu'on admet que l'unité économique du groupe n'est pas sans avoir d'influence sur les perspectives de chaque entreprise constitutive du groupe, l'entreprise ne pourrait plus être une structure totalement satisfaisante pour accueillir l'exercice des droits des salariés.

De plus, il est indéniable que la mobilisation des capacités intellectuelles des salariés devient un élément décisif pour maintenir la productivité et la compétitivité durable de l'entreprise. Dans la mesure où le groupe joue un rôle retentissant, sinon prééminent, dans la direction et le développement de l'entreprise, il est donc de première utilité de ne pas restreindre l'état d'esprit des salariés en suivant uniquement l'optique de l'entreprise, mais au contraire en les faisant adhérer au développement de la dimension globale du groupe.

Cet élargissement du champ des droits des salariés ne peut que conforter les moyens de stimuler le dynamisme salarial, axé autour de deux pôles : accorder aux instances représentatives du personnel des droits participatifs mis en œuvre au niveau du groupe (A), et inciter la dynamique de travail du personnel par l'établissement de liens entre les intérêts pécuniaires des salariés et l'évolution économique du groupe (B).

#### *A. L'implication du groupe dans la vie sociale des salariés*

Le droit français permet aux salariés de participer aux certaines activités collectives à l'échelon du groupe, en reconnaissant non seulement des institutions représentatives du groupe(1), mais aussi des conventions et accords collectifs conclus au niveau du groupe(2).

##### *1. La création d'institutions représentatives du personnel au sein du groupe*

###### **a. Le comité de groupe**

Selon le droit français, un comité de groupe doit être mis en place au sein d'un groupe d'entreprises défini par l'article L 2331-1 du Code de travail.

L'instauration légale du comité de groupe trouve son fondement sur l'insuffisance relative de la représentation du personnel au niveau de l'entreprise. Eu égard à l'autorité factuelle dont pourrait disposer la direction du groupe, il serait très rare que la continuité et la prospérité d'une entreprise appartenant au groupe ne soient nullement conditionnées par les politiques économiques, sociales et financières du groupe. Dans l'exercice des activités économiques d'une entreprise du groupe, si elle est incapable, malgré son autonomie sur le plan juridique, de résister à l'autorité sous-jacente du groupe, la structure de l'entreprise ne constitue plus un cadre complètement satisfaisant permettant aux salariés de s'impliquer dans la gestion et dans le développement de l'entreprise. Pour autant, il est difficile de mettre en place une instance collective du personnel au niveau du groupe disposant d'un pouvoir opérationnel et d'une puissance comparable à celle d'un comité d'entreprise dans le cadre d'une gestion interne du groupe, car elle relève souvent d'une réalité perplexe et mouvante<sup>480</sup>.

---

<sup>480</sup> Y. Chalaron, « Comité de groupe », J.-Cl. Travail, Fasc. 15-80, n° 2

Les attributions légales dont dispose le comité de groupe montre l'établissement d'une solution de compromis. Composé par le chef d'entreprise de la société dominante, assisté de deux personnes de son choix ainsi que de représentants du personnel des entreprises constituant le groupe, le comité de groupe n'est qu'un organe d'information sur la stratégie du groupe, afin de permettre aux membres des différents comités d'entreprise d'être mieux à même d'exercer les attributions consultatives que la loi leur reconnaît<sup>481</sup>. Ne pouvant être qualifié de « super comité central d'entreprise », le comité de groupe n'est pas autorisé à empiéter sur les compétences du comité d'entreprise. Bien qu'il soit doté du pouvoir de nommer son propre expert-comptable pour réaliser toute vérification ou tout contrôle qui entre dans l'exercice du comité, le comité de groupe ne dispose en effet d'aucun droit consultatif. Son rôle consiste seulement en un récepteur modeste d'informations relatives à toutes les sociétés françaises appartenant au groupe. De plus, le caractère passif du comité d'entreprise se manifeste davantage au regard des modalités de transmission des informations. Bien que la loi énumère de façon exhaustive le contenu des documents faisant l'objet de l'obligation d'information<sup>482</sup>, ceux-ci sont cependant uniquement limités aux documents déjà existants, sans que la partie patronale du groupe n'ait à préparer particulièrement des documents pour le comité de groupe. En outre, la fréquence des réunions du comité, seulement une fois par an, conduit à exclure la possibilité de faire intervenir de façon préalable les membres du comité.

Il est néanmoins inexact de conclure, à partir de cette seule observation, que le comité de groupe est une instance représentative peu utile. En effet, son fonctionnement aura certainement des répercussions sur le comité d'entreprise ainsi que sur les autres institutions représentatives dans chaque membre du groupe. Car selon les règles régissant la nomination des membres du comité de groupe<sup>483</sup>, il est certain que les membres du comité de groupe, qui sont normalement tous les élus des organisations syndicales dans les diverses comités d'entreprises, vont naturellement transmettre les informations du groupe aux institutions représentatives au niveau de la filiale. C'est grâce au comité de

---

<sup>481</sup> Circ. DRT 28 juin 1984, BOMT n° 84/31

<sup>482</sup> Selon l'article L 2332-1 du Code de travail, le comité de groupe est en droit de « recevoir des informations sur l'activité, la situation financière, l'évolution et les prévisions d'emploi annuelles ou pluriannuelles et les actions éventuelles de prévention envisagées compte tenu de ces prévisions dans le groupe et dans chacune des entreprises qui le composent. Il reçoit communication, lorsqu'ils existent, des comptes et du bilan consolidés ainsi que du rapport du commissaire aux comptes correspondant.

*Il est informé, dans ces domaines, des perspectives économiques du groupe pour l'année à venir ».*

<sup>483</sup> Sans entrer dans le détail, nous rappelons que les représentants du personnel du comité de groupe sont répartis proportionnellement à l'importance numérique de chaque collège électoral du groupe et, dans chaque collège, proportionnellement au nombre d'élus de comité d'entreprise ou d'établissement qu'a obtenus chaque organisation syndicale. Les membres sont ensuite désignés par les organisations syndicales parmi leurs élus aux comités d'entreprises.

groupe que les membres du comité d'entreprise, ainsi que les autres instances, peuvent avoir une vision globale du groupe ; ceci leur permettant de mieux comprendre, dans l'exercice de leurs droits consultatifs, les stratégies économiques ainsi que les politiques financières mises en œuvre au sein de leur propre entreprise, qui s'inscrivent dans le contexte plus large du groupe.

Ainsi, afin de pouvoir articuler les actions du comité de groupe avec celles du comité d'entreprise, le pouvoir du comité d'entreprise relatif aux informations du groupe a été renforcé. A ce propos, nous pouvons remarquer qu'à l'occasion de la première réunion suivant chaque élection, le chef d'entreprise est toujours tenu de communiquer au nouveau comité d'entreprise les informations concernant le positionnement de la société dans le groupe et les relations intragroupes qui l'unissent aux autres membres du groupe. De plus, dans l'exercice de son pouvoir, le comité d'entreprise dispose du plein droit de se faire assister, à la charge de la société, par un expert-comptable qui se voit investir du même pouvoir que celui des commissaires aux comptes. Force est de constater que ce pouvoir est très étendu, par l'intermédiaire duquel les experts-comptables sont autorisés à opérer « *toutes vérifications et tous contrôles qu'ils jugent opportuns* » et à avoir accès à « *toutes les pièces qu'ils estiment utiles à l'exercice de leur mission* » (l'article L823-13 du Code de commerce). Ces investigations pourraient être faites tant auprès de la société où se situe le comité d'entreprise qu'auprès des sociétés « *qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par elle au sens de l'article L. 233-3* », et en cas de consolidation des comptes, auprès de toutes les sociétés comprises dans la consolidation<sup>484</sup>.

La puissance du comité d'entreprise complète alors parfaitement le pouvoir réduit du comité de groupe. Le comité de groupe est uniquement missionné à fournir une banque de données basiques du groupe, et par la suite c'est le comité d'entreprise qui l'utilise. Sur cette base, il pourra décider s'il est nécessaire ou non de lancer des enquêtes et études plus approfondies aux fins d'obtenir des informations plus ciblées et détaillées à l'égard d'une affaire impliquant d'autres sociétés du groupe.

### **b.L'unité économique et sociale (UES)**

La reconnaissance de l'UES a pour effet d'effacer, sur certains aspects du droit social,

---

<sup>484</sup> Les articles 823-13, 823-14 du Code de commerce

la pluralité des personnalités des sociétés, du fait que ces dernières constituent en réalité, malgré leurs personnalités juridiques distinctes, une unité organique tant sur le plan économique que social.

L'UES est assimilée à une entreprise unique qui rassemble plusieurs sociétés en tant qu'un ensemble. Des effets tirés de la reconnaissance de l'UES portent sur le régime des instances représentatives. Le comité d'entreprise doit à cet effet être constitué au sein d'une UES dès lors qu'elle regroupe au moins 50 salariés. La jurisprudence ainsi considère que les autres instances représentatives, tant les délégués du personnel que les délégués syndicaux, doivent être mis en place dans le cadre de l'UES.

Pour la même raison, le comité de groupe n'a pas lieu d'être mis en place au sein d'un groupe de sociétés constitutives de l'UES. La chambre sociale de la Cour de cassation confirme nettement cette position. Par une formule quelque peu exagérée, elle a déclaré que « *la notion d'UES et celle de groupe sont incompatibles* »<sup>485</sup>. En effet, la Cour entend éclaircir le fait que, dès lors que l'UES est reconnue, le groupe de sociétés doit disparaître, cependant seulement au regard du régime représentatif du personnel. Dès lors que l'on est en dehors de la portée de ce régime, le groupe de sociétés retrouve son empire. Les deux notions sont alternatives et non cumulatives, elles se complètent pour désigner un même sujet, dont la vision conceptuelle se manifeste différemment selon les dispositions légales appliquées.

Néanmoins, il n'est pas inconcevable qu'un groupe de sociétés qualifié soit soumis à la domination d'un groupe plus large. Un comité de groupe pourrait être mis en place au sein de ce dernier, et l'UES - composé par un petit groupe de plusieurs sociétés - sera simplement considéré comme une entreprise appartenant au groupe.

Le régime des comités d'entreprise et des comités de groupe ont pour objectif d'assurer une expression collective des salariés et une communication suffisante des informations relatives aux décisions affectant l'entreprise. En revanche, ces instances collectives n'ont pas pour objectif de négocier les droits collectifs des salariés à l'échelon du groupe. La conclusion de conventions ou d'accords collectifs au niveau du groupe n'est pas de leur ressort.

---

<sup>485</sup> Cass. soc., 20 oct. 1999, n°98-60.398, Bull. civ. V, n°391; Cass. Soc., 25 janv. 2006, n°04-60. 234

## ***2. La conclusion de conventions et d'accords collectifs au niveau du groupe***

Une entreprise est soumise, lors de l'exécution des contrats de travail, aux dispositions relatives aux conditions de travail prévues dans des conventions ou accords collectifs. L'entreprise est tenue soit en raison du fait qu'elle a signé, adhéré à ou a accepté volontairement de faire appliquer une convention ou un accord collectif, soit parce qu'une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel, étendu ou élargi par un arrêté ministériel, a vocation à s'appliquer obligatoirement à cette entreprise qui entre en effet dans leur champ d'application professionnel et territorial.

Cette approche traditionnelle de la négociation collective a été renouvelée par la loi Fillon du 4 mai 2004, qui a introduit pour la première fois dans la législation, le mécanisme de la négociation de la convention ou l'accord collectif au niveau du groupe, qui emporte les mêmes effets que la convention ou l'accord d'entreprise.

L'absence de suprématie de la convention collective n'est pas sans susciter des interrogations sur l'articulation de ce nouvel accord collectif du groupe avec les anciennes normes conventionnelles. Compte tenu du caractère obligatoire des conventions de branche et des accords professionnels, l'introduction de l'accord du groupe ne saurait point les abroger, sauf dispositions inverses de ces conventions ou accords. L'accord du groupe pourrait parfaitement être complémentaire et à ce propos établir des règles précises sur les points n'ayant encore été traités dans les conventions et accords d'entreprise déjà conclus par des sociétés du groupe. En définitif, l'accord du groupe peut même prévoir des normes sur des sujets déjà abordés par les conventions et accords d'entreprise, pourvu que les dispositions au niveau du groupe soient plus favorables que celles prévues dans l'accord au niveau de l'entreprise<sup>486</sup>.

Destinée à établir des règles à valeur universelle à la dimension du groupe, la convention ou l'accord collectif du groupe pourrait faire disparaître des différences des conditions de travail des salariés appartenant aux diverses entreprises d'un même groupe. Les dispositions collectives du groupe institutionnalisent alors des normes minimum de conditions de travail et des garanties sociales, sans qu'elles ne bloquent les conditions plus avantageuses au bénéfice de certains salariés appliquées par leurs employeurs directs.

---

<sup>486</sup> Circ. DRT 22 sep. 2004, fiche 5 point 3

Par la consécration de l'accord collectif du groupe, le droit social français a enfin fait preuve d'audace, en reconnaissant implicitement l'identité du groupe en tant qu'une partie habilitée à conclure un accord collectif. A lecture du texte (l'article L.2232-31 du Code de travail), bien qu'il ne soit pas exclu qu'une convention ou un accord collectif du groupe puissent être conjointement signés, pour la partie patronale, par des représentants mandatés par tous les employeurs du groupe concernés par le champ de l'accord, la loi confère, à prime abord, le pouvoir à la direction de l'entreprise dominante du groupe pour négocier et signer seule la convention ou l'accord collectif pour le compte de l'ensemble des sociétés du groupe, sans qu'il faille nécessairement justifier un mandat exprès des autres sociétés du groupe. A ce propos, il nous semble que la direction de la société dominante se porte effectivement comme le représentant habilité du groupe.

Enfin il est nécessaire de constater que le groupe est doté, dans ce cas extrêmement particulier, de son propre organe de volonté et de la capacité de signer un acte dont l'exécution est à la charge de ses membres. Le groupe semble ne plus simplement représenter un contour mais devenir une entité subjective en droit. Cependant, nous ne pouvons que regretter que la loi n'ait rien prévu de solide pour les contours de ce groupe particulier. Le texte indique seulement qu'une convention ou un accord de groupe pourraient librement déterminer le champ d'application « *constitué de tout ou partie des entreprises constitutives du groupe* », sans définir suffisamment ce groupe. Compte tenu que le législateur a utilisé le terme de « *société dominante* », évoqué également dans l'article 2331-1 du Code de travail, on présume que le groupe est composé sans doute par les mêmes sociétés participant au comité du groupe<sup>487</sup>.

### *B. Le maintien de la motivation du personnel à la dimension du groupe*

Le droit français établit deux ordres de régimes légaux aux fins de maintenir la motivation du personnel vis-à-vis de son employeur et du groupe auquel appartient son employeur: soit en les invitant à détenir les actions d'une société représentant le résultat global de groupe, soit en leur accordant une partie du revenu en fonction du résultat du groupe. Il est possible de se prévaloir de l'un ou l'autre de ces deux régimes (1), ou de mettre en place un régime particulier en combinant les deux (2).

---

<sup>487</sup> G. Vachet, « *Négociation. Conventions et accords collectifs* », J.-Cl. Fasc. 1-32, n° 192

## *1. La dualité des régimes*

### **a. L'incitation par l'octroi des actions du groupe**

L'actionnariat des salariés a pour objet de lier l'intérêt personnel des salariés au sort de l'entreprise, par la mise en place des mécanismes leur permettant d'obtenir un certain pourcentage des actions dans la société employeur.

Les motifs d'un plan d'actionnariat des salariés sont nombreux mais aussi variables. D'un point de vue traditionnel, ce régime permet de concilier la relation historiquement opposée entre le capital et le travail et de renforcer ensuite la cohérence de l'environnement social au sein de l'entreprise. De plus, les dispositifs d'actionnariat permettent aux salariés de partager plus directement le résultat de croissance du groupe et de diversifier les rémunérations. Ainsi, les salariés se voient accorder la possibilité de participer plus directement à l'élaboration des politiques de direction et de gestion de la société, et sont incités à accomplir plus efficacement leurs missions de travail dans l'espoir de maximiser la valeur de leurs droits patrimoniaux liés au résultat de la société. Dans le même esprit de fidélisation et de rémunération, le dispositif de l'option de souscription ou d'achat d'actions est également applicable aux mandataires sociaux de « gestion » de la société – qui comprennent le président du conseil d'administration, le directeur général, les directeurs généraux délégués, les membres du directoire ou le gérant d'une société par actions – dans la mesure où ils jouent des rôles même plus importants dans les fonctionnements quotidiens de la société.

Les sociétés peuvent en général tirer des bénéfices du régime d'actionnariat. En impliquant les intérêts personnels du personnel et des dirigeants, le régime d'actionnariat aurait pour effet de les motiver à contribuer volontairement au développement de l'entreprise. Partant de ce constat, il n'est pas irraisonnable de concevoir, vu l'importance prééminente du groupe sur le plan économique, un projet d'actionnariat couvrant le personnel et/ou les dirigeants de l'ensemble du groupe de sociétés, et lier leurs intérêts au résultat global du groupe.

#### *1) L'option d'achat ou d'inscription d'actions*

La loi française a légiféré tout d'abord, sur la mise en place du plan d'actionnariat au



niveau du groupe, le régime de l'option de souscription ou d'achat d'actions.

Le régime de l'option d'achat ou d'inscription d'actions, appelé couramment *stock options*, a été instauré en France pour la première fois par la loi du 31 décembre 1970. Au lieu d'être considéré comme un engagement unilatéral de l'employeur dont l'adaptation est néanmoins réglementée en droit social, le plan de *stock options* est plutôt qualifié comme un régime conventionnel entre la société et le bénéficiaire. Selon la Cour de Cassation, celui-ci « constitue une promesse unilatérale faite par une société par actions à certains de ses salariés ou mandataires sociaux de leur vendre sur leur demande un nombre déterminé de ses actions dans un délai et moyennant un prix définitivement fixés »<sup>488</sup>. En d'autres termes, l'accord de l'option est constitué par une convention dans le cadre de laquelle le bénéficiaire de la promesse, c'est-à-dire le salarié, prend acte de l'engagement de vente d'actions irrévocablement donné par le promettant qui est normalement son employeur. Le bénéficiaire garde le droit de décider par l'expression de sa seule volonté, et à tout moment durant la période de validité de cette option, de conclure le contrat définitif<sup>489</sup>.

En général, par la levée de l'option, les bénéficiaires de *stock options* peuvent procéder à l'achat à un prix relativement préférentiel. En revanche, la société est en droit d'insérer, dans les conditions du consentement d'option, l'exigence d'une période de conservation d'un maximum de trois ans pendant laquelle tout ou partie des actions ne peuvent être cédées.

En France, une SA ou une SAS est autorisée à consentir des *stock options* non seulement à son propre personnel et aux mandataires sociaux de « gestion »<sup>490</sup>, mais également aux personnes de même qualité dans les sociétés dont 10 % au moins du capital ou des droits sont détenus, directement ou indirectement, par la société consentant les options (l'article 225-177 du Code de commerce).

La référence au pourcentage du capital retenu dans la notion de « participation » de l'article 233-2 du Code de commerce démontre que l'appréciation du concept du groupe

---

<sup>488</sup> Cass. 2e civ., 20 sept. 2005; JCP E 2005, 1417, note R. Vatinet : « La nature juridique des stock-options précisée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation »

<sup>489</sup> J.-B. Cottin, « Actionariat des salariés », J.-Cl. Travail, Fasc. 27-25, n° 7 ; F. Terré et Simler Ph., Lequette Y., « Les obligations » : Précis Dalloz 2005, n° 191

<sup>490</sup> Un décret n° 2009-348 du 30 mars 2009, visant à limiter les rémunérations des dirigeants sociaux pendant la période de crise, interdit aux certains dirigeants des entreprises aidées par l'Etat de souscrire, jusqu'à 31 décembre 2010, des *stock options* ou de se voir attribuer des actions gratuites.

est en fait assez souple, sans qu'une majorité du capital ou du contrôle soit nécessaire. En général, outre les sociétés dont les actions sont extrêmement dispersées, la détention d'une fraction de 10% du capital ou du droit de vote n'aboutit ni au pouvoir du contrôle ni à une influence déterminante ou notable sur la société cible. La seule certitude consiste sans doute dans la prévention de la situation de participations réciproques et de l'imbrication du capital entre les sociétés concernées, aux fins que la société consentant des options se trouve normalement au sommet de l'hierarchie structurelle de ce groupe de sociétés.

En outre, selon les articles L 225-177 et L 225-180 du Code de commerce, dès lors que les titres de la société consentant les options sont admis à être négociés sur le marché réglementé, le champ des bénéficiaires du plan de *stock options* devient plus large. Outre les membres du personnel salariés et les mandataires sociaux de « gestion » ci-dessus mentionnés, sont également visés les personnes ayant la même qualité dans :

- des sociétés ou des groupements d'intérêt économique détenant, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de la société consentant les options ;
- des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 50 % au moins du capital ou des droits sont détenus, directement ou indirectement, par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital de la société consentant les options.

Une fois la société cotée en bourse, le groupe qui l'englobe s'avère d'emblée élargie. Est visée toute société contrôlée majoritairement par la société consentant des options ou par sa société mère directe ou indirecte, et aussi toute société qui est liée avec la société consentant des options avec une chaîne de « participation » de plus de 10%. Celle-ci laisse une grande latitude à la société consentant des options, dans la délimitation du périmètre des sociétés dont le personnel ou les dirigeants peuvent participer au plan de *stock options* du groupe. Le choix est parfaitement discrétionnaire, la société est complètement libre de fixer des critères dans la détermination des salariés et des dirigeants qu'elle entend permettre de s'associer à son capital. Sous réserve de motif de discrimination prohibée, il est même légitime de limiter à un nombre extrêmement réduit les bénéficiaires. Par ailleurs, pour renforcer la motivation du personnel dans l'accomplissement de leur travail, la société est parfaitement en droit de subordonner le consentement de l'option à l'atteinte par le salarié ou le dirigeant d'un objectif librement

préfixé.

Muette à l'égard du plafond du nombre d'actions susceptibles d'être levées par une personne, la loi se borne seulement à préciser la limite des conditions préférentielles relatives au prix de souscription lors de la levée d'options<sup>491</sup>. Il convient de noter que les *stock options* ne sont pas sans risque à l'égard de leurs bénéficiaires, étant donné qu'ils doivent faire des apports financiers personnels lors de la souscription des actions, tandis que le cours de l'action, étant aléatoire, pourrait baisser en dessous du prix de souscription.

## 2) *L'attribution d'actions gratuites*

Dans le but de moderniser l'économie et de donner une nouvelle impulsion à l'actionnariat salarié, la loi française a instauré un nouveau régime d'attribution d'actions gratuites, qui permet à une société d'attribuer gratuitement des actions existantes, ou d'en émettre, à certains membres de son personnel, ou à ses mandataires sociaux de « gestions ». L'attribution des actions gratuites se distingue des *stock options* quant à la garantie des avantages financiers pouvant résulter de la revente des actions, à moins que les actions ne perdent toute valeur après leur attribution définitive.

Cependant, ce nouveau régime présente des similitudes avec le dispositif légal des *stock options*. La qualité des personnes susceptibles d'en bénéficier, la délimitation des bénéficiaires ainsi que l'élaboration des conditions d'attribution sont en général soumises aux mêmes règles applicables aux *stock options*, si bien qu'il est légitime de penser que l'attribution d'actions gratuites constitue une simple variation plus moderne du régime des *stock options*, dont le raison d'être est de procurer aux bénéficiaire une alternative plus avantageuse évinçant tout risque de perte.

De même manière, l'attribution des actions gratuites pourrait concerner les salariés et mandataires sociaux à l'échelle du groupe, dont le périmètre est soumis exactement aux mêmes conditions que celles prévues pour le plan de *stock options*.

---

<sup>491</sup> Lorsque la société est cotée en bourse, le prix de souscription ne peut être inférieur à 80% du cours moyen aux vingt séances précédant le jour où l'option est consentie. Dans d'autres cas, le prix doit être fixé selon des méthodes objectives, fondées sur la situation financière ou la valeur évaluée de la société.

Les régimes des *stock options* et l'attribution des actions gratuites ne manquent pas de faire l'objet de controverses de plus en plus critiques en raison de leur caractère souple, qui permet parfois à l'entreprise ou au groupe de pouvoir consentir des rémunérations excessives. De plus, la mise en place de ce type de régimes dans la pratique démontre que les actions ainsi distribuées sont effectivement de plus en plus concentrées entre les mains des dirigeants à l'échelon supérieur du groupe et les bénéfices ainsi réalisés présentent parfois une très grande proportion de leur rémunération<sup>492</sup>. Il y a légitimement lieu de se demander si ces régimes, bien que selon le texte ils visent à prime abord des salariés, n'ont pas déjà perdu de leur substance en tant qu'instrument général d'incitation à l'intérieur de l'ensemble du groupe, car la plupart du temps ils se sont traduits par un simple supplément de rémunération des dirigeants des grands groupes. En fait, le droit fiscal a montré une attitude assez sévère à l'égard des revenus en provenance de ces avantages d'actionnariat, et décourage leur versement par la fixation de taux d'impôt plus élevés sur les actes de levée d'option et de revente d'actions exercés dans des délais relativement courts<sup>493</sup>.

## **b. L'Incitation par le résultat du groupe**

Contrairement aux dispositifs des *stock options* et d'attribution des actions gratuites, le régime de l'épargne salariale présente des avantages sociaux et fiscaux très favorables aux salariés. Des sommes attribuées par l'entreprise au profit des salariés, appelées différemment en fonction du dispositif appliqué, ne sont ni incluses dans l'assiette de l'impôt sur le revenu de ces derniers, ni assujetties aux cotisations sociales. Seul la contribution sociale généralisée (CSG) et la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) sont redevables. De même, les contributions versées par les entreprises

---

<sup>492</sup> En France, il n'est pas rare que la valeur des *stock-options* représente entre 50 et 100 % du salaire de base. Selon les statistiques du cabinet Towers Perrin, en 2006, plus de 50 % des *stock-options* sont détenues par des présidents français, cf. « *Le Figaro* » du 3 octobre 2006

<sup>493</sup> Les impôts sont uniquement redevables par le bénéficiaire lors de la revente des actions suite à la levée d'option. Au contraire, les revenus imposables sont séparément calculés :

- A l'occasion du consentement de l'option, l'éventuel rabais du prix au-delà de 5% de la valeur réelle d'action est soumis aux prélèvements sociaux et à l'impôt sur le revenu des personnes physiques.
- De plus, lors de la levée de l'option, la plus-value d'acquisition, c'est-à-dire la différence entre la valeur de l'action au moment de la levée de l'option et son prix d'exercice d'option, est soumise à une contribution salariale de 12,1 % et à l'impôt sur le revenu, de 30% (40% pour la fraction excédant le seuil de 152 500 €) si la cession intervient après une période d'indisponibilité fiscale de quatre ans. Ce taux est susceptible d'être ramené à 18% (30% pour la fraction excédant le seuil de 152 500 €) si les actions sont revendues après un délai de portage supérieur à deux ans.
- Enfin, la plus-value de cession, c'est-à-dire la différence entre le cours de l'action au jour de la cession de celle-ci et sa valeur à la date de levée de l'option, est aussi imposable au taux de 30, 10% (18% + 12,10% de prélèvements sociaux), si dépassement du seuil d'imposition.

sont en principe également déductibles de leurs propres assiettes d'impôt.

Tous les dispositifs d'épargne salariale sont de caractère collectif. Cela signifie qu'une fois que le dispositif est mis en place, l'entreprise n'a pas la liberté de réserver les avantages seulement à certaines catégories du personnel ou à certains salariés. A l'exception de la possibilité d'imposer une condition d'ancienneté sans qu'elle puisse dépasser trois mois, l'entreprise n'est pas autorisée à imposer toute autre condition de restriction à la participation des salariés au plan. En revanche, les mandataires sociaux ne sont nullement visés par la loi, ils sont donc clairement exclus du plan à moins qu'ils ne cumulent un contrat de travail pour une activité clairement distincte de leurs missions en tant que mandataires sociaux.

*1) Le caractère conventionnel du mécanisme réalisé au niveau du groupe*

Comme exposé dans la première partie (cf. Partie I, Titre I, Chapitre II, Section 1), la définition du périmètre du groupe en matière de dispositif d'épargne salariale est relativement souple. Cette définition est caractérisée uniquement par des liens financiers et économiques. Pourtant, ce concept du groupe ne vise qu'à délimiter le périmètre maximal des sociétés susceptibles d'entrer dans le champ d'application d'un plan de groupe. La mise en place d'un plan concret au niveau du groupe est facultative et doit nécessairement procéder de la conclusion d'un accord à l'échelle du groupe.

La conclusion de l'accord du groupe concernant la participation où l'intéressement est facilité par la souplesse de la procédure de négociation ainsi que par le choix multiple des partenaires potentiels. Un accord de groupe pourrait tout d'abord être réalisé par la négociation d'un accord identique respectivement dans plusieurs entreprises qui constituent alors ce groupe, par la voie d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ou avec les représentants d'organisations syndicales, ou avec le comité d'entreprise ou en dernier lieu par une ratification à la majorité des deux tiers du personnel. Le groupe pourrait également choisir, de manière alternative, de conclure un accord unique du groupe selon le droit commun<sup>494</sup>.

---

<sup>494</sup> Les articles L2232-31 à L2232-35 de Code de travail

Pourtant, ces procédures s'avèrent encore assez lourdes avec un résultat parfois incertain puisque le même accord doit être unanimement consenti par les parties dans chaque entreprise. Consciente de cette difficulté, la loi prévoit une procédure spécialement simplifiée qui est pourtant uniquement applicable à l'égard des plans de participation, laquelle permet la conclusion de l'accord du groupe entre un mandataire des sociétés concernées du groupe et

- soit le ou les salariés appartenant à l'une des entreprises du groupe, mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ;
- soit les représentants mandatés par chacun des comités d'entreprise concernés.

En revanche, la loi ne confère aucun pouvoir au comité de groupe pour négocier l'accord d'épargne salariale du groupe. Cela n'est pas surprenant en raison des attributions limitées de ce comité. De plus, le périmètre du groupe à l'égard de l'organisation du comité de groupe se différencie nettement de celui du groupe à l'égard du plan de participation et d'intéressement. Il s'agit de deux concepts du groupe complètement indépendants l'un de l'autre, qui ne se mélangent pas.

La participation et l'intéressement constituent les deux principaux dispositifs du régime d'épargne salariale. A l'échelon du groupe, si les modalités de la mise en place de ces deux types de dispositifs sont *a priori* similaires, ils entraînent cependant des effets nettement différents.

## 2) *Les effets d'incitation sur les salariés*

- i. Participation - les effets de la mise en cohérence de ce droit à l'échelle du groupe

Il convient de remarquer que si un plan de participation au résultat de l'entreprise est obligatoire dans toute entreprise employant au moins 50 salariés, il devient en revanche facultatif dès lors que ce seuil n'est pas atteint. Dans les deux cas, il est concevable que l'entreprise participe à un plan de participation au niveau du groupe, et l'adhésion à un accord de groupe a pour effet de se substituer au plan obligatoire qui aurait du être mis en place, le cas échéant, au niveau de l'entreprise. L'objet de la participation dans le cadre du groupe consiste en l'établissement d'une « *compensation équitable entre les salariés*

de filiales dont les résultats sont inégaux pour des motifs tenant à l'organisation et au fonctionnement du groupe »<sup>495</sup>, ou même à une politique de mobilité<sup>496</sup>. La réserve spéciale de participation constituée au niveau du groupe est alors égale à la somme arithmétique des réserves calculées selon la formule légale<sup>497</sup> ou selon une formule dérogatoire<sup>498</sup> dans chacune des sociétés parties à cet accord, sans que les déficits éventuels de certaines autres entreprises du groupe soient pris en compte. Ces dernières entreprises déficitaires n'ont pas à contribuer à la réserve du groupe pour l'exercice concerné, bien que leur personnel puisse en bénéficier. Tous les salariés du groupe sont alors traités équitablement indépendamment du résultat de leurs propres entreprises, le groupe constitue un concept de référence permettant de mutualiser les droits des salariés qui entrent dans son périmètre. La méthode du calcul de la réserve spéciale dans le cadre du groupe constitue en effet une exception au principe de droit commun, selon lequel dans le cadre d'un accord dérogatoire de participation, les salariés doivent recevoir au moins l'équivalent des droits légalement prévus. En effet, dans le cadre de la participation du groupe, l'examen du caractère d'équivalence doit être élargi depuis l'étendue d'une entreprise isolée à celle plus large du groupe d'entreprises.

La réserve de participation du groupe est répartie entre tous les salariés des entreprises du groupe en fonction des modalités de répartition prévues dans l'accord du groupe, qui peut soit choisir de reprendre la formule légale d'une répartition proportionnelle aux salariés, soit prévoir une répartition uniforme entre les salariés, ou proportionnelle à l'ancienneté des salariés dans l'entreprise au cours de l'exercice concerné, ou même une méthode de calcul combinant plusieurs de ces modalités. La part de participation ainsi déterminée n'est néanmoins percevable par les salariés que suite à une période d'indisponibilité de 5 ans à 8 ans, période pendant laquelle le fonds est bloqué dans le cadre de la réserve spéciale et géré selon un mode de gestion prédéfini.

Il est évident que l'objectif de réaliser un dispositif de participation au niveau du groupe consiste à accorder à tous les salariés du groupe un droit égalitaire aux bénéfices du groupe. Leurs intérêts pécuniaires s'associent alors au résultat plus général de

<sup>495</sup> A. Charvériat et A. Couret, « Groupes de sociétés », Memento F. Lefebvre 2007-2008, n° 18330, p. 1072

<sup>496</sup> G. Bordier, « Participations aux résultats », J.-Cl. Travail, Fasc. 27-20, n°95

<sup>497</sup> La réserve spéciale de participation (RSP) est égale au résultat de la formule suivant :

$$RSP = 1/2 (B - 5C/100) \times (S/Va)$$

dans laquelle **B** représente le bénéfice net de l'entreprise, déduction faite de l'impôt correspondant, **C** = capitaux propres de l'entreprise, **S** = salaires, **Va** = valeur ajoutée de l'entreprise

<sup>498</sup> Il est permis de prévoir dans l'accord du groupe une formule de calcul dérogatoire à la formule légale, à condition que le calcul soit basé sur des éléments aléatoires.

l'ensemble, sans être seulement à la merci de l'évolution de résultat de son employeur direct.

ii. Intéressement - les effets du rapprochement des intérêts des salariés et ceux du groupe

Le plan d'intéressement, même s'il est réalisé au niveau de l'entreprise, est de nature parfaitement facultative, susceptible d'être mis en place par toute entreprise à condition qu'elle satisfasse à ses obligations légales en matière de représentation du personnel (délégués du personnel, comité d'entreprise ainsi que comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail). Contrairement au régime de la participation, les primes accordées au profit des salariés sont calculées selon une formule librement déterminée par l'accord d'intéressement, sous réserve que l'octroi des primes présente un caractère aléatoire, en reposant sur le résultat ou la performance de l'entreprise, sans que le montant total des primes d'intéressement d'un exercice donné dépasse 20% du salaire brut total.

Un plan d'intéressement pourrait être réalisé au niveau du groupe par la voie conventionnelle. Cela pourrait être destiné, comme pour un plan de participation au groupe, à assurer l'équité entre tous les salariés du groupe par l'unification des règles du calcul des primes d'intéressement. Il peut être utile de remarquer un point substantiellement différent entre les deux dispositifs. La généralisation d'un plan de participation au niveau du groupe n'entraîne aucune influence sur la somme totale des primes distribuées aux salariés. La mise en place d'un plan d'intéressement du groupe n'aurait seulement pour effet que de réaliser un tel objectif, mais aussi pour effet d'associer le calcul de prime d'intéressement au résultat ou à un certain type de performance du groupe. Les partenaires sociaux sont donc en mesure de fixer librement l'objectif le plus souhaitable à réaliser au sein du groupe avec le concours des salariés, que celui réside, soit dans le résultat consolidé du groupe réalisé par la société mère, soit dans la satisfaction d'un ou plusieurs paramètres plus spécifiques tant au regard de la qualité, de la sécurité, de la satisfaction de la clientèle, ou de l'amélioration de la productivité, etc. Tous les paramètres liés à la performance de l'entreprise, dès lors qu'ils sont objectifs, quantifiables et vérifiables<sup>499</sup>, peuvent être adoptés.

En dehors d'une telle hypothèse du plan d'intéressement appliqué à toutes les

---

<sup>499</sup> Circ. Intermin. 14 Sep. 2005, Journal Officiel 1er Novembre 2005, dossier Intéressement, fiche 4, II



entreprises du groupe, il est généralement inconcevable de réaliser un plan dans une seule entreprise par l'indexation du résultat ou de la performance du groupe auquel elle appartient. Pourtant, une exception a été acceptée en faveur d'une société mère mettant en place un plan d'intéressement au sein de l'entreprise qui inclurait dans le calcul de la prime les résultats d'une ou plusieurs filiales entrant dans le périmètre de consolidation des comptes du groupe. La validité de ce plan d'intéressement est soumise à certaines conditions préalables. Il faut que deux tiers des salariés des filiales françaises dont les résultats sont pris en compte dans le calcul de la prime aient été déjà couverts par un accord d'intéressement au moment de la conclusion de l'accord d'intéressement au niveau de la société mère. De plus, pour toutes les filiales n'étant pas couvertes par un accord d'intéressement, la société mère doit s'engager à entamer, dans un délai maximum de quatre mois à compter de la conclusion dudit accord, la négociation d'un plan d'intéressement.

Ce privilège uniquement réservé à la société mère semble trouver son fondement dans la fonction de la société mère de promouvoir la croissance de ses filiales. Mobiliser les salariés de la société mère pour le résultat des filiales correspond bien à l'intérêt propre de la société mère.

Enfin, un nouveau dispositif nommé « intéressement de projet » institué par l'article 4 de la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 permet la mise en place d'un plan d'intéressement couvrant soit une seule partie d'une entreprise, soit la totalité ou une partie des salariés appartenant à plusieurs entreprises. La mise en place d'un tel dispositif aurait pour effet de créer un régime d'incitation extraordinaire pour les salariés de plusieurs entreprises travaillant en commun sur un projet particulier dont le résultat détermine le montant des primes. La mise en place du plan d'intéressement de projet est indifférente aux relations préexistantes entre ces entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises ayant déjà participé à un accord d'intéressement du groupe ou qu'il s'agisse simplement de sociétés indépendantes. Leurs liens financiers importent peu, car c'est l'existence d'une *activité caractérisée* menée de manière *coordonnée* qui conditionne le périmètre des entreprises participantes à ce plan d'intéressement de projet. La loi est assez laconique dans la définition de cette activité caractérisée, cependant, le rapport de cette loi<sup>500</sup> précise qu'une telle activité pourrait « *consister, par exemple, en la conduite d'un projet commun à plusieurs filiales d'un groupe ou en la réalisation d'un chantier par un*

---

<sup>500</sup> Rapport N°46, Section 2006-2007, sur le projet de loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié, Titre première, article 2

*donneur d'ordres et ses sous-traitants ».*

La consécration de l'intéressement de projet conduit à reconnaître, sur le plan de l'épargne salariale, un mode d'organisation des activités économiques du groupe qui ne repose pas sur la distinction des personnes morales, mais sur le classement des secteurs d'activités au sein du groupe. En effet, il n'est plus rare à notre époque qu'à l'intérieur des groupes de société, la gestion d'un secteur d'activité économique identique parmi plusieurs sociétés du groupe – par exemple la production et la vente d'une certaine catégorie de produits - est moins directement pris en charge par les mandataires sociaux respectifs de ces sociétés que par la direction de ce secteur du groupe transcendant ces sociétés. Leurs performances étant souvent déterminées et examinées *de facto* par les directeurs du secteur du groupe concerné, les salariés auraient le sentiment de s'attacher en même temps à leur propre employeur mais également à un secteur d'activité du groupe. Il est donc désormais possible d'envisager un plan d'intéressement visant des salariés dispersés dans plusieurs sociétés du groupe mais travaillant tous pour un seul secteur d'activité au sein du groupe. Le caractère collectif d'un plan d'intéressement ne s'apprécie plus sur le plan économique à l'égard d'une société, au niveau d'un secteur à définir.

Il convient néanmoins de noter qu'autant l'institution des secteurs du groupe n'est qu'une modalité économique de l'organisation suppléant celle-ci sur le plan juridique, autant l'intéressement de projet ne pourrait être construit que sur un plan secondaire et supplémentaire par rapport au dispositif de l'intéressement en droit commun. Les conditions relatives à la mise en place d'un intéressement de projet semblent s'inscrire dans cet ordre d'idée. En fait, selon cet article toutes les entreprises impliquées dans un projet commun doivent conclure et faire ratifier par les 2/3 des salariés concernés, un accord identique relatif à l'adoption de l'intéressement de projet. Mais antérieurement à toutes ces procédures, chaque entreprise doit avoir déjà conclu, en leur sein, un accord d'intéressement en droit commun couvrant tous ses salariés.

## ***2. La combinaison des régimes***

Les deux régimes présentent chacun des points forts et des points faibles. La participation et l'intéressement sont fiscalement favorables, mais ils n'ont pas effet à long terme sur les salariés puisque les primes doivent être distribuées à l'issue de chaque

exercice. A l'inverse, en dépit de l'imposition plus sévère, l'octroi de *stock options* aux salariés pourrait avoir pour effet de les intéresser à la prospérité du groupe, dans la mesure où la valeur des actions repose ainsi partiellement sur l'espérance de performance à l'avenir de l'entreprise.

La mise en place d'un plan d'épargne d'entreprise pour acquérir les actions au niveau du groupe consiste en une solution combinant les caractéristiques et avantages de deux types de dispositifs.

Le plan d'épargne d'entreprise est un système d'épargne collectif permettant aux salariés de participer à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières avec l'aide de leur entreprise. Etant de nature facultative, le plan d'épargne d'entreprise pourrait être constitué soit par une décision unilatérale de l'entreprise, soit par la conclusion d'un accord en suivant la même procédure appliquée au plan d'intéressement. Le plan d'épargne est alimenté par les versements volontaires des salariés. Dans le même temps, l'employeur a l'obligation de leur fournir des aides financières, qui pourraient être justement limitées à la prise en charge des frais de gestion de portefeuille collectif. Pourtant, dans la pratique, l'employeur s'engage souvent à verser également, en fonction ou non du montant du versement aux salariés, un abondement au profit des salariés en tant que versements complémentaires. Les sommes que les salariés et son employeur pourraient verser dans le cadre d'un plan d'épargne sont toutes réglementées. Elles sont limitées à l'égard de chaque salarié à un quart de sa rémunération annuelle, et plafonnée par une double limite en ce qui concerne l'abondement, à savoir un montant de plafond légal par salarié (2769,6 Euros par an en 2010) sans qu'il puisse dépasser le triple du versement du salarié.

Les versements doivent être utilisés obligatoirement dans la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières, lequel pourrait être composé seulement par des titres de Sicav, des parts de fonds communs de placement d'entreprise, ou des valeurs mobilières émises par l'entreprise. Ces valeurs mobilières comprises dans le portefeuille sont indisponibles par les salariés pour un délai minimum de 5 ans à compter de la date d'acquisition de ces titres ; en contrepartie, les salariés bénéficient des mêmes avantages fiscaux et sociaux que ceux à l'égard du plan de participation et d'intéressement. De plus, les revenus du portefeuille collectif pourraient être également exonérés de l'impôt sur le revenu s'ils sont remployés dans le plan d'épargne ou s'ils sont frappés de la même indisponibilité que les titres dont ils proviennent.

Il est possible que ce plan d'épargne soit mis en place au sein d'un groupe, qui résulte soit de la décision unilatérale de chacune des entreprises du groupe arrêtant le même règlement du plan, soit de la conclusion d'un accord au niveau du groupe en respectant la même procédure que celle existant dans le cadre du plan d'intéressement.

Dans le cadre d'un plan d'épargne du groupe, la gestion des placements financiers des salariés de différentes sociétés du groupe est centralisée au niveau supérieur du groupe. Cela ne vient pourtant changer ni la modalité ni le montant d'abondement à l'alimentation du plan d'épargne de l'entreprise. L'utilité du plan d'épargne du groupe semble consister simplement à pouvoir unifier pour toutes les entreprises du groupes, le règlement du plan d'épargne, notamment concernant les règles sur la politiques d'abondement, la modalité de gestion de portefeuille et le cas échéant sur le choix des entités responsables de la gestion.

Pourtant, l'influence du groupe ne s'arrête pas là. En effet, L'un des objectifs du plan d'épargne d'entreprise consiste manifestement à encourager les salariés à utiliser les fonds dans leur portefeuille du plan d'épargne pour participer à l'actionnariat des salariés, par l'acquisition des actions émises soit par leur propre entreprise soit par une autre entreprise appartenant au même groupe<sup>501</sup>. Il est donc concevable de faire acquérir par tous les salariés des actions d'une entreprise dont la valeur représente la performance du groupe au regard de sa situation générale ou sur un secteur d'activité plus précis.

Cette définition du groupe, différente de celle dans le cadre de la mise en place du plan d'épargne de groupe, repose sur la notion du groupe des sociétés dans le sens de la consolidation comptable prévue à l'article L.233-16 du Code de commerce. En revanche,

---

<sup>501</sup> L'encouragement se manifeste à l'égard de la majoration du montant plafonné d'abondement. Selon l'article L 332-11 du Code du travail, le plafond fixe légal d'abondement est majoré à concurrence du montant consacré par le salarié pour participer à l'actionnariat salarial, sans que la majoration puisse excéder 80%. La majoration du plafond est de même appliquée lors que le fonds est destiné à acquérir les actions émises par une société du même groupe. Il convient également à rappeler que, au sein de toute société par actions (1) lors de toute décision d'augmentation du capital par apport en numéraire, sauf lorsque l'augmentation du capital résulte d'une émission au préalable de valeurs mobilières donnant accès au capital, ou (2) lorsque le rapport qui doit être présenté par le conseil d'administration ou le directoire à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire annuelle établit que les actions détenues par les *salariés* représentent moins de 3 % du capital, l'assemblée générale extraordinaire doit se prononcer, sans qu'elle soit tenue à l'approuver, sur un projet de résolution tendant à réaliser une augmentation de capital réservée aux *salariés* adhérent à un PEE, même si la société n'est pas encore dotée d'une plan d'épargne d'entreprise (Circ. Intermin, 14 sep. 2005, précité). Dans le cas de l'absence de PEE, ce plan serait mis en place avant la mise en œuvre de la décision favorable. Les salariés concernés par ces dispositifs, tant au regard de ayant droit de souscription de l'augmentation du capital tant au regard de calcul de seuil de 3% du capital, doit désigner le personnel de la société concernée ainsi que ceux-ci de toutes les autres sociétés du même groupe.

les sociétés en dehors de la consolidation selon l'article L.233-19 du même code (hypothèses de cession ultérieure, d'intérêt négligeable par rapport à l'objectif d'image fidèle, de frais excessifs ou de délais incompatibles avec les délais de publication des comptes consolidés) pourraient aussi être incluses dans le périmètre<sup>502</sup>. Il en résulte qu'un actionnariat salarial réalisé par le biais du plan d'épargne du groupe ne peut s'étendre qu'à une partie de sociétés nettement plus réduite par rapport aux définitions du groupe tant à l'égard du plan des *stock options* qu'à l'égard de celui de la participation.

Si l'objectif est de constituer un portefeuille d'actions du groupe, le plan d'épargne d'entreprise devient un régime hybride adapté pour inciter les salariés à s'associer au développement du groupe à long terme. Le dispositif reste en principe un dispositif légal de l'épargne salariale, qui est assorti nécessairement de réglementations légales assez restrictives, portant tant sur les limites de contribution au fonds d'épargne que sur le délai de blocage de celui-ci. Dans le même temps, le plan d'épargne comporte aussi des caractères propres à l'actionnariat salarial dans la mesure où les salariés ne sont pas seulement motivés par les résultats ou les performances relatives à chaque exercice déterminé, mais plutôt par l'augmentation de la valeur ou du cours des actions représentant la prospérité générale du groupe. Le régime présente des avantages tant pour les salariés que pour le groupe. D'une part les salariés peuvent bénéficier, en contrepartie de diverses restrictions, de traitements fiscaux et sociaux très favorables par rapport à ceux appliqués dans le simple régime d'actionnariat salarial, d'autre part le groupe peut non seulement obtenir un financement grâce à l'épargne de tous les salariés du groupe, mais aussi réussir à motiver efficacement les salariés à contribuer au développement durable de l'entreprise, ce dernier étant conçu dans une vision plus étendue, au niveau du groupe. Par des investissements stables, mesurés et progressifs que peut assurer un régime d'épargne, le groupe peut faire obstacle aux opérations spéculatives de ses actions par ses salariés et les fidéliser à plus long terme.

### **Section 3 L'inexistence de prérogatives spécifiques du groupe en droit chinois**

Contrairement à l'abondance des règles octroyant diverses prérogatives au groupe en droit français, les dispositifs légaux équivalents font complètement défaut en Chine. Ainsi,

---

<sup>502</sup> Circ. intermin. 14 sept. 2005, précité

il est encore difficile d'effectuer une comparaison détaillée et nous ne pouvons mettre en avant que quelques observations globales en droit chinois.

Le régime légal d'entente est légiféré par la loi anti-monopole entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2008. Pour autant, aucun texte légal ne permet aux entreprises du groupe de voir exonérer leur responsabilité en raison de l'existence d'une entente entre elles. Cette lacune n'est pas palliée par la récente réglementation de SAIC<sup>503</sup>, qui aurait pu éclaircir davantage, après un an et demi de pratique, les dispositions trop succinctes de la loi anti-monopole. Il en résulte qu'en droit chinois, une entente mise en place au sein du groupe est tout de même reprochable, même si des entreprises concernées sont soumises à une unité décisionnelle unique.

En droit fiscal, l'ancien régime de consolidation des résultats des sociétés du groupe, a disparu de la pratique après la réforme de la loi sur les impôts sur les sociétés. En l'absence de la reconnaissance de l'intégration fiscale du groupe, tous les dispositifs du groupe susceptibles de dériver de ce régime de base n'ont pas lieu d'être mis en place en droit chinois. Il reste donc en droit fiscal chinois, le régime de l'exonération de l'impôt sur les sociétés, tel que prévu dans l'article 26, (2) de la loi sur les impôts des sociétés, qui fait écho au régime des sociétés mère-fille en droit français. Or ce régime d'exonération en droit chinois étant applicable à tous les associé quel que soit leur fraction du capital et leur délai de possession, il est difficile d'attacher à ce régime un étiquette spéciale du groupe.

Par ailleurs, le régime des « actions de préférence » n'est pas encore officiellement consacré par la loi chinoise, et le régime proche d'« actions de préférence » n'est que vaguement évoqué et de surcroît qu'une seule fois dans une réglementation des autorités ministérielles (voir Partie I, Titre II, Chapitre 1, Section 1, §1, B). Dans un tel contexte où l'on ignore encore les caractères juridiques des actions de préférence d'une société isolée, il est impossible d'envisager en droit chinois la mise en place du mécanisme permettant l'exercice d'un droit d'« actions de préférence » dans une société autre que celle investie par l'actionnaire.

Enfin, compte tenu de l'état encore moins développé du droit social, nous ne pouvons

---

<sup>503</sup> Le « Règlement de contrôle de l'administration de l'industrie et du commerce sur les ententes et les abus de position prédominante » (《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序》), promulgué par l'Administration Nationale de l'Industrie et du Commerce (SAIC) le 26 mai 2009.

pas encore trouver en droit chinois des instances collectives du personnel équivalentes au comité d'entreprise, sans parler du comité du groupe ou du comité de l'UES qui couvrent les salariés de plusieurs sociétés.

Il nous semble que le législateur chinois ne s'est pas encore rendu compte qu'il est nécessaire d'instaurer des régimes légaux étant en mesure de reconnaître, de promouvoir et même de stimuler les dynamiques intrinsèques de la modalité d'organisation de groupe de sociétés. Il en va de même que le droit chinois reste à la traîne à l'égard des réglementations facilitant les opérations intra-groupes.

## CHAPITRE II – L'INFLECHISSEMENT DES CONTRAINTES DES ACTES INTRAGROUPE

Les opérations entre des sociétés peuvent préjudicier à une société au profit d'une autre. Un tel effet se produit lorsque la société cherche uniquement la réalisation de son propre intérêt. Une opération commerciale peut être rentable pour un cocontractant et déficitaire pour l'autre. Cependant, ce constat semble devoir être remis en cause lorsque les parties liées à une telle opération maintiennent entre elles une relation de domination.

Il est donc indispensable que la loi conçoive des régimes légaux afin de restreindre une société à engager des actes imposés par une partie ayant le contrôle sur elle alors qu'ils vont à l'encontre de son propre intérêt.

Ces contraintes légales peuvent intervenir *a priori*, afin de dissuader les dirigeants d'une société de conclure ces actes. Elles peuvent aussi se mettre en place de manière *a posteriori*, soit par le redressement fiscal de la société impliquée dans les actes anormaux ou par la poursuite de la responsabilité pénale du dirigeant responsable de la conclusion de ces actes.

Ces régimes légaux méritent néanmoins d'être assouplis dans certains cas, afin de ne pas compromettre la dynamique économique apportée par le groupe des sociétés. Les assouplissements peuvent se réaliser soit à l'égard de la procédure de la conclusion des conventions entre les sociétés du groupe (**Section 1**), soit par la régularisation des actes considérés comme irréguliers si la société concernée n'avait pas appartenu à un même groupe (**Section 2**).

### **Section 1 - L'assouplissement du contrôle sur la conclusion des conventions réglementées**

En droit français, la mise en place d'un régime de conventions réglementées a pour effet d'empêcher, lors de l'engagement d'une opération conventionnelle par une société, des influences indues exercées par des personnes intéressées sur l'unité décisionnelle de



cette société. La rigueur de ces règles est cependant susceptible d'être assouplie sous certaines conditions, de sorte que des opérations normales intra-groupes ne subissent pas une procédure de contrôle préalable excessivement lourde (§1).

Le droit chinois n'a introduit que très récemment des règles similaires aux règles de conventions réglementées en droit français. Pour autant, étant l'un des défauts majeurs de ce régime, les conventions intragroupe ne rentrent pas directement dans le champ d'application de ces règles, qui portent sur le contrôle préalable des conventions entre les personnes (entreprises) liées (§2).

### ***§1. L'assouplissement du contrôle en droit français***

Après une étude générale du régime des conventions réglementées (A), nous observerons que la rigueur du contrôle au titre de ce régime est susceptible d'être atténuée dans le cadre du groupe de sociétés(B).

#### ***A. La mise en place du contrôle au sein du groupe***

Si le régime de conventions réglementées n'est pas conçu uniquement pour réglementer la conclusion des conventions intra-groupes, il s'applique néanmoins très souvent aux nombreuses opérations entre des sociétés d'un même groupe (1), en les obligeant à respecter rigoureusement de lourdes procédures de contrôle (2).

#### ***1. Le champ d'application du contrôle au sein du groupe***

Dans le cadre du groupe de sociétés, le régime des conventions s'applique à certaines catégories d'opérations (b) conclues par des sociétés de groupe détenant un certain lien entre elles (a).

##### **a. Le périmètre des sociétés visées par le contrôle**

Etant initialement un régime élaboré pour le règlement des conflits d'intérêts, le contrôle des conventions réglementées vise en principe des conventions conclues entre la

société et l'un de ses dirigeants, terme qui comprend le gérant, le directeur général, le directeur général délégué, l'administrateur, les membres du directoire ou ceux du conseil de surveillance. Au cas où une personne morale est investie d'un mandat d'administrateur, de membre du directoire ou de membre du conseil de surveillance, les conventions concernant le représentant permanent de cette personne morale doivent également être soumises à cette procédure spéciale<sup>504</sup>.

Néanmoins, une telle vision des opérations réglementées s'avère trop limitée dans le cadre du groupe, car pendant la conclusion des conventions intragroupes, les dirigeants d'une société pourraient être ainsi indûment influencés, soit en raison de l'existence de leurs intérêts plus ou moins importants dans les autres sociétés du groupe, soit en raison de leur subordination, de droit ou du fait, à l'autorité du groupe dans l'exercice de leur mandat. En tenant compte de ces situations, la loi française a étendu la portée du contrôle aux conventions conclues avec certaines autres sociétés du même groupe, sans que l'essentiel du fondement théorique du régime des conventions réglementées soit changé.

De prime abord, doivent être réglementées les conventions entre des sociétés ayant au moins un dirigeant commun. En effet, sont soumises à la réglementation les conventions conclues entre la société et une autre entreprise si le directeur général, l'un des directeurs généraux délégués ou l'un des administrateurs de la société est également le propriétaire de l'autre entreprise ou est associé indéfiniment responsable, le gérant, l'administrateur, le membre du conseil de surveillance ou le dirigeant de celle-ci. Il est à noter que la communauté des dirigeants est plus facile à constater au sein du groupe de sociétés, dans la mesure où la restriction du cumul des mandats sociaux a été effectivement assouplie au sein du groupe de sociétés défini dans le sens de l'article L 233-16 du Code de commerce.

En outre, quant aux conventions conclues par une société par action, soit avec l'un de ses actionnaires, personne physique ou morale, disposant de plus de 10% des droits de vote, soit avec une société contrôlant une société qui est actionnaire détenant plus de 10% des droits de vote, elles entrent aussi dans le périmètre du contrôle des conventions réglementées. Le terme « contrôlant » ci-dessus doit s'apprécier dans le sens classique du « contrôle » prévu à l'article L 233-3 du Code de commerce, étant précisé que ce contrôle pourrait être exercé directement ou indirectement dans le cadre d'une chaîne de contrôle.

---

<sup>504</sup> Nous évoquons ici le régime des conventions réglementées concernant les sociétés anonymes. En effet, la composition des organes sociaux des sociétés chinoises – peu importe qu'il s'agisse de société par action ou de société à responsabilité limitée- se rapproche de celle des sociétés anonymes en droit français,

en revanche il ne pourrait pas revêtir la forme d'un contrôle conjoint exercé par plusieurs sociétés en concertation<sup>505</sup>.

Enfin, s'agissant d'une société à responsabilité limitée, les conventions conclues avec l'un des associés, peu importe sa participation, sont aussi soumises au contrôle réglementé. En revanche, la loi n'impose pas de contrôle vis-à-vis de la convention souscrite par toute personne qui dispose d'un contrôle indirect sur la société. Le cercle des conventions susceptibles de contrôle s'avère nettement resserré par rapport à celui d'une société par actions.

Par ailleurs, une question s'impose à notre analyse : les conventions conclues entre des sociétés sœurs sont-elles également soumises au contrôle particulier ? Si celles-ci ne sont pas explicitement ciblées dans le texte, ces conventions pourraient cependant entraîner des conflits d'intérêts en raison de l'influence du groupe sur les dirigeants des sociétés sœurs, qui exerce tous leurs mandats sociaux sous l'autorité du groupe. L'enjeu n'est pas négligeable, de sorte que certaines autorités ont déjà exprimé leur volonté de soumettre ces conventions intragroupes à la procédure réglementée<sup>506</sup>.

Il semble possible de se prévaloir de l'argument selon lequel une convention entre des sociétés sœurs pourrait procurer à la société mère un intérêt indirect, ou, sur un fondement alternatif, que cette dernière est impliquée dans cette convention par le biais de sa filiale qui agit en tant que personne interposée.

Il faudra néanmoins renoncer à ce raisonnement fondé sur l'interposition de personne. En effet, dans une telle situation, il faudra prouver que cette personne interposée constitue un véritable prête-nom et les bénéfices générés par la convention soient effectivement remis, par détournement, à la personne dissimulée<sup>507</sup>. Il ressort de la jurisprudence<sup>508</sup> qu'un lien de parenté n'est pas suffisant à justifier une présomption d'interposition de personnes, et il nous semble que cette solution est transposable à la situation d'un lien de contrôle<sup>509</sup>. Dans un cas d'espèce où une SA se porte caution pour le bénéfice d'une

<sup>505</sup> Lettre du ministère de la justice du 6 juillet 2002 : Bull. CNCC Juin 2002, p. 145

<sup>506</sup> Selon la COB, il est estimé que « la procédure pourrait être étendue aux conventions conclues entre des sociétés ayant un actionnaire commun détenant 5% ou plus de l'une des entreprises », Rapport COB 1996, p. 41 ; Rapport COB 1997, p. 15., et la CNCC est aussi favorable de l'étendre aux conventions entre les sociétés sœurs. Bull. CNCC juin 2002 p. 264

<sup>507</sup> D. Gibirila, « Conventions conclus avec la société anonyme – Champ d'application de la réglementation », J.-Cl. Commercial, Fasc. 1394, n° 21

<sup>508</sup> CA Lyon, 21 mai 1951 : Rev. sociétés 1951, p. 416

<sup>509</sup> Bull. CNCC 1979, n° 34, p. 223 ; 1980, n° 40, p. 465 ; 1987, n° 68, p. 485

SARL dont l'associé majoritaire est l'administrateur de la première, il est considéré que le fait de la détention majoritaire du capital ne peut isolément constituer une interposition de personne<sup>510</sup>. L'interposition de personne n'existant nullement, elle doit être impérativement appréciée selon les circonstances d'espèce.

En revanche, il semble admissible qu'une convention conclue par une société avec sa société sœur puisse relever de la procédure réglementée sur le fondement que celle-ci peut procurer un intérêt indirect à sa société mère. D'après la jurisprudence<sup>511</sup>, l'intérêt indirect peut être caractérisé par deux éléments : il faut que la personne concernée dispose d'un pouvoir pour « *infléchir la conduite* » de la société cocontractant et qu'il représente « *des intérêts suffisamment importants* » de sorte que la personne concernée exerce son pouvoir. L'existence du profit personnel tiré de l'opération constitue également un élément permettant au juge de vérifier *a posteriori* l'existence d'un intérêt indirect. D'après ce principe, et contrairement à ce qui a déjà été suggéré par la CNCC<sup>512</sup>, il semble irréaliste d'imposer une réponse unique à la question de savoir si une société mère doit être considérée, en raison de la détention du capital ou du droits de vote, comme ayant des intérêts indirects à l'égard d'une convention entre ses deux filiales. L'implication de l'intérêt indirect de la société mère dépend effectivement des circonstances d'espèce, en fonction du degré d'intensité du lien de contrôle sur les deux sociétés contrôlées ainsi que de l'importance et de la nature de la convention litigieuse.

L'application du dispositif de contrôle de la convention doit être nuancée pour la SARL. D'après le texte applicable, la réglementation ne vise pas la convention entre la société et un cocontractant dans lequel son gérant ou associé dispose d'un intérêt indirect. Il en résulte qu'au sein d'un groupe de SARL, des conventions entre des sociétés sœurs ne relève pas *a priori* du domaine réglementé, sauf à ce que l'interposition de personne soit prouvée.

L'appréciation de l'intérêt indirect, également mis en place par une approche *in concreto*, présente aussi une valeur essentielle dans certaines autres situations du groupe omises par le législateur, telle que l'application de la procédure au regard de :

---

<sup>510</sup> Rép. min. n° 12232 à Mr Labbé : JOAN Q, 12 juill. 1982, p. 2924 ; Rev. sociétés 1982, p. 616

<sup>511</sup> Cf. Cass. com., 4 oct. 1988 : Rev. sociétés 1989, p. 216, note Y. Chaput ; Bull. Joly 1988, p. 861, note P. Le Cannu ; Cass. com., 23 oct. 1990 : Rev. sociétés 1991, p. 92, note Y. Guyon ; Cass. com., 15 mars 1994 : LPA 1<sup>er</sup> févr. 1995, p. 15, note D. Gibirila ; Cass. com., 9 avr. 1996 : Dr. sociétés 1996, n° 149.

<sup>512</sup> Bull. CNCC juin 2002, précité, voir également A. Chavériat, A. Couret, « *Sociétés Commerciales* », Memento F. Lefebvre 2010, n° 8370

- une société mère concluant une convention avec une société qu'elle contrôle (la loi ne prévoit la procédure réglementée qu'à l'égard de la société contrôlée)<sup>513</sup> ;
- deux sociétés lorsque le dirigeant de l'une est simultanément actionnaire influent de l'autre.<sup>514</sup>

De ce qui précède, il est clair que le dispositif de conventions réglementées ne s'applique pas à toute convention établie au sein du groupe. Elle n'est systématiquement exigible qu'au regard de sociétés dont la libre expression de volonté est susceptible d'être déformée soit, de façon horizontale, à cause de l'intérêt direct des mêmes dirigeants dans une autre société, soit, de façon verticale, à cause de l'autorité en amont des actionnaires directs ou indirects. En ce qui concerne les autres types de conventions intragroupes, l'influence du groupe sur les dirigeants d'une société n'atteint pas forcément un niveau suffisant de sorte qu'une procédure de contrôle préalable doit être systématiquement appliquée. Dans ce cas là, la loi confère aux juges le pouvoir d'apprécier au cas par cas si une convention doit ou non être soumise à la procédure réglementée en fonction des circonstances de fait. Pourtant, un tel examen *a posteriori* entraîne une insécurité juridique en raison du risque d'invalidité de la convention susceptible de procurer un intérêt indirect aux dirigeants ou aux actionnaires.

Face à une telle incertitude génératrice d'insécurité juridique, des entreprises prudentes, tendent naturellement à faire appliquer la procédure de contrôle à toute convention intragroupe - au moins les plus importantes, dès lors qu'elles pourraient susciter des soupçons. La loi a effectivement laissé les sociétés du groupe libres d'appliquer ou non la procédure d'approbation préalable, dans la mesure où elles sont peut être les mieux placées pour juger, à l'égard de leurs propres contrats, de l'équilibre entre la certitude juridique et le coût d'un contrôle préalable.

---

<sup>513</sup> J.-F. Barbiéri, « *Loi NRE, conventions réglementées et conventions libres : les nouvelles contraintes pour le commissaire aux comptes* », Bull Joly 2003, n° 55, p. 256 ; R. Vatinet, « *Les conventions réglementées* », Revue des sociétés 2001, n° 20, p. 569.

<sup>514</sup> H. Le Nabasque, « *Commentaire des principales dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques intéressant le droit des sociétés* », LPA, 5 juill. 2001, p. 12.

## b. La nature des conventions subordonnées à la procédure réglementée

Alors que les parties visées par le dispositif sont peu nombreuses, les conventions susceptibles d'être subordonnées à la procédure spéciale relèvent d'un champ d'application très vaste. En général, la convention, couvrant un domaine plus large que le contrat<sup>515</sup>, s'attache à tout accord de volontés qui non seulement créent, mais aussi transmettent ou éteignent des obligations, quelle qu'en soit la nature, l'objet, la forme<sup>516</sup>, et ce, peu importe son caractère exprès ou tacite, civil ou commercial, à titre gratuit ou à titre onéreux<sup>517</sup>.

Partant de ce principe, la nature de ces conventions préalablement contrôlables doit être pourtant nuancée compte tenu de la complexité de la pratique.

Ainsi, pour les actes strictement réglementés par la loi en raison de l'importance de leurs enjeux pour une société, les procédures légales propres à leurs réalisations constituant déjà une garantie suffisante pour l'autonomie de la volonté de sociétés cocontractantes, une procédure d'approbation supplémentaire est inutile. Tel est le cas pour les actes de fusion, scission, apports partiels d'actif<sup>518</sup>, achat à un actionnaire dans les deux ans suivant la constitution d'une société anonyme d'un bien dont la valeur est au moins égale au dixième de son capital social<sup>519</sup>. En revanche, la souscription d'une augmentation du capital d'une société par une autre partageant des dirigeants communs est soumise au régime des conventions réglementées.

Outre les conventions synallagmatiques, un acte unilatéral, même considéré comme l'expression d'une seule volonté, peut être parfois constitutif d'une convention réglementée, en raison de la dangerosité de certains de ces types d'acte. Il s'agit, à titre d'exemple, du mandat gratuit, de l'accord de don ou d'abandon de créance par la société

---

<sup>515</sup> Y. Guyon, note sous CA Paris, 18 janv. 1994 : Rev. sociétés 1994, p. 110

<sup>516</sup> CA Paris, 6 févr. 1998 : JCP E 1998, p. 753, note J.-J. Daigre ; RTD com. 1998, p. 350, obs. C. Champaud et D. Danet ; Bull. Joly 1998, p. 333, note A. Couret ; Rev. sociétés 1998, p. 435, obs. Y. Guyon confirmé par Cass. com., 27 févr. 2001 : Bull. civ. IV, n° 47 ; RJDA 6/2001, n° 702 ; D. 2001, p. 1103, obs. A. Lienhard ; Bull. Joly 2001, p. 614, note J.-J. Daigre ; RTD com. 2001, p. 467, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard : « la forme non écrite de la convention d'assistance reste sans effet sur la validité de celle-ci » et « les dispositions de [l'art. L. 225-38 C. com.] n'imposent aucune forme particulière aux conventions réglementées » ; Lienhard ; Bull. Joly 2001, p. 614, note J.-J. Daigre ; RTD com. 2001, p. 467, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard

<sup>517</sup> D. Gibirila, « Conventions conclues avec la société anonyme – Champ d'application de la réglementation », précité, n° 3

<sup>518</sup> Cass. com., 7 juin 1963 : JCP G 1963, II, 1374 ; D. 1964, jurispr. p. 308, note A. Dalsace

<sup>519</sup> C. com., art. L. 225-101, al. 1er. ; J. Bardoul, « L'achat d'un bien important à un actionnaire pour une société anonyme, moins de deux ans après sa constitution » : Rev. sociétés 1983, p. 285

au profit de la société mère.

Quant à la fixation de la rémunération des mandataires sociaux de la société dont la décision relève uniquement de la compétence du conseil d'administration, la procédure de contrôle n'est pas applicable *a priori*<sup>520</sup>. Pourtant, pour être qualifié de rémunération, l'avantage consenti doit être une contrepartie proportionnée aux services particuliers rendus à la société par le dirigeant pendant l'exercice de ses fonctions, sans qu'il constitue une charge excessive pour la société. A défaut de la satisfaction de ces conditions, ce qui est très fréquent dans le cas où des avantages sont accordés pour indemniser la cessation ou le changement de fonction de l'intéressé, l'octroi de ces avantages est censé agir comme des conventions librement négociables et est donc soumis à la procédure de contrôle<sup>521</sup>. Ainsi, l'octroi de *stock options* est également constitutif d'une convention réglementée, dès lors que le régime ne concerne que les mandataires sociaux ou que ce régime se différencie de celui appliqué aux salariés.

## ***2. L'effet du contrôle au sein du groupe***

### **a. La lourdeur de la procédure de contrôle**

La procédure de contrôle est différente selon la forme de la société. Il convient de rappeler ici brièvement la procédure la plus classique, celle mise en place au sein d'une société anonyme.

Tout d'abord, l'intéressé, étant le cocontractant de la société, est tenu d'informer le conseil d'administration de la société de la convention et demander l'autorisation de ce dernier. Cette obligation incombe également aux autres administrateurs de la société une fois qu'ils en prennent connaissance.

Les membres du conseil doivent ensuite se réunir pour procéder à une véritable délibération qui fait l'objet de mentions obligatoires sur le procès-verbal de la réunion. Pour prévenir le détournement de cette exigence, il ressort de la jurisprudence que ni la somme des consentements individuels recueillis isolément des membres du conseil<sup>522</sup>, ni

---

<sup>520</sup> Cass. Com. 3 mars 1987, Gaz. Pal. 1987, p. 264 note Hatoux

<sup>521</sup> S'agissant des dirigeants dans une société cotée en bourse, ce contrôle doit même être appliqué lorsque l'avantage est accordé par une société qui contrôle la société cotée ou qui est contrôlée par celle-ci

<sup>522</sup> CA Paris 13 Juin 1964, D. 1965, p. 398 ; CA Paris 23 Oct. 1965, JCP 1966 II n°14491 note P. L. ; CA Paris, 4e ch. A,

la signature d'une autorisation générale abstraite pour une durée indéfinie<sup>523</sup> ne vaut autorisation du conseil d'administration.

En tant que dispositif clef pour prévenir une procédure d'autorisation superflue, il est prévu que l'administrateur intéressé ne puisse prendre part au vote au cours de la réunion, et sa présence ne doit pas être comptée pour le calcul du quorum. L'exclusion de droit de vote ne vise normalement que « *l'intéressé* » direct. En conséquence, lors de la délibération du conseil concernant une convention entre la société et son actionnaire majoritaire, les administrateurs nommés par cet actionnaire ne sont pas exclus du vote, en raison de leur absence d'intérêts personnels indirects. En revanche, il en va autrement lorsque le conflit d'intérêts est causé par le cumul de mandats sociaux entre les deux sociétés. Dans ce cas, il a été jugé que si tous les administrateurs de deux sociétés sont identiques, ils seront tous exclus du droit de vote. La convention réglementée sera alors directement soumise à l'assemblée pour approbation, et les lacunes de la procédure au niveau du conseil seront ainsi comblées par la décision de cette dernière<sup>524</sup>.

A l'occasion de l'autorisation de la convention, le président du conseil d'administration doit donner un avis positif au commissaire aux comptes qui se charge ensuite d'établir un rapport spécial relatif aux conventions réglementées. Lorsque l'exécution de la convention se poursuit pendant plusieurs exercices, le commissaire aux comptes doit quand même être informé dans le mois suivant de la clôture du dernier exercice.

C'est ensuite l'assemblée ordinaire annuelle qui approuve ou non, de manière définitive, la convention réglementée. La même règle relative à l'exclusion de vote est appliquée lors de la délibération pendant la réunion de conseil d'administration.

La procédure que nous venons d'exposer est évidemment d'une grande complexité. Il faut avoir recours aux interventions cumulatives des organes sociétaires aux niveaux les plus élevés pour purger toute irrégularité des conventions réglementées, sans parler du rapport spécial que le commissaire aux comptes doit préparer à cet effet, qui pourrait

---

13 nov. 1991 : JCP E 1992, I, 172, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain

<sup>523</sup> CA Paris 23 Novembre 1955, Gaz. Pal. 1956 I p. 40

<sup>524</sup> Avant l'intervention de l'assemblée, le commissaire aux comptes va exposer dans son rapport spécial le motif pour lequel la procédure d'autorisation n'a pu pas être suivie. Voir D. Bastian, « *La réforme du droit des sociétés commerciales* », JCP G 1968, I, 2183, n° 449 ; Rép. min. Just. n° 20677 à M. Loriot : JOAN Q 26 juill. 1975, p. 5429 ; Rev. sociétés 1975, p. 744, confirmant l'opinion de J. Hémar, F. Terré et B. Mabilat, op. cit., t. 1, n° 1029. – CA Paris, 21 janv. 1981 : D. 1983, inf. rap. p. 69, obs. J.-Cl. Bousquet



engendrer certains inconvénients et des coûts administratifs lourds. Cette complexité est même dissuasive, notamment pour les conventions ne paraissant pas indispensables, et cette conséquence semble bien correspondre à l'intention du législateur de réduire le nombre des conventions intragroupes non nécessaires. La lourdeur procédurale a surtout le mérite de rendre les sociétés capables de résister aux opérations préjudiciables à leur propre intérêt, et de forcer les dirigeants sociaux à divulguer suffisamment la nature des conventions réglementées aux dirigeants et actionnaires non intéressés, qui sont souvent la minorité de la société ou son représentant.

Il n'en demeure pas moins que cette complexité procédurale risque d'entraver la réalisation des actes commerciaux, financiers et sociaux entre les sociétés du groupe, pourtant nécessaire pour la solidarité entre des sociétés du groupe, qui constitue par essence la source du dynamisme de cette réalité économique. En effet, le régime de contrôle des conventions réglementées contient des dispositifs contrebalançant ses effets négatifs, qui facilitent notamment la mise en place des actes entre des sociétés de groupe.

### **b. Les sanctions équilibrées de la contravention**

L'irrégularité de la procédure des conventions réglementées est classée en plusieurs niveaux, établie selon une échelle de sanctions.

En effet, l'annulation de la convention n'est envisageable qu'en cas d'absence de l'autorisation du conseil d'administration. Et même dans ce cas, la nullité de la convention n'est pas de plein droit. Dans le but de préserver la sécurité juridique, la loi française prévoit ainsi des dispositions particulières pour sauver, dès que cela est raisonnablement possible, la validité d'une convention non autorisée.

A cet égard, il convient de souligner que seulement la société –cible de protection- ou son actionnaire dispose du droit d'exercer l'action en nullité. A l'inverse, sauf en cas de convention entre des sociétés ayant des mandataires sociaux communs, l'autre partie avec qui la convention a été conclue n'est pas autorisée à agir en justice pour demander l'annulation, car d'après la Haute Juridiction ce n'est pas dans son intérêt que l'intervention du conseil d'administration soit requise<sup>525</sup>. Il appartient aux juges de

---

<sup>525</sup> Cass. Com. 15 mars 1994, RJDA 5/94 n°541

prononcer la nullité du contrat, en appréciant souverainement la situation du cas d'espèce. Ainsi avant la reconnaissance judiciaire de la nullité, la convention doit être toujours considérée comme valable. Enfin, avant la décision judiciaire, la loi accorde à l'assemblée générale le pouvoir de prononcer la régularisation de la convention, en statuant sur le rapport spécial du commissaire aux comptes<sup>526</sup>, étant précisé que cette approbation palliative pouvait intervenir non seulement en cas d'absence de consultation du conseil d'administration, mais aussi lorsque ce dernier refuse expressément de donner son autorisation<sup>527</sup>.

Quant à l'approbation de l'assemblée générale, son résultat ne peut plus, sauf cas exceptionnel pour pallier à l'absence du conseil, influencer la validité de la convention. Le seul enjeu relatif à l'approbation consiste en la responsabilité personnelle de la partie intéressée<sup>528</sup> et éventuellement la responsabilité des administrateurs ayant donné leurs avis appratif. Il ressort de la loi (article 225-41 du Code de Commerce) qu'en cas de désapprobation par l'assemblée, les conséquences préjudiciables à la société de cette convention peuvent être mises à la charge de l'intéressé ainsi que des autres administrateurs. Et il est permis de déduire, d'une interprétation *a contrario*, que la responsabilité de ces dernières n'a plus lieu d'être recherchée dès lors que l'approbation est acquise<sup>529</sup>.

Cette gradation dans les sanctions conduit à faciliter la sécurité des conventions réalisées au sein du groupe. En réalité, dans le cadre d'une convention entre deux sociétés de groupe, même en l'absence d'administrateurs communs aux deux sociétés, les administrateurs sont souvent influencés à des degrés plus ou moins importants par la politique commune du groupe. Il en résulte que, malgré l'exclusion du droit de vote des administrateurs directement « *intéressés* », l'autorisation pour une convention réglementée au sein du groupe est *a priori* facile à recueillir au niveau des conseils d'administration des sociétés et cela assure la certitude des transactions qui est essentielle pour le fonctionnement normal des opérations intragroupes. Au contraire, la loi procure éventuellement aux actionnaires minoritaires des pouvoirs au sein de l'assemblée, notamment quand l'actionnaire majoritaire est exclu du vote en raison de son intérêt direct (convention entre la société et l'actionnaire majoritaire) ou, le cas échéant, de son

---

<sup>526</sup> Cass. soc. 29 novembre 2006, Pappmétel, Revue soc. 2007, note J.-F. Barbière

<sup>527</sup> CA Paris 18 Déc. 1990, Bull. Joly 1991 p. 604, note Le Cannu

<sup>528</sup> Cass. com. 23 Juillet 1985, Bull. Joly 1985 p. 863 ; Cass. com. 5 Nov. 1991, RJDA 3/92 n°254, CA Paris 6 Juill. 1993, Dr. sociétés 1993 n°190 obs. Le Nabasque

<sup>529</sup> A. Chavériat, A. Couret, « *Sociétés Commerciales* », Memento F. Lefebvre 2010, n° 8430

intérêt indirect (lorsque la convention est conclue entre deux filiales). L'opposition de la minorité, conduisant à la désapprobation de l'assemblée, ne bloque nullement les opérations résultant de la convention. Mais, grâce au pouvoir accordé aux actionnaires minoritaires, des menaces d'action en responsabilité contre les dirigeants, les administrateurs et les actionnaires majoritaires sont toujours réelles. Cela pourrait produire des effets dissuasifs, au point que la partie dominante, ainsi que les dirigeants qu'elle désigne, devront toujours faire minutieusement attention à maintenir l'équilibre des intérêts entre les sociétés concernées, puisque c'est leur responsabilité personnelle qui est en jeu en cas de préjudice subi par la société.

### *B. L'ajustement de la rigueur de contrôle au sein du groupe*

Même si la lourdeur procédurale soit partiellement contrebalancée par le régime équilibré de sanction, la stricte application du régime des conventions réglementées risquerait encore de compliquer inutilement la procédure de conclusion d'un grand nombre de transactions, pourtant non dangereuses pour les intérêts des sociétés concernées. Il ne paraît pas raisonnable de construire des barrières pour empêcher une société d'avoir des relations commerciales normales avec une autre société membre du groupe, ou de faire obstacle à la répartition des ressources entre des sociétés pour réaliser une économie d'échelle profitable à tous les membres du groupe. S'inscrivant dans ce sens, la loi française introduit une importante exception au contrôle des conventions réglementées (1).

Cependant, le champ d'application de cette exception a des limites. A cet égard, les règles de validité d'un engagement de cautionnement pour autrui, même mises en place au sein d'un groupe, ne saurait connaître aucun assouplissement(2).

#### ***1. L'exception des opérations courantes conclues à des conditions normales***

Dès lors qu'une opération est qualifiée comme une des « *conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales* » (l'article L225-39 du Code de com.), elle n'est plus soumise aux procédures de contrôle des organes sociaux, mais

remplacée par une formalité simplifiée d'information annuelle<sup>530</sup>.

Ces caractères « courant » et « normal » doivent être cumulatifs.

L'opération courante signifie qu'elle porte sur l'activité ordinaire de la société, et est ainsi réalisée de manière habituelle par la société. Bien que l'objet social de la société constitue souvent une référence importante pour la caractérisation de la nature courante d'une opération<sup>531</sup>, ce critère n'est pourtant ni exclusif, ni suffisant. Ainsi, des activités exclues de l'objet social, tel que l'octroi d'un pécule à un directeur général partant en retraite, ou le versement à un salarié membre du directoire d'indemnités de licenciement prévues dans le contrat<sup>532</sup>, pourraient être considérées comme des opérations courantes lorsqu'elles s'appliquent à tous les salariés<sup>533</sup>. D'autre part, il est à noter que même si une opération rentre dans l'objet social, il est néanmoins nécessaire de vérifier si la convention en question est de même nature que les opérations ordinaires habituellement réalisées par la société<sup>534</sup>. Enfin, en réponse à l'exigence du caractère courant, l'opération ne doit pas présenter pour la société un enjeu économique exceptionnel, en raison de son importance ou de sa particularité<sup>535</sup>.

L'opération normale exige que celle-ci soit conclue dans des conditions normales par rapport aux conditions des opérations pratiquées habituellement par la société vis-à-vis des parties tierces indépendantes. Les pratiques de la société dans le passé servent également de la base de référence. L'appréciation des conditions normales ne se limite pas à ses conditions économiques ; l'accord exceptionnel de garantie, et même la longueur excessive de la durée du contrat pourraient écarter le caractère de normalité.

---

<sup>530</sup> A l'instar de la société anonyme, les intéressés sont tenus de communiquer les conventions courantes conclues aux conditions normales au président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, ainsi qu'aux commissaires aux comptes, sauf lorsqu'en raison de leurs objets ou de leurs implications financières, les conventions ne sont significatives pour aucune des parties. La communication doit se faire au plus tard le jour du conseil vérifiant et contrôlant le compte d'exercice écoulé, et mise à la disposition des actionnaires au plus tard 15 jours avant l'assemblée ordinaire annuelle.

<sup>531</sup> CA Nancy, 10 févr. 1988 : BRDA 19/1989, p. 13 ; Dr. sociétés 1989, comm. n° 7 ; CA Paris 4 Juin 2003, n° 02-4255, RJDA 2/04 n°179

<sup>532</sup> CA Paris, 18 oct. 1977 : Bull. Joly 1977, p. 663 ; CA Saint-Denis de la Réunion, 23 juin 1978 : Rev. sociétés 1979, p. 526, note P. Le Cannu

<sup>533</sup> Au contraire, les contrats de travail signés entre la société et ses dirigeants salariés ne sont pas censés être des opérations courantes, car ils concernent l'organisation de la société et non son objet social, sans oublier qu'ils ne pourraient être signés que dans le cas particulier permettant le cumul mandat social et statut de salarié. Cf. également Cass. soc. 29 novembre 2006, Papmétal, précité.

<sup>534</sup> Cass. com., 21 avr. 1977 : Bull. civ. IV, n° 105 ; Rev. sociétés 1978, p. 252, note M. Guilberteaud ; RTD com. 1977, p. 542, obs. R. Houin. ; Cass. com. 9 avril 1996, Bull. Joly 1996, p. 677, §241, note P. Le Cannu ; Cass. com., 11 juillet 2002, Bull. Joly, 2001, p. 34, §10, note P. Le Cannu

<sup>535</sup> CA Paris, 2 mars 1976 : Dr. sociétés 1976, comm. n° 93

Ainsi la pratique des autres sociétés ayant la même activité peut, par analogie, être prise en compte<sup>536</sup>.

Dans le cadre de l'appréciation dans la pratique de ces caractères « courant » et « de conditions normales » des opérations intragroupes, nous ne pouvons pas omettre de mentionner un rapport de CNCC fait en 1990(a). Cependant, ce rapport ne parvient pas, nous semble-t-il, à déterminer les critères pertinents en matière d'opérations financières (b).

#### **a. Les opérations de nature normale et courante aux termes du rapport de CNCC**

Une étude, initiée par la compagnie nationale des commissaires aux comptes avec la collaboration de diverses autorités<sup>537</sup>, a fondamentalement influencé la pratique de qualification des opérations courantes conclues à des conditions normales lors de conventions intragroupes.

En effet, suite aux analyses sur la base de l'échantillon des sociétés cotées, les auteurs de cette étude parviennent à conclure qu'il convient de qualifier de manière extensive la nature courante et normale des opérations à l'intérieur d'un groupe, tout en tenant compte de la spécificité et même de l'intérêt du groupe. D'après la CNCC, il est préconisé de présumer *a priori* comme opération courante les cinq types de conventions mises en place au sein du groupe. Il s'agit des :

- transactions commerciales, y compris le plus souvent les achats, ventes, sous-traitances, prestations ;
- frais communs du groupe, tel que liés à l'organisation générale, contrôle interne, comptabilité, informatique, juridique, formation du personnel, publicité, frais de recherche, locations immobilières ;
- mise à disposition du personnel entre les sociétés du groupe ;
- transactions sur immobilisations qui n'affectent pas de façon significative l'actif du bilan ; et

---

<sup>536</sup> Rép. min. n° 12232 à M Lebas : JOAN Q, 3 Avril 1969, p. 870, n° 4276

<sup>537</sup> Publiée en 1990 sur le Bulletin CNCC, n°79, p. 260, l'étude est élaborée suite à la consultation des représentants du Ministère de la justice, de la COB, de l'ANSA et de L'AFEP.

- transactions financières, y compris des prêts, des avances, des cautionnements, de la gestion d'un pool de trésorerie.

Il sera plus délicat d'apprécier le caractère normal de la convention, qui consiste en principe à reconnaître l'opportunité de la contrepartie des biens, des prestations et des aides financières ainsi fournis par une autre société du groupe. En général, d'après l'étude de la CNCC, des conventions plus avantageuses pour la filiale vis-à-vis de sa société mère, sous réserve qu'elles ne soient pas excessives, sont plus aisément acceptables en tant qu'opérations réalisées à des conditions normales. Il n'en demeure pas moins que le critère du caractère normal doit être nuancé en fonction de la nature de l'opération.

Quant aux transactions de nature commerciale, il faudra vérifier au moins que le vendeur ou le prestataire puisse *a priori* en tirer des bénéfices, sans avoir à respecter systématiquement les conditions normales du marché. Il est souligné qu'outre les bénéfices commerciaux, l'existence à l'intérieur du groupe de « *contreparties éventuelles liées à l'intérêt du groupe* », qui sont « *quelquefois difficilement chiffrables, consistant en avantages divers résultant de l'appartenance au groupe* »<sup>538</sup> pourraient également être prises en compte.

Il est ainsi préconisé d'accorder aux sociétés du groupe une plus large marge de manœuvre pour les conventions sur les frais communs portant sur les diverses assistances entre les sociétés de groupes, qui sont souvent à la charge de la société mère ou d'une société jouant le rôle de centre de services partagés, étant précisé que le prix ainsi facturé pourrait équivaloir au coût de revient sans que le caractère normal soit mis en cause.

Alors ce n'est que dans le cadre des transactions assez exceptionnelles, telles que la vente d'immobilisation, que doit être strictement respecté le principe du prix de marché.

L'étude de la CNCC vient clairement soutenir la thèse de l'exonération du formalisme applicable aux conventions réglementées pour des transactions financières, dès lors que celles-ci ne sont pas assorties de conditions particulières. Il convient néanmoins d'observer que la qualification des transactions financières relève de situations beaucoup plus délicates et complexes. S'il est légitime de faciliter, pour assurer l'efficacité du groupe, une partie des flux financiers intragroupes parmi les plus fréquents et les moins

---

<sup>538</sup> CNCC Bull. 1990, p. 292, IV. 1)

risqués, il est également pertinent de ne pas généraliser le caractère courant à tout acte financier en raison des risques importants qu'ils pourraient comporter. Contrairement à l'avis de la CNCC, la jurisprudence française tend à débouter la nature courante des opérations financières, qui méritent d'être séparément traitées dans une analyse postérieure.

En tout état de cause, malgré sa vision simplifiée, sinon simpliste, des opérations financières, l'avis synthétique de la CNCC est toutefois important dans l'appréciation de la nature « normale » et « courante » des opérations intragroupe. Car un nombre prépondérant des opérations intragroupes s'inscrit soit sur le plan commercial en tant que transactions entre des fournisseurs, producteurs et distributeurs, soit sur le plan du partage de diverses ressources et services communs - comptables, juridiques, logistiques, informatiques, personnel, communications publiques et trésoreries - entre les membres. Fréquemment citée par la doctrine, la position de la CNCC a connu ainsi des échos dans la jurisprudence. A la suite des idées développées par la CNCC, la Cour d'Appel de Paris s'est prononcée sur diverses prestations rendues par la société mère à sa filiale, « *les opérations telles que la location d'immeuble, le détachement du personnel et l'engagement de frais communs constituant des opérations courantes et, les dépenses engagées à ce titre ayant été facturées à la société filiale par la société mère à leur coût de revient* » ne nécessitent pas l'approbation préalable du conseil d'administration<sup>539</sup>.

Par la reconnaissance de la nature courante et normale de ces opérations, le régime des conventions réglementées n'a plus pour effet de bloquer les activités relatives au fonctionnement quotidien d'un groupe. En conséquence, sont visées seulement par le régime des conventions réglementées, les opérations exceptionnelles ou présentant des enjeux potentiellement dangereux, eu égard à l'importance significative ou à la particularité des conditions.

### **b. L'appréciation nuancée des opérations financières intragroupe**

Si l'entraide financière doit être normalement bien accueillie à l'intérieur du groupe, car elle conforte la position financière de chaque membre grâce à la solidarité du groupe,

---

<sup>539</sup> CA Paris, 17 oct. 2003: Juris-Data n° 2003-231065 ; JCP E 2004, 387, note J.-F. Barbière et JCP E 2004, 601, chron. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; Bull. Joly 2004, p. 224, § 35, note D. Schmidt

les flux de fonds anormaux et soutiens financiers abusifs au profit d'un membre du groupe conduisent en revanche à des conséquences parfois désastreuses. Comment identifier des opérations financières risquées qui méritent d'être subordonnées à une procédure de contrôle sévère, sans contrarier l'efficacité de la solidarité du groupe ? Contrairement aux préconisations générales de la CNCC, la jurisprudence semble vouloir adopter une approche plus affinée dans l'appréciation du caractère de ces transactions, qui nécessite plus de précisions.

### *1) les opérations financières non courantes au sein du groupe*

Il convient de vérifier la nature des opérations financières à partir des avances en comptes courant.

Au début, un arrêt isolé de la Cour d'appel de Paris a reconnu qu'une avance en compte courant d'associé peut être identifiée à une opération courante conclue à des conditions normales<sup>540</sup>. Ce point de vue a été ensuite désavoué à plusieurs reprises par diverses autorités administratives. Pour le Chancelier, « *il ne paraît pas possible d'exclure de la procédure spéciale, les conventions de comptes courants... et leurs modalités* »<sup>541</sup>, et selon la Commission des opérations de bourse<sup>542</sup>, le compte courant même consenti au sein d'un groupe de sociétés ne constitue pas une opération courante, dès l'instant où la concession de prêts n'est pas prévue par l'objet social de la société prêteuse. La même juridiction dont l'arrêt a fait l'objet de critiques a rapidement abandonné son ancienne position, et subordonne dès lors la convention de blocage de compte courant à une autorisation préalable. La Haute juridiction semble s'aligner ainsi aux avis de l'administration, en soulignant implicitement qu'une créance en compte courant d'associé doit se soumettre à la procédure d'autorisation<sup>543</sup>.

Partant de ce principe désormais incontestable en droit, pouvons nous en déduire que toutes les transactions financières, notamment la mise à disposition de fond, soient exclues des opérations courantes non réglementées? Cette question n'est pas sans incidence, car les emprunts mutuellement consentis entre les sociétés d'un même groupe

<sup>540</sup> CA Paris, 10 mai 1972 : Bull. Joly 1972, p. 502

<sup>541</sup> Rép. min. n° 14765 à Mr Liot : JO Sénat, 20 août 1974, p. 1084. - n° 24332 à Mr Valbrun : JOAN, 17 janv. 1976, p. 258. - n° 34164 à Mr Sergheraert : JOAN, 20 oct. 1980, p. 4453. - n° 37140 : JOAN Q, 9 mars 1981, p. 1028

<sup>542</sup> Rapport COB 1974, p. 71

<sup>543</sup> Cass. com., 10 mars 1992 : Bull. Joly 1992, p. 523; vote également; Cass. com., 22 juill. 1986 : JCP E 1987, II, 14930, note A. Viandier



sont devenus des pratiques très fréquentes dans certains groupes, notamment grâce au mécanisme du pool de trésorerie<sup>544</sup> dont la mise en place ne se heurte plus aux prohibitions légales suite à la reconnaissance du groupe en droit financier par l'article L 511-7, I-3 du Code monétaire et financier (voir le titre I de la première partie). Pour y répondre, il convient de vérifier s'il y a une spécificité propre au compte courant d'associé par rapport à d'autres transactions financières, qui justifie l'application d'un régime de contrôle particulier.

Privé d'une véritable notion juridique, le compte courant d'associé est effectivement le fruit de la pratique économique<sup>545</sup>. La simplicité du formalisme et la souplesse des modalités de gestion et de remboursement, largement reconnues par la jurisprudence, contribuent à la popularité de cette pratique. Initialement inventé pour pallier les difficultés passagères de trésorerie, l'apport des comptes courant d'associés a permis, avec le temps, de créer un instrument important pour suppléer aux capitaux propres des sociétés. En tout état de cause, peu importe son utilité financière, légalement, le compte courant se voit qualifier de simple opération de prêt<sup>546</sup>, sans que le statut de prêteur – associé de l'emprunteur – soit pris en compte. De ce point de vue, nous déduisons que la spécificité juridique des comptes courants ne résulte pas de la relation entre le prêteur et l'emprunteur.

De plus, il convient de constater que les comptes courants sont souvent mis en place de façon verbale ou par des conduites tacites sans que la durée du prêt soit précisée. Ces conventions d'emprunt sont considérées d'après le droit commun à durée indéterminée, de sorte que le titulaire du compte courant est en droit de solliciter à tout moment la restitution des fonds avancés, même si une telle demande peut entraîner brutalement la dégradation de la situation économique de la société emprunteur. La Cour de cassation garde une attitude très ferme sur ce principe, et souligne de manière constante qu'en l'absence de terme stipulé, un associé peut demander à tout moment, et quelle que soit la

---

<sup>544</sup> La technique du pool de trésorerie permet à certaines sociétés du groupe de mettre leurs excédents de trésorerie à la disposition d'autres sociétés du même groupe qui en ont besoin. Les opérations sont normalement centralisées par une structure « pivot » chargée de collecter et de redistribuer ou de placer des fonds disponibles. L'intervention d'une banque en tant que gestionnaire des fonds et l'utilisation des technologies informatiques contribue à faciliter la mise en place de ce dispositif.

<sup>545</sup> Pour la présentation générale, I. Urbain-Parléani, « *Les comptes courants d'associés* » : LGDJ 1986 ; D. Danet, « *Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique* » : RTD com. 1993, p. 55, spéc. p. 72 s., D. Gibirila, « *Compte courant d'associé* », J.-Cl. Commercial, Facs. 1099

<sup>546</sup> Cass. com., 15 janv. 1982 : Bull. Joly sociétés 1982, p. 266 - Cass. com., 15 juill. 1982 : Rev. sociétés 1983, p. 75, note J.-P. Sortais ; Cass. com., 24 juin 1997, JCP G 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; Dr. sociétés 1997, comm. 138, obs. Th. Bonneau ; Bull. Joly Sociétés 1997, p. 871, note B. Saintourens ; RTD com. 1997, p. 153, obs. C. Champaud et D. Danet ; Defrénois 1998, art. 36811, n° 2, p. 667, obs. H. Hovasse ; JCP N 1998, p. 490, obs. J.-P. Garçon

situation de la société, le remboursement de son solde créditeur en compte courant<sup>547</sup>. Ne constitue pas une opposition valable contre l'obligation de remboursement l'exception tirée de l'*affectio societatis*, même si la demande de remboursement est faite durant une mauvaise conjoncture et pourrait aggraver la situation de sa filiale<sup>548</sup>. Il en ressort ainsi que n'est pas opposable au créancier de compte courant des décisions d'assemblée de débiteur postérieures à la date du prêt, bloquant les comptes pour un montant et une durée déterminée<sup>549</sup>.

Compte tenu de son caractère provisoire, le compte courant d'associé se distingue normalement des autres opérations de prêt. Peut-on en déduire que les comptes courants sont soumis à la procédure réglementée uniquement en raison de leur caractère provisoire? Peut-on penser *a contrario* que d'autres types d'opérations financières, non dotées d'un tel caractère provisoire, peuvent être considérés comme des opérations courantes? La réponse doit être négative. En effet, il ne nous semble pas que ce caractère provisoire du compte courant d'associé soit la raison essentielle de l'application des contrôles procéduraux. En effet, si les comptes courants s'analysent par défaut comme des prêts provisoires, rien n'interdit aux parties de prévoir par écrit des dispositions conventionnelles sur la durée et la modalité de remboursement, de sorte que le compte courant s'apparente aux autres types de prêt. Pourtant, ces comptes courants à durée déterminée doivent être tout de même soumis aux procédures réglementées.

Il est donc permis de conclure que les comptes courants ne relèvent pas d'une catégorie d'emprunt méritant de contrôles particuliers par rapport aux autres opérations d'emprunts. Il en ressort que la jurisprudence a effectivement entendu refuser le caractère courant à tous les types d'opérations de prêt au sein du groupe, en dépit de la suggestion de la CNCC. .

---

<sup>547</sup> Cass. com., 15 juill. 1982 : Juris-Data n° 1982-799444 ; Rev. sociétés 1983, p. 75, note J.-P. Sortais. ; Cass. com., 18 nov. 1986 : JCP G 1987, II, 20806, note M. Jeantin ; D. 1987, somm. p. 389, note J.-C. Bousquet ; Rev. sociétés 1987, p. 581, note I. Urbain-Parléani ; Cass. com., 12 janv. 1993 : Bull. Joly sociétés 1993, p. 336, note A. Couret

<sup>548</sup> Cass. com., 15 juill. 1982 : Rev. sociétés 1983, p. 75, note J.-P. Sortais ; voit aussi J.-P. Garçon, « *Le droit au remboursement permanent des comptes courants d'associés* » : JCP N 1998, p. 490. ; C. de Watrigant, « *Le remboursement du compte courant d'associé* » : Dr. sociétés 2001, chron. 6

<sup>549</sup> Cass. com., 24 juin 1997 *GAMM c/ Gambet* : Juris-Data n° 1997-003010 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 207 ; JCP G 1997, II, 22966, note P. Mousseron ; Dr. sociétés 1997, comm. 138, obs. Th. Bonneau ; Bull. Joly Sociétés 1997, p. 871, note B. Saintourens ; RTD com. 1997, p. 153, obs. C. Champaud et D. Danet ; Defrénois 1998, art. 36811, n° 2, p. 667, obs. H. Hovasse ; JCP N 1998, p. 490, obs. J.-P. Garçon. - Adde J.-P. Garçon, « *Le droit au remboursement permanent des comptes courants d'associés* » : JCP N 1998, p. 490, avec l'arrêt en annexe

## 2) les opérations financières exceptionnellement courantes au sein du groupe

Néanmoins, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles est venu bouleverser cet ordre de pensée<sup>550</sup>. En espèce, une société holding a constitué avec ses filiales un *pool* de trésorerie du groupe, sans que la convention de trésorerie ait été soumise à la procédure de contrôle au sein de la filiale. La cour s'est prononcée toutefois sur la validité d'une telle convention, en précisant qu'une telle convention de centralisation de trésorerie ne « *saurait présenter, par nature, un caractère inhabituel dans un groupe de société* ». Le *pool* de trésorerie semble se justifier pleinement comme opération courante, et dès l'instant où il n'est pas conclu à des conditions anormales, il doit être considéré comme une convention libre.

Une partie de la doctrine est favorable à ce jugement faisant écho à une solution depuis longtemps préconisée par la CNCC et partiellement soutenue par la COB<sup>551</sup> et l'ANSA<sup>552</sup>. Néanmoins, l'admission du caractère courant du *pool* de trésorerie paraît manifestement contradictoire avec la position jurisprudentielle concernant le compte courant d'associés, en raison de la nature juridique identique dont relèvent ces deux types de transactions financières.

En effet, comme souligné à juste titre par M. Le Nabasque<sup>553</sup>, la Cour d'appel de Versailles a tiré des conclusions hâtives en reconnaissant la nature courante d'une centralisation de trésorerie. Certes, en général, les opérations de centralisation de trésorerie constituent une pratique assez populaire et habituelle au sein du groupe, mais cela ne permet pas d'en déduire automatiquement que le *pool* de trésorerie est forcément de nature courante au sein d'un groupe déterminé. *A fortiori*, rappelons que la Cour de cassation n'a jamais entendu accepter des critères abstraits et objectifs du caractère courant, l'appréciation devant toujours reposer sur la comparaison avec des opérations

---

<sup>550</sup> CA Versailles, ch. com. réunies, 8 avr. 2002 : JCP E 2002, 1468, note A. Couret et JCP E 2002, I 188 chron. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker; Bull. Joly 2002, p. 923, note H. Le Nabasque

<sup>551</sup> Bull. COB, juin 1981, n° 138, p. 7 : pour ce qui est du caractère courant « *il faut tenir compte essentiellement de l'activité de la société à l'intérieur du groupe [...] une société qui n'a pas pour vocation de consentir des prêts, peut couramment en accorder à des sociétés de son groupe dans le cadre d'un accord de trésorerie* ».

<sup>552</sup> Bull. ANSA 1999, n° 3014 : « *le caractère courant de l'opération est présumé dans la mesure où, par dérogation au monopole bancaire, la loi bancaire du 24 janvier 1984 admet expressément et de façon habituelle les opérations de trésorerie entre sociétés ayant des liens de capital conférant à l'une d'entre elles un pouvoir de contrôle effectif sur les autres, et la gestion de trésorerie est désormais usuellement centralisée dans les groupes de sociétés* ».

<sup>553</sup> M. Le Nabasque, note sous l'arrêt, précité, voit également ; G. Baranger, « *Conventions Réglementées* » Ed. F. Lefebvre, 2007, n° 885

entreprises par la même société dans le passé. Dans le cadre du pool de trésorerie, les prêts et emprunts réciproques pourraient avoir lieu très fréquemment de sorte qu'ils deviennent petit à petit des opérations courantes des sociétés de groupe, mais la convention cadre initialement adoptée à l'intérieur du groupe est, au moment de sa conclusion, de nature inhabituelle.

Nous ne pouvons que tirer de ce qui précède une conclusion mitigée. Des opérations de prêts financiers, même au sein du groupe, ne peuvent normalement être dispensées de la procédure réglementée. Doivent être soumises à la procédure réglementée les conventions cadres concernant la mise en place de *pool* de trésorerie ou de crédits renouvelables. En revanche, chaque opération financière réalisée ultérieurement n'a plus à être approuvée au cas par cas, dès lors qu'elle est couverte par cette convention cadre déjà homologuée. En l'absence d'une convention cadre, l'exonération du contrôle préalable des transactions financières n'est pas impossible, elle devient simplement beaucoup plus délicate puisqu'il faudra prouver que vis-à-vis de son cocontractant (prêteur et emprunteur), une société a déjà mené avec lui des opérations identiques à des conditions normales et de façon usuelle, tant sur la durée qu'à l'égard du nombre d'opérations déjà passées.

## ***2. La mise en place de cautionnement à l'intérieur du groupe***

Contrairement aux opérations de prêt, les cautionnements souscrits par une société pour garantir les dettes d'un tiers présentent manifestement des risques anormaux pour celle-ci. En vue de minimiser les risques, le droit français impose un dispositif de contrôle plus sévère qu'en droit commun pour l'établissement d'un acte valable de cautionnement pour autrui **(a)**. L'appréciation de la validité d'un tel acte est plus délicate lorsqu'il est souscrit par une société pour un débiteur appartenant à un même groupe de sociétés **(b)**.

### **a. La restriction générale du cautionnement pour autrui**

Rappelons simplement qu'une société ne peut se porter caution pour garantir les engagements personnels de ses dirigeants personnes physiques, afin d'éviter tout conflit d'intérêts entre la société et ses dirigeants, ainsi cette interdiction justifie la protection de

l'intérêt social (article L 225-43 et L 225-91 du Code de commerce). De même, en dehors de l'hypothèse de l'acquisition des actions de sociétés par les salariés, toute société anonyme se voit refuser, sous peine de poursuite pénale, de se porter garante du remboursement des sommes prêtées à un tiers personne physique ou personne morale en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions (article L225-216 du Code de commerce). L'appartenance de la caution et du débiteur à un même groupe ne peut pas déroger à une telle interdiction<sup>554</sup>.

Par ailleurs, les cautions, avals et garanties donnés par une société anonyme comme sûreté de remboursement des dettes d'un tiers doivent être obligatoirement subordonnés à une autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Cette obligation, étant d'ordre public<sup>555</sup>, est d'une nature extraordinairement protectrice de sorte que le défaut d'autorisation rend le cautionnement inopposable à la caution, même une autorisation ultérieure à celle-ci ne peut couvrir l'irrégularité<sup>556</sup>. De plus, c'est le créancier bénéficiaire du cautionnement qui doit prendre la précaution de vérifier que l'autorisation a été délivrée, étant précisé que l'évocation d'un mandat apparent ne constitue pas une exception opposable à la caution<sup>557</sup>. En définitive, l'appartenance à un groupe de sociétés n'empêche pas l'application de cette procédure à la société mère qui se porte caution des dettes de ses filiales<sup>558</sup>.

Enfin, en termes généraux, la validité d'un cautionnement dépend aussi du fait qu'il soit bien compris dans l'objet social de la société caution. Néanmoins, le non-respect de l'objet social ne constitue qu'exceptionnellement un obstacle à la validité du cautionnement pour les sociétés commerciales telles que la SARL et la SA, car ces sociétés peuvent être liées d'exécuter des actes ne relevant pas de leur objet social<sup>559</sup>, et cela conformément à la loi destinée à rassurer la sécurité des transactions commerciales<sup>560</sup>.

---

<sup>554</sup> P. Bouteiller, « *Cautionnement donné par une société* », JCP E 2000, p. 2043

<sup>555</sup> Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981 : D. 1981, p. 637, concl. Cabannes ; Rev. sociétés 1982, p. 84, note C. Mouly

<sup>556</sup> Cass. com., 28 avr. 1987 : Bull. civ. IV, n° 102 ; Cass. com., 11 juill. 1988 : Bull. civ. IV, n° 246 ; Cass. com., 8 nov. 1988 : JCP G 1989, II, 21230, note J.-F. Barbieri ; Cass. com., 17 nov. 1992 : Bull. civ. IV, n° 364.

<sup>557</sup> Cass. com., 24 févr. 1987 : Bull. civ. IV, n° 56. ; CA Paris 8 Oct. 1995, Bull. Joly 1996, p. 199, §64, note P. Le Canu

<sup>558</sup> Cass. com., 28 avr. 1987 : D. 1988, p. 341, note Grillet-Ponton

<sup>559</sup> Ch.-H. Chenut, « *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères* », Rev. Soc. 2003, p. 83, n° 13

<sup>560</sup> Les articles 233-18, 225-35, 225-64 et 226-7 du Code de commerce.

## **b. L'existence ou non de règles spéciales au sein du groupe**

La mise en place d'un cautionnement au sein du groupe, en dépit du dispositif restrictif que nous venons d'aborder, peut donner lieu à deux autres questions. A savoir s'il est encore nécessaire d'appliquer la procédure de convention réglementée et si le respect de l'intérêt social de la société garante, sans lequel le cautionnement ne pourrait être valable, pourrait s'apprécier en tenant compte de son appartenance au groupe.

*Stricto sensu*, un cautionnement pour autrui consiste en une convention entre le créancier et la caution, le débiteur cautionné n'étant qu'un tiers à cette convention de cautionnement. Par conséquent, l'engagement d'un cautionnement ne déclenche nullement l'application de la procédure pour les conventions réglementées, indépendamment des liens existant entre la société caution et la société cautionnée. Il est ainsi jugé qu'un contrat de cautionnement n'est pas subordonné aux dispositions de l'article L. 225-38 du Code de commerce, même si le président de la société caution cumule la position de directeur d'une autre société du groupe dont les dettes font l'objet de garantie<sup>561</sup>.

Avant qu'une société s'engage dans le cautionnement d'une dette d'une autre société du même groupe, elles concluent assez fréquemment une convention préalable en vue de fixer les conditions et la rémunération pour souscrire un tel engagement. Cette convention pourrait être qualifiée de convention réglementée au sein de l'une des deux sociétés, en fonction des circonstances de fait. Pourtant, le respect ou non de ce formalisme n'a aucune influence sur la validité du cautionnement ainsi engagé. En définitive, il n'existe qu'un dernier garde-fou, pour contrebalancer les risques d'un cautionnement au sein du groupe, celui de l'exigence de la conformité de l'engagement à l'intérêt social de la caution.

Il est désormais unanimement admis qu'un cautionnement ne pourrait pas être valablement engagé sans qu'il soit conforme à l'intérêt social de la société garante<sup>562</sup>, ce qui implique qu'elle en retire une contrepartie équivalente, directe ou indirecte.

---

<sup>561</sup> Cass. com., 9 avr. 1996, *Sté IHM c/ Banque Worms* : Bull. civ. IV, n° 116 ; JCP E 1996, I, 589, n° 8, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Bull. Joly 1996, p. 674, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1996, comm. n° 196, obs. D. Vidal, confirmant CA Paris, 4 mai 1993 : Bull. Joly 1993, p. 861, note Ph. Delebecque

<sup>562</sup> Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826 : Dr. sociétés 2008, n° 32 ; Dr. et Patrimoine oct. 2008, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; JCP E 2008, 1280, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker

Pourtant, une grande difficulté consiste en l'interprétation de la notion de l'intérêt social, qui constitue une notion extrêmement souple, sinon vague.

L'appréciation de l'intérêt social semble davantage se compliquer quand la société appartient à un groupe, car un courant doctrinal fortement inspiré de la jurisprudence pénale sur l'abus de biens sociaux<sup>563</sup>, tend à penser que l'impérialisme de l'intérêt social convient d'être apprécié de manière nuancée, en vue de faciliter l'introduction de l'intérêt du groupe.

Or, dans le cadre de l'appréciation de la validité du cautionnement, la prise en considération de l'intérêt du groupe n'a jamais été formellement admise par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Au contraire, celle-ci rejette constamment toute tentative se prévalant uniquement de l'intérêt du groupe auquel appartiennent la société caution et le bénéficiaire. En fait, la conformité à l'intérêt social de la caution doit constituer le seul critère de validité. Partant de ce principe, une garantie descendante, tel que celle donnée par la société mère au profit des dettes de sa filiale, pourrait justifier plus aisément l'intérêt de la mère à sauvegarder la valeur de sa participation<sup>564</sup>. A l'inverse, s'agissant de garanties descendantes et transversales<sup>565</sup>, l'intérêt social de la caution vis-à-vis du débiteur du prêt cautionné devient nettement plus difficile à justifier. Dans l'affaire *Banque populaire Rives de Paris*<sup>566</sup>, la Haute Juridiction a confirmé la nullité d'une caution hypothécaire souscrite par une filiale pour garantir les dettes de sa société mère par des motifs sans équivoque : la caution ainsi souscrite ne s'assortit d'aucune contrepartie, elle aurait pour effet de priver éventuellement la filiale de ressources en grevant lourdement son patrimoine immobilier. Un cautionnement souscrit dans de telles conditions est donc manifestement contraire à l'intérêt social de son auteur, et l'existence d'une communauté d'intérêts du groupe, tel que mise en exergue par le créancier bancaire, ne peut pas légitimer cette caution. Cet arrêt démontre, par un raisonnement *a contrario*, l'exigence judiciaire de la conformité exclusive de l'intérêt social de la caution. Pourtant, si nous pouvons dégager facilement de l'arrêt qu'une

---

<sup>563</sup> Ch.-H. Chenut, « *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, ou les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères* », précité, p. 95, n°31 ; J.-P. Dom, « *Les montages en droit des sociétés* », Bull. Joly. 1998, n°623, p. 382 ; M. Pariente, « *Les groupes de sociétés, Aspects juridiques, social, comptable et fiscal* », précité, n°238, p. 251

<sup>564</sup> J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker, « *Droit des sociétés* », JCP E 2008, I. 147, n°3. Malgré tout, nous ne pouvons pas nier la souplesse de la reconnaissance de la conformité de l'intérêt de la société caution dans le cadre de la garantie descendante.

<sup>565</sup> Termes utilisés par Monsieur Chenut, signifiant respectivement le cautionnement souscrit par la filiale au profit de la société mère et celui souscrit par une société au profit d'une autre société sœur.

<sup>566</sup> Cass. com., 13 nov. 2007, Dr. sociétés 2008, comm. 32, note H. Hovasse ; Rev. Soc. 2008, p. 113, note M. Pariente

caution ainsi souscrite doit s'assortir obligatoirement d'une contrepartie, aucun indice sur le montant et la nature de la contrepartie n'a été clairement déterminé. Serait-il pertinent d'avoir recours, tel que cela est souhaité par plusieurs auteurs, aux critères exonérateurs de la responsabilité de l'abus de biens sociaux au sein du groupe<sup>567</sup>? Pourquoi ne pas plutôt se référer à la jurisprudence du Conseil d'Etat dans l'appréciation de l'acte de gestion normale conforme à l'intérêt social<sup>568</sup>? Au stade actuel, une seule chose est certaine : il revient au juge du fond d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si la souscription de caution ne présente pas de risques excessifs pour la caution et qu'il existe une contrepartie réelle et suffisante, qui n'est pas forcément limitée au seul versement d'argent.

A travers cette ambiguïté jurisprudentielle, créatrice d'insécurité juridique, il est probable que l'intention de la Haute Juridiction soit de décourager les cautionnements intragroupes. Il est vrai qu'en pratique, les conséquences négatives de l'invalidité de la caution sont supportées par le créancier de la dette cautionnée, qui est souvent un établissement de crédit. Afin d'être bien protégé, le créancier est alors obligé de vérifier préalablement, à la place et pour le compte de la caution, la conformité de son intérêt social ainsi que la suffisance des contreparties accordées par le débiteur. On peut douter de l'efficacité de ce type de contrôle, qui en plus d'être compliqué, est aussi démunie de tout critère légal clairement défini. La présence de risques imprévisibles renforce inévitablement la réticence des banques à l'égard de ces opérations.

## ***§2. L'absence de l'assouplissement en droit des sociétés chinois***

En droit chinois, il existe deux régimes parallèles dont chacun instaure une procédure de contrôle sur l'approbation des conventions souscrites par une société. Le premier régime vise à renforcer le contrôle sur certains actes susceptibles d'entraîner, en raison de la nature de l'acte, des conséquences assez graves pour la société. Le deuxième régime de contrôle partage un objectif similaire au régime de conventions réglementées en droit français, à savoir, prévenir un conflit d'intérêts potentiel entre la société et ses dirigeants ou associés.

---

<sup>567</sup> G. Baranger, « *Conventions Réglementées* », Ed. F. Lefebvre, 2007, n° 888 ; Ch.-H. Chenut, « *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés* », précité, p. 95, n°31

<sup>568</sup> J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker, « *Droit des sociétés* », JCP E 2008, I. 147, n°3



Le premier régime est construit principalement par l'article 16 de la loi sur les sociétés, qui vise à imposer une procédure de contrôle sur la conclusion des engagements de garanties (cautions, garanties et avals) au profit d'un débiteur tiers ainsi que des conventions concernant des « *investissements dans d'autres entreprises* »<sup>569</sup> souscrits par tous types de société. A cet égard, la loi confère à chaque société le pouvoir d'attribuer, par des dispositions statutaires, le pouvoir d'approbation de convention soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale.

Pour autant, cette liberté de choix est exclue pour certains types de conventions, qui relèvent uniquement du pouvoir d'approbation de l'assemblée générale ou le cas échéant, de l'associé unique:

- les engagements de garantie au profit d'un associé ou d'un « *dominateur réel* » (l'article 16, aliéna 3 de la loi sur les sociétés).
- les garanties engagées par des sociétés anonymes cotées en bourse, dont le montant des dettes garanties (la loi n'exclut pas les garanties engagées par la société au profit de ses propres dettes) dépasse 30% des actifs de la société (l'article 122 de la loi sur les sociétés).

Le deuxième régime, qui poursuit une finalité semblable au régime des conventions réglementées en droit français, est instauré par la « loi sur les actifs d'Etat des entreprises » (*Qiye Guoyou Zichan Fa, 企业国有资产法*)<sup>570</sup>.

Il ressort de la loi que toutes les conventions qu'une société à capital exclusivement étatique a l'intention de conclure avec des personnes liées doivent être assujetties à une procédure d'approbation interne.

L'article 45 de cette loi précise que dans le cadre d'une société à capitaux exclusivement étatiques, les conventions avec des personnes liées doivent être exclusivement approuvées par l'associé qui représente l'Etat dès lors qu'elles portent sur

---

<sup>569</sup> A notre avis, le sens de l'investissement dans l'article 16 doit s'entendre au sens large, et comprendre l'acquisition ou la souscription de participations d'une société tierce. En revanche, l'octroi d'emprunts, considéré parfois en droit chinois comme un investissement indirect, ne saurait être visé par l'article 16. Nous nous fondons sur deux arguments : en premier lieu, les emprunts, considérés comme une activité financière, ne peuvent être licitement réalisés entre des sociétés ordinaires en droit chinois, même s'il s'agit d'un mécanisme du trésorerie du groupe (voir précité). En second lieu, en admettant que le législateur utilise de façon cohérente les termes dans le texte, il convient de souligner que le mot « investir » est utilisé dans l'article 15 de la même loi (permission à chaque société de détenir des participations dans une autre société), et dans cet article 15, il est sans équivoque que « investir » exclut l'octroi d'emprunt.

<sup>570</sup> Promulguée le 28 octobre 2008 par la Comité permanent de l'Assemblée Nationale

les actes suivants:

- l'achat, la vente ou l'emprunt ;
- la garantie au profit d'une dette de la personne liée ;
- la création conjointe d'une entreprise, par cette société et par ses personnes liées,
- l'investissement effectué par cette société dans une entreprise qu'un administrateur, un surveillant ou un dirigeant supérieur de cette société (y compris les membres de la famille) domine ou possède.

Pour toutes les autres conventions à conclure entre une société à capitaux étatiques<sup>571</sup> et ses personnes liées, le pouvoir d'approbation relève, aux termes des dispositions statutaires de la société, soit de l'assemblée générale, soit du conseil d'administration.

Concernant toute procédure d'approbation évoquée ci-dessus, le mécanisme de l'exclusion de vote de la partie intéressée n'est que partiellement mise en place par la loi.

En premier lieu, au sein d'une société cotée en bourse ou d'une société à capitaux étatiques, lorsque le conseil d'administration est saisi pour se prononcer sur la conclusion d'une convention avec une personne dite « liée » en raison de sa relation avec un administrateur, cet administrateur ne peut voter, tant pour son propre compte qu'au titre de mandataire d'un autre administrateur. De plus, s'agissant d'une société cotée en bourse, si l'exclusion de vote a pour effet de réduire le nombre des administrateurs aptes à voter à moins de deux administrateurs, la décision doit être en conséquence prononcée par l'assemblée générale.

En second lieu, dans le cadre de la délibération de l'assemblée générale sur l'engagement de garantie au profit d'une dette d'un associé ou d'un « *dominateur réel* », l'associé ayant un intérêt dans cette garantie, ou l'associé dominé par le « *dominateur réel* » ainsi intéressé doit être interdit de voter.

Plusieurs observations découlent de l'étude des dispositifs ci-dessus exposés.

#### A. *L'ambiguïté de l'effet de la procédure de contrôle*

Il convient tout d'abord de noter que la procédure de contrôle en droit chinois est

---

<sup>571</sup> Les sociétés à capitaux étatiques comprennent les sociétés dont le capital est détenu à 100% par l'Etat ainsi que les sociétés dont une participation est détenue par l'Etat.

essentiellement simplifiée et assouplie. Puisque l'intervention successive des deux organes sociaux n'est pas nécessaire, il n'y a pas lieu de distinguer, à l'image du droit français, les conséquences respectives de l'approbation de chaque organe social. Pour autant, la loi chinoise est complètement muette à l'égard des conséquences de l'approbation, et ce laconisme des textes entraîne plusieurs problèmes au regard d'une convention dont l'approbation n'est pas prononcée par l'organe compétent.

En effet, nous ignorons si la conclusion d'une convention peut être rétroactivement régularisée par une approbation ultérieurement prononcée. La régularisation rétroactive ne semble pas impossible, puisque aucune disposition légale ne prévoit expressément que l'approbation doit être « préalable ». La reconnaissance de l'effet rétroactif est même utile notamment quand l'approbation doit être prononcée par l'assemblée générale, compte tenu du délai et de la complexité de la convocation de l'assemblée générale.

Le silence de la loi provoque également une polémique doctrinale sur la validité d'une convention signée par la société en l'absence de l'obtention de l'approbation de l'organe social. Au regard des actes de garantie et d'investissement au titre de l'article 16 de la loi sur les sociétés, un auteur considère que le non respect de la procédure de contrôle n'entraîne pas la nullité de la convention concernée mais la responsabilité des dirigeants concernés<sup>572</sup>. En revanche, d'autres auteurs considèrent que l'objectif poursuivi par cette article consiste avant tout à la protection des associés, si bien qu'une convention visée par l'article 16 de la *loi sur les sociétés* doit être nulle sauf à ce qu'elle soit ratifiée ultérieurement par l'organe social compétent<sup>573</sup>.

#### *B. La discrimination des sociétés ordinaires*

La loi chinoise pratique une politique discriminatoire sur la protection des intérêts de la société dans le cadre des conventions les plus suspectes. La protection des sociétés à capitaux étatiques est assurée de façon plus rigoureuse, puisque une procédure d'approbation spéciale pour les conventions avec des personnes liées est généralisée. De plus, le législateur chinois prend aussi le soin de mettre en œuvre le mécanisme de

---

<sup>572</sup>HANG Long, « *La Compréhension des actes de garantie et des investissements visés par l'article 16 de la loi sur les sociétés* », Renmin Fayuan Bao, 10 Juillet 2008, Secteur 6, (黄龙, « *对公司法第十六条有关对外投资和担保的理解* », 人民法院报)

<sup>573</sup>HUANG Cheng Jun, « *La violation de l'article 16 de la loi sur les sociétés entraîne la nullité de la convention* », Renmin Fayuan Bao, 9 Octobre 2008, Secteur 6 (黄承军, « *违反公司法第十六条将导致合同无效* », 人民法院报); GAN Pei Zhong, « *Analyse du sens de l'article 16 de la loi sur les sociétés* », Fazhi Ribao, 18 Février 2008 (甘培忠, « *公司法第十六条的法义情景解析* », 法制日报)

l'exclusion de vote des administrateurs intéressés afin de garantir l'impartialité de l'organe social d'approbation. Les sociétés cotées en bourse sont relativement moins protégées, puisque le contrôle sur les conventions avec les personnes liées n'est plus exigé, sauf pour un nombre limité de conventions expressément visées par la loi (l'article 16 ou l'article 122 de la loi sur les sociétés) ou par des dispositions statutaires particulières. Toutefois, le mécanisme de l'exclusion de vote demeure applicable lorsque le conseil d'administration est éventuellement saisi pour approbation. Les autres sociétés sont mal protégées. La procédure spéciale du contrôle n'est applicable qu'à des conventions de garantie et d'investissement au titre de l'article 16 de la loi sur les sociétés, et le mécanisme de l'exclusion de vote est seulement mis en œuvre dans le cadre de l'engagement d'une convention de garantie qui implique l'intérêt des associés.

### *C. Les conséquences très limitées concernant les conventions intragroupes*

Dans le cadre des régimes chinois sur le contrôle procédural des conventions liées, le groupe de sociétés semble être un élément quasiment ignoré par la loi. L'appartenance des cocontractants à un même groupe de sociétés ne semblent pas créer entre eux une relation de personnes liées.

La procédure d'approbation de l'engagement de garantie au titre de l'alinéa 3 de l'article 16 de la *loi sur les sociétés* s'applique également aux groupes de sociétés. Ce texte constitue pourtant une règle accessoire au principe de l'aliéna 1 du même article, qui prévoit une procédure d'approbation, s'appliquant selon la nature des opérations (convention de garantie ou l'acte d'investissement), et non en raison de la nature du lien entre les cocontractants.

En dehors de cette règle, aucun régime de contrôle procédural en droit chinois n'est capable de prévenir une situation de conflit d'intérêts dans le cadre des conclusions de conventions entre les sociétés du groupe. Certes il existe des procédures d'approbation assorties du mécanisme de l'exclusion de voix des personnes intéressées, mais elles sont plutôt destinées à prévenir la mauvaise influence que subissent les administrateurs dans la prise de décision.

Même pour les sociétés à capitaux étatiques qui sont soumises aux contrôles légaux les plus rigoureux à cet égard, les procédures d'approbation n'ont pas vocation à s'appliquer aux conventions entre ce type de société et ses filiales. En effet, dans le cadre

de la *loi sur les actifs d'état des entreprises*, les relations des personnes liées sont définies comme des relations uniquement entre une société et ses administrateurs, surveillants, dirigeants supérieurs ainsi que les entreprises que ces derniers dominent ou possèdent. La loi n'entend pas élargir le champ d'application d'une procédure d'approbation aux conventions entre les sociétés d'un groupe dont le capital de la société mère est détenu par l'Etat.

Quant aux sociétés cotées en bourse, le mécanisme de l'exclusion de vote des conventions est seulement mis en œuvre lorsque la convention en cause est conclue entre la société et une personne liée qui est dominée directement ou indirectement par son administrateur. Quant aux conventions devant être soumises à l'approbation de l'assemblée générale aux termes des dispositions légales ou statutaires, même si elles sont conclues avec des sociétés mère, fille ou sœur, un actionnaire susceptible d'être intéressé par ces conventions a toujours le droit de participer à la délibération, à moins qu'il ne s'agisse de la garantie engagée par la société visée par l'aliéna 3 de l'article 16 de la *loi sur les sociétés*.

En conclusion, en droit chinois, le contrôle préalable de la conclusion de la convention entre les personnes liées ne vise pas *a priori* à réglementer les conventions entre les sociétés du même groupe. En conséquence, le groupe de sociétés ne constitue point, pour l'instant, un élément pouvant assouplir la rigueur des règles de contrôle préalable.

Cette situation est aussi forte regrettable. L'objectif prédominant du régime des conventions réglementées doit consister au maintien de l'impartialité des personnes exerçant le droit de vote. Les contrats au sein des groupes de sociétés, qui impliquent fréquemment les intérêts des actionnaires et des dirigeants sociaux, doit être soumise, de façon plus générale, aux règles de l'approbation préalable et de l'exclusion du droit de vote des parties concernées.

Les règles chinoises dans ce domaine méritent d'être davantage améliorées. Devant s'écarter de toute discrimination selon l'identité des actionnaires, elles doivent aussi s'étendre à toutes les sociétés appartenant aux groupes. Par rapport au droit français qui prévoit les exceptions au contrôle des conventions réglementées (opérations courantes en conditions normales), certains assouplissements en droit chinois semblent aussi nécessaires, afin de ne pas empêcher les fonctionnements normaux des opérations intragroupes.

## **Section 2 – La régularisation des actes défectueux au sein du groupe**

En droit français, le fait qu'une société appartienne à un groupe de sociétés a pour effet de régulariser certains actes qui sont considérés comme défectueux dans le cadre d'une société indépendante et isolée. Cet effet régulateur, qui permet au groupe d'organiser d'une façon plus souple des opérations commerciales et financières entre les sociétés membres, se manifeste principalement en droit fiscal (§1) et en droit pénal des affaires français (§2).

En revanche, un mécanisme de régularisation n'est point constaté en droit chinois.

### **§1. *La régularisation des actes défectueux en droit fiscal***

Un mécanisme sophistiqué est mis en place en droit français, démontrant une attitude pragmatique de l'autorité fiscale vis-à-vis de certaines pratiques commerciales et financières du groupe (A). Une telle approche subtile est complètement ignorée des autorités fiscales chinoises, qui maintient avec rigueur le principe de « *arm's length* » dans toutes les opérations au sein de groupe (B).

#### *A. La régularisation des actes anormaux de gestion au sein du groupe en droit français*

D'un point de vue fiscal, les dirigeants d'entreprise sont les seuls capables de prendre des décisions de gestion. Ils ne sont pas tenus d'adopter les meilleures solutions que les circonstances leur permettent, ni de garantir le moindre bénéfice résultant de l'exploitation de la société. L'administration fiscale n'a jamais le pouvoir de censurer une décision s'avérant *a posteriori* non pertinente ou erronée, il s'agit des risques intrinsèques à l'exploitation de l'entreprise.

Ce principe de non-immixtion de l'administration dans la gestion de l'entreprise ne fait pas pour autant obstacle au principe de droit fiscal, qui exige qu'une entreprise doive consister, sur le plan fiscal, en un patrimoine propre et distinct dont l'exploitation a

vocation à produire un profit. Le profit réalisé par l'entreprise doit être affecté à sa propre assiette d'imposition, et toute opération ayant pour seul effet de détourner ce profit dans l'intérêt d'un tiers ne devrait pas être opposable à l'administration fiscale<sup>574</sup>. Il s'ensuit que d'un point de vue fiscal non seulement les ventes des marchandises ou les prestations de services, mais aussi des aides ou avantages accordés par une entreprise doivent comporter des contreparties équivalentes, à défaut desquelles ces opérations sont considérées comme allant à l'encontre de l'intérêt propre de l'entreprise, et donc constitutives d'un acte anormal de gestion. La qualification d'un tel acte anormal permet à l'administration fiscale de procéder à la réintégration des charges ou recettes lui semblant inopposable. Le contrôle fiscal sur les actes anormaux de gestion n'est pas contradictoire avec le principe de non-immixtion, il ne s'agit point ici d'un contrôle d'opportunité, mais de la régularité des actes<sup>575</sup>.

Le régime de l'acte anormal de gestion se caractérise par sa pleine autonomie, tant à l'égard des critères d'appréciation qu'à l'égard des effets de la répression. D'une part, l'autorité fiscale a pleine autonomie pour apprécier le caractère normal de l'acte, étant précisé qu'une décision judiciaire préjugant de la conformité à l'intérêt social au regard de l'acte, tel que l'abandon d'une poursuite pénale au titre d'un abus de biens sociaux, n'empêchera pas le fisc de reconnaître l'anormalité du même acte sur le plan fiscal<sup>576</sup>. D'autre part, la sanction fiscale de l'anormalité de l'acte, consistant en général au refus de la déductibilité des charges supportées à cette occasion ou l'intégration de recettes auxquelles l'entreprise a indûment renoncé, ne remet nullement en cause la validité de l'acte engagé au regard des autres branches du droit.

L'autorité fiscale française adopte une approche en quelque sorte pragmatique dans l'appréciation de l'acte normal de gestion. En fait, les critères d'un acte normal de gestion sont plus souples à l'égard de la mise en place de certaines aides intragroupes sur le territoire français **(1)**. Certaines précisions méritent d'être présentées lorsque des opérations commerciales ou financières s'effectuent entre des sociétés françaises et des sociétés étrangères appartenant au même groupe**(2)**.

---

<sup>574</sup> O. Fouquet conclusion. ss CE, sect., 10 juill. 1992, req n° 110213 et 110214, Musel SPB et Brunner : RJF août-sept. 1992, p. 673 ; Dr. fisc. 1993, n° 27, comm. 1392.

<sup>575</sup> M. Cozian, « *Le principe de la non-immixtion dans la gestion des entreprises et la théorie de l'acte anormal de gestion* », Droit Fiscal, 1980, n°24, p. 726

<sup>576</sup> CE, 7 Nov. 1979, req. n. 6188, Droit fiscal 1979, n. 52, comm. 2562, Dupont 1980, p. 15

## ***1. La régularisation des aides au sein d'un groupe national***

Des opérations intragroupes, qui auraient dû être considérées comme un acte anormal de gestion par le fisc en dehors du cadre du groupe de sociétés, pourraient devenir régulières lorsqu'il s'agit de certaines aides octroyées par la société mère au profit de sa filiale **(a)**, ou lorsqu'il s'agit d'aides justifiées par un motif commercial à l'échelon du groupe **(b)**.

### **a. La régularisation des aides accordés par la société mère**

La juridiction fiscale s'avère assez souple dans l'octroi des aides par une société mère à sa filiale.

#### *1) La consécration d'une tolérance fiscale*

Dans le cadre des transactions courantes, une société mère est autorisée à vendre des marchandises ou à fournir des prestations de service à des prix préférentiels jusqu'à la limite du prix de revient<sup>577</sup>. Ceci démontre déjà, selon l'auteur des commentaires de l'arrêt du 24 févr. 1978 du Conseil d'Etat, « *un certain degré d'intégration économique* » sur le plan fiscal. En revanche, les transactions à perte ou sans contrepartie ne constituent pas des actes normaux de gestion.

De plus, il ressort de la jurisprudence administrative – notamment l'arrêt *Socodis* du 20 janvier 1992 du Conseil d'Etat - que la société mère est généralement autorisée à consentir certains types d'aides financières au profit de ses filiales, sans que l'acte anormal de gestion soit caractérisé. Encore faudra-t-il que la société mère, ce faisant, soit en mesure de prouver l'obtention d'un profit qui justifie en conséquence la conformité de l'acte à son propre intérêt<sup>578</sup>. Ceci étant, le caractère normal des aides financières de la société mère est généralement admis dans le cas où la filiale bénéficiaire est en grave difficulté. Dans ce cas de figure, les juges acceptent de manière assez souple divers motifs conduisant à justifier l'intérêt personnel de la société mère, qu'ils relèvent de l'intérêt commercial pour assurer un débouché ou une source d'approvisionnement, de l'intérêt financier, tel que celui de la préservation de la valeur de participation dans la

<sup>577</sup> CE, sect., 24 févr. 1978, n° 2372 : Dr. fisc. 1978, n° 30, comm. 1212, concl. P. Rivière ; Rec. CE 1978, p. 103 ; RJF 4/78, n° 161, chron. Mme M.-D. Hagelsteen, p. 146

<sup>578</sup> J. Arrighi de Casanova, conclusion sous CE, 8e et 9e ss-sect., 20 janv. 1992, req. n° 67917, SA Socodis : Dr. fisc. 1992, n° 17, comm. 868.



filiale<sup>579</sup>, de l'exonération de sa responsabilité dans le cadre du comblement de passif<sup>580</sup> ou plus simplement dans la préservation du renom ou du crédit de la société mère<sup>581</sup>.

Ces aides financières bénéficiant d'un régime privilégié dans l'appréciation des actes normaux devraient être normalement limitées à deux types d'opérations : l'octroi des avances sans intérêt et les abandons de créances<sup>582</sup>. Il convient de noter que si la renonciation aux intérêts des prêts n'entraîne en général aucune intégration au résultat, l'acceptation de la déductibilité du montant de la créance abandonnée est nuancée, selon le caractère commercial ou financier de ces aides<sup>583</sup>. Contrairement à un abandon de créance à caractère commercial, totalement déductible du résultat de la société mère, l'aide à caractère financier, est seulement déductible pour la part qui n'a pas pour contrepartie l'augmentation de la valeur des titres de la filiale détenus par la société mère<sup>584</sup>. Il ressort de cette jurisprudence qu'au cas où la situation nette reste négative après l'abandon de créance ou la subvention, le montant d'aide pourrait être complètement réduit puisque la valeur du titre n'a nullement augmenté<sup>585</sup>. Alors si la situation nette de la filiale redevient positive suite à l'octroi des aides, seront seulement déductibles la fraction d'aide qui a ramené à zéro l'actif net ainsi que la fraction d'aide bénéficiant de l'augmentation de valeur de la participation des associés minoritaires de la filiale<sup>586</sup>. Enfin, pour qu'elle soit déductible, il faudra également vérifier que, lorsque l'octroi de l'aide approche de la date d'acquisition des titres de la filiale, la créance

---

<sup>579</sup> CE, plén., 20 nov. 1974, n° 85191 : Dr. fisc. 1975, n° 5, comm. 138 ; RJF 1/75, n° 8. ; CE, sect., 24 févr. 1978, n° 2372 : Dr. fisc. 1978, n° 30, comm. 1212, concl. P. Rivière ; RJF 4/78, n° 161, chron. Mme M.-D. Hagelsteen, p. 146

<sup>580</sup> chron. J. Turot : RJF mai 1989, p. 263. ; CE, plén., 30 avr. 1980, req. n° 16253 : Dr. fisc. 1980, n° 30, comm. 1642 ; RJF juin 1980, p. 256

<sup>581</sup> CE, plén., 30 avr. 1980, n° 16253 : RJF 6/80, n° 467, concl. B. Martin Laprade, p. 246 à 248 ; Dr. fisc. 1980, n° 30, comm. 1642 ; GAJF, 4e éd., n° 33. ; CE, plén., 27 nov. 1981, n° 16814 : RJF 1/82, n° 7, concl. J.-F. Verny, p. 8 à 13 ; Dr. fisc. 1982, n° 31, comm. 1630

<sup>582</sup> L'octroi des subventions est assimilé à l'abandon de créance ; Instr. 22 août 1983 : BODGI 4 A-7-83 ; Dr. fisc. 1983, n° 32-38, instr. 7807, n° 10

<sup>583</sup> Le caractère financier est qualifié de manière restrictive, il en est ainsi lorsque la nature des aides accordées, les liens existant entre les sociétés ainsi que la motivation des aides présentent toutes un caractère strictement financier. Même en cas de caractère commercial ou financier parfois mixte, le caractère commercial absorbe le caractère financier. En pratique, le caractère financier est souvent reconnu pour les aides accordées par la société mère purement en forme de holding. CE 4 Décembre 1985, n°44323, Dr. fisc. 1986, n° 18, comm. 896, concl. Mme M.-A. Latournerie ; RJF févr. 1986, p. 92 ; CAA Paris, 11 juill. 1991, concl. F. Bernault : Dr. fisc. 1993, n° 4, comm. 73

<sup>584</sup> CE, sect., req. n° 16253 : Dr. fisc. 1980, n° 30, comm. 1642 ; RJF juin 1980, n° 467, concl. B. Martin Laprade, p. 246 s.

<sup>585</sup> CE, 17 déc. 1984, req. n° 52341 : Dr. fisc. 1986, n° 1, comm. 4., RJF 2/85, n° 205. V. également CAA Paris, 1er oct. 1998, req. n° 96-2307, SA *Office d'annonces* : Dr. fisc. 1999, n° 12, comm. 242., RJF 5/88, n° 565.; CAA Paris, 2 juill. 1998, req. n° 96-665, SA *Revel* : Dr. fisc. 1999, n° 26, comm. 518

<sup>586</sup> CE, 1er juill. 1991, n° 61065, SA *La Bellignite* : Dr. fisc. 1991, n° 42, comm. 1926 ; RJF 8-9/91, n° 1066 ; CAA Nancy., 28 nov. 1991, req. n° 90638, Sté nouvelle de reliure industrielle : Dr. fisc. 1993, n° 17-18, comm. 882

Le législateur a tiré des conséquences de cette jurisprudence en édictant, à l'article 216 A du CGI, que l'abandon de créance n'est pas imposable entre les mains de la filiale qui en bénéficie dans la mesure où elle s'engage à augmenter son capital dans les deux ans à hauteur de l'aide qui lui a été consentie.

abandonnée ne constitue pas un complément du prix d'acquisition des titres.

A l'inverse, les cautions gratuitement fournies par la société mère pour garantir les dettes de la filiale ne bénéficient pas du régime souple de l'appréciation des actes normaux. Dans l'arrêt *Carrefour* du 17 février 1992<sup>587</sup>, le Conseil d'Etat refuse clairement le caractère normal des cautions gratuites octroyées par la société mère Carrefour au profit de ses filiales. Bien que la responsabilité de la caution reste incertaine, le fait qu'elle souscrive une garantie sans rémunération démontre une légèreté de gestion, si bien que l'administration fiscale a le droit de réintégrer dans le résultat de la société mère les rémunérations ayant pu être réalisées.

## 2) *Le fondement de la tolérance fiscale*

Force est de constater qu'en droit positif l'examen judiciaire fait preuve pour la qualification de l'intérêt de la société mère d'une grande souplesse, de sorte qu'il est même permis de considérer que l'octroi de l'aide financière par la société mère est généralement présumé constituer un acte normal<sup>588</sup>. Si le caractère normal de l'acte de gestion doit toujours s'appuyer sur l'intérêt social de la société mère consentant l'aide financière, comment justifier la tolérance fiscale à cet égard ? En effet, elle se réalise, nous semble-t-il, grâce à l'appréciation flexible de l'exigence de l'intérêt social de la société mère. La Haute Juridiction, qui rejette constamment et à juste titre toute tentative formelle de la reconnaissance de l'intérêt du groupe, tend néanmoins à tenir compte de la réalité économique du groupe dans le cadre de l'appréciation des aides descendantes - c'est-à-dire les aides accordées par la société mère à la société dont elle détient des participations. Cette prise en compte, se dissimulant toujours derrière l'exigence de l'intérêt personnel de la société mère, est néanmoins bien réelle.

Ainsi comme l'évoque le Commissaire du Gouvernement dans l'arrêt *Socodis*, « *la notion d'intérêt de groupe ne suffit pas, quelle qu'en soit la réalité économique, à donner sur le plan fiscal un caractère normal à un abandon d'intérêts* ». Par interprétation *a contrario*, la prise de considération de l'intérêt du groupe n'est pas complètement exclue, mais elle n'est pas une condition suffisante.

---

<sup>587</sup> CE, 17 févr. 1992, *Sté Carrefour* : Dr. fisc. 1992, n° 52, comm. 2458 ; RJF 4/92, n° 433, concl. Ph. Martin, p. 267 et s.

<sup>588</sup> C. Louit, J.-Cl. Fiscal Impôts directs, Fasc. 220-20, « *Acte de gestion anormal* », mai 2006, n°117

Outre cette analyse purement littérale, la raison la plus parlante se trouve dans le degré du lien financier entre la société mère et la filiale, qui est susceptible de justifier ce régime fiscal privilégié. En fait, aucun critère n'a été précisé par la loi ou par la jurisprudence. L'allusion est faite en termes de « société mère » et de « filiale », cela sous-entend, d'après le régime particulier du droit fiscal, sous l'article 145 du CGI, qu'il suffit que la société mère détienne au moins 5% de participations dans la filiale. En droit positif, il convient d'observer que de très nombreuses décisions judiciaires confirmant la normalité de l'acte de gestion sont rendues dans le cas où la société mère dispose de la quasi-totalité du capital de la filiale. Il n'est pas pour autant exclu que la même solution soit applicable au cas où la participation détenue par la société mère ne soit qu'une majorité simple ou même soit inférieure à la moitié du capital. Pour le Commissaire du Gouvernement Madame Hagelsteen, lorsque la participation est entre 5% - seuil de l'application du régime fiscal des sociétés-mères et filiales - et celui de 50 % qui signifie incontestablement le lien de dépendance, le juge est invité à effectuer « *une analyse d'ensemble des circonstances de fait, la participation financière s'accompagnant ou non d'un certain nombre d'autres éléments : communauté de dirigeants ou d'associés, contrats liant particulièrement les deux entreprises - permettant de reconnaître l'existence d'un groupe poursuivant un intérêt propre* »<sup>589</sup>. Il résulte de cette approche que le régime assoupli de l'acte normal de gestion porte sur la société mère exerçant le pouvoir dominant sur sa filiale. Cette relation de domination débouche sur un intérêt économique du groupe. Si ce régime peut s'appliquer lorsque l'intérêt de la filiale ne se confond pas complètement avec celui de la société mère, c'est parce que la réalité économique du groupe, représentant une contrepartie toutefois incertaine, se présente comme une partie essentielle de l'intérêt de la société mère dominante. L'interposition de ces intérêts nous semble justifier le sacrifice provisoire de l'intérêt immédiat de la société mère.

En l'état actuel de la législation, cette approche que l'on peut qualifier de sage, reposant sur l'appréciation des intérêts sociaux distincts, a le mérite de permettre l'introduction d'une solidarité financière du groupe pour renforcer son dynamisme économique, sans bouleverser le régime fiscal fondé sur l'autonomie des sujets de droit<sup>590</sup>.

---

<sup>589</sup> Chron M.-D. Hagelsteen : RJF 1978, p. 146, V. également, J.-F. Picard, « *Les actes anormaux de gestion* » : RJF 1979, p. 328. – « *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale* », cité Biblio, thème 32

<sup>590</sup> P. Rivière : conclusion sous le CE, sect., 26 juill. 1982, req. n° 2553 et 19645 : Dr. fisc. 1983, n° 10, comm. 378

Le libéralisme judiciaire ne s'applique qu'à certains types d'aides descendantes accordées par la société mère, sans que la réciproque soit vraie. Dans la situation où les aides sont données par une filiale dominée au profit de sa société mère, la société mère retire effectivement des profits d'une entité qu'elle domine, et s'enrichit, grâce à ces profits remontés dont une partie aurait du être attribuée aux associés minoritaires de la filiale à travers la distribution des dividendes. Le conflit d'intérêts rend l'opération assez dangereuse pour la préservation de l'intérêt de la filiale. En revanche, dans le cas inverse où les aides sont octroyées par la société mère, la vraie unité décisionnelle et le bénéficiaire des aides ne se confondent plus. Il convient dans ce cas de respecter le principe de non-immixtion et laisser la plus grande liberté de gestion aux dirigeants de la société mère. De plus, sauf si la filiale a légitimement besoin de son aide, la société mère n'a pas un réel intérêt à faire descendre des profits, car cette manipulation est, soit presque inutile puisque le patrimoine de la filiale est totalement (ou quasi-totalement) soumis à son contrôle, soit lui semble préjudiciable puisque l'associé minoritaire de la filiale pourrait bénéficier indirectement des profits transférés. L'altruisme irraisonnable de la société mère se voit contrebalancée *ipso facto* dans la pratique. En définitif, lorsque la société mère persiste abusivement à verser ses aides au profit de ses filiales<sup>591</sup>, l'autorité fiscale garde toujours son pouvoir de contrôle souverain car en tout état de cause la position tolérante de la justice ne se dissocie jamais de l'appréciation de l'intérêt social de la société mère.

De ce qui précède, il apparaît que les aides descendantes sont structurellement peu dangereuses à l'égard de la préservation générale de l'intérêt social. Une souplesse du contrôle juridique semble alors la meilleure solution dans la mesure où les avantages économiques du groupe en résultant l'emportent largement sur les risques qui y sont attachés.

## **b. La régularisation des aides sur le plan commercial**

### *1) Le refus de justification fondé sur l'appartenance au groupe*

L'indulgence fiscale ne s'étend pas à toutes les aides mises en place au sein du groupe. De façon générale, l'intérêt social d'une société doit être examiné d'un strict point de vue

---

<sup>591</sup> Instr. 22 août 1983 : BODGI 4 A-7-83, § 22 ; Doc. adm. DGI 4 A-2152, § 14, 1er sept. 1993

légal, limité à l'examen du seul intérêt de la société en cause<sup>592</sup>. L'intervention d'une filiale au secours de sa société mère, ou l'entraide entre des sociétés sœurs ne pourraient pas constituer un acte normal de gestion si son intérêt social personnel ne peut être justifié.

Selon la jurisprudence de la Cour suprême administrative, s'il appartient à l'Administration d'apporter la preuve qu'une opération ne s'inscrit pas dans le cadre d'une gestion normale, cette preuve est réputée apportée si le contribuable ne justifie pas l'existence d'une contrepartie à l'opération suspecte<sup>593</sup>. Il en résulte que des actes non dotés de contrepartie, tels que la souscription de la caution pour autrui sans commission, l'abandon de créance ou le prêt sans intérêt, sont en général présumés par l'administration et les juges comme anormaux. Les sociétés membres d'un groupe sont toutes considérées comme juridiquement étrangères<sup>594</sup>, l'appartenance à un groupe ne constitue pas en soi le fait régulateur de l'acte anormal.

Ce principe – dans l'ignorance de la réalité économique du groupe - ne manque pas de subir des résistances de la part des juges du fond, qui tendent à être plus pragmatiques en se montrant accueillants à une gestion financière plus flexible du groupe, notamment lorsque celui-ci a opté pour l'intégration fiscale du groupe.

Suite à l'échec de la tentative de reconnaissance de l'intérêt du groupe comme un justificatif de l'anormalité de l'acte<sup>595</sup>, il ne reste qu'un seul moyen pour échapper à la réintégration fiscale : l'existence d'un intérêt commercial pour l'auteur de cette aide. Cela consiste à prouver, malgré l'absence de contrepartie apparente, l'existence de relations commerciales suffisamment étroites, au point que les intérêts de celui qui a souscrit l'aide seront grièvement compromis en cas de faillite de la société bénéficiaire. La reconnaissance du caractère normal d'un abandon de créance par l'auteur à sa société sœur dont l'existence est menacée s'inscrit dans ce principe, dès lors qu'il est constaté que celle-ci est son unique cliente<sup>596</sup>.

---

<sup>592</sup> J. Delaurière, « *L'avènement d'un intérêt de groupe en droit fiscal ?* », LPA 2005, n° 119, p. 19

<sup>593</sup> CE, 23 oct. 1991, n° 71792, *Sté Electrolux SA* : JurisData n° 1991-600617 ; Dr. fisc. 1993, n° 19, comm. 952 ; RJF 1991, n° 1482, concl. O. Fouquet, p. 852. ; CE, 26 juin 1992, n° 68646, *SA Bisch Marley* : Dr. fisc. 1992, n° 50, comm. 2324 ; RJF 1992, n° 1116. ; CE, 22 mars 1999, n° 163282, *Sté Alphamed* : JurisData n° 1999-051275 ; Dr. fisc. 1999, n° 50-51, comm. 909 ; RJF 1999, n° 534 ; BDCF 1999, n° 48, concl. J. Courtial

<sup>594</sup> CE, 12 Juillet 1978, RJC 10/78, n° 410

<sup>595</sup> Voir ci-dessus, Partie I, Titre II, Chapitre 2

<sup>596</sup> CE, 1 mars 2004, *Sté AS Représentation*, Dr. fisc. 2004, n° 37, comm. 669, concl. G. Goulard ; BDCF 5/04, concl. G. Goulard, p. 6 à 8 ; RJF 5/04 n°459

Contrairement à sa fermeté du refus de la reconnaissance de l'intérêt du groupe, la Haute Juridiction se montre plus ouverte dans l'appréciation de l'intérêt commercial justifiant les aides entre sociétés censées être non dépendantes. Non seulement les complémentarité et/ou dépendance économiques des activités, mais aussi l'existence d'une structure organisationnelle de la solidarité entre les sociétés sont en mesure de justifier le caractère normal de l'opération.

## *2) Intérêt commercial justifié par le besoin d'une structure organisationnelle*

A l'égard de cette solidarité structurelle, nous ne pouvons pas omettre d'évoquer une série d'arrêts du Conseil d'Etat qui reconnaît constamment la normalité des aides entre des sociétés distinctes adhérant au même réseau de distribution E. Leclerc. A la différence des autres grands groupes de distribution en France, la plupart des magasins E. Leclerc sont exploités par des sociétés indépendantes les unes des autres, sans lien financier significatif. Au lieu, leurs rapports sont établis principalement par leur adhésion à une association créée sous le régime de la loi 1901. Tous les membres doivent respecter, sous peine d'exclusion, les obligations de coopération au niveau national et régional, qui consiste non seulement en une assistance technique mais également en un soutien financier. Dans le cadre de l'arrivée d'un nouvel adhérent, deux anciens membres choisis comme parrains sont tenus d'accompagner le nouvel arrivant et à se porter caution pour garantir les emprunts souscrits par le nouveau centre Leclerc. Dans l'arrêt prononcé le 26 septembre 2001<sup>597</sup>, l'ouverture du nouveau magasin rencontre des difficultés et les deux parrains ont exécuté leurs engagements. La déduction du montant des cautions par les sociétés marraines a été refusée par l'administration et les juges du fond, qui ont estimé qu'elles étaient contraires à l'intérêt de leurs sociétés et les considéraient donc constitutives d'actes anormaux. Cette position a été complètement renversée par le Conseil d'Etat, qui a bien mis en avant que l'adhésion au réseau de distribution Leclerc dont les cautions peuvent effectivement tirer des bénéficiers est bien constitutive d'une contrepartie des avantages accordés. De plus, il est souligné que le manquement aux obligations de parrainage pourrait entraîner l'exclusion du réseau, et avoir pour conséquence la perte de la clientèle, du panonceau E. Leclerc et de l'utilisation de la

---

<sup>597</sup> CE, 26 sept. 2001 : Dr. fisc. 2002, n° 24, comm. 490, concl. G. Bachelier ; RJF 12/01, n° 1491 ; BCDF 12/01, n° 145, concl. G. Bachelier ; JCP E 2002, 1122, note D.F.; voit également M. Cozian , « *Caution, groupes et fiscalité* », JCP E 2002, 1115 ; « *Le devoir d'entraide des centres Leclerc, est-ce un acte anormal de gestion ?* »: BF Lefebvre 7/2002, p. 523

centrale d'achat. On ne pourrait pas même reprocher aux sociétés adhérentes de s'être soumises à cette organisation stratégique de réseau assez spécifique, dès lors qu'un tel choix relève de la liberté de gestion de l'entreprise.

Cinq ans plus tard, la Haute Juridiction a confirmé de nouveau son ancienne position, s'agissant cette fois des frais communs affectés à la formation du personnel des réseaux. L'opération a suscité l'opposition du fisc dans la mesure où les frais versés par une société adhérente sont affectés à la formation du personnel des nouvelles unités dans d'autres Etats européens sans que leur propre personnel puisse en bénéficier directement<sup>598</sup>. Le caractère normal a été pour autant confirmé par le Conseil d'Etat, qui le considérant conforme à l'intérêt social personnel de la société payant les frais, et cela même en l'absence d'écrit portant sur l'exclusion en cas de non-participation au réseau de formation du personnel. Il est bien mis en évidence que l'absence d'une contrepartie immédiate à une aide pourrait ainsi être palliée par des bénéfices non chiffrables sur le plan commercial. Ces aides ne sont pas seulement justifiées en raison du risque de pénalisation en cas du défaut d'aide, elles le sont aussi dès lors qu'elles s'inscrivent dans une organisation commerciale bien établie dans la pratique, créatrice de bénéfices certains pour l'auteur des aides.

Les affaires E. Leclerc sont en quelque sorte exceptionnelles, mais le groupe est bien de nature commerciale et ne s'apparente pas à un groupe de sociétés au sens général, dont les membres seraient noués par des liens financiers. Toutefois, il existe des comportements solidaires manifestes au sein du groupe E. Leclerc, ce qui n'est pas fréquemment le cas pour les groupes détenant des liens financiers. Il n'y a aucun doute sur l'existence d'un vrai programme commercial de l'ensemble du groupe, qui est prouvé *a fortiori* par l'existence d'un bénéfice profitable à tous les membres dans la pratique. De plus, le grand succès des modalités commerciales du groupe E. Leclerc permet aux juges d'apprécier beaucoup plus facilement la conformité de la fourniture des aides par une société membre à son propre intérêt social. S'il semble inopportun d'étendre le raisonnement de la Haute Juridiction aux groupes de sociétés traditionnels, certains principes peuvent être tirés de sa décision. Tout d'abord, il faut que des programmes d'organisation soient clairement définis et mis en place ; ils doivent bénéficier à l'ensemble des membres ayant adhéré à cette organisation sans que certains privilèges ne puissent être accordés de façon discriminatoire à certains membres aux dépens des

---

<sup>598</sup> CE, 26 sept. 2001, n° 219825, SA Rocardis : JCP E 2006, 2003, note J.-L. Rosignol,; JCP E 2002, 1122 ; RJF 12/01, n° 1491

autres, sans oublier que le succès économique des programmes organisationnels contribue à faciliter la qualification du caractère normal.

A partir de la jurisprudence *E. Leclerc*, il est permis de se demander si l'existence d'un groupe sociétaire – caractérisé par des liens financiers et des liens de domination entre les membres du groupe - empêche l'autorité judiciaire de reconnaître la légitimité de la solidarité financière mise en place entre les sociétés regroupées. Il convient à cet effet de faire une comparaison entre les solutions des arrêts *E. Leclerc* et *Carrefour*<sup>599</sup>. Dans le second cas, le Conseil d'Etat a rejeté le caractère normal des engagements des cautions gratuites données par la société mère du groupe Carrefour en faveur de ses filiales. Il est ainsi relevé que, la société mère ayant réalisé ce type d'opérations pendant des années, ce comportement pourrait ainsi constituer un plan solidaire *de facto* bien établi en pratique, sans que nous puissions nier, même si cela n'est pas mis en évidence par l'arrêt, que cette assistance de la société mère a pu contribuer au grand succès du développement du groupe. Pourquoi ces décisions de justice sont si différentes ? Il nous semble en effet qu'une différence essentielle existe entre les deux: à la différence des magasins *E. Leclerc* dont les sociétés exploitantes ont toutes opté de manière indépendante pour l'adhésion à un réseau de distribution groupé imposant en contrepartie des obligations solidaires financières, les magasins Carrefour sont exploités par des filiales du groupe Carrefour, en lieu et place d'une politique d'assistance financière librement acceptée par chacune d'elles. La solidarité est dans les faits imposée par la société mère. Admettant que le raisonnement du Conseil d'Etat dans l'arrêt *E. Leclerc* se fonde sur le principe de non-immixtion dans la gestion de l'entreprise<sup>600</sup>, ce principe de libre gestion autonome pour chaque entreprise pourrait plus ou moins être atténué *de facto* dans un groupe sociétaire, à tel point que l'appréciation du caractère normal doit être nécessairement plus restrictive.

## ***2. La régularisation du prix de transfert***

Il convient de souligner que l'ensemble du dispositif de l'acte anormal de gestion relatif aux sociétés du groupe a également vocation à s'appliquer à l'octroi des aides par une société française à une société étrangère appartenant au même groupe, étant précisé que ce dernier est apprécié en fonction du lien de dépendance dans le sens de l'article de 12 de l'article 39 de CGI.

---

<sup>599</sup> CE, 17 févr. 1992, Sté Carrefour, précité.

<sup>600</sup> M. Cozian, « *Caution, groupes et fiscalité* », précité



Pourtant, en plus du contrôle de la normalité d'un acte de gestion, les transactions transfrontières doivent être également soumises au contrôle des prix de transfert, régi par l'article 57 du CGI. Face aux pratiques des prix de transfert réalisés par des transactions de nature très variables<sup>601</sup>, l'autorité fiscale pourrait se référer à une série de critères de prix recommandés par l'OCDE<sup>602</sup> afin de vérifier la conformité au principe de pleine concurrence (*arm's length price principal*) du prix réellement appliqué entre les sociétés liées. Dès lors que l'autorité fiscale vient à constater que ce principe de prix de pleine concurrence n'est pas respecté, il y a lieu de considérer que des avantages particuliers ont été consentis à la société étrangère liée, et cela a pour conséquence d'établir une présomption d'un acte anormal de gestion entre les sociétés. *A fortiori*, lorsque la société cocontractante impliquée dans une telle transaction de transfert de bénéfice se trouve dans un état étranger ou sur un territoire hors de France dont le régime fiscal est privilégié au sens de l'article 238-A du CGI<sup>603</sup>, la présomption peut être établie même sans avoir à constater le lien de dépendance (alinéa 2, article 57 du CGI).

Pourtant, il ne s'agit que d'une présomption simple. L'administration fiscale souligne que la société française peut néanmoins échapper au redressement fiscal en établissant à son tour que ces avantages répondent à des nécessités commerciales réelles<sup>604</sup>. Quant à la jurisprudence administrative, il semble qu'elle s'en tienne à subordonner le transfert de bénéfices à l'existence d'un acte anormal de gestion.

De ce qui précède, il apparaît alors que le durcissement du contrôle dans le cadre du prix de transfert s'appesantit plutôt sur un plan formel, et sur le renversement de la charge de la preuve. Le critère de fond de l'acte anormal de gestion demeure identique, et continue à s'appliquer aux actes de prix de transfert.

Une telle observation semble être en principe confirmée pour les avantages octroyés

---

<sup>601</sup> Sans être exhaustif, le prix de transfert peut être réalisé par l'accord du prix majoré ou diminué ou le versement d'une commission injustifiée dans la vente de produits ou services, par l'octroi de prêts à des conditions anormales ou des abandons de créances, par la prise en charge de frais injustifiés ou par l'abandon de recettes, etc.

<sup>602</sup> Les méthodes consistent en deux catégories. La traditionnelle, qui repose sur la comparaison du prix pratiqué dans le cadre de transactions comparables entre des entreprises indépendantes, comprend la **méthode de prix comparable sur le marché libre (CUP)**, la **Méthode du prix de revente (Resale minus)** et la **Méthode du prix de revient majoré (Cost plus)**. L'autre, dite méthode transactionnelle de bénéfice, consiste à prendre en considération les profits générés au titre de transactions particulières entre les entreprises liées, et comprend la **Méthode du partage des bénéfices (Profit Split)** et la **Méthode transactionnelle de la marge nette (TNMM)**.

<sup>603</sup> Sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré, les opérations non imposables ou assujetties à des impôts sur les bénéfices (ou sur les revenus) notablement moins élevés qu'en France.

<sup>604</sup> DB 4 A1212, 09 MARS 2001, n°6

aux filiales étrangères par la société mère au titre de l'abandon de créances ou de l'octroi des avances sans intérêt. Dans l'arrêt de principe rendu en assemblée Plénière par le Conseil d'Etat le 27 novembre 1981, il a été tranché que l'abandon de créances consenti à une filiale étrangère en difficulté à des fins commerciales est normal et ne constitue pas un transfert de bénéfices à l'étranger au sens de l'article 57 du CGI, dès lors que la société mère, en évitant le dépôt du bilan de sa filiale, a sauvegardé son crédit et le maintien de ses débouchés sur le marché étranger<sup>605</sup>. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat a fait entendre que l'octroi d'avantages financiers pourrait échapper à la qualification de l'acte anormal de gestion soit en raison de son intérêt commercial, soit en raison de son intérêt financier.

Il n'est pas sans intérêt d'observer que si la justification par l'intérêt commercial est constamment confirmée par la jurisprudence ultérieure<sup>606</sup>, celle par l'intérêt financier, est plus délicate et est à l'origine d'hésitations de la part des juges. En effet, la même juridiction, après la décision du 27 novembre 1981, a clairement durci dans plusieurs arrêts les conditions de recevabilité d'une justification de l'intérêt financier, en soulignant que les sociétés françaises ne pourraient déduire une aide accordée à leurs filiales ou succursales étrangères qu'à titre exceptionnel. Ces dernières doivent traverser temporairement une situation particulièrement difficile et l'aide doit avoir le caractère d'un acte de gestion commerciale normale<sup>607</sup>. Il est évident que dans ces arrêts, la Haute Juridiction se préoccupait du principe de la territorialité de l'impôt sur les sociétés, qui est la principale raison d'être du contrôle des prix de transfert. Il aura fallu attendre jusqu'à l'arrêt *Éditions J.-C. Lattès* pour que la Haute Assemblée abandonne définitivement et sans ambiguïté son attachement au principe de la territorialité de l'impôt sur les sociétés, en confirmant la réductibilité de provisions relatives à des avances accordées de façon permanente à une filiale américaine, au motif que ces opérations ont pour effet d'éviter la défaillance de sa filiale et de préserver son propre renom<sup>608</sup>.

Outre l'hypothèse des aides financières, il ressort ainsi de la jurisprudence que

---

<sup>605</sup> CE, plén., 27 nov. 1981, req. n° 16814 : Dr. fisc. 1982, n° 31, comm. 1630 ; RJF 1/1982, n° 7, et les concl. J.-F. Verny, *ibid.* p. 8

<sup>606</sup> CE, plén., 30 mars 1987, n° 52754, SA Labo-Industries : Dr. fisc. 1987, n° 30, comm. 1634 ; RJF 1987, n° 589, concl. B. Martin Laprade, p. 277

<sup>607</sup> CE, 14 mars 1984, req. n° 33188 : Dr. fisc. 1984, n° 30, comm. 1416, concl. Racine ; RJF 5/1984, n° 590, et, chron. M. de Guillenchmidt, *ibid.* p. 280. - V. dans le même sens, CE, 20 déc. 1985, req. n° 46390 : Dr. fisc. 1986, n° 20-21, comm. 991, concl. P.-F. Racine ; RJF 3/1986, n° 266. - CE, 15 oct. 1986, 15 oct. 1986, req. n° 39415 et 40744 : Dr. fisc. 1987, n° 11, comm. 535, concl. M. de Guillenchmidt

<sup>608</sup> CE, 11 févr. 1994, n° 179726, SA Les éditions Jean-Claude Lattès : Dr. fisc. 1994, n° 21-22, comm. 1046 ; RJF 1994, n° 396, chron. G. Goulard

l'examen des transferts de bénéfices doit suivre les mêmes normes d'appréciation de l'acte anormal de gestion, à savoir l'examen d'une contrepartie suffisante ou d'un intérêt propre de la société française mise à contribution, qu'il s'agisse de versement de redevances<sup>609</sup>, de la prise en charge de frais<sup>610</sup> ou de l'octroi de ristournes<sup>611</sup>. Cette cohérence n'est pas surprenante dans la mesure où même les normes de l'acte anormal de gestion n'accordent aucun privilège aux transactions intragroupes.

De ce qui précède, il apparaît que les juges administratifs français s'attachent à une application pure et simple de la théorie de l'acte anormal de gestion dans le cadre du contrôle jurisprudentielle du prix de transfert, quelle que soit l'implantation géographique des filiales.

Néanmoins, une telle observation doit être substantiellement nuancée sur deux points.

En premier lieu, il faut souligner que dans le cadre des transactions de ventes transfrontières, les normes relatives aux transferts de bénéfices réalisés ne coïncident pas forcément avec celles relevant du régime général de l'acte anormal de gestion, dès lors qu'il s'agit de l'hypothèse où les avantages sont accordés par la société mère française. Rappelons qu'une telle transaction, si elle est conclue simplement entre les sociétés françaises, sera en principe tolérée par l'autorité fiscale à moins que le prix ne soit inférieur au prix de revient. En revanche, une telle souplesse n'est plus en vigueur dans le domaine du prix de transfert, la vente de produits ou de services doit être toujours remboursée par une contrepartie suffisante. Si ce n'est pas le cas, le seul moyen de justification est de prouver les nécessités commerciales réelles. Certes, l'administration fiscale fait preuve de flexibilité à l'égard de telles opérations, en précisant que la vente des produits au prix de revient n'est pas forcément anormale car il faut ainsi tenir compte des circonstances du marché dans le pays considéré, qui « *peuvent être telles que la filiale étrangère doive vendre les produits fabriqués par la société française à des prix proches*

---

<sup>609</sup> La jurisprudence tient à qualifier le prix de transfert lorsque les sommes versées paraissent excessives ou non justifiées par rapport aux services rendus à cet effet. CE, 9e sous-sect., 6 mai 1966, req. n° 62129 ; Dr. fisc. 1966, n° 24, comm. 605 ; En revanche, la prise en charge des frais de la filiale étrangère est justifiée dans la mesure où celle-ci permet à la société française de mener une politique commerciale active tout en assurant la pérennité de cette filiale, nécessaire à la conservation et au développement de ses propres débouchés. CE, 27 févr. 1991, req. n° 48780, SARL APBP ; Dr. fisc. 1992, n° 13, comm. 664, concl. O. Fouquet ; RJF 1991, n° 401

<sup>610</sup> La prise en charge de frais engagés par les filiales étrangères par la société française n'est pas justifiée dès lors que celle-ci n'établit pas l'intérêt propre qu'elle avait à prendre en charge les frais en cause. CE 18 Mars 1994, n°68799-70814, RJF 7/06 n°837 ; En revanche, CE 30 Mars 1987, n°52754, RJF 5/87 n°489

<sup>611</sup> La ristourne n'est pas justifiée dès lors que la société payeur ne peut pas démontrer qu'elle bénéficie en retour d'avantages particuliers : CE 8 juin 2005, n°225918, RJF 8-9/05 n°893

*du prix de revient de fabrication majoré des dépenses de commercialisation* »<sup>612</sup>. Dans le même ordre d'esprit, elle a ainsi recommandé qu'il faille prendre en considération l'ensemble des opérations commerciales entre les parties concernées, y compris celles réalisées par la filiale, dans l'examen du caractère normal des transactions<sup>613</sup>. Pourtant, une telle flexibilité démontre exactement *a contrario* que la vente à un prix autre que le prix de pleine concurrence ne pourrait être acceptable qu'à titre exceptionnel par la justification des circonstances particulières du marché.

En deuxième lieu, même si en théorie l'application de l'article 57 du CGI n'entraîne que l'alourdissement de la charge de la preuve pesant sur l'entreprise, cela a pour effet d'endurcir substantiellement le contrôle de l'octroi des avantages. Comme avoué par l'administration fiscale elle-même, si la preuve contraire est ouverte à l'entreprise pour écarter la présomption, « *elle est plus difficile à établir dans le cadre de l'article 57, dès lors que le contribuable doit combattre une véritable présomption instituée par la loi* »<sup>614</sup>. Le contraste est en outre démontré dans un même arrêt, où la preuve contraire soutenant la normalité des prêts sans intérêt au profit d'une filiale étrangère est écartée, alors qu'elle est admise pour des prêts consentis à d'autres filiales, qui étaient situées en France comme la société mère<sup>615</sup>. De plus, dans le cadre du contrôle des prix de transfert, la marge de manœuvre d'entreprise est ainsi nettement réduite dans la mesure où l'administration fiscale, en disposant dès lors d'un pouvoir d'enquête très étendu, peut demander des informations et documents sur la relation entre les sociétés et la méthode de détermination des prix de transactions.

Il est alors permis de conclure que le dispositif du prix de transfert constitue un régime dérivé des normes de l'acte anormal de gestion, lequel est cependant nécessairement plus restrictif en raison de l'implication des éléments d'extranéité notamment l'identité des cocontractants. Outre le durcissement des formalités de contrôle, la principale différence porte sur les règles de détermination du prix relatif à la vente de produits et la prestation de services entre des sociétés différentes. Ce durcissement mérite d'être soutenu car l'enjeu d'une telle pratique, mise en place par les transactions transfrontières souvent sophistiquées, dépasse largement la seule question de savoir si un

---

<sup>612</sup> Doc. adm. DGI 4 A-1212, § 6 à 9, 1er sept. 1993

<sup>613</sup> L'examen global a été ainsi retenu par la jurisprudence, qui accepte la compensation des avantages entre des opérations, sans que celles-ci doivent avoir entre elles des liens de causalité. CE, arrêt du 30 octobre 1963, req. n° 50220; CAA Nancy, 2e ch., 6 juill. 1995, req. n° 92-110 et 92-272 ; Dr. fisc. 1996, n° 3, comm. 27, concl. B. Commenville.

<sup>614</sup> DB 4 A 1212, 9 mars 2001, n° 10

<sup>615</sup> CE, arrêt du 7 juillet 1958, req. n° 35977 ; Dr. fisc. 1958, n° 44, comm. 938 ; JCP 1959, éd. CI, 65091, obs. R.G

Etat doit ou non accorder certains soutiens fiscaux en faveur de la solidarité de la société mère avec ses filiales étrangères. En effet, les transferts de bénéfices dissimulés dans les transactions de vente de produits et services ne sont pas souvent motivés par la solidarité financière entre le groupe; en revanche, leur objectif réside dans l'évasion frauduleuse de l'impôt à l'échelon international. Parfois ils déjouent aussi l'imposition des droits de douane. Pourtant, en dehors de cette hypothèse, la jurisprudence reste généralement favorable au maintien de l'application des mêmes conditions de fond pour la mise en place des aides intragroupes, quelle que soit la nationalité de la société bénéficiaire. La solidarité du groupe l'emporte sur le principe de la territorialité de l'impôt sur les sociétés.

### *B. L'absence de règles spécifiques du groupe en droit fiscal chinois*

Le contrôle fiscal sur le caractère normal d'un acte de gestion de société fait quasiment défaut dans la pratique en droit fiscal chinois. C'était suite à l'apparition du problème de plus en plus inquiétant des prix de transfert entre les sociétés à capitaux étrangers et leurs sociétés liées à l'étranger qui a incité l'administration fiscale à contrôler les pratiques du transfert de bénéfices entre les sociétés d'un même groupe.

Le Bureau national des taxes a élaboré pour la première fois une réglementation destinée à contrôler les transferts des bénéfices entre les entreprises liées en 1998. Bien qu'il soit évident que cette réglementation a pour but principal de lutter contre les pratiques de prix de transfert transfrontaliers, elle a aussi vocation à s'appliquer aux opérations conclues entre les sociétés chinoises. Les dispositions essentielles de cette réglementation ont été confirmées par la nouvelle « loi sur l'impôt sur les sociétés » (《企业所得税法》) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, qui a officiellement légiféré un contrôle fiscal général et universel sur toutes les opérations à prix anormal entre les sociétés liées. Suite à cette nouvelle loi, le Bureau national des taxes a aménagé les dispositions de son ancienne réglementation sur les transactions entre les personnes liées, et les a intégrées dans une nouvelle réglementation promulguée le 8 janvier 2009 au titre de la « Méthode (provisoire) de la mise en place des redressements fiscaux spéciaux » (ci-dessous désigné comme la « Méthode des redressements fiscaux », 特别纳税调整实施办法(试行)).

Le Bureau national des taxes a transplanté les règles internationales de prix de transfert dans ses réglementations. L'article 41 de la *loi sur les impôts sur les sociétés*

consacre un principe selon lequel « *le fisc a le droit d'ajuster le montant du résultat ou du revenu imposable d'une entreprise ou de sa personne liée, dès lors que l'opération entre elles ne respecte pas le principe de transaction de pleine concurrence* ». Selon la « *Méthode des redressements fiscaux* », le respect du principe de « *arm's length* » doit être strictement mis en place par toutes les sociétés vis-à-vis des personnes liées, et cela en conformité avec l'une des méthodes destinées à simuler les prix équitables entre des entreprises de pleine concurrence, étant précisé que ces méthodes préconisées par cette réglementation se calquent sur les méthodes de fixation des prix de pleine concurrence recommandées par l'OCDE<sup>616</sup>. A la différence de la jurisprudence française sur l'acte normal de gestion qui prévoit des critères flexibles et globaux pour la vérification de la contrepartie d'une transaction, les règles fiscales en droit chinois ne prennent nullement en considération d'autres éléments raisonnables susceptibles de justifier la différence entre le prix réel et le prix de pleine concurrence.

En confondant le régime du prix de transfert et le régime de contrôle des actes ordinaires intragroupes, le droit fiscal chinois exclut donc tout mécanisme d'assouplissement du contrôle fiscal sur les transactions intragroupes. Cette position nous semble excessive, puisque la rigueur du régime du prix de transfert, justifié par sa finalité de prévenir la fuite des bénéfices imposables d'un pays dans un autre, n'est pas bien adaptée aux transactions purement internes. En exigeant de manière trop mécanique que toute transaction entre les sociétés du groupe soit assortie d'une contrepartie strictement équivalente, le droit fiscal chinois s'avère incompatible avec le besoin d'assurer une réalité d'économie dynamique du groupe, qui aurait dû se manifester, comme en droit français, par des aides financières nécessaires à la charge de la société mère ou par une nécessité d'assistance intragroupe à motif commercial.

Le droit fiscal chinois a réalisé une réforme fondamentale en 2006, qui a définitivement unifié les deux anciens régimes parallèles de l'impôt sur les sociétés respectivement applicables aux entreprises à capital chinois et celles à capital étranger. Un système de traitement préférentiel fiscal destiné à stimuler les investissements étrangers a été abrogé, remplacé par un série de règles fiscales applicables à toutes les entreprises afin d'encourager la création des entreprises dans certaines domaines de l'industrie (les activités agricoles, les infrastructures, l'environnement, les hautes

---

<sup>616</sup> Les cinq méthodes, stipulées dans les articles 21-27 de la « *Méthode des redressements fiscaux* », comprennent « *CUP* », « *Resale minus* », « *Cost plus* », « *Profit Split* » et « *TNMM* », que nous avons déjà exposées précédemment dans la discussion du régime de prix de transfert en droit français.

technologies) ainsi que les activités de recherche et développement. Cette récente réforme fait preuve d'un changement fondamental de l'état d'esprit du législateur en droit fiscal, qui s'axe désormais sur la stimulation économique de certaines industries auxquelles l'état a envie de donner une priorité de développement. L'évolution de l'état d'esprit du droit fiscal s'oriente dans un sens favorisant la reconnaissance du mécanisme de l'intégration fiscale du groupe ainsi que la mise en place d'une série de règles destinées à assouplir le contrôle fiscal des opérations intragroupes, puisque ces régimes relèvent par essence de traitements fiscaux préférentiels ayant pour effet de stimuler une synergie économique grâce à la solidarité collective des sociétés appartenant aux groupes.

Actuellement, l'instauration d'un régime fiscal plus adapté à la réalité économique du groupe n'est pas encore l'objectif premier du droit chinois. La réforme fiscale de 2006 est encore en période transitoire, de plus, l'autorité fiscale chinoise a déjà initié d'autres réformes fiscales fondamentales, telles que la réforme sur la TVA<sup>617</sup> et le régime de l'impôt sur le revenu individuel. Cependant, l'adoption d'un régime fiscal assoupli pour les groupes doit faire l'objet d'une réforme fiscale dans un avenir proche afin de maintenir un dynamisme économique en faveur des entreprises contribuables regroupées.

## ***§2. La régularisation de l'abus de biens sociaux au sein du groupe en droit français***

En droit chinois, le régime équivalent au délit de l'abus de biens sociaux – à savoir le « délit de l'acte infidèle préjudiciable à l'intérêt de la société cotée en bourse » - a été légiféré il y a seulement 4 ans. Il n'existe pas encore, à ce stade en droit chinois, un mécanisme pouvant écarter l'application de ce délit en raison de l'implication du groupe de sociétés. Pourtant, compte tenu de la vitesse de modernisation du droit chinois dans les dernières décennies, il est intéressant de présenter le régime régulateur de ce délit en droit français, fondé sur des intérêts communs des sociétés de groupe. Nous estimons que les juristes chinois rencontreront probablement dans le futur des affaires similaires à celles tranchées par les juges français.

Il n'est pas sans intérêt de constater que, même dans le cadre de droit pénal,

---

<sup>617</sup> Cette réforme consiste principalement à rendre déductible la TVA en amont relatif à l'achat du matériel immobilisé. Entamé par un projet d'essai applicable aux entreprises dans la région nord-est de la Chine à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2004, la mise en œuvre de la réforme officielle à l'échelon nationale ne s'est réalisée qu'en date du 1er janvier 2009.

concernant des actes les plus graves préjudiciant à l'intérêt social, la réalité économique du groupe de sociétés peut jouer encore un rôle pour l'exonération de la responsabilité pénale des dirigeants sociaux.

#### *A. La sévérité de l'incrimination de l'abus de biens sociaux en droit français*

Dans l'exercice de leur pouvoir d'administration des sociétés, les dirigeants, ayant la pleine capacité de gérer les ressources de celle-ci, pourraient parfois céder à la tentation d'en tirer des avantages personnels au détriment de l'intérêt de la société. En droit français, ce type d'acte illicite est qualifié d'abus de biens sociaux, poursuivi pénalement. A cet effet, le Code de commerce prévoit que doit être puni d'un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 375,000 euros les dirigeants de sociétés commerciales qui, de mauvaise foi, auront fait des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix de la société, « *un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* »<sup>618</sup>.

L'incrimination des opérations d'abus de biens sociaux visent à réprimander en premier lieu des comportements préjudiciables à la société et au bénéfice personnel des dirigeants, tel que, comme souvent constaté dans la pratique, l'accord par la société de rémunérations et de divers avantages excessifs aux dirigeants, ou la confusion entre leur patrimoine personnel et celui de la société.

Par ailleurs, la loi entend également punir, en qualifiant d'abus de biens sociaux, des actes nuisibles au propre intérêt social de l'entreprise, bénéficiant à une autre société dans laquelle le dirigeant de la première est directement ou indirectement intéressé, qu'ils soient réalisés par la confusion systématique des patrimoines entre les deux sociétés ou simplement par des actes ponctuels portant atteinte à la société victime. Cette catégorie d'actes défectueux couvre particulièrement ce genre d'opérations entre des sociétés d'un même groupe, dans lesquelles les dirigeants d'une société sont amenés à sacrifier l'intérêt de celle-ci sur l'autel d'une autre appartenant au même groupe. A l'intérieur du groupe, il n'est pas rare que le dirigeant puisse avoir un certain intérêt, direct ou indirect, dans la société bénéficiaire du sacrifice. Il pourrait s'agir d'un mandat social cumulé, de la

---

<sup>618</sup> Article L241-3, 4° et 5° au regard de SARL, Article L242-6, 3° et 4° au regard de SA



détention de participations ou même d'un lien de subordination.

Ainsi il faudra éclaircir si l'auteur du délit susceptible d'être réprimandé par l'abus de biens sociaux ne se limite pas seulement aux dirigeants de droit. En pratique, tout dirigeant de fait, sans qu'il dispose nécessairement d'un mandat social, est également passible d'une condamnation sur le fondement de cette incrimination en tant qu'auteur principal, dès lors qu'il s'empare effectivement des droits de gestion de la société.

La qualification de la responsabilité de l'abus de biens sociaux se fonde sur des critères indépendants. La qualification fiscale relative à l'anormalité d'un acte de gestion n'influence nullement le caractère abusif du même acte en droit pénal. *A fortiori*, l'abus de biens sociaux pourrait tout de même être caractérisé au regard d'une convention ayant été approuvée préalablement ou postérieurement, même à l'unanimité, par l'assemblée générale des associés<sup>619</sup>. La juridiction a souligné à juste titre que l'intérêt social mis en péril par une telle infraction ne s'assimile pas simplement aux intérêts des associés. Au surplus, même en admettant que les intérêts des associés se confondent complètement avec ceux de la société, leur accord ne permet pas de retenir le caractère délictueux dans la mesure où l'application de la règle pénale est indifférente au consentement de la victime à l'infraction<sup>620</sup>.

### *B. L'appréciation du fait justificatif de l'incrimination en droit français*

En revanche, la responsabilité de l'abus de biens sociaux doit être substantiellement infléchie lorsque les prévenus agissent au nom d'une société appartenant à un groupe reconnu en droit pénal. Un tel acte pourrait échapper à la qualification pénale à condition que le concours ainsi accordé, édicté dans l'intérêt commun du groupe<sup>621</sup> se révèle mesuré et raisonnable, de sorte qu'il « *ne doit pas être démunie de contrepartie, ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* »<sup>622</sup>. L'utilisation de la

---

<sup>619</sup> Cass. crim., 26 janv. 1961, et sur renvoi CA Amiens, 11 juill. 1962 : Gaz. Pal. 1963, 1, jurispr. p. 438. - Cass. crim., 5 nov. 1963 : Bull. crim. 1963, n° 307 ; D. 1964, jurispr. p. 52. - Cass. crim., 8 mars 1967 : Bull. crim. 1967, n° 94 ; D. 1967, jurispr. p. 586, note D. Dalsace. - Cass. crim., 19 oct. 1971 : Bull. crim. 1971, n° 272. - Cass. crim., 19 mars 1979 : Bull. crim. 1979, n° 112. - Cass. crim., 30 sept. 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 356, note. B. Bouloc.

<sup>620</sup> Ph. Salvage, « *Le consentement en droit pénal* », Rev. Sc. Crim. 1991, p. 699 et s.

<sup>621</sup> L'appréciation de cet intérêt commun de groupe est exposée ci-dessus en première partie. L'existence d'un tel intérêt commun, condition qualificative de la reconnaissance du groupe en droit pénal, constitue un des éléments permettant de justifier l'abus de biens sociaux.

<sup>622</sup> Cass. crim. 4 Février 1985, Rozenblum, précité

conjonction « ou » dans la formule élaborée par la Cour de cassation indique que le concours ne doit pas dépasser une double limite. La première, en forme alternative, exige que la satisfaction soit de la condition de l'existence d'une contrepartie soit de l'absence de rupture de l'équilibre entre des engagements des sociétés concernées. Pour la deuxième limite, elle exige que le concours d'une société ne dépasse pas sa propre possibilité financière.

Une doctrine isolée, partisane d'une approche restrictive, soutient une application cumulative de ces trois conditions, en mettant en avant qu'il semble que la condition de l'existence de la contrepartie ne se confonde point avec l'exigence de l'équilibre qui doit nécessairement compléter cette première<sup>623</sup>. Cette position, qui semble avoir été écartée par la jurisprudence<sup>624</sup>, méconnaît en fait non seulement la logique de la formulation de la Cour, mais aussi l'objectif de la jurisprudence qui entend mener une approche souple dans l'appréciation du fait justificatif au regard du groupe de sociétés.

Doit être nécessairement souple l'appréciation de la non-existence du caractère excessif des aides. La finalité de cette appréciation est de vérifier s'il est nécessaire de relaxer le dirigeant qui aurait certainement dû être condamné si l'acte de même nature avait été commis dans une société isolée. Les conditions qualificatives des concours ont pour objet de distinguer deux catégories d'actes au sein du groupe de sociétés : l'une comprenant les actes qui sont conçus effectivement pour réaliser une solidarité transcendante orientée dans l'intérêt commun du groupe, avec une prise de risques bien mesurée, donc méritant l'exonération de la responsabilité pénale de l'auteur ; l'autre comprenant des actes essentiellement destinés à la récupération égoïste des bénéfices par une société au détriment de l'intérêt de l'autre, si bien que la responsabilité pénale ne saurait être exemptée.

Il convient de procéder à la vérification des critères concrets de chaque condition afin d'évaluer le degré de souplesse relatif à l'appréciation du fait justificatif.

### ***1. L'existence d'une contrepartie***

---

<sup>623</sup> C. Freyria et J. Clara, « *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés* », JCP 1993, I.247, n°13

<sup>624</sup> Cass. crim. 21 juin 2000, Cass. crim. 19 décembre 2001 : les arrêts s'en tiennent à évoquer uniquement la condition de la contrepartie et la condition du caractère non excessif des aides financières.

Il est communément admis que cette contrepartie, une compensation contre le concours octroyé, ne doit pas être symbolique. Bien que la contrepartie ne doive pas être nécessairement immédiate, elle ne saurait être réalisée dans une durée irraisonnablement longue.

Une contrepartie est normalement matérielle, directement sous forme monétaire ou de biens ou de services susceptibles d'être convertis en monnaie. Elle pourrait pourtant revêtir une forme immatérielle, pouvant susciter des difficultés d'évaluation. Dans ce sens, pour justifier la remise de dettes par la société mère au profit de sa filiale exsangue, il suffit de prouver que l'acte a pour objet d'éviter le retentissement fâcheux d'un dépôt de bilan qui porte atteinte à la réputation de l'ensemble des sociétés du groupe. De plus, il convient également d'évoquer le cas de la cession d'une filiale par la société mère ayant été au bord de la liquidation puis reprise et sauvée par un groupe repreneur<sup>625</sup>. Un dirigeant de cette société mère, étant nommé suite à la reprise par le groupe repreneur et intéressé directement, a fait voter cette cession de filiale à une prix dérisoire de 8,5 millions francs (un prix équivalent à moins de 5% du prix normal) au profit des autres sociétés appartenant au groupe repreneur. Le dirigeant n'a pas été condamné au titre de l'abus de biens sociaux par la Cour de cassation en raison de la contribution financière importante apportée par le groupe repreneur pour le sauvetage de la société mère cédant. L'intérêt de la société mère –cédant de la cession litigieuse - doit être apprécié dans le cadre du groupe de sociétés. Aussi, les efforts et les coûts de sauvetage de la société mère, qui éviteront par la même occasion la liquidation de la filiale, constituent légitimement une contrepartie immatérielle supplémentaire, et qui justifient la cession.

Certes, l'appartenance au groupe n'est pas suffisante à caractériser en soi une contrepartie, même si selon une partie de la doctrine, cette situation peut procurer à une société membre du groupe un prestige, des opportunités commerciales ou même des supports financiers plus faciles qui n'eussent pas été accessibles si elle était demeurée isolée. En effet, une contrepartie ne saurait se caractériser en raison du constat de liens financiers. L'admission d'une telle qualification pourrait donner lieu à la dangereuse conclusion que toutes les aides gratuites pourraient être librement accordées dès lors que des parties concernées appartiennent au même groupe de sociétés.

Cependant, il n'en demeure pas moins que le fait d'appartenir au groupe permet

---

<sup>625</sup> Cass. crim. 19 décembre 1995, n° 94-85. 299

d'assouplir significativement l'appréciation de la contrepartie en droit pénal des affaires. Il est en effet concevable que le prix ou le tarif d'une transaction entre deux sociétés du groupe puisse être substantiellement avantageux pour une partie par rapport au prix du marché<sup>626</sup>. Dans ce sens, un bail manifestement avantageux accordé par la société mère à sa filiale<sup>627</sup>, ou des avances mises en place à l'intérieur du groupe, qu'elles soient gratuites ou soient assorties d'intérêts plus réduits que ceux pratiqués par les banques<sup>628</sup>, ne sont pas considérés comme dépourvus de contreparties. Il semble que l'absence de contrepartie se caractérise seulement dans l'hypothèse où il n'y a qu'une compensation extrêmement faible ou fictive.

En droit positif, des dirigeants peuvent être poursuivis dans le cas où une contrepartie, telle que le prix de la marchandise ou le remboursement de prêt, ne peut être versée aux échéances prévues par le bénéficiaire. Exerçant une analyse *a posteriori*, le juge doit distinguer des actes frauduleux assortis initialement d'une contrepartie fictive de celui dont les dirigeants n'ont commis que simplement des erreurs de gestion dans l'appréciation des risques.

En effet, l'appréciation de l'existence réelle de la contrepartie doit se cristalliser au moment de la conclusion de l'acte. S'agissant d'une contrepartie fictive, les dirigeants savent, lors de la conclusion de l'acte, que l'autre partie n'avait aucune intention de respecter l'engagement relatif à la contrepartie<sup>629</sup>. Doté d'un caractère délibérément frauduleux, l'acte a pour seul objet de réaliser des flux anormaux, la contrepartie ainsi souscrite n'est qu'un prétexte. Au contraire, en cas d'erreurs de gestion, les préjudices subis par la société victime résultent de risques commerciaux aléatoires. Lors de la conclusion de l'acte, les dirigeants de la société mise en contribution auraient pu raisonnablement envisager de recevoir une contrepartie différée, bien que le résultat ultérieur s'avère désastreux.

## ***2. L'absence de rupture de l'équilibre***

Cette condition de l'absence de rupture de l'équilibre, bien entérinée dans la formule de l'arrêt Rozenblum, n'est pas vraiment utilisée comme fondement réel de la

---

<sup>626</sup> Cass. crim. 19 décembre 2001, précité

<sup>627</sup> Cass. crim. 8 janvier 1990, Bull. crim. 1990, n°11

<sup>628</sup> Cass. crim. 30 avril 2003, n° 02-86.760 ; Cass. crim. 21 juin 2000, n° 99-83.794 ; Cass. crim. 12 octobre 1999, n° 98-86.525

<sup>629</sup> Cass. crim. 24 juin 1991, JCP E 1992, I, 172, n°15

justification des arrêts ultérieurs rendus par la Haute Juridiction, qui n'aborde dans l'appréciation du fait justificatif que l'existence ou non d'une contrepartie sans s'attarder ensuite sur ce second critère, si bien que les discussions relatives au champs d'application de la condition d'équilibre revêtent une importance toute théorique<sup>630</sup>.

Il convient néanmoins de remarquer que ce critère est pourtant utile pour conforter la thèse du libéralisme judiciaire dans l'appréciation qualitative d'une compensation pour la société mise à contribution. Le sacrifice n'a pas besoin d'une indemnité équivalente, un régime assurant l'équilibre des intérêts suffit, et cela démontre exactement la limite de concours acceptable entre les sociétés du groupe – il faut à l'intérieur du groupe un mécanisme de partage réciproque des ressources et de moyens, quelle que soient la modalité et le délai de compensation. En d'autres termes, le concours engagé ne doit pas être unilatéral de sorte que les flux des profits soient aménagés visiblement pour le bénéfice exclusif d'une partie du groupe au détriment d'une autre.

La jurisprudence de la Chambre criminelle requérant le maintien de « *l'équilibre entre les engagements respectifs des sociétés concernées* » n'indique cependant pas le périmètre exact de ces sociétés concernées. Dans un contexte où la notion de groupe n'est assortie d'aucun critère précis, il n'est pas pertinent de penser que ce périmètre doit couvrir toutes les sociétés du groupe, non seulement puisque cela assimile maladroitement les « sociétés concernées » aux « sociétés groupées », mais aussi parce qu'une telle approche conduit à élargir inutilement le champ d'appréciation, en incluant des sociétés de groupe qui s'éloignent nettement de l'acte litigieux. Il est d'autant plus excessif, à notre avis, de restreindre le champ d'appréciation uniquement sur les sociétés contractant l'acte litigieux, tandis que celui-ci pourrait s'inscrire dans des relations multilatérales impliquant plusieurs sociétés. Ce pourrait être le cas des avances litigieuses réalisées dans le cadre d'un *pool* de trésorerie, ou des aides entre des sociétés sœurs sous la coordination de la société mère. En effet, il appartient aux juges de vérifier, en fonction des circonstances de fait de chaque espèce, l'équilibre entre des sociétés directement ou indirectement impliquées dans l'acte en cause ou dans un mécanisme en commun dans lequel s'inscrit cet acte, tout en prenant en compte la réalité économique et les usages relatifs au sein du groupe.

---

<sup>630</sup> M.-E. Boursier, « *Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité* », Rev. Sociétés 2005, p. 273, n°92

### *3. L'absence du dépassement de sa propre possibilité financière*

Compte tenu de la souplesse de l'exigence au regard de la contrepartie et du maintien de l'équilibre, il n'est pas vraiment possible de fixer une proportion de ressources dans la limite de laquelle le concours pour autrui ne soit pas irraisonnable. Le degré d'exagération d'un concours pourrait effectivement varier en fonction de l'intensité de l'intérêt qui peut le justifier. Toutefois, ce concours intragroupe ne saurait jamais mettre en danger l'exploitation de la société mise à contribution, car une telle situation démontrerait incontestablement le caractère excessif de l'acte. La tolérance des concours motivés par la réalité du groupe n'a plus lieu de subsister dès lors que c'est la vie de la société qui est en jeu. C'est la limite la plus fondamentale au-delà de laquelle l'autonomie patrimoniale de la personne morale doit nécessairement retrouver son empire.

L'appréciation du dépassement ou non de la possibilité financière doit se faire d'un point de vue purement interne, visant les moyens financiers de la société mise à contribution, quel que soit la nature du concours et quel que soit l'intimité des relations entre les sociétés parties au concours. Il s'ensuit qu'un sacrifice, sous réserve qu'il soit équilibré, ne relève pas d'un caractère illicite s'il est imposé à une société en bonne santé financière, alors il en va complètement autrement s'il est à la charge d'une société moins solide.

Une doctrine tend à définir restrictivement le contenu de la possibilité financière, en estimant que le concours ainsi accordé par une société ne doit pas procéder d'un emprunt auprès d'un tiers. Du plus, une telle aide ne doit pas être conclue à moyen ou à long terme, en raison de l'intensité du péril encouru pour une telle opération de longue haleine<sup>631</sup>. Une telle position a certes le mérite d'exclure des opérations paraissant structurellement plus dangereuses que d'autres. Pourtant, imposer une telle interdiction ne contribue pas à évincer le vrai risque, qui réside dans le caractère excessif du montant du concours quel que soit le moyen de financement. Au contraire, cette position dogmatique restreint inutilement la liberté de la gestion financière d'entreprise, qui doit être flexible pour assurer une meilleure répartition des ressources financières.

Il ressort de la jurisprudence que le dépassement de la capacité financière se caractérise souvent dans les situations où les sociétés ont subi de vraies crises financières

---

<sup>631</sup> B. Bouloc, « *Droit pénal et groupes d'entreprises* », Rev. Société, 1988, p. 189

donnant lieu soit à l'incapacité de paiement des dettes à l'échéance ou soit à l'ouverture de la procédure collective. Mais cela n'exclut pas que les dirigeants dans les sociétés *in bonis* puissent être aussi tenus responsables au chef de l'abus de biens sociaux. L'irrégularité de l'acte litigieux peut tout à fait se caractériser soit par une contrepartie dérisoire et symbolique, soit par l'absence de l'équilibre entre des contreparties.

Par ailleurs, il ne faudrait pas systématiquement penser que dès lors qu'une société est en cessation de paiement, tout sacrifice qu'elle a octroyé aux sociétés liées doit être considéré comme dépassant sa capacité financière. L'examen de la disproportion financière doit se faire au regard des circonstances dans lesquelles est conclu l'acte et non en fonction de ses résultats. Sont seulement interdits les concours qui sont susceptibles de faire courir à l'auteur des risques, prévisibles dès la conclusion de l'acte, mettant son avenir en péril. Cette prévisibilité, difficile à vérifier notamment dans des contextes compliqués, semble devoir être appréciée également avec une grande souplesse. Dans l'arrêt *Agache-Willot* de 1974<sup>632</sup>, la filiale ne peut fournir des aides qu'en retardant le paiement à ses fournisseurs et en effectuant la vente précipitée d'une grande partie de son patrimoine immobilier. Cependant, ses sacrifices ne semblent pas suffisants à caractériser le dépassement de la capacité financière. Même si la filiale a visiblement souffert pour réaliser le concours, de tels sacrifices ne semblent pas forcément excessifs dès lors qu'ils s'inscrivent dans le but de contribuer à l'expansion du groupe. En dépit d'une procédure collective ouverte ultérieurement, les juges ont estimé que rien ne permettait d'affirmer qu'à la date des faits, les prévenus avaient délibérément cherché à sacrifier cette filiale, en constatant que les activités principales de la filiale ne sont pas effectivement compromises et que les sacrifices ont ainsi été compensés par une importante remise des actions. La même juridiction a ainsi confirmé sa bienveillance dans la vérification du dépassement de la capacité financière, encore jugée trop subjective par certains auteurs, dans le deuxième arrêt de *Agache-Willot*. Les conclusions des emprunts et des cautionnements gratuitement accordés, des transferts unilatéraux de fonds colossaux, ainsi que des loyers de crédit-bail et des commissions de mandat de nature exorbitante pourraient être exonérés de poursuite pénale, tout dépendant des circonstances de fait et de la capacité des sociétés mises à contribution.

Nous pouvons conclure que l'appréciation des exigences financières régissant les aides intragroupes est extrêmement souple en droit pénal des affaires. L'existence d'un

---

<sup>632</sup> T. corr. Paris, 16 mai 1974, précité

groupe, dès qu'elle est reconnue par cette branche de droit, constitue un élément efficace pour régulariser des actes qui auraient dû être délictueux si cela avait été une société isolée. Une telle solution mérite d'être saluée car elle s'inscrit également dans la tendance à la dépenalisation des infractions en droit des affaires<sup>633</sup>. Si le droit encourage normalement un comportement prudent dans la gestion du groupe de sociétés dans le respect minutieux de l'autonomie de chaque société, il est pourtant excessif d'interdire toutes les opérations tendant à rassembler et concentrer des sources réparties entre des sociétés du groupe pour réaliser des opérations importantes, ce qui est inenvisageable dans le cadre d'une société isolée. Cette concentration, même portant éventuellement atteinte à l'intérêt individuel de telle ou telle société du groupe, témoigne cependant d'une vraie dynamique et d'une véritable puissance économique du groupe de sociétés, et contribue à la croissance économique bénéficiant aux sociétés membres et même à l'ensemble de notre société. Les risques étant intrinsèques à la gestion des entreprises, comment distinguer une stratégie excessivement risquée de celle débouchant sur un grand succès, notamment au regard d'un groupe en pleine croissance par le biais d'expansions externes, qui s'assortissent forcément de risques élevés? A cet égard, les sanctions en droit pénal, étant par nature les instruments juridiques le plus sévères, ils doivent être mis en place de manière très scrupuleuse pour ne pas pénaliser les initiatives créatives des dirigeants disposant d'un droit à l'erreur dans un monde économique gouverné par les aléas et les risques. L'objectif de la jurisprudence de *Rozenblum* consiste à juste titre à recenser les actes à hauts risques, conduisant éventuellement à un abus « constructif » des biens sociaux, et les séparer de ceux de nature « destructive », qui ne révèlent qu'une intention frauduleuse.

Sous l'empire du droit pénal, un équilibre ou une contrepartie non symbolique suffit alors à justifier l'exemption de poursuites contre des dirigeants, sans qu'il y ait lieu de leur reprocher leurs manquements aux obligations dans les autres branches du droit, tels que ceux justifiant l'acte normal de gestion ou de la validité de cautionnement. Certes, un acte défectueux pourrait entraîner des responsabilités civiles et fiscales à la charge de la société et même à la charge personnelle des dirigeants, mais ces sanctions pécuniaires ne sont pas d'une mesure commune avec l'incrimination pénale des dirigeants de droit et de fait. Nous pouvons constater en effet une certaine tolérance de la jurisprudence pénale au regard des actes défectueux. S'il ne semble pas concevable que l'Etat (le fisc) et les

---

<sup>633</sup> B. Bouloc , «*La dépenalisation dans le droit pénal des affaires* » : D. 2003, p. 2492 ; M.-T. Calais-Auloy , «*La dépenalisation en droit des affaires* » : D. 1988, chron. p. 315 ; C. Mascala, «*Vers une dépenalisation des infractions d'affaires ? Une réalité ?* » : D. affaires 1998, p. 103



associés (plutôt minoritaires) supportent des pertes engendrées par de tels actes, il n'est cependant pas nécessaire d'infliger aux dirigeants des sanctions pénales, forcément trop lourdes au regard des enjeux.

## **TITRE II – A LA RECHERCHE DE L’EQUILIBRE ENTRE LES INTERETS CONFLICTUELS AU SEIN DU GROUPE**

Le conflit d’intérêts entre les diverses parties concernées par le groupe est un sujet au cœur de la problématique juridique du groupe de sociétés.

Les règles classiques du droit des sociétés ont pour objectif de maintenir une protection équilibrée des personnes établissant des relations avec la société économiquement autonome et isolée. Et dans un tel cadre, nous pouvons souvent mettre en opposition deux catégories de personnes : celles ayant plus ou moins le pouvoir de déterminer ou d’exercer des influences sur les comportements de la société, c’est-à-dire les dirigeants et les actionnaires de la société ; et celles n’ayant pas ce pouvoir, qui sont composées des salariés ainsi que des créanciers de la société.

Le fait qu’une société appartienne à un groupe de sociétés ne change pas fondamentalement les caractéristiques des relations entre les diverses personnes concernées par cette société. En effet, l’appartenance d’une société au groupe de sociétés signifie simplement, d’un point de vue juridique, que cette société a un actionnaire personne morale et qui dispose d’un pouvoir assez important, sinon majoritaire, pour déterminer les décisions des organes sociaux.

Pourtant, le groupe de sociétés entraîne fréquemment la naissance de conflits d’intérêts, soit entre les personnes relevant toutes de la première catégorie ci-dessus évoquée (**Chapitre I**), soit entre les personnes des deux catégories (**Chapitre II**).

**Chapitre I – A la recherche de l’équilibre dans la protection de l’intérêt des associés**

**Chapitre II – A la recherche de l’équilibre du régime de la responsabilité au sein du groupe**

## CHAPITRE I – A LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE DANS LA PROTECTION DE L'INTERET DES ASSOCIES

La répartition de *facto* du pouvoir de direction au sein de chaque société du groupe relève purement d'un modèle économique d'organisation et de gestion des activités. Toutefois, elle aura des conséquences sur l'intérêt des associés minoritaires qui sont extérieurs à l'unité centrale du groupe. En effet la politique et la stratégie du groupe s'imposent souvent aux sociétés y appartenant ; ces sociétés encourent le risque de s'incliner devant la volonté du groupe - qui s'incarne dans l'actionnaire majoritaire, et le risque de devoir procéder à divers actes contraires à ses propres intérêts.

Pourtant, les effets perturbateurs du groupe ne sauraient être surévalués. Il ne faut pas oublier le dynamisme économique de groupe, qui permet à la société de groupe de réaliser des économies d'échelle et de bénéficier de la solidarité commerciale, financière, sociale et gestionnaire entre les sociétés. Sur le plan juridique, le groupe est neutre vis à vis des associés minoritaires. Certes, dès lors qu'une société appartient à un groupe, ce dernier peut renforcer son contrôle sur la société en créant des relations de dépendance économique ou en nommant des mandataires sociaux recrutés par d'autres sociétés du groupe. Or on ne saurait imputer ces effets à l'appartenance de la société au groupe, dans la mesure où un associé majoritaire, personne physique, pourrait également limiter *de facto* l'autonomie de la direction et de l'activité d'une société sous son contrôle. La présence du groupe n'a que pour effet de multiplier les moyens factuels permettant la mise en place d'opérations préjudiciables à la société, et cela d'une façon plus insidieuse.

A l'inverse, il convient de noter qu'il ne saurait non plus être fait obstacle à la mise en place des politiques et stratégies du groupe simplement en raison de l'opposition des associés minoritaires, qui sont en marge de la prise de décision du groupe (nous pouvons les appeler comme des « *associés externes* »). L'intérêt de ces derniers ne saurait être protégé aveuglement. Le droit n'a pas vocation à intervenir dans les décisions relevant de l'intérêt économique du groupe, dès lors que l'intérêt social de la société n'est pas manifestement sacrifié.

Il convient donc de maintenir un régime légal équilibré au regard de l'exercice du pouvoir de direction des sociétés de groupe.

L'analyse du droit positif démontre que les dispositifs classiques du droit des sociétés sont *a priori* suffisants pour établir un équilibre entre les intérêts des associés et dirigeants au sein du groupe de sociétés (**Section 1**). De plus, il est possible de concevoir des règles juridiques visant spécialement le groupe de sociétés, mais uniquement à titre subsidiaire et de façon très marginale (**Section 2**).

## **Section 1. - L'application des régimes classiques adaptés**

Les actionnaires et les dirigeants disposent directement du pouvoir de direction et d'administration de la société. Au sein d'un groupe de sociétés, des conflits d'intérêts se créent en principe soit entre les associés majoritaires et minoritaires, soit entre les associés minoritaires et les dirigeants sociaux.

Force est de constater que le droit des sociétés classique est muni de moyens suffisants pour faire face à ces conflits d'intérêts.

A cet égard, le droit français se révèle être un parfait modèle. En effet, ce droit a réussi à assurer un équilibre entre l'intérêt des associés majoritaires-représentant du groupe - et l'intérêt des associés extérieurs du groupe (§1). De même, par la mise en place d'un régime d'action sociale, une solution équilibrée est ainsi retenue entre l'intérêt de l'associé externe et les dirigeants de la société, qui sont susceptibles d'être fortement influencés par l'unité décisionnelle du groupe (§2),

Le droit chinois sous ces deux angles, mérite d'être amélioré à l'instar de droit français.

### ***§1. La protection équilibrée des intérêts entre les associés majoritaires et minoritaires***

Au sein de la société appartenant au groupe, la protection équilibrée des associés peut être notamment renforcée par le droit d'information des associés (A). Des protections juridiques sont aussi nécessaires en faveur d'une partie des associés contre l'exercice contestable de droit d'associé par une autre partie (B).

## *A. Le renforcement du droit d'information*

Bien que le droit d'information n'accorde à l'associé aucun droit de s'immiscer dans la direction et l'administration de la société, il constitue un droit essentiel pour tous les associés, notamment ceux extérieurs à l'unité décisionnelle du groupe. L'exercice de ce droit a pour effet de non seulement faciliter la découverte des anomalies dans le fonctionnement de la société, mais aussi de dissuader les actes des dirigeants portant atteinte à l'intérêt de la société.

Contrairement au droit français qui renforce ce droit d'information à l'échelon du groupe (1), le droit chinois le limite encore strictement à chaque société (2).

### ***1. En droit français***

Les actionnaires disposent du droit d'être automatiquement informés de certaines relations de la société avec le groupe (a), mais aussi d'une marge de manœuvre pour entamer des expertises de gestion à l'échelon du groupe (b).

#### **a. Informations générales au regard de l'appartenance de la société au groupe**

##### *1) Informations générales sur les associés, les filiales et les participations*

En droit français, les associés des sociétés commerciales ont le droit de connaître les informations sur les sociétés avec lesquelles leur société entretient des liens financiers ou des liens de contrôle en amont ou en aval.

Concernant l'information sur la société en aval, l'article L. 233-6, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce prévoit que toute société ayant pris une participation dans une société, ayant son siège social en France métropolitaine ou dans les départements et territoires d'outre-mer, qui dépasse le vingtième, le dixième, le cinquième, le tiers ou la moitié du capital de cette société ou s'est assurée du contrôle d'une telle société, doit être mentionnée dans le rapport de gestion présenté aux associés. Il a été précisé par l'ANSA que ce rapport de gestion n'incluait seulement les participations directes. En revanche,

toute prise de contrôle, directe ou indirecte, doit être mentionnée dans le rapport.

Par ailleurs, dans deux cas particuliers, les actionnaires d'une société par actions ont également le droit d'être informés sur les autres actionnaires.

Premièrement, selon l'article L. 233-7 du Code de commerce, dans le cadre d'une société cotée en bourse, toute personne physique ou morale qui vient à détenir plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital social, ou des droits de vote, doit en informer la société dans les cinq jours ouvrables à compter du franchissement de l'un de ses seuils. Le fait que la détention du capital est inférieure à l'un de ces seuils doit être également indiqué. En outre, conformément à l'article L.233-13, l'identité de tous les détenteurs (à l'exception du seuil de dix-huit vingtièmes), ainsi que leurs modifications du capital en cours d'exercice, doit faire l'objet d'une mention dans le rapport présenté aux actionnaires.

Deuxièmement, selon l'article L. 233-12 du Code de commerce, lorsqu'une société est contrôlée directement ou indirectement par une société par actions, elle doit notifier à cette dernière, ainsi qu'à chaque société participant à ce contrôle, le montant des participations qu'elle détient directement ou indirectement dans leur capital, ainsi que les variations de ce montant. Les sociétés recevant cette notification doivent inclure les informations reçues dans leurs propres rapports aux actionnaires.

## *2) Les informations relatives au groupe en comptes consolidés*

Les associés de la société mère d'un groupe au sens de l'article 233-16 du Code de commerce (consolidation des comptes) ont un droit d'information renforcé. Outre les informations naturellement comprises dans les comptes consolidés, ils ont accès à un rapport de gestion des comptes consolidés, qui comporte une série d'informations et analyses très larges au regard de l'activité de l'ensemble du groupe<sup>634</sup>.

---

<sup>634</sup> Dans ce rapport, outre des informations générales et habituelles, il faut aussi présenter une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires. Cette analyse doit comprendre également des éléments clés d'ordre non financier ayant trait à l'activité spécifique de la société (notamment l'environnement et le personnel) ; une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée ; des indications sur l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise (Cf. article L. 225-100 du Code de commerce).

Il convient de noter que cette obligation d'information pèse uniquement sur la société ayant l'obligation de procéder aux comptes consolidés. Pour autant, au regard d'une société comprise dans le périmètre de consolidation, un associé minoritaire détenant plus de 10% du capital pourrait exiger, en se prévalant de son droit d'opposition prévu par l'article L.233-17 alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce, l'élaboration de comptes consolidés concernant uniquement le sous-groupe animé par sa société, ce qui lui permettrait d'obtenir des informations plus détaillées sur ce sous-groupe.

### **b. Les expertises de gestion sur des opérations déterminées**

Un associé d'une SARL, SA ou SAS, possédant une part suffisante des titres sociaux, ou un groupe de plusieurs associés dont les titres atteignent le même seuil, ont le droit d'interroger par écrit le gérant, le président du conseil ou du directoire de la société sur une ou plusieurs opérations de gestion déterminées, sur lesquelles ils souhaitent des éclaircissements. Selon l'alinéa 2 de l'article 225-231 du code de commerce, à défaut de réponse dans un délai d'un mois ou en cas de réponse insatisfaisante, le ou les minoritaires pourront demander en référé la nomination d'un ou plusieurs experts de gestion.

Le recours à l'expertise de gestion a pour objectif d'aider les associés à approfondir leurs connaissances sur une ou plusieurs opérations de gestion précises et déterminées. Cette expertise ne saurait dériver en un contrôle du fonctionnement général de la société<sup>635</sup>. Le demandeur n'est donc pas tenu d'apporter « *la preuve que les organes sociaux aient méconnu l'intérêt de la société et détourné leurs pouvoirs de leur finalité* »<sup>636</sup>, puisque c'est la finalité même de l'expertise de gestion. Pourtant, il faut que la demande revête au moins un caractère sérieux, qui permet de présumer l'irrégularité des opérations contestées, ou de faire constater l'existence d'un risque d'atteinte à l'intérêt social<sup>637</sup>. A défaut d'une telle preuve rapportée par l'associé demandeur, la demande d'expertise doit être rejetée<sup>638</sup>. Au surplus, même si l'opération peut paraître suspecte, le juge peut rejeter la demande lorsqu'il ressort de son appréciation souveraine que les éléments de réponses communiquées par les dirigeants présentent un caractère

<sup>635</sup> CA Versailles, 23 nov. 1988 : Juris-Data n° 1988-046792

<sup>636</sup> Cass. com., 15 juill. 1987 : JCP E 1987, I, 16959, n° 14, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain.

<sup>637</sup> Cass. com. 10 févr. 1998, RJDA 6/98, n°736 ; CA Versailles 20 avril 1995, RJDA 8-9/95 n°993 ; CA Paris 8 sept. 1999, RJDA 12/99 n°1343

<sup>638</sup> CA Paris, 9 déc. 1994, RJDA 6/95, n°728, CA Versailles 14 févr. 2007, RJDA 8-9/07 n°855

suffisant pour effacer tous les doutes<sup>639</sup>.

Ce contrôle judiciaire est exercé de façon souveraine<sup>640</sup> par les juges du fond en vue de maintenir un équilibre entre le droit d'information des associés minoritaires et le pouvoir des dirigeants sociaux de gérer l'entreprise de façon indépendante. Conçue comme une mesure d'information, l'expertise de gestion doit bénéficier d'une certaine souplesse au profit du demandeur. En revanche, l'associé minoritaire ne saurait y avoir recours de manière abusive pour harceler les dirigeants dans leur gestion normale, sous peine des dommages intérêts<sup>641</sup>.

Néanmoins, cela ne signifie pas que les associés minoritaires soient complètement exclus du droit d'action pour l'obtention d'information, lorsque les conditions de l'expertise de gestion ne sont pas réunies. En effet, le droit français permet également à un associé minoritaire d'agir sur le fondement de l'article 145 du nouveau code de procédure civile. Dans une telle hypothèse, la mesure d'expertise de gestion peut être considérée comme une preuve de fait importante, qui nécessite une mesure de conservation avant tout procès que l'associé pourrait ultérieurement initier. Il peut ainsi exercer cette action, sur requête ou en référé, à condition de pouvoir démontrer son intérêt légitime à intenter une action dont le résultat dépend de cette preuve.

Une telle mesure d'information est dénommée expertise préventive. A la différence de l'expertise de gestion qui relève du droit d'information fondé sur le droit des sociétés, l'expertise préventive relève d'une technique procédurale. Sa recevabilité est plus aisée : il suffit que le demandeur démontre un motif légitime pour conserver ou établir une preuve de faits, qui pourrait influencer la solution d'un litige. Il importe peu que le demandeur ne détienne pas plus de 5% du capital social, ou qu'il ne soit pas un associé direct de la société visée par l'expertise<sup>642</sup>.

---

<sup>639</sup> Cass. com., 17 janv. 2006, n° 05-10.167 : Juris-Data n° 2006-031800 ; Bull. civ. 2006, IV, n° 12 ; JCP E 2006, 1122, note D. Gibrila. Au contraire, la nomination des experts est arrêtée lorsque les doutes subsistent malgré la réponse des dirigeants. Sur la présomption d'irrégularité : Cass. com., 10 mai 1988, n° 86-16.786 : Juris-Data n° 1988-001174 ; Bull. civ. 1988, IV, n° 160. - CA Paris, 4 mars 1994 : BRDA 1994, n° 8, p. 4 ; Sur l'existence d'un risque d'atteinte à l'intérêt social : Cass. com., 10 févr. 1998, n° 05-10.167 : Juris-Data n° 1998-000528 ; Bull. Joly 1998, p. 468, note M. Menjuq ; JCP E 1999, p. 771, note D. Gibrila.

<sup>640</sup> Le législateur confie le pouvoir d'appréciation aux juges, en prévoyant, dans l'alinéa 4 de l'article 225-233, que « *S'il est fait droit à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs des experts.* »

<sup>641</sup> M. Boizard, « *L'abus de minorité* » : Rev. sociétés 1988, p. 365 s. ; CA Lyon, 27 nov. 1992 : RTD com. 1993, p. 112.

<sup>642</sup> L. Cadiet, « *Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés* », méf. M. Jeantin : Dalloz, 1999, p. 151. - J. Moury, « *Expertise de gestion : la concurrence indélicate de l'article 145 du nouveau du Code de procédure civile* », méf. M. Jeantin : D. 1999, chron. p. 297.



Il est de jurisprudence que le juge ne saurait rejeter la demande d'expertise au seul motif que le demandeur dispose d'autres moyens de droit pour réaliser cet objectif<sup>643</sup>. L'utilité de cette expertise préventive est de permettre aux associés minoritaires d'opter, entre ces deux moyens, pour la voie judiciaire la plus adaptée en vue d'obtenir les informations sollicitées.

## ***2. En droit chinois***

Les droits d'information dont bénéficient les associés des sociétés chinoises sont relativement réduits.

D'une part, le droit chinois n'a pas encore prévu de moyens judiciaires permettant de réaliser des expertises pour la gestion de la société.

D'autre part, excepté les actionnaires des sociétés cotées en bourse qui reçoivent régulièrement des informations financières plus détaillées, les actionnaires sont seulement informés par le rapport annuel d'exercice comptable, qui comprend uniquement des informations de base sur le plan comptable et financier de la société. Certes, les associés peuvent par ailleurs demander, par lettre motivée, la consultation des livres comptables de la société. Mais les dirigeants de la société ont le droit de refuser cette demande dès lors qu'ils trouvent que la consultation n'est pas conforme à l'intérêt légitime de la société. Le refus doit être également motivé et susceptible être soumis le cas échéant à l'appréciation des juges du fond. La loi chinoise n'a pas prévu que les associés puissent être assistés par des experts financiers ou juridiques pour la consultation des informations de la société. Etant donné que les associés ne disposent normalement d'aucune expérience ni de compétences techniques pour déceler les anomalies comptables, l'effet de l'exercice de ce droit de consultation est assez limité.

Ce sous-développement du droit d'information des associés résulte de l'introduction tardive de ce régime. En fait, ce droit n'est officiellement reconnu au profit des associés qu'après la promulgation de la nouvelle loi sur les sociétés fin 2005. Après quelques années de pratique en droit positif, il est temps d'améliorer le système. De nouvelles mesures d'information, telles que l'expertise de gestion, méritent d'être davantage

---

<sup>643</sup> CA Paris, 24 janv. 1986 : D. 1987, somm. p. 232, obs. Julien

renforcées dans les prochains travaux de législation en droit des sociétés, afin d'assurer l'efficacité et l'utilité de l'exercice du droit d'information des associés.

## *B. Le maintien de l'équilibre des intérêts dans l'exercice des droits des associés*

Il existe en général deux types de situations susceptibles de susciter un conflit d'intérêts entre les associés. S'il est plus courant de constater le conflit résultant de l'exercice abusif du droit d'associé (1), il n'en demeure pas moins qu'un tel conflit pourrait résulter de mésententes graves entre les associés (2).

### *1. L'Abus du droit d'associé*

Comparé au régime de l'abus de droit d'associé en droit chinois (b), le droit français établit des règles beaucoup plus développées, afin de retenir des solutions bien adaptées aux abus de majorité et de minorité (a).

#### **a. En droit français**

En droit français, l'abus de droit n'est pas une notion récente. Au contraire, elle faisait déjà l'objet d'une célèbre controverse doctrinale au début du siècle dernier. A ce propos, Planiol dénie fermement le bien-fondé d'une notion d'usage abusif d'un droit, puisque selon lui « *le droit cesse où l'abus commence* »<sup>644</sup>. Cette formule est pourtant jugée par le Doyen Josserand comme une confusion verbale, qui s'apparente simplement à un sophisme. Selon ce dernier, l'exercice d'un droit subjectif peut dégénérer en abus lorsque l'acte en cause consiste effectivement en un détournement de fonctions attachées à ce droit subjectif, si bien qu'il est contraire « *au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité* ». Un détournement serait normalement présumé, sinon prouvé, lorsque les mobiles qui ont animé le titulaire du droit résident dans une intention de nuire à autrui ou une intention dépourvue de légitimité<sup>645</sup>.

<sup>644</sup> M. Planiol, « Traité élémentaire de droit civil », t. II, n° 871 ; « *Études sur la responsabilité civile* » : Rev. crit. légis. et jurispr. 1905, p. 277 et 1906, p. 80

<sup>645</sup> L. Josserand, « *De l'esprit des lois et de leur relativité* », 1939, n° 292, n° 300 ; V. Pirovano, « *La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand* » : (C)D. 1972, chron. p. 67.

Ces débats théoriques qui semblent aujourd'hui désuets n'ont pas eu une véritable influence sur la pratique. Selon la doctrine contemporaine, la théorie de l'abus de droit constitue un mécanisme modérateur mis à la disposition du juge pour assurer l'équité entre des parties ayant des intérêts conflictuels, pour fixer les limites du droit et justifier la réparation de dommages causés volontairement à autrui par l'utilisation dévoyée d'un droit. En effet, aux yeux des juges de notre époque, les prérogatives accordées à une personne par la loi ne sont plus absolues par nature, de sorte que l'exercice du droit doit être mis en œuvre avec prudence par leur titulaire. A cet égard, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, le dépassement des limites du droit peut être constitutif d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur de l'abus. En assimilant l'intention de nuire à autrui à une faute, la jurisprudence a ainsi développé d'autres fondements à ce principe de base, en caractérisant comme des actes abusifs des comportements intentionnels dépourvus d'intention de nuire. Selon les différentes formules utilisées par les juges, des actes malicieux, des actes exécutés de mauvaise foi, des fautes lourdes équipollentes au dol, des erreurs grossières, voire la légèreté blâmable sont ainsi susceptibles d'une sanction judiciaire pour abus de droit. Au surplus, pour palier la difficulté de rapporter la preuve d'une intention de nuire ou d'une faute équivalente, les juges peuvent avoir recours à une forme de présomption, en constatant que, de façon objective, le titulaire du droit n'a tiré aucun avantage ou a exercé ce droit sans motif sérieux et légitime<sup>646</sup>.

Ce concept a contribué à la consécration légale de l'abus du droit d'ester en justice, qui demeure le domaine privilégié de cette théorie. Il convient cependant de remarquer que les évolutions judiciaires et légales ont parfois instauré des régimes d'abus s'éloignant nettement de sa notion initiale. En droit fiscal, la qualification d'un abus de droit consiste en un acte permettant à son auteur de déjouer l'application de la loi fiscale, par un montage en apparence légitime et régulier mais ayant pour seul objectif de dissimuler la nature véritable de l'acte. Dans ces circonstances particulières, l'abus s'apparente plutôt à la dissimulation ou à la fraude à la loi.

Une distinction importante est ainsi développée par la théorie de l'abus. Il existe deux catégories par essence distinctes : la première comprend des prérogatives, constitutive de

---

<sup>646</sup> Cass. 1re civ., 20 janv. 1964 : D. 1964, jurispr. p. 518 ; JCP G 1965, II, 14035, obs. Oppetit ; RTD civ. 1964, p. 580, obs. J.-D. Bredin et 1965, p. 117, obs. Rodière ; Cass. 3e civ., 22 févr. 1968 : D. 1968, jurispr. p. 607, note Ph. M. ; JCP G 1969, II, 15735, note R.D

véritables droits subjectifs, qui sont susceptibles d'être exercés à la libre discrétion du titulaire (à moins qu'ils ne soient motivés par l'intention de nuire à autrui) : la seconde comprend des pouvoirs qui sont conférés à leur titulaire, dans un intérêt au moins partiellement différent du sien. L'exercice du pouvoir ne peut donc être discrétionnaire et doit s'exercer sous le contrôle du juge<sup>647</sup>.

Cette distinction contribue à éclaircir en droit commercial le fondement juridique de l'abus de droit de vote des associés. Sous l'empire de la règle de la majorité, l'exercice du droit de vote d'un associé pourrait avoir pour effet d'imposer ou de bloquer une décision de la société. Il convient de noter que les droits de vote des associés ne sont pas des droits discrétionnaires tels que le droit de propriété. Au contraire, l'exercice de leur droit de vote relève plutôt d'un pouvoir, qui correspond à une fonction sociale dont le titulaire doit faire usage au mieux pour servir les intérêts de la société. L'abus du droit de vote, quel qu'il soit, consiste en un abus de pouvoir, et le contrôle judiciaire devrait particulièrement se concentrer sur le détournement de ce pouvoir. Bien que cet abus de pouvoir soit souvent réalisé par les associés majoritaires (1), les associés minoritaires pourraient également exercer abusivement leur droit dans certains cas(2).

### 1) *Abus de majorité*

#### i. Les éléments constitutifs de l'abus de droit de vote

Bien qu'elle se soit construite sur le fondement de la théorie de l'abus de droit en matière civile, la jurisprudence française de l'abus de droit de vote a pu développer ses propres caractéristiques. Dans un premier temps la similitude avec la théorie de droit civil, caractérisée par l'existence d'une intention de nuire aux autres associés, était encore très forte<sup>648</sup>. Puis, dans un arrêt de principe du 18 avril 1961<sup>649</sup> la Cour de cassation a définitivement instauré une formulation de l'abus du droit de vote par laquelle l'abus est caractérisé lorsque la décision de l'assemblée a été prise « *contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité* ». Cette jurisprudence est également applicable aux abus de minorité.

<sup>647</sup> E. Gaillard, « *Le pouvoir en droit privé* », éd. Economica 1985, n° 232

<sup>648</sup> Cass. req., 16 nov. 1943 : JCP G 1944, II, 2551, note Lescot ; S. 1947, 1, p. 1, note Houin. – Cass. 3e civ., 6 févr. 1957 : Bull. civ. 1957, III, n° 48 ; JCP G 1957, II, 10325, obs. D.B. ; RTD com. 1957, p. 671, obs. Rault; *Rev. sociétés* 1959, p. 29.

<sup>649</sup> Cass. 3e civ., 18 avr. 1961 : Bull. civ. 1961, III, n° 175 ; S. 1961, p. 257, note Dalsace; D. 1961. J. 661.

D'après cette formule, la qualification d'un abus de droit de vote repose sur deux éléments constitutifs : l'acte doit porter atteinte à l'intérêt social et en même temps engendrer une rupture d'égalité entre les associés.

Le premier élément vise à démontrer qu'un associé ne saurait exercer son droit de vote de façon discrétionnaire, ni agir dans son seul intérêt personnel. Les droits de vote que la Loi lui confère dépassent nettement le simple droit patrimonial attaché à la possession des actions. Au contraire, l'exercice d'un droit de vote correspond à un pouvoir d'administration ayant pour objectif de défendre l'intérêt social de la société administrée. L'intérêt social couvrant, comme exposé précédemment, un ensemble d'intérêts dont la portée est beaucoup plus étendue que la communauté des intérêts d'associés.

Le deuxième élément permet d'observer la liaison intrinsèque du régime avec la théorie civiliste de l'abus de droit. La rupture d'égalité, consistant pour un associé à favoriser son intérêt au détriment des autres, n'est pas sans rappeler la notion d'intention de nuire.

Il importe de noter que la réunion des deux éléments susvisés est indispensable pour la qualification de l'abus.

Une telle application cumulative se justifie tout d'abord par le souci du juge de ne pas se substituer aux associés dans l'administration de la société. La règle démocratique de la majorité demeurant la norme unique d'organisation de la délibération sociale, les associés majoritaires et les dirigeants sont seuls compétents pour déterminer les solutions les plus opportunes au regard de l'intérêt social. La référence à l'abus de droit de vote ne saurait devenir un moyen à la disposition des associés minoritaires mécontents ou dissidents de faire sanctionner la politique sociale déterminée par la majorité, sauf s'il est démontré ultérieurement des erreurs de gestion. Rappelons que l'intérêt social est une notion nécessairement floue et sert essentiellement à caractériser des actes manifestement préjudiciables à la société. Contrairement à ce que préconisent certains auteurs<sup>650</sup>, les juges ne sont pas censés rechercher de leur propre initiative la meilleure solution correspondant à l'intérêt social. Ils doivent se borner à une appréciation de la légitimité

---

<sup>650</sup> A. Dana, « *L'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés* » : Rev. sociétés 1979, p. 715. – Note Bousquet ss Cass. com., 22 avr. 1976 : D. 1977, jurispr. 5

aux fins de déterminer si les décisions litigieuses adoptées par la majorité sont de nature anormale et, en conséquence, portent une atteinte essentielle<sup>651</sup> à l'intérêt social.

La seule atteinte à l'intérêt social ne suffit pas à caractériser l'abus. Il faut encore déterminer si la décision litigieuse a été votée pour favoriser la majorité au détriment de la minorité. La décision n'est donc abusive que si elle rompt l'égalité entre associés. Ainsi, il convient que la majorité ait conscience de s'avantager personnellement, eu égard à l'intérêt de la minorité<sup>652</sup>. L'appréciation du caractère intentionnel de la rupture d'égalité n'est point aisée car il faut découvrir les véritables motivations de l'auteur du vote dissimulées derrière la décision prise au nom de l'organe social. Cela nécessite souvent un examen global des éléments conjoncturels, comme les liens entre les parties impliquées par le vote, ainsi que ses conséquences directes ou indirectes<sup>653</sup>. Par exemple, le juge a pu reconnaître l'existence d'un abus dans une décision d'une société mère de prendre en charge le passif d'une filiale, non seulement au motif que cette décision a été prise au mépris de son propre intérêt social, mais également en raison du fait que ces aides financières ont eu pour effet d'éviter le dépôt de bilan de la filiale et de prévenir ainsi l'extension de la responsabilité au gérant qui se trouvait être l'associé majoritaire de la société mère<sup>654</sup>.

Il convient de noter que le critère fondamental de la qualification de l'abus de droit de vote consiste en la rupture intentionnelle d'égalité entre les associés<sup>655</sup>. Le rôle principal du juge est de réprimer les comportements purement égoïstes des associés majoritaires au détriment des autres, sans qu'il y ait lieu d'apprécier l'opportunité des décisions prises.

A cet égard, M. Schmidt considère que la condition de l'atteinte à l'intérêt social n'est point utile dès lors la rupture de l'égalité des associés est constatée<sup>656</sup>. En effet, pour cet auteur, la rupture intentionnelle de l'égalité porte forcément atteinte à l'intérêt social de la société, car elle nie l'essence même de la société. Ainsi l'exigence de l'atteinte à l'intérêt social ne semble plus subsidiaire, mais superflue.

---

<sup>651</sup> D. Tricot, « *Abus de droit dans les sociétés* », RTD Com. 1994, p. 622

<sup>652</sup> D. Tricot, « *Abus de droit dans les sociétés* », précité, p. 617 ; Y. Reinhard, « *L'abus de droit dans le contrat de société* », JCP E 1999, Cah. dr. entr. n° 6, p. 8.

<sup>653</sup> M. Rives-Lange, « *L'abus de majorité* » : RJ com. 1991, n° spécial, p. 68

<sup>654</sup> Cass. com. 29 mai 1972, Bull.civ. IV n° 164, JCP G 1973, II, 17337, note Y. Guyon ; RTD com. 1972, p. 930, obs. R. Houin ; Bull. Joly Sociétés 1972, p. 668

<sup>655</sup> G. Courtieu, « *Abus de droit et abus de pouvoir* », *J.-Cl.* Fasc. 131-20, n°64

<sup>656</sup> V. D. Schmidt, note sous Cass. com. 20 mars 2007, Joly 2007, §199.

Une telle position nous semble quelque peu exagérée dans la mesure où l'intérêt social ne coïncide pas forcément avec la communauté d'intérêts des associés. Bien que de nombreuses décisions aient fondé leur raisonnement sur le constat d'un comportement égoïste de la majorité portant atteinte à la minorité, cela ne signifie pas que la condition du respect de l'intérêt social est sans importance. La jurisprudence est sans équivoque sur la nécessité du constat d'une atteinte à l'intérêt social. Dans un arrêt rendu le 18 juin 1997, un associé minoritaire a tenté de contester une cession de parts sociales intervenue entre deux autres associés d'une société civile immobilière résultant pour le cessionnaire en la détention des deux tiers du capital. La Cour d'appel avait considéré que l'approbation par l'assemblée générale extraordinaire de cette cession était constitutive d'un abus de droit de vote. La Cour de cassation a censuré les juges du fond qui n'avaient pas recherché « *en quoi la solution litigieuse était contraire à l'intérêt social* »<sup>657</sup>.

Il convient de noter que la caractérisation de l'abus de majorité par la jurisprudence s'effectue de manière restrictive, notamment quand la décision en cause implique un jugement d'opportunité relatif à la gestion de l'entreprise. La prudence du juge est nettement mise en lumière dans les litiges relatifs aux contestations d'associés minoritaires contre des décisions relatives à l'affectation des bénéfices, qui constituent une catégorie classique de litiges en la matière. Il ressort de la jurisprudence que la mise en réserve systématique des bénéfices, même pendant dix années consécutives, ne saurait, en tant que telle, caractériser l'existence d'un abus de majorité<sup>658</sup>. La jurisprudence a fait preuve de réticence à s'immiscer dans la politique de distribution des bénéfices relevant de la gestion sociale. A l'inverse, la mise en réserve de bénéfices pourrait devenir abusive dès lors qu'une telle politique, résultant en un montant de réserve plusieurs fois supérieur au capital, n'a eu aucun effet sur la politique d'investissement corrélative de la société, mais a servi à accorder aux dirigeants des primes exagérées<sup>659</sup>, *a fortiori* lorsque l'associé minoritaire se trouve dans l'impossibilité de réaliser ses bénéfices par la cession des actions en raison d'une clause statutaire d'agrément<sup>660</sup>.

Une fois l'abus de majorité démontré, l'annulation de la décision litigieuse constitue la principale sanction, sans que cette nullité soit toutefois opposable aux tiers de bonne foi. Enfin, si l'abus a causé un préjudice aux associés minoritaires, des dommages intérêts

---

<sup>657</sup> Cass. 3e civ., 18 juin 1997 : RJDA 1997 n° 1351 et 1360 ; D. affaires 1997, jurispr. p. 1011 ; JCP E 1997, 910 et G. IV, 1763

<sup>658</sup> Cass., com., 23 juin 1987 : Bull. Joly sociétés 1987, p. 624, § 257

<sup>659</sup> Cass. com., 1er juill. 2003 : RJDA 2003, n° 1074, obs. RDM ; JCP E 2003, 1417

<sup>660</sup> Cass. com., 6 juin 1990 : Rev. sociétés 1990, p. 607, obs. Chartier ; D. 1992, p. 56, note J.-Y. Choley-Combe

peuvent leur être attribués.

ii. Abus de majorité dans le groupe de sociétés

Le régime de l'abus de majorité s'applique de manière identique que les associés majoritaires soient des personnes physiques ou des personnes morales. Cependant, l'existence du groupe de sociétés pourrait multiplier substantiellement les hypothèses d'actes abusifs, adoptés en dépit de l'intérêt social de la filiale et de celui de ses associés minoritaires. Mis à part les abus classiques, tels que des thésaurisations de la majorité visant directement à restreindre le droit de bénéfice des associés minoritaires, l'abus de majorité au sein d'un groupe de sociétés peut être aussi fréquemment réalisé par le truchement des relations conventionnelles intragroupe.

Outre ce risque d'une multiplication des abus de majorité, il semble plus facile de caractériser des comportements constitutifs d'abus de majorité, dès lorsqu'ils sont réalisés au sein du groupe (-1-). De plus, il convient de vérifier si l'appartenance à un groupe de société n'a pas des influences sur les conditions du fond de la reconnaissance de l'abus de majorité (-2-).

-1- La facilité de la mise en place de l'abus de majorité,  
notamment au sein du groupe

*Stricto sensu*, l'abus de majorité ne concerne que la relation individuelle entre les associés. Ces derniers peuvent souvent diverger sur les questions de la distribution de bénéfices, de la cession, l'augmentation ou la réduction du capital. Pourtant, dans le cas où une société appartient à un groupe, l'abus de majorité peut également être réalisé par la conclusion forcée des actes conventionnels entre cette société et d'autres sociétés liées du même groupe. La décision litigieuse impacte alors directement les actes de gestion de la société. A cet égard, la jurisprudence met en œuvre des assouplissements des règles d'application de l'abus de majorité.

Il convient d'évoquer un arrêt important, sinon de principe, de la Cour de cassation en date du 21 janvier 1997<sup>661</sup>. Une filiale, en forme de SARL, a conclu deux conventions

---

<sup>661</sup> Cass. com., 21 janv. 1997, JCP G 1997, IV, n° 567 ; JCP G 1997, II, 22960, p. 535 note F-X Lucas ; Bull. civ. 1997,



avec sa société mère (SIFB) qui détenait 70% de son capital, concernant d'une part, les « assistances du groupe » et d'autre part, la « trésorerie » du groupe. Un gérant nouvellement nommé, (probablement en raison de la cession du contrôle à un nouvel associé majoritaire), a intenté une action en nullité des conventions précitées et a réclamé à SIFB la réparation du préjudice causé. La Cour d'appel de Versailles a estimé la demande irrecevable car d'une part, le délai de prescription était déjà expiré au regard de la contestation fondée sur le défaut d'approbation des conventions réglementées, et d'autre part, le gérant, agissant au nom de la filiale, ne dispose pas de la qualité de « *minoritaire* ». Sans remettre en cause la position de la Cour d'appel sur la prescription, la Haute juridiction a cependant réfuté son raisonnement, en estimant que le gérant actuel était habilité à ester en justice, au nom et dans l'intérêt de la société contre « *les agissements de son ancien gérant et la société SIFB, constitutif d'abus de majorité* ». Cet arrêt mérite plusieurs commentaires.

Tout d'abord, concernant la qualité pour d'agir en justice, elle sera accordée non seulement aux associés minoritaires qui sont directement visés par la rupture d'égalité, mais aussi à la société contrôlée, dont l'intérêt est ainsi préjudicié à cause des conventions imposées par la société associée majoritaire. La décision s'inscrit dans la tendance judiciaire visant à assouplir les conditions d'accès à ce type d'action pour les parties ayant intérêt à agir. Rappelons que la Cour d'appel de Paris a aussi reconnu expressément la qualité pour agir aux anciens associés ayant perdu cette qualité au moment de l'engagement de l'action en nullité<sup>662</sup>. Elle a même confirmé, malgré l'existence de certaines divergences jurisprudentielles<sup>663</sup>, la recevabilité de l'action en nullité intentée par un actionnaire ayant voté pour la décision, au motif que l'interdiction de l'abus constitue une règle d'ordre public<sup>664</sup>.

Ensuite, dans cet arrêt, la Haute juridiction semble ne pas se contenter d'un assouplissement procédural, en indiquant que les agissements du gérant ayant porté atteinte à l'intérêt social sont également constitutifs d'un abus de majorité. Cette formule semble indiquer que les associés majoritaires peuvent être condamnés pour abus

---

IV, n° 26 ; JCP E 1997, II, 965, note J.-J. Daigre ; Bull. Joly 1997, § 125, p. 312, note P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1997, p. 527, note B. Saintourens ; RJDA 1997, n° 525

<sup>662</sup> CA Paris, 25e ch., sect. B, 15 mars 1985 : Dr. sociétés juillet-août 1985, n° 149 : l'ancien actionnaire ayant cédé ses actions peut cependant exercer l'action en nullité, car il a intérêt à obtenir la réintégration des sommes litigieuses dans les bénéfices, dès lors que le prix de cession de ses actions est calculé en fonction de ces bénéfices.

<sup>663</sup> Un arrêt isolé de la Cour de cassation et un autre arrêt de la Cour d'appel de Versailles semblent avoir refusé cette qualité. Cass. com. 4 mai 1993, RJDA 8-9/93 n° 702 ; CA Versailles 20 mai 1999, RJDA 2/00 n° 166

<sup>664</sup> CA Paris 8 juillet 1982, BRDA 21/82 p. 12

lorsqu'ils ont exercé une pression sur les dirigeants afin qu'ils adoptent des comportements préjudiciables à l'intérêt social<sup>665</sup>. Une telle position ne sera pas sans influence sur la moralité de la gestion du groupe, dans le cadre duquel les gestions douteuses d'une société sont souvent réalisées par l'intermédiaire des mandataires sociaux.

L'élargissement du champ d'application du contrôle démontre le réalisme de la jurisprudence, qui étend le contrôle judiciaire au pouvoir factuel dont un associé majoritaire peut disposer pour la réalisation concrète d'un abus. L'appréciation de l'abus de droit n'est donc pas renfermée uniquement dans le cadre de l'exercice du droit de vote au cours de la délibération des assemblées sociales. Des lors qu'il est constaté que la violation de l'intérêt social et la rupture intentionnelle de l'égalité résultent effectivement de l'agissement entrepris, directement ou indirectement, par l'associé majoritaire, la sanction doit être ordonnée, qu'elle soit demandée par la société ou l'associé minoritaire.

Enfin, la décision nous permet de percevoir que le régime de l'abus de majorité, étant la dernière barrière empêchant la réalisation des actes illicites commis par des associés dominants des sociétés contrevenant à l'intérêt social, complète l'effet du contrôle procédural des conventions réglementées. En effet, le dispositif des conventions réglementées constitue un régime purement préventif. Par la mise en place de formalités spécifiques exigeant plus de transparence et d'intervention de l'associé minoritaire, il a pour effet de réduire massivement la possibilité pour la majorité d'abuser de son pouvoir. A l'inverse, ce dispositif ne saurait éliminer complètement toute possibilité de détournement du pouvoir social par la partie dominante ; en effet, le respect du formalisme ne peut jamais garantir la légitimité d'une convention. De plus, la procédure des conventions réglementées ne vise que certaines catégories d'actes en raison du risque qu'elles représentent pour l'intérêt social. Dans l'hypothèse d'un groupe de sociétés, nombreux sont les actes pouvant échapper au contrôle procédural, tels que des conventions en apparence courante et conclues à des conditions normales, mais qui sont par essence déséquilibrées : l'octroi d'aides excessives par la société mère, ainsi que les transactions entre les sociétés sœurs dans lesquelles l'intérêt de la société mère n'est pas évident.

Il ressort de cette décision que les parties intéressées peuvent agir en annulation de

---

<sup>665</sup> F. Mansuy, « *Assemblée d'actionnaires* », J.-Cl. Sociétés, Fasc. 136-35, n°181

l'acte abusif, même s'il n'y a plus lieu d'en contester la régularité au regard du formalisme de l'opération. Même dans le cadre du contrôle des conventions réglementées, la désapprobation d'un acte par l'assemblée à cause du veto de la minorité ne peut plus remettre en cause la validité de l'acte désapprouvé. L'effet principal de cette désapprobation est d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants ou associés intéressés par cet acte. Pour faire obstacle à l'exécution d'une telle convention désapprouvée, l'associé minoritaire peut tout à fait avoir recours au mécanisme de l'abus de majorité dès lors que les éléments constitutifs de l'abus sont réunis.

-2- La difficile reconnaissance de l'abus de majorité, en raison de l'appartenance au groupe

A priori, les auteurs ne semblent pas accepter l'idée selon laquelle l'abus de majorité est plus difficile à retenir contre l'associé majoritaire dès lors que la société appartient à un groupe de sociétés. La société contrôlant majoritairement une filiale ne saurait imposer une décision nuisant à l'intérêt de cette dernière au nom de l'intérêt du groupe<sup>666</sup>.

Néanmoins, l'intérêt social n'est pas une notion précise. Son contenu, qualifié de plastique, pourrait être bien nuancé par la jurisprudence selon la nature du litige en cause et de l'objectif poursuivi. Serait-il donc judicieux d'envisager une appréciation plus souple de l'acte contraire à l'intérêt social, en tenant compte de la solidarité intragroupe justifiée par la réalité économique du groupe. Etant précisé, comme exposé ci-dessus, que l'assouplissement de l'exigence de l'intérêt social a pu être plus ou moins accepté en droit fiscal ou en droit pénal des affaires.

En droit positif, l'on constate que la présence du groupe ne constitue pas un élément essentiel justifiant une décision contestable de l'assemblée. Souvent les juges fondent leur décision sur des éléments reposant uniquement sur l'optique de la société concernée.

Dans un certain nombre de cas, il n'est pas difficile pour le juge de confirmer ou d'écarter le caractère abusif de la décision majoritaire, puisque c'est l'intérêt social le plus fondamental – la continuité de la société – qui est en jeu. Dans la célèbre affaire *Fruehauf*, la suspension de l'exécution des bons de commande en provenance d'un client

---

<sup>666</sup> A. Charvériat et A. Couret, « Groupes de sociétés », Memento F. Lefebvre 2007-2008, p. 319, n°2976 ; R. Besnard Goudet, J.-Cl. Fasc. 165-60, « Groupes de sociétés, minoritaires dans les groupes de sociétés », n°34

chinois imposée par l'associé majoritaire américain est évidemment contraire à l'intérêt social propre à la filiale, puisqu'une telle décision entraîne des conséquences catastrophiques mettant même en péril la survie de la société<sup>667</sup>. Au contraire, la décision approuvant la cession de la totalité des actifs sociaux ou celle d'un important contrat de distribution, bien qu'essentiel à l'activité de la société, n'est pas contraire à l'intérêt social, dès lors que ces opérations ont pour effet d'éviter le dépôt de bilan de la société ou de résoudre une crise financière<sup>668</sup>.

En dehors de ces cas très critiques, il est constaté que la jurisprudence procède également à l'examen des conditions concrètes ou de la situation conjoncturelle de la décision contestée pour apprécier l'intérêt social. En cas de transfert de l'activité de la société dans de nouveaux locaux loués par le groupe majoritaire, cette décision n'est pas prise de façon abusive, puisque l'activité de la société a même augmenté suite à cette location et le paiement d'un loyer n'était pas de nature à lui nuire<sup>669</sup>. Dans un autre cas où les fonds de commerce de quatre sociétés de distribution ont été mis en location-gérance au profit d'une autre société du même groupe, l'abus de majorité est rejeté au motif que le choix de la location-gérance, qui constitue un mode d'exploitation indirect couramment utilisé dans les groupes de sociétés de distribution, ne peut être tenu pour contraire à l'intérêt social, alors que le but poursuivi était précisément de parvenir à une meilleure rationalisation et unification des modalités d'exploitation<sup>670</sup>. Au contraire, est évidemment abusive l'approbation de conventions d'assistance et de groupe dépourvues de toute contrepartie réelle pour la filiale<sup>671</sup>.

En général, la spécificité de l'appartenance au groupe n'est pas présentée comme un élément majeur et prioritaire pour apprécier l'intérêt social. Pourtant, rien n'interdit aux juges d'infléchir les conditions d'appréciation de l'intérêt social grâce à la réalité économique du groupe.

A cet égard, M. le professeur Guyon a déjà indiqué, dans un commentaire d'arrêt ci-dessus visé, que si le caractère abusif d'un acte de reprise de passif de la filiale par la société mère ne fait aucun doute dans le cas où les deux sociétés n'entretiennent que des

---

<sup>667</sup> CA Paris 22 mai 1965, JCP 1965 II n° 14274 bis

<sup>668</sup> Cass. com., 26 avr. 1994 : RJDA 1994, n° 940 ; Cass. com. 28 avril 2004:RJDA 8-9/04 n°982

<sup>669</sup> Cass. com. 4 oct. 1994 : RJDA 1994, n° 1296

<sup>670</sup> CA Paris 26 mai 1987 : Bull. Joly 1987, p.790, évoqué également par F. Mansuy, J.-Cl. Fasc. 136-35, « *Assemblées d'actionnaires* », n°184

<sup>671</sup> Cass. com. 21 janv. 1997 : JCP E 1997, II, 965 note J.-J. Daigre ; Rev. sociétés 1997, p. 527, note B. Saintourens ; Bull. Joly sociétés 1997, p. 312, § 124, note P. Le Cannu

liens financiers, la solution pourrait sans doute être différente si ces sociétés avaient des intérêts commerciaux communs<sup>672</sup>. La cour de cassation a confirmé cette position. Elle a reconnu le bien-fondé d'un prêt consenti par la société mère à sa filiale dès lors qu'il était constaté que ce soutien financier avait pour objet de lui apporter une clientèle importante. La liquidation ultérieure de la filiale ne change pas la position des juges qui considèrent qu'il s'agit d'un risque commercial classique lié à un tel consentement de prêt<sup>673</sup>.

Partant de ce constat Mme Parient a également conclu qu'un acte qui aurait dû être qualifié d'abus dans une société indépendante pourrait prendre une autre dimension dans le contexte particulier du groupe. L'intérêt social est susceptible d'être assoupli du fait de l'appartenance à un groupe<sup>674</sup>.

Une telle prise de position mérite pourtant une certaine réserve. En effet, selon l'arrêt de la chambre commerciale du 12 novembre 1973, l'élément justificatif du prêt consenti est son caractère purement commercial. Même l'insolvabilité de la filiale a été appréciée par les juges dans la perspective du risque commercial classique. Il semble que l'opération soit justifiée de la même façon si les deux sociétés n'appartenaient pas à un même groupe. C'est l'existence d'une relation commerciale ordinaire entre elles, et non la réalité économique du groupe, qui fait échec à la condamnation pour abus de majorité.

Il convient de noter que si au regard de l'abus de majorité, le groupe peut avoir pour effet de multiplier les activités économiques entre les sociétés membres, il ne semble pas suffisant à justifier l'assouplissement de l'appréciation de l'intérêt social.

Rappelons la pratique de la centralisation de trésorerie ; même si ce mécanisme correspond à un modèle de gestion financière très répandu au sein de groupes de sociétés, la mise en place d'un tel mécanisme peut tout à fait être qualifiée d'abus, dès lors qu'elle fonctionne dans des conditions déséquilibrées<sup>675</sup>. De même, du point de vue du droit fiscal, la société mère peut vendre à sa filiale des marchandises ou services à prix coûtant. Ces opérations ne sont pas considérées comme des actes anormaux de gestion, c'est-à-dire qu'elles sont réputées *a priori* conformes à l'intérêt social dans l'état d'esprit du fisc. Pourtant, dans le domaine de l'abus de majorité, quand tout intérêt commercial fait défaut, il paraît difficile de considérer que cette pratique puisse être conforme à

<sup>672</sup> Note sous l'arrêt de Cass. com. 29 mai 1972, précité.

<sup>673</sup> Cass. com. 12 nov. 1973 : Bull. civ. IV, n°322, p. 287, RTD com. 1974, p.297 n°7, obs. Houin

<sup>674</sup> M.Pariente, « *Les groupes de sociétés, aspects juridique, social, comptable et fiscal* », Ed. Litec 1993, p. 250, n°237

<sup>675</sup> J.-Cl. Hallouin, J.-Cl. Fasc.80, « *Centralisation de trésorerie* », n°13

l'intérêt social, d'autant que la l'insuffisance systématique de la facturation pourrait servir à un détournement intentionnel de bénéfice de la société mère, lequel porte atteinte par ricochet à l'intérêt de la minorité.

Ces éléments de réflexion dans le cadre de l'abus de majorité nous conduisent à écarter tout lien entre les conditions de l'abus de majorité et l'appartenance au groupe.

Cette résistance du régime de l'abus de majorité à l'influence du groupe de sociétés permet en fait aux associés minoritaires d'une société membre du groupe d'être mieux armés dans la lutte contre les actes imposés par le groupe au détriment de l'intérêt de la société.

Pour tempérer la limitation du pouvoir de la majorité, la jurisprudence française condamne aussi des décisions abusives adoptées par les associés minoritaires.

## 2) *L'abus de minorité*

En vertu de la loi ou des statuts, certaines décisions importantes de la société doivent être pris à la majorité qualifiée des deux tiers ou même, le cas échéant, à l'unanimité. L'associé minoritaire, dès que sa voix atteint un certain seuil, peut ainsi exercer son droit de critique et de veto pour faire obstacle à l'approbation des décisions proposées par la majorité. Il n'est pas inconcevable que l'exercice de ce droit minoritaire puisse être motivé dans l'unique dessein de provoquer des désordres ou dysfonctionnement de la société et porter ainsi atteinte à l'intérêt social.

La Cour de cassation n'a eu l'occasion de développer sa jurisprudence sur l'abus de minorité que dans trois arrêts en 1992 et 1993<sup>676</sup>, par lesquels elle a confirmé l'application des mêmes éléments constitutifs de l'abus de majorité<sup>677</sup>.

Toutefois, une spécificité existe dans le cas de l'abus de minorité. Dans ce cas, les

---

<sup>676</sup> Cass. com. 14 janvier 1992, arrêt *Vitama*, D. 1992, jurispr. p. 337, note J. Cl. Bousquet ; JCP E 1992, II, 301, note A. Viandier ; Bull. Joly sociétés 1992, p. 273, note P. Le Cannu - Cass. com., 15 juill. 1992, arrêt *Six* : Rev. sociétés 1993, note Ph. Merle ; JCP E 1992, II, 395, note Y. Guyon ; Bull. Joly sociétés 1992, p. 1083, § 3530. - Cass. com., 9 mars 1993, arrêt *Flandin* : LPA, 24 mars 1993, p. 12, note P.M. ; Bull. Joly sociétés 1993, p. 537, § 152, note P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1993, p. 403, note Ph. Merle

<sup>677</sup> P. Le Cannu, L'abus de minorité : Bull. Joly 1987, p. 429; M. Boizard, L'abus de minorité : Rev. sociétés 1988, p. 365 ; A. Couret, Le harcèlement des majoritaires, Bull. Joly 1996, §36, p. 112

juges sont saisis par l'associé majoritaire pour statuer sur le bien-fondé d'une demande en vue de déjouer le droit de veto exercé par la minorité. Or devant le principe de non-immixtion judiciaire, les juges ne sauraient se substituer aux administrateurs sociaux pour effectuer un contrôle d'opportunité sur la décision sociale. Face à cette difficulté, la jurisprudence limite strictement la portée de l'abus de minorité aux situations où le refus de la minorité a pour effet de mettre en danger la survie de la société. L'idée est claire, la minorité ne saurait abuser son pouvoir pour bloquer toute mesure de sauvegarde véritablement nécessaire à la société ; en revanche elle est parfaitement irréprochable de refuser de soutenir davantage le développement de la société. Dans cet ordre d'idée, la jurisprudence reconnaît dans l'arrêt *Flandin* le caractère abusif d'un refus d'augmentation du capital pour respecter le nouveau minimum légal de 50,000 francs, car cette irrégularité compromet la survie de la société. En revanche, dans le même arrêt, la Cour ne considère pas abusif, le refus de la minorité d'augmenter le capital social jusqu'à 500,000 francs, en raison de la bonne santé financière de la société et de son activité prospère.

Les arrêts ultérieurement prononcés confirment de manière constante cette position. Est jugé abusif le refus de la minorité d'affecter les bénéfices en réserve lorsque la société a un large besoin d'autofinancement et que la distribution des dividendes réclamé par la minorité aurait pour effet de dégrader la crédibilité de la société au moment où le soutien bancaire est essentiel pour sa continuité<sup>678</sup>. Ainsi le refus de la minorité de transfert du siège social d'une adresse de domiciliation est jugé mal fondé dans la mesure où la comptabilité, la gestion administrative et la direction de la société sont déjà concentrées dans le nouvel établissement<sup>679</sup>.

De plus, pour qu'il y ait des abus, il faut aussi que le refus de la minorité soit dépourvu de tout fondement légitime. C'est pour cette raison que le refus d'augmentation du capital ne doit pas être qualifié d'abusif même si les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social, dès lors que la minorité n'était clairement informée ni de la cause de la perte, ni du projet de redressement<sup>680</sup>.

Le régime de l'abus de minorité se distingue également de l'abus de majorité par les mesures de sanction, dans la mesure où, d'une part, l'action en nullité n'est pas

---

<sup>678</sup> Cass.com. 16 juin 1998, RJDA 10/98 n°1114

<sup>679</sup> CA Rouen 13 juin 2000, RJDA 1/01, n° 34

<sup>680</sup> Cass. com., 20 mai 2007, RJDA 6/07, n°617

concevable puisque c'est l'impossibilité d'établir une décision qui entraîne la difficulté, et d'autre part, il serait inopportun pour le juge, même si l'abus est caractérisé, d'entériner le projet de décision de la majorité à la place de la minorité (arrêt *Flandin*). La réparation de l'abus de minorité peut alors consister en l'allocation de dommages intérêts à la charge de la minorité. Il est également possible pour le juge, pour débloquer la crise, de nommer un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter conformément à l'intérêt social sans toutefois porter atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires<sup>681</sup>.

## **b. En droit chinois**

La nouvelle loi sur les sociétés chinoise de 2005 a introduit, pour la première fois, le régime de l'abus de droit des associés. Selon l'article 20 de cette loi, « *Les associés de la société doivent respecter, dans l'exercice de leurs droits, les lois et les statuts. Ils ont l'interdiction d'abuser de leurs droits d'associés à l'encontre de l'intérêt de la société ou à l'encontre de celui d'autres associés. ....Un associé ayant causé des préjudices à la société ou à d'autres associés par l'abus de son propre droit doit assumer la réparation du préjudice par le versement de dommages intérêts* ».

Bien que le régime de l'abus de droit d'associé en droit chinois s'applique à l'exercice de tous les droits possédés par des associés, c'est la régulation de l'abus de droit de vote qui est au cœur de ce régime. Selon le texte, il est clair que l'abus de droit de vote de la majorité et de celui de la minorité sont visés par la loi. Or, les dispositions légales sont tellement succinctes, qu'elles ne donnent aucune précision sur les critères de la reconnaissance de « l'abus de droit ». Il convient de noter que cette notion d'abus, résultat d'une construction jurisprudentielle de très longue date en droit français, fait encore défaut en droit civil chinois<sup>682</sup>. Elle n'a pas encore fait l'objet de réflexions approfondies en droit des sociétés.

Si on prend en compte les réflexions des auteurs français, au moins un point est

---

<sup>681</sup> Cass. com., 5 mai 1998 : Bull. Joly sociétés 1998, p. 755, § 245, note L. Godon ; CA Paris, 21 nov. 2001 préc. n° 192 ; CA Rouen, 13 juin 2000 : Juris-Data n° 2000-001942 ; RJDA 2001, n° 34

<sup>682</sup> WANG Yan Ling, « *Réflexion sur la consécration du principe de l'interdiction de l'abus de droit en droit civil* », Hebei Faxue, 2006, n°7, p. 53 (王艳玲, « 关于民法中确立禁止权利滥用原则的思考 », 河北法学)



certain. Contrairement à la suggestion d'un auteur chinois<sup>683</sup>, l'appréciation de l'abus de droit d'associé en droit des sociétés ne saurait se fonder purement et simplement sur le raisonnement du droit commun civil. Comme nous l'avons exposé en droit français, l'abus de droit d'associé ne relève pas d'un droit subjectif purement discrétionnaire, mais d'un pouvoir fonctionnel s'inscrivant dans l'exigence de l'intérêt social de la société. Nous pensons que la jurisprudence française, tant pour l'abus de majorité que pour l'abus de minorité, constitue un bon modèle pour la construction du régime de l'abus de droit d'associé en droit chinois.

De plus, la sanction légale contre l'abus de droit d'associé consiste seulement en des dommages intérêts, et non pas en la nullité de la décision résultant de l'abus de droit de vote. Sur ce point, nous ne partageons pas le point de vue de M. le professeur LIU Jun Hai, qui a accepté que la nullité de l'acte soit un moyen de sanction de l'abus de droit, tout en s'appuyant sur la disposition de l'article 22 de *la loi sur les sociétés*<sup>684</sup>. Ce dernier article prévoit seulement qu'« *une décision de l'assemblée générale soit nulle lorsque son contenu viole les lois* ». Il convient de souligner que dans la plupart des cas, le contenu d'une décision résultant de l'abus de droit de vote, tel que la non-distribution des dividendes, ou l'augmentation du capital de la société, n'est pas forcément illégal en soi<sup>685</sup>. L'abus de droit se caractérise souvent par un motif purement égoïste de l'associé majoritaire aux risques et périls de la société et des autres associés, et non pas par le contenu de la décision d'assemblée générale. L'article 22 n'a donc pas vocation à s'appliquer aux abus de droit d'associés.

L'auteur de l'abus de droit n'est alors responsable que des préjudices subis par les autres associés et par la société. Sans avoir le droit de faire obstacle à la mise en œuvre d'une décision abusive, la société concernée et les autres associés ne peuvent que lui demander de les indemniser, tout en supportant la charge de la preuve à l'égard de l'existence du préjudice et de la détermination du montant des dommages intérêts. Or la somme des dommages intérêts à cet égard n'est pas facile à évaluer, et il n'est pas impossible que les dommages intérêts n'existent pas au moment du litige. Ainsi, les victimes d'abus de droit d'associé en droit chinois ne sont pas suffisamment protégées.

---

<sup>683</sup> YANG Ji Tang, « *La responsabilité civile en droit des sociétés* », Faxue Zazhi, 2006, n°3, p. 70 (杨积堂, « 《公司法》中的民事责任», 法学杂志)

<sup>684</sup> LIU Jun Hai, « *Innovations institutionnelles de la nouvelle loi sur les sociétés* », Law Press China, Ed. 2006, p.232 (刘俊海, « 新公司法的制度创新», 法律出版社)

<sup>685</sup> LIU Jian Gong, « *La portée d'application de l'article 20 de la 'loi sur les sociétés'* », Falv Shiyong, 2008, n°1, p. 17 (刘建功, « 《公司法》第20条的适用空间», 法律适用)

Elles se trouvent dans une situation juridiquement défavorable et déséquilibrée, sans posséder un véritable pouvoir en vue d'obtenir la réparation des préjudices causés par l'auteur de l'abus.

## ***2. La protection du droit des associés en cas de mésentente***

Le contrôle judiciaire de l'abus de pouvoir majoritaire ou minoritaire ne concerne que des décisions ponctuelles dans le cadre de l'administration de la société. Malgré l'intervention de mesures de sanctions et d'indemnisation, la contestation d'une décision concrète peut contribuer à dégrader les relations entre les associés et dans les cas les plus graves, entraîner entre eux une mésentente systématique. Dans une situation de crise, lorsque le désaccord est si profond qu'il est de nature à anéantir tout espoir de rétablir la relation de collaboration sur un pied d'égalité entre les associés, il paraît opportun de concevoir des solutions juridiques pour faire sortir la société d'une telle impasse, sous réserve que les intérêts respectifs des associés ne soient pas injustement compromis. Plus précisément, ce type de solution vise à répondre à trois types de questions : tout d'abord, il y a lieu de se demander si un associé minoritaire dissident peut dissoudre la société pour mettre à fin à son association malheureuse avec l'associé majoritaire ? A l'inverse, est-il concevable pour ce dernier de forcer la minorité à l'exclusion pour préserver la viabilité de la société ? Enfin, serait-il possible de concevoir, en cas de paralysie de fonctionnement de la société, l'intervention d'une partie tierce afin de préserver l'intérêt de celle-ci ?

Nous étudions ces questions en droit français **(a)** et en droit chinois **(b)**.

### **a. En droit français**

#### *1) La dissolution de la société pour justes motifs*

En droit français, la création d'une société résulte d'un contrat de société et sa fin ne saurait dépendre ultérieurement de la volonté unilatérale d'un seul associé. Pour autant, l'article 1844-7. 5 du Code civil donne à ce dernier la possibilité de demander au tribunal d'ordonner la dissolution anticipée en se fondant sur de justes motifs, qui comprennent notamment *l'inexécution de ses obligations par un associé, ou la mésentente entre*

*associés paralysant le fonctionnement de la société.*

La jurisprudence a davantage développé cette formule, en quelque sorte ambiguë, pour en dégager un critère précis et pratique en droit. Il est considéré que l'inexécution de l'obligation sociale par l'associé, ou la mécontente, ne sont que deux exemples des justes motifs susceptibles d'entraîner la dissolution. Il s'ensuit que la notion non définie de la mécontente, et qui fait déjà l'objet de maints commentaires en doctrine<sup>686</sup>, ne constitue pas un élément clé de la cause d'une telle dissolution. En tout état de cause, les juges disposent d'un large pouvoir d'appréciation, tenant compte de l'ensemble des causes et conséquences du conflit d'associés, qui leur permet notamment de vérifier si la difficulté n'est pas complètement le fait de l'associé demandeur<sup>687</sup>.

La présence d'un juste motif est pourtant loin d'être suffisante à justifier en soi la prononciation de la dissolution. En effet, il ressort de la jurisprudence que cette dissolution ne peut être retenue que si la mécontente, ou le manquement à l'obligation, entraîne la paralysie du fonctionnement de la société<sup>688</sup>. Il n'est pas nécessaire que la paralysie soit systématique au regard de toute décision collective, le blocage d'une seule décision indispensable pour la continuation de la société suffit<sup>689</sup>. En revanche, sont exclus tous les conflits qui ne sont pas de nature à mettre la société en péril ou à compromettre sa bonne marche. Par ailleurs, l'état de la paralysie doit être apprécié de façon très restrictive, dans la mesure où la jurisprudence se refuse fermement à assimiler l'état de paralysie du fonctionnement aux simples dissensions constantes entre des associés, même si elles sont « *suffisamment profondes et persistantes pour nuire au*

---

<sup>686</sup> La doctrine met en avant que la mécontente ne relève pas d'un défaut de consensus à l'unanimité, mais d'une rupture d'égalité. V. Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 1, 16<sup>e</sup> éd, par M. Germain, LGDJ, 1995, n° 720 ; Y. Guyon, *Droits des affaires*, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., Economica, 1994, n° 124

<sup>687</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 avr. 1990, Bull. Joly Sociétés 1990, p. 798, § 242, note P. Le Cannu ; Cass. com., 16 juin 1992, Bull. Joly Sociétés 1992, p. 944, § 305, note P. Le Cannu ; Dr. sociétés 1992, comm. 177, note Th. Bonneau - Pourtant, l'action n'est pas irrecevable lors de la mécontente est engendré à torts partagés. Cass. com., 13 févr. 1996, Bull. Joly Sociétés 1996, p. 498, note J.-J. Daigre ; Dr. sociétés 1996, comm. 95, obs. Th. Bonneau ; D. 1997, p. 108, note D. Gibirila

<sup>688</sup> La jurisprudence est abondante : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 juill. 1998 : JCP E 1999, n° 1, p. 29, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain - Cass. com., 21 oct. 1997 : Rev. sociétés 1998, p. 310, note H. Matsopoulou ; D. 1998, jurispr. p. 207 ; Bull. Joly 1998, § 46, p. 121, 2<sup>e</sup> esp., note B. Petit ; Dr. sociétés 1998, comm. 3, note Th. Bonneau. - Cass. com., 12 mars 1996 : RJDA 7/1996, n° 926 ; D. Affaires 1996, n° 16, p. 494 ; D. 1996, somm. p. 347, obs. J.-C. Hallouin ; Dr. sociétés mai 1996, n° 96, obs. Th. Bonneau ; RTD civ. 1996, p. 897, obs. J. Mestre. - CA Versailles, 18 mai 1995 : Bull. Joly 1995, p. 869, note critique J.-J. Daigre. - CA Paris, 18 juin 1986, aff. Lustrucu : Bull. Joly 1986, p. 853, note P. Le Cannu. - CA Paris, 25 mars 1993 : JCP E 1993, I, 288, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; Rev. sociétés 1993, p. 661, note Y. Guyon

<sup>689</sup> La paralysie se caractérise par le constat d'une impossibilité de rendre la décision au regard de la nomination d'un nouveau gérant (CA Rennes 3 mai 1977, RTD Com. 1978 p. 391, obs. C. Champaud), ou même d'un directeur de laboratoire indispensable au fonctionnement de la société (Cass. com. 4 mars 1974, Bull. Joly 1974, p. 346).

*fonctionnement de la société* »<sup>690</sup>. Pour prononcer la dissolution judiciaire il faudra être en présence d'une véritable paralysie du fonctionnement social, nette et complète, laquelle n'est pas envisageable dès lors que la décision peut être encore imposée grâce à la règle de majorité.

La sévérité judiciaire au regard des conditions de la dissolution mérite d'être soutenue. En effet, il est clair que la prononciation de la dissolution consiste en une décision si cruciale pour la société qu'il de convient faire prévaloir l'intérêt de l'entreprise, attaché à la vision institutionnelle de la société, sur le maintien de la communauté d'intérêt des associés, qui procède d'une optique contractuelle de la société fondée sur l'*affectio societatis*. Un équilibre des intérêts en conflit est alors bien maintenu par la règle juridique, qui donne aux parties minoritaires un ensemble de moyens pour contrebalancer le pouvoir dominant du groupe, et d'un autre côté, consacre comme primordial l'intérêt social de la société qui transcende effectivement les conflits d'intérêts limités entre des associés.

Il existe cependant un arrêt de la Haute juridiction, rendu dans un sens inverse à ce raisonnement, lequel annule le refus d'une cour d'appel de dissolution d'une SARL au motif que certains comportements de l'associé majoritaire étaient constitutifs d'un abus de majorité. Or comme observé par la cour d'appel, « *si la mésintelligence ne fait pas de doute, elle n'a pas eu pour but de paralyser le fonctionnement de la société* »<sup>691</sup>. A notre avis, cet arrêt, non publié au bulletin, demeure une décision isolée et sans influence. Bien qu'il soit légitime de penser que la société ne doit pas devenir un mécanisme de spoliation des minoritaires, la condamnation à mort de la société semble être une solution trop radicale qui méconnaît les autres enjeux sociaux qu'une dissolution peut entraîner, d'autant que la circonstance de l'abus n'est pas irrémédiable dès lors que les sanctions juridiques propre à l'abus de majorité sont efficaces.

Cela étant, il convient d'observer que la paralysie du fonctionnement n'est applicable qu'à certaines structures d'actionnariat particulier, soit qu'il s'agisse d'une dualité d'associés ayant des parts social égalitaires, soit d'une multitude d'associés ou de groupements d'associés minoritaires qui n'ont pas pu se regrouper pour atteindre la majorité de vote. En revanche, le régime légal de la dissolution pour juste motif n'a pas

---

<sup>690</sup> Cass. ch. mixte, 16 déc. 2005 ; Dr. sociétés 2006, comm. 36, obs. F-X. Lucas ; JCP E 2006, 1348, avis M. Domingo ; JCP E 2006, p. 2035, n° 9, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker

<sup>691</sup> Cass. com. 18 mai 1982, Rev. Société 1982, p. 804, note Le Cannu

vocation à s'appliquer aux sociétés soumises au contrôle absolu, c'est-à-dire à la détention d'une proportion de droits de vote excédant 50%, et il est *a priori* difficilement applicable lorsqu'un associé dominant peut facilement imposer sa décision dans les organes sociaux en profitant d'un actionnariat de la société très dispersé. Comme constaté par un auteur, la prononciation judiciaire de la dissolution est plus fréquente dans les petites SARL fondées sur un *intuitus personae* très fort<sup>692</sup>. Dans le cadre du groupe de sociétés, la dissolution pour justes motifs est peu fréquente en raison de la détention d'un pouvoir dominant par le groupe au sein des sociétés membres

Etant donné que l'appartenance d'une société à un groupe se caractérise par le lien de contrôle ou de domination, nous pouvons considérer avec légitimité que la dissolution pour justes motifs n'a pas *a priori* vocation à régulariser les actes préjudiciables à l'intérêt social de la société mené par la partie dominante du groupe.

## 2) *L'exclusion d'associé*

Une autre idée visant à résoudre la mésentente des associés consiste à préserver la continuation de la société en permettant la sortie d'un associé ou d'un groupement d'associés dissidents.

Or une telle solution se heurte à plusieurs difficultés juridiques insurmontables. Tout d'abord, dans le cadre des sociétés commerciales, il est en principe impossible pour un associé de se retirer volontairement de la société s'il ne parvient pas à trouver un cessionnaire de ses actions<sup>693</sup>, en raison de l'application de la règle de l'intangibilité du capital social qui est d'ordre public. De plus, eu égard au principe fondamental selon lequel tout associé est en droit de rester au sein de la société, le droit français ne permet pas l'exclusion ou la cession forcée des parts sociales d'un associé contre son gré, sauf dans certains strictement encadrés par la loi<sup>694</sup>.

---

<sup>692</sup> A. Bognoux, *J.-Cl. Fasc. I-200*, n° 31

<sup>693</sup> La seule exception à ce principe dominant concernant les sociétés commerciales réside dans la société à capital variable, laquelle est assez rare dans la pratique. Par contre, cette interdiction ne s'applique pas aux sociétés civiles, sociétés civiles professionnelles et aux sociétés de construction.

<sup>694</sup> La possibilité de l'exclusion forcée est permise par la loi pour certaines formes de sociétés, telle que la SAS (C. com., art. L. 227-16) qui permet aux statuts d'en fixer les conditions, la société à capital variable (C. com., art. L. 231-6) ou la plupart des sociétés d'exercice libéral (L. n° 90-1258, 31 déc. 1990, art. 21, al. 2). De plus, la loi prévoit également le mécanisme d'exclusion dans l'hypothèse où l'actionnaire de SA a manqué à certaines obligations spécifiques, telles que le défaut de libération des actions (C. com., art. L. 228-27, al. 1er), le défaut de conversion de titres au porteur en titres nominatifs (C. com., art. L. 212-3, III), ou le défaut de présentation des titres à l'échange en cas de fusion, de réduction de capital (C. com., art. L. 228-6). Enfin, l'achat forcé est également envisagé dans le cadre

Ces exceptions légales mises à part, la loi n'interdit pas expressément les conventions relatives à l'exclusion d'un associé ou le rachat forcé de ses parts. A cet égard, la jurisprudence précise que des conventions extrastatutaires devraient être, sinon frappées de la pleine invalidité<sup>695</sup>, au moins inopposables<sup>696</sup> à la société. Il en résulte que l'exclusion d'un associé doit être fondée nécessairement sur des dispositions statutaires de la société.

Les textes sont muets sur les motifs d'une telle exclusion.

Déterminés au cas par cas par la jurisprudence, ces motifs sont d'un contenu très variable, allant de la violation d'une obligation de non-concurrence<sup>697</sup> ou de certaines obligations statutaires spéciales<sup>698</sup>, au redressement judiciaire d'un associé<sup>699</sup> ou du passage d'un associé sous contrôle d'un tiers qui ne serait pas agréé par les autres associés<sup>700</sup>. Par ailleurs, il est impératif que les conditions d'exclusion soient objectivement déterminées, qu'elles soient applicables de façon égalitaire à tous les associés et qu'ainsi elles soient exemptes de tout risque d'exclusion arbitraire. Il convient également d'ajouter que, pour que l'exclusion ne soit pas abusive, ses conditions de déclenchement doivent avoir de véritables relations à la marche de la société, si bien que la réalisation de ces conditions peut être légitimement considérées comme un « *trouble à la vie sociale* »<sup>701</sup> ou au but de la société<sup>702</sup>, et constitue un motif suffisamment graves pour la prononciation de l'exclusion. Il s'ensuit qu'une clause statutaire subordonnant l'exclusion au manquement à l'obligation de s'abstenir de tout acte susceptible de nuire à la société n'est pas concevable en raison de sa trop grande généralité et de son caractère nettement subjectif<sup>703</sup>.

---

d'une opération d'OPA, dès lors le acquéreur devenu majoritaire dispose d'au moins 95% du droit de vote. (AMF, règl. gén. art. 237-1, al. 1er et 2 ; art. 237-14, al. 2)

<sup>695</sup> Cass. com., 13 déc. 1994 : Bull. Joly 1995, p. 152, note P. Le Cannu ; JCP E 1995, II, 705, note Y. Paclot ; - Cass. com., 12 mars 1996 : JCP E 1996, II, 831, note Y. Paclot ; Rev. sociétés 1996, p. 554, note D. Bureau ; D. 1997, jurispr. p. 133, note Langlès ; RTD civ. 1996, p. 897, note J. Mestre. L'invalidité de cette convention a connu le soutien de la plupart des auteurs. V. J.-P. Storck, La validité des conventions extrastatutaires : D. 1989, chron. p. 287, J.-J. Daigre, La perte de la qualité d'actionnaire : Rev. sociétés 1999, p. 535

<sup>696</sup> Cass. com., 8 févr. 1982 : JurisData n° 1982-799421 ; Bull. Joly Sociétés 1982, p. 970

<sup>697</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ. 4 janv. 1995, RJDA 1/96 n°76

<sup>698</sup> CA Orléans, 26 sept. 1989, Dr. Sociétés 1990, n°163

<sup>699</sup> Cass. com. 8 mars 2005, RJDA 7/05 n°827

<sup>700</sup> Cass. com. 13 déc. 1994, RJDA 3/95 n°292 ; CA Rouen, 8 févr. 1974, Rev. sociétés 1974 p. 507, note R. Roudière ; CA Paris 22 Sept. 1995, Bull. Joly 1995, p. 1068, note J.-C. Hallouin

<sup>701</sup> Y. Guyon, « *Traité des contrats, Les sociétés* » : LGDJ, 5e éd. 2002, n° 99

<sup>702</sup> Y. Paclot, « *Clause d'agrément et clause d'exclusion d'un actionnaire dans les statuts d'une SA* » : JCP E 1995, 705

<sup>703</sup> La cour d'appel de Caen a cependant reconnu la licéité d'une telle clause dans un arrêt très ancien. CA Caen, 11 avril 1927, DP 1928 II 65 note J. Lepargneur.

Nous pensons que les juges du fond doivent faire preuve de vigilance à l'égard de la licéité des conditions d'exclusion statutaire, notamment en raison du caractère partial de la mise en œuvre de ce mécanisme. Certes la doctrine a bien mis en avant que la procédure d'exclusion se devait d'assurer à l'associé mis en cause le droit d'être entendu et celui d'une procédure contradictoire<sup>704</sup>. Or force est de constater que l'organe compétent pour prendre la décision ne peut jouer un rôle véritablement désintéressé. Selon la Cour d'appel de Paris, ce sont les statuts de la société qui désignent l'organe compétent pour prononcer l'exclusion<sup>705</sup>. Pourtant, la deuxième directive communautaire<sup>706</sup> prend une position différente en précisant que si le retrait forcé est seulement autorisé par les statuts, il doit être décidé par l'assemblée générale à moins que les actionnaires concernés ne l'aient approuvé unanimement. Quel que soit l'organe social concerné, il convient de constater que l'assemblée générale d'une société, ainsi que ses organes sociaux d'administration tels que le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, sont susceptibles d'être sous le contrôle de l'associé majoritaire ou dominant. Serait-il envisageable, afin d'assurer l'impartialité, d'exclure le droit de vote de l'associé concerné, comment cela est prévu dans le cadre des conventions réglementées ? La Cour de cassation a pourtant rejeté cette hypothèse, en soulignant que dans le cadre d'une telle procédure au sein d'assemblée générale, l'associé concerné ne saurait être exclu du vote, nonobstant toute disposition statutaire, même au sein d'une SAS dont la forme sociale - parmi toutes les formes de sociétés commerciales<sup>707</sup> - est réputée compatible avec la plus grande liberté contractuelle. A part les situations dans lesquelles existe un rapport de force équivalent entre deux ou plusieurs associés (ce qui n'est pas l'objet principal de notre analyse relative au groupe de sociétés) le mécanisme statutaire d'exclusion n'est qu'un moyen pour l'associé majoritaire de se débarrasser de la minorité. Quant à cette dernière, ses possibilités d'exclure la majorité semblent peu réalistes faute d'un pouvoir de maîtrise des organes sociaux. Il sera par ailleurs difficilement concevable qu'un associé minoritaire demande au juge à se substituer à l'organe social pour prononcer l'exclusion.

En raison des conséquences inévitables du régime statutaire de l'exclusion, il est

---

<sup>704</sup> Y. Guyon, « *Traité des contrats, Les sociétés* » : LGDJ, 5e éd. 2002, n° 99 ; Y. Paclot, note sous Cass. com., 13 déc. 1994, JCP E 1995, II, 705

<sup>705</sup> CA Paris, 7 juin 1988 : Rev. sociétés 1989, p. 246, note S. Dana-Demaret

<sup>706</sup> Directive 77/91 du 13 décembre 1976

<sup>707</sup> Cass. com., 23 oct. 2007 : RJDA 2008, n° 50 et le rapport de B. Petit, p. 9 ; JCP E 2007, 2433, note A. Viandier ; JCP E 2008, 1280, J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker

nécessaire de durcir les conditions de sa réalisation pour protéger la minorité des abus. Comme nous pouvons le constater, c'est exactement la position de la jurisprudence française, qui est stricte dans l'exercice du contrôle des motifs d'exclusion et de la régularité de la procédure<sup>708</sup>.

Certains auteurs ont envisagé la possibilité de prévenir des clauses statutaires du mécanisme d'exclusion afin d'écartier la dissolution de la société pour mécontentement des associés, par le biais du rachat forcé des parts ou actions de l'associé demandeur<sup>709</sup>. Cependant, cette approche n'est pas sans présenter des difficultés dans la pratique. La décision de dissolution pour mécontentement relève effectivement du pouvoir judiciaire, alors que la décision d'exclusion est simplement une décision interne à l'organe social. Selon la jurisprudence, la demande de dissolution doit être refusée à l'associé qui est la cause exclusive et fautive de la mécontentement<sup>710</sup>. Mais comment l'organe social pourrait-il déterminer impartialement l'origine de cette mécontentement dès lors qu'il assiste aux réunions où cette mécontentement est exprimée. A plus forte raison, il est difficile d'imaginer comment un organe social serait en mesure de prendre valablement une décision d'exclusion, alors que la société est en situation de paralysie, ce qui constitue la condition nécessaire de la dissolution pour cause de mécontentement. La seule possibilité demeure la prononciation judiciaire du retrait forcé d'un associé en raison de la mécontentement des associés, aux fins de préserver la survie de la société. Malgré toutes ces difficultés, cette solution statutaire mérite toutefois une réflexion approfondie dans la pratique, grâce à son caractère moins radical et moins destructrice. Certains juges du fond ont montré déjà une attitude plutôt bienveillante à cette modalité<sup>711</sup>. Elle n'est pas contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, dans la mesure où cette dernière interdit aux juges du fond, seulement en cas de défaut de la clause statutaire de l'exclusion, d'ordonner le rachat forcé en cas de la demande de dissolution de société<sup>712</sup>.

---

<sup>708</sup> Cass. com., 21 oct. 1997 : Rev. sociétés 1998, p. 99, note B. Saintourens ; RJDA 1998, n° 67. - Cass. 1<sup>er</sup> civ., 14 mars 1995 : Dr. sociétés 1995, comm. 125, note Th. Bonneau ; Bull. Joly Sociétés 1992, p. 785, note M. Jeantin

<sup>709</sup> A. Charvériat, A. Couret, « Sociétés commerciales », Memento F. Lefebvre 2010, n°748

<sup>710</sup> Cass. com. 5 févr. 1952, Bull. civ. II, n°58; Cass. com. 10 févr. 1959, Bull. Civ. III, n°76.

<sup>711</sup> CA Rouen, 8 févr. 1974 : Rev. sociétés 1974, p. 507, note R. Rodière ; RTD com. 1974, p. 291, obs. R. Houin. - CA Orléans, 26 sept. 1989 : Rev. sociétés 1989, p. 644, obs. Y. Guyon.

<sup>712</sup> Selon la Haute juridiction, « aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution de la société par application de l'article 1844-7, 5° du Code civil, à céder ses parts à cette dernière et aux autres associés qui offrent de les racheter » : Cass. com., 12 mars 1996 : JCP E 1996, I, 426, note Th. Bonneau et II, 831, note Y. Paclot ; Bull. Joly Sociétés 1996, p. 584, § 207.



### 3) *La nomination de l'administrateur provisoire*

L'administrateur provisoire est un mandataire, désigné en justice et chargé d'assurer momentanément la bonne marche de la société en cas de difficulté grave empêchant le fonctionnement normal de société. Son pouvoir, défini par la justice, peut aller de la réalisation de certaines missions précisément déterminées (dans ce cas, il s'agit d'un administrateur *ad hoc*) jusqu'à un mandat de gestion générale de la société. Il bénéficie d'un pouvoir exclusif dans l'exercice de ses missions, et ceci entraîne nécessairement un dessaisissement provisoire du pouvoir des dirigeants de droit dans les domaines correspondants.

L'administrateur provisoire a pour premier objectif de suppléer les pouvoirs des dirigeants afin d'assurer le fonctionnement normal de la société qui se trouve entravé par les difficultés au sein des organes d'administration ou de direction, ou par la mésentente des associés. Dans les cas de paralysie de la société, le mandataire intervient, durant une période bien définie, pour prévenir la mise en péril imminente de l'intérêt social. Sa mission s'achèvera, soit par la dissolution judiciaire de la société, soit par l'adoption d'une solution du conflit social qui peut être proposée à son initiative.

Pour autant, la nomination d'un administrateur provisoire n'est pas seulement limitée à la situation de paralysie complète. Elle est de plus en plus souvent utilisée par des associés minoritaires comme un outil leur permettant de protester contre les politiques ou actes de gestion menés par la majorité ou ses dirigeants. Dans une telle hypothèse, la demande de la minorité n'est pas absolument irrecevable, mais les juges exercent toujours un contrôle strict pour prévenir les abus. Il importe de noter que les juges disposent dans ce cas d'un pouvoir d'appréciation très large. Bien que la demande soit à l'initiative de l'associé minoritaire, l'attention du juge doit se porter nettement moins sur l'intérêt de la minorité que sur l'intérêt de la société, eu égard aux perturbations nécessairement provoquées par l'intervention d'un administrateur provisoire dans la gestion de la société. Il conviendra de vérifier au cas d'espèce la gravité du conflit, qui ne doit pas simplement être préjudiciable à l'intérêt social, mais doit constituer une menace grave et suffisante à mettre en péril l'intérêt voire l'existence de la société. A défaut d'une telle menace, les simples irrégularités de certains actes menée par la majorité, les difficultés économiques et financières, les contestations de la politique sociale ou bien encore, la mésentente grave entre les associés ne sont pas de nature à justifier la

nomination d'un administrateur judiciaire.

## **b. En droit chinois**

Le droit chinois ne prévoit pas d'administrateur provisoire en cas de mésintelligence entre les associés.

Au contraire, l'article 75 de la *loi sur les sociétés* permet à un associé dissident dans une société à responsabilité limitée de demander le rachat de sa participation par la société à un prix raisonnable dès lors que :

- (1) *la société ayant des résultats positifs depuis cinq années successives et ayant rempli les conditions légales de la distribution des dividendes n'a toutefois distribué aucun dividende aux associés ;*
- (2) *la société fait l'objet d'une opération de scission ou fusion, ou cède ses actifs principaux ;*
- (3) *l'assemblée générale décide la continuation de la société malgré l'expiration de la durée de la société ou malgré la réalisation d'autres événements entraînant la dissolution anticipée de la société.*

Au cas où la société et l'associé demandant ne parviennent pas à conclure la convention du rachat dans un délai de 60 jours suivant le procès verbal concerné, cet associé est autorisé à saisir le juge dans un délai de 30 jours.

Ce mécanisme de rachat a pour objectif de permettre aux associés minoritaires d'une société à responsabilité limitée, considérée comme une structure moins ouverte aux investisseurs publics, de sortir de la société à l'occasion d'une mésentente entre les associés. Pourtant, des décisions de l'assemblée générale concernées par le mécanisme de rachat sont très limitées. De plus, en raison du caractère mécanique et inflexible des critères déclenchant le rachat, ce mécanisme ne paraît pas véritablement efficace pour prévenir le refus constant de la distribution des dividendes aux associés, puisqu'il est très facile pour la société de détourner une telle règle, tel que la distribution d'une somme dérisoire de dividendes chaque fois à la fin de cinq exercices comptables.

Hormis ce mécanisme légal de rachat, le droit des sociétés chinois instaure également un régime de dissolution de la société par voie judiciaire. A cet effet, l'article 183 de la *loi*

sur les sociétés prévoit qu'un associé détenant plus de 10% du capital est en droit de demander à la Cour populaire de se prononcer sur la dissolution de la société lorsque (1) la société a connu une difficulté grave dans la « *gestion de l'exploitation* » (*Jingying Guanli*, 经营管理); (2) la continuation de la société causera des atteintes importantes à l'intérêt des associés; et (3) toutes les autres mesures en vue de surmonter les difficultés ont été mises en place mais en vain.

Une interprétation judiciaire de la Cour Suprême<sup>713</sup> vient préciser, de manière non exhaustive, les trois situations constitutives d'une telle difficulté grave dans la gestion de l'exploitation d'une société :

- l'impossibilité de tenir, pendant plus de deux ans successifs, la réunion de l'assemblée générale ;
- l'impossibilité de faire établir par l'assemblée générale, pendant plus de deux ans successifs, une décision valable en raison que le quorum légal ou statutaire ne peut pas être atteint ; ou
- l'existence du conflit constant entre les administrateurs pendant une longue durée, lequel n'arrive pas à être résolu par l'assemblée générale.

En revanche, l'existence des différends portant sur le droit d'information d'associé ou sur la distribution des dividendes ne justifie pas la dissolution de la société.

Semblable au droit français, la dissolution en justice de la société doit être aussi mise en place de manière restrictive. Une telle dissolution ne peut être justifiée que par le constat de la paralysie du fonctionnement de la société. En conséquence, la dissolution légale est peu envisageable lorsqu'il existe au sein d'une société des associés majoritaires qui s'opposent à une telle solution, puisque les associés minoritaires ne peuvent normalement faire obstacle au fonctionnement de l'assemblée générale ni à celui du conseil d'administration.

Enfin, il convient de s'interroger sur la possibilité, à l'image du droit français, de prévoir des clauses statutaires destinées à exclure des associés dissidents. A notre avis, la réponse doit être négative en droit chinois. Tout d'abord, le législateur chinois a fait preuve d'une réticence particulière à l'égard du mécanisme de retrait des associés par le biais du

---

<sup>713</sup> « Les règles concernant certaines questions sur l'application de la loi sur les sociétés de la république populaire de la Chine (2) » promulguées le 12 mai 2008 par la Cour Suprême. (最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(二) )

rachat forcé. Assorti d'un champ d'application très limité, le régime de retrait est envisageable seulement dans l'hypothèse des retraits volontaires. Il nous semble peu probable que le législateur chinois ait l'intention de généraliser le mécanisme de retrait, notamment le retrait forcé, par le biais des clauses statutaires. En second lieu, l'interprétation judiciaire, que nous venons d'évoquer ci-dessus, démontre également la réticence de la Cour suprême chinoise à l'égard d'un tel mécanisme statutaire. Il est certain que la cour suprême est consciente de l'effet dramatique d'une dissolution de la société, dans la mesure où elle demande explicitement aux juges du fond de s'efforcer, avant de rendre un jugement de dissolution, d'encourager la conciliation entre les associés, y compris l'accord de cession ou de rachat des participations homologuées par les juges. Au contraire, n'ayant évoqué nullement dans son interprétation judiciaire la possibilité d'exclure un associé sur le fondement des clauses statutaires, la cour suprême semble implicitement écarter la reconnaissance judiciaire d'un tel mécanisme.

En résumé, le droit chinois se rapproche du droit français au regard de son attitude restrictive pour la dissolution légale de la société causé par les mésententes entre les associés. Ainsi la validité de certains aménagements conventionnels permettent l'exclusion ou le retrait des associés dissidents en cas de mésentente, sous réserve que le mécanisme conventionnel soit équilibré et égalitaire. Pourtant, nous pouvons encore constater en droit chinois la pénurie des mécanismes légaux ou conventionnels pour des solutions plus flexibles et moins radicales en cas de conflit grave entre les associés d'une société appartenant au groupe. Il est aussi fort regrettable que le droit chinois ne connaisse pas le mécanisme de l'administrateur provisoire, qui permet de préserver en urgence l'intérêt de la société susceptible d'être mise en péril à l'occasion de comportements extrêmement préjudiciables de l'associé prédominant.

## ***§2. La protection équilibrée des intérêts des associés contre les actes des dirigeants sociaux***

En consacrant un système de protection principalement basé sur la théorie de la faute de gestion, le droit français confie effectivement aux juges du fond la mission d'équilibrer l'intérêt des associés et celui des dirigeants sociaux, qui ont la fonction de librement exercer le droit de gestion de la société (A). Le droit chinois est tenté par la théorie anglo-saxonne de « *Business judgement rule* », un régime manifestement favorable

à amoindrir la responsabilité des dirigeants. Force est de néanmoins constater que le modèle français est plus adapté aux situations actuelles de la Chine (B).

#### *A. En droit français*

Il ressort du droit français que la responsabilité de certains dirigeants de SARL ou de SA peut être mise en cause par la société, ses associés et les tiers sur le fondement d'infractions aux lois et règlements, de la violation des statuts, ou des fautes de gestion (articles L. 223-22, L. 225-251 et L. 225-256 du Code de commerce).

Ces textes visent en effet les gérants, les administrateurs, les directeurs généraux et les membres du directoire ayant commis pendant leur mandat social les actes visés ci-dessus.

Ces dispositions permettent un contrôle direct des associés, notamment des minoritaires, aux fins de réagir directement contre des actes de gestion fautifs commis par les dirigeants sociaux. A cet égard, l'efficacité de la protection du droit des associés dépend en général de deux éléments : premièrement, le type d'action en justice qu'ils entendent intenter (1) et, deuxièmement, la nature des actes susceptibles d'être visés par une telle action (2).

##### ***1. Les catégories d'actions en justice à la disposition d'associés***

Bien que les textes ne fassent pas de différence entre les préjudices causés à la société et ceux subis directement par les associés ou les tiers, une telle distinction est pourtant essentielle dans la mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants. En effet, il convient de rappeler que les agissements des dirigeants, agissant en qualité de mandataires sociaux, sont en principe considérés comme réalisés au nom et pour le compte de la société. Même si les actes en cause sont illicites ou contraires aux statuts (tel que le cas du dépassement de l'objet social ou des pouvoirs délimités par les statuts), la responsabilité des dirigeants n'aura pas lieu d'être recherchée puisqu'elle est couverte par la société qui engage seule sa responsabilité envers les tiers. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, et dans le cas où les actes litigieux sont détachables de leurs fonctions, que la responsabilité des dirigeants pourra être recherchée par des tiers (a). En revanche, les

dirigeants seront directement responsables envers la société pour des agissements exercés sous le couvert de la fonction sociale, peu importe que ceux-ci aient causé un préjudice direct à la société ou aux tiers qui disposent d'un droit d'action susceptible d'entraîner des pertes pour la société **(b)**.

### **a. La difficulté d'intenter une action en responsabilité individuelle**

La jurisprudence a bien pris soin de définir la faute du dirigeant détachable de ses fonctions. En effet, le caractère détachable est normalement reconnu lorsque le dirigeant « *commet intentionnellement une faute d'une gravité exceptionnelle incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »<sup>714</sup>. Cependant, l'argument tiré de l'absence de faute détachable des fonctions n'est plus opposable à la demande de réparation lorsque le dirigeant a commis intentionnellement une infraction pénale<sup>715</sup>. Eu égard à la sévérité de la jurisprudence concernant la faute détachable, il s'avère très difficile d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants envers les tiers, à moins que l'acte ne soit constitutif d'un délit pénal.

Il convient également de préciser que lorsque l'action est intentée par un actionnaire de la société (qui est normalement assimilé à un tiers), il doit également prouver l'existence d'un préjudice personnel distinct de celui de la société. Cette règle, en mettant en exergue le caractère direct et personnel du préjudice, exclut en conséquence toutes actions des associés fondées sur la dépréciation de leurs parts sociales ou sur une dévalorisation du capital<sup>716</sup>.

En résumé, la mise en œuvre de cette action est rare du fait de ses conditions très contraignantes. De plus, les associés n'ont pas un intérêt particulier à recourir à ce type d'action, dans la mesure où ils n'ont aucun privilège par rapport aux tiers.

### **b. L'intérêt d'intenter une action sociale *ut singuli***

---

<sup>714</sup> Cass. com., 20 mai 2003: Bull. Joly 2003, p. 786, note H. Le Nabasque : D. 2003, p. 1502. - Cass. com., 27 sept 2005 : Dr. sociétés 2006, comm. 7 note J. Monnet

<sup>715</sup> Cass. crim., 20 mai 2003 : RJDA 2003, n° 1181. - Cass. crim., 14 oct. 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 782, note B. Bouloc. - Cass. 1re civ., 14 déc. 1999, n° 97-15.756 : Juris-Data n° 1999-004433 ; Bull. Joly 2000, p. 736, note A. Couret

<sup>716</sup> Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-80.387 : arrêt *Léonarduzzi*; Bull. crim. 2000, n° 373 et Cass. crim., 13 déc. 2000, n° 99-84.855 : arrêt *Bourgeois*; Dr. pén. 2001, comm. 47 ; JCP E 2001, p. 1138, note J.-H. Robert

Hormis les actions individuelles de portée restreinte, la recherche de responsabilité des dirigeants de droit devrait être mise en œuvre au nom de la société victime des agissements fautifs des dirigeants.

En dépit de l'autorité effective de l'associé majoritaire sur les dirigeants de la société, ces derniers sont les seules personnes ayant l'obligation juridique de veiller à la réalisation de l'intérêt social. Sur la base de ce principe, la jurisprudence a établi que les directives de l'associé majoritaire ne constituent pas une justification pour les dirigeants auteurs d'acte préjudiciables à la société.<sup>717</sup> Cette position est parfaitement logique sur le plan juridique, car la société, dotée d'une autonomie juridique de plein droit, dispose de son propre intérêt social distinct, tant de l'intérêt de l'associé majoritaire que de la communauté de l'intérêt de l'ensemble des associés. Comme nous l'avons constaté dans la partie précédente, ils ne sauraient être exonérés de leur responsabilité civile, même s'ils ont obtenu le *quitus* accordé par la collectivité des associés<sup>718</sup>.

Le pouvoir de gestion est évidemment assorti de nombreuses obligations. En effet, les dirigeants doivent non seulement préserver leur indépendance pendant toute la durée de leur mandat, mais aussi exercer personnellement ces fonctions. Ils sont avant tout garants de l'intérêt social, en dépit de leur éventuelle dépendance, dans les faits, vis-à-vis de l'associé majoritaire.

Ils doivent faire preuve de précaution dans l'exécution des instructions de l'associé majoritaire tout en veillant constamment à ne pas porter atteinte à l'intérêt social. Bien qu'une telle mission puisse devenir extrêmement délicate lorsque la stratégie de l'associé majoritaire devient conflictuelle avec l'intérêt social, les dirigeants sociaux doivent impérativement donner la priorité à l'exigence de l'intérêt social puisque leur responsabilité personnelle est en jeu en cas de défaillance.

Nous pouvons naturellement établir un lien entre l'action sociale et l'action fondée sur l'abus de majorité. En effet, comme nous l'avons exposé dans le cadre de l'abus de majorité, un associé peut être rendu responsable de l'abus de majorité, en se bornant simplement à faire pression sur les dirigeants pour réaliser l'acte préjudiciable à l'intérêt

---

<sup>717</sup> CA Paris, 14e ch., 16 mai 1978 : Rev. sociétés 1979, p. 72, note J.G.

<sup>718</sup> C. civ., art. 1843-5. - C. com., art. L. 223-22 et L. 225-253. - Cass. com., 15 déc. 1987 : Bull. civ. 1987, IV, n° 280 ; JCP E 1988, II, 15240, n° 6, note A. Viandier et J.-J. Caussain. - CA Rouen, 12 janv. 1973 : D. 1973, somm. p. 28

social. Outre cette responsabilité imputable à l'associé, le dirigeant sera également responsable pour avoir accepté d'exécuter l'acte litigieux, l'influence de l'associé majoritaire n'étant pas opposable dans le cadre d'une action en responsabilité du dirigeant. La coexistence de ces deux actions rend possible une réparation suffisante de tous les préjudices que pourrait produire l'acte abusif de l'associé majoritaire. L'action fondée sur l'abus de majorité est conçue pour réparer les dommages personnels de l'associé minoritaire et pour annuler, le cas échéant, la décision abusive, tandis que l'action sociale sert à réparer les dommages directement causés à la société.

Il ressort de la jurisprudence que l'action sociale ne vise que les fautes de gestion commises par les gérants de droit et ne concerne pas les gérants de fait<sup>719</sup>. La solution est transposable à la société anonyme<sup>720</sup>. En conséquence, un associé majoritaire ne peut être visé par une action sociale, à moins qu'il ne détienne un mandat social. Pourtant, rien n'interdit de penser qu'il pourrait être tenu responsable de l'abus de majorité s'il procédait directement aux actes de gestion de la société contrôlée, dans la mesure où une telle intervention directe ne se différencie pas, par essence, de l'acte consistant à forcer les dirigeants. Il s'agit dans les deux cas de l'exercice d'un pouvoir *de facto* de l'associé de réaliser une décision déterminée par l'associé majoritaire. Ainsi, dans un tel cas de figure, le dirigeant ne saurait être exonéré de sa responsabilité pour avoir laissé gérer la société par l'associé, puisqu'il est tenu d'assurer personnellement l'exercice de la direction de la société.

Une action sociale doit être théoriquement initiée au nom de la société contre ses dirigeants. On parle alors d'une action exercée *ut universi*. Cette action ne soulève pas de difficulté lorsque la responsabilité est recherchée postérieurement par les nouveaux dirigeants contre les anciens. En pratique, une action sociale ne peut être intentée quand la société est exclusivement représentée par le ou les dirigeants visés par l'action.

Dans le cadre d'une action contre les anciens dirigeants, cette difficulté est d'autant plus présente, lorsque les nouveaux dirigeants ne sont que des successeurs fidèles des anciens et qu'ils sont nommés par les mêmes associés majoritaires. Pour surmonter cette difficulté technique, qui relève du conflit d'intérêt, le droit français permet aux associés,

---

<sup>719</sup> Cass. com., 6 oct. 1981 : D. 1983, jurispr. p. 133, note B. Soinne ; JCP CI 1983, II, 13936, note G. Notté. - CA Paris, 17 oct. 1991 : RJDA 1/1992, n° 50 ; Defrénois 1992, p. 576, obs. P. Le Cannu ; JCP E 1992, II, 292, note G. N ; RTD com. 1992, p. 396, n° 13 obs. C. Champaud et D. Danet ; Dr. sociétés 1992, comm. 59, obs. H. Le Nabasque. - CA Paris, 6 mai 1997 : Rev. sociétés 1997, p. 626, note. B. Bouloc

<sup>720</sup> D. Gibirila, J.-Cl. Fasc. 1053, « *Dirigeants sociaux – responsabilité civile* », n°24



notamment aux minoritaires, de se substituer aux dirigeants de droit pour intenter une action au nom et pour le compte de la société en vue de mettre en jeu la responsabilité des dirigeants, que leurs mandats sociaux soient ou non expirés. Une telle action sociale est exercée de façon *ut singuli*.

Tout associé de SARL, ainsi que tout actionnaire de SA, est en droit d'intenter l'action *ut singuli* peu importe le pourcentage de ses parts dans le capital social. Sous peine d'irrecevabilité de l'action *ut singuli*, la société doit avoir été mise en cause par l'intermédiaire de ses représentants légaux. Les associés peuvent également se grouper pour exercer l'action sociale en vue de partager les frais de procédure, à condition de posséder un pourcentage du capital social suffisamment important. Dans le cadre de sociétés d'envergure relativement modeste, ils doivent détenir plus de 10% des parts sociales dans une SARL, ou plus de 5% dans une société anonyme, lorsque le capital social est inférieur ou égal à 750 000 euros. Concernant les autres SA, le seuil de pourcentage est fixé de façon dégressive pour la partie du capital excédant 750 000 euros<sup>721</sup>. Les dommages intérêts éventuellement octroyés dans le cadre d'une action *ut singuli* sont versés exclusivement à la société, qui est réputée directement lésée par les dirigeants. L'intérêt des associés est alors indirect au regard du résultat de l'action, ce qui pourrait les rendre moins motivés à y avoir recours, notamment quand le préjudice porté à la société est mineur. En raison de ce caractère indirect, le mécanisme de l'action *ut singuli* a pour effet de maintenir un équilibre souhaitable entre la liberté de gestion réservée aux dirigeants sociaux et le droit de contrôle direct dévolu aux associés externes. L'interventionnisme excessif et quotidien des associés minoritaires est *de facto* découragé, puisque l'exercice d'une action en justice, qui génère des coûts, n'apporte que des bénéfices indirects et incertains. A l'inverse, ce droit de contrôle restreint, dans des proportions raisonnables, le pouvoir accordé aux dirigeants sociaux. A part son effet dissuasif sur les dirigeants les moins prudents et diligents, ce droit d'action permet aux associés minoritaires d'avoir un ultime recours à la justice, pour lutter contre des opérations gravement préjudiciables à la société.

## ***2. La faute des dirigeants sociaux reprochable par les associés***

---

<sup>721</sup> Selon l'article R 225-169, al. 2 : 4% pour les 750 000 premiers euros ; 2,5% pour la tranche de capital comprise entre 750 000 et 7 500 000 euros ; 1% pour la tranche de capital comprise entre 7 500 000 et 15 000 000, et 0,5% pour le surplus du capital.

Les articles L. 223-22 et L. 225-251, alinéa 1er du Code de commerce, qui régissent respectivement la SARL et la SA, énoncent trois types de fautes des dirigeants sociaux susceptibles d'engager leur responsabilité personnelle : il s'agit de l'infraction aux lois et règlements, de la violation des statuts et de la faute de gestion.

Il convient de noter que non seulement la violation des lois et des règlements, mais également la violation des statuts (qui ont une nature juridique assimilable à celle de la loi<sup>722</sup>), constituent évidemment des fautes<sup>723</sup>. Il s'ensuit que la responsabilité résultant de chacun de ces trois types d'action procède d'un même fondement juridique, à savoir la responsabilité fondée sur la faute. En réalité, il s'agit de la mise en place en droit des sociétés du régime de droit commun de la responsabilité pour faute fondé sur l'article 1382 du Code civil.

La responsabilité des dirigeants doit suivre le régime de droit commun fondé sur l'article 1382 du Code civil. Non seulement la faute et le dommage, mais aussi le lien de causalité entre ces deux éléments doivent être prouvés. En pratique, prouver un tel lien de causalité n'est pas facile, notamment dans le cas où la faute des dirigeants se combine avec d'autres causes non négligeables de sorte qu'il n'est pas évident d'identifier le facteur prépondérant dans la production du dommage. En effet, l'existence d'un lien de causalité ne saurait être présumée lorsque le dommage et la faute sont constatés. Pour retenir la responsabilité des dirigeants, l'existence d'un lien de causalité est indispensable<sup>724</sup>, et comme souligné par M. Gibrila, celui-ci doit être de nature directe et expressément constaté<sup>725</sup>.

Pour autant, bien que ces trois types d'action reposent sur le même régime de responsabilité pour faute, le mode d'appréciation de la faute diffère sensiblement. D'un côté, au regard des contraventions aux normes légales ou statutaires, la faute se caractérise de façon suffisamment objective, car des règles violées sont déjà préétablies. En ce sens, la fraude fiscale réalisée par le versement de commissions occultes<sup>726</sup>, ou l'omission de souscrire une assurance pourtant obligatoire selon le code des assurances<sup>727</sup>, entraîne la responsabilité du dirigeant auteur desdits actes. En revanche, une grande

---

<sup>722</sup> L'article 1134 Code Civil.

<sup>723</sup> Y. Guyon, B. Le Bars, J.-Cl. Fasc. 132-10, « *Responsabilité civiles des administrateurs* », n° 37 et n°42

<sup>724</sup> Cass. com., 12 mars 1974 : Gaz. Pal. 1974, 1, p. 662, note A.P.S. - CA Douai, 28 janv. 1954 : JCP G 1954, II, 8101, note J.R. - CA Paris, 4 juill. 1991 : JCP E 1991, pan. 991

<sup>725</sup> D. Gibrila, J.-Cl. Fasc. 1053, « *Dirigeants sociaux – responsabilité civile* », n° 12.

<sup>726</sup> Cass. com., 14 déc. 1960 : Bull. civ. 1960, III, n° 415 ; D. 1961, jurispr. p. 402, note D. Dalsace

<sup>727</sup> CA Montpellier, Ire ch., 18 juin 2002 : Juris-Data n° 2002-209025

incertitude subsiste quant à l'appréciation de la faute de gestion. A défaut de précisions légales, la définition de la faute de gestion n'est jamais vraiment synthétisée par les juges du fond, qui se bornent, en se livrant à une appréciation souveraine et subjective, à se prononcer sur l'existence d'une faute de gestion au cas d'espèce.

Néanmoins, il convient de noter que l'appréciation de la faute de gestion n'est pas complètement dépourvue de toute objectivité. Bien que les dirigeants sociaux pratiquent un métier aléatoire et risqué, les progrès réalisés dans les techniques de gestion, font que cette dernière n'est plus une pratique complètement balbutiante<sup>728</sup>, et son exercice doit être conforme à certains critères objectivement quantifiables, indispensables pour une bonne conduite des affaires. L'inobservation de ces critères démontre normalement l'existence d'une faute de gestion.

Il est donc pertinent d'étudier de façon séparée le mode d'appréciation de la faute de gestion qui se fonde sur des critères objectivement déterminés(**a**). Une fois que ces critères sont éclaircis, nous pouvons concentrer notre étude sur les actes fautifs de gestion appréciés de manière subjective (**b**).

#### **a. La faute de gestion appréciée de manière objective**

La jurisprudence semble avoir instauré deux critères objectifs.

Tout d'abord, elle a constamment reconnu le caractère fautif des actes de gestion portant atteinte à l'intérêt social de la société, lorsqu'ils sont poursuivis par le dirigeant en vue d'en tirer des avantages, soit à des fins personnelles, soit au profit d'une entité dans laquelle le dirigeant est directement ou indirectement intéressé<sup>729</sup>. A cet égard, il est permis d'évoquer, sans que la liste soit exhaustive, le fait pour les dirigeants de mener des activités concurrentielles directes ou indirectes<sup>730</sup>, de détourner la clientèle de la société ou de compromettre ses chances de contracter<sup>731</sup>, de faire supporter à la société, sans justification, des charges ou passifs d'une autre société que les dirigeants contrôlent ou de laquelle ils sont associés<sup>732</sup>. De plus, dans les cas les plus graves où les dirigeants sont

<sup>728</sup> Y. Guyon, « *Droit des affaires* », Tome 2, Economica, 5<sup>e</sup> Ed., n° 1375

<sup>729</sup> Cass. com., 7 oct. 1974 : JCP G 1975, II, 18129, note J. Grua ; RTD com. 1976, p. 544, note R. Houin

<sup>730</sup> Cass. com., 4 mars 1969 : Bull. civ. 1969, IV, n° 81. - CA Douai, 2 févr. 1973 : JCP G 1973, IV, 338 ; RTD com. 1973, p. 570, note R. Houin. - CA Bordeaux, 11 mars 2003 : Juris-Data n° 2003-210362

<sup>731</sup> Cass. com., 6 oct. 1992 : Bull. civ. 1992, IV, n° 287 - Cass. 3e civ., 12 oct. 1971 : Bull. civ. 1971, III, n° 486

<sup>732</sup> Cass. com., 14 déc. 1993 : Rev. sociétés 1994, p. 778, note M. Pariente, - Cass. com., 7 oct. 1974 : JCP G 1975, II,

retenus coupables d'abus de bien sociaux, ils sont également tenus de verser des dommages intérêts aux parties civiles<sup>733</sup>.

Ensuite, la négligence des dirigeants, résultant de la passivité de leur comportement, est également réprimée. La jurisprudence condamne fermement l'acceptation d'un mandat social pour un exercice purement formel, ou de complaisance<sup>734</sup>. En effet, dès lors qu'un dirigeant a accepté son mandat social, il doit consacrer du temps et une attention suffisante pour exercer les fonctions qui lui incombent. En conséquence, l'abstention, la passivité sont constitutives d'une faute<sup>735</sup>.

Par ailleurs, certains dirigeants, tels que les administrateurs ou membres de conseils de surveillance, ont également le devoir de surveiller l'exercice des fonctions des autres dirigeants. Leur désintérêt pour les opérations menées par la direction<sup>736</sup>, voire la tolérance d'une anarchie au sein de la société<sup>737</sup> doivent être considérés comme fautive, car leur passivité a également concouru aux préjudices causés par la direction, qui auraient pu être empêchés si les fonctions de surveillance avaient été normalement exercées<sup>738</sup>. Enfin, il convient de noter que si l'article L. 225-35 du Code de commerce confie aux administrateurs le droit de s'informer avant la prise de décision, ils ont en retour l'obligation de tout faire pour obtenir les renseignements leur permettant de suivre la marche de l'affaire. A défaut de communication spontanée par la direction, les administrateurs commettent une faute s'ils manquent de réclamer des renseignements ou des éclaircissements complémentaires<sup>739</sup>.

## **b. La faute de gestion appréciée de manière subjective**

Outre ces deux critères relativement objectifs du conflit d'intérêts et de la négligence passive, la jurisprudence reconnaît encore l'existence d'une faute dans divers actes de

---

18129, note J. Grua ; RTD com. 1976, p. 544, note R. Houin

<sup>733</sup> Cass. crim., 20 mars 1997 : D. 1999, jurispr. p. 28, note D. Boccara ; Rev. sociétés 1997, p. 581, note B. Bouloc ; Bull. Joly 1997, p. 855, note J.-F. Barbiéri - CA Montpellier, 7 janv. 1980 : Gaz. Pal. 1980, 1, p. 362, note de Fontbressin ; Rev. sociétés 1980, p. 737, note Mouly - Cass. crim., 8 févr. 1968 : Bull. crim. 1968, n° 42

<sup>734</sup> Cass. com., 31 janv. 1995 : JCP E 1995, pan. 361 ; Bull. civ. 1995, IV, n° 29 ; Rev. sociétés 1995, p. 763. - CA Paris, 4 févr. 1994 : Bull. Joly 1994, p. 403, note M. Pariente : acceptation de poste simple pour rendre service au président

<sup>735</sup> Cass. com., 11 juin 1991 : RJDA 1991, n° 852, p. 732. - Cass. com., 7 juill. 1992 : Bull. Joly 1992, p. 1192. - CA Paris, 3e ch., 22 juin 2001 : Juris-Data n° 2001-154649

<sup>736</sup> CA Paris, 3e sect. B, 24 janv. 1986 : Juris-Data n° 1986-021036

<sup>737</sup> Cass. com., 14 déc. 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 473

<sup>738</sup> Y. Guyon, B. Le Bars, *J.-Cl. Fasc. 132-10*, précité, n° 52 : Cass. req., 21 déc. 1936 : Gaz. Pal. 1937, 1, 240. - Cass. com., 31 janv. 1995, aff. Nasa. - CA Versailles, 21 oct. 1993 : Bull. Joly 1994, p. 99

<sup>739</sup> CA Aix, 3 févr. 1966 : JCP G 1966, II, 14861

gestion qui montrent l'imprudence ou la maladresse des dirigeants. Pourtant, à défaut de critère précis, le caractère fautif de l'acte de gestion est délicat à apprécier, car les dirigeants ne sont tenus qu'à une obligation de moyens. A cet égard, on ne peut qu'avoir recours à la théorie classique de la responsabilité civile qui constitue le socle de ce régime, et selon laquelle les juges doivent effectuer une appréciation de la faute *in abstracto*, c'est-à-dire par comparaison du comportement du dirigeant en cause avec la conduite d'un dirigeant d'une personne morale similaire, normalement prudent, diligent et actif<sup>740</sup>.

Cela étant, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier l'existence de la faute dans des actes de gestion très divers. Nous pouvons constater en droit positif une très grande diversité de motifs conduisant les juges à conclure à l'existence d'une faute. Afin d'isoler les principes essentiels de la jurisprudence, il est permis de les reclasser en quelques catégories.

La faute peut consister en la passation de conventions stipulant des conditions particulièrement désavantageuses ou anormales. Ainsi les juges ont reproché aux dirigeants l'octroi imprudent d'un crédit exorbitant<sup>741</sup>, ou l'octroi de crédit à des conditions rendant le remboursement improbable<sup>742</sup>, l'acquisition d'un brevet qui se révèle sans valeur<sup>743</sup>, la conclusion d'un bail dans des conditions préjudiciables à la société<sup>744</sup>, ou pour avoir engagé la société sur des prix déficitaires à cause d'erreurs dans le calcul des coûts<sup>745</sup>.

Ensuite, est également considérée fautive l'inexécution ou l'exécution impropre des conventions. Le retard à payer des dettes échues à l'associé<sup>746</sup>; l'omission de liquider correctement la pension d'un ancien employé entraînant l'octroi à ce dernier de dommages intérêts<sup>747</sup>; la négligence de la prescription d'une dette rendant impossible son recouvrement<sup>748</sup>; la résiliation d'un contrat de location-gérance qui lui seul permet à la société locataire d'exercer son activité<sup>749</sup>.

---

<sup>740</sup> A. Martin-Serf, *J.-Cl.* Fasc. 41-52, « Conditions d'exercice et résultats de l'action en comblement du passif », n°31

<sup>741</sup> CA Paris, 4 févr. 1994 : *Rev. sociétés* 1994, p. 336, note Y. Guyon

<sup>742</sup> CA Paris, 4 févr. 1994 : *Rev. sociétés* 1994, somm. p. 336

<sup>743</sup> Cass. com., 26 mai 1952 : *Bull. civ.* 952, III, n° 201 ; *JCP G* 1952, IV, 110

<sup>744</sup> Cass. com. 8 juin 1963, *Bull. Civ.* III, n°283

<sup>745</sup> Cass. com., 4 févr. 1980 : *Bull. civ.* 1980, IV, n° 55

<sup>746</sup> Cass. com., 12 janv. 1993 : *Bull. Joly* 1993, p. 336, note A. Couret

<sup>747</sup> Cass. com., 18 juin 1973 : *Bull. civ.* 1973, IV, n° 212 ; *Rev. sociétés* 1974, p. 300, note J. Honorat

<sup>748</sup> Cass. com., 12 mai 1975 : *Bull. civ.* 1975, IV, n° 130

<sup>749</sup> Cass. com. 20 janv. 1987, *BRDA* 5/87 p. 8

De plus, les juges sont aussi attentifs aux actes financiers déséquilibrés. Le recrutement des salariés et l'achat de matériel, sans vérification de la rentabilité de ces investissements<sup>750</sup> ; la fixation de montants excessifs des salaires des employés ou des rémunérations des dirigeants<sup>751</sup> ; la maintenance d'un capital insuffisant eu égard aux besoins financièrement prévisibles<sup>752</sup>, l'engagement d'un cautionnement inconsidéré et consenti sans contrepartie au profit de la société mère<sup>753</sup> sont également qualifiées de fautes de gestion.

Les dirigeants commettent également une faute pour avoir omis de consulter les associés pour des décisions importantes de la société<sup>754</sup>, ou pour s'obstiner à gérer seul et sans contrôle, par un refus systématique de la convocation d'une assemblée générale<sup>755</sup>.

Enfin, une politique commerciale contestable, telle qu'une politique de vente à perte à laquelle s'est obstinée le dirigeant manquant d'expérience, pourrait démontrer une faute entraînant sa responsabilité<sup>756</sup>.

Dans les arrêts confirmant la responsabilité des dirigeants, les juges font toujours état du caractère fautif des actes de gestion. Pourtant, il est évident que ces agissements ne sont pas fautifs par nature, puisque même un acte inhabituel, tel que l'inexécution d'un contrat ou la mise en place d'une politique de vente à perte peut parfois s'expliquer, *in concreto*, par la logique économique de la situation de la partie cocontractante ou du marché. Pour que l'existence de la faute soit justifiée, les juges doivent s'efforcer d'apprécier au cas par cas le caractère excessif, maladroit ou anormal des actes mis en œuvre, tout en se référant au contexte dans son ensemble. Les juges doivent ainsi vérifier, en tenant compte de la conjoncture de l'acte en cause, l'intention réelle des dirigeants qui pourrait être d'accomplir des actes malhonnêtes en vue de réaliser leur intérêt personnel. Au demeurant, il faut se placer à la date de la décision, sans porter un préjugé résultant des conséquences de cette décision.<sup>757</sup> Les juges du fond tiennent également compte

---

<sup>750</sup> CA Aix-en-Provence, 9 avr. 1974 : D. 1974, jurispr. p. 690, note F. Derrida

<sup>751</sup> CA Paris, 17 Janvier 1981, Sté des établissements Marlaud, cité par Mémento Pratique, F. Levebvre, « Sociétés commerciales », n° 2365

<sup>752</sup> CA Rouen, 20 oct. 1983 : D. 1985, jurispr. p. 161, note J.-J. Daigre ; Rev. sociétés 1984, p. 764, note Legrand

<sup>753</sup> CA Paris, 7 sept. 1995 : Juris-Data n° 1995-024408

<sup>754</sup> Il est reproché au dirigeant de droit d'avoir manqué de consulter préalablement les associés avant l'acquisition d'une autre entreprise ou la décision du transfert des activités de la société: CA Aix-en-provence, 12 sept. 2003, Juris-data n° 2003-235547 ; Cass. com. 3 avril 1979, Bull. civ. IV n° 127.

<sup>755</sup> Cass. com. 12 mars 1974, Gaz. Pal. 1974, p.662

<sup>756</sup> CA Lyon, 1re ch., 5 juill. 1984 : Juris-Data n° 1984-041205

<sup>757</sup> Y. Guyon, B. Le Bars, « Responsabilité civiles des administrateurs », précité, n°46

d'éléments personnels liés aux dirigeants, tels que l'existence ou non d'une rémunération, leur niveau professionnel <sup>758</sup>, ainsi que des éléments extrinsèques relatifs à l'environnement, au milieu social, à l'erreur commune <sup>759</sup> ou même à l'envergure économique de la société concernée. Cette appréciation, relevant d'une approche subjective, consiste en vérité à une forme « d'art » du magistrat. Cependant, il est également légitime de se préoccuper de ce défaut de règles. Une telle incertitude relative à la reconnaissance de la faute de gestion n'est-elle pas génératrice d'une insécurité juridique <sup>760</sup> ?

Bien que les juges disposent d'un pouvoir étendu dans l'appréciation de la faute de gestion, ce dernier devrait être mis en œuvre de façon prudente et mesurée. Sauf pour les fautes parfaitement caractérisées, il semble totalement inopportun pour les juges du fond d'accepter aisément la reconnaissance d'une faute de gestion. Même si l'appréciation subjective semble être immédiatement tempérée par le principe de non immixtion du pouvoir judiciaire dans la gestion d'entreprise, les juges devraient toujours avoir conscience que le contrôle judiciaire ne saurait normalement empiéter sur l'opportunité de la stratégie commerciale. La méthode de gestion est un art délicat visant à réaliser un résultat optimal dans une conjoncture aléatoire. A certains moments les dirigeants font face à des dilemmes si délicats qu'ils ne peuvent que choisir la solution la moins désastreuse et essayer de limiter les risques à un niveau raisonnable. Il n'existe pas de dirigeant, si compétent, diligent et prudent soit-il, qui ne commette pas d'erreurs <sup>761</sup>. Il en résulte que l'étendue du contrôle judiciaire devrait être raisonnablement limité et se concentrer sur la recherche des actes intentionnels accomplis au détriment de l'intérêt de la société, ou des négligences ou imprudences manifestement anormales. Au contraire, la responsabilité devrait être écartée s'agissant de dirigeants consciencieux, honnêtes et respectueux des règles normales de la gestion des sociétés commerciales <sup>762</sup>.

La jurisprudence reste cohérente avec cette idée. De nombreuses décisions se fondent plutôt sur l'implication d'un l'intérêt personnel du dirigeant ou sur son comportement improprement passif, qui sont faciles à constater objectivement. Ceci contribue à réduire les incertitudes des décisions résultant d'une appréciation subjective. Les juges ne retiennent la faute qu'à raison de la constatation d'un excès manifeste et ils motivent

---

<sup>758</sup> D. Gibrila, *J.-Cl. Fasc. 1053*, « *Dirigeants sociaux -responsabilité civile* », n°5

<sup>759</sup> CA Reims, 10 nov. 1975 : *Rev. soc.* 1976, p. 307, note J. G.

<sup>760</sup> J. Monnet, *J.-Cl. Fasc. 1377*, « *Statut des administrateurs* », n°73

<sup>761</sup> A. Martin-Serf, *J.-Cl. Fasc. 41-52*, précité, n°33

<sup>762</sup> G. Viney, « *Les conditions de la responsabilité* » : LGDJ 1998, 2e éd., n° 857

souvent leur conviction par la constatation de plusieurs éléments critiquables propres à l'auteur. Par ailleurs, les juges semblent être extrêmement prudents dans la critique des décisions liées à la stratégie et à la politique commerciale. A titre d'exemple, la Cour de cassation estime que n'est pas fautif le choix des dirigeants de conserver des activités diversifiées même déficitaires pour l'entreprise, dès lors qu'il n'est pas établi que ce choix stratégique ait été manifestement malencontreux ou contraire aux intérêts de la société<sup>763</sup>. En revanche, il semble que les juges préfèrent concentrer leur attention sur les éléments tangibles et objectifs des opérations concrètes (la disproportion des dépenses par rapport à la situation financière ou le capital de la société, les conditions anormales d'une convention par rapport d'une convention ordinaire dans un contexte similaire, etc.).

Il est alors permis de penser que l'objectif du contrôle de la faute de gestion en droit positif français est de permettre aux juges de garder en dernier ressort le pouvoir de contrôler le respect d'une légitimité minimale que les dirigeants doivent assurer dans leur gestion.

## *B. En droit chinois*

La notion de faute détachable de sa fonction n'est pas suffisamment développée en droit chinois, aussi la responsabilité personnelle des dirigeants relève des principes fondamentaux de droit civil. Toutefois, la recherche d'une faute personnelle est exceptionnelle car les dirigeants chinois sont dans la plupart de cas couverts par leurs sociétés vis-à-vis de tiers(1).

Par rapport au droit français, une différence importante se manifeste dans le fondement juridique de la responsabilité de dirigeants dans le cadre de l'action sociale (2).

### *1. Les catégories d'actions à la disposition d'associés en droit chinois*

Le droit chinois prévoit également deux types d'actions en justice dont les associés peuvent se prévaloir pour la recherche de la responsabilité des dirigeants : l'action pour la réparation des préjudices personnels des associés et l'action *ut singuli* destinée à réparer

---

<sup>763</sup> Cass. com. 21 sept. 2004: RJDA 1/2005, n° 47 ; Bull. Joly 2004, p. 1480, note B. Doudero



les préjudices subis par la société.

L'article 153 de la *loi sur les sociétés* accorde aux associés le droit d'intenter une action en justice pour la responsabilité d'un administrateur ou un directeur supérieur qui a commis une infraction aux dispositions des lois ou des statuts de la société et en conséquence a porté atteinte à l'intérêt direct des associés. Le régime est semblable à l'action en responsabilité individuelle en droit français. Bien qu'il ne soit pas précisé que l'action en justice sous l'article 153 de cette loi concerne les « *fautes détachables* » de l'exercice de la fonction du mandat social, il est cependant clair que le droit chinois exige l'existence d'un lien de causalité direct entre l'agissement du dirigeant et le préjudice de l'associé. Il en résulte que l'action en responsabilité individuelle est aussi difficilement envisageable en droit chinois, puisque les agissements des dirigeants ne peuvent pas avoir d'impacts directs sur l'intérêt personnel d'un associé.

La possibilité d'intenter une action *ut singuli* n'est que récemment consacré en droit des sociétés chinois, à l'occasion de la promulgation de la nouvelle *loi sur les sociétés* en 2005. Selon l'alinéa 1 de l'article 152 de cette loi, le droit d'intenter une telle action est accordé à tous les associés d'une société à responsabilité limitée, et aussi à un actionnaire ou un consortium des actionnaires d'une société anonyme qui possède plus de 1% du capital social depuis plus de 180 jours successifs. Inspiré du droit anglo-saxon, le droit chinois impose que le droit d'action des associés (ou consortium des actionnaires) ne s'exerce qu'en cas de passivité des organes sociaux qui auraient dû réagir contre les dirigeants<sup>764</sup>. Cette condition préalable est néanmoins exemptée lorsque l'intérêt de la société est irrémédiablement préjudicié si l'associé n'intente pas une action immédiate.

Outre cette différence procédurale, le régime de l'action *ut singuli* en droit chinois se distingue par son champ d'application qui est beaucoup plus étendu par rapport au régime en droit français. Une action *ut singuli* en droit chinois peut être initiée, en cas d'agissements des dirigeants contrevenant aux dispositions légales et statutaires<sup>765</sup> entraînant des préjudices à la société, mais aussi contre « *tout acte d'un tiers qui a porté atteinte à l'intérêt de la société et causé des pertes de la société* » (l'aliéna 3 de l'article

---

<sup>764</sup> Selon l'article 152 de la loi sur les sociétés, le pouvoir d'intenter une action *ut universi* contre des directeurs et contre des administrateurs, appartient au conseil de surveillance de la société, alors que le pouvoir d'intenter la même action contre les surveillants appartient au conseil d'administration. Les associés peuvent procéder directement à l'action *ut singuli* lorsque l'organe social compétent n'a pas réagi dans les 30 jours de sa saisine ou lorsqu'il a expressément refusé de réagir.

<sup>765</sup> Les manquements des obligations légales des dirigeants, tels que nous allons l'exposer ci-dessous, doivent être considérés comme une contravention aux dispositions légales.

152 de la loi sur les sociétés). Ni la qualité d'un tel tiers, ni le seuil et la nature de la perte subie par la société ne sont précisés. Selon un auteur, cette disposition est destinée à faciliter le droit d'intervention d'un associé contre les actes préjudiciables à la société, effectués par un associé dominant ou par un simple tiers<sup>766</sup>.

Il en résulte qu'en droit chinois, une action en justice *ut singuli* peut être envisageable non seulement dans le cadre d'une action sociale, mais aussi dans le cadre d'une action destinée à contester les actes des dirigeants de fait ainsi que les actes que la société a conclus avec sa société mère, sociétés sœurs ou filiales ainsi que pour contester, de façon plus générale, tout acte suspect préjudiciable conclu avec une entité tierce, même pour le moindre préjudice social prétendu par l'associé.

Le champ d'application étendu de ce régime d'action *ut singuli* nous paraît discutable. Il pourrait entraîner une immixtion systématique par les associés minoritaires dans la gestion courante de la société. Par le biais d'une action *ut singuli*, les associés minoritaires peuvent se substituer aux dirigeants sociaux, agir directement contre tous les cocontractants de la société, en se prévalant du simple soupçon que l'intérêt de la société a été préjudicié dans les conventions concernées. Si la limitation de l'utilisation de l'action *ut singuli*, tel ce que constaté en droit français, s'avère parfois trop contraignante (la jurisprudence pénale de la Cour de cassation a néanmoins tenté de reconnaître la possibilité d'initier l'action *ut singuli* lorsque le préjudice d'une société mère est causé par l'abus de biens sociaux par les dirigeants d'une filiale, cf. Section 2 ci-dessous), l'élargissement de son champ d'application ne saurait non plus être excessif. En effet, le régime d'action *ut singuli* en droit chinois devient complètement déséquilibré, et la gestion autonome de la société, qui doit relever du pouvoir exclusif des dirigeants, pourrait être gravement mise en cause. Il faudrait modifier, lors des prochains amendements législatifs, le champ d'application du régime de l'action *ut singuli*, en le limitant à la recherche d'une responsabilité interne des dirigeants.

## ***2. Le fondement de la responsabilité des dirigeants en droit chinois***

Les dirigeants chinois sont tenus responsables vis-à-vis de la société lors de l'infraction à « l'obligation de fiduciaire » (*Xituo Yiwu*, 信托义务) prévue par la loi. Bien

---

<sup>766</sup> LIU Jun Hai, « Innovations institutionnelles de la nouvelle loi sur les sociétés », précité, p.255

que le fondement théorique de ce régime de responsabilité des dirigeants en droit chinois diffère en apparence de celui en droit français, les critères de la mise en place de ces régimes se rapprochent (a). Cependant, la mise en œuvre du principe de « *Business Judgment Rule* », qui n'existe pas en droit français, pourrait alléger, à tort, la responsabilité de dirigeants en droit chinois (b).

### **a. Les obligations de fidélité et de diligence : critères de l'obligation de fiduciaire en droit chinois**

Contrairement au droit français, le droit chinois n'établit pas la responsabilité des dirigeants sur le fondement de la faute commise dans le cadre de gestion. La *loi sur les sociétés* attribue deux sortes d'obligation aux dirigeants sociaux (y compris les administrateurs, surveillants et le directeur général, ainsi que des autres directeurs supérieurs) d'une société, à savoir l'obligation de fidélité et l'obligation de diligence (ou de bons soins, en d'autre terme, voit. l'article 148 de cette loi). Comme avoué par une majorité doctrinale chinoise, ce régime légal des obligations des dirigeants sociaux est transplanté directement des régimes en droit anglo-saxon. Les dirigeants sociaux doivent assumer vis-à-vis de leur société, seulement des obligations identiques aux obligations des fiduciaires vis-à-vis du constituant de la fiducie, et ces « obligation de fiduciaire » (« *Fiduciary Duty* » en anglais) se reposent sur deux axes fondamentaux : l'obligation de fidélité et l'obligation de diligence<sup>767</sup>.

Le législateur chinois énumère une série non exhaustive d'actes constitutifs d'une violation à l'obligation de fidélité :

- le détournement de fonds ;
- le transfert de fonds de la société dans un compte au titre personnel du dirigeant ou de son prête-nom ;
- le consentement des prêts ou l'engagement des cautionnements pour autrui sans obtenir l'accord de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, tel que prévu dans les statuts ;
- la conclusion des conventions entre le dirigeant et la société, qui viole les dispositions statutaires ou n'a pas obtenu l'accord de l'assemblée générale ;

---

<sup>767</sup> REN Zi Li, « *Une étude sur les critères de devoir de diligence des administrateurs* », *Zhongguo Faxue*, 2008, N°6, p. 83 (任自力, « 公司董事的勤勉义务标准研究 », 中国法学)

- le saisi pour son propre compte ou pour autrui de l'opportunité commerciale appartenant à la société ou la participation pour son propre compte ou pour autrui aux activités similaires à la société, en l'absence de l'accord de l'assemblée générale ;
- la réception d'une commission du tiers en raison de la transaction entre la société et ce tiers ;
- la révélation des secrets de la société sans son accord.

Par cette liste, le législateur essaie de stipuler, d'une manière objective, les actes de violation à l'obligation de fidélité les plus couramment commis par les dirigeants des sociétés chinoises.

A l'inverse, la *loi sur les sociétés* chinoise ne précise nullement les exigences concrètes d'un devoir de diligence.

Pour interpréter le contenu d'une obligation de diligence, une partie prédominante des auteurs chinois considèrent, en se contentant de s'inspirer du droit anglo-saxon, qu'un devoir de diligence requière que chaque dirigeant prenne la précaution, la diligence et les bons soins dans l'exercice de sa fonction, et ce comme une personne normalement prudente qui se trouve dans la même situation et qui occupe un poste équivalent dans une société similaire<sup>768</sup>. Ce critère de fond est donc similaire au critère pour l'appréciation *in abstracto* de la faute de gestion tel que retenu en droit français.

Une description plus détaillée et objective d'un tel devoir est stipulée dans un document intitulé « *Modèle des statuts d'une société cotée en bourse* » (« *上市公司章程指引* ») promulgué par la Commission de régulation des valeurs mobilières. Dans l'article 81, cette autorité déclare les exigences minimum d'un devoir de diligence pesant sur les dirigeants d'une société anonyme cotée en bourse, qui comprend les obligations (1) de surveiller l'obéissance aux lois et aux politiques économiques d'Etat et le respect de l'objet social ; (2) de traiter équitablement les actionnaires ; (3) de lire attentivement les divers rapports commerciaux et financiers de la société et de prendre la connaissance en temps utile de la situation de gestion de la société ; (4) d'exercer de manière personnelle

<sup>768</sup> JIN Jian Feng, « *Les obligations légales et la responsabilité civile de la direction de la société* », Falv Shiyong, 2008, n°1, p.10 (金剑峰, « *公司管理层的法定义务和民事责任* », 法律适用); LIU Jun Hai, « *Innovations institutionnelles de la nouvelle loi sur les sociétés* », précité, p. 404, 2006 ; LIU Jin Wei, « *Etude comparative sur les critères de devoir de diligence des administrateurs* », Dangdai Faxue, 2007, n° 5, p. 148 (刘敬伟, « *董事勤勉义务判断标准比较研究* », 当代法学)

et autonome ses fonctions, et de s'abstenir de déléguer son pouvoir à autrui ; et (5) d'accepter le contrôle et les suggestions raisonnables du conseil de surveillance. Or il convient de souligner que ces exigences visent en principe à prévenir l'absentéisme ou la passivité des administrateurs, notion beaucoup plus étroite que toutes les diligences et bons soins qu'un administrateur doit nécessairement effectuer dans l'intérêt de la société. De plus, le directeur général ainsi que les surveillants d'une société cotée en bourse n'entrent pas dans le champ d'application de cet article, bien qu'ils doivent assumer tous un tel devoir.

En effet, nous pouvons déjà constater que le devoir de fidélité ainsi qu'une partie du devoir de diligence – c'est-à-dire de s'interdire d'être passif, correspondent bien aux critères objectifs de la faute de gestion retenus en jurisprudence française. Il s'agit des exigences sur les comportements susceptibles d'être définis et contrôlés de façon objective. Il existe encore une partie de devoir de diligence non défini par la loi chinoise, qui pourrait correspondre aux fautes de gestion appréciées par les juges français de manière subjective. Et justement en raison de cette subjectivité, le droit chinois doit se confronter au même problème délicat dans l'appréciation de la pertinence des comportements des dirigeants.

Les juges de la Cour suprême chinoise sont bien conscientes de l'inopportunité de l'immixtion judiciaire dans la direction de la société. D'après MM. LI Guoguang et WANG Chuang, « *Les Cours populaires doivent être prudentes en statuant sur les litiges relatifs aux relations à l'intérieur de la société, et doivent laisser des espaces suffisants pour la gestion autonome au sein de la société. Les Cours populaires ne sauraient se substituer, par l'exercice du pouvoir judiciaire, aux (dirigeants) pour des décisions commerciales « normales » de la société, mais doivent les respecter. Même motivés par une bonne volonté, les juges ne sont pas capables de prendre de bonnes et équitables décisions dans toutes les circonstances* »<sup>769</sup>. Pour éviter l'immixtion inopportune de la justice, non seulement les juges chinois de la cour suprême<sup>770</sup>, mais aussi des nombreux auteurs chinois<sup>771</sup> ont préconisé le recours au critère de « *business judgement rule* » (en

---

<sup>769</sup> LI Guo Guang, WANG Chuang, Point I.1., « *Quelques questions sur les contentieux dans le cadre d'une société – réflexions sur la mise en œuvre de la loi amendée sur les sociétés* », publiées sur le site internet de la Cour Suprême : <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=187289> (李国光, 王闯, « 审理公司诉讼案件的若干问题 -- 贯彻实施修订后的公司法的司法思考 »)

<sup>770</sup> LI Guo Guang, WANG Chuang, précité

<sup>771</sup> LIU Jun Hai, « *Innovations institutionnelles de la nouvelle loi sur les sociétés* », précité, p. 409, LI Yan, « *Analyse sur le business judgement rule et sur l'obligation des administrateurs en droit des sociétés américain* », Faxue, 2006, n° 5, p. 143 (李燕, « 美国公司法上的商业判断规则和董事义务剖析 », 法学 ), RONG Ying, « *Etude sur le*

français : *règle d'appréciation commerciale* ; en chinois : *Shangye Panduan Guize*, 商业判断规则), qui présume l'absence de faute des dirigeants.

### b. La « business judgement rule »

Selon la « business judgement rule » (ci-après BJR), un dirigeant qui a agi de bonne foi est présumé avoir rempli son devoir dans la prise d'une décision commerciale lorsque (1) il n'a pas d'intérêt personnel à l'égard de l'objet de la décision commerciale (2) il peut croire, en fonction des circonstances, avoir obtenu des informations pertinentes à l'égard de la prise de décision (3) il peut croire, de manière rationnelle, que la décision commerciale est dans l'intérêt de la société. Une fois qu'un dirigeant satisfait ces conditions, les juges ne vont pas apprécier sur le fond l'opportunité de sa décision en se référant au critère *in abstracto* d'une personne ordinairement prudent de poste équivalent qui se trouve en circonstance similaire.

La règle BJR a pour objet d'exempter la responsabilité des dirigeants lorsque certains critères objectifs sont satisfaits. Le premier point ci-dessus exige l'absence d'intérêt personnel du dirigeant. Quant au second point, il requiert que le dirigeant doive avoir entrepris, avant la prise de décision en temps utile, des démarches pour être suffisamment conseillé. Le troisième point nous semble le plus important, en effet, une fois les deux premiers points satisfaits, le dirigeant n'est pas responsable de sa décision sauf si elle n'est pas « *rationnelle* ». Ce critère de rationalité est beaucoup plus clair que le critère abstrait des comportements diligents. En effet, pour qu'une décision entraîne une quelconque responsabilité de dirigeant, il ne suffit pas de constater un acte imprudent ou négligent du dirigeant. Il faut que l'acte soit totalement irrationnel et ne réponde à aucune logique<sup>772</sup>.

La tentative d'introduction en droit chinois du régime BJR provoque également des oppositions de certains auteurs chinois, qui considèrent que la mise en place du régime de

---

*business judgement rule en droit des sociétés américaines* », Bijiaofa Yanjiu, (容纓, « 论美国公司法上的商业判断规则 », 比较法研究)

<sup>772</sup> M.A. Eisenberg, « *Whether the business judgement rule should be codified* », p. 42 <http://www.clrc.ca.gov/pub/BKST/BKST-EisenbergBJR.pdf>. L'auteur évoque un exemple d'irrationalité: les administrateurs d'une société ont décidé de verser aveuglement le fonds dans une usine tout en sachant qu'elle ne peut engendrer de profits. La Cour a reconnu la responsabilité des dirigeants car le défendeur n'est pas à même de donner une explication satisfaisante pour cet investissement. Cf. *Selheimer v. Manganese Corp. of America*, 224 A.2d 634 (Pa. 1966).

la BJR aurait pour effet de vider de sa substance la responsabilité des dirigeants en droit chinois<sup>773</sup>. En fait, dans le cadre du régime de la BJR, le contrôle des juges devient complètement formel, en se concentrant de la suffisance d'informations obtenues par des dirigeants et sur le déroulement du processus de décision. Ce formalisme est indûment encouragé par le droit. Pour échapper à sa responsabilité, les dirigeants doivent prêter une attention importante pour rassurer au maximum le bon déroulement du processus dans la prise en décision, sans qu'ils aient vraiment besoin de s'intéresser sur l'opportunité du fond de leur décision. Cette exigence formelle pourrait être amplifiée à l'excès dans la mesure où le critère judiciaire sur le contrôle formel de processus pourrait être extrêmement restrictif à l'égard de certaines opérations<sup>774</sup>. Le régime BJR entraîne la marginalisation du devoir de diligence, et protège des dirigeants incompetents et imprudents.

Tout en approuvant cette critique, nous pensons que le régime de BJR n'est pas convenable pour le droit chinois, pour une raison essentielle.

Un régime juridique de la responsabilité des dirigeants a pour effet d'influencer profondément les comportements des dirigeants. En présumant l'innocence des dirigeants, le régime BJR a pour effet d'encourager les dirigeants sociaux de choisir, parmi des solutions alternatives, la solution la plus rentable et souvent la plus risquée. Sous l'égide du régime BJR, les dirigeants en droit américain n'ont plus le souci d'adopter des politiques plus dynamiques, ambitieuses mais aussi risquées, et se concentrent uniquement sur la poursuite d'un meilleur résultat de la société. Au contraire, à défaut de cette protection juridique, ils auraient agi d'une manière plus conservatrice, en sacrifiant des projets substantiellement plus rentables pour opter pour une stratégie plus équilibrée et prudente. Cet effet est à double-tranchant. Etant donné que les rémunérations des dirigeants sont plus ou moins liées au résultat de la société, le régime de BJR conduit également à inciter les dirigeants sociaux à prendre des décisions pour engager des activités extraordinairement rentables, sans réfléchir suffisamment aux potentiels risques. La crise financière de 2008 nous permet d'observer l'engouement des sociétés américaines –et de leurs dirigeants – d'engager des activités risquées et fortement rentables. Même si une société subit des préjudices importants en raison des politiques

---

<sup>773</sup> ZHU Yi Kun, « Une approche de fidélité à l'égard de la responsabilité des administrateurs », *Zhongguo Faxue*, 2008, n°3, p.86 (朱羿锜, « 论董事问责的诚信路径 », *中国法学*)

<sup>774</sup> L'arrêt *Smith v Van Gorkom* en 1985 de la Delaware Supreme Court: 488 A 2d 858. Les juges se sont avérés très exigeants sur les actes des dirigeants dans une opération entraînant la vente du pouvoir de contrôle.

aventureuses menées par les dirigeants, ces derniers pourraient être irresponsables, dès lors qu'ils respectent de manière formelle les conditions objectives prévues par le régime BJR. Il en résulte que les dirigeants deviennent naturellement motivés par des profits à court et moyen terme, et sont moins sensibles aux risques potentiels qui se manifestent à long terme. Un tel modèle rend les entreprises plus agressives et performantes pendant la période de croissance économique, mais les rend plus vulnérables durant les périodes de refroidissement économique. Ce qui est plus grave, c'est qu'à l'occasion de la faillite de l'entreprise, les pertes à l'origine des décisions hasardeuses pourraient être définitivement supportées par les associés, les créanciers et la société (les employées, l'état), tandis que l'auteur de ces décisions, fortement rémunéré grâce aux bons résultats à court terme avant l'avènement de la crise, est protégé par un régime juridique le rendant irresponsable.

Ayant un effet psychologique inverse sur les dirigeants, la faute de gestion peut inciter les dirigeants à ne pas prendre de risques excessifs. Même si le but recherché par le droit américain et le droit français est en général similaire, à savoir de ne pas pénaliser les dirigeants sociaux qui doivent mener des activités commerciales accompagnés de risques intrinsèques, le régime en droit français permet aux juges du fond de toujours réserver un pouvoir de contrôle, même si ce contrôle doit se faire de façon très prudente afin de minimiser l'ingérence du pouvoir judiciaire dans la gestion de la société.

Il convient de faire état de deux autres arguments qui viennent à l'appui du régime de BJR<sup>775</sup>. Pourtant, ces deux arguments ne justifient pas que le régime de BJR soit supérieur à celui de la responsabilité pour faute de gestion.

Un premier argument consiste qu'une responsabilité lourde et personnelle des dirigeants pourrait dissuader des personnes compétentes d'accepter de diriger une société. Cet argument ne semble pas bien fondé, puisque la pratique en France démontre que les élites n'ont pas hésité de devenir les dirigeants des sociétés commerciales, malgré l'existence d'une responsabilité pour faute due à leurs actes de gestion. Dans une société moderne dirigée par la culture du commerce<sup>776</sup>, les attraits de la fonction des dirigeants sociaux sont nombreux (les rémunérations élevées, sinon exorbitantes, la réputation, l'appartenance à une classe supérieure de la société, ainsi que des challenges extraordinaires). Aussi en dépit d'une lourde responsabilité celle-ci n'est pas dissuasive.

---

<sup>775</sup> E. Ferran, « *Company law and corporate finance* », Oxford, 1999, P.237

<sup>776</sup> La société traditionnelle de la Chine a une vision assez péjorative des métiers de commerçant, qui sont considérés comme inférieurs par rapport aux agriculteurs et aux artisans. Cependant depuis ces dernières décennies, les commerçants sont devenus l'un des milieux sociaux les plus riches et respectés en Chine.



Le second argument consiste à mettre en relief les charges supplémentaires de l'assurance qu'une société doit supporter pour les risques professionnels de ses dirigeants, si la loi ne prévoit pas un régime de BJR. Or, dans le cadre de la responsabilité pour faute de gestion en droit français, le montant total des indemnités n'est pas élevé, puisque la sanction des dirigeants est aussi prononcée par les juges de façon prudente et proportionnée. La prime d'assurance, calculée sur le risque global de l'ensemble de la société, ne deviendra pas irraisonnable du fait de la mise en œuvre du régime de faute de gestion.

Enfin, il convient de remarquer que le régime BJR conduit à réduire le pouvoir des associés externes du groupe de sociétés, démunis d'arme juridique pour agir contre les dirigeants, qui auraient vu leur responsabilité engagée en vertu du régime français de la faute de gestion. Leur risque d'être poursuivi par les associés minoritaires est donc amoindri, les dirigeants, moins contrôlés, s'inclinent donc plus facilement à l'influence de l'unité centrale de direction du groupe de sociétés.

Au contraire, le régime de la responsabilité pour faute de gestion peut limiter également l'ingérence judiciaire dans la gestion des sociétés, tout en prévenant des comportements trop aventureux des dirigeants. Ce régime nous semble plus adapté à la situation de la Chine, où le phénomène des agissements malhonnêtes ou impropres des dirigeants sociaux de certaines entreprises demeure encore assez inquiétant. Il vaut mieux imposer aux dirigeants sociaux chinois des lignes de conduite plus prudentes que de les inciter à entreprendre des actes risqués, souvent préjudiciables aux associés n'ayant le pouvoir d'influencer les décisions de gestion.

## **Section 2. Le droit d'action en justice à l'échelon du groupe**

En droit français, les associés d'une société peuvent intenter des actions en justice seulement relatives à leur propre société. Contrairement à certains commentaires doctrinaux, la jurisprudence française n'a vraisemblablement pas reconnu d'actions à l'échelon du groupe de sociétés (§1). Cependant, au titre d'une dérogation en droit commun, l'article L. 225-231 du Code de commerce a accordé au profit des associés

d'une société mère un certain droit d'action à l'égard de la filiale. Cette exception, portant sur le droit d'information des associés, n'a qu'un effet juridique assez marginal (§2).

L'action en justice du groupe constitue encore une pratique assez récente en droit positif français et n'est pas encore complètement éclaircie, aussi il n'est pas surprenant de constater l'inexistence complète d'un tel type de régime en droit positif chinois. Nous nous bornons à étudier la jurisprudence et le droit écrit français.

### ***§1. L'in vraisemblable reconnaissance de l'action à l'échelon du groupe par la jurisprudence française***

#### ***A. L'adoption incertaine d'une action sociale ut singuli au second degré***

L'action sociale a pour objectif de contourner les conflits d'intérêt empêchant la responsabilité civile des dirigeants vis-à-vis de la société qui est généralement représenté par ces derniers. Il vise au premier chef à permettre aux associés minoritaires de pouvoir intervenir directement lorsque des agissements reprochables aux dirigeants sont constatés, sans avoir à prouver nécessairement leur intérêt personnel direct. Il est permis de s'interroger sur la possibilité pour un associé d'assigner le dirigeant d'une autre société dans laquelle sa propre société détient un certain pourcentage du capital, au motif qu'il serait indirectement intéressé par l'agissement nuisible du dirigeant et ce, en vue de préserver l'intérêt de sa société contre la dévalorisation des titres détenus dans la celle dont l'intérêt est directement atteint. L'utilité d'une telle approche s'apprécie plutôt à l'égard de l'associé minoritaire de la société mère dominante, dans la mesure où la société mère pourrait probablement hésiter à déclencher par elle-même une action *ut singuli* standard puisqu'elle est l'auteur de nomination des dirigeants fautifs, voire le donneur d'ordre de l'action incriminée. Cependant, d'un point de vue juridique, cette thèse n'est point évidente, car en tenant compte de la pleine autonomie juridique de la société mère, les associés n'ont nullement le droit de se substituer à la société mère dans l'exercice d'un droit d'action propre à cette dernière.

Cependant, inspiré du concept de droit anglo-saxon du « *double derivative suits* », certains auteurs français ont préconisé l'extension novatrice de la portée d'application de l'action social *ut singuli* aux associés de chaque associé en forme de personne morale, en

mettant en avant, d'une part, le constat d'une tendance du droit à la reconnaissance progressive de la réalité du groupe de sociétés et, d'autre part, la particularité de ce mécanisme<sup>777</sup>. En effet, il convient de noter que ce mécanisme n'a pas pour effet de déroger à l'indépendance des personnes morales dans la mesure où l'action est intentée pour le compte de la société et sa mise œuvre vise à pallier la carence de fonctionnement des organes sociaux des sociétés.

Bien longtemps après la publication de la proposition doctrinale, c'est l'évolution de la jurisprudence pénale sur l'abus de biens sociaux qui a attiré notre attention. Quelques mois après les arrêts *Léonarduzzi* et *Bourgeois* (précités), la Haute juridiction a eu l'occasion de se prononcer dans une affaire de l'abus de biens sociaux<sup>778</sup>. En effet, la Cour d'appel de Paris avait débouté la demande de Mme Danièle Cattan qui avait tenté de se constituer partie civile, ès qualité d'actionnaire de la société holding BDL, pour la responsabilité d'un dirigeant de la filiale de BDL, auteur d'un abus de bien sociaux au préjudice de cette filiale. La Cour de cassation refuse de casser la décision, mais substitue un nouveau raisonnement à celui des juges du fond, en s'exprimant que « *si c'est à tort que l'arrêt attaqué, pour déclarer irrecevable la constitution de partie civile de Danièle Cattan, agissant ès qualités d'actionnaire d'une société mère à raison d'abus de biens sociaux qui auraient été commis au préjudice d'une filiale, énonce que « l'actionnaire d'une société holding de la société victime ne peut invoquer qu'un préjudice indirect », l'associé pouvant en effet exercer l'action sociale « ut singuli », la décision n'en est pas moins justifiée dès lors qu'à le supposer établi, l'abus de biens sociaux reproché en l'espèce n'aurait causé un préjudice direct qu'à la société elle-même et non à ses actionnaires ».*

Les motifs de la chambre criminelle étant assez obscurs, certains auteurs ont cru que la Cour avait définitivement consacré, au moins en droit pénal des affaires, le principe d'une double action sociale *ut singuli*<sup>779</sup>. Néanmoins, il nous semble que l'information essentielle que la Cour a voulu mettre en avant se trouve dans le motif souligné ci-dessus. Ce motif énonce deux points : tout d'abord, c'est à tort que la Cour d'appel a énoncé que, dans un tel cas, l'associé (de la société mère) pouvait exercer une action sociale « ut

---

<sup>777</sup> C. Armand, A. Viandier, « *Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés : transparence des personnalités et opacité des responsabilités ?* », Rev. soc. 1986, p. 560

<sup>778</sup> Cass. crim., 4 avr. 2001, n° 00-80.406 : Juris-Data n° 2001-009729

<sup>779</sup> V. des notes sous l'arrêt : JCP E 2001, p. 1817, note J.-H. Robert, « *Irrecevabilité au stade de l'instruction de la constitution de partie civile d'un associé agissant en son nom personnel pour faire reconnaître un abus de biens sociaux au préjudice d'une filiale* » ; D. 2002, p. 1475, note E. Scholastique, « *Détermination des personnes habilitées à exercer l'action sociale ut singuli dans un groupe de sociétés* »

singuli » ; ensuite, *a contrario*, si l'abus de biens sociaux reproché en l'espèce avait causé un préjudice direct aux associés de la société, la demande de Mme Cattan – qui est l'actionnaire d'un associé – aurait pu être recevable. Il en résulte que la Cour a reconnu qu'une société mère pourrait potentiellement subir directement un préjudice personnel direct en raison de l'abus de biens sociaux commis par le dirigeant de la filiale, et cela permet à l'actionnaire de la société mère d'intenter une action *ut singuli* à l'encontre du dirigeant prévenu<sup>780</sup>. Il ne s'agit donc pas d'une sorte de double action sociale *ut singuli*, mais d'un type d'action individuelle *ut singuli*. Vu la rareté d'une telle action individuelle, l'influence de cet arrêt semble notablement réduite.

De surcroît, en dehors de la jurisprudence sur l'abus de biens sociaux, cette extension très modeste en faveur d'une action individuelle au deuxième degré ne semble pas bien accueillie par la jurisprudence commerciale<sup>781</sup>. L'action *ut singuli* prévue dans le texte doit être mise en place strictement en tant que telle. Aucune extension des titulaires de ce droit d'action n'est concevable en dépit de la présence d'un groupe de sociétés.

#### *B. L'adoption incertaine d'une action au deuxième degré pour la nomination de l'administrateur provisoire*

Au sens strict, l'action *ut singuli* est uniquement conçue dans le cadre d'une action sociale contre les dirigeants de droit. La demande d'un actionnaire visant à nommer un administrateur provisoire, qui a pour effet de dessaisir les dirigeants de leurs pouvoirs et présage d'actions éventuelles à leur encontre, relève essentiellement du même mécanisme. Les actionnaires minoritaires de la société mère ne pouvant agir directement contre les dirigeants de la filiale, serait-il concevable qu'ils puissent au moins faire nommer un administrateur provisoire pour reprendre l'affaire de la filiale et vérifier la nécessité du déclenchement d'une action en responsabilité ?

Certes les conditions de la mise en place de l'administration judiciaire ne coïncident pas avec celles de l'action sociale. Mais au moins elles se chevauchent. De plus, l'associé minoritaire garde le pouvoir potentiel de faire intervenir un dirigeant judiciaire tout puissant, ce qui comporte un effet plus ou moins dissuasif contre des dirigeants qui tentent d'effectuer des agissements répréhensibles au sein de la filiale.

---

<sup>780</sup> R. Besnard Goudet, *J. -Cl. Fasc. 165-60*, « Minorité dans les groupes de sociétés », n° 48

<sup>781</sup> CA Lyon, 3e ch. civ., 19 févr. 2004 : Juris-Data n° 2004-238535

A cet égard, il semble indispensable d'évoquer un arrêt du 5 février 1985 par lequel la Cour de cassation a reconnu pour la première fois la recevabilité d'une telle demande<sup>782</sup>. En fait, il s'agit d'un cas où le président d'une société mère du groupe avait fait l'objet de poursuites pénales du chef d'abus de biens sociaux. Compte tenu de la passivité des dirigeants des filiales, qui se sont abstenus de poursuivre le président tandis que ces sociétés ont été lésées par des actes illicites de ce dernier, l'associé minoritaire a saisi le tribunal en vue d'obtenir la nomination d'un administrateur provisoire, non pas seulement pour la société mère, mais pour toutes les filiales du groupe. La demande a été définitivement confirmée par la Cour. Dans ses attendus, la Cour a bien pris en compte la carence des dirigeants des filiales mettant en péril l'intérêt social de celles-ci. Néanmoins, ce raisonnement semble plutôt confirmer la condition de fond de la nomination de l'administrateur provisoire dans chaque société, et ne résout pas la question de la reconnaissance du droit pour un actionnaire minoritaire de la société mère (juridiquement étranger aux filiales) de faire nommer un administrateur pour toutes les sociétés. Sur ce point, la Cour a bien fait état d'un élément qui lui semble plus essentiel, lequel consiste dans le fait que le président de la société mère était véritablement indispensable aux sociétés du groupe car aucune d'elles ne jouissait dans les faits d'une administration autonome. Les filiales ont même sollicité par une requête commune que leur soit désigné un administrateur provisoire commun. Enfin, il convient d'ajouter que la Cour d'appel de Paris a ainsi reconnu que toutes les sociétés du groupe constituaient « *un ensemble caractérisé par une ' unité économique et (une) communauté d'intérêts indissociables' et forment un groupe ' animé par une seule personne' »* à savoir le président pénalement poursuivi.

C'est dans une telle conjoncture complexe et particulière que la Cour prétorienne a confirmé la nomination d'un administrateur provisoire à l'échelle du groupe. L'arrêt n'indique pas clairement si la Cour entend institutionnaliser un véritable administrateur provisoire général du groupe, ou si elle entend limiter cette nomination à des groupes satisfaisant à certaines conditions particulières (telles que la forte concentration de gestion et l'imbrication des intérêts), ou si cette solution est motivée par des considérations d'efficacité de la justice eu égard aux circonstances particulières de l'espèce. Cet arrêt, concernant ce cas bien précis, n'a pas été réitéré, ni développé par la suite par la même juridiction.

---

<sup>782</sup> Cass. com., 5 févr. 1985 :JCP E 1985, II, 14534 ; JCP G 1985, 20492, note A. Viandier

En revanche, les juges du fond ont démontré leur réticence à l'égard d'un administrateur provisoire du groupe. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007, la Cour d'appel de Paris a débouté l'associé minoritaire de sa demande de nomination d'un administrateur provisoire pour la filiale de cette société, au motif qu'un *lien de droit direct* fait défaut entre le demandeur – l'associé minoritaire de la société mère - et la filiale visée par la mesure sollicitée. D'après la décision, le droit d'action en justice est réservé aux seules parties ayant un *lien direct* avec la société faisant l'objet de la demande, ce qui comprend soit l'associé direct, soit l'organe social de la société.

Pourtant, l'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2007 ne semble pas lever toute ambiguïté laissée par l'arrêt du 4 février 1985 de la Cour de cassation, dans la mesure où la Cour d'appel de Paris n'a fait aucunement état dans son raisonnement de la dépendance de la filiale par rapport à la société mère. Cela permet de penser que si la centralisation de la gestion des sociétés de groupe avait été plus intense, la solution aurait sans doute été différente.

Face à ces décisions, qui ne sont pas entièrement cohérentes, nous ne sommes pas encore en mesure de déduire des règles claires concernant la nomination de l'administrateur provisoire. Pourtant, la réticence des juges du fond à cet égard n'est pas déraisonnable, dans la mesure où l'effet de la nomination d'un administrateur provisoire est extrêmement sévère et restreint sensiblement la liberté d'entreprise. L'extension de ce droit aux associés du groupe, qui n'ont qu'un intérêt indirect dans la société, pourrait bouleverser à l'excès l'ordre de gestion de cette dernière.

## ***§2. Les tentatives d'élargissement du droit d'action en justice des associés en droit écrit français***

En droit écrit, l'on constate que l'article L. 225-231 du Code de commerce, consacré par la loi NRE du 15 mai 2001, confie un droit particulier aux actionnaires dans l'exercice de la demande d'expertise de gestion. Si ce droit est normalement réservé aux associés directs de la société qui font l'objet de l'interrogation de la gestion<sup>783</sup>, tout actionnaire détenant 5 % du capital de la société mère dispose également d'un tel droit, à condition que la société mère soit une société par actions et qu'elle contrôle la filiale au

---

<sup>783</sup> Cass. com., 14 déc. 1993, n° 92-21.225 : Juris-Data n° 1993-002709; JCP E 1994, II, 567, note Y. Guyon ; Rev. sociétés 1994, p. 464, note C. Gavalda ; Bull. Joly 1994, p. 189, note P. Le Cannu

sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

L'apport législatif est pourtant limité. Bien que la demande d'expertise de gestion saurait être appréciée, comme indiqué par le texte, en fonction de l'intérêt du groupe, l'expertise de gestion sous le visa de l'article L. 225-231 est loin d'être généralisée au sein du groupe. En effet, le droit d'interrogation, ainsi que la mesure d'expertise est réservé strictement à l'associé de la société mère en forme de la SA et SAS. En revanche, ni la demande de l'associé de la société mère en forme de SARL, ni celle de l'associé en provenance de la filiale, de la société sœur n'est recevable<sup>784</sup>. Il nous semble que la loi n'a consacré qu'une sorte de droit d'action *ut singuli* au deuxième degré, qui impose le maintien d'un certain niveau de transparence de la gestion de la filiale vis-à-vis des associés de la société mère.

De plus, l'effet perturbateur d'une mesure d'expertise de gestion sera beaucoup moins important qu'une action sociale ou une action pour la nomination de l'administrateur provisoire. L'expertise de gestion constitue uniquement un moyen d'information qui ne remet pas directement en cause la continuité du fonctionnement de la société. L'élargissement de la portée de ce droit d'action serait en conséquence plus facilement concevable.

---

<sup>784</sup> J. Monnet, *J.-Cl.* Fasc. 1079, Mesure d'expertise, n°20

## CHAPITRE II – A LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE AU SEIN DU GROUPE

Une société membre pourrait être plus ou moins dépendante de son groupe et cela n'est pas sans incidence sur sa solvabilité vis-à-vis de ses propres créanciers. Si les autres sociétés du groupe sont liées à la société débitrice par un lien de contrôle et/ou par des relations économiques, pourraient elles être juridiquement liées aux comportements et dettes de celle-ci?

Deux principes font obstacle à une extension des obligations d'une société à une autre. D'une part, chaque société jouit de sa propre autonomie juridique, aussi il en ressort qu'il n'existe pas de créanciers directs du groupe de sociétés. Chacune des sociétés membres du groupe est redevable de ses propres dettes. D'autre part, en raison de la forme même de la responsabilité limitée, une société mère ne saurait être tenue responsable des dettes de sa filiale.

Un mécanisme classique est de déroger, sous certaines conditions, au principe de la responsabilité limitée d'un débiteur, en vue de permettre aux créanciers de la filiale défaillante d'exiger le remboursement des dettes directement auprès de ses associés.

Pourtant, une telle approche n'est pas sans danger dans la mesure où elle peut remettre en cause le régime de la responsabilité limitée, qui constitue une forme juridique fondamentale pour les acteurs effectuant des activités économique.

Il convient de remarquer les avantages indéniables du régime de la responsabilité limitée, notamment concernant l'incitation de l'investissement<sup>785</sup>.

En premier lieu, dans un régime de responsabilité illimitée, les investisseurs doivent être très prudents avant d'investir dans une société. La détention d'un titre dans une société défaillante suffit à rendre le titulaire du titre responsable de l'ensemble des dettes

---

<sup>785</sup> L'importance du régime de la responsabilité limitée relève plutôt d'une approche d'analyse économique du droit. V. E. Mackaay, S. Rousseau, « *Analyse économique du droit* », Dalloz 2008, p. 485, n°1971 et s. . . , P. Didier sous le note de Cass. com. 4 mars 1997, Rev. soc. 1997, p. 560



de cette dernière. Afin d'éviter le cumul des risques imprévisibles, les investisseurs ont normalement tendance à n'effectuer que des investissements substantiels dans un nombre limité de sociétés. Au contraire, dans un régime de responsabilité limitée, le risque supporté par chaque actionnaire est précis et mesurable, ce qui permet à l'investisseur de réaliser des investissements diversifiés.

En deuxième lieu, l'immunité des associés facilite substantiellement la liquidité des actions. Dans un régime de responsabilité illimitée, la valeur du titre d'une société varie non seulement en fonction de la valeur des actifs, mais aussi en fonction de rendement espéré d'une société. En revanche, elle doit être également influencée par la richesse des associés de la société. L'introduction d'un actionnaire fortuné, même pour l'acquisition d'un titre social, constitue une forte garantie de solvabilité de la société et augmente en conséquence la valeur de tous les titres de la société. Dans le cadre d'une cession de titre, le lien entre le niveau de richesse des associés et la valeur du titre social a des incidences sur le coût de transaction : les profils du cédant et du cessionnaire doivent être soigneusement examinés pour évaluer l'impact d'une telle cession sur le prix des titres sociaux. De plus, en vue d'assurer l'intérêt commun des associés, l'accord de tous les associés semble nécessaire. Tous ces inconvénients augmentent considérablement le coût de transaction. En revanche, ce problème est automatiquement résolu dans le cadre du régime de la responsabilité limitée car la libre circulation des titres devient techniquement possible. Les associés n'ont plus forcément besoin de se connaître et la cession des titres sociaux ne provoquant plus la fluctuation de leur valeur, ils peuvent devenir négociables. C'est grâce à cette libre circulation des titres sociaux que les marchés financiers ont vu le jour et a permis aux sociétés relevant du régime de responsabilité limitée de pouvoir faire appel à l'épargne publique pour répondre à ses besoins financiers.

Enfin, dès lors que la responsabilité est limitée au profit des associés, la séparation des fonctions de direction de l'entreprise et de la propriété des actions est substantiellement facilitée. Confier les affaires de gestion aux dirigeants professionnels ne fait encourir qu'un risque limité, jusqu'à concurrence du capital social. Le coût de surveillance des comportements des dirigeants diminue également. Chaque actionnaire peut opter pour une stratégie de surveillance plus adaptée en fonction de l'importance de son investissement dans la société. A l'inverse, lorsque les associés sont redevables des dettes sociales de façon illimitée, ils sont obligés de consacrer un coût considérable à la surveillance de chaque société dans laquelle ils investissent.

Grâce à ces avantages, le régime de la responsabilité limitée constitue un élément décisif du développement des activités économiques modernes. Néanmoins, il est indéniable que ce régime accroît le risque supporté par les créanciers. Il convient de concevoir des mécanismes afin que le risque imposé aux créanciers ne soit pas trop important et ne compromette pas la sécurité des transactions économiques.

A ce souci de sécurité générale, s'ajoutent également les « *coûts externes* »<sup>786</sup> susceptibles d'être engendrés par le régime de la responsabilité limitée.

Les associés cherchant à maximiser leurs profits, chercheront à engager la société à responsabilité limitée dans des activités hautement risquées. En fait, les associés disposent exclusivement de droit à bénéfices plus élevés générés par la prise d'actes risqués, tandis que le coût de ces risques ne sera supporté par eux que dans la limite du capital social. L'excédant de ce coût est supporté par l'ensemble des créanciers. Les coûts externes peuvent provoquer une répartition inefficace des ressources dans l'économie. Les associés ont tendance à entreprendre des projets trop risqués, dont ils n'assument qu'une partie des coûts liés au risque. Une telle stratégie est positive et rentable pour les associés, tandis que d'un point de vue global si on tient compte des coûts externes qui s'imposent aux créanciers de la société, les projets ne sont socialement plus rentables<sup>787</sup>.

A cet égard, il convient d'évoquer le théorème de Coase. Selon cette théorie économique, le problème du risque externe du créancier résultant de la responsabilité limitée pourrait être réglé entre la société et le créancier lorsqu'il leur est possible de contracter à un faible coût de transaction et que les droits de propriété sont bien fixés<sup>788</sup>. Par le biais de négociations entre les parties, les conditions d'une transaction pourraient bien refléter les risques de transaction à l'origine de la responsabilité limitée. Il en résulte, en général, que les créanciers contractuels d'une société sont en mesure d'atténuer, par la majoration de prix ou par la modification d'autres conditions de transaction (la garantie fournie par un tiers, ou la de souscription d'assurance), le risque lié à la forme même de

---

<sup>786</sup> En théorie économique, le « coût externe » désigne l'incidence négative susceptible d'être engendrée par une transaction mais le décideur de cette transaction n'a pas à le prendre en compte puisque le coût d'incident n'est pas à sa charge. L'exemple le plus classique est celui d'une société où les réglementations concernant l'environnement font défaut, un fabricant n'a pas à tenir compte du coût de pollution, qui sera supporté par les voisins et la collectivité. Voir. P.Johnson, « *A glossary of political economy terms* », <http://www.auburn.edu/~johnspm/gloss/externality>

<sup>787</sup> S. Rousseau et N. Smaïli, « *La levée du « voile corporatif » en vertu de Code civil Québec* », Les Cahiers de droit, 2006, p. 826 ; S. Rousseau, « *Analyse économique du droit* », précité, n°1943, p. 536

<sup>788</sup> R. Coase, « *The problem of social cost* », *Journal of Law and Economics*, Oct. 1960, <http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>; cette théorie de coût de transactions cité par E. Mackaay, S. Rousseau, « *Analyse économique du droit* », précité, p. 536

la société à responsabilité limitée.

Le théorème de Coase met en lumière que les négociations libres sont généralement capables de contrebalancer automatiquement les coûts externes du régime de la responsabilité limitée. Pourtant, force est de souligner que cette théorie connaît des limites importantes dans la réalité.

En fait, il est irréaliste de penser que tous les créanciers d'une société peuvent obtenir des informations complètes et fiables au sujet de leur cocontractant pour évaluer leurs risques de transaction. L'évaluation du risque d'insolvabilité d'un débiteur devient extrêmement difficile lorsque ce dernier appartient à un groupe de sociétés. Le créancier pourrait être amené à croire à l'existence d'une solidarité apparente entre les sociétés du groupe alors qu'elle peut être parfaitement illusoire. De plus, il n'est pas certain dans la réalité que le créancier puisse disposer d'un pouvoir de négociation face à son cocontractant, notamment si ce dernier appartient à un groupe de sociétés capable d'avoir une force de négociation prédominante. Il convient ainsi de noter que le théorème de Coase ne peut s'appliquer aux créanciers des dettes civiles délictuelles dans la mesure où ces créanciers ne peuvent ni choisir le débiteur ni effectuer une négociation préalable afin de répartir le risque.

Enfin, il est à noter que la mise en place du régime de la responsabilité limitée doit être fondée sur l'idée que les comportements engagés au nom de la société s'effectuent dans la finalité de réaliser dans les meilleures conditions l'intérêt social. Or les associés dominants ou les dirigeants sociaux peuvent détourner une telle finalité et utiliser la société comme un instrument pour l'intérêt d'autrui. Dans un tel cas, le coût et le risque attachés à ses activités économiques restent à la charge de cette société, pourtant les profits engendrés sont transférés à une partie tierce. Ce genre de comportement constitue donc un abus. La société devient une coquille afin d'empêcher les créanciers de rechercher la responsabilité du véritable débiteur.

Face à cette série de problèmes, des régimes visant à corriger ses déviances doivent être adoptés afin d'atténuer les effets secondaires de ce régime de responsabilité limitée.

Il convient tout d'abord de traiter le problème de l'insolvabilité d'une société vis-à-vis des risques propres aux activités économiques. Dans une société moderne, des activités économiques comportent toujours des risques non négligeables. L'acteur

économique peut causer, par ses comportements maladroits, négligents ou malicieux, des dommages gigantesques à ses consommateurs, salariés, clients, fournisseurs, voisins et de façon générale, à tous les tiers. Les patrimoines des acteurs économiques, dotés de la personnalité juridique, ne sont souvent pas suffisants pour indemniser pleinement leurs créanciers -notamment lorsqu'il s'agit d'une responsabilité délictuelle. On peut se borner à imposer, une fois que les dommages ont été causés, des solutions visant à forcer les investisseurs des entités économiques à indemniser *a posteriori* les victimes. Cependant, cette méthode donne lieu non seulement à une incertitude au regard de la responsabilité des investisseurs, mais constitue aussi une solution trop simpliste et non adaptée à notre société moderne. Le moyen le plus efficace pour assurer les intérêts des créanciers consiste en la prévention et en la dispersion des risques avant que les dommages soient causés. De plus, les risques propres aux activités économiques étant divers et complexes, ils doivent être encadrés par un réseau synthétique de dispositions légales particulières, assorties d'un contrôle administratif strict. Il n'est pas possible de résoudre tous les problèmes de la responsabilité des activités économiques seulement dans le cadre du régime de forme juridique des acteurs économiques. Il faut instaurer, en vue de réguler des activités économiques, un système juridique global qui affecte aux différentes branches du droit plusieurs missions. Le droit des sociétés prend en charge la stimulation de l'économie, tandis que les autres branches, telles que le droit de l'environnement ou de la responsabilité de produits défectueux, se chargent de la diminution des risques.

Au regard de cette deuxième fonction, toutes les activités génératrices de risques importants devraient être réglementées minutieusement par des dispositions légales et des normes impératives (la protection de l'environnement, l'hygiène et la sécurité de production, le contrôle et les restrictions de l'utilisation des substances hasardeuses, des normes impératives et certification obligatoires des divers types de marchandises et services, la qualification particulière pour l'exercice de certaines professions, etc.). Cette régulation des activités économiques contribue à réduire substantiellement la survenance de graves incidents générateurs de responsabilités vis-à-vis du public ou des consommateurs. A titre d'exemple, en droit de l'environnement, l'instauration d'un système d'installations classées ainsi que l'étude impérative de l'impact sur l'environnement des sites industriels ont pour effet de prévenir des dommages irrémediables comme en matière de pollution. Ainsi, l'application des réglementations et des normes impératives liée à la qualité et la sécurité des produits mis en circulation a aussi pour effet de diminuer considérablement, sinon de faire disparaître, le risque d'accidents graves relevant de la responsabilité de produits défectueux.

Grâce à la régulation d'une catégorie d'activité économique par une branche du droit spéciale, les risques présents dans ces activités peuvent ainsi être diminués et limités. Par la suite, il y a alors lieu d'envisager la souscription d'assurances, lesquelles permettent de disperser en définitive le risque à l'ensemble des entités économiques.

Il nous semble que tous ces dispositifs préventifs diminuent à un niveau acceptable le risque d'insolvabilité des personnes morales liée aux risques intrinsèques des activités économiques. On constate qu'en droit français, dans la plupart des branches des droits spéciaux régulant des activités économiques<sup>789</sup>, il n'y a pas de dispositions spéciales visant à déroger à la responsabilité limitée du débiteur de la responsabilité. Aussi, il est permis de douter de la nécessité d'introduire un tel type de règle.

En revanche, tous ces dispositifs ne sont pas en mesure de résoudre le problème des coûts externes du régime de la responsabilité limitée, ni celui du risque de l'abus de la personnalité morale. Ces deux problèmes sont donc au cœur des dispositifs juridiques visant à protéger *a posteriori* le droit des créanciers.

La problématique de la protection des créanciers<sup>790</sup> des groupes de sociétés consiste à rechercher des solutions pour éliminer les risques à l'origine du régime de la responsabilité limitée. Les études développées ci-dessous vont démontrer que la dérogation à la responsabilité limitée n'est pas le seul mécanisme permettant de réaliser cette finalité. Il existe d'autres moyens permettant de mettre en cause la responsabilité des associés d'une personne morale, sans qu'ils remettent en cause la valeur fondamentale du régime de la responsabilité limitée.

Par ailleurs, il convient de souligner que la dérogation à la responsabilité limitée (ou de la recherche d'un régime alternatif) n'est pas la seule méthode pour assurer l'intérêt des créanciers. En premier lieu, si la discussion de la dérogation à la responsabilité limitée est uniquement utile lorsque le débiteur est en procédure collective, il n'est pas sans intérêt de vérifier s'il existe encore des situations qui justifient l'extension de la

---

<sup>789</sup> Le droit de la concurrence et le droit social mérite pourtant une étude spéciale. Nous le traiterons dans le présent chapitre.

<sup>790</sup> Les créanciers susceptibles d'être affectés par la responsabilité limitée de débiteur s'entendent au sens larges. En fait, ils comprennent non seulement les créanciers des obligations conventionnelles, mais aussi ceux des obligations délictuelles. Doivent être également une partie des créanciers les salariés et les autorités administratives (le Fisc, l'autorité de la concurrence) ayant droit d'exiger l'exécution des obligations par nature ou pécuniaires par la personne morale en responsabilité limitée.

responsabilité d'une société *in bonis* à d'autres sociétés appartenant au même groupe. En second lieu, la protection de certains créanciers particuliers peut se manifester par l'aggravation de la responsabilité du débiteur vis-à-vis de son créancier en raison de son appartenance à un groupe de sociétés.

En tout état de cause, le désir de protéger les créanciers doit être mis en œuvre de façon équilibrée en droit, de sorte qu'elle ne saurait compromettre le principe de la responsabilité limitée, élément essentiel du succès de régime de personne morale.

Ce souci du maintien de l'équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux des investisseurs pourrait se confronter à un courant de pensée tendant à renforcer la responsabilité des sociétés mères des groupes. Les sociétés d'un groupe entretiennent, en général des relations étroites entre elles, si bien qu'elles apparaissent comme un ensemble organique au sens économique. Dès lors qu'une société membre connaît des problèmes financiers, l'ensemble des sociétés du groupe, animé par la société mère, lui viennent en aide. Toutefois, il peut arriver, notamment lors d'une crise économique, que le groupe ne soutienne plus une de ses filiales en difficulté. Ce refus d'aide, donnant lieu au dépôt de bilan de cette filiale, engendre également des impacts sociaux. Cependant, ce manque d'intervention mérite-t-il une sanction juridique particulière en faveur des créanciers, notamment pour les salariés menacés par le licenciement collectif ?

Force est de noter que la solidarité entre des sociétés de groupe s'inscrit dans une logique purement économique, ne relevant jamais d'une obligation juridique incombant aux autres sociétés du groupe sauf à déroger au régime de la responsabilité limitée. On ne peut empêcher la disparition normale des sociétés résultant du fonctionnement du jeu de la concurrence et de l'évolution de l'activité de l'économie, même si la société appartient à un groupe de sociétés qui est lui-même en bonne santé. Certes, ce principe de l'absence de la responsabilité solidaire du groupe ne signifie pas qu'on doit ignorer la responsabilité des véritables « *patrons voyous* »<sup>791</sup>. Mais afin d'identifier les comportements de ces derniers, il faut retourner aux deux problèmes exposés ci-dessus susceptibles d'être provoqués par le régime de responsabilité limitée. Seront donc retenus responsables seulement les investisseurs ayant soit externalisé les risques de la société, soit abusé intentionnellement de la personnalité morale de cette dernière.

---

<sup>791</sup> Selon l'expression médiatique du Président de la République réagissant, en février 2003, à la fermeture de Metaleurop Nord. V. P. Morvan, « *Le droit social dans la réforme des entreprises en difficulté* » : JCP E 2005, 1511, § 28

Cela étant, nous devons vérifier dans quelle mesure il convient de renforcer les dispositifs, mais de manière équilibrée, des droits des créanciers des sociétés de groupe. Pour cela il est indispensable de s'attarder sur les régimes de certaines branches du droit spécial qui alourdissent la responsabilité d'une société débitrice en raison de son appartenance à un groupe de sociétés (Section I). Enfin, la dérogation au régime de la responsabilité limitée, ainsi que sa solution alternative, doivent faire l'objet d'études dans le domaine du droit des sociétés (Section II).

### **Section I Les responsabilités à la dimension du groupe en droit spécial**

Les régimes de la responsabilité à la dimension du groupe relèvent d'un caractère pragmatique dans le cadre des droits spéciaux français. L'extension de la responsabilité d'une société employeur à d'autres sociétés du groupe est motivée par le désir du législateur de mieux protéger les salariés recrutés par une entreprise de groupe (§1), alors qu'en droit de la concurrence, l'aggravation de la responsabilité d'une entreprise a aussi pour objectif d'établir un lien réel de proportionnalité entre l'infraction et son effet préjudiciable, abstraction faite de la structure juridique de l'entité ayant directement commis l'infraction (§2).

A cet égard, l'existence globale du groupe sur le plan économique prévaut sur l'identité juridique de chaque société du groupe. Mais c'est grâce à ce pragmatisme que les règles de droit social et celles du droit de la concurrence aboutissent à la réalisation de leurs propres objectifs, qui sont difficilement justifiables si on respecte rigoureusement le principe de l'autonomie juridique de chaque société.

En droit chinois, ce type de régime fait complètement défaut. Cette lacune met en relief le sous-développement de droit social et de droit de la concurrence en Chine. Aux fins d'assurer les relations de travail plus « harmonieuses » et de mettre en place des sanctions pertinentes et proportionnelles contre les infractions des règles concurrentielles du marché, le droit chinois pourrait bien référer aux pratiques et expériences en droit français, que nous allons étudier.

### ***§1. Le renforcement des droits des salariés à la dimension du groupe d'entreprises***

En droit social, la responsabilité de l'employeur vis-à-vis du salarié doit être *a priori* appréciée dans le cadre du contrat de travail. Certes, il existe des régimes permettant la prise en compte du groupe de sociétés, néanmoins, toutes ces constructions légales et jurisprudentielles en droit social ne semblent pas avoir pour effet de créer une responsabilité civile solidaire entre l'employeur direct et d'autres sociétés appartenant à un même groupe vis-à-vis des salariés licenciés ou menacés par le licenciement.

Il convient de distinguer, en droit social, deux catégories de règles juridiques prenant en compte le groupe d'entreprises.

La première catégorie concerne les dispositifs de l'exercice des droits collectifs par les salariés. A cet égard, le groupe n'est pas considéré comme un sujet de droit, mais comme un périmètre, une espace à l'intérieur duquel un certain nombre de droits collectifs peuvent être exercés de façon plus pertinente. Comme nous l'avons exposé ci-dessus (cf. Chapitre I du Titre I, Partie II), le groupe constitue un espace permettant la mise en place d'un comité de groupe, d'une convention ou d'un accord collectif de groupe, ainsi que des régimes visant à inciter le personnel ou encore la mise en place de plans d'épargne à la dimension du groupe. Ce sont en effet des entreprises appartenant au groupe, et le cas échéant leurs personnels, qui procèdent directement à réaliser ces régimes conformément aux dispositions légales.

Il ne faut pas omettre, au regard des droits collectifs sociaux, le régime particulier de l'unité économique et sociale (UES). En tant que type de groupe de sociétés spéciales dont les membres entretiennent une interdépendance économique et sociale, l'UES pourrait avoir pour effet d'effacer l'individualité juridique de ces sociétés. A la différence des groupes d'entreprises au sens général qui sont visés par les règles particulières du « groupe », l'UES entraîne l'application de certaines dispositions légales initialement conçues pour une entreprise unique. Elle remplace les sociétés membres et constitue à cet effet le périmètre unique dans le cadre duquel sont instituées les instances de la représentation du personnel d'entreprise (comité d'entreprise, délégués du personnel, délégués syndicaux). Au demeurant, l'UES est davantage consacrée par le législateur afin de servir de périmètre dans lequel il est procédé à l'examen de reclassement des salariés



en cas de licenciement économique du salarié<sup>792</sup>, à l'examen des conditions de la mise en place d'un plan de participation ou de l'institution d'un service de santé du travail au sein de l'entreprise ( articles 3322-3 et 3322-4 du Code de travail). C'est également le nombre de l'effectif de l'UES qui constitue l'une des conditions d'application du régime de congé de reclassement (cir. n° 2002-1 du 5 mai 2002, l'article L. 1233-71 du Code de travail).

A cet égard, le groupe de sociétés n'est qu'un périmètre à prendre en compte pour l'organisation de la vie sociale du personnel. La reconnaissance du groupe est destinée à optimiser l'ordre organisationnel du travail. En revanche, la responsabilité de l'employeur face à son salarié créancier n'est point visée sur ce domaine.

C'est dans le cadre de la seconde catégorie des règles juridiques relatives au licenciement des salariés que la présence du groupe de sociétés contribue à renforcer la responsabilité patronale au profit des salariés. En effet, l'entreprise doit procéder, avant la notification officielle du licenciement d'un salarié, à la recherche des possibilités de reclassement dans les autres sociétés de l'UES ou du groupe. Dans le cadre du licenciement collectif, à cette obligation de reclassement individuel s'ajoute également le devoir de l'employeur d'élaborer un plan de sauvegarde de l'emploi devant prévoir des mesures de prévention ou des mesures visant à limiter le nombre des licenciements, en fonction des moyens dont dispose le groupe. A cet égard, les dispositions légales s'appliquent de la même façon que le groupe soit qualifié ou non d'UES.

A la lecture de ces règles, le groupe semble être tenu de supporter une obligation générale de sauvegarde des emplois menacés au sein des entreprises appartenant au groupe. Pourtant, en procédant à une analyse plus approfondie, il convient d'observer que l'appartenance d'une entreprise à un groupe n'a pas pour effet d'instaurer une obligation générale de sauvegarde pour le groupe vis-à-vis des salariés faisant l'objet d'un licenciement. En effet, l'obligation de reclassement est *a priori* une obligation de moyen imputée uniquement à l'entreprise qui licencie(A), la garantie du plan de sauvegarde de l'emploi, fusse-elle génératrice d'une obligation de résultat, ne semble pas être étendue aux autres entreprises du groupe(B).

---

<sup>792</sup> Lamy social, Ed. 2008, n°1838, 3, p. 984

### A. L'obligation de reclassement à la dimension du groupe

L'entreprise doit faire son possible pour rechercher tous les postes susceptibles de permettre le reclassement. La recherche doit porter sur des emplois à l'échelle de l'ensemble du groupe<sup>793</sup>, relevant prioritairement de la même catégorie ou être de nature équivalente, et à défaut, relevant d'une catégorie inférieure. L'entreprise qui licencie est tenue d'effectuer des recherches sérieuses et loyales, d'ailleurs la jurisprudence exerce un contrôle strict à cet égard. La recherche doit être sérieuse, si bien que le simple envoi de lettres-circulaires aux sociétés du groupe est insuffisant. En effet, la recherche doit être individualisée au regard de chaque salarié en vue de trouver un véritable emploi au sein du groupe. Le caractère sérieux n'est pas retenu si l'employeur se contente d'une simple transmission d'informations générales. Un licenciement est alors considéré sans cause réelle et sérieuse lorsque avant son annonce, l'employeur se borne à publier sur son site intranet la liste des postes disponibles, à envoyer à d'autres sociétés du groupe la liste des salariés dont le licenciement est envisagé ou de proposer à ces salariés les services d'un bureau de placement<sup>794</sup>. Ainsi, la proposition doit être effectuée de manière loyale, c'est-à-dire que l'employeur ne doit proposer un emploi de classement inférieur qu'à défaut d'emploi disponible de la même catégorie<sup>795</sup>. Il convient également de donner la priorité aux propositions entraînant le minimum de bouleversements dans la vie du salarié, notamment concernant la distance du lieu de travail.

Les juges s'avèrent vigilants quant à la vérification de la bonne foi de l'entreprise dans la mise en œuvre des recherches de reclassement, mais n'exigent pas de l'entreprise qu'elle garantisse une offre. Il ne pourra être reproché à l'employeur un manque de

---

<sup>793</sup> En général, les emplois localisés dans les sociétés du groupe à l'étranger doivent également faire l'objet de recherche. Cependant, une telle obligation pourrait s'avérer non adaptée à la réalité, à titre d'exemple les ouvriers menacés par le licenciement qui ne trouvent que des postes relevant de la même catégorie dans les pays émergents, où les salaires sont dérisoires par rapport à ceux perçus en France. L'administration du travail considère que des propositions de salaires très inférieurs au Smic ne peuvent être considérées comme sérieuses (*Instr. DGEFP n° 2006-01, 23 janv. 2006*). Pourtant, une entreprise française a été condamnée par la Cour d'Appel de Reims à verser 2,5 millions d'euros d'indemnité à ses 47 salariés pour ne pas leur avoir proposé un reclassement en Roumanie. Ayant tiré la leçon, d'autres entreprises ont effectué des reclassements dans les pays émergents bien qu'étant conscientes que de telles propositions ne seraient jamais acceptées par les salariés français. (cf. les articles sur sites internet : <http://www.leparisien.fr/economie/condamne-pour-ne-pas-avoir-propose-de-reclassement-en-roumanie-18-05-2009-517694.php> ; [http://cozop.com/torapamavao\\_nicolas\\_le\\_blog\\_antisarko\\_qui\\_ne\\_blogue\\_pas/emploi\\_un\\_reclassement\\_en\\_hongrie\\_pour\\_425\\_euros\\_par\\_mois](http://cozop.com/torapamavao_nicolas_le_blog_antisarko_qui_ne_blogue_pas/emploi_un_reclassement_en_hongrie_pour_425_euros_par_mois))

Un projet de loi vise à délimiter les recherches d'emplois dont la « rémunération est équivalente ». Voir Proposition de loi Philippe Fillot, n° 504, déposée le 30 juin 2009, adoptée en première lecture en Sénat le 30 juin 2009.

<sup>794</sup> Cass. soc. 26 sep. 2006, n°05-43.814 : Bull. Civ. V. n°288

<sup>795</sup> Cass. soc., 12 juill. 2006 : RJS 2006, n° 1045. – Cass. soc., 27 oct. 1998 : JurisData n° 1998-004045 ; RJS 1998, n° 1457

diligence lorsque les recherches s'avèrent négatives ou que les seuls postes disponibles ne correspondent pas aux aptitudes des salariés<sup>796</sup>. La responsabilité de l'entreprise n'est pas liée à une absence de reclassement mais à l'impossibilité de prouver qu'elle a fait son possible pour reclasser l'employé. En vertu de cette jurisprudence, la doctrine considère l'obligation de reclassement comme une obligation de moyen renforcé<sup>797</sup> ou une obligation de résultat atténué<sup>798</sup>, dans la mesure où la charge de preuve de diligence incombe entièrement à l'entreprise qui licencie<sup>799</sup>.

Il convient néanmoins de souligner qu'une incertitude subsiste dans l'hypothèse où le reclassement est recherché dans le cadre d'un groupe d'entreprises. L'entreprise employeur sera-t-elle encore responsable lorsque le manque de proposition de reclassement, malgré tous ses efforts de recherche au sein du groupe, est causé par le refus des coopérations par d'autres sociétés du même groupe ?

En effet, il convient de souligner que l'appartenance d'une entreprise à un groupe ne signifie pas forcément que cette entreprise est en mesure d'exercer une autorité ou une influence déterminante sur d'autres sociétés du groupe<sup>800</sup>. Il est tout à fait possible qu'une société du même groupe, jouissant d'un statut relativement autonome à l'égard de la gestion du personnel, refuse l'accueil du salarié menacé de licenciement. Le problème devient plus délicat lorsque cette entreprise embauche de nouveaux salariés occupant des postes équivalents peu de temps après avoir répondu négativement à la demande de reclassement. Les salariés licenciés, victime du refus par une autre entreprise du groupe, pourraient ils agir contre elle ?

La jurisprudence étant muette sur ce point, il nous semble peu réaliste de considérer qu'un tel refus d'accueil de salariés reclassés puisse engager la responsabilité de son auteur, dans la mesure où la loi impose uniquement l'obligation de reclassement à l'entreprise qui licencie. Quant à la société refusant la permutation, elle jouit de sa pleine autonomie juridique aussi il n'existe aucune obligation d'ordre juridique qui peut la contraindre à se subordonner à la politique du personnel du groupe, voire à celle d'un

---

<sup>796</sup> Cass. soc., 1er avr. 1992 : JurisData n° 1992-000799 ; Bull. civ. 1992, V, n° 228. ; Cass. soc. 3 avr. 2001, n°99-42. 190; Cass. soc., 8 avr. 1992 : JurisData n° 1992-000977 ; Bull. civ. 1992, V, n° 258

<sup>797</sup> P. Morvan, « *Licenciement pour motif économique* »: JCl. Travail Traité, Fasc. 31-1, n° 18

<sup>798</sup> Ph. Waquet, « *La cause économique de licenciement* » : Dr. soc. 2000, p. 172 ; Un autre auteur a pensé que l'obligation de reclassement semble être une obligation de moyens, plus que de résultat : B. Boubli, RJS 1996, Chron. p.131

<sup>799</sup> Cass. soc., 4 janv. 2004 : Bull. civ. 2004, V, n° 11

<sup>800</sup> Ph. Pétel, « *Groupe de sociétés et plan de sauvegarde d'emploi* », JCP E 2007, 1423

autre membre du groupe. De plus, rappelons que le périmètre du groupe d'entreprises dans le cadre de reclassement n'est nullement délimité en fonction du lien financier entre les sociétés. Dans l'hypothèse où deux membres du groupe entretiennent des relations purement commerciales, il serait excessif d'imposer à une société qu'elle accueille les salariés surabondants de son partenaire dès lors qu'elle a des emplois disponibles de même catégorie.

En admettant la non responsabilité d'une entreprise de groupe refusant la demande de reclassement alors qu'elle était susceptible de recevoir les salariés reclassés, doit on en déduire que ce refus écarte la responsabilité de l'entreprise qui licencie, dès lors que cette dernière a effectué en vain tous ses efforts de reclassement? Une réponse positive semble apparemment raisonnable, l'échec de reclassement ne découle pas d'une faute quelconque de l'entreprise qui licencie, notamment quand elle a fait son possible. Pourtant, l'enjeu devient très délicat si la jurisprudence adopte explicitement une telle position. Toute la substance du régime de reclassement du groupe pourrait être ainsi vidée de son sens, puisque dans une telle hypothèse, l'entreprise qui licencie, même si elle dispose d'une véritable autorité sur l'entreprise d'accueil, peut organiser l'échec de reclassement résultant du refus de l'entreprise d'accueil, tandis qu'aucune entreprise du groupe n'est tenue responsable puisque tous les efforts de recherches sont formellement assurés en apparence par les actes de concert des entreprises. Un tel arrangement dissimulé pourrait relever bien sûr d'un acte frauduleux, puisqu'il détourne la finalité des efforts de reclassement imposés par la loi mais sera extrêmement difficile de le prouver.

A cet égard, pour connaître la position de la jurisprudence, il convient de vérifier les arrêts relatifs aux contestations des salariés licenciés contre l'absence de propositions concrètes de reclassement, alors que des embauches ont eu lieu en même temps dans d'autres sociétés de groupe. Dans la plupart de ces cas, la Cour de Cassation a quand même pris la peine de souligner un manque de diligence dans la recherche. L'évocation de nouvelles embauches au sein du groupe a plutôt servi à prouver la défaillance de diligence de l'employeur. Pourtant, on constate parfois que la Cour ne fait pas état de tous les efforts que l'employeur a pu effectuer avant la reconnaissance de sa responsabilité. Dans son arrêt du 17 Octobre 2001, la Chambre sociale a condamné une entreprise à des dommages intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse tout en se bornant à constater que « *l'employeur n'avait formulé aucune proposition concrète de reclassement à la salariée et que des emplois avaient été créés dans l'une des entreprises du groupe à*

*une période concomitante à celle du licenciement* »<sup>801</sup>. Cette expression serait-elle justement une version simplifiée de la formule classique du contrôle jurisprudentiel, ou une tentative de reconnaissance d'une obligation de résultat de l'employeur d'assurer la coopération d'autres sociétés du groupe dans le cadre de reclassement ? Certains auteurs pensent, en s'appuyant sur un arrêt de la chambre social de Cour de Cassation de 13 Janvier 2010<sup>802</sup>, que le refus des autres sociétés du groupe de participer à l'effort de reclassement devrait entraîner la responsabilité de l'employeur qui licencie<sup>803</sup>. Cette position nous semble discutable.

En effet, l'arrêt de 13 Janvier 2010 se borne à éclaircir qu'une société n'ayant pas participé au reclassement des salariés licenciés par sa société sœur n'est pas tenue, à cet effet, à indemniser ces salariés. Au contraire, il est difficile de déduire de cette décision de la Haute Juridiction que l'employeur, en raison du refus de sa société sœur pour le reclassement, doit être forcément tenue responsable pour les licenciements sans causes réelles et sérieuses.

Il nous semble que la Cour de Cassation a l'intérêt de ne pas prononcer une réponse très précise à cet égard. Une appréciation au cas par cas de la responsabilité de l'employeur paraît plus adaptée à la réalité.

En effet, il existe un fossé entre le régime de reclassement en droit social et la réalité de gestion du groupe de sociétés. Le dispositif légal à l'échelle du groupe a pour objectif de pousser l'entreprise qui licencie à mobiliser, par tous ses moyens de droit et de fait, l'ensemble des sociétés de son même groupe aux fins de prévenir le licenciement. Néanmoins, le contrôle judiciaire en droit positif est cantonné sur la vérification des efforts formels de reclassement exercés par l'entreprise qui licencie. Ce contrôle superflu n'est pas suffisant, puisqu'il a omis de prendre en compte un facteur du fond, à savoir le pouvoir de fait du groupe de dominer les sociétés membres. Si ces dernières préservent leurs autonomies complètes au regard de la gestion du personnel, il est raisonnable que l'entreprise qui licencie n'est responsable qu'une obligation purement de moyen dans le recherche de reclassement, puisqu'elle ne peut effectuer aucune influences sur les autres sociétés membres. A l'inverse, lorsqu'un groupe de sociétés centralise *de facto* tous les

---

<sup>801</sup> Cass. soc. 17 oct. 2001, n°99-44.755

<sup>802</sup> Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-15.776, *Sté San Carlo Gruppo Alimentare SPA* : JCP E 2010, 1097; JCP E 2010, 1332, commentaires Ph. Mélin et F. Mélin., Joly. 2010, p. 3, obs. F.-X. Lucas ; Dr Sociétés 2010 comm 84 obs M-L ; Coquelet

<sup>803</sup> Lamy Social, Ed. 2010, n°2168

pouvoirs de la gestion de ressources humaines, le refus de coopération par d'autres sociétés d'un même groupe pourrait être facilement organisés, si bien qu'il peut être utilisé comme une excuse dissimulant la volonté réel du groupe qui ne veut pas effectuer un reclassement. Afin d'éviter que l'obligation de reclassement ne soit pas vidée par des formalismes, le contrôle judiciaire sur les efforts sérieux de l'entreprise qui licencie doit prendre en compte le pouvoir de domination possédé par le groupe. Plus fort est le niveau de centralisation de la gestion de la main d'œuvre à l'échelle du groupe, plus sévère doit être le contrôle judiciaire sur le caractère sérieux de la recherche de reclassement<sup>804</sup>.

En tout état de cause, il n'existe aucune équivoque que la responsabilité attachée à l'obligation de reclassement pèse uniquement sur l'employeur. Le groupe n'est qu'un élément contribuant à alourdir la responsabilité de l'employeur.

#### *B. Le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) correspondant au moyen du groupe*

##### ***1. La mise en place du PSE dans la situation générale***

L'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi est impérative dès lors que le nombre des licenciements atteint un certain seuil. Ce plan consiste normalement en un acte unilatéral par lequel l'entreprise s'engage à prévenir ou à accompagner les licenciements. L'obligation d'élaborer et de mettre en place ce plan de sauvegarde pèse uniquement sur l'entreprise qui licencie.

La validité du plan est soumise au contrôle judiciaire, et la sanction d'un plan invalide est très sévère. En général, lorsqu'un plan est jugé nul, les licenciements ultérieurement prononcés dans le cadre de ce plan sont dépourvus de validité.

A cet égard, les juges vérifient, parmi d'autres éléments, la suffisance des mesures concrètes et précises prévues dans le plan en vue de prévenir et d'accompagner le licenciement. A cet égard, l'article L. 1235-10, alinéa 2 du Code du travail prévoit que : « *la validité du plan de sauvegarde de l'emploi est appréciée au regard des moyens dont*

---

<sup>804</sup> Il est permis de penser que le juge du fond pourrait s'avérer plus sévère dans son contrôle des efforts effectifs de reclassement mis en œuvre, lorsque la gestion quotidienne de la mobilité du personnel au sein du groupe est plus centralisée. Dans le cas extrême notamment quand l'interdépendance entre les sociétés est évidente, peut être il n'est pas inenvisageable d'imposer une obligation de résultat pour assurer l'implication des autres sociétés du groupe dans l'exploration de reclassement.

*dispose l'entreprise ou l'unité économique et sociale ou le groupe ».*

Selon cette formule, l'entreprise se voit sans conteste, imposer une obligation de résultat pour assurer la participation du groupe dans le plan de sauvegarde de l'emploi. Mais le texte n'étend point l'obligation de la mise en place du PSE aux autres sociétés du groupe. L'entreprise qui licencie reste seul redevable au regard de l'élaboration et l'exécution du PSE, et cette obligation est inopposable à la société mère ainsi qu'aux d'autres entreprises du groupe<sup>805</sup>.

Par rapport au licenciement individuel, la responsabilité de l'entreprise est davantage aggravée. L'obligation n'est plus de moyen, l'entreprise doit garantir la mobilisation de l'ensemble des ressources du groupe pour sauver les emplois menacés. Un plan de sauvegarde d'emploi insuffisant doit être considéré comme nul, de sorte que les procédures de licenciements ultérieurement prononcés dans le cadre du plan seront aussi entachées de nullité<sup>806</sup>. Ainsi compte tenu des conséquences extrêmement graves en cas de défaillance à ses obligations légales, le groupe de sociétés est poussé à mettre en œuvre tous les moyens pour réaliser le PSE d'une société membre. En effet, si le groupe refuse d'octroyer des secours (les offres de reclassement, ainsi que les aides financières) au profit de la société qui licencie, cela entraînera certainement une crise importante au sein de cette dernière et risque même de la mettre en péril<sup>807</sup>. Un tel résultat pourrait compromettre sévèrement l'intérêt économique général du groupe.

Pourtant, la jurisprudence nous apprend<sup>808</sup> clairement que les autres sociétés du groupe n'ont pas l'obligation de leur porter assistance. Dans le cas où l'entreprise élaborant le PSE est en situation extrêmement grave voire critique, le groupe peut tout de même décider d'abandonner cette société, notamment quand il apparaît que l'aide fournie ne fait qu'aggraver les déficits du groupe.

Il nous semble que la protection des salariés est renforcée jusqu'à l'extrême au regard

---

<sup>805</sup> J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, in « *Droit du travail* » : Précis Dalloz, 22e éd., p. 592, n° 472 ; A. Charvériat et A. Couret, « *Groupes de sociétés* » Memento F. Lefebvre, 2007-2008, n° 19090

<sup>806</sup> *Arrêts Samaritaine*: Cass. soc. 13 fév. 1997, n°96-41.874, Bull. civ. V, n°64; Cass. soc. 13 fév. 1997, n°95-16.648, Bull. civ. V, n°63

<sup>807</sup> En cas d'insuffisance du PSE, les licenciements collectifs sont frappés de nullité. Les salariés ont droit à leur réintégration dans l'entreprise et l'exercice d'un emploi équivalent. En l'absence de réintégration, l'employeur doit verser une indemnité très importante dont le montant est souverainement apprécié par les juges du fond. L'impossibilité de la suppression des postes d'emploi, accompagnés de versement des indemnités importants, va certainement pousser l'entreprise à entrer dans une situation plus difficile. V. Lamy Social, Ed 2010, n°2341 et s.

<sup>808</sup> Cass. soc., 13 janv. 2010 : *Sté San Carlo Gruppo Alimentare SPA*, précité

de l'entreprise qui licencie. Bien sûr il n'a y pas une responsabilité solidaire entre les sociétés du groupe, mais le groupe doit effectivement venir à aider l'entreprise élaborant le PSE sauf qu'il est prêt de laisser mourir celle-ci. Les dispositions légales entendent faire une grande pression au groupe auquel appartient cette entreprise, sans pourtant franchir le pas en imposant une obligation directe aux autres sociétés du groupe.

## ***2. La mise en place de PSE dans l'entreprise en procédure collective***

Cette pression exercée sur le groupe serait efficace au cas où le groupe voudrait soutenir l'entreprise. Au contraire, le mécanisme se voit vider de son sens lorsque l'entreprise en cause est déjà en procédure collective.

En effet, dans un tel cas, c'est l'administrateur judiciaire ou le liquidateur à qui sont confiés la fonction d'élaborer le PSE et de prononcer les licenciements. Face à une société qui est *de facto* hors de son contrôle, le groupe pourrait devenir naturellement réticent à assister la réalisation d'un tel PSE. Le législateur, conscient de cette difficulté, prévoit à cet effet que la nullité d'un PSE d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire n'entraîne pas la nullité de la procédure de licenciement. La Cour de Cassation précise que dans un tel cas de nullité la sanction consiste en la qualification de licenciement sans cause réelle et sérieuse<sup>809</sup>. Le défaut d'assistance du groupe, rendant impossible la satisfaction d'un PSE aux exigences légales, ne fait pas obstacle à la suppression effective des emplois.

L'abstention de la société mère et du groupe de s'impliquer dans le PSE a des impacts divers. Les salariés licenciés ne peuvent bénéficier de l'opportunité d'être reclassés, mais leurs indemnités de licenciement ne sont point en danger, en raison de l'existence d'une garantie de l'AGS pour le versement de créances salariales<sup>810</sup>. Au contraire, la nullité du PSE peut conduire à augmenter substantiellement les créances exigibles aux salariés, cela conduit à réduire la proportion d'actifs subsidiaires susceptibles d'être attribués aux autres créanciers de l'entreprise en difficulté. En cas d'abstention du groupe de sociétés pour financer le PSE, l'Etat devra également supporter un coût social plus élevé dans la mesure qu'il se porte indirectement, par l'AGS, garant du versement des salaires et

---

<sup>809</sup> Cass. soc., 25 oct. 2007, n° 06-40.154 : JurisData n° 2007-041089

<sup>810</sup> P.-M. Le Corre, « *Droit et pratique des procédures collectives* », Dalloz Action 2010 /2011, Chapitre 693, p.1785 et s.



indemnités aux salariés.

Face à ces impacts générateurs de déséquilibre, existe-t-il des régimes juridiques permettant de rechercher la responsabilité des autres sociétés du groupe ?

Il n'est pas inenvisageable de se prévaloir de la responsabilité civile sur la base de l'article 1382 du Code civil fondé sur une faute. Cette responsabilité suppose l'existence d'un comportement fautif commis par d'autres sociétés du groupe, lequel doit être directement à l'origine du préjudice subi par la société auteur du PSE ou par les salariés créanciers. Tel est le cas lorsqu'une société mère a méconnu un engagement contractuel précis qu'elle a promis aux salariés d'une filiale. Or dans le cadre d'une PSE, s'abstenir de fournir une assistance au groupe n'est pas une faute imputable aux autres sociétés du groupe, sauf à reconnaître qu'elles sont également visées par l'article L. 1235-10, alinéa 2 du Code du travail. Or cette interprétation extensive du périmètre des débiteurs de PSE n'est pas sans dénaturer les dispositions de cet article.

En droit positif, l'affaire Aspocomp a attiré une grande attention doctrinale. Une société française, la Aspocomp SAS, filiale à 99% de la société finlandaise Aspocomp Group Oyj, a mis en œuvre un premier plan social<sup>811</sup> fin 2001, dans le cadre duquel le vice-président de la société mère avait donné son accord formel pour le versement de primes supplémentaires aux salariés licenciés. La société mère a ensuite décidé de ne plus financer les pertes de la filiale qui est alors dans l'obligation de déposer le bilan. Un deuxième plan social est donc élaboré, offrant des mesures moins préférentielles en raison de l'absence de soutien du groupe. La Cour d'Appel de Rouen a condamné la société mère à verser des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, dans la mesure où « *la société Aspocomp Group Oyj devait tenter de reclasser les salariés compte tenu de la dépendance de la société Aspocomp SAS à son égard* ». Selon cette formule, la Cour d'Appel a voulu consacrer une responsabilité générale de reclassement incombant à la société mère du groupe, du seul fait qu'il existe un lien de dépendance établi entre la filiale et la société mère.

La Cour de Cassation a expressément condamné la position des juges du fond. Bien qu'elle confirme la condamnation contre la société mère concernant l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse au regard d'une seule salariée, elle a cependant

---

<sup>811</sup> Le plan social a été renommé « plan de sauvegarde de l'emploi »

changé le fondement de cette décision. Pour la Chambre Sociale, la société mère est tenue responsable car les salariés avaient accompli leur travail « *sous la direction et au profit des sociétés Aspocomp et Aspocomp Group OYJ, dont les intérêts, les activités et la direction étaient confondues* »<sup>812</sup>. Cette expression renvoie à une formule classique pour la caractérisation des employeurs-conjoints<sup>813</sup>.

L'intention de la Cour de Cassation est claire. La responsabilité au regard du licenciement collectif ne doit pas être étendu aux autres sociétés du groupe. Si la responsabilité d'une société mère est reconnue, c'est parce qu'elle est au côté la filiale employeur de droit, un co-employeur.

En effet, en droit français la jurisprudence admet parfois que plusieurs sociétés soient reconnues comme des employeurs conjoints vis-à-vis d'un salarié, bien que le contrat de travail ne soit signé que par l'une de ces sociétés. La qualification et la reconnaissance par les juges des employeurs conjoints est fondée sur un examen au cas par cas. A cet effet, il faut fournir des preuves pour justifier que le salarié ait un lien de subordination avec chacune des sociétés employeurs<sup>814</sup>. De plus, la reconnaissance des employeurs conjoints suppose, de la part des entreprises, souvent un lien de droit et toujours une volonté de travailler ensemble<sup>815</sup>.

Force est de constater que le lien de contrôle entre des sociétés n'est pas un élément justificatif du statut d'employeurs conjoints. L'existence du groupe ne présume nullement que les employeurs soient conjoints. Même si une unité économique et sociale est reconnue, les sociétés ainsi regroupées à ce titre ne sont pas en tant que telles qualifiées comme des employeurs conjoints<sup>816</sup>.

Dans l'arrêt Aspocomp, les juges n'ont pas pris la peine de réitérer en détails les règles jurisprudentielles caractérisant les employeurs conjoints, de sorte qu'il y a même lieu à s'interroger si la Cour de Cassation semble enclin à assouplir les conditions de

---

<sup>812</sup> Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.570 et n° 05-42.551: JurisData n° 2007-039646 ; JCP S 2007, 1618, note Ph. Coursier

<sup>813</sup> Cass. soc. 11 juillet 2000, n° 98-40.146

<sup>814</sup> Cass. Soc. 13 févr. 1996, n°92-41.389: un réalisateur est recruté par Antenne 2 puis muté à Télé-Europe. Bien que les deux entreprises entretiennent des liens très étroits entre elles, Antenne 2 n'est pas considéré comme le co-employeur faute d'éléments établis par le salarié comme quoi il exerçait son activité sous l'autorité et le contrôle de la société Antenne 2.

<sup>815</sup> Lamy Social, Ed. 2010, n° 1106

<sup>816</sup> Cass. soc. 22 nov. 2000, n°98-42.229

cette qualification et faire le deuil de la preuve du lien de subordination juridique<sup>817</sup>. La doctrine a constaté cette tendance, en soulignant que cet assouplissement judiciaire des conditions des employeurs conjoints, même s'il est confirmé par des arrêts ultérieurs, ne marque pas un revirement total de l'orthodoxie jurisprudentielle à ce sujet<sup>818</sup>. En effet, d'une part, la jurisprudence exige toujours les preuves d'un pouvoir de direction et d'un contrôle exercé<sup>819</sup>, et d'autre part, elle indique sans équivoque que la preuve d'une communauté d'intérêts économiques et financiers, d'une interdépendance des organes de direction voire d'une culture partagée reste en effet insuffisante à établir la qualité de co-employeur des membres du groupe<sup>820</sup>.

Enfin, rappelons que la qualification d'employeurs conjoints est vérifiée par l'examen de circonstances concrètes au regard de chaque salarié. Admettre le régime des employeurs conjoints comme seul fondement de la responsabilité incombant aux autres sociétés du groupe, signifierait que la jurisprudence exclut en principe la responsabilité du groupe vis-à-vis des salariés d'une société membre. La responsabilité solidaire des autres sociétés du groupe, auquel appartient l'employeur en faillite, n'est que ponctuelle, elle doit être appréciée selon le cas de figure de chaque salarié<sup>821</sup>.

Nous arrivons donc à observer que si la protection des salariés demeure un souci prédominant dans la construction jurisprudentielle du droit social, la Chambre Sociale de la Haute Juridiction reste très prudente à ne pas consacrer une responsabilité générale à la charge du groupe.

## ***§2. L'aggravation de la responsabilité du débiteur face à l'autorité de la concurrence***

En droit de la concurrence français, la sanction des infractions aux dispositions concurrentielles dépend du fait que l'auteur appartient ou non à un groupe de sociétés.

---

<sup>817</sup> Cass. soc., 28 mai 2008, n° 06-45.395 rejette le moyen mettant en avant le défaut de caractérisation du lien de subordination, et justifie la reconnaissance de co-employeurs en vertu de la relation étroite entre les activités, la gestion de deux entités ainsi sur leurs implications dans le recrutement des salariés.

<sup>818</sup> P. Lagesse, N. Laurent, « *Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ?* », JCP G. 2009, I. 101, n°13 et s.

<sup>819</sup> Cass. soc., 4 oct. 2007, n° 06-44.486, inédit.

<sup>820</sup> Cass. soc., 22 oct. 2008, Accor, n° 07-42.230, inédit.- Cass. soc., 26 juin 2008, Aero Lyon, n° 07-41.294 : JurisData n° 2008-044574, arrêt rendu dans le contexte de la déconfiture de la société Corsair

<sup>821</sup> Dans l'arrêt Aspocomps, la Cour de Cassation n'a confirmé la condamnation contre la société mère qu'au regard d'une seule salariée.

L'approche est similaire à celle constatée en droit du travail. D'un côté la rigueur de la sanction est davantage renforcée à cause de la présence du groupe(A), d'un autre côté la dérogation au régime de la responsabilité limitée n'est pas appliquée(B).

#### *A. L'aggravation de la sanction pécuniaire selon l'envergure du groupe*

Dans le cadre du contrôle des actes anticoncurrentiels (ententes et abus de position dominante), lorsque l'entreprise visée par la sanction pécuniaire appartient à un groupe de sociétés, la situation de ce dernier constitue un des facteurs déterminant la sévérité de la sanction. L'établissement de ce lien repose sur l'idée que « *le dommage à l'économie est d'autant plus important que les pratiques anticoncurrentielles ont été mises en oeuvre par la filiale d'un grand groupe du secteur dont l'intervention a pu avoir un effet d'entraînement* »<sup>822</sup>. L'envergure, la puissance et la notoriété du groupe sont des éléments capables de renforcer la gravité des infractions aux dispositions relatives au droit de la concurrence. Confirmé par la Cour de Cassation, l'appartenance de l'auteur de l'infraction à un grand groupe notoire est « *de nature à convaincre les entreprises de moindre envergure de la banalité et de la généralité d'un tel comportement et à les inviter ainsi soit à adopter des comportements similaires, soit à renoncer à présenter des offres sur des marchés qu'elles seraient pourtant aptes à réaliser* »<sup>823</sup>. De plus, lorsque les sociétés d'un groupe ont été sanctionnées en raison des infractions aux dispositions concurrentielles, une société appartenant au même groupe pourrait encourir une condamnation aggravée lorsqu'elle a commis ultérieurement des actes illicites de même nature<sup>824</sup>. Une telle situation semble être assimilée à une récidive. Le droit de la concurrence adopte une approche de réalisme, si, d'un point de vue juridique, les deux actes anticoncurrentiels ne sont commis que par deux sociétés distinctes, d'un point de vue économique, l'auteur de ces actes est déterminé en fonction de l'unité de direction qui a donné l'instruction.

Nous pouvons constater une sorte de présomption irréfragable de l'exercice du pouvoir de domination au sein du groupe. En fait, pour déterminer la sanction en proportionnalité de la dimension du groupe, il n'est pas nécessaire de prouver le fait que le groupe soit directement impliqué dans l'acte illicite. Selon l'article L. 464-2, I, alinéa 4

---

<sup>822</sup> CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., 21 mai 1990, *SARL France Loisirs, SA Le Grand Livre du mois* : BOSP 1990, p. 201

<sup>823</sup> Cass. com., 28 avr. 2004, n° 700, *Sté Colas Midi-Méditerranée*

<sup>824</sup> CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., 19 janv. 1999 : BOSP 1999, p. 39

du Code de commerce, « ..... *Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante* ». Selon le législateur, l'existence du lien de contrôle dans le sens de consolidation des comptes suffit à justifier l'aggravation de la sanction, sans qu'il ait lieu de tenir compte des agissements de la société mère ou d'autres sociétés membres du groupe.

Bien que la responsabilité d'une entreprise puisse être alourdie en raison de son appartenance au groupe, cette entreprise reste toutefois le seul débiteur à subir la sanction. Cependant, il convient de remarquer que l'Autorité de la Concurrence est très pragmatique au regard de l'identification des véritables auteurs des pratiques illicites, de sorte qu'on constate que l'imputation de la responsabilité de pratiques anticoncurrentielles est par essence dissociée de toute référence à la personnalité juridique.

#### *B. L'imputation de la sanction pécuniaire au sein du groupe de sociétés*

Il ressort de la jurisprudence qu'il faut imputer la sanction à la véritable unité décisionnelle c'est-à-dire celle qui a décidé d'engager l'acte anticoncurrentiel<sup>825</sup>. Force est de souligner que cette entité décisionnelle ne se trouve pas forcément dans la société mettant en œuvre directement cette pratique. Il en résulte que la personnalité juridique de la filiale ne suffit pas à faire obstacle à la recherche de la responsabilité de sa société mère lorsqu'elle est dépourvue d'autonomie à cet égard.

L'identification de cette unité décisionnelle autonome relève en principe d'une analyse de la répartition de fait du pouvoir décisionnel au sein du groupe. L'ancien Conseil de la Concurrence (l'actuelle Autorité de la Concurrence) confirme qu'il faut imputer la responsabilité à la structure légale accueillant cette unité autonome qui élabore

---

<sup>825</sup> B. Brun, « *La prise en compte toujours accrue de groupe de sociétés en droit de la concurrence* », Dr. sociétés, 2006, étude 13, n°7 et s.

une stratégie commerciale, financière et technique<sup>826</sup> au regard de l'activité correspondant à la pratique illicite. Cette unité autonome peut se trouver dans la société mère du groupe, mais lorsque les activités du groupe sont diversifiées, elle pourrait être localisée dans une société gérant un secteur d'activités, par exemple une « tête de réseaux » de distribution d'une catégorie de produits déterminés<sup>827</sup>. Bien sûr, cela n'exclut pas l'imputation de la responsabilité à une filiale dès lors qu'on peut constater que le contrôle hiérarchique de la société mère est trop global si bien que la filiale dispose d'une autonomie suffisante au regard de sa politique relative au pratique anticoncurrentielle<sup>828</sup>.

L'appréciation de l'unité autonome de décision doit se réaliser en tenant compte du cas de figure. Souvent un faisceau d'indices est établi. Si l'autonomie ou, à l'inverse, la dépendance décisionnelle peuvent être prouvées par tous moyens, il existe certains types d'éléments attirant particulièrement l'attention de l'autorité. Ces éléments comportent *a priori* l'existence d'un lien financier, d'une communauté de dirigeants, de relations commerciales, financières ou techniques intragroupes, et le respect des directives de la société mère<sup>829</sup>.

En tout état de cause, la recherche de l'unité décisionnelle autonome se fait en fonction de tous les éléments de fait et de droit. Néanmoins, une fois que cette unité autonome est localisée, la société qui l'accueille se voit infliger la sanction pécuniaire pour les pratiques anticoncurrentielles. L'approche de l'imputation n'a donc pas pour l'objectif d'étendre la responsabilité de l'auteur des pratiques illicites à d'autres sociétés du groupe, mais de détecter la personne qui est le véritable responsable de ces pratiques.

## Section II La protection des créanciers en droit des sociétés

Le droit des sociétés français a développé une série des régimes adaptés et équilibrés, destinés à la protection des créanciers des sociétés appartenant aux groupes de sociétés,

---

<sup>826</sup> Décision de conseil de la concurrence du 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes : BOCC 2003, p. 655.

<sup>827</sup> Conseil de la concurrence, Décision n° 02-D-42, 28 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils ménagers et d'électronique grand public : BOCCRF 2002, p. 739

<sup>828</sup> Conseil de la concurrence, Décision n° 03-D-17, 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroute : BOCC 2003, p. 655

<sup>829</sup> Pour une étude thématique, voir l'étude figurant en annexe du rapport annuel du Conseil de la concurrence 2001, p. 126 et s.

que le débiteur soit *in bonis* (§1) ou en procédure collective (§2).

En revanche, la protection des créanciers dans le cadre du groupe de sociétés constitue encore un sujet très récent, si bien qu'il n'existe qu'un régime de l'abus de la personnalité morale, assorti d'un champ d'application limité. Malgré les différences entre les régimes de deux pays, l'implantation des régimes de droit français en droit chinois nous paraît tout à fait possible (§3).

### ***§1 La protection des créanciers des sociétés in bonis appartenant au groupe de sociétés en droit français***

Lorsque la société est *in bonis*, l'autonomie juridique fait obstacle aux créanciers de la société de chercher directement toute responsabilité des associés ou filiales de la société en cause. Le groupe n'entraîne nullement une responsabilité solidaire entre les sociétés membres. Pour autant, ce principe doit connaître une exception qui repose sur la théorie d'apparence.

#### ***A. La responsabilité contractuelle solidaire fondée sur la théorie de l'apparence***

En effet, le maintien des relations extrêmement étroites entre plusieurs sociétés d'un même groupe peut engendrer une confusion en apparence, sur leurs identités juridiques, de sorte qu'un créancier tiers contractuel pourrait légitimement croire qu'il a effectivement conclu une convention avec une entité unique. Il en ressort que toutes les sociétés composant cette entité unique sont considérées responsables du comportement de cette dernière. Pour caractériser cette apparence trompeuse, la jurisprudence fait souvent valoir un faisceau d'indices, en tenant compte, en tout ou partie, de l'identification de l'adresse, de l'objet social, du logo, du numéro de téléphone et de l'identité des dirigeants. Pourtant, tous ces indices tendant à démontrer une certaine ressemblance entre ces sociétés ne paraissent pas décisifs à caractériser l'apparence<sup>830</sup>. La croyance légitime de la partie tierce doit être davantage justifiée par des actes positifs des sociétés du groupe renforçant le caractère unitaire de ces sociétés. Il est ainsi constaté que les deux sociétés sont considérées comme solidairement responsables vis-à-vis du créancier d'une

---

<sup>830</sup> Cass. Com. 6 mai 1991, Joly. 1991 p. 697: il est jugé que l'apparence ne saurait être retenue du fait que plusieurs sociétés, y compris la société cocontractante, ont la même dénomination sociale et le même responsable de direction.

obligation conventionnelle, du fait qu'outre leur ressemblance formelle, elles avaient été indifféremment désignées sous diverses nominations<sup>831</sup>.

Il convient de noter que la mise en œuvre de la théorie d'apparence dans cette hypothèse se différencie belle et bien du mandat apparent. Il ne s'agit pas d'imputer la responsabilité contractuelle uniquement à l'une des sociétés du groupe en raison de l'apparence trompeuse causée par une autre société du même groupe, mais de retenir une responsabilité d'ensemble de plusieurs sociétés à cause d'une confusion de l'identité d'une société et de l'identité de ce groupe<sup>832</sup>. Dans un arrêt du 4 mars 1997<sup>833</sup> relatif à la responsabilité de l'inexécution d'un contrat de prestation conclu par une filiale du groupe, la Cour de Cassation n'hésite pas à estimer que les actes défectueux des autres sociétés d'un même groupe ont pour effet de créer une apparence de groupe en tant qu'entité unique, justifiant la responsabilité solidaire à la charge de ces sociétés.

Par ailleurs, dans ce même arrêt, la Cour a notamment souligné que l'apparence trompeuse devait être reconnue puisque les agissements des autres sociétés du groupe caractérisaient, d'une part, « *l'absence d'autonomie de cette société* » qui est le contractant direct et, d'une autre part, « *l'immixtion des autres sociétés du groupe dans sa gestion* ». Cette formule semble confirmer d'anciennes décisions de la même juridiction retenant l'extension de la responsabilité contractuelle de la filiale à la société mère, en se fondant sur le même raisonnement.

Cette tendance jurisprudentielle risque pourtant de généraliser la solidarité de la responsabilité contractuelle entre sociétés mère-fille ou même des sociétés sœurs du groupe. Il est permis même d'en déduire que l'interdépendance économique des sociétés, qui relève souvent de la réalité économique du groupe, devient une pratique assez risquée puisque la responsabilité solidaire pourrait être recherchée par les juges en raison d'un lien économique étroit. Or, une telle position n'est pas sans danger. Force est de constater que, au regard des principes fondamentaux du droit des sociétés, le contrôle d'une société par une autre, même à 100%, n'a pas pour effet d'atténuer la personnalité morale distincte de cette première<sup>834</sup>, la filiale devant être exclusivement responsable des actes qu'elles a engagés. Dès lors que l'existence juridique de la fille n'est pas remise en cause,

---

<sup>831</sup> Cass. com., 15 nov. 1977 : Bull. civ. IV, n° 265

<sup>832</sup> Ch. Hannoun, « *Redressement et liquidation judiciaire* », J.-Cl. Fasc. 3190, n°46

<sup>833</sup> Cass. com., 4 mars 1997 : Joly. 1997, § 222, p. 557, note J.-J. Daigre ; Revue des sociétés 1997, p. 554, note P. Didier

<sup>834</sup> Cass. com. 6 avril 1993, RJDA 8-9/93, n° 705 ; Cass. com. 26 avril 1994, RJDA 8-9/94 n°930



il est difficile de dire sur quel fondement on peut admettre qu'une société mère est responsable vis-à-vis du cocontractant de sa filiale, même si elle s'est immiscée dans la gestion de la filiale en participant à l'exécution du contrat en cause<sup>835</sup>. Par ailleurs, il convient de noter que l'implication de la société mère dans la gestion d'une filiale pourrait résulter naturellement d'un modèle économique de la gestion du groupe de société. Reconnaître l'extension de la responsabilité contractuelle dans le fait de s'immiscer dans la gestion pourrait avoir pour effet de condamner la pratique économique du groupe, en remettant effectivement en cause la personnalité juridique de chaque société appartenant au groupe vis-à-vis de leurs partenaires contractuels.

### *B. La restriction contre la généralisation d'une responsabilité contractuelle du groupe*

Le concept d'une responsabilité contractuelle large du groupe de sociétés semble avoir été essentiellement restreinte, sinon démentie, par les arrêts récents de la Haute Juridiction. Dans ses arrêts du 25 février 2004 et du 13 décembre 2006, la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de Cassation a refusé, au regard de l'inexécution du contrat de bail par la filiale, de retenir la responsabilité solidaire de la société mère qui a pourtant joué, dans chacune de ces affaires, un rôle essentiel tant dans la délibération que dans l'exécution du bail de la filiale<sup>836</sup>. Enfin, la décision la plus remarquable à cet égard est celle rendue le 9 octobre 2006 par l'Assemblée Plénière de la Cour à l'égard de l'affaire très médiatisée Tapie. Une filiale (SDBO) du Crédit lyonnais s'est vue délivrée un mandat par une société (BTF SA) du groupe Bernard Tapie en vue de vendre les participations que celle-ci détenait dans la société Adidas à des parties tierces<sup>837</sup>. Le groupe a ensuite déposé le bilan et le liquidateur a agi contre le SDBO ainsi que contre le Crédit lyonnais pour avoir exercé de manière frauduleuse ce mandat<sup>838</sup>. Sans être le signataire du mandat, la Cour

<sup>835</sup> F.-G. Trébulle, « *Appréciation de l'immixtion de la mère dans la gestion de sa fille* », note sous Cass. 3<sup>e</sup> Civ. 25 fév. 2004, *Droit des sociétés* 2004, comm.96

<sup>836</sup> Cass.3<sup>e</sup> civ. 25 fév. 2004, RJDA 6/04 n°715 : La société mère avait décidé la cessation d'activités de la filiale débitrice entraînant par ricochet la rupture de bail. Elle a décidé également la libération consécutive des locaux loués à cette filiale. Par ailleurs, il est ainsi constaté que le président de la société mère participe au Conseil d'Administration de la filiale et a fait une déclaration à la presse sur la politique du groupe. Cass. 3<sup>e</sup> civ. 13 déc. 2006, RJDA 4/07 n°363 : la société mère de la filiale locataire avait pris en charge l'ensemble des démarches pour l'implantation d'un établissement, avait signé le contrat de bail commercial puis un avenant neuf mois plus tard, et ainsi s'est occupé du projet d'aménagement de la filiale.

<sup>837</sup> Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, *affaire Tapie*, Joly., 2007, §5, p. 57, note F.-X. Lucas; JCP 2006, II, 10175, note T. Bonneau

<sup>838</sup> Le mandat est accordé le 16 décembre 1992 pour une cession au prix de 2 085 000 000 francs, et les parts sociales sont vendus le 12 février 1993 à huit sociétés choisies par SDBO, y compris à une filiale du Crédit Lyonnais et à une autre société constituée par M. Louis-Dreyfus. Certaines de ces sociétés ont reçu des aides financières consenties par cette banque, à condition qu'en cas de revente de ces parts sociales, la plus value soit partagée à raison d'un tiers pour l'emprunteur et de deux tiers pour la banque. Or c'est à la date même de la vente des parts sociales de la société Adidas

d'Appel de Paris reproche au Crédit lyonnais de s'être « *activement impliqué dans la conception et l'exécution* » du mandat, notamment « *en consentant et en organisant les financements nécessaires au montage imaginé avec les coacquéreurs des participations Adidas* ». A la lecture des faits de cette affaire, il est difficile de croire que la banque n'a pas joué un rôle actif dans le montage litigieux. En effet, le mandataire du vendeur est justement l'une de ses filiales, alors que l'autre filiale de la banque figure dans la liste des acquéreurs. De plus, la banque a prévu, dès le jour de la cession, de tirer directement des profits colossaux de la transaction à travers la revente ultérieure des participations par les acquéreurs. Il y a même lieu à suspecter que la banque soit le véritable animateur du montage de l'opération, et sa filiale SDBO n'aurait été qu'un exécuter, subordonné *de facto* aux instructions de la société mère, en dépit de son autonomie juridique apparente. Pourtant, l'Assemblée Plénière n'a pas pris en considération le pouvoir de la banque lui permettant de dominer ses filiales et s'est tenue, semble-t-il, strictement à la théorie originale de l'apparence. Elle a donc tranché qu'une telle immixtion de la société mère constatée par la Cour d'Appel n'avait pas été de nature à créer une apparence trompeuse permettant de considérer que la société mère est également la partie contractuelle de la convention de mandat.

Une telle évolution fait preuve de l'hostilité de la jurisprudence à l'encontre d'un courant trop libéral tendant à estomper l'identité de la personnalité morale en raison de l'existence de relations économiques intragroupe. Comme il a été souligné par M. le professeur Didier dans son commentaire sous l'arrêt de 4 mars 1997<sup>839</sup>, il est dans la nature même de tout groupe de restreindre plus ou moins l'autonomie de ses membres par l'exercice du contrôle, et de donner des ordres à ses filiales, donc de s'immiscer dans ses affaires. Admettre aisément l'extension de la responsabilité contractuelle sur le fondement de l'immixtion intragroupe pourrait provoquer un préjugé contre le modèle d'organisation du groupe déjà si populaire et répandu dans le monde économique. De plus, cantonner le raisonnement de l'extension au défaut d'autonomie et à l'immixtion des autres sociétés du groupe, détourne le fondement de la théorie de l'apparence qui doit normalement reposer sur le fait de la croyance légitime du cocontractant due à l'apparence trompeuse. Enfin, nous pouvons même penser que ce type d'extension ne présente pas une grande utilité, dans la mesure où la société qui souscrit directement l'engagement conventionnel n'est pas insolvable. L'extension crée plus d'insécurité

---

que les cessionnaires ont consenti au profit de M. Louis-Dreyfus une promesse de vente de ces parts sociales pour un prix de 3 498 000 000 francs, laquelle est intervenue fin 2004 suite à la levée de l'option par M. Louis-Dreyfus.

<sup>839</sup> Note sous l'arrêt de Cass. com. 4 mars 1997, précité

juridique au détriment des débiteurs que d'utilité pour le créancier. De ce qui précède, il semble que cette solution radicale, engendre des conséquences déséquilibrées, ne mérite d'être envisagées que dans des cas exceptionnels.

## ***§2 La protection des créanciers des sociétés en procédure collective appartenant au groupe de sociétés en droit français***

En droit des procédures collectives français, le renforcement de la protection des créanciers peut se réaliser par la dérogation directe de la responsabilité limitée de la société débitrice (**A**). Pourtant, la jurisprudence française, tout en restreignant la portée d'application de ce moyen, tend à valoriser une autre approche vise à mettre en place une responsabilité résultant de la faute de gestion, susceptible d'être commise par le groupe/la société mère s'étant immiscée dans la direction de la société en difficulté (**B**).

### *A. La dérogation au régime de responsabilité limitée*

La confusion des patrimoines est naturellement un argument préféré des créanciers qui sollicitent l'extension de la responsabilité à la société mère du débiteur, voire à ses sociétés sœurs du groupe (1). Par ailleurs, la théorie de société fictive permet également la recherche de la responsabilité des associés (2).

#### ***1 .Confusion des patrimoines***

Le droit français a instauré dès le début du XXème siècle le dispositif de la confusion des patrimoines en vue de lutter contre l'abus de la personnalité juridique<sup>840</sup>. Ce dispositif permet d'ouvrir, en cas de faillite d'une société, une procédure collective unique à l'encontre tant de la société défaillante qu'à l'ensemble des sociétés tierces étroitement liées à celle-ci. En pratique, ce sont des sociétés d'un groupe qui sont visées par l'action en confusion des patrimoines.

Le régime est actuellement inscrit à l'article L. 621-2, alinéa 2 du Code de commerce,

---

<sup>840</sup> M. Beaubrun, « *La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif* », RJ com. 1980, p. 41

qui prévoit qu'« à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale... ». La procédure visée par le texte concerne la procédure de sauvegarde, mais la règle est également applicable au regard de la procédure de redressement judiciaire et celle de la liquidation judiciaire<sup>841</sup>.

L'enjeu de la confusion des patrimoines est important, il constitue une règle dérogoire à l'autonomie patrimoniale de chaque société jouissant de la personnalité juridique distincte. Le régime de la responsabilité limitée est ainsi mis en cause, puisque la société mère, ou même les sociétés sœurs, risque d'être incluses dans une procédure collective initialement ouverte à l'encontre d'une filiale. La loi française n'a cependant pas donné de définition légale, laissant à la jurisprudence le soin de développer deux sortes de critères caractérisant la « confusion des patrimoines ».

Le premier critère, fidèle au sens littéral de la confusion, se justifie par la constatation d'une imbrication des actifs. L'idée est que l'indépendance du patrimoine d'une personne juridique ne peut être retenue si l'on est dans l'impossibilité de distinguer un patrimoine d'un autre<sup>842</sup>. Force est de constater que la Cour de Cassation exerce toujours un contrôle restrictif au regard de l'imbrication des patrimoines, le réduisant *a priori* à la confusion des comptes, c'est-à-dire à un« désordre rendant impossible la détermination des droits de chacune des personnes concernées »<sup>843</sup>, et fait disparaître même les traces permettant la reconstitution postérieure de chacun des patrimoines. Cela étant, la confusion des patrimoines est alors reconnue dans le cas où il existe « un désordre généralisé des comptes et un état d'imbrication inextricable entre ces deux sociétés »<sup>844</sup>, ou dans le cas où un commerçant utilise « son compte personnel comme compte de la société »<sup>845</sup>. Au contraire, les opérations de transferts de fonds entre les sociétés, même si elles sont irrégulières et le montant important, ne peuvent entraîner la caractérisation de la confusion des patrimoines dès lors que les opérations ont été régulièrement enregistrées en comptabilité<sup>846</sup>. Il est donc clair que l'action fondée sur l'imbrication des actifs n'a point pour objectif de réprimander les actes irréguliers réduisant l'importance du

---

<sup>841</sup> V. respectivement les articles L 631-7 et L. 641-1

<sup>842</sup> C. Saint-Alary-Houin, « Droit des entreprises en difficultés », Montchrestien, 4e éd. 2001, p. 213, n° 357

<sup>843</sup> M. Cabrillac et P. Pétel, obs. sous Cass. com. 4 juill. 2000, JCP E 2001, chron. 173, n° 1-A-1

<sup>844</sup> Cass. com., 24 oct. 1995 : RJDA 1996, n° 266

<sup>845</sup> Cass. com., 17 janv. 1995, n° 92-15.674, inédit

<sup>846</sup> Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-11.399, inédit

patrimoine. Elle ne correspond qu'à des cas bien ciblés et rares en droit positif : c'est le cas où le patrimoine ne peut pas être techniquement identifié à défaut de registres comptables suffisants.

Le deuxième critère de la confusion des patrimoines est plus fréquemment évoqué en droit positif. Dans un premier temps, la Cour de Cassation a retenu l'existence des « *flux financiers anormaux* » comme fait justificatif de la confusion des patrimoines. L'expression a été ensuite élargie aux « *relations financières anormales* » afin de prendre en compte d'autres relations financières anormales qui s'inscrivent dans un contexte plus complexe où les transactions ne sont pas simplement concrétisées par des flux réels de fonds. Visant des relations financières très diverses, la confusion des patrimoines peut provenir du fait de supporter les charges d'une société par l'autre, d'encaisser par une société des factures appartenant à l'autre, de passer des transactions dépourvues des contreparties normales, de soutenir financièrement de façon anormale les sociétés<sup>847</sup>.

En tout état de cause, la confusion ne sera pas systématiquement retenue en dépit de transactions anormales ou irrégulières. L'anormalité, en matière de confusion des patrimoines, doit nécessairement se différencier de cette notion en droit fiscal ou de l'abus de biens sociaux en droit pénal. L'élément clé du critère retenu pour caractériser des relations financières anormales est le seuil de gravité de l'anormalité. A cet égard, la Cour de Cassation tente de maintenir une appréciation restrictive, et seulement des *flux, manifestation anormaux, procédant d'une volonté systématique*<sup>848</sup> sont suffisants à caractériser la confusion des patrimoines. Il en résulte que ce sont les transferts des actifs d'un patrimoine à l'autre sans aucune contrepartie ou sans réelle contrepartie<sup>849</sup>, et non une contrepartie insuffisante ou inhabituelle, qui font l'objet d'une action en confusion de patrimoines. Précisons que la notion de contrepartie doit nécessairement être envisagée à la lumière de l'ensemble des relations existant entre les deux personnes et du préjudice causé aux créanciers de la société en difficulté<sup>850</sup>.

De plus, les opérations occasionnelles ou temporaires sont normalement impropres à justifier la confusion des patrimoines. Une répétition des actes anormaux doit être généralement nécessaire. Selon la jurisprudence concernant la confusion des patrimoines, la Cour de Cassation entend chercher, par l'analyse des comportements des dirigeants, si

<sup>847</sup> Cf. P.-M. Le Corre, « *Droit et pratique des procédures collectives* », Dalloz Action 2010 /2011, p. 282, n°213.23 et s.

<sup>848</sup> D. Tricot, « *La confusion des patrimoines et les procédures collectives* » : Rapp. C. cass. 1997, p. 170

<sup>849</sup> CA Paris, 7 mars 2003, RG n°2002/16873

<sup>850</sup> M. Cabrillac et P. Pétel, obs. sous Cass. com. 4 juill. 2000, précité

ces relations financières anormales n'impliquent pas la volonté de porter atteinte à l'intérêt des créanciers à travers des actes systématiques dont le but est de vider les actifs de la société débitrice<sup>851</sup>.

Il ressort de la jurisprudence que la mise en place du critère de « *relations financières anormales* » a ainsi pour objectif principal de protéger le patrimoine de la société. La confusion des patrimoines est alors conçue par la Haute Juridiction pour réprimander des dirigeants et associés qui ne se soucient pas de maintenir l'équilibre patrimonial de chacune des sociétés, en agissant avec un libéralisme excessif au mépris de toutes les règles fondamentales d'une gestion normale. Au contraire, les juges n'ont pas vocation à apprécier dans le cadre de l'action pour confusion des patrimoines la régularité ou la pertinence des actes de gestion, même si ceux-ci ont contribué directement à la difficulté de la société visée par la procédure collective.

Dans le cadre du groupe de sociétés, il arrive dans certains cas que la société mère du groupe concentre systématiquement des passifs dans une entreprise en transférant ses bénéfices dans les autres entités du groupe. Cette entreprise du groupe est alors dépourvue structurellement de tous les bénéfices des opérations intragroupes, elle ne possède que des actifs nécessaires à la poursuite de l'exploitation. Un tel appauvrissement d'actifs délibérément organisé, est révélateur d'une volonté de limiter et de réduire le patrimoine social au détriment des créanciers, et suffit à justifier la confusion des patrimoines.

En dehors de ce type d'appauvrissement manifestement constitutif de la confusion, ni la présence du groupe, ni l'intérêt du groupe, ne saurait être considéré comme un élément influençant la confusion des patrimoines.

Tout d'abord la jurisprudence écarte implicitement l'influence de l'intérêt du groupe dans la caractérisation de la confusion des patrimoines.

Dans la pratique, de nombreuses opérations relèvent de modèles d'organisation habituelle au sein des activités du groupe. Tel est le cas de la centralisation de trésorerie et des charges, de la mise à disposition du personnel, la mise en commun de services, des avances de fonds ou bien encore d'autres aides financières conclues entre les sociétés

---

<sup>851</sup> D. Tricot, précité, p. 171, B. Grelon, C. Dessus-Larrivé, « *Confusion des patrimoines au sein d'un groupe* », Rev. soc. 2006, p. 281, n° 14

d'un même groupe. De façon générale, toutes ces opérations de nature habituelle ne sauraient caractériser en soi la confusion des patrimoines des sociétés du groupe, même si elles pourraient contribuer à une perte importante pour la société concernée. La mise en place de cette règle n'est pourtant pas évidente, notamment dans le cas où la société en cause a subi des résultats catastrophiques tandis qu'elle a maintenu des opérations intragroupes complexes et délicates. En droit positif les juges du fond résistent difficilement à la reconnaissance d'une confusion des patrimoines. Le fameux arrêt *Metaleurop* rendu par la Cour d'Appel de Douai est très explicatif. Dans cette affaire, il a été constaté qu'une filiale a conclu avec la société mère des conventions de trésorerie et de change. La gestion du risque de change, effectuée par la société mère au titre de ces conventions, s'est révélée désastreuse ultérieurement et cela a causé une perte très lourde pour la filiale. Il existait également des prestations de services, communes au groupe, qui n'ont pas été bien facturées. Par conséquent, la filiale a supporté la totalité des charges des salariés qui travaillent essentiellement pour l'ensemble du groupe. De plus, la société mère a consenti également des avances de fonds très importantes au profit de la filiale, alors qu'il était mis en avant qu'au niveau du financement, la filiale était complètement dépendante de la société mère, de sorte que la solvabilité de la filiale ne dépendait que des capacités financières de la société mère, de ses paiements, et de sa volonté d'accorder ou non un crédit<sup>852</sup>. Il est clair que la gestion financière de la filiale était étroitement liée à celle du groupe centralisé entre les mains de la société mère, et le refus de cette dernière de continuer à fournir des crédits a définitivement conduit au dépôt de bilan de la filiale. La Cour d'Appel de Douai a confirmé une sorte de relation financière anormale. Cette position, qui a pour effet de remettre en cause, le mode usuel de la gestion des relations financières au sein du groupe<sup>853</sup>, a été explicitement censurée par la Cour prétorienne<sup>854</sup>. L'arrêt a été ensuite renvoyé devant la Cour d'Appel de Paris, qui a confirmé l'avis des hauts magistrats<sup>855</sup>. Les juges de renvoi ont souligné que la gestion financière du groupe, sans qu'il y ait de modalité spécifique à l'égard de la filiale, n'a pas pour but de le mettre en péril. Il est donc clair que les modes d'organisations financières du groupe, sans qu'ils soient mis en œuvre spécifiquement pour appauvrir l'un des membres du groupe, ne doit pas être assimilé à une confusion de patrimoines. De plus, l'accord de financement par la société mère à la filiale, malgré son importance, n'est pas constitutif d'une confusion. Il

---

<sup>852</sup> CA Douai, 16 déc. 2004, D. 2005, p. 216, RJDA 5/05 n°587

<sup>853</sup> B. Grelon, C. Dessus-Larrivé, « *Confusion des patrimoines au sein d'un groupe* », précité, n° 17

<sup>854</sup> Cass. com. 19 avril 2005, affaire *Metaleurop*, D. 2005, AJ, p. 1225, obs. A. Lienhard, et p. 2013, obs. F.-X. Lucas ; JCP 2005, II, 10088, note O. Bouru et M. Menjucq, JCP E 2005, 1274, p. 1421, n° 1, obs. Ph. Pétel ; Joly. 2005, p. 690, §155, note C. Saint-Alar-Houin ; Rev. soc. 2005, comm. n°50, B. Rolland

<sup>855</sup> CA Paris 11 oct. 2005, Joly. 2006, §94, p. 478, note P. Scholer

en résulte ensuite que la décision de la société mère d'interrompre le financement de la filiale, alors que sa poursuite compromettrait sa propre situation financière, ne démontre pas la volonté de la société mère de nier l'autonomie financière de la filiale.

Il est clair que la Cour de Cassation entend une application extrêmement restrictive de l'action pour confusion de patrimoines, de sorte qu'elle doit rester une mesure exceptionnelle<sup>856</sup>. Cette position rigoureuse au regard du groupe de sociétés est constante. La Cour de Cassation a eu l'occasion de confirmer, dans l'arrêt Air Liberté<sup>857</sup>, que la confusion des patrimoines est étrangère à la seule constatation des multiples prises en charge des coûts et des frais entre une société mère et sa filiale. Quant à l'abandon de créances par la société mère assorti d'une clause de retour à une meilleure fortune, cela ne saurait non plus justifier la confusion, dès lors que l'abandon est consenti dans une convention écrite et qu'il n'a pas mis en péril l'existence de la société mère<sup>858</sup>. Les Hauts Magistrats ont même rappelé que même la fraude, notamment le détournement d'actifs, ne saurait en tant que telle justifier la confusion des patrimoines.

Le régime de la confusion des patrimoines ne saurait être ainsi utilisé pour mettre en place une responsabilité solidaire entre des sociétés en raison de leurs relations économiques ou financières, même si ces sociétés se caractérisent par une unité économique liées par des relations extrêmement étroites<sup>859</sup>.

Il est démontré en jurisprudence que la communauté d'intérêts, d'objectifs et de moyens entre deux sociétés dont l'une prend en charge le déficit de l'autre<sup>860</sup>, aussi bien que l'identité des dirigeants sociaux, des sièges sociaux, des objets sociaux entre des sociétés détenant réciproquement des parts sociales<sup>861</sup> ne suffisent pas à caractériser la confusion de patrimoines. Le montage classique de la création d'une société civile immobilière, dont la seule activité est d'acquérir des immeubles en vue de les louer à une société commerciale, ne conduit pas à la confusion des patrimoines entre ces deux sociétés, même si celles-ci sont contrôlées et gérées par les mêmes personnes<sup>862</sup>.

---

<sup>856</sup> Ph. Delmotte, « *Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la Cour de Cassation* », RJDA, 6/2006, p. 539, n° 8

<sup>857</sup> Cass. com. 10 janv. 2006, affaire AOM Air Liberté, Rev. soc. 2006, p. 629, note. Ph. Roussel Galle, n° 3

<sup>858</sup> CA Paris, 7 sept. 2004, RJDA 12/04 n° 1344, affaire AOM Air Liberté, confirmé par la Cour de Cassation par l'arrêt précité

<sup>859</sup> A. Jacquement, « *Exploitation en commun et confusion des patrimoines* » J.-Cl. Fasc. 2165, n° 8

<sup>860</sup> Cass. com., 20 oct. 1992 : Juris-Data n° 1992-002292 ; Bull. civ. 1992, IV n° 313

<sup>861</sup> Cass. com., 11 févr. 1993 : JCP E 1993, pan. 868. - Cass. com., 31 mai 1995 : Rev. sociétés 1995, p. 757, note D. Randoux

<sup>862</sup> Cass. com. 28 juin 1994, RJDA, 11/94 n° 1260



La jurisprudence a bien mis en évidence les conditions restrictives de la reconnaissance de la confusion des patrimoines. Une telle prudence n'est pas surprenante compte tenu de la sévérité extrême des conséquences de l'extension de la procédure collective. L'enjeu pourrait même mettre en danger les intérêts légitimes des salariés, des créanciers et d'autres parties prenantes liées aux sociétés auxquelles la procédure est étendue. La confusion des patrimoines n'est qu'une mesure ultime utilisée seulement dans des cas extrêmes. Il faut réduire au minimum l'effet destructif<sup>863</sup> de ce mécanisme. La restriction de ces conditions d'application prouve ainsi l'effort de la jurisprudence à être en phase avec l'évolution législative récente défavorable à l'extension des dettes sociales entre les différentes personnes juridiques. S'inscrit exactement dans cette tendance la suppression par la loi du 26 juillet 2005 de l'ancien article L.624-5 du Code de commerce qui prévoit un régime de l'extension des sanctions contre la personne morale au titre du dirigeant de fait.

## ***2. Société fictive***

Outre la confusion des patrimoines, la reconnaissance judiciaire de la fictivité de la société est également susceptible de déclencher l'ouverture d'une procédure collective unique contre plusieurs sociétés dont l'une en état de difficulté. Il convient de noter que les régimes des sociétés fictives et de la confusion des patrimoines partage un même fondement justifiant l'extension de la procédure, à savoir l'abus de la personnalité juridique de la société. La différence subsiste pour autant sur la manière de l'abus. Si la confusion des patrimoines résulte d'une imbrication insoucieuse des biens autonomes, la fictivité de la société se caractérise par une pure apparence de la société<sup>864</sup>.

En effet, la notion de société fictive fut développée dans un premier temps par la jurisprudence avant qu'elle ne soit légiférée. Selon la théorie générale de la simulation, une société ne peut qu'être fictive lorsqu'elle consiste seulement en une société de façade, ou une société écran, dépourvue de toute autonomie et soumise à la volonté d'une autre personne. Malgré la conformité aux formes institutionnelles, la société fictive n'a pas de personnalité réelle distincte de celle de son animateur.

---

<sup>863</sup> Ph. Pétel, obs. sous Cass. com. 19 avr. 2005, précité

<sup>864</sup> C. Saint-Alary-Houin, précité, p. 207, n° 356

La doctrine a depuis longtemps confirmé que la société était fictive lorsqu'il manquait, à l'occasion de sa création *l'affectio societatis*, c'est-à-dire une véritable volonté des associés de s'associer pour une vie sociétaire. Pourtant, suite à la consécration législative progressive des sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL par la loi du 11 juillet 1985, SASU par la loi du 12 juillet 1999), cet argument semble devoir être atténué à moins qu'on ne soit prêt à reconnaître la coexistence de deux régimes hétérogènes de l'organisation de la société. L'instauration du régime de la société unipersonnelle conduit à démentir par elle-même la théorie de *l'affectio societatis* laquelle exige la réunion des associés pour faire face à l'aléa commun. En tout état de cause, l'institution de la société semble aujourd'hui proche d'une pure technique juridique. Pourtant, cela ne dénie pas complètement l'utilité du dispositif de la société fictive, laquelle a vocation de sanctionner le montage d'une société dans le seul dessein de dissimuler le véritable animateur ou de réaliser un objectif frauduleux<sup>865</sup>.

Il est vrai que la société fictive est fréquemment retenue notamment dans les petites entreprises dans laquelle les dirigeants, personnes physiques sont souvent des associés uniques ou majoritaires de la société. Néanmoins, l'existence d'une société fictive n'est pas exclue dans le cadre d'un groupe de sociétés. Non seulement une filiale peut s'avérer fictive vis-à-vis de sa société mère, mais peut ainsi être retenue fictive par rapport à sa société sœur<sup>866</sup>.

Pourrait-on penser que les sociétés du groupe sont plus susceptibles d'être qualifiées de société fictive du fait que ces sociétés sont plus ou moins dépendantes de la société mère sur le plan économique et financier, et du fait que les dirigeants des filiales du groupe sont soumis à l'autorité centrale du groupe?

D'une part, la jurisprudence rejette clairement l'appréciation de la fictivité fondée sur l'interdépendance économique, en soulignant constamment que la constatation des unités d'exploitation d'une même entreprise, composée par plusieurs sociétés du groupe, ne suffit pas à caractériser la fictivité de l'une ou de l'autre société<sup>867</sup>. La sanction de la fictivité est donc impuissante à faire obstacle à la liberté de la création des sociétés,

---

<sup>865</sup> La société frauduleuse est assimilée à une société fictive : Y. Guyon, « Droit des affaires », Tome 2, 5<sup>e</sup> Ed. n° 1405

<sup>866</sup> CA Paris, 16 novembre 1993, Joly. 1994, §12, p. 73, note P. Diener

<sup>867</sup> Cass. com., 19 mars 1996 : D. 1996, inf. rap. p. 103 ; Bull. Joly 1996, p. 526, § 180, note P. Le Cannu ; RTD com. 1996, p. 686, obs. C. Champaud et D. Danetm ; Cass. com., 27 oct. 1998 : D. 1998, inf. rap.p. 260 ; RJDA 1/1999, n° 42 et 63 ; Bull. Joly 1999, p. 245, § 40. - CA Paris, 9 mars 1993 : Rev. pr. coll. 1993, p. 452, obs. J.-M. Calendini. - F. Derrida, « *L'unité d'entreprise" est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ?* » Étude de jurisprudence, Mélanges Derruppé : GLN Joly-Litec1991, p. 29

laquelle permet tout à fait une fragmentation de l'entreprise unique en plusieurs sociétés séparées. De même, en général une société holding non opérationnelle ne saurait être retenue en tant que telle fictive, même si elle a été incapable d'assumer son rôle financier de holding à l'égard de sa filiale dont elle dépendait totalement, outre la similitude des sigles, du siège social et des dirigeants<sup>868</sup>.

D'autre part, la jurisprudence n'est pas claire sur le point de savoir si le manquement de l'autonomie décisionnelle d'une filiale est constitutif du caractère fictif. Dans l'affaire *Metaleurop*, le jugement de la Cour d'Appel de Douai du 2 octobre 2003, ultérieurement cassé par la Haute Juridiction, semble être séduite par l'idée d'assimiler la fictivité d'une société à sa dépendance à la société mère. L'arrêt met en avant qu'une « *société apparaît fictive lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle* » et qu'il importe que « *la mise en commun des moyens et la subordination à celui du groupe des intérêts de sociétés le composant ne dépasse pas le degré d'organisation inhérent à un tel ensemble économique et les sociétés contrôlées doivent conserver la maîtrise des fonctions essentielles à leur autonomie* »<sup>869</sup>. M. le professeur Le Corre s'allie également à cette position.<sup>870</sup>

Pour autant, il nous semble que la caractérisation de la fictivité ne repose pas a priori sur le fait que le pouvoir décisionnel de la société est effectivement détenu par la société mère. En revanche, elle doit être vérifiée en fonction de l'état psychologique des associés. Le contrôle judiciaire doit être orienté sur l'existence de la seule volonté d'abuser de la personnalité juridique de la société, dans le seul but de faire échapper une partie du patrimoine social aux poursuites des créanciers, ou d'agir en fraude. C'est dans ce sens là que les juges du fond se voient accorder le pouvoir souverain d'appréciation au regard de l'existence ou de l'absence de l'*affectio societatis*<sup>871</sup>.

Par analogie à la rigueur dans l'appréciation de la confusion des patrimoines, il nous semble que la fictivité d'une société ne soit pas aisément constatée dans le cadre d'un groupe de sociétés. Elle ne peut être retenue qu'en cas de découverte d'une intention réelle des associés complètement étrangère à la vie sociale, une intention de dissimuler

---

<sup>868</sup> Cass. com. 8 fevr. 1994, Joly. 1994. p.394

<sup>869</sup> CA Douai, 2 oct. 2003, *Metaleurop*, D. 2003, AJ p. 2571, obs. A. Lienhard; Act. Proc. Coll., 2003/17, n°218; JCP E 2005, 721, p. 796 note B. Rolland.

<sup>870</sup> P.-M. Le Corre, « *Droit et pratique des procédures collectives* », Dalloz Action 2010/2011, n° 213.11, p. 278. Il précise davantage que l'appréciation de fictivité doit se faire in concreto et passera souvent par une expertise.

<sup>871</sup> Cass. com. 19 mai 1969, Bull. civ. IV, n°182, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 5 mars et 18 mars 1985, et CA rouen, 17 avril 1985, RJ com. 1987, p. 7, note Ch.-H. Gallet

souvent des actes irréguliers ou frauduleux sous le couvert de la forme de société.

### *B. L'action en responsabilité fondée sur la faute de gestion*

Outre la dérogation complète au régime de la responsabilité limitée, il existe un autre mécanisme permettant de mettre en place la responsabilité de la société mère, et même d'autres sociétés du groupe, en faveur des créanciers de la société ayant déposé le bilan. La mise en œuvre de ce mécanisme est beaucoup plus sophistiquée. Il faut avoir recours à l'action en comblement de l'insuffisance d'actifs, désormais inscrite à l'article L.651-2 du Code de commerce. Les dirigeants visés dans ces articles comprennent non seulement les dirigeants de droit, mais également les dirigeants de fait. Cette extension de la responsabilité des dirigeants confie effectivement aux tribunaux la possibilité d'imputer des dettes de la société en faillite aux sociétés tierces, dès lors que celles-ci se comportent comme des dirigeants de fait. Des sociétés appartenant au même groupe que la société en faillite n'étant pas exclu d'être éventuellement un dirigeant de fait, il est donc possible de rechercher par cette voie la responsabilité solidaire du groupe dès lors que des créanciers de la société défailante ne sont pas satisfaits.

La réalisation de cette approche repose sur deux points essentiels. Il faut, tout d'abord, qu'une société du groupe puisse être qualifiée de dirigeant de fait de la société défailante, puis que ses comportements dans le cadre de la gestion sociale soient constitutifs d'une faute de sorte que l'auteur doit être solidairement responsable des dettes de la société défailante. Il convient donc de savoir, avant d'étudier les critères permettant à une autre société de groupe d'être qualifiée de dirigeant de fait responsable (2), dans quelles conditions la responsabilité des dirigeants peut être recherchée à cause de leurs actes de gestion (1).

#### ***1. Comblement de l'insuffisance d'actifs***

L'action en comblement de l'insuffisance d'actifs est mise en place lors de la liquidation judiciaire de la société. Le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actifs, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion (l'article L. 651-2 de Code de

commerce).

Le contenu de la faute prévu à l'article L. 651-2 doit s'entendre au sens large. Elle peut consister non seulement en une erreur de gestion ou en une imprudence, mais également en une violation de la loi ou des statuts<sup>872</sup>. Ainsi l'article ne vise que des actes fautifs commis antérieurement à la date d'ouverture de la procédure collective. Il en résulte que les agissements régis sous l'empire de l'action en comblement de l'insuffisance d'actifs relèvent en principe de la même nature que les actes de gestion visés sous l'action en responsabilité en droit commun (L. 223-22, L. 225-251 et L. 225-256 du Code de commerce). Il résulte de cette similitude de fondement de ces deux régimes d'action en justice ne peuvent être cumulés. En fait, un tel cumul fut depuis longtemps accepté par la justice sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967. Après la réforme de la loi du 25 janvier 1985 qui a aligné définitivement leur fondement sur la faute de gestion, la Cour de Cassation a définitivement renversé l'ancienne jurisprudence en 1995 et interdit désormais le cumul de ces deux actions<sup>873</sup>.

Selon ce principe de non-cumul, le régime de droit commun est uniquement applicable lorsque la société est *in bonis*, et l'exercice d'une action est ouvert à quasiment toutes les parties ayant subi un dommage. En revanche, une fois que la procédure collective est ouverte, la seule action recevable en justice est l'action en comblement de l'insuffisance d'actifs, dont le droit d'action est réservé uniquement aux organes de la procédure collective ou Ministère public (l'article L.651-3, Code de commerce).

Bien que ces deux actions en justice aient le même objectif - à savoir la recherche de la responsabilité des dirigeants à cause de leurs fautes de gestion dans le cadre du droit de la procédure collective, l'action présente des spécificités importantes. Nous constatons que ces spécificités sont bien conçues pour mieux correspondre la pratique de la procédure collective(a), et que celles-ci ne remettent pas pour autant en cause le fondement de l'action, qui emprunte la même notion de faute de gestion qu'en droit commun(b).

---

<sup>872</sup> Y. Guyon, « *Droit des affaires* », Tome 2, Economica, 5<sup>e</sup> Ed., n° 1375

<sup>873</sup> Cass. com., 28 févr. 1995 : JCP G 1995, I, 3871, n° 15, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Joly. 1995, p. 544, § 194 ; Rev. sociétés 1995, p. 555, note F. Derrida - Cass. com., 26 mai 1999 : RJDA 2000, n° 321 ; Joly. 1999, p. 962, § 226, note M. Menjucq - Cass. com., 3 oct. 2000 : Joly. 2001, p. 24, § 4, note P. Le Cannu ; LPA 30 mai 2001, p. 21, note D. Gibrila. - Cass. com., 19 févr. 2002 : RJDA 2002, n° 777 ; Dr. sociétés 2002, comm. 117, obs. D. Vidal.

### a. Les spécificités de l'action en comblement d'insuffisance d'actifs

Pour engager la responsabilité personnelle des dirigeants d'une société en procédure collective, il suffit de prouver que la faute de gestion a « contribué » à cette insuffisance d'actifs. Le terme de « contribution » visé à l'article L. 651-2 de Code de commerce démontre que le lien de causalité du dommage se réfère à la théorie de l'équivalence des conditions<sup>874</sup>, qui a pour effet de simplifier la caractérisation d'un tel lien à l'occasion de la pluralité des causes du dommage<sup>875</sup>. La faute commise par un dirigeant ne nécessite pas d'être grave ni lourde, il suffit que celle-ci ait effectivement contribué à la réalisation du dommage, même si elle n'est pas la cause principale ou unique. Il est donc évident que le sens de ce lien de causalité se différencie de celui du régime de la responsabilité civile des dirigeants en droit commun, selon lequel l'acte fautif doit constituer une cause directe du dommage. Cette particularité rend ainsi les dirigeants relativement plus exposés aux critiques contre leurs actes fautifs.

De plus, la plus grande spécificité de l'action en comblement d'insuffisance d'actifs est le caractère facultatif de la condamnation. Alors que dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle de droit commun, les juges sont tenus d'ordonner une réparation suffisante pour la totalité du dommage subi par la victime dès lors que la faute, le préjudice et le lien de causalité sont prouvés. Cette rigueur du principe est atténuée au regard de l'action en comblement de passif. En vertu du texte qui prévoit que le tribunal « peut » décider de condamner les dirigeants à supporter « *en tout ou partie* » les dettes de la société défaillante, la jurisprudence a bien confirmé qu'il appartenait aux juges du fond de décider de la condamnation, de l'atténuation ou de l'exonération de la responsabilité personnelle de dirigeant<sup>876</sup>.

Est-il permis de déduire de cette règle qu'en cas de pluralité de dirigeants fautifs, les juges du fond disposent également d'un pouvoir souverain pour condamner seulement une partie des dirigeants à combler l'insuffisance d'actifs, et d'exonérer les autres ? Il

---

<sup>874</sup> Selon la théorie de la condition d'équivalence, est cause tout événement à défaut duquel le dommage ne serait pas produit. Un antécédent *sine qua non* du dommage est alors une cause. V. P. Marteau, « *La notion de causalité dans la responsabilité civile* », thèse Aix 1913 ; P. Jourdain, J.-Cl. Fasc. 160, « *Détermination des causes du dommages* », n°12 et s.

<sup>875</sup> G. Ripert et R. Roblot, « *Traité de droit commercial* », t. 2 par Ph. Delebecque et M. Germain : LGDJ, 17e éd, 2004, n°3285

<sup>876</sup> Cass. com., 25 juin 2002 : Juris-Data n° 2002-017992 ; RJDA 2002, n° 1306 ; Dr. sociétés 2003, comm. 73, note J.-P. Legros. – CA Versailles, 27 sept. 2001, Act. proc. coll. 2002/9, n° 117- CA Paris, 9 oct. 1998 : Act. proc. coll. 1999, n° 41. – CA Grenoble, 7 janv. 1999 : JCP E 1999, p. 745

convient de rappeler tout d'abord que sous l'empire de l'article L. 651-2, le lien de causalité entraînant la responsabilité des dirigeants est apprécié selon la théorie de l'équivalence des conditions. Cela signifie que l'entier dommage peut être imputé à l'auteur de la faute ayant contribué à le causer, sans qu'il soit nécessaire de vérifier s'il existe d'autres causes à l'origine du dommage. Néanmoins, cette théorie de l'équivalence des conditions n'interdit pas les juges du fonds de décider de condamner une partie des dirigeants, puisque même dans le cadre du droit commun, les juges civils peuvent effectuer un tri des causes équivalentes en fonction de la proximité ou de la gravité respective des fautes ayant rendu possible le dommage<sup>877</sup>.

Cela étant, les juges sont en mesure de procéder à l'exonération ou à la détermination du montant exact de l'obligation individuelle de chaque dirigeant contribuant à la réalisation du dommage. Cette méthode doit être utilisée de façon prioritaire par rapport à la condamnation de la responsabilité solidaire entre plusieurs dirigeants, puisque le législateur exige dans l'article L. 651-2 que la responsabilité solidaire ne puisse être retenue que par motivation spéciale<sup>878</sup>.

A cet égard, il est intéressant de comparer les textes régissant respectivement l'obligation des dettes sociales et le comblement de l'insuffisance d'actifs. Pour le premier, l'article L.652-2 du Code de commerce prévoit clairement que « *en cas de pluralité de dirigeants responsables, le tribunal tient compte de la faute de chacun pour déterminer la part des dettes sociales mise à sa charge* ». Le législateur ajoute que « *Par décision motivée, il peut les déclarer solidairement responsables* ». Au contraire, pour le comblement de l'insuffisance d'actifs, le législateur a presque repris presque la même formule, mais a supprimé le passage « *le tribunal tient compte de la faute de chacun pour déterminer la part des dettes sociales mise à sa charge* ». Il ne semble pas que cela soit une négligence, mais une suppression délibérée. Cela démontre que le législateur n'exige pas au regard de l'action en comblement, que les juges fixent le montant de la responsabilité de chaque dirigeant en fonction de la proportion de la gravité de leur faute. L'appréciation relève complètement du caractère souverain des magistrats.

En résumé, la loi confie aux juges du fond un pouvoir d'appréciation souverain extrêmement étendu en ce qui concerne la confirmation de la condamnation, le montant de réparation, ainsi que la proportion de la responsabilité imputée à chaque dirigeant

---

<sup>877</sup> M. Fabre-Magnan, « *Les obligations* » : PUF, coll. Thémis, 2004, p. 732

<sup>878</sup> Ch. Hannoun, *J.-Cl.* 2007, Fasc. 2905, n° 54

responsable, à moins qu'il ne soit retenu responsable solidairement avec les autres dirigeants. Bien que la doctrine continue d'affirmer que l'action en comblement est une action en responsabilité civile délictuelle<sup>879</sup>, elle n'est plus une action ayant pour simple objet de réparer un dommage en droit commun. Bien sûr, l'action reste encore de nature indemnitaire, puisque la somme totale de la réparation ne peut pas dépasser le dommage subi. Pour autant, l'action affiche indéniablement un caractère de sanction, dans la mesure où les juges peuvent imputer l'ensemble des dettes à certains dirigeants de mauvaise foi, et alléger voire exonérer la condamnation des autres dirigeants également responsables mais ayant agissant de bonne foi.

Néanmoins, il nous semble que la spécificité la plus importante de l'action en comblement d'insuffisance d'actifs consiste en sa fonction sociale, destinée à modérer éventuellement la responsabilité des dirigeants en évitant en même temps que l'intérêt des créanciers ne soit trop déséquilibré.

En premier lieu, la condamnation de comblement a un effet déstabilisant. Au regard des dirigeants personnes physiques, la condamnation conduit souvent à des conséquences personnelles et familiales dramatiques. S'agissant des dirigeants, personnalité morale, la prise en charge de l'insuffisance sociale pourrait entraîner des difficultés financières voire une faillite, et avoir par ricochet des conséquences graves sur un plus grand nombre de personnes. Il convient d'envisager de faire appliquer, suite à la cessation de paiement d'une société ayant déjà des relations très tendues et des conséquences dramatiques, des solutions juridiques équilibrées en vue de réduire les effets destructeurs, et de voir s'il n'y a pas une possibilité de donner une deuxième chance au dirigeant<sup>880</sup>.

Ensuite, la nécessité de la prudence judiciaire au regard de l'appréciation souveraine se voit davantage confortée dans la mesure où la faillite d'une société résulte souvent d'un série de causes assez complexes. En jurisprudence française, les juges du fond tiennent éventuellement compte, bien qu'ils n'en soient pas tenus, des circonstances particulières ayant également contribué au dépôt du bilan de la société. Ainsi les circonstances économiques, l'attitude des salariés ou l'intervention des pouvoirs publics pourraient exonérer ou atténuer la responsabilité des dirigeants commettant une faute de gestion<sup>881</sup>. Ces infléchissements de responsabilité des dirigeants méritent d'être

---

<sup>879</sup> P.-M. Le Corre, « *Droit et pratique des procédures collectives* », Dalloz Action 2010/2011, n°922.11, p. 2188

<sup>880</sup> La letter de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté (OCED), Déc. 2005, v. <http://www.oced.ccip.fr/pdf/Zoom-05-20051201.pdf>

<sup>881</sup> P.-M. Le Corre, « *Droit et pratique des procédures collectives* », précité, n° 922.16, p. 2191



encouragés. Pour englober toutes les situations dans la pratique, il est normal que la loi accorde aux juges le pouvoir d'imputer l'ensemble des dettes de la société aux dirigeants fautif même s'il existe une multitude de causes. Mais il n'est pas moins souhaitable que les juges procèdent à l'examen des autres éléments générateurs de la défaillance et d'évaluer leurs effets contributifs sur l'insuffisance d'actifs. Une telle approche, plus équilibrée et minutieuse, permet de déterminer le véritable rôle de la faute de gestion dans l'appréciation de la cause de la défaillance de la société.

Enfin, la tendance en droit français est de développer une position de plus en plus indulgente vis-à-vis des fautes de gestion des dirigeants de sociétés en difficulté. Le droit étant traditionnellement hostile aux dirigeants d'une société en faillite, l'idée d'étendre les dettes de cette société à ces dirigeants a été depuis longtemps consacré par le législateur. Le très célèbre article 99 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 a instauré le régime de l'action en comblement de passif, selon lequel le tribunal est en droit d'imposer la totalité ou une part des dettes de la société aux dirigeants. Le demandeur à l'action n'a à prouver ni la faute ni le lien de causalité entre la faute et le préjudice, car ils font l'objet d'une présomption simple légale. Cette disposition étant très sévère à l'encontre des dirigeants d'une société en faillite, aussi la réforme législative du 25 janvier 1985 a abrogé cette présomption. Dès lors les dirigeants ne sont plus suspectés d'être le responsable de la défaillance de la société. Enfin, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 a réduit davantage la portée d'une telle sanction. En effet, elle limite la recevabilité d'une telle action à la seule étape de la liquidation judiciaire, et supprime la possibilité d'intenter cette action au cours de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire de la société.

Cette tendance législative peut être également constatée au regard du régime de l'obligation des dettes sociales. La loi du 13 juillet 1967 a énuméré trois types d'agissements entraînant une condamnation de l'extension de procédure collective à l'encontre des dirigeants. Une telle sanction, très sévère, a pour effet de forcer le dirigeant à payer personnellement tout le passif de la société, et de subir toutes les conséquences du redressement judiciaire<sup>882</sup>. Ce mécanisme d'extension de la sanction avait été repris par la loi du 25 janvier 1985, qui a cependant modifié la loi antérieure et étendre cette sanction à sept types de comportements (ancien article L. 624-5 du Code de commerce). Ensuite, sans grand remaniement au regard des faits déclencheurs de la sanction, la loi du 26

---

<sup>882</sup> Y. Guyon, « *Droit des affaires* », Tome 2, 5<sup>e</sup> Ed., n° 1404

juillet 2005 a essentiellement adouci la pénalité contre les dirigeants, en remplaçant la sanction d'une extension de la procédure collective par la condamnation à supporter les dettes déchuées de la société, dont le montant est soumis à l'appréciation souverain des juges du fond. Ce nouveau régime de l'obligation de supporter la dette sociale se rapproche de l'obligation de comblement de l'insuffisance d'actifs, mais il s'avère plus sévère contre les dirigeants puisque ni la faute ni l'insuffisance d'actifs ne nécessite d'être prouvés. En définitive, c'est l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui a définitivement abrogé ce régime qui a perduré durant quarante ans, car il ne faisait plus qu'un double emploi avec la responsabilité pour comblement de l'insuffisance d'actifs dans la pratique depuis 2006<sup>883</sup>.

L'intention du législateur est manifeste : il convient d'être plus indulgent vis-à-vis des dirigeants des sociétés en procédure collective en atténuant la sévérité des sanctions. Cette tendance s'inscrit dans la modernisation de l'organisation économique des sociétés. Les enjeux moraux s'estompant progressivement, le sort de l'homme se sépare de celui de l'entreprise<sup>884</sup>. La loi privilégie plus « *la liberté d'entreprendre et les bienfaits sociaux qui en sont attendus nécessitent d'encourager l'initiative et de limiter la responsabilité de ceux qui sont dans la vie des affaires conduits à prendre des risques* »<sup>885</sup>. De plus, l'indulgence de la jurisprudence est également constaté au regard de la faute des dirigeants. De façon générale, les juges du fond se manifestent très prudente dans la condamnation de la responsabilité personnelle des dirigeants. Normalement la sanction n'est envisagée que dans des cas graves, où des fautes sont parfaitement caractérisées par des dirigeants malhonnêtes ou égoïstes. A titre d'exemple, les juges du Tribunal de Commerce de Paris tendent à fermer le dossier si le passif résulte d'agissements « *normaux* » de la part des dirigeants et si ce passif n'atteint pas 100 000 euros<sup>886</sup>. Ainsi selon les statistiques du Tribunal de Commerce de Lyon, les juges du fond de ce tribunal ne prononcent le comblement du passif contre des dirigeants des sociétés en faillite que dans 1.62%, 1.29% et 0.69% des affaires totales des procédures collectives respectivement en 2004, 2005 et 2006<sup>887</sup>.

Il est cependant clair qu'en droit français, tous les adoucissements concernant la

---

<sup>883</sup> « *Dictionnaire Permanent. Difficulté des entreprises* », p. 152

<sup>884</sup> Exposé des motifs de la loi 26 juillet 2005, VIII, A.

<sup>885</sup> Ch. Hannoun, *J.-Cl.* 2007, Fasc. 2905, n° 1

<sup>886</sup> La lettre de OCED, Déc. 2005, précité.

<sup>887</sup> Les statistiques du Greffe du Tribunal de Commerce de Lyon :

[http://www.greffe-tc-lyon.fr/commun/rubriques\\_permanentes/Presentation\\_Greffe/images/stat.pdf](http://www.greffe-tc-lyon.fr/commun/rubriques_permanentes/Presentation_Greffe/images/stat.pdf), et  
[http://www.greffe-tc-lyon.fr/commun/rubriques\\_permanentes/Presentation\\_Greffe/images/stat\\_2007.pdf](http://www.greffe-tc-lyon.fr/commun/rubriques_permanentes/Presentation_Greffe/images/stat_2007.pdf)

responsabilité pécuniaire des dirigeants ne remettent pas en cause le principe fondamental du contrôle judiciaire sur les comportements des dirigeants. Les dirigeants doivent être responsables de leurs fautes. Seules les autorités judiciaires ont le pouvoir souverain de décider s'il est opportun de les relâcher en fonction des circonstances.

Outre ces spécificités liées à l'action en comblement de l'insuffisance d'actif, notons que la faute de gestion, condition de fond de la responsabilité des dirigeants, ne présente pas des différences fondamentales par rapport au régime de droit commun.

### **b. L'appréciation de la faute de gestion dans le cadre de la procédure collective**

Des spécificités au regard de la classification des actes fautifs peuvent être constatées. Pour autant, les principes établis au regard de la faute de gestion en droit commun peuvent être appliqués en droit spécial de la procédure collective.

Comme en droit commun, il n'existe pas encore de règles absolues et précises permettant d'appréhender avec certitude la faute de gestion. Pourtant, il est bien possible de dégager de la législation et de la jurisprudence certains critères objectifs, qui permettent aux juges d'apprécier la plupart des fautes de gestion dans le cadre de la procédure collective.

Rappelons qu'en droit commun, le législateur met en exergue l'infraction aux lois aux réglementations et la violation des statuts, entraînant, comme les autres fautes de gestion, la responsabilité des dirigeants. En droit de la procédure collective, la loi n'utilise plus une telle formule en trois sous-catégories, mais cela n'interdit pas de penser que les infractions aux lois et les violations des statuts constituent des fautes de gestion. Il est permis de constater que, en dépit de certaines particularités en droit spécial de procédure collective, les fautes de gestion sont par essence de même nature que celles en droit commun. Pour mettre en lumière cette homogénéité, nous pouvons faire une comparaison plus détaillée en fonction de la classification des fautes de gestion de droit commun.

En effet, pendant une longue période, la loi sur la procédure collective a énuméré les comportements des dirigeants considérés comme étant particulièrement graves et qui étaient passibles de sanctions très sévères. Ce régime particulier prévu par l'ancien article

L. 624-5 du Code de commerce a été supprimé par l'ordonnance du 18 décembre 2008, toutefois les comportements visés par cet ancien article continuent d'être considérés comme fautifs.

Il convient de mentionner en prime abord le comportement de dirigeant de procéder à l'exploitation déficitaire d'une entreprise dans son intérêt personnel. La jurisprudence attache une attention particulière à ce type de comportement et de très nombreuses décisions reconnaissent le condamnent<sup>888</sup> On précisera cependant que dans ce cas l'intérêt personnel n'est pas une condition nécessaire pour que la faute de gestion soit retenue. Même en l'absence de celle-ci, les juges du fond peuvent ainsi reconnaître la faute de gestion en tenant compte de l'importance excessive de la durée d'une telle exploitation et du montant du déficit ainsi engendré<sup>889</sup>.

Conformément à la jurisprudence en droit commune, les comportements des dirigeants portant atteinte à l'intérêt social sont aussi reconnus comme fautifs dans le cadre d'une procédure collective. Ces fautes pourraient comprendre notamment l'usage de biens ou de crédit de la société à des fins personnelles et au détriment de l'intérêt social<sup>890</sup> ou de disposer des biens de la société comme de biens propres<sup>891</sup>, étant précisé que ces comportements pourraient être même qualifiées d'abus de biens sociaux.

De plus, il ressort de la jurisprudence que la violation des règles comptables est constitutive du défaut de gestion, peut importe qu'il s'agisse du défaut total de comptabilité, d'une comptabilité fictive<sup>892</sup>, incomplète<sup>893</sup>, irrégulière ou non sincère<sup>894</sup>.

---

<sup>888</sup> Cass. com., 30 mars 1999 : RJDA 1999, n° 704. - Cass. com., 8 juin 1999 : Joly. 1999, p. 1078, § 251, note P. Scholer. - Cass. com., 28 nov. 2000 : RJDA 2001, n° 346 - Cass. com., 14 janv. 2004 : Juris-Data n° 2004-021874. - CA Versailles, 13e ch., 3 mai 1990 : Joly. 1990, p. 664, § 188, note J.-J. Daigre. - CA Paris, 18 juin 1991 : Gaz. Pal. 1992, I, jurispr. p. 148, note J.-P. Marchi ; Rev. proc. coll. 1992, n° 2, p. 149, obs. A. Liénard ; Joly. 1992, p. 277, § 82, note A. Couret. - CA Rouen, 11 sept. 1997 : JCP G 1998, 3063

<sup>889</sup> Poursuite de 2 ans de l'exploitation déficitaire avec un déficit social 5 fois supérieur au montant du capital social : CA Grenoble, 5 juill. 1995 : Juris-Data n° 043946; - la poursuite d'une activité déficitaire malgré deux procédures d'alerte : CA Paris, 7 nov. 1995 : Juris-Data n° 023972; - la disparition du capital social et le maintien de l'entreprise durant trois ans sans reconstituer le capital ou dissoudre la société : CA Pau, 28 avr. 1994 : Juris-Data n° 042880.

<sup>890</sup> Cass. com. 14 déc. 1993, Rev. société 1994, 778, note G. Pariente ; - Cass. com., 3 oct. 2000, Joly. 2001, p. 24, n°4, note P. Le Cannu

<sup>891</sup> Les cas typiques sont ceux où les dirigeants ont pris avantage du matériel, du personnel ou du soutien financier de l'entreprise pour les commodités de sa vie privée : Cass. com., 29 oct. 1974 : JCP CI 1974, I, 4179; Cass. com., 8 mars 1983 : Bull. civ. 1983, IV, n° 98, Cass. com., 9 juill. 1985, Juris-Data n° 1985-002071. Sont diverses l'usage fautif des biens ou crédit de la société par ses dirigeants : CA Orléans, 6 mars 1985 : Juris-Data n° 1985-041445

<sup>892</sup> Prévu dans l'ancien article L. 624-5, 5° du Code de commerce. La disparition de ce type d'agissement dans l'article L.652-1 le fait échapper à régime plus sévère de l'obligation aux dettes sociales, sans que son caractère fautif soit écarté.

<sup>893</sup> CA Toulouse, 23 oct. 1995 : Juris-Data n° 053195

<sup>894</sup> CA Dijon, 28 juin 1995 : Juris-Data n° 001092

Le reproche est même maintenu contre de simples administrateurs qui ont manqué d'exiger du président de la tenue d'une comptabilité conforme<sup>895</sup>.

Outre ces comportements auparavant considérés comme des fautes graves, l'ancien article L. 624-5 du Code de commerce faisait également état des dissimulations des actes de commerce dans l'intérêt personnel du dirigeant, du détournement d'actif et de l'augmentation frauduleuse du passif. Ces actes sont la preuve de la malhonnêteté manifeste des dirigeants qui tendent à fausser la personnalité juridique et la responsabilité limitée de la société dans le cadre de la gestion d'une entreprise faisant ultérieurement faillite. Il convient donc de reconnaître le caractère fautif de ces actes.

Mis à part les comportements énumérés par les anciennes dispositions légales au titre des sanctions-extensions ou de l'obligation en dettes sociales, les autres actes contrevenant aux dispositions légales ou statutaires peuvent être également retenus comme faute de gestion par la jurisprudence. On constate que les violations des dispositions légales ou statutaires relatives aux fonctions de la société, telles que la convocation de l'assemblée, la consultation des associés<sup>896</sup> et les irrégularités relatives à la constitution, libération ou rétablissement du capital<sup>897</sup>, sont également constitutives d'une faute de gestion.

Un autre critère objectif retenu en droit commun est la passivité des dirigeants, entraînant également la responsabilité des dirigeants des sociétés en faillite. La jurisprudence à cet égard démontre sa forte ressemblance à celle du droit commun qu'il s'agisse d'un manquement à la surveillance<sup>898</sup> ou d'une participation active à la direction<sup>899</sup>. Par ailleurs, en tenant compte de la cessation de paiement, les juges retiennent deux types de comportements constitutifs d'une faute de gestion. En premier

<sup>895</sup> CA Paris, 2 juill. 2003, Juris-Data n° 224318

<sup>896</sup> Cass. com., 14 janv. 1997 : Rev. proc. coll. 1998, p. 301, obs. A. Martin-Serf.; - Cass. com., 21 nov. 1995 et 8 oct. 1996 : Rev. proc. coll. 1999, p. 42, obs. A. Martin-Serf ; - T. com. Villeneuve-sur-Lot, 16 févr. 1996 : Joly. 1996, p. 413, § 145, note J.-J. Daigre ; RTD com. 1996, p. 545, obs. J.-Ph. Haehl

<sup>897</sup> Cass. com., 23 nov. 1999 : RJDA 2000, n° 457. - CA Paris, 5 déc. 1997 : Joly. 1998, p. 253, § 94, note J.-J. Daigre ; - CA Montpellier, 28 mars 1995 : Juris-Data n° 1995-034287 ; Rev. proc. coll. 1999, p. 44, obs. A. Martin-Serf ; - CA Paris, 19 mars 1996 : Juris-Data n° 1996-020798 ; Joly. 1996, p. 608, § 215, note P. Le Cannu

<sup>898</sup> Il est donc ainsi possible de reprocher, comme en droit commun, aux administrateurs d'avoir accepté leurs postes de pure complaisance, de leur manquement au devoir de contrôle ou de surveillance à moins que la situation réelle n'est dissimulé délibérément par la direction : Cass. com., 10 mars 2004, n° 01-03.004 ; au contraire, pour le cas de dissimulation par la direction : Cass. com., 14 mai 2002, RJDA 2002/8-9, n°920.

<sup>899</sup> Les dirigeants de la direction peut être aussi condamnés pour la délégation abusive de ses pouvoirs, pour la tolérance de l'immixtion des dirigeant de fait ou la tolérance d'une anarchie de la société, pour le manquement à avoir consacré des temps et attentions suffisants pour la gestion : Cass. com., 11 juin 1991 : RJDA 1991, n° 852 ; - Cass. com., 7 juill. 1992 : Joly. 1992, p. 1192, § 387, note M.-J. Campana; - Cass. com., 14 déc. 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 473 ; JCP G 1994, 480.

lieu, il est possible de reprocher une faute aux dirigeants qui sont restés passifs alors que l'entreprise était grièvement compromise. A cet égard, les dirigeants sont fautifs lorsqu'ils ne donnent pas suite à la procédure d'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes ou ne tendent pas à mettre en place un redressement de l'entreprise pour éviter la cessation de paiement<sup>900</sup>. En deuxième lieu, la considération particulière des juges se porte sur les agissements fautifs des dirigeants de droit qui laissent la gestion à un dirigeant de fait. Le fait que ce dernier est l'associé majoritaire de la société débitrice n'a pas d'influence sur le caractère fautif de la passivité du dirigeant de droit<sup>901</sup>. Il convient de noter que même si l'abstention des dirigeants de droit est forcée par le dirigeant de fait, ces premiers ne sauraient s'exonérer de leur responsabilité personnelle liée à leur passivité. Dès lors que la faute de gestion est commise par les dirigeants de fait, les juges du fond peuvent également condamner les dirigeants de droit qui n'ont pas empêché les actes fautifs des dirigeants de fait. Dans une telle situation, il n'est pas rare que les dirigeants de droit et de fait soient condamnés à une responsabilité *in solidum* afin de combler l'insuffisance d'actifs<sup>902</sup>. Les dirigeants de fait sont sanctionnés pour leur faute liée à un acte positif de gestion, quant aux dirigeants de droit, la condamnation est liée à la négligence de leurs fonctions légales.

En dehors de toutes les situations prévues par ces critères objectifs, les juges procèdent, comme en droit commun, à l'appréciation de la faute des dirigeants en se référant à la conduite d'un dirigeant normal se trouvant dans une situation similaire. Quant à la Cour de Cassation, elle se limite à un contrôle strict de la motivation. Ce sont des arrêts ayant insuffisamment caractérisé la faute de gestion, ou ayant avancé des motifs généraux et vagues qui font l'objet de cassation<sup>903</sup>. Les types de fautes de gestion sont innombrables. A titre d'exemple, les juges peuvent faire valoir, pour caractériser la faute, le montant exorbitant des redevances de location-gérance<sup>904</sup>, l'imprudence de signer un contrat s'était révélé catastrophique pour la société en état très fragile<sup>905</sup>, l'excessivité de la masse salariale ou la rémunération d'une direction pléthorique<sup>906</sup>, le

---

<sup>900</sup> CA Paris, 28 févr. et 11 mars 1977 : D. 1977, inf. rap. p. 298, obs. A. Honorat. - CA Rouen, 15 juill. 1982 : Gaz. Pal. 1983, 1, jurispr. p. 34

<sup>901</sup> CA Paris, 19 nov. 1999, RJDA 2000/4, n°459 ; Joly. 2000, n° 52, note J.-F. Barbiéri

<sup>902</sup> CA Paris, 10 mai 1994, Juris-data n° 1994-022890 ; CA Aix-en-Provence, 12 sept. 2003, Juris-data n° 2003-235547 ; CA Grenoble, 12 mai 1997, Juris-data n°1997-041712 ; CA Lyon, 7 mars 1997, Juris-data n°1997-055634

<sup>903</sup> Cass. com., 28 mai 1991 : Rev. sociétés 1992, p. 371, note A. Honorat. - Cass. com., 12 nov. 1992 : Rev. sociétés 1993, p. 445, note Y. Chaput. - Cass. com., 17 nov. 1992 : Rev. sociétés 1993, p. 867, obs. B. Bouloc. - Cass. com., 15 déc. 1992 : Rev. sociétés 1993, p. 450. - Cass. com., 27 avr. 1993 : D. 1993, inf. rap. p. 130. - Cass. com., 6 oct. 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 287. - Cass. com., 8 oct. 2003 : Juris-Data n° 2003-020721

<sup>904</sup> Cass. com., 28 mai 2002, RJDA 2002/10, p. 900, n°1067

<sup>905</sup> Cass.com., 7 juin 2005, n° 04-13.262

<sup>906</sup> Cass. com., 3 oct. 2000, Joly. 2001,p.24, n° 4, note P. Le Cannu; RJDA 2001/1, n°61

fait de maintenir constant un capital propre insuffisant<sup>907</sup> notamment en ayant recours massivement aux crédits<sup>908</sup>, et le caractère prématuré d'un licenciement massif ayant pour effet de remettre en cause la survie de la société<sup>909</sup>.

La reconnaissance de l'incompétence ou de la manifeste maladresse des dirigeants n'est pas facile à trancher, dans la mesure où le contrôle de la légitimité se distingue difficilement de celui de l'opportunité dans ces situations. Comme en droit commun, la Cour de Cassation confie aux juges du fond le pouvoir souverain d'apprécier la faute dans la gestion en fonction de chaque affaire<sup>910</sup>. Il n'est point surprenant à constater qu'une telle approche d'appréciation, étant purement subjective, soit ainsi mise en place par les juges de la procédure collective tout en respectant les critères de prudence retenus dans les actions en droit commun, étant donné que le fondement juridique de ces deux types d'actions sont par essence identiques.

Par ailleurs, il convient de rajouter une remarque relative à l'appréciation de la légitimité de la décision du dirigeant. Lors d'actions en procédure collective, les juges retiennent parfois comme faute le fait que les dirigeants aient pris des décisions importantes sans aucune étude préalable évaluant les coûts et les risques<sup>911</sup>. *A contrario*, les juges peuvent reconnaître l'absence de faute même s'il s'agit d'une décision concernant un projet crucial, dès lors que les dirigeants ont procédé à des études sérieuses et fiables. En l'espèce concernant l'investissement d'un parc d'attraction, les dirigeants ont été avisés par des études détaillées effectuées par de nombreux consultants, y compris par une étude prévisionnelle de faisabilité établie par une société spécialisée, internationalement reconnue<sup>912</sup>. Par cette jurisprudence, les dirigeants pourraient voir leur responsabilité personnelle atténuée dans la gestion de la société, en ayant recours aux consultations externes des conseils indépendants. La Cour de cassation met en exergue que les juges doivent être extrêmement prudents, sinon s'interdire, de prononcer la faute de gestion lorsque les dirigeants ont pris une décision en fonction d'études et de conseils sérieux établis par des consultants spécialisés. En effet, les recours aux études préalables démontrent déjà la prudence des dirigeants, et le suivi des conseils des spécialistes aident en général à prévenir les actes maladroits et trop risqués dans la gestion de l'entreprise. Il

---

<sup>907</sup> CA Aix, 16 mai 2001, RJDA 2002/4, n° 416, p. 353

<sup>908</sup> Cass. com. 27 mai 2003, n°00-14.981

<sup>909</sup> CA Paris, 9 déc. 2003, Juris-data n° 2003-229975

<sup>910</sup> Cass. com., 23 juin 1982 : Bull. civ. 1982, IV, n° 248 - Cass. com., 28 juin 1982 : Bull. civ. 1982, IV, n° 254

<sup>911</sup> Cass. com., 19 févr. 2002, Dict. Perm. Difficulté des entreprises, bull. 223, 2 avril. 2002, p. 5834 ; - CA Rouen, 9 juill. 1983, Juris-Data n°42818

<sup>912</sup> Cass. com., 29 oct. 2002, n°99-13.882, Dict. Perm. Difficulté des entreprises, bull. 231, 9 déc. 2002, p. 5695

est donc raisonnable de considérer que dans une telle circonstance les résultats désastreux à l'origine de la décision de gestion relèvent *a priori* de risques intrinsèques liés aux activités économiques. Vu qu'une telle pensée n'est pas exclusivement valable dans le cadre d'une action contre la société insolvable, il convient ainsi de conclure que cette jurisprudence devrait être également suivie en droit commun.

## ***2. Dirigeant de fait***

Au cours de l'élaboration de la loi du 24 juillet 1996, le législateur a déjà manifesté son intention d'étendre certaines responsabilités initialement conçues pour les dirigeants de droit aux personnes dépourvues de mandat social, dès lors que celles-ci s'immiscent effectivement dans la gestion de la société. La formule utilisée à plusieurs reprises dans le code de commerce - « *Toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentant légaux* »<sup>913</sup> - nous permet de déduire que le droit vise à réguler deux types d'immixtion dans la gestion, soit une intervention indirecte à travers une personne interposée qui est souvent un dirigeant de droit, soit par une immixtion directe, d'une manière occulte ou ostensible, dans la direction de la société.

De façon générale, le dirigeant de fait est toute personne qui exerce d'une manière positive les fonctions propres des dirigeants de droit, sans avoir été régulièrement investi du pouvoir et de mandat social<sup>914</sup>. La qualification du dirigeant de fait n'est pas restreinte aux personnes physiques. Toute personne morale, telle que la société mère, la société sœur, le client, le fournisseur ou la banque, peuvent être considérés comme un dirigeant de fait.

Dans le cadre d'une société commerciale, les pouvoirs sont strictement répartis entre les différents organes sociaux d'une société conformément à la loi et aux statuts. L'immixtion dans la gestion de la société par des personnes n'ayant pas de mandats sociaux risque de bouleverser profondément la gouvernance de la société. De plus, ce type d'immixtion crée un risque accru pour l'intérêt social. Les dirigeants de fait, n'étant

---

<sup>913</sup> Art. L. 241-9, infraction d'émission de valeurs mobilières pour SARL et infraction d'omission de dirigeant à l'égard de la perte de plus de moitié du capital propre de la société ; Art. L. 245-16, infractions relatives aux valeurs mobilières émises par les sociétés par actions, art. L. 246-2, infractions communes aux diverses formes de société par action

<sup>914</sup> « *Dirigeants de sociétés commerciales* », Mémento F. Lefebvre, 2006-2007, n°24080 et s. p.411.



tenu à aucune obligation légale de respecter l'intérêt de la société dirigée, risquent de procéder aux actes de gestion en vue de réaliser l'intérêt d'autrui.

Bien que la direction de fait constitue une activité illicite, elle n'est pas pour autant prohibée par la loi. Un tiers n'est pas sanctionné par la loi pour une simple immixtion dans la gestion d'une société. En revanche, un ensemble de règles juridiques a été établi aux fins de dissuader toute direction de fait, et de responsabiliser les auteurs d'immixtion de fait. En réalité, une fois qualifié de dirigeant de fait, la personne intéressée doit supporter toutes les responsabilités incombant aux dirigeants de droit, mais elle ne peut se prétendre titulaire d'aucun droit reconnu à ces derniers. Les dirigeants de fait sont punis de la même façon que les dirigeants de droit, dans certains cas où ils ont commis des infractions aux dispositions conçues pour sanctionner des actes illicites des dirigeants (abus de bien sociaux, banqueroute, travail dissimulé)<sup>915</sup>.

La responsabilité de la faute de gestion, assortie des sanctions civiles les plus sévères contre les dirigeants de droit, peut être cherchée de la même manière à l'encontre des dirigeants de fait dans le cadre d'une société en procédure collective. Il est envisageable que la société mère, et aussi d'autres sociétés du groupe considérées comme dirigeant de fait, soit poursuivies par l'administrateur judiciaire ou le liquidateur. Pour mener une telle action ayant pour but de protéger les créanciers contre des dettes impayées, il faut non seulement prouver l'existence de la faute de gestion contribuant à l'insuffisance d'actifs de la société défailtante, mais aussi démontrer que la société tierce peut être considérée comme un dirigeant de fait.

La loi ne définit aucun critère pour caractériser la direction de fait, c'est la jurisprudence qui a établi une série de critères sophistiqués (a). Une fois ces critères exposés, il convient de savoir si la présence du groupe de sociétés peut faciliter la reconnaissance de la direction de fait (b)

#### **a. Les critères du dirigeant de fait**

La diversité des éléments et des indices révélateurs du statut de dirigeant de fait rend délicate l'élaboration de critères précis<sup>916</sup>. Après une longue période pendant laquelle la

---

<sup>915</sup> « *Dirigeants de sociétés commerciales* », Mémento F. Lefebvre, 2006-2007, n°24010 et s. p.409

<sup>916</sup> La doctrine a tenté de rechercher un essai de systématisation pour la définition de dirigeant de droit. Cf. J.-L. Rives-

Cour de Cassation a laissé aux juges du fond le soin de reconnaître de façon plus ou moins restrictive et cohérente la qualification de dirigeant de fait, elle a récemment procédé à un contrôle des motifs, en confirmant ceux lui paraissant pertinents. Cela nous permet d'affiner non seulement les critères jurisprudentiels (1) mais aussi les critères complémentaires permettant de mieux cerner le comportement du dirigeant de fait (2).

### 1) Les critères fondamentaux

Fondée sur l'analyse de typologie des comportements du dirigeant de fait, la jurisprudence a relevé par analogie aux dirigeants de droit deux critères fondamentaux pour caractériser la direction de fait : il s'agit de l'exercice de fonctions de dirigeants d'une manière indépendante (i), ainsi manifestée par des actes de gestion positifs (ii)

#### i. L'indépendance de dirigeant de fait

L'indépendance de décision représente le caractère intrinsèque du pouvoir effectif de la direction. Le pouvoir de décision doit être réel et effectif. La Cour d'Appel de Paris a élaboré la formule dans son arrêt de 11 juin 1987 selon laquelle les dirigeants de fait sont ceux qui ont procédé à « *l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause* ».

Le dirigeant de fait pouvait effectivement disposer du pouvoir de dirigeant de droit et dans ce sens, être capable d'exercer toutes les fonctions de ce dernier et de prendre toutes les décisions commerciales, financières, sociales ou opérationnelles de la société. Dans ce sens, la qualité de dirigeant de fait a été reconnue à un directeur qui « *disposait d'une grande autonomie de gestion assurant sur place la totale direction de l'entreprise* ». Il détenait le pouvoir de changer le personnel et de faire personnellement le choix de réduire le prix de vente jusqu'au dessous de prix de revient<sup>917</sup>.

Il en résulte qu'au cours de l'exercice de son propre pouvoir de direction, le dirigeant de fait ne saurait jamais être « *placé sous la subordination effective* » du dirigeant de

---

Lange, « *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens* » : D. 1975, chron. p. 41 ; G. Notté, « *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives* » : JCP CI 1980, I, 8560

<sup>917</sup> Cass. com. 16 avril 1996, D. 1996. IR p. 138

droit<sup>918</sup> ou d'un tiers. Même si l'intéressé accomplit, seul, les actes de gestion de la société, dès lors qu'il agit en vertu des mandats donnés par le dirigeant de droit, il ne saurait être question de retenir sa responsabilité de dirigeant de fait, à moins que ses actes ne dépassent les pouvoirs ainsi conférés<sup>919</sup>. De même, un salarié subordonné au dirigeant de droit ne saurait être qualifié de dirigeant de fait, mais l'existence de son statut s'apparente à celui de salarié de la société et il est impossible d'écarter absolument toutes les suspicions<sup>920</sup>.

En revanche, le dirigeant de droit pourrait être subordonné au dirigeant de fait. Cette subordination pourrait être caractérisée par un acte occulte, telle qu'une convention de prête-nom, ou même un acte ouvertement reconnu par la jurisprudence, tel qu'un contrat de travail selon lequel le dirigeant de droit est un salarié du dirigeant de fait. L'existence du véritable dirigeant de droit au sein de la société n'empêche pas l'exercice effectif des fonctions de sociétaire par le dirigeant de fait. Au sein du groupe de sociétés où le pouvoir de gestion d'une société est partiellement exercé par la direction du groupe, il est possible que les dirigeants de fait et de droit se comportent comme de vrais partenaires et exercent d'une manière collégiale la gestion de la société.

#### ii. L'acte positif

Le dirigeant de fait doit être caractérisé par des actes positifs d'immixtion dans la gestion de la société. Contrairement aux dirigeants de droit qui disposent de leurs pouvoirs et responsabilités résultant du mandat social, le dirigeant de fait ne peut posséder ce titre en l'absence de tout son acte positif. Comme indiqué par un auteur<sup>921</sup>, la jurisprudence a montré son attachement à l'exigence de l'acte positif, en mettant en exergue qu'un dirigeant de fait est celui qui a « pris une part active dans la gestion »<sup>922</sup>, est « intervenu directement dans la gestion »<sup>923</sup>, ou encore a été « le véritable animateur »<sup>924</sup>, et qui « participe étroitement à la direction de l'entreprise »<sup>925</sup>.

Un acte de gestion ponctuel par un intéressé ne suffit pas à caractériser une direction

---

<sup>918</sup> CA Nancy, 28 janvier 1998, RJS 5/ 1998 n° 695

<sup>919</sup> Cass. com. 13 février 2007, Rev. soc. 2007, p. 630, note B. Saintourens

<sup>920</sup> Cass. com. 2 Février 1982, Bull. Civ. IV, n° 40, p. 34

<sup>921</sup> N. Dessus-le-Mouster, « *La responsabilité du dirigeant de fait* », Rev. soc. 1997, p. 505

<sup>922</sup> Cass. crim. 11 avr. 1983, Rev. soc. 1983.817, note W. Jeandidier

<sup>923</sup> Cass. com. 18 mai 1981, Bull. civ. IV, n° 240, p. 189

<sup>924</sup> Cass. com. 15 nov. 1978, Bull. civ. IV, n° 265, p. 219

<sup>925</sup> CE 7 févr. 1958, req. N° 35-819, Rec. Lebon p. 81

de fait. Le dirigeant de fait doit effectuer soit des actes de gestion à répétition, soit des actes relatifs aux divers aspects de gestion de la société, de sorte que ses comportements démontrent un exercice *effectif, constant et régulier*<sup>926</sup> de l'ensemble ou d'une partie des fonctions de la direction de la société.

En tout état de cause, il résulte de l'exigence de la nature positive de l'acte de gestion que la qualification du statut de dirigeant de fait ne peut pas se fonder sur les omissions de l'intéressé. Pourtant, dès lors que ses actes actifs lui confèrent la qualification de dirigeant de fait, celui se voit d'ores et déjà obliger de supporter non seulement les responsabilités résultant directement de son intervention, mais aussi les obligations de diligence, d'efficacité et de discrétion supportées légalement par le dirigeant de droit. En d'autres termes, dès qu'il exerce d'une manière régulière et positive les pouvoirs du dirigeant de droit dont il s'est emparé, il sera sanctionné en cas de manquement de prise de décisions qui incombent à ces derniers.

Dans ce sens, la jurisprudence a prononcé la condamnation de certains dirigeants de fait pour avoir manqué à l'établissement des bilans de la société et à l'organisation de la réunion de l'assemblée générale selon l'article 427 de la loi du 24 juillet 1966 (Code de commerce, article L. 241-5). Ainsi, le législateur précise dans les articles 185 et 189 de la loi du 25 janvier 1985 (Code de commerce, articles L. 625-1 et L. 625-5) qu'un dirigeant de fait est susceptible d'être mis en faillite personnelle pour avoir omis de faire, dans le délai de 15 jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements de la société dirigée. Cette position a été confirmée dans la jurisprudence<sup>927</sup>.

Il convient de remarquer que ces deux critères classiques dégagés par la jurisprudence relèvent d'une valeur fondamentale mais aussi théorique. Ils ne seraient pas suffisamment efficaces en pratique, face à la grande variété des actes de gestion engagés par les dirigeants de fait. Ces derniers peuvent agir de manière ostensible, mais très souvent ils se comportent de façon occulte sous le couvert des dirigeants de droit. L'analyse de l'abondante jurisprudence nous permet de pouvoir dégager certains critères supplémentaires. Aucun de ces critères supplémentaires ne peut caractériser à eux seuls la

---

<sup>926</sup> En fonction de l'expression employée dans l'arrêt de CE 7 févr. 1958, req. N° 35-819, *ibid.* ainsi que Conseil Constitutionnel, 18 oct. 1977, *Rev. société* 1978. 107. Selon le formulaire élaboré par la Cour d'Appel de Paris, les dirigeants de fait sont ceux qui ont procédé à « *l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause* ».

<sup>927</sup> Cass. com. 6 janvier 1998, *Bull.civ.* 1998 IV n° 6 p. 4, *RJDA* 5/ 998 n° 635

direction de fait, et ils doivent compléter et venir à l'appui des critères fondamentaux pour cela. Néanmoins, les critères supplémentaires pourraient avoir une utilité importante et contribuer à faciliter grandement le travail des juges du fond pour apprécier l'existence de la direction de fait.

## 2) *Les critères supplémentaires*

Les critères supplémentaires pourraient être classés selon deux aspects. D'une part, l'existence de la direction de fait paraît plus flagrante lorsqu'une organisation inhabituelle de la gestion est mise en place dans la société ; d'autre part, la constatation de certains actes particuliers dans la gestion de société pourrait venir à conforter les preuves de l'existence d'une direction de fait.

### i. L'organisation typique des actes de direction de fait

Parfois les comportements d'un tiers sont susceptibles de susciter plus de suspicion du fait qu'ils exercent un pouvoir de décision lequel doit normalement être personnel et propre au dirigeant de droit. Sans pouvoir établir une liste exhaustive, nous pouvons tout à fait relever certains exemples.

Il ressort de la jurisprudence qu'une personne non dirigeante disposant de prérogatives importantes sur les opérations de la société pourrait entraîner des doutes sérieux. Tel est le cas lorsque l'intéressé dispose d'une procuration générale de la société<sup>928</sup>. Il sera ainsi plus facilement reconnu dirigeant de fait compte tenu de ses pouvoirs sur les opérations financières et comptables de la société, attestés par son pouvoir de mener des négociations avec les banques<sup>929</sup>, par la possession de la signature sur les comptes bancaires ou par le contrôle de la tenue de la comptabilité<sup>930</sup>. De même, le pouvoir de recruter, de licencier et de fixer la rémunération des cadres de la société est révélateur de la maîtrise effective du pouvoir de gestion de la société<sup>931</sup>. En revanche, il nous semble que le pouvoir de mener les opérations commerciales quotidiennes n'est pas

<sup>928</sup> Cass. com. 8 Nov. 1973, D. 1974, inf. rap. p. 32.

<sup>929</sup> Cass. crim. 5 mai 1980 n° 79-93. 570, CA Aix-en-Provence, 1 mars 1990, *Cavalli c/Mesguiche*

<sup>930</sup> Cass. com. 17 Sep. 2002, RJDA 12/ 2002 n° 1307 ; Cass. com. 13 Nov. 2002, RJDA 4/ 2003 ° 386, 1e espèce, CA Paris 29 Oct. 2002, RJDA 4/ 2003 2e espèce

<sup>931</sup> Cass. com. 20 mars 2001 n° 606, *Barreau c/ Binot* ; Cass. com. 19 fève. 2002, RJDA 7/2002 n° 791 ; Cass. com. 19 Déc. 1995, RJDA 3/ 1996, n° 431

particulièrement révélateur d'une direction de fait, à moins que l'intéressé ne dispose d'un pouvoir général et prépondérant dans la fixation des conditions commerciales.

De plus, une personne tierce pourrait également soupçonnée d'être un dirigeant de fait lorsqu'elle parvient à engager pour le compte de la société des actes sous des conditions anormales ou des transactions manifestement déficitaires sans que ces actes n'aient déclenché aucune opposition de la part des dirigeants de droit.

#### ii. Les indices particuliers

Hormis ces critères se rapportant à l'exercice anormal du pouvoir, il est aussi légitime de trouver des preuves de gestion de fait à travers certains indices disparates, susceptibles d'être appréciées au cas par cas.

Il pourrait s'agir d'un traitement privilégié de l'intéressé, qu'il est difficilement justifiable si l'intéressé n'occupe pas une fonction de dirigeant. La jurisprudence a pris en compte, dans l'appréciation de statut de dirigeant de fait, sa rémunération plus élevée que celle des dirigeants de droit<sup>932</sup>. Les juges du fond soulèvent parfois que l'intéressé a bénéficié d'un standing supérieur au sein de la société par l'attribution de nombreux avantages, tels que la mise à disposition d'un véhicule de fonction, d'une carte bancaire ou d'un bureau directorial<sup>933</sup>.

Sans qu'ils aient une valeur décisive dans la justification de la direction de fait<sup>934</sup>, les déclarations des intéressés qui par manque de discrétion reconnaissent eux même leur pouvoir de direction, constituant également des preuves supplémentaires, pouvant s'avérer être très utiles. C'est ainsi, au juge du fond de décrypter la véritable intention de l'auteur d'une déclaration en tenant compte des autres indices liés à son comportement.

L'investissement des fonds dans la société, tel que les apports en compte courant ou l'engagement d'une caution au profit de la société peut éveiller des soupçons d'une

---

<sup>932</sup> Cass. com. 5 Nov. 1991; RJDA 1/1992 n° 43; CA Versailles, 21 Déc. 2000 ; RJDA 4/ 20001 n° 487

<sup>933</sup> Cass. crim. 21 avril 1980, N° 79-93. 570 ; Cass. crim. 19 sep. 1994, Joly. 1994, p. 1309, note J. -F. Barbière ; Cass. com. 4 Jan. 2005, RJDA 4/ 2005 n° 385

<sup>934</sup> La jurisprudence ne manque pas à préciser que l'aveu de l'intéressé ne suffit pas à constituer, en soi même, un élément caractérisant la direction de fait. Cass. com., 7 mars 2006. : Dr. sociétés 2006, comm. 181, note J.-P. Legros ; CA Douai, 3 nov. 2005 : JCP E 2006, 1406, note Ch. Delattre

ingérence par l'intéressé dans la direction de la société<sup>935</sup>.

La jurisprudence mène une politique très pragmatique afin de dessiner les contours de la direction de fait, ainsi toutes preuves pourraient être acceptées par les juges, et les témoignages, notamment de l'extérieur de la société, jouent un rôle très important dans la démonstration de l'existence d'une direction de fait. C'est ainsi par une démarche pragmatique que la jurisprudence a réussi à atténuer l'ambiguïté des critères fondamentaux.

Les indices supplémentaires n'ont pas pour effet de caractériser en soit la direction de fait<sup>936</sup>. Pour autant, ils constituent souvent des preuves indispensables, destinées à conforter et corroborer davantage le caractère des actes de gestion autonome et positifs. Le dirigeant de fait doit intervenir de manière positif dans la gestion, mais on peut se demander à partir de quel niveau d'intervention il est permis de caractériser la direction de fait. A défaut de règle précise, les juges doivent apprécier subtilement en fonction des circonstances, et en ayant recours aux indices supplémentaires. Telle est la méthodologie employée par la Cour de Cassation dans son arrêt du 6 janvier 1998<sup>937</sup>, dans lequel la Cour a estimé que l'intervention de l'intéressé dans la gestion d'une société à seulement deux reprises ne saurait caractériser en elle-même la direction de fait. Pourtant, en constatant par ailleurs des indices supplémentaires, tels que le pouvoir de procuration et la détention de la signature du compte bancaire, la Cour a pu légitimement confirmer que l'intéressé a exercé en fait l'acte de gestion.

### **b. La particularité de la caractérisation au sein du groupe**

En analysant les critères caractérisant la direction de fait, nous pouvons constater que les conditions du dirigeant de fait et de droit ne sont pas identiques. En effet, contrairement aux conditions relatives au dirigeant de fait, ni l'exigence de l'indépendance<sup>938</sup> ni celle de la participation positive ne sont indispensables pour reconnaître le statut de dirigeant de droit. Les dirigeants de droit se caractérisent du seul

---

<sup>935</sup> Cass. com. 20 Juill. 1973, Bull. civ. IV n° 260, CA Paris 28 Jan. 2000, n° 28 Jan. 2000, n° 99-12691, Arriat; Cass.com. 19 Jan. 1966, Bull. civ. III, n° 39

<sup>936</sup> La Cour de Cassation condamne par exemple la reconnaissance de la direction de fait dans le cas où l'intéressé, qui est un salarié mais aussi un ancien dirigeant de la société, reçoit une rémunération deux fois plus élevée que le dirigeant de droit, alors que ce dernier est soumis à son autorité selon l'organigramme : Cass. com. 16 mars 1999, Bull. civ. IV, n°64

<sup>937</sup> Cass. com. 6 janvier 1998, *ibid.*

<sup>938</sup> Il peut même être subordonné à un dirigeant de fait ou à la société mère qui est également l'employeur du dirigeant

fait qu'ils sont investis des mandats sociaux.

### 1) *L'absence de particularité au sein du groupe*

Toute personne ne possédant pas de mandat social est susceptible d'être qualifiée de dirigeant de fait. Outre toutes les hypothèses où le dirigeant de fait est fréquemment un salarié, un ancien dirigeant, un membre de la famille du dirigeants de droit, un créancier ou un franchiseur de la société<sup>939</sup>, il est indéniable que les associés de la société sont le plus souvent visés par la jurisprudence. Pourtant, la détention de capital dans une société ne constitue jamais un indice décisif dans la qualification de direction de fait. Certes l'existence de ce lien entre le dirigeant de fait et la société dirigée pourrait être prise en compte par les juges<sup>940</sup>, mais leurs motifs principaux à l'appui de la caractérisation du dirigeant de fait doivent toujours se porter sur l'analyse des comportements concrets de l'intéressé.

En droit positif, sont rigoureusement censurées par la Cour de Cassation les tentatives des juges du fond de présumer une direction de fait fondée sur le lien avec le capital. La détention de la totalité de capital ne pourrait caractériser en soi même une direction de fait. Un arrêt du 2 novembre 2005 de la Cour de Cassation a expressément refusé de présumer, à l'égard d'une société, la qualification de dirigeant de fait dans quatre autres sociétés, du seul fait que cette première est l'administrateur d'une société mère qui détenait elle-même plus de 99 % des parts du capital de ces quatre sociétés<sup>941</sup>. Un mois plus tard, un autre arrêt de la Cour de Cassation<sup>942</sup> a condamné une Cour d'Appel pour ne pas avoir donné de base légale à la qualification de dirigeant de fait associé unique d'une EURL, en se bornant à constater que ni les gérants de droit successifs ni l'employée prétendument gérante de fait de la société n'ont accompli d'acte de gestion, ni utilisé la

---

<sup>939</sup> a) Un salarié est susceptible d'être qualifié un dirigeant de fait en l'absence de lien de subordination, notamment quand il est démontré que le salarié n'était soumis à aucun contrôle par son supérieur où qu'il est en dehors de tout lien hiérarchique: Cass. com. 2 Février 1982, Bull. civ. IV n° 40 ; Cass. soc. 17 Oct 2001, RJS 2/ 2002 n° 235 ; Cass. com. 28 Février 1983, n° 82-90. 364, lechenet ; Cass. com. 5 Novembre 1991, Bulletin 1991 IV N° 332 p. 230

b) l'ancien dirigeant qui continue d'exercer les anciennes prérogatives liées aux mandats sociaux après la cessation de fonctions : Cass. com., 21 June 1982, Bull.civ. IV. N° 248 ; Cass.crim. 21 Novembre 1994, n° 94-80. 727, Dacoisne, Cass.com. 7 Juillet 1998 n° 1442, RJDA 12/ 1998, n° 1394

c) les membres de la famille du dirigeant de droit : Cass.com. 24 Juin 2003, RJDA 10/ 2003 n° 960, 4<sup>e</sup> espèce, d'associé : Cass. com. 6 Juin 2000, RJDA 9-10/ 2000 n° 868

d) la banque, créancier de la société : Cass. CA Paris 3 mars 1978 : Gaz. Pal. 1978 som. P. 394 ; franchiseur ou concédant : Cass.com. 26 Octobre 1999, RJDA 11/ 1999 n° 1213, Cass. com. 9 novembre 1993, RJDA 4/ 1994 n° 455 ; prestataire de services

<sup>940</sup> « *Dirigeants des sociétés commerciales* », Mémento F. Lefebvre, 2006-2007, n° 24090

<sup>941</sup> Cass. com.2 Novembre 2005, Joly. 2006, p. 469, note F.-X. Lucas, D. Tricot, « *Direction de fait : un débat s'instaure* », Les Echos n° 19659 du 03 Mai 2006, page 14

<sup>942</sup> Cass. com. 12 Déc. 2005, Bull. Civ. 2005 IV n° 169 p. 183



signature sociale ni engagé la société, et que cet associé unique n'avait délégué aucun pouvoir et n'avait autorisé pour son compte que des actes limités. La position de la Cour Suprême se manifeste sans ambiguïté : « *il serait dangereux de faire peser sur un actionnaire, même majoritaire, une sorte de présomption de direction de fait. L'exercice par l'actionnaire, même majoritaire, de ses droits ne doit pas pouvoir être retenu comme une amorce de gestion de fait* »<sup>943</sup>. La qualification de la direction de fait n'intervient « *qu'en contemplation des circonstances, in concreto, dirigeant par dirigeant, cas d'espèce par cas d'espèce* »<sup>944</sup>.

De plus, la Cour de Cassation même reconnaît implicitement la légitimité de l'influence que les associés pourraient exercer au regard des affaires de la société. Dans son arrêt du 30 mai 2006<sup>945</sup>, la Haute Juridiction refuse de qualifier un associé de dirigeant de fait, même s'il est constaté que ce dernier a profondément influencé la décision d'un investissement essentiel de la société, qu'il lui avait été donné les fiches clients et même qu'il était « *intervenue de manière déterminante dans toutes les phases majeures de la vie de la société* ». Pour la Haute Juridiction, il est tout à fait légitime pour un associé d'influencer les dirigeants de droit d'une société, et de mettre à la disposition de la société des moyens financiers ou techniques pour réaliser la politique ou le projet préconisé par l'associé. La Cour de Cassation n'ayant pas l'intention de remettre en cause l'étroite relation économique au sein du groupe. Les dirigeants d'une société pourraient être bien orientés, suggérés et influencés par l'associé, qui peut tout à fait exercer son autorité dans le cadre des investissements ou jouer un rôle actif de conseil dans les affaires de la société<sup>946</sup>. Néanmoins, les associés ne doivent pas, sous peine d'être qualifiés de dirigeant de fait, se substituer directement aux dirigeants de droit ou placer l'organe de direction de la société dans une situation de dépendance. Cette interdiction a pour effet de dessiner une frontière entre l'exercice légitime de l'autorité des associés sur la société et leur immixtion inopportune dans la gestion de cette dernière. La distinction est sans équivoque en théorie, mais rencontre inévitablement des difficultés en droit positif lorsque la direction de fait est réalisée par l'intermédiaire d'agents interposés. En effet, la direction de fait réalisée par personne interposée est beaucoup plus occulte, et est facile à mettre en place au sein du groupe. Comme nous l'avons exposé ci-dessus, le groupe pourrait disposer d'une pleine autorité de fait sur les dirigeants d'une société. Il s'agit d'un pouvoir factuel, qui n'est souvent concrétisé par aucun document. Comment

---

<sup>943</sup> D. Tricot, *ibid.*, p. 28

<sup>944</sup> F.-X. Lucas, Note sous l'arrêt 2 nov. 2005, Joly. 2006, p. 478

<sup>945</sup> Cass. com., 30 mai 2006, n° 05-14.958 : Juris-Data n° 2006-033831.

<sup>946</sup> Cass. com. 6 fév. 2001, Bull. Civ. IV. n°33

pourrait-on distinguer des dirigeants ayant une autonomie apparente mais dépendant en réalité de la société mère, agissant et réfléchissant de manière indépendante mais raisonnablement influencé par la société mère ou par le groupe ?

2) *La présomption du dirigeant de fait en cas de conflit d'intérêts entre sociétés du groupe?*

A notre connaissance, la jurisprudence ne fournit pas de réponses claires sur ce point. Nous pouvons cependant évoquer une situation particulière dans laquelle des salariés de la société mère sont détachés dans une filiale pour exercer des fonctions de la direction de cette dernière. L'existence du lien de subordination entre le dirigeant de la filiale et la société mère, ne pourrait entraîner directement une direction de fait par cette dernière.

La Haute Juridiction française n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer dans le cadre d'un détachement par la société mère. Pourtant, la réponse retenue dans un arrêt important rendu le 27 juin 2006<sup>947</sup>, concernant la direction de fait assurée par une banque, pourrait être transposable au groupe de sociétés.

La banque Worms (qui s'est transformée en société « Licorne gestion ») a retenu un partenariat étroit avec son client la société SPAD 24, qui anime un groupe de sociétés spécialisées dans les activités de vente de boisson et d'immobiliers. Un pacte d'associés avait été passé aux termes duquel il était attribué à la banque le droit de désigner deux administrateurs. En octobre 1990, deux cadres salariés de la banque, respectivement directeur général et directeur des participations, étaient désignés administrateurs de la société SPAD 24. Pourtant, ayant pris soin de ne pas assumer directement les fonctions de la direction de la société –sans doute en raison de la leçon tirée de l'affaire *Nasa-Electronique*<sup>948</sup>, la Banque a fait désigner ces deux administrateurs pour l'exercice des

---

<sup>947</sup> Cass.com. 27 juin 2006, *affaire SPAD 24*, D., 2006, p. 1892, obs. A. Lienhard et p. 2534, note R. Damman et J. Paszkudzki ; JCP E, 2006, 2408, note Y. Reinhard, Joly. 2006, p. 1372, note F.-X. Lucas

<sup>948</sup> En fait, selon la jurisprudence antérieure, une personne morale qui accepte d'être directement un administrateur personne morale représenté par un représentant permanent, personne physique, doit encourir des responsabilités civiles et pénales comme des dirigeants personne physique ( On se souvient de l'affaire *Nasa-Electronique*, dans laquelle la Cour d'Appel de Paris a condamné une société de capital risque, en tant qu'administrateur de la société en faillite, de supporter solidairement, à hauteur de 400 millions de francs, l'insuffisance d'actif constatée. CA Paris, 4 févr. 1992 : Bull. 1992, p. 277, § 82, note A. Couret ; Dr. sociétés 1992, comm. 79 - pourvoi rejeté par Cass. com., 3 janv. 1995 : Joly. 1995, p. 266, § 84, note A. Couret – Voir aussi Affaire *Laroche*, CA. Agen, 1re ch., 19 janv. 1998 : JCP E 1998, p. 1692, note J.-J. Daigre, pourvoi rejeté par Cass. com., 30 oct. 2000 : Joly. 2001, p. 27, § 5, note J.-J. Daigre

mandats sociaux à titre personnel. La SPAD 24 a été ensuite mise en redressement judiciaire en décembre 1996 et le commissaire à l'exécution de plan a assigné la banque aux fins de la faire condamner à supporter l'insuffisance d'actifs de la société SPAD 24. La Cour d'Appel de Versailles a fait droit à cette demande en s'appuyant sur les principes de la simulation, selon lesquels l'exercice à titre personnel des mandats sociaux par des salariés de la banque n'est qu'un fait apparent et il faut chercher des relations véritablement dissimulées derrière une telle apparence. En considérant que l'immixtion dans la gestion de la société par la banque est la relation faisant l'objet de la dissimulation, les conseils de Versailles ont reconnu que la banque devient effectivement l'administrateur de SPAD 24 sans avoir à s'interroger sur la participation *in concreto* de la banque dans la gestion de la société. La doctrine qualifie cette motivation audacieuse d'une voie toute nouvelle de l'« *administrateur de fait par personne interposée* ». <sup>949</sup>

Saisie par le pourvoi de la banque, la Cour de Cassation a reproché la Cour d'Appel d'avoir déduit la qualité de dirigeant de fait de la banque simplement en raison de l'existence d'un contrat de travail entre les administrateurs de droit de SPAD 24 et la banque, même si ce contrat démontre manifestement un rapport de subordination. Elle estime que « *s'il existe un contrat de travail, impliquant un lien de dépendance entre l'administrateur et un tiers et quand bien même les fonctions d'administrateur se rattachent à l'exécution du contrat de travail, ces circonstances ne peuvent, à elles seules, caractériser à la charge du tiers une direction de fait...* ». Cette position inscrit clairement dans la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, qui se montre très hostile à toute présomption de direction de fait : la direction de fait doit s'apprécier en vertu de l'existence d'actes positifs de direction par l'intéressé, aucune existence préalable d'un statut juridique ou d'aménagement conventionnel particulier, entraînant même des situations fortement suspicieuses telle que l'existence d'une obligation de dirigeant de doit de se subordonner à l'instruction de l'intéressé dans le cadre de l'exercice de mandat social, ne saurait constituer des motifs directs permettant de caractériser la direction de fait <sup>950</sup>. Il ne suffit pas que l'intéressé soit bien en mesure de s'immiscer dans la gestion, il faut prouver qu'il a effectivement entrepris des actes positifs de gestion.

---

<sup>949</sup> CA Versailles (13<sup>ème</sup> Ch.), 29 avril 2004, F. Hastings, « *La direction de fait d'une société par personne interposée est condamnée* », La Tribune, 17 août 2006 ; A. CONSTANTIN, « *La direction de fait par personne interposée* » : <http://www.yveslevy-cabinet.avocat.fr/site/article.php?id=227>

<sup>950</sup> Cette position a été nettement clarifiée par M. Tricot, Président de la Chambre de Commerce de la Cour de Cassation, dans son article publié dans la Tribune un mois avant que cet arrêt soit rendu : D. Tricot, « *Direction de fait : un débat s'instaure* », Les Echos n° 19659 du 03 Mai 2006, page 14

C'est en fonction de ce principe que la Cour de Cassation a condamné la motivation des juges du fond. Elle a pourtant confirmé la qualification de dirigeant de fait de la banque, en faisant valoir trois autres éléments factuels. D'abord, la Cour relève que les administrateurs salariés n'avaient en réalité aucune possibilité de s'écarter des directives de la banque ; ensuite elle fait état d'une note interne de la banque établie effectivement par l'un de ses deux salariés qui sont aussi administrateurs de SPAD 24, selon laquelle l'auteur préconise un effacement de l'endettement de certaines filiales du groupe SPAD 24 envers la banque en transférant ces risques à la société mère SPAD 24 ; enfin, la Cour a souligné qu'un tel transfert de risques a été effectivement appliqué par SPAD 24 entre 1990 et 1996, par le biais de la fourniture par celle-ci d'avances sans aucune contrepartie à ses filiales ayant pour effet de supprimer leur endettement envers la banque, dans des conditions telles que les sommes qui étaient ainsi prêtées par la SPAD 24 ne pouvaient plus être remboursées. Sur la constatation de ces deux faits, la Cour a pu en déduire que la banque avait, *de facto* par l'intermédiaire de son préposé, réalisé en toute indépendance des actes positifs de direction de la SPAD 24.

Il convient de remarquer que l'appréciation *a posteriori* de l'intervention positive de la banque par son préposé devient extrêmement difficile. En fait, outre la reconnaissance du fait qu'un préposé n'a pas « *la possibilité de s'écarter des directives de la banque* », le raisonnement de la Cour de Cassation s'appuie aussi sur la constatation de transactions anormales qui profitent à la banque mais qui sont au détriment de SPAD 24. De plus, la note interne de la banque prouve clairement l'intention de la banque pour la réalisation de telles transactions. Cela étant, il semble que la Cour de Cassation ne juge pas nécessaire de chercher d'autres preuves pour justifier la direction de fait.

Cet arrêt de la Cour de Cassation, est d'une grande importance et se trouve inscrit dans le rapport annuel de la Cour, il met en lumière que la qualification de dirigeant de fait est susceptible d'être assouplie au constat de circonstances particulières.

A cet effet, l'existence d'un lien de subordination entre les dirigeants de la société et une société tierce contribue à confirmer les soupçons d'une direction de fait. Rappelons que selon la jurisprudence de la Chambre Sociale, un contrat de travail conclu entre une société et son salarié pourrait valablement prévoir comme objet de contrat l'exercice par le salarié d'un mandat social dans une autre société, qui est normalement contrôlée par la société employeur. La validité de ce cumul contrat de travail et mandat social nous

semble artificielle dans la mesure où on ne réussit pas à mettre sous l'intitulé d'un seul contrat « *deux positions aussi dissemblables qu'une activité subordonnée et un mandat indépendant* »<sup>951</sup>. Dès lors que l'exécution effective du contrat de travail serait constatée, le salarié-dirigeant deviendrait bien évidemment un préposé, où une personne interposée « *sous l'emprise de* » son employeur. Il semble donc difficile pour ce dernier de prouver qu'il n'a pas empiété *de facto* sur la gestion de la société. Il est intéressant de constater que la Chambre Commerciale n'a pas tiré la pleine conséquence de la force d'un tel contrat de travail reconnue par la Chambre Sociale, en refusant de reconnaître le transfert automatique de la responsabilité causé par le dirigeant-salarié à la société mère-employeur. Pour autant, la jurisprudence commerciale n'a pas, il nous semble, désavoué complètement l'influence de l'existence d'un contrat de travail dont l'objet du contrat consiste à l'exercice de mandat social dans une autre société. Suscitant des soupçons très sérieux, l'existence d'un tel type de contrat de travail constitue un élément de preuve important à l'appui de la caractérisation de la direction de fait.

L'arrêt démontre aussi que l'importance de l'intérêt social qui constitue une pierre de touche pour vérifier l'existence de la direction de fait par personne interposée. En effet, souvent réalisée de façon discrète ou occulte, la direction de fait par des personnes préposées est difficile à mettre en évidence. Cette difficulté pourrait devenir pratiquement insurmontable lorsque les preuves directes à l'appui de l'interposition font défaut. En espèce, dans un contexte où l'indépendance des dirigeants de la banque a déjà engendré des soupçons non négligeables, la Cour de Cassation a définitivement accepté que la direction de fait pouvait être caractérisée par la mise en place d'actes de gestion favorisant manifestement la banque au détriment de l'intérêt de la société. Cette implication de l'intérêt direct constitue en effet l'élément décisif du le raisonnement de la Haute Juridiction confirmant le statut du dirigeant de fait. A cet égard, il nous semble que la Cour de Cassation tente de reconnaître une sorte de présomption de direction de fait dès lors que des actes de gestion contredisant l'intérêt social sont effectivement mis en place pour réaliser l'intérêt de la société qui emploie les dirigeants de cette société préjudicié.

Cette présomption n'est pas sans raison.

En espèce, l'octroi des avances par la société SPAD 24 à ses filiales, sans qu'il y ait

---

<sup>951</sup> Y. Reinhard, note sous Cass. Com. 27 juin 2006, JCP E, 2006, 2408

de contrepartie réelle, est révélatrice de l'infraction par les dirigeants dont les fonctions consistent en l'optimisation de l'intérêt social de la société. Une telle attitudes des dirigeants n'est pas normale, voire incompréhensible dans la mesure où l'acte ainsi engagé porte atteinte non seulement à l'intérêt de la société, mais aussi à leurs propres intérêts personnels. En fait, en faisant cela, les dirigeants encourent un risque non négligeable d'être condamné à combler une partie voire l'entière partie des dettes sociales relatives à l'acte de gestion. Cette position anormale et irraisonnable devient au contraire logique dès lors qu'on admet que les dirigeants ne sont que des agences d'interposition et des exécuteurs de l'instruction de ce tiers dominant. Il convient ensuite de confirmer la qualification de dirigeant de fait à l'égard de ce tiers dominant qui s'immisce effectivement dans la gestion de la société par l'intermédiaire de la personne interposée.

Force est de constater que ces relations entre la banque et la société SPAD 24 pourraient exister fréquemment entre les deux sociétés du groupe. D'après le raisonnement de l'arrêt SPAD 24, il est permis de considérer que dans le cadre des opérations réalisant des transferts d'intérêt intragroupe, la société bénéficiaire encourt un risque très élevé d'être qualifiée de dirigeant de fait de la société mise à contribution, dès lors que les dirigeants de cette dernière se trouve dans un état de dépendance vis-à-vis de la première.

Il convient de noter que les actes de gestion favorisant l'intérêt d'un tiers au détriment de l'intérêt de la société est en même temps constitutif d'une faute de gestion au sein de la société mise en contribution. En fait, il nous semble que les juges peuvent reconnaître plus facilement la qualité de dirigeant de fait au regard de la société mère voire une autre société du groupe, lorsque cette dernière dispose en droit ou de fait d'une position dominante sur les dirigeants de droit et qu'elle a tiré ses propres bénéfices de l'acte de gestion nuisible à la société. Selon ce même principe de l'implication de l'intérêt personnel, il est même légitime de penser que la reconnaissance de la direction de fait pourrait être également assouplie dans d'autres situations impliquant une faute de gestion résultant du conflit d'intérêts, tel qu'une exploitation déficitaire poursuivie dans l'intérêt personnel de l'actionnaire dominant, ou des abus de biens sociaux à son profit. Ce pragmatisme permet aux juges de conforter la responsabilité des sociétés du groupe vis-à-vis des créanciers eu égard de la spécificité des relations entre les sociétés au sein du groupe. En même temps, il ne viole pas le principe de l'appréciation *in concreto* de la direction.

### *C. Le comparaison de deux régimes*

#### ***1. La réticence à la dérogation généralisée du régime de responsabilité limitée***

En étudiant les deux régimes visant à la protection des créanciers d'une société appartenant au groupe, on remarque la réticence de la Cour de Cassation à généraliser les moyens juridiques ayant pour effet de déroger à la responsabilité limitée de la personne morale. Outre la situation de l'absence de comptabilités distinctes, la reconnaissance de la confusion des patrimoines devient extrêmement restrictive si bien qu'il est permis de penser que ce régime n'est utilisable qu'au regard des sociétés dont les patrimoines ont été systématiquement et intentionnellement appauvris par les relations financières anormales dans le but de réduire le gage légal au profit des créanciers. De même, la reconnaissance de la société fictive est également très restrictive. La mise en place de la dérogation au régime de responsabilité limitée est restreinte à une portée d'application très limitée. Elle est utilisée pour sanctionner les associés qui ont manifestement abusé de la personnalité morale de la société en vue de faire échouer les réclamations des créanciers.

Pourtant, la « levée du voile corporatif » reste toujours une technique simple et séduisante pour certains praticiens. La Cour de Cassation a même été obligée d'éclaircir, dans son rapport du 15 juin 2007, son objection explicite contre une tentative d'instaurer une responsabilité de la société mère du fait de sa filiale, qui est mise en avant par l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et de la prescription. Le projet d'article 1360, alinéa 2, disposait en ce sens : « *De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires* ».

Le groupe de travail de la Cour de Cassation trouve en premier lieu une telle proposition dangereuse au point qu'elle conduise au dépaysement des sociétés mères actuellement localisées en France, par ailleurs son avis sur le plan juridique est très important. A cet égard, elle trouve que le groupe de sociétés « *n'est consacré dans notre droit que de manière encore très marginale (en droit du travail pour la représentation*

*sociale, en droit des sociétés pour le contrôle des seuils de participation ou encore en droit comptable pour les comptes consolidés), trop marginale sans doute pour qu'un système de responsabilité puisse être bâti sur ce fondement »<sup>952</sup>. De plus, des hauts magistrats se soucient des effets indésirables résultant de la mise en œuvre d'une telle responsabilité du fait d'autrui. La généralisation de la responsabilité de la société mère pour le fait de sa filiale a inévitablement pour conséquence d'inciter cette première à s'immiscer dans la gestion de filiale, qui « est devenue une entité fictive du fait de l'ingérence de la première ». « Par une ironie du sort, le système, poussé à ses extrêmes, pourrait « retomber sur ses pieds » ». En effet, cette « ironie » est issue d'une confusion entre la notion de « contrôle » et de « direction ». Si l'avant-projet Catala prétend « de faire peser une part des responsabilités encourues à la suite des dommages causés à l'occasion des activités économiques sur les véritables décideurs »<sup>953</sup>, sa proposition n'a pourtant pas réussi à concevoir une bonne méthode pour identifier les véritables décideurs des actes préjudiciables. En effet, il a assimilé maladroitement la fonction de la direction de la société au pouvoir du contrôle.*

Pourtant, force est de constater qu'en France, le débat de la dérogation à la responsabilité limitée, notamment au regard de la société mère concernant la responsabilité engagée par la filiale, n'est pas clôturé. La tentative peut être stimulée par l'envie de renforcer la protection d'intérêt particulier. C'est comme ce qui est préconisé par le rapport Lepage au législateur de la loi du Grenelle d'environnement d'insérer une clause qui attribue à la société mère la responsabilité au regard du « *dommage environnemental ou sanitaire causé par la faute de ses filiales ou des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce en cas de défaillance de ces dernières* »<sup>954</sup>. Cette proposition fait bien écho au discours du Président de la République du 25 octobre 2007 à l'occasion de la restitution des conclusions du Grenelle de l'environnement « *Il n'est pas admissible qu'une maison-mère ne soit pas tenue pour responsable des atteintes portées à l'environnement par ses filiales. Il n'est pas acceptable que le principe de la responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée. Quand on contrôle une filiale, on doit se sentir responsable des catastrophes écologiques qu'elle peut causer* ».

---

<sup>952</sup> Rapport du groupe de travail de la Cour de Cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription : [http://www.courdecassation.fr/br\\_institution\\_br\\_br\\_1/autres\\_publications\\_discours\\_2039/discours\\_2202/groupe\\_travail\\_10699.html](http://www.courdecassation.fr/br_institution_br_br_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/groupe_travail_10699.html)

<sup>953</sup> *Rapport Catala*, sous-titre III « De la responsabilité civile », « Exposé des motifs » par G. Viney, p. 167.

<sup>954</sup> *Rapport Lepage*, p. 68 : [http://www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/IMG/pdf/1202291368\\_Mission\\_Corinne\\_Lepage\\_Rapport\\_Final.pdf](http://www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/IMG/pdf/1202291368_Mission_Corinne_Lepage_Rapport_Final.pdf)



La proposition a été substantiellement modifiée au cours des lectures de texte. Dans la version définitive promulguée, on ne trouve qu'une disposition semblable à une déclaration politique qui fait abstraction de toute description juridique des caractéristiques d'un régime de responsabilité de la société mère: « *La France proposera l'introduction au niveau communautaire du principe de la reconnaissance de la responsabilité des sociétés mères à l'égard de leurs filiales en cas d'atteinte grave à l'environnement et elle soutiendra cette orientation au niveau international.* »<sup>955</sup>. La modification s'explique par le souci de l'Etat au regard de l'attractivité du territoire français, et pour éviter d'éventuels dépaysements des groupes de sociétés, il faut chercher l'harmonisation de législation européenne voire mondiale<sup>956</sup>. Néanmoins, il nous semble que l'établissement d'un tel régime de responsabilité de la société mère du fait de ses filiales, bien qu'il soit limité aux dommages environnementaux, se fonde sur un même fondement lacunaire déjà souligné par la Cour de Cassation.

Nous pensons que ces tentatives de dérogation au régime de responsabilité limitée ont sous-estimé la complexité de mécanisme de la répartition du pouvoir de décision au sein du groupe. L'extension de la responsabilité d'une société défaillante à ses investisseurs exerçant un contrôle sur elle constitue une solution trop simpliste, qui n'est pas adaptée à la finalité du législateur désireux de responsabiliser le véritable décideur des actes générateurs de dommages.

A notre avis, il existe deux approches déjà existantes en droit française qui ont fait l'objet de notre étude. Soit le législateur peut consacrer un régime particulier, à l'instar du droit de la concurrence, qui attribue la responsabilité des dommages directement au véritable décideur, abstraction faite de toute référence de la personne morale mettant directement en œuvre l'acte illicite visés par la loi. Soit nous pouvons toute de même responsabiliser ce véritable décideur dans le cadre classique de droit des sociétés, en qualifiant l'acte de ce dernier comme une faute de gestion dans la société défaillante.

En fait, il nous semble que la Cour de Cassation a déjà l'intention, par la restriction du champ d'application des régimes dérogatoires à la responsabilité limitée, de fonder la plupart des actions en responsabilité contre la société mère (et d'autres sociétés tierces)

---

<sup>955</sup> Loi n° 2009-967 du 3 août 2009, article 53, alinéa 8

<sup>956</sup> Rapport n° 165 (2008-2009) du 14 janvier 2009, concernant le projet de loi du Grenelle de l'environnement, Article 46

sur la faute de gestion. Dans l'arrêt *Metaleurop*, la Cour de Cassation a explicitement indiqué, tout en rejetant l'action d'extension de la responsabilité pour confusion de patrimoines, que les actes ainsi relevés par les juges du fond en espèce auraient pu sans doute constituer des fautes de gestion prévues par l'article L. 624-5 du Code de commerce. Ainsi cela permet aux liquidateurs d'agir dans le cadre d'une action pour insuffisance d'actif de la société<sup>957</sup>.

## **2. Les avantages du « régime du dirigeant de fait fautif »**

Une telle méthode sur le fondement de faute de gestion permet de mettre en place un régime subtil tenant à protéger les créanciers de la société défailante. Dans ce cadre, une autre société de groupe n'est pas tenue responsable simplement du fait de l'existence des liens d'investissement ou de contrôle. Sa responsabilité personnelle résulte uniquement de son propre comportement causant l'insuffisance d'actifs.

Ce régime (nous l'appelons ci-dessus comme « *régime du dirigeant de fait fautif* »), ainsi que le régime de la dérogation de la responsabilité limitée, sont tous les deux des mécanismes permettant aux créanciers d'une société en procédure collective de chercher la responsabilité de tiers pour les dettes non payées. Force est de remarquer que ce premier régime représente des avantages considérables par rapport au deuxième.

Tout d'abord, tous les avantages relevant du régime de la responsabilité limitée ne sont nullement compromis. La limitation du risque d'investissement est toujours garantie. Une société mère, quelle que soit la fraction de capital social ou droit de contrôle qu'elle détient, ne saurait jamais être en tant que telle responsable vis-à-vis de tous les créanciers de la filiale défailante.

En deuxième lieu, la détermination des associés responsables des dettes sociales de la société défailante pourrait être précise et ciblée. Lorsqu'on vient à déroger à la responsabilité limitée d'une société, il est difficile de penser que le voile corporatif peut être soulevé partiellement ne visant qu'une partie des associés. En effet, la dérogation de la responsabilité limitée suppose la contestation générale de la personnalité morale. En conséquence, tous les associés se trouvant derrière la société, qu'il s'agisse d'associés

---

<sup>957</sup> Cass. com. 19 avril 2005, affaire *Metaleurop*, précité

majoritaires ou minoritaires, doivent se confronter directement aux créanciers. En revanche, dans le *régime du dirigeant de fait fautif*, la responsabilité est vérifiée séparément au regard du comportement concret de chaque actionnaire. Un actionnaire minoritaire n'ayant pas participé à la direction de la société, ou même un actionnaire majoritaire s'étant abstenu de s'immiscer n'est point responsable sauf s'il est l'auteur direct des actes de direction contribuant à l'insuffisance d'actifs.

En troisième lieu, dans le cadre du *régime du dirigeant de fait fautif*, devient possible la régulation de problème des coûts externes relatifs au régime de la responsabilité limitée. Pour indemniser les créanciers se voient imposer ces coûts externes, il faut chercher la responsabilité des personnes ayant engagé, au nom de la société, des opérations excessivement risquées conduisant à la défaillance de cette dernière. Or, des personnes ayant la qualité d'agir au nom de la société sont limitées aux dirigeants. Par le mécanisme de dirigeants de fait, les associés, qui sont les principaux bénéficiaires des coûts externes, peuvent aussi être visés par l'action des créanciers. Au contraire, seuls les véritables auteurs des actes d'opportunisme qui engendrent des coûts externes sont ciblés par le régime de responsabilité. En effet, pour établir la responsabilité, il faut constater un lien de causalité établi entre le comportement du responsable dans la gestion et le résultat de l'insuffisance d'actif.

Au demeurant, l'appréciation de la faute de gestion constitue un processus permettant aux juges du fond de vérifier au cas par cas si l'acte de gestion est de nature à entraîner des coûts externes au dépit des créanciers. L'exemple typique est la faute d'exploitation déficitaire. Quant les dirigeants de fait ou de droit s'obstinent à une exploration d'entreprise déficitaire dans leur intérêt personnel, il est évident que pour une société déjà en difficulté financière, les dettes engendrées pendant cette période seront externalisées à la charge des créanciers de la société. Il convient donc de reconduire ces dettes et de les imputer à ceux qui ont pris la décision de l'exploration déficitaire. De la même façon, d'autres types de faute de gestion peuvent être aussi considérés comme des actes générateurs de coûts externes. Des gestions maladroites ou imprudentes, ainsi que des opérations préjudiciables à l'intérêt social pour l'intérêt d'autrui pourrait engendrer plus ou moins de coûts externes au détriment des créanciers de la société.

En dernier lieu, dans le cadre de la dérogation de la responsabilité limitée, l'ensemble des dettes non remboursées de la société défaillante sera normalement imputé aux associés. A l'inverse, le *régime du dirigeant de fait fautif* rend possible la fixation du

montant d'indemnité juste et équilibré, lequel est proportionnel à la gravité du comportement fautif. En fait, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour fixer le montant de condamnation mise à la charge du débiteur, sans qu'ils soient tenus d'ordonner une réparation complète des dommages des créanciers. Résultant du régime de comblement de l'insuffisance d'actifs, ce pouvoir souverain permet aux juges du fond de tenir compte d'autres éléments ayant une influence sur la pertinence de la condamnation, tel que l'environnement conjoncturel de l'économie, les efforts du responsable tentant de sauver l'entreprise, ou la pression des pouvoirs publics de maintenir coûte que coûte l'entreprise et les emplois qui y étaient attachés<sup>958</sup>. Dans la pratique, les montants des condamnations pour faute de gestion sont très variables, allant d'un pourcentage minime des dettes réclamées (2 ou 3%) jusqu'à la totalité de dettes. Rappelons que les juges du fond ont même le pouvoir d'exonérer la responsabilité à l'origine de la faute de gestion. Cette flexibilité judiciaire est bien adaptée pour trouver une solution équilibrée de l'action en responsabilité dans le cadre des procédures collectives.

### §3 LE REGIME DE L'ABUS DE LA PERSONNALITE MORALE EN DROIT CHINOIS

La *loi sur les sociétés* a instauré en 2005 un régime légal dérogatoire au principe de la responsabilité limitée des associés. L'innovation législative a reçu de nombreuses louanges doctrinales, et la majorité des auteurs chinois se sont félicités de voir la transplantation en droit écrit chinois d'un régime de « négation de la personnalité morale de la société » (*Gongsi Renge Fouren*, 公司人格否认), qui est à l'origine de la jurisprudence américaine de « levée du voile corporatif » (*Jiekai Gongsi Miansha*, 揭开公司面纱).

Les alinéas 1 et 3 de l'article 20 de la *loi sur les sociétés* prévoit que « (*les associés*)

---

<sup>958</sup> Ces éléments avaient pour effet d'exonérer la responsabilité des dirigeants avant sous l'empire de la législation de 1967, mais abrogé par la réforme consacrée par la loi du 25 janvier 1985. Pourtant, cela n'empêche pas les juges de les prendre en considération dans le cadre légal actuel. Pour l'ancienne jurisprudence

- concernant la conjoncture économique : CA Paris, 24 sept. 1981 : Banque 1981, p. 316, note L.-M. Martin ; RTD com. 1982, p. 462, obs. Ph. Merle. - T. com. Paris, 11 avr. 1984 : Gaz. Pal. 1984, 2, jurispr. p. 550, note J.-M. Marchi ;

- concernant l'efforts de sauvegarde du dirigeant : Cass. com., 12 janv. 1981 : Joly. 1981, p. 127 ; RTD com. 1982, p. 459, obs. Ph. Merle ;

- concernant l'intervention du pouvoir public : T. com. Marseille, 27 févr. 1978 : RJ com. 1980, p. 317, note E. M. - T. com. Paris, 11 avr. 1984 : Gaz. Pal. 1984, 2, jurispr. p. 550, note J.-P. Marchi ; RJ com. 1985, p. 178, note J.-M. Calendini. - T. com. Paris, 13 nov. 1987 : RD bancaire et bourse 1988, p. 63, obs. J. Crédot et Y. Gérard

*ne doivent pas abuser du statut autonome de la personnalité morale ainsi que du régime de la responsabilité limitée pour porter atteinte à l'intérêt des créanciers de la société. ...Lorsqu'un associé commet un abus afin d'éviter des dettes entraînant des préjudices importants, cet associé doit être responsable in solidum des dettes à la charge de la société ».*

Force est de constater que cette disposition légale est concise et floue. Le législateur chinois a intentionnellement consacré, par l'utilisation du terme « abus », un principe succinct voire ambiguë dans la loi. L'ambiguïté de la loi a pour but d'englober le plus grand nombre des situations nécessitant l'application du régime de la « levée du voile corporatif », tel que constatée par la doctrine<sup>959</sup>.

Pour autant, afin que ce principe puisse être réellement mis en place en droit positif, une interprétation de « l'abus de la personnalité morale » est indispensable.

L'analyse du fondement de cet abus nous amène à observer la limite de l'application de cette théorie(A), si bien qu'il convient d'être complété par un régime similaire au dispositif de « dirigeant de fait fautif » en droit français (B).

#### *A. Une portée d'application limitée de l'abus de la personnalité morale*

Nous pouvons remarquer la diversité des interprétations opérées par les juges et les auteurs chinois au sujet du contenu de l'« abus » de la personnalité morale (1). Cependant, la portée d'application de cette théorie ne saurait pas d'être excessivement élargie, et seulement une partie de ces interprétations mérite d'être soutenue (2).

##### *1. Les propositions des conditions d'application du régime*

En général, sont constitutifs de l'abus de la personnalité morale deux types d'actes: d'une part, il s'agit de l'acte de détournement de l'obligation légale ou contractuelle par

---

<sup>959</sup> Mme le professeur ZHU Ci Yun a fait remarquer que, même dans le cadre de la jurisprudence américaine, les tentatives d'une description précise du principe de la levée du voile corporatif se sont soldées par un échec. L'auteur considère que deux raisons expliquent cette difficulté : l'évolution constante de la nature essentielle de la société, ainsi que la similitude entre la règle de la « levée de voile corporatif » et celle de la fraude : ZHU Ci Yun, « *Négation de la personnalité en droit chinois : des dispositions légales à la pratique* », Qinghua Faxue, 2007, n°2, p. 111 (朱慈蕴, « 公司法人格否认: 从法条跃入实践 », 清华法学)

l'utilisation de la personnalité morale ; et d'autre part, de la confusion des sociétés<sup>960</sup>.

A l'égard de la première catégorie d'actes, une notion abstraite d'un tel détournement n'est pas définie. Les auteurs se bornent à énumérer des agissements qui permettent à une personne d'échapper à l'obligation contractuelle (tels que l'interdiction des activités concurrentielles, ou le paiement des dettes) ou de détourner les dispositions légales impératives<sup>961</sup>. Cette catégorie d'agissements est fortement caractérisée par l'intention subjective de l'auteur, le recours à la structure de la société est motivé par un objectif dissimulé, destiné à frauder la loi ou les dispositions conventionnelles.

La deuxième catégorie d'agissements concerne la confusion des sociétés, laquelle peut se concrétiser par la confusion des personnalités, des patrimoines, des activités.

La confusion des personnalités signifie qu'en apparence plusieurs sociétés ne peuvent se distinguer l'une de l'autre. Pourtant, l'explication concernant ce type de confusion n'est pas souvent très claire. Des auteurs évoquent, pour justifier une telle confusion, la similitude de l'identité des membres de la direction de plusieurs sociétés, ou de l'identité des domiciles, des enseignes, des numéros téléphoniques, interlocuteurs de plusieurs sociétés<sup>962</sup>, et même des investissements importants réciproques entre les sociétés<sup>963</sup>. Il semble que cette prétendue confusion des personnalités se rapproche en réalité de la théorie de l'apparence en droit français. La solidarité de la responsabilité de plusieurs sociétés ne se fonde pas sur la négation d'une quelconque personnalité morale, et elle se justifie au contraire par une apparence trompeuse qui permet à un tiers de légitimement croire qu'il a établi une relation conventionnelle avec un ensemble unitaire.

La confusion des patrimoines est caractérisée lorsqu'il est impossible de séparer le patrimoine d'une société de celui de son associé ou de celui d'une autre société. Elle est souvent réalisée, selon les magistrats de la Cour suprême, par la libre disposition des actifs d'une société par son associé insouciant.

---

<sup>960</sup> LI Guo Guang, WANG Chuang, « Certaines questions dans les contentieux judiciaires liée à la société, - la réflexion judiciaire après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les sociétés », (李国光, 王闯, « 审理公司诉讼案件的若干问题-- 贯彻实施修订后的公司法的司法思考 »). Les deux auteurs sont des juges de la Cour suprême. L'article a été initialement publié dans le Journal des cours populaires (人民法院报) en 2005. cf. <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=187289>

<sup>961</sup> LI Guo Guang, WANG Chuang, article précité.

<sup>962</sup> LIU Jun Hai, « Innovations institutionnelles de la nouvelle loi sur les sociétés », ouvrage précitée, p. 93

<sup>963</sup> SHI Shao Xia, « L'application judiciaire du régime de la négation de la personnalité morale de la société », Dang Dai Fa Xue, 2006, n°5, p.3 (石少侠, « 公司人格否认制度的司法适用 », 当代法学)

La confusion des activités se caractérise, selon les magistrats de la Cour suprême, par l'absence d'autonomie de plusieurs sociétés qui sont effectivement dominées par un même associé ou une même unité directionnelle, ou par la réalisation des nombreuses opérations intragroupe (assortissant des flux financiers sans restriction) dont les conditions conventionnelles sont orientées dans la poursuite de l'intérêt de la société mère du groupe<sup>964</sup>.

Outre ces deux critères qui sont le plus couramment reconnus en théorie, il existe encore d'autres critères proposés par la doctrine.

Certains auteurs considèrent, sous l'influence de la jurisprudence des Cours des Etats-Unis, que la situation de la sous-capitalisation manifeste de la société doit conduire à la mise en place de la responsabilité *in solidum* de l'associé<sup>965</sup>. Néanmoins, il nous semble que cette raison est *a priori* impropre à justifier en soi la négation de la personnalité morale. Tout d'abord, les juges ayant recours à ce critère de sous-capitalisation doivent faire face à une grande difficulté pour savoir quel est le capital suffisant pour une société. Des critères objectifs ou ratio entre capital et investissement nous semble impossible à fixer, en raison des situations très variables d'une société à l'autre, aussi l'insuffisance du capital peut seulement dépendre de l'appréciation souveraine des juges du fond. Or une telle appréciation judiciaire peut entraîner une insécurité juridique importante au regard du régime de la responsabilité limitée. A plus forte raison, la situation financière ainsi que la dimension économique d'une société évolue constamment. Ainsi une société pourrait débiter avec un capital moins important mais suffisant qui correspond à un « business plan » modeste. Mais après quelques années de développement, il n'est pas impossible qu'elle soit amenée à effectuer des activités beaucoup plus importantes nécessitant en conséquence plus de fonds de roulement. Supposons que le capital de la société n'augmente pas et qu'elle soit toujours en mesure d'assurer son exploitation grâce à des emprunts, il n'est pas sans paradoxe de constater que l'épanouissement de la société, demandant un besoin plus important de financement, conduise à remettre en cause la responsabilité limitée des associés.

Enfin, une partie de la doctrine chinoise considère que l'existence d'un état de

---

<sup>964</sup> LI Guo Guang, WANG Chuang, « Certaines questions dans les contentieux judiciaires de la société, - la réflexion judiciaire après l'entrée en vigueur de la loi sur les sociétés modifiée », précité

<sup>965</sup> LIU Jun Hai, « Innovations institutionnelles de la nouvelle loi sur les sociétés », ouvrage précitée, p.91

dépendance d'une société par rapport à l'autre conduit également à justifier la négation de la personnalité morale de cette première. Les expressions de ce critère sont diverses. Parfois la doctrine décrit une telle situation de « *cadavérisation* » d'une société (*Xinghaihua*, 形骸化, le mot signifie que la société devient un simple corps dépourvu de toute volonté propre réelle). Selon l'auteur, doit être levé le voile corporatif d'une société cadavérisée, c'est-à-dire lorsqu'elle est en réalité dominée directement par l'associé et qu'elle ne dispose pas de véritables organes sociaux indépendants<sup>966</sup>, si bien que la société n'est qu'un « *alter ego* » (*Ling Yige Ziwo*, 另一个自我), un instrument ou un agent représentatif<sup>967</sup>. Parfois les auteurs qualifient la situation de dépendance comme un état de « *contrôle excessif* », dont le contenu ne fait cependant pas l'objet d'un accord unanime des auteurs. Pour Mme le professeur ZHU Ci Yun, le « *contrôle excessif* » se caractérise *a priori* dans le cas où l'associé a pu disposer librement, en vue de réaliser son propre intérêt ou l'intérêt d'une autre société du groupe, d'actifs de la société contrôlée<sup>968</sup>. Pour M. le professeur SHI Shao Xia, le « *contrôle excessif* » signifie plutôt l'existence d'une relation de domination complète de la société par son associé<sup>969</sup>. L'appréciation de cette situation nous semble très délicate. Il s'avère même difficile de la distinguer complètement du critère de la confusion des activités que nous venons d'évoquer.

Nous devons avouer que, même après l'évocation de tous ces critères proposés par les auteurs et magistrats chinois, le contenu de l'abus de la personnalité morale en droit chinois ne s'avère pas plus clair. Les interprétations ne sont pas complètement pertinentes, car ils ne constituent pas de véritables critères décisifs pour caractériser l'abus de la personnalité morale, de plus ils ne sont pas tous compatibles avec la théorie de ce type d'abus.

## 2. La limitation des situations visés par le régime

### a. Les situations devant être écartées

<sup>966</sup> ZHU Ci Yun, « *La règle du levée du voile corporatif doit être légiférée dans la loi sur les sociétés de notre pays* », Falv Shiyong, 2005, n°3, p.11 (朱慈蕴, « 我国《公司法》应确立揭开公司面纱规则 », 法律适用)

<sup>967</sup> ZHU Ci Yun, « *Les critères de l'application de la théorie de la négation de la personnalité morale de la société* », Zhongguo Faxue, 1998, n°5, p.73 (朱慈蕴, « 论公司法人格否认法理的适用要件 », 中国法学). Il est néanmoins à noter que l'auteur n'est pas rigoureusement clair sur le contenu du terme « *cadavérisation* ». Dans cet article, elle considère que la notion se caractérise par la confusion des sociétés, alors dans son article de 2005, la « *cadavérisation* » est bien distincte de la « *confusion* ».

<sup>968</sup> : ZHU Ci Yun, « *Négation de la personnalité en droit chinois : de disposition légale à la pratique* », précité

<sup>969</sup> SHI Shao Xia, « *L'application judiciaire du régime de la négation de la personnalité morale de société* », précité



Toute interprétation de l'abus de la personnalité morale ne saurait être faite d'une manière purement objective. En droit des sociétés chinois, le terme « abus » signifie par essence un état subjectif de l'auteur, qui se prévaut du régime de la responsabilité limitée des associés en vue de réaliser une finalité manifestement incompatible voire contraire avec l'objectif initial conçu par le législateur. Il est donc impossible d'apprécier un abus sans vérifier l'état mental de l'auteur. La formule dans l'article 20 de la *loi sur les sociétés* est sans équivoque à cet égard. Le recours à la personnalité morale devient abusif uniquement lorsque le montage ou l'utilisation de la société est destinée à éviter l'obligation de rembourser des dettes. En effet, le constat pur et simple des situations évoquées par les auteurs, tel que l'insuffisance du capital, l'existence de nombreuses transactions entre le débiteur dépendant et son associé dominant, ne justifie en soi la négation de la personnalité morale. Pour la caractériser, les juges doivent toujours vérifier si le réel motif de la société et de son associé consiste à porter atteinte aux droits des créanciers de la société.

Certes, comme ce qu'on peut constater dans la pratique en droit français, il est difficile pour les juges du fond de résister à l'application de la règle de la « négation de la personnalité morale » à une société en situation constamment déficitaire, lorsque la société ne dispose pas d'actifs suffisants et qu'elle a maintenu des relations étroites avec les sociétés liées, tout en respectant la politique du groupe élaboré par la société mère. En fait, comme ce qui a été confirmé par les magistrats et les auteurs, l'abus de la personnalité morale doit être apprécié de façon très restrictive<sup>970</sup>. Il en résulte que tout critère ne révélant pas la finalité de l'associé en cause, tel que l'insuffisance du capital social, l'existence de la simple relation de dépendance ou de domination, ou l'existence des transactions anormales entre la société et des personnes liées constituent les seuls éléments que les juges du fond doivent prendre en considération. Ces éléments peuvent constituer, ensemble avec d'autres éléments conjoncturels, un faisceau de preuves<sup>971</sup> mettant en lumière l'intention frauduleuse de l'associé, sans qu'ils soient capables de justifier en soi la négation de la personnalité morale.

Il nous semble aussi inapproprié de faire appliquer le régime de l'abus de la personnalité morale aux situations de confusion entre les sociétés. Selon les situations de confusion envisagées par les auteurs chinois, la confusion des personnalités morales des

---

<sup>970</sup> LI Guo Guang, WANG Chuang, article précité ; SHI Shao Xia, article précité ; ZHU Ci Yun, « *Négation de la personnalité morale en droit chinois : de disposition légale à la pratique* », précité

<sup>971</sup> LIU Jun Hai, « *Innovations institutionnelles de la nouvelle loi sur les sociétés* », ouvrage précitée, p. 94

sociétés se caractérise soit par l'apparence ou la simulation, soit par le fait qu'il est impossible de séparer objectivement le patrimoine de l'une société de celui de l'autre.

Afin de réguler ces situations justifiant l'extension de la responsabilité d'une société à l'autre personne, il serait plus pertinent d'introduire directement en droit chinois la théorie de l'apparence et celle de la confusion de patrimoines, que de soumettre ces situations au régime de l'abus de la personnalité morale.

A cet égard, il nous semble que certains auteurs chinois, trop désireux de lutter contre tous les agissements irréguliers des associés, ont entendu de fourrer tous les critères susceptibles de justifier la « levée du voile corporatif » (ou plus précisément l'extension de la responsabilité d'une société débitrice) dans le régime de l'abus de personnalité morale, sans vérifier si ces critères reposaient véritablement sur la théorie de l'abus. Or, l'extension inappropriée de la portée d'application de l'abus de la personnalité morale va certainement nuire au fondement théorique du régime de l'abus de la personnalité morale, et rendre difficile l'élaboration des conditions cohérentes de la mise en place de ce régime.

#### **b. Les situations devant être retenues**

Abstraction faite de ces critères inappropriés, seulement deux ordres des critères proposés par la doctrine chinoise se rapportent aux véritables abus de la personnalité morale.

Il s'agit en premier lieu des montages des sociétés destinées à détourner des obligations légales ou conventionnelles, qui sont susceptibles d'entraîner des obligations de rembourser les dettes, ou de payer des amendes ou des indemnisations. La situation concernée par ce critère doit être assimilée à la jurisprudence française de la société fictive.

Il s'agit en second lieu tous les autres types d'actes, notamment les transactions entre les personnes liées au sein du groupe de sociétés, réalisés aux fins d'assurer l'évasion des créances de la société. Bien que ce type de situation soit considéré en droit français comme une confusion des patrimoines, elle se caractérise sur le fond par le constat des flux financiers anormaux ayant pour but de vider les actifs substantiels d'une filiale aux risques et périls de ses créanciers. En tenant compte de la finalité réelle de ces opérations,

il est donc opportun de les soumettre au régime légal chinois de l'abus de la personnalité morale.

A cet égard, il convient de s'inspirer du modèle de droit français, notamment la méthodologie restrictive et prudente qu'emprunte la Cour de cassation dans la reconnaissance de la société fictive et de la confusion des patrimoines. Le régime de la négation de la personnalité morale en droit chinois doit ainsi avoir un champ d'application très restrictif, et ne peut couvrir qu'une partie des situations dans lesquelles l'extension de la responsabilité d'une société aux parties tierces est nécessaire.

L'analyse précédente vient à démontrer que le régime de l'abus de la personnalité morale doit s'appliquer aux situations limitées. Il doit correspondre *grosso modo* au régime de la société fictive et à celui de la confusion des patrimoines (dans le cadre des flux financiers anormaux) en droit français, mais rien de plus.

La limite de ce régime est évidente. Non seulement il est impossible de s'en prévaloir dans le cadre de l'extension de la responsabilité d'une société *in bonis*, aussi sa mise en place dans le cadre des procédures collectives doit être restreinte, si bien qu'un associé ayant causé des préjudices à la société en difficulté peut normalement échapper à la sanction de ce régime, dès lors qu'il s'avère que cet associé n'a pas l'intention de vider la société à l'encontre de l'intérêt des créanciers. De plus, selon le texte chinois, les créanciers ne peuvent se prévaloir de l'article 20 de la *loi sur les sociétés* à l'encontre des personnes n'ayant pas la qualité d'associé, or dans la pratique il n'est pas impossible qu'une partie tierce, par l'exercice d'un pouvoir de fait, abuse de la personnalité morale de la société contrôlée ou dominée.

Pour étendre la responsabilité de la société à ces auteurs, il convient d'instaurer un autre régime de responsabilité en droit chinois.

### *B. La référence nécessaire à l'approche française de « dirigeant de fait fautif »*

Eu égard à l'effet limité du régime de l'abus de la personnalité morale de la société, il convient de concevoir d'autres régimes juridiques adaptés pour réguler l'extension à un tiers de la responsabilité d'une société insolvable, en raison de l'influence improprie de ce tiers.

Nous pensons qu'il est essentiel pour le droit chinois d'emprunter l'approche du « *dirigeant de fait fautif* » consacré en droit français, qui permet aux juges de trouver une solution plus adaptée et équilibrée en fonction des circonstances de chaque cas de figure. Les mérites de ce régime étant déjà exposés ci-dessus, nous vérifions ici la possibilité de transplanter ce régime en droit chinois. Mais cette transplantation doit faire face à plusieurs lacunes en droit chinois.

### ***1. Les spécificités de la responsabilité des dirigeants en procédures collectives***

D'abord, la loi sur les faillites des entreprises en Chine n'a pas instauré un régime bien précis au regard de la responsabilité des dirigeants d'une société en procédure collective.

Contrairement à la loi sur les procédures collectives française, la loi chinoise sur les faillites des entreprises n'a pas instauré de régime particulier pour la responsabilité des dirigeants dans les entreprises en procédure collective. L'alinéa 1 de l'article 125 de la loi sur les faillites prévoit simplement que les dirigeants d'une société en faillite doivent « *assumer leurs responsabilités civiles selon la loi lorsque la faillite de l'entreprise est causée par la contravention des administrateurs, des surveillants ou des directeurs supérieurs à leur obligation de fidélité ou à leur obligation de diligence* ». Il est clair que ce texte se borne à faire référence au régime de la responsabilité des dirigeants en droit commun, prévu dans la loi sur les sociétés. Pourtant, la règle étant très générale, il est difficile de connaître la modalité exacte de l'engagement de la responsabilité des dirigeants. On ignore donc si les juges disposent du pouvoir à déterminer souverainement, comme en droit français, le montant exact d'indemnisation imputé à chaque dirigeant qui a contribué à la faillite de l'entreprise.

Il convient de noter que la responsabilité des dirigeants pourrait être également cherchée sous le visa de l'article 128 de la loi sur les faillites des entreprises. Mais la responsabilité au titre de cet article ne concerne pas seulement les dirigeants, et ce n'est pas tous les dirigeants de la société qui sont concernés, puisque seuls les représentants légaux et les personnes directement participant aux actes reprochables sont tenus responsables du passif de la société. De plus, cette responsabilité concerne uniquement deux catégories d'agissements des dirigeants. D'une part et à titre principale, il s'agit des

opérations anormales ayant lieu pendant la période suspecte ou des remboursements partiels des dettes pendant la période suivant la cessation de paiement. D'autre part, il s'agit des actes de dissimulation des actifs et de la création des passifs fictifs. A l'inverse, l'article 128 de la loi sur les faillites des entreprises n'est pas destiné à consacrer un quelconque régime de responsabilité au regard des actes de gestions des dirigeants sociaux.

Pour certains auteurs chinois, la responsabilité sous l'article 125 de la loi sur les faillites des entreprises s'apparente à l'ancien article L.624-3 du Code de commerce en droit français, et celui sous l'article 128 de la loi chinoise s'apparente à l'ancien article L.624-5 du code français<sup>972</sup>. Une telle analogie n'est plus d'actualité puisque les responsabilités en dualité pour les dirigeants des entreprises en procédures collectives sont définitivement unifiées par l'article 651-4 du Code de commerce. Une telle analogie n'est plus complètement exacte, puisque l'article 128 de la loi chinoise et l'article L. 624-5 du code français ne partagent que des contenus communs assez limités au regard de la dissimulation des actifs et la fraude des passifs fictifs. Pourtant, nous nous allions volontiers à cette tentative d'analogie au regard du rapprochement des dispositions de l'article 128 de la loi chinoise avec celles prévues dans l'article L. 624-3 (et reprise par l'article L.652-1) du Code de commerce, qui permet aux juges chinois d'avoir un pouvoir souverain de retenir une responsabilité des dirigeants de manière flexible, mesurée et ciblée.

## ***2. Régime du fond de la responsabilité des dirigeants***

En l'absence d'un régime particulier en droit des entreprises en difficulté, la responsabilité des dirigeants des entreprises défailtantes chinoises se repose alors sur le régime de droit commun, à savoir la responsabilité pour la contravention à l'obligation de fidélité ou de diligence. La faute de gestion ne constitue pas un fondement de la responsabilité. Comme nous avons exposé ci-dessus, ces deux régimes se rapproche partiellement l'une à l'autre en raison qu'ils contiennent tous les deux des critères objectifs similaires pour apprécier des agissements reprochables des dirigeants. Cependant, une différence fondamentale entre ces deux régimes consiste dans la méthode

---

<sup>972</sup> GAN Pei Zhong, ZHAO Wen Gui, « La poursuite de la responsabilité civile des dirigeants des débiteurs en droit des entreprises en faillite », *Zhengfa Luntan*, 2008, n°2, p. 114 (甘培忠,赵文贵, « 论破产法上债务人高管人员民事责任的追究 », 政法论坛)

d'appréciation subjective des agissements fautifs des dirigeants. Nous pensons que la présomption de l'innocence des dirigeants, telle que retenue par le principe de « business judgement rule », ne s'avère pas une approche bien adaptée face aux situations concrètes en Chine. Comme en droit français, les juges doivent nécessairement garder un pouvoir souverain, dans l'apprécier de la faute des dirigeants dans leur prise de décisions pour les opérations de la société.

Enfin, le droit chinois ne reconnaît pas expressément qu'une partie tierce puisse être qualifiée comme un « dirigeant de fait ». En fait, il est permis d'évoquer une notion déjà existante en droit chinois, le « *dominateur réel* », qui nous semble similaire au « dirigeant de fait ». En droit chinois, le « *dominateur réel* » est une personne qui n'est pas l'associé d'une société mais qui est capable de « *déterminer les comportements de la société* ». Ce contenu effectif du pouvoir du dominateur réel révèle essentiellement la nature juridique de cette notion. Un dominateur réel ne dispose plus simplement d'un pouvoir d'associé, qui a au maximum la capacité d'exercer « *une influence importante dans l'assemblée générale* » (point 2, l'article 217 de la loi sur les sociétés). En revanche, le pouvoir de fond d'un « *dominateur réel* » s'assimile exactement aux fonctions des mandataires sociaux de la société, qui ont l'habilité de déterminer de façon autonome les actes engagés par la société.

Pour autant, la méthode d'expression de la définition du « *dominateur réel* » semble indiquer implicitement que le « *dominateur réel* » dispose d'une position semblable à l'associé : le dominateur réel est ainsi une personne, « *bien qu'elle ne soit pas un associé, ...qui est cependant capable de déterminer les comportements de la société* ». Or cet indice n'est qu'implicite, et il n'est pas déterminant notamment en raison qu'il ne peut dénier la similitude fondamentale du pouvoir entre le dominateur réel et les dirigeants.

Par ailleurs, les conséquences de la qualification de « *dominateur réel* » ne permettent pas de savoir si cette notion s'apparente au statut de l'associé ou à celui des dirigeants. Le terme « *dominateur réel* » est évoqué uniquement, hormis dans la clause de définition, deux fois dans la loi sur les sociétés. L'article 21 de la loi, imposant une interdiction de toute transaction anormale entre personnes liées, s'applique en même temps aux « *associé contrôlaire* », « *dominateur réel* », administrateur, surveillant et directeur supérieur. Il est donc difficile de savoir, face à une énumération, si le « *dominateur réel* » est assimilé à l'associé ou aux dirigeants. Dans l'article 17 de la loi, le législateur ne juxtapose que l'« *associé contrôlaire* » et le « *dominateur réel* » en tant que bénéficiaire

de garanties pour autrui nécessitant l'approbation de l'assemblée générale. Pourtant, on ne saurait déduire de ce texte que le législateur assimile le statut juridique du « *dominateur réel* » à celui de « *l'associé contrôlaire* », puisque des administrateurs et des directeurs supérieurs sont aussi assujettis à une telle obligation d'approbation préalable, selon un autre article (point 4 de l'article 149) de la même loi.

Donc il nous semble possible de développer davantage la notion du « *dominateur réel* » et de le consacrer comme l'équivalent de la notion du « *dirigeant de fait* » en droit français. Il faut à cet égard préciser que le *dominateur réel* n'occupe pas une position semblable à l'associé, puisque le pouvoir de ce premier est beaucoup plus puissant. En conséquence, la portée de la notion de « *dominateur réel* » peut être alors élargie afin qu'elle puisse couvrir non seulement les parties tierces mais aussi les associés de droit de la société.

Il reste encore un problème dans le cadre du groupe de sociétés. Admettons que le *dominateur réel* relève d'un *dirigeant de fait*, pourrait on considérer encore une société comme un *dominateur réel*, étant précisé que le droit chinois ne précise pas si une société peut prendre directement le poste d'un mandataire social ? Si la nomination d'une personne morale comme un administrateur de société est une opération courante en droit français, un tel acte s'avère en revanche assez anormal en droit chinois. Bien que le droit écrit chinois n'a ni permis, ni interdit la nomination d'un administrateur-société, la doctrine chinoise est cependant très hostile à l'instauration d'un administrateur ayant la personnalité morale. Un auteur a manifesté son souci lié à la redondance des responsabilités pesant sur les associés dès lors qu'ils cumulent les mandats sociaux de la société<sup>973</sup>. Pour autant, force est d'observer que le pouvoir ainsi que la responsabilité relatifs à la fonction de l'associé et à celle du mandataire social sont nettement différents. Lorsque le cumul par une société mère du statut de l'associé et de celui d'administrateur d'une filiale est effectivement constaté, on voit mal pourquoi la responsabilité pesant sur la société mère doit être seulement appréciée dans le cadre de sa qualité d'associé. Bien sûr, il est possible d'interdire qu'aucune personne morale ne peut être nommée comme dirigeant d'une société. Mais nous ne pouvons pas exclure une telle situation de fait. Si une personne morale telle que la société mère s'est emparé et a exercé *de facto* le pouvoir des dirigeants d'une société, il sera nécessaire d'imputer à cette première les obligations

---

<sup>973</sup> GUAN Xin Rong, « *Le régime de l'administrateur et la gouvernance corporatif, les oppositions à l'avis 'positif' et les propositions de modifications de la loi* », Faxue, 2007, n°12, p. 116 (官欣荣, « 法人董事制度与公司治理 对“肯定说”的商榷与修法建议 », 法学)

et la responsabilité juridique pesant normalement sur un dirigeant de droit. Le refus aux personnes morales du statut de dirigeant social de droit ne saurait faire obstacle à la recherche de responsabilité d'une société qui a exercé de fait la fonction d'un dirigeant.

## **Conclusion de la Partie II :**

L'adaptation du droit concernant le groupe de sociétés doit se faire pour stimuler ou maintenir la dynamique économique résultant des opérations au sein et à l'échelon du groupe de sociétés.

A cet effet, le droit français a adopté de nombreux dispositifs en droit fiscal, en droit social, en droit de la concurrence, en droit pénal, en droit financier et en droit des sociétés. L'ensemble des règles juridiques adaptées permet de créer un « espace de liberté » au profit d'une gestion de groupe de sociétés basée sur une solidarité des sociétés de groupe. Le droit chinois est très peu développé à cet égard. Il n'est pas sans contradiction de constater que, malgré la consécration en apparence de la notion de groupe de sociétés, il n'y a quasiment en droit chinois aucune règle substantielle visant à maintenir le réel dynamisme économique du groupe.

Tout dispositif encourageant la solidarité intra-groupe ne saurait nuire à l'équilibre fondamental des intérêts des actionnaires, dirigeants, créanciers et salariés de chaque société appartenant au groupe de sociétés.

Cet objectif d'équilibre est assuré en droit français par une série de régimes classiques prévus principalement en droit des sociétés et en droit des procédures collectives. Une grande partie de ces régimes, tels que l'abus du droit de vote, la résolution des mésintelligences des actionnaires, les actions sociales *ut singuli*, se voit développer progressivement en droit chinois.

Cependant, fortement influencé par le droit américain, le droit chinois semble adopter certaines théories anglo-saxonnes fondamentalement différentes du droit français. Il s'agit notamment du régime de « *Business Judgement Rule* » et de la jurisprudence de la négation de la personnalité morale. Les régimes français correspondants – notamment ceux de faute de gestion et de dirigeant de fait – présentent plus d'avantages par rapport



aux régimes Anglo-Saxons. Ces régimes français permettent de mieux responsabiliser les dirigeants sociaux dépendant du groupe ainsi que l'actionnaire majoritaire qui représente le groupe prédominant, tout en préservant au maximum le principe de la responsabilité limitée, socle du régime moderne des sociétés commerciales.

## Conclusion Générale

Loin d'être directement consacrée comme une notion autonome légale, le concept du groupe de sociétés a été largement reconnue en droit positif français. Des études sur les dispositions du Code de commerce nous permettent d'appréhender les divers concepts du groupe tant en droit des sociétés qu'en droit comptable. Or la reconnaissance du groupe de sociétés ne s'y limite pas. Cette conception est également un élément important dans de nombreux régimes légaux ou jurisprudentiels existant dans les domaines du droit fiscal, du droit financier, du droit social, du droit de la concurrence et même du droit pénal des affaires. Son contenu étant variable et souvent lié à la finalité du régime concret concerné, le groupe de sociétés devient alors un concept difficile à saisir.

Le caractère fonctionnel du groupe de sociétés est moins évident en droit chinois, principalement en raison d'une pénurie des dispositions spécifiques relatives aux relations entre des sociétés regroupées dans certaines branches du droit, notamment en droit social, en droit pénal et en droit de la concurrence. Or cette pénurie relative ne nous empêche pas d'observer, par l'établissement d'un bilan sur les textes actuels en droit chinois, une diversité de conception du groupe dans certains domaines, conséquence d'une différence entre les finalités poursuivies par les différentes branches du droit.

Ce caractère fonctionnel, partagé par les deux droits, détermine qu'il est quasiment impossible de trouver une conception transversale légale de groupe de société. La doctrine française a depuis longtemps essayé de bâtir un fondement théorique solide pour la consécration d'un régime juridique du groupe de sociétés, limité au droit des sociétés. Or même une telle tentative a échoué.

En revanche, la description du groupe de sociétés en droit des sociétés demeure insuffisante. La dissociation entre le lien capital et le droit de vote d'associé, qui est reconnue dans de plus en plus de régimes juridiques, remet en cause la description du groupe caractérisé par les liens financiers réunissant les sociétés du groupe. Le pouvoir de contrôle d'une société n'est plus reconnu en droit comme un critère spécifique pour définir le groupe. En fait, il constitue un élément factuel pour l'application d'un nombre limité des règles légales, et une cession du pouvoir de contrôle entraîne en général des conséquences juridiques assez limitées. Peut être aussi constatée la même indifférence du législateur chinois vis-à-vis de la notion de « pouvoir de contrôle ».

Un pouvoir de contrôle ne permet pas, en tant que tel, de contrôler directement (dans le sens de déterminer les comportements) la société contrôlée. Tant en droit français qu'en droit chinois, des associés disposant de ce pouvoir de contrôle se voient octroyer une série de droits limités, si bien qu'il leur est interdit de s'ingérer directement dans l'administration et la direction de la société.

Si le pouvoir de contrôle reste encore un indice important de l'appartenance d'une société à un groupe, il n'est pas déterminant et ne révèle pas en soi la véritable nature de la relation entre cette société et le groupe. Le groupe de sociétés est avant tout un groupement de nature économique, qui fonctionne grâce à une autorité sous-jacente du groupe au regard des affaires de la direction des sociétés appartenant au groupe. C'est ce lien de direction intragroupe qui caractérise réellement l'existence du groupe. Cependant, bien que ce pouvoir de direction ne puisse se réaliser sans les règles de droit qui le tolère, il n'est pas lui-même susceptible d'être directement reconnu en droit, puisque conformément au principe essentiel de droit des sociétés, le pouvoir de la direction doit être exclusivement exercé par le biais des dirigeants de la société.

Néanmoins, toute construction juridique du régime du groupe de sociétés est soumise à une hypothèse, à savoir que le groupe est une entité organique sur le plan économique. A cet effet, dans un véritable groupe de sociétés, les sociétés doivent coopérer, se concerter et s'entraider en vue de réaliser leurs objectifs communs.

Conformément à la réalité économique du groupe, les relations entre la société mère et la société fille d'un groupe peuvent évoluer, à tout moment, passant d'une relation simple de contrôle à une relation de domination complète. Ainsi, il devient impossible d'élaborer un régime autonome du groupe de sociétés pour couvrir l'ensemble de ces groupes de sociétés, dont les formes de direction intragroupe sont si variées. Un régime visant uniquement les groupes de sociétés dont les membres sont réunis par les liens de domination complète est impossible, dans la mesure qu'un tel état de domination ne peut être défini précisément en terme juridique. Certains auteurs de droit français, ainsi qu'un auteur de droit chinois, ont préconisé le concept de « Konzern » d'inspiration allemande. A cet égard, le législateur allemand a créé, dans les années 60, un régime facultatif de groupe de sociétés (dont les membres sont réunis par le lien de domination). Cependant, l'échec d'un dispositif facultatif de groupe en droit allemand met en relief qu'un tel régime ne motive pas de façon suffisante les véritables groupes

d'opter pour ce régime légal.

Contrairement à la doctrine française qui a mené des réflexions sur le fond du régime de groupe, le droit chinois prête plutôt attention à la forme du groupe. Se bornant à élaborer des règles uniquement relatives à l'enregistrement formel du groupe, le droit chinois ne parvient point à consacrer un vrai régime autonome du groupe. Cette approche purement formaliste de groupe de sociétés explique également l'inexistence en droit chinois des réflexions sur l'intérêt du groupe de sociétés.

Ces réflexions approfondies du groupe de sociétés, qui ont déjà eu lieu en droit français, nous permettent de faire deux constats essentiels à l'égard du groupe de sociétés. D'une part, le groupe de sociétés est par essence une pratique économique résultant des dispositifs légaux de la société, il est impossible de l'encadrer directement par un régime juridique de groupe, sauf à procéder au réaménagement des principes fondamentaux de droit de sociétés - ce qui nous semble irréaliste. D'autre part, il est tout à fait possible d'adopter une méthode plus pragmatique, qui consiste en la réception en droit du phénomène économique de groupe de sociétés.

Une telle réception pourrait s'avérer ponctuelle à l'égard de chaque régime juridique déterminé, mais si nous procédons à une étude globale de l'ensemble du droit, il apparaît que la réception de la pratique économique du groupe de sociétés est systématique.

C'est exactement ce qu'on peut observer en droit français. Le groupe de sociétés peut échapper à certaines règles visant l'infraction au libre jeu de la concurrence, et se dote des moyens pour optimiser les conséquences fiscales relatives aux opérations financières au sein du groupe. Le droit français conçoit aussi des régimes pour renforcer le lien direct entre le groupe et les actionnaires et salariés de sociétés appartenant au groupe, par l'élaboration d'une série de régimes juridiques portant sur des actions de préférence, sur la vie collective de salariés et les mécanismes incitatifs des salariés à la dimension de groupe.

Le droit français atténue également, vis-à-vis des sociétés appartenant au groupe, la rigueur d'application du dispositif des conventions réglementées (en droit de sociétés), des normes des actes anormaux de gestion (en droit fiscal) et de l'abus de biens sociaux (en droit pénal des affaires). Ces atténuations, respectivement définies par chaque régime légal concerné, ont pour effet de permettre les développements des opérations

intragroupes raisonnables.

L'ensemble de ces régimes permet à la préservation d'une dynamique économique pour le fonctionnement du groupe de sociétés, sans que les principes basiques de droit, élaborés au regard de sociétés isolées et autonomes, ne soient profondément bouleversés.

Il est fort regrettable de constater qu'un tel dispositif juridique portant sur les divers aspects économiques, sociaux, fiscaux et même pénaux, n'existe quasiment pas en droit chinois. Cette grande lacune, due à la pénurie des dispositifs légaux pour encadrer le fonctionnement économique du groupe de sociétés, doit constituer un chantier non-négligeable de la législation chinoise dans le futur.

Enfin, l'adaptation du droit vis-à-vis de l'impératif économique de groupe ne saurait compromettre les règles fondamentales liées au fonctionnement de la société, qui est le composant essentiel du groupe.

Le droit français persiste à maintenir un équilibre des divers intérêts concernés par une société, en ayant recours à titre principal aux règles classiques du droit de sociétés.

Au regard du droit des associés des sociétés dans le cadre du groupe de sociétés, une protection équilibrée du droit d'associé est réalisée par des régimes applicables à toutes les sociétés, qu'elles soient ou non membres d'un groupe. Par des travaux législatifs récents au sujet du droit d'information d'associé, de l'abus de droit de vote ainsi que de la résolution légale pour les mécontentes entre les associés, le droit chinois se rapproche du droit français pour régler les relations entre les associés des sociétés, y compris celles appartenant au groupe. Cependant, une divergence importante s'établit entre les droits des deux pays à l'égard du fondement de la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des associés. La théorie de faute de gestion en droit français est plus sévère, elle octroie aux associés une large marge de manœuvre d'agir contre les dirigeants de sociétés. Le droit chinois a tendance à adopter la théorie américaine de « *Business Judgement Rule* », qui rend en général les dirigeants sociaux irresponsables pour leurs actes de gestion, sauf pour leurs décisions manifestement irraisonnables.

Quant aux relations entre les associés et les créanciers et salariés dans le cadre du groupe, se pose la question du déni de la personnalité morale de société. Ainsi le droit français pourrait servir de modèle pour le droit chinois. En effet, le droit français a le

mérite de distinguer les différentes hypothèses nécessitant la dérogation au principe de la responsabilité limitée de société, en y affectant des régimes particuliers adaptés à chaque hypothèse.

Le droit social et le droit de la concurrence français élaborent leurs propres dispositifs pour assurer que la personnalité morale ne fasse pas obstacle à identifier la personne devant effectivement être retenue responsable pour l'infraction concurrentielle ou pour le licenciement des salariés.

Le droit des sociétés français reconnaît quant à lui une série de régimes dérogatoires au principe de la responsabilité limitée, qui visent respectivement la situation d'une représentation en apparence, la situation de la confusion des patrimoines ou des sociétés fictives ainsi que celle de l'ingérence fautive de l'associé au titre de dirigeant de fait. Par la mise en place d'un arsenal de règles juridiques adaptées, le droit français a le mérite de n'avoir pas sous-estimé la complexité des situations pouvant conduire à la « levée du voile corporatif ». Il a notamment consacré, à juste titre, un régime de responsabilité de dirigeants de fait permettant aux juges du fond d'apprécier le caractère fautif des comportements des associés, qui se sont immiscés dans la gestion des sociétés défailtantes. La responsabilité de combler le passif pèse précisément sur les associés ayant contribué aux dettes sociales, qui sont souvent des sociétés mères. La sanction pourrait être équilibrée, puisque le juge du fond a le pouvoir souverain de tempérer la responsabilité de l'associé fautif selon les circonstances.

Par contraste, en droit chinois, des juristes s'efforcent à généraliser l'application du régime légal de l'abus de la personnalité morale. En soumettant des situations profondément différentes à un même régime, ce dernier risque d'être dépourvu d'un fondement cohérent et solide. A cet égard, il n'est pas impossible et il nous semble nécessaire que le droit chinois s'inspire de la méthodologie du droit français.

La présente étude met en lumière l'opportunité et la possibilité de mettre en place une approche de réception du groupe de sociétés en droit chinois. Une telle approche, déjà adoptée en droit français, pourrait être mise en œuvre d'une façon équilibrée, pragmatique et réaliste. Elle conduit à l'harmonisation entre les pratiques économiques en évolution constante et les régimes classiques de sociétés commerciales, qui demeurent les principes fondamentaux garantissant l'organisation et la gouvernance efficace des activités économiques.



## Annexe Extraits des textes chinois

(versions anglaises traduites par Chinalawinfo Co., Ltd.(www.lawinfochina.com), une entité créée par la Faculté de droit de l'Université de Pékin)

### Company Law of the People's Republic of China

中华人民共和国公司法

(Adopted at the Fifth Session of the Standing Committee of the Eighth National People's Congress on December 29, 1993. Revised for the first time on December 25, 1999 according to the Decision of the Thirteenth Session of the Standing Committee of the Ninth People's Congress on Amending the Company Law of the People's Republic of China. Revised for the second time on August 28, 2004 according to the Decision of the 11th Session of the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on Amending the Company Law of the People's Republic of China. Revised for the third time at the 18th Session of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on October 27, 2005)

#### Chapter I General Provisions

Article 1 This Law is enacted for the purposes of regulating the organization and operation of companies, protecting the legitimate rights and interests of companies, shareholders and creditors, maintaining the socialist economic order, and promoting the development of the socialist market economy

Article 2 The term "company" as mentioned in this Law refers to a limited liability company or a joint stock company limited set up within the territory of the People's Republic of China according to the provisions of this Law.

Article 3 A company is an enterprise legal person, which has independent legal person property and enjoys the right to legal person property. It shall bear the liabilities for its debts with all its property. For a limited liability company, a shareholder shall be liable for the company to the extent of the capital contributions it has paid. For a joint stock limited company, a shareholder shall be liable for the company to the extent of the shares it has subscribed to.

Article 4 The shareholders of a company shall be entitled to enjoy the capital proceeds, participate in making important decisions, choose managers and enjoy other rights.

Article 5 When conducting business operations, a company shall comply with the laws and administrative regulations, social morality, and business morality. It shall act in good faith, accept the supervision of the government and general public, and bear social responsibilities.

The legitimate rights and interests of a company shall be protected by laws and may not be trespassed.

Article 6 To establish a company, an application for establishment registration shall be filed with the company registration authority. If the application meets the establishment requirements of this Law, the company registration authority shall register the company as a limited liability company or joint stock limited company. If the application does not meet the establishment requirements of this Law, it shall not be registered as a limited liability company or joint stock limited company.

If any law or administrative regulation provides that the establishment of a company shall be subject to approval, and relevant approval formalities shall be gone through prior to the registration of the company.



The general public may go to a company registration authority to search and consult the registration information filed by a company and the authority shall provide the research services for the public.

Article 7 For a lawfully established company, the company registration authority shall issue a company business license to the company. The date of issuance of the company business license shall be the date of establishment of the company. The company business license shall state the name, domicile, registered capital, actually paid capital, business scope, legal representative, etc. If any of the items as stated in the business license is changed, the company shall modify the registration and the company registration authority shall replace its old business license by a new one.

Article 8 A limited liability company established according to this Law shall include the words of "limited liability company" or "limited company" in its name. A joint stock limited company established according to this Law shall include words of "joint stock limited company" or "joint stock company".

Article 9 A limited liability company to be changed into a joint stock limited company shall satisfy the requirements as prescribed in this Law for joint stock limited companies. A joint stock limited company to be changed into a limited liability company shall conform to the conditions as prescribed in this Law for limited liability companies. In either of the aforesaid cases, the creditor's rights and debts of the company prior to the change shall be succeeded by the company after the change.

Article 10 A company shall regard its main office as its domicile.

Article 11 A company established according to this Law shall formulate its bylaw that are binding on the company, its shareholders, directors, supervisors and senior managers.

Article 12 A company's business scope shall be defined in its bylaw and shall be registered according to law. The company may change its business scope by modifying its bylaw, but it shall go through the formalities for modifying the registration.

If the business scope a company covers any item subject to approval pursuant to any law or administrative regulation, approval shall be obtained according to the law.

Article 13 The legal representative of a company shall, be assumed by the chairman of the board of directors, acting director or manager according to the company's bylaw and shall be registered according to law. If the legal representative of the company is changed, the company shall go through the formalities for modifying the registration.

Article 14 A company may set up branches. To set up a branch, the company shall file a registration application with the company registration authority and shall obtain a business license. A branch shall not enjoy the status of an enterprise legal person and its civil liabilities shall be born by its parent company.

A company may set up subsidiaries which enjoy the status of an enterprise legal person and shall be independently responsible for their own civil liabilities.

Article 15 A company may invest in other enterprises. However, unless it is otherwise provided for by any law, it shall not become a capital contributor that shall bear several and joint liabilities for the debts of the enterprises in which it invests.

Article 16 Where a company intends to invest in any other enterprise or provide guaranty for others, the company shall make a resolution through the board of directors, shareholders' meeting or shareholders' assembly according to its bylaw. If the bylaw prescribe any limit on the total amount of investments or guaranties, or on the amount of a single investment or guaranty, the aforesaid total amount or amount shall not exceed the limited amount. If a company intends to provide guaranty to a shareholder or actual

controller of the company, it shall make a resolution through the shareholder's meeting or shareholders' assembly.

The shareholder as mentioned in the preceding paragraph or the shareholder dominated by the actual controller as mentioned in the preceding paragraph shall not participate in voting on the matter as mentioned in the preceding paragraph. Such matter requires the affirmative votes of more than half of the other shareholders attending the meeting.

Article 17 Every company shall protect the lawful rights and interests of its employees, sign employment contracts with its employees, buy social insurances, and strengthen labor protection so as to ensure work safety.

Every company shall, in various forms, intensify the professional education and in-service training of its employees so as to improve their personal quality.

Article 18 The employees of a company shall, according to the Labor Union Law of the People's Republic of China, organize a labor union, which shall carry out union activities and safeguard the lawful rights and interests of the employees. The company shall provide necessary conditions for its labor union to carry out activities. The labor union shall, on behalf of the employees, sign collective contracts with the company with respect to the remuneration, working hours, welfare, insurance, work safety and sanitation, and other matters.

In accordance with the Constitution and other relevant laws, a company shall adopt democratic management in the form of assembly of the representatives of the employees or any other ways.

To make a decision on restructuring or any important issue relating to business operations, or to formulate any important bylaw, a company shall solicit the opinions of its labor union, and shall solicit the opinions and proposals of the employees through the assembly of the representatives of the employees or in any other way.

Article 19 The Chinese Communist Party may, according to the Constitution of the Chinese Communist Party, establish its branches in companies to carry out activities of the Chinese Communist Party. The company shall provide necessary conditions to facilitate the activities of the Party.

Article 20 The shareholders of a company shall abide by the laws, administrative regulations and bylaw and shall exercise the shareholder's rights under the law. None of them may injure any of the interests of the company or of other shareholders by abusing the shareholder's rights, or injure the interests of any creditor of the company by abusing the independent status of legal person or the shareholder's limited liabilities.

Where any of the shareholders of a company causes any loss to the company or to other shareholders by abusing the shareholder's rights, it shall be liable for compensation.

Where any of the shareholders of a company evades the payment of its debts by abusing the independent status of legal person or the shareholder's limited liabilities, if it seriously injures the interests of any creditor, it shall bear several and joint liabilities for the debts of the company.

Article 21 Neither the controlling shareholder, nor the actual controller, nor any of the directors, supervisors or senior management of the company may injure the interests of the company by taking advantage of its connection relationship. Anyone who causes any loss to the company due to violating the preceding paragraph shall be liable for the compensation.

Article 22 A resolution of the shareholders' meeting, shareholders' assembly or board of directors of the company that is in violation of any law or administrative regulation shall be null and void.

If the procedures for calling a shareholders' meeting or shareholders' assembly, or meeting of the board of directors, or the voting form, is in violation of any law, administrative regulation or the bylaw, or if a resolution is in violation of the bylaw of the company, the shareholders may, within 60 days from the day when the resolution is made, request the people's court to revoke it.

If the shareholders initiate a lawsuit under the preceding paragraph, the people's court shall, at the request of the company, demand the shareholders to provide corresponding guaranty.

Where a company has, according to the resolution of the shareholders' meeting, shareholders' assembly or meeting of the board of directors, completed the modification registration, if the people's court declares the resolution null and void or revoke the resolution, the company shall file an application with the company registration authority for revoking the modification registration.

.....

## Chapter 2 Chapter II Establishment and Organizational Structure of A Limited Liability Company

### Section 2 Organization Structure

Article 37 The shareholders' meeting of a limited liability company shall be composed of all the shareholders. It is the authority of the company and shall exercise its powers according to this Law.

Article 38 The shareholders' meeting shall exercise the following functions:

- (1) Determining the company's operational guidelines and investment plans;
- (2) Electing and changing the directors and supervisors assumed by non-representatives of the employees and deciding the matters relating to their salaries and compensations;
- (3) Deliberating and approving reports of the board of directors;
- (4) Deliberating and approving reports of the board of supervisors or the supervisor;
- (5) Deliberating and approving annual financial budget plans and final account plans of the company;
- (6) Deliberating and approving company profit distribution plans and loss recovery plans;
- (7) Making resolutions about the increase or reduction of the company's registered capital;
- (8) Making resolutions about the issuance of corporate bonds;
- (9) Adopting resolutions about the assignment, split-up, change of company form, dissolution, liquidation of the company;
- (10) Revising the bylaw of the company;
- (11) Other functions as specified in the bylaw.

If all the shareholders consent to any of the matters listed in the preceding paragraph by writing, they do not need to hold a shareholders' meeting and may made decisions and have the decisions signed and sealed by all the shareholders.

Article 39 The first shareholders' meeting shall be convened and presided over by the shareholder who made the largest capital contributions, and he shall exercise his powers according to this Law.

Article 40 The shareholders' meetings shall be classified into regular meetings and interim meetings. The regular meetings shall be timely held according to the bylaw. Where an interim meeting is proposed by the shareholders representing 1/10 of the voting rights or more, or by directors representing 1/3 of the voting rights or more, or by the board of supervisors, or by the supervisors of the company with no board of supervisors, an interim meeting shall be held.

Article 41 Where a limited liability company has set up a board of directors. The shareholders' meetings shall be convened by the board of directors and presided over by the chairman of the board of directors. If the chairman is unable or fails to perform his duties, the meetings thereof shall be presided over by the deputy chairman of the board of directors. If the deputy chairman of the board of directors is unable or fails to perform his duties, the meetings shall be presided over by a director jointly recommended by half or

more of the directors.

For a limited liability company with no board of directors, the shareholders' meetings shall be convened and presided over by the acting director.

If the board of directors or the acting director is unable or fails to fulfill the duties of convening the shareholders' meeting, the board of supervisors or the supervisor of the company with no board of supervisors may convene and preside over such meetings. If the board of supervisors or supervisor does not convene or preside over such meetings, the shareholders representing 1 / 10 or more of the voting rights may convene and preside over such meetings on their own initiatives.

Article 42 Every shareholder shall be given a notice 15 days before a shareholders' meeting is held unless it is otherwise specified by the bylaw or it is otherwise stipulated by all the shareholders.

A shareholders' meeting shall make the minutes for the decisions about the matters discussed at the meeting. The shareholders who attended the meeting shall affix their signatures to the minutes.

Article 43 The shareholders shall exercise their voting rights at the shareholders' meetings based on their respective percentage of the capital contributions unless it is otherwise prescribed by the bylaw.

Article 44 Unless it is otherwise provided for by this Law, the discussion methods and voting procedures of the shareholders' meeting shall be provided for in the bylaw.

A resolution made at a shareholders' meeting on revising the bylaw, increasing or reducing the registered capital, merger, split-up, dissolution or change of the company form shall be adopted by the shareholders representing 2 / 3 or more of the voting rights.

Article 45 The board of directors established by a limited liability company shall be composed of 3 up to 13 members unless it is otherwise provided by Article 51 of this Law.

If a limited liability company established by 2 or more state-owned enterprises or other state-owned investors, the board of directors shall include representatives of the employees of the companies. The board of directors of any other limited liability company may also include representatives of the employees of the company concerned. The employees' representatives who are to serve as board directors shall be democratically elected by the employees of the company through the general assembly of the representatives of employees, employees' assembly of the company or in any other way. The board of directors shall have one chairman and may have one or more deputy chairmen. The appointment of the chairman and deputy chair shall be specified in the bylaw.

Article 46 The term of office of the directors shall be provided for by the bylaw, but each term of office shall not exceed 3 years. The directors may, after the expiry of their term of office, hold a consecutive term upon re-election. If no reelection is timely carried out after the expiry of the term of office of the directors, or if the number of the members of the board of directors is less than the quorum due to the resignation of some directors from the board of directors prior to the expiry of their term of office, the original directors shall, before the newly elected directors assume their posts, perform the powers of the directors according to the laws, administrative regulations, as well as the bylaw.

Article 47 The board of directors shall be responsible for the shareholders' meeting and exercise the following functions:

- (1) Convening shareholders' meetings and presenting reports thereto;
- (2) Implementing the resolutions made at the shareholders' meetings;
- (3) Determining the company's business and investment plans;
- (4) Working out the company's annual financial budget plans and final account plans;
- (5) Working out the company's profit distribution plans and loss recovery plans;
- (6) Working out the company's plans on the increase or reduction of registered capital, as well as on the

issuance of corporate bonds;

(7) Working out the company's plans on merger, split, change of the company form, or dissolution, etc.;

(8) Making decisions on the establishment of the company's internal management departments;

(9) Making decisions on hiring or dismissing the company's manager and his salary and compensation, and, according to the nomination of the manager, deciding on the hiring or dismissal of vice manager(s) and the persons in charge of finance as well as their salaries and compensations;

(10) Working out the company's basic management system; and

(11) Other functions as specified in the bylaw.

Article 48 A meeting of the board of directors shall be convened and presided over by the chairman of the board of directors. If the chairman of the board of directors is unable or fails to perform his duties, it may be convened or presided over by the deputy chairman of the board of directors. If the deputy chairman of the board of directors is unable or fails to perform his duties, it may be convened or presided over by a director whom is jointly recommended by half or more of the directors.

Article 49 Unless it is otherwise provided for by this Law, the discussion methods and voting procedures of the board of directors shall be specified by the bylaw.

The board of directors shall make minutes of the decisions about the matters discussed at the meetings thereof. The shareholders who attend the meeting shall affix their signatures to the minutes.

In the voting on a resolution of the board of directors, every director shall have one vote.

Article 50 A limited liability company may have a manager, who shall be hired or dismissed upon decision of the board of directors. The manager shall be responsible for the board of directors and shall exercise the following powers:

(1) Taking charge of the management of the production and business operations of the company, organizing the implementation of the resolutions of the board of directors;

(2) Organizing the execution of the company's annual business plans and investment plans;

(3) Drafting plans on the establishment of the company's internal management departments;

(4) Drafting the company's basic management system;

(5) Formulating the company's specific rules and policies;

(6) Proposing to hire or dismiss the company's vice manager(s) and the person in charge of finance;

(7) Deciding on the hiring or dismissal of the persons-in-charge other than those who shall be decided by the board of directors; and

(8) Other powers conferred by the board of directors.

If the bylaw provides otherwise for the powers of managers, the bylaw shall be followed. The manager attends the meetings of the board of directors as a non-voting representative.

Article 51 For a limited liability company with a relatively small number of shareholders or for a relatively small limited liability company, it may have an acting director and no board of directors. The acting director may concurrently hold the post of the company's manger.

The powers of the acting director shall be specified in the bylaw.

Article 52 A limited liability company may set up a board of supervisors, which shall be composed of at least 3 persons. For a limited liability company in which there is a relatively small number of shareholders or which is relatively small in scale, it may have 1 or 2 supervisors and does not have to establish a board of supervisors. The board of supervisors shall include shareholders' representatives and representatives of the employees' of the company at an appropriate ratio to be specifically prescribed in the bylaw. The employees' representatives who are to serve as members of the board of supervisors shall be democratically elected by the employees of the company through the assembly of the employees' representatives, or employees' assembly or by any other means. The board of supervisors shall have one chairman, who shall be elected by half or more of all the supervisors. The chairman of the board of supervisors shall convene

and preside over the meetings of the board of supervisors. If the chairman of supervisors is unable or fails to perform his duties, the supervisor recommended by half or more of the supervisors shall convene and preside over the meetings of the board of supervisors.

No director or senior manager may concurrently serve as a supervisor.

Article 53 Each term of office of the supervisors shall be 3 years. The supervisors may, after the expiry of their term of office, hold a consecutive term upon reelection. If no reelection is timely carried out after the expiry of the term of office of the supervisors, or if the number of the members of the board of directors is less than the quorum due to the resignation of some directors from the board of supervisors prior to the expiry of their term of office, the original supervisors shall, before the newly elected supervisors assume their posts, exercise the powers of the supervisors according to laws, administrative regulations, as well as the bylaw.

Article 54 The board of supervisors or supervisor of a company with no board of supervisors may exercise the following powers:

- (1) To check the financial affairs of the company;
  - (2) To supervise the duty-related acts of the directors and senior managers, to put forward proposals on the removal of any director or senior manager who violates any law, administrative regulation, the bylaw or any resolution of the shareholders' meeting;
  - (3) To demand any director or senior manager to make corrections if his act has injured the interests of the company;
  - (4) To propose to call interim shareholders' meetings, to call and preside over shareholders' meetings when the board of directors does not exercise the function of calling and presiding over shareholders' meetings as prescribed in this Law;
  - (5) To put forward proposals at shareholders' meetings;
  - (6) To initiate actions against directors or senior managers according to Article 152 of this Law;
- and
- (7) Other duties as provided for by the bylaw.

Article 55 The supervisors may attend the meetings of the board of directors as non-voting attendees, and may raise questions or suggestions about the meeting agenda discussed by the board of directors.

If the board of supervisors or the supervisors of the company that does not have a board of supervisors find that the company is running abnormally, they may conduct an investigation. Where necessary, they may hire an accounting firm to help them with the investigation and the related expenses shall be born by the company.

Article 56 The board of supervisors shall hold meetings at least once a year. Any supervisors may propose to hold interim meetings of the board of supervisors.

The discussion methods and voting procedures of the board of supervisors shall be specified in the bylaw unless it is otherwise provided by this Law.

A resolution of the board of supervisors shall be approved by more than half of the supervisors.

The board of supervisors shall scribe the minutes for the resolutions about the agenda and have the minutes signed by the supervisors in presence.

Article 57 The expenses necessary for the board of supervisors or the supervisor of a company that does not have a board of supervisors to perform their duties shall be borne by the company.

.....

Chapter VI Qualifications and Obligations of the Directors, Supervisors and Senior Managers of A Company

Article 147 Anyone who is under any of the following circumstances shall not assume the post of a director, supervisor or senior manager of a company:

- (1) Being without civil capacity or with only limited civil capacity;
- (2) Having been sentenced to any criminal penalty due to an offence of corruption, bribery, encroachment of property, misappropriation of property or disrupting the economic order of the socialist market and 5 years have not elapsed since the completion date of the execution of the penalty; or he has ever been deprived of his political rights due to any crime and 3 years have not elapsed since the completion date of the execution of the penalty;
- (3) He was a former director, factory director or manager of a company or enterprise which was bankrupt and liquidated, whereby he was personally liable for the bankruptcy of such company or enterprise, and three years have not elapsed since the date of completion of the bankruptcy and liquidation of the company or enterprise;
- (4) He was the legal representative of a company or enterprise, but the business license of this company or enterprise was revoked and this company or enterprise was ordered to close due to a violation of the law, whereby he is personally liable for the revocation, and three years have not elapsed since the date of the revocation of the business license thereof;
- (5) He has a relatively large amount of debt which is due but has not been paid.

Where a company elects or appoints any director or supervisor, or hires any senior manager by violating the provisions in the preceding paragraph, such elections, appointments, or hiring shall be invalid. Where any director, supervisor or senior manager, during his term of office, is under any of the circumstances as mentioned in the preceding paragraph, the company shall remove him from his post.

Article 148 The directors, supervisors and senior managers shall comply with the laws, administrative regulations, and bylaw. They shall bear the obligations of fidelity and diligence to the company.

No director, supervisor or senior manager may accept any bribe or other illegal gains by taking the advantage of his powers, or encroach on the property of the company.

Article 149 No director or senior manager may commit any of the following acts:

- (1) Misappropriating the company's fund;
- (2) Depositing the company's fund into an account under his own name or any other individual's name;
- (3) Without consent of the shareholders' meeting, shareholders' assembly, or the board of directors, loaning the company's fund to others or providing any guaranty to any other person by using the company's property as in violation of the bylaw;
- (4) Entering a contract or trading with this company by violating the bylaw or without consent of the shareholders' meeting or shareholders' assembly;
- (5) Without consent of the shareholders' meeting or shareholders' assembly, seeking business opportunities that belong to the company for himself or any other persons by taking advantages of his powers, or

operating similar business of the company for which he works for himself or for any other persons;

(6) Taking commissions on the transactions between others and the company into his own pocket;

(7) Illegally disclosing the company's confidential information;

(8) Other acts inconsistent with the obligation of fidelity to the company. The income of any director or senior manager from any act in violation of the preceding paragraph shall belong to the company.

Article 150 Where any director, supervisor or senior manager violates any law, administrative regulation, or the bylaw during the course of performing his duties, if any loss is caused to the company, he shall be liable for compensation.

Article 151 If the shareholder's meeting or shareholders' assembly demands a director, supervisor or senior manager to attend the meeting as a non-voting representative, he shall do so and shall answer the shareholders' inquiries.

The directors and senior managers shall faithfully offer relevant information and materials to the board of supervisors or the supervisor of a limited liability company that does not have a board of supervisors, none of them may impede the board of supervisors or supervisor from exercising their powers.

Article 152 Where a director or senior manager is under the circumstance as mentioned in Article 150 of this Law, the shareholder(s) of the limited liability company or joint stock limited company separately or aggregately holding 1% or more of the total shares of the company for 180 consecutive days or more may request in writing the board of supervisors or the supervisor of the limited liability company with no board of supervisors to initiate a lawsuit in the people's court. If the supervisor is under the circumstance as mentioned in Article 150 of this Law, the aforesaid shareholder(s) may request in writing the board of directors or the acting director of the limited liability company with no board of directors to lodge an action in the people's court.

If the board of supervisors, or supervisor of a limited liability company with no board of supervisors, or board of directors or acting director refuses to lodge a lawsuit after receiving a written request as mentioned in the preceding paragraph, or if they fail to initiate a lawsuit within 30 days after receiving the request, or if, in an emergency, the failure to lodge an action immediately will cause unrecoverable damages to the interests of the company, the shareholder(s) as listed in the preceding paragraph may, on their own behalf, directly lodge a lawsuit in the people's court.

If the legitimate rights and interests of a company are impaired and any losses are caused to the company, the shareholders as mentioned in the preceding paragraph may initiate a lawsuit in the people's court according to the provisions of the preceding two paragraphs.

Article 153 If any director or senior manager damages the shareholders' interests by violating any law, administrative regulation, or the bylaw, the shareholders may lodge a lawsuit in the people's court.

...

### Chapter XIII Supplementary Provisions

Article 217 Definitions of the following terms:

(1) The "senior management persons" refer to the manager, vice managers, chief financial officers, the secretary of the board of directors of a listed company, or any other persons provided in the bylaw.



(2) A "controlling shareholder" refers to a shareholder whose capital contribution occupies 50% or more in the total capital of a limited liability company or a shareholder whose stocks occupies more than 50% of the total equity stocks of a joint stock limited company or a shareholder whose capital contribution or proportion of stock is less than 50% but who enjoys a voting right according to its capital contribution or the stocks it holds is large enough to impose an big impact upon the resolution of the shareholders' meeting or the shareholders' assembly.

(3) An "actual controller" refers to anyone who is not a shareholder but is able to hold actual control of the acts of the company by means of investment relations, agreements or any other arrangements.

(4) "Connection relationship" refers to the relationship between the controlling shareholders, actual controllers, directors, supervisors, or senior management persons of a company and the enterprise directly or indirectly controlled thereby and any other relationship that may lead to the transfer of any interest of the company. However, the enterprises controlled by the state do not incur a connection relationship simply because their shares are controlled by the state.

Article 218 The limited liability companies and joint stock limited companies invested by foreign investors shall be governed by this Law. Where there are otherwise different provisions in any law regarding foreign investment, such provisions shall prevail.

Article 219 This Law shall become effective on January 1, 2006.

## **Provisions on the Establishment of Investment Companies by Foreign Investors**

商务部关于外商投资举办投资性公司的规定

Promulgation date: 11-17-2004 Department: Ministry of Commerce Effective date: 12-17-2004

Article 1 In order to promote foreign investors to invest in China, introduce advanced technologies and management experiences from abroad, foreign investors are permitted to, in accordance with the relevant laws and regulations of China on foreign investments as well as the present Provisions, establish investment companies in China.

Article 2 The term "investment company" as mentioned in the present Provisions refers to a company established by a foreign investor in the form of either wholly-owned enterprise or Chinese-foreign joint venture to engage in direct investments. Such a company shall be in the form of a limited liability company.

Article 3 An applicant who intends to establish an investment company shall meet the following conditions:

(1) (a) It is in good credit status and has the necessary economic strength to establish an investment company, with its total amount of assets during the year before the application being no less than US\$ 400 million, and it has established a foreign-funded enterprise inside the territory of China, with the amount of registered capital it has actually contributed being US\$ 10 million or more, or; (b) It is in good credit status and has the necessary economic strength to establish an investment company, and has established 10 or more foreign-funded enterprises inside the territory of China, with the amount of registered capital it has actually contributed being US\$ 30 million or more;

(2) If it establishes an investment company by means of joint venture, the Chinese investor shall be in good

credit status and have the necessary economic strength to establish an investment company, with its total amount of assets during the year before the application being no less than RMB 100 million Yuan;

(3) The investment company's registered capital shall be no less than USD \$ 30 million.

The foreign investor that applies to establish an investment company shall be a foreign company, enterprise or economic organization. If there are two or more foreign investors, there shall be at least one foreign investor who holds a major share and conforms to Item (1) of Paragraph 1 of the present Article.

Article 4 A foreign investor who meets the conditions prescribed in Item (1), Paragraph 1 of Article 3 of the present Provisions may invest to establish an investment company in the name of its wholly-owned subsidiary company.

Article 5 If a foreign investor that applies to establish an investment company meets the conditions prescribed in Item (1), Paragraph 1 of Article 3 of the present Provisions, it must issue a letter of warranty to the examination and approval organ, guaranteeing the contribution of the registered capital by the established investment company when investing inside the territory of China and the technology transfer of the said foreign investor or affiliated company.

If a foreign investor invests to establish an investment company in the name of its wholly-owned subsidiary company, the parent company must issue a letter of warranty to the approval organ, guaranteeing the the subsidiary company's contribution of the registered capital of the investment company to be established according to the conditions of the approval organ, and guaranteeing the the investment company's contribution of registered capital when investing inside the territory of China and the technology transfer of the parent company and its subsidiaries.

Article 6 An investor shall, when applying to establish an investment company, submit the following documents to the commerce administrative department of the province, autonomous region, municipality directly under the Central Government, or city directly under state planning where the investment company will be located for verification and consent, which, if consented to, shall be submitted to the Ministry of Commerce for examination and approval.

(1) In the case of establishing a joint venture, a project proposal on the establishment of a joint venture investment company, a feasibility study report, and contracts and articles of association signed by all parties to the investment;

In the case of establishing a wholly-owned investment company, a project proposal signed by the foreign investor, the wholly foreign-owned enterprise's application form, feasibility study report and articles of association;

(2) The certification documents of credit status, certification documents of registration (photocopies) and certification documents of the legal representative (photocopies) of all parties to the investment;

(3) The approval certificate (photocopy) and business license (photocopy) of the enterprise invested by the foreign investor and the capital verification report (photocopy) issued by Chinese CPA;

(4) The recent 3 years of balance sheets of all parties to the investment which have been audited in pursuance of law;

(5) The letter of warranty to be submitted as required by Article 5 of the present Provisions; and

(6) Other documents required by the Ministry of Commerce.

All of the above-mentioned documents shall be formal documents unless they are indicated to be photocopies.

As to the documents not signed by a legal representative, a power of attorney of the legal representative shall be presented.

If a lawfully established intermediary institution is authorized to file the application, a power of attorney signed by the legal representative of the investor shall be presented.

Article 7 A foreign investor must use convertible currencies or the Renminbi profits it obtains inside the territory of China or the lawful Renminbi proceeds it obtains due to any share transfer or liquidation, etc. as the registered capital it contributes to the investment company. A Chinese investor may invest in Renminbi. If a foreign investor uses its lawful Renminbi proceeds as registered capital to contribute to the investment company, it shall submit the relevant evidential documents and the tax payment receipts. The investments shall be fully contributed within two years from the day when the business license is issued.

Article 8 In the registered capital of an investment company, there shall be at least US \$ 30 million which shall be regarded as investments to the newly established foreign-funded enterprise, or be regarded as the incompletely contributed amount of investments to the foreign-funded enterprise invested and established by the parent company or affiliated company (with the formalities of stock right transfer having been lawfully completed), or the increased portion of investments, or be used for establishing a research and development center or other institutions, or be used for purchasing the stock rights of a shareholder of a domestic company inside the territory of China (excluding the stock rights formed by the capital contributions already paid by the parent company or the affiliated companies of the investment company).

Article 9 If the registered capital of an investment company is no less than USD \$ 30 million, the amount of loans shall be no more than 4 times of the contributed amount of registered capital. If the registered capital of an investment company is no less than USD \$ 100 million, the amount of loans shall be no more than 6 times of the contributed amount of registered capital. If the amount of loans for the investment company is planned to exceed the above limit due to operation needs , it shall report to the Ministry of Commerce for approval.

Article 10 An investment company may, after its establishment is approved by the Ministry of Commerce, run the following business on the basis of its actual needs in undertaking business activities in China:

- (1) Investing in accordance with the law in the areas where foreign investments are permitted by the state.
- (2) Being entrusted in writing by an enterprise it invests in (unanimously adopted by the board of directors) to provide the enterprise with the following services:
  - (a) Assisting or representing the said enterprise in purchasing machinery equipment, office equipment and raw materials, components and parts needed in production for the enterprise's own use from both home and abroad, as well as in selling products manufactured by the said enterprise in both domestic and overseas markets, and providing after-sale service;
  - (b) Balancing foreign exchange between the enterprises it invests in upon the consent and under the supervision of the foreign exchange department;
  - (c) Providing the enterprise it invests in with such services as technical support in the process of production, sale and market development, training for employees, and intra-enterprise personnel management, etc.;
  - (d) Assisting the enterprise it invests in to seek loans, and providing guaranty.
- (3) Establishing scientific research and development centers or offices inside the territory of China, engaging in research and development of new products and technologies, transferring its research and development achievements, and providing corresponding technical services.
- (4) Providing its investors with consulting services, and providing its associated companies with such consulting services including market information related to investment and investment policies, etc.
- (5) Undertaking services contracted out by its parent company or its affiliated companies.

Article 11 An investment company engaging in import & export of goods or technologies shall meet the requirements as mentioned in the Measures for the Archival Filing and Registration of Foreign Trade Business Operators issued by the Ministry of Commerce.

An investment company engaging in commissioned, wholesale, retail or franchise business shall meet the relevant requirements as mentioned in the Measures for the Administration on Foreign Investment in Commercial Fields issued by the Ministry of Commerce.

Article 12 The term "an enterprise invested in by an investment company "as mentioned in the present

Provisions refers to an enterprise meeting the following conditions:

(1) An enterprise invested in by an investment company either directly or jointly with any other foreign investor and/or Chinese investor, with the proportion of the converted investment of the sole foreign investor of the investment company or the converted joint investment with other foreign investors to the registered capital of the invested enterprise being 25% or more;

(2) The investment company purchases part or all of the stock rights of the enterprise invested in and established inside the territory of China by its investor or associated company and other foreign investors, thus causing the proportion of the converted sole investment of the foreign investor of the investment company or the converted joint investment with other foreign investors to the registered capital of the invested enterprise to reach 25% or more;

(3) The investment company's investment amount shall be no less than 10% of the registered capital of the enterprise it invests in and establishes.

Article 13 An investment company may, upon approval by the People's Bank of China, provide financial support to the enterprise it invests in and establishes.

Article 14 An investment company may act as an initiator to initiate the establishment of a foreign-funded share limited company or to hold the unlisted corporate shares of the foreign-funded share limited company. The investment company may also hold the unlisted corporate shares of other share limited companies inside the territory in accordance with the relevant provisions of the state. The investment company shall be regarded as an overseas initiator or shareholder of the share limited company.

Article 15 If an established investment company runs its business in accordance with the law and has no record of violation of law, and its registered capital is contributed in time as prescribed in the articles of association, and the amount of the registered capital actually contributed by the investor is no less than US \$ 30 million and has been used as an investment of the enterprise it invests in, the investment company shall, after obtaining the consent of the administrative department for commerce of a province, autonomous region, municipality directly under the Central Government, or city under separate state planning at its locality, file an application to the Ministry of Commerce, and may, pending approval, run the following businesses on the basis of its actual needs in undertaking business activities in China:

(1) Being entrusted in writing by an enterprise it invests in (unanimously adopted by the board of directors) to carry out the following business:

(a) Selling the products manufactured by the enterprise it invests in by means of distribution in both domestic and foreign markets;

(b) Providing the enterprise it invests in with such comprehensive services such as transport, storage, etc.

(2) Exporting domestic commodities by means of agency, distribution or by establishing an export purchasing institution (including internal institution) in accordance with the relevant provisions of the state;

(3) Purchasing the products manufactured by the enterprise it invests in and then selling them both at home and abroad after system integration; if the products manufactured by the enterprise it invests in cannot completely satisfy the needs of system integration, it is permitted to purchase the auxiliary products for system integration both at home and abroad, provided that the value of the said products shall not exceed 50% of the value of all the products required by the system integration;

(4) Providing relevant technical training for the domestic distributors and agents of the products produced by the enterprise it invests in, and for the domestic companies and enterprises that have concluded technology transfer agreements with the investment company or its parent company;

(5) It is permitted to, before the enterprise it invests in starts production or before the new products of the

enterprise it invests in are put into production, import from its parent company the products related to those to-be-manufactured by the enterprise it invests in for domestic trial sale for the purpose of developing the products market;

(6) Providing the enterprise it invests in with services involving operating lease of machines and office equipment, or establishing an operating lease company;

(7) Providing after-sale service for the products imported by it; and

(8) Participating in overseas contract projects undertaken by Chinese enterprises having the right to run overseas contract projects in accordance with the relevant provisions of the state.

(9) Selling (excluding retail sale) products imported from its parent company within China.

Article 16 An investment company shall comply with the provisions in Paragraphs 3 and 5 of Article 15 in the process of importation as well.

It shall go through the formalities for the import of goods in accordance with the relevant provisions of the state. The above accumulative import amount of each year shall not exceed the capital contributions already paid by the company.

Article 17 An investment company shall, if applying for running the business prescribed in Article 14 of the present Provisions, submit the following documents to the Ministry of Commerce:

- (1) An application letter signed by the legal representative of the investment company;
- (2) The resolution of the investment company's board of directors;
- (3) The investment company's amended articles of association;
- (4) The investment company's approval certificate (photocopy), business license (photocopy) and its capital verification report issued by a Chinese CPA;
- (5) The capital verification report issued by a Chinese CPA on the enterprise it invests in; and
- (6) Other documents as required by the Ministry of Commerce.

Article 18 The duration of an investment company's operation shall be verified in light of the nature of the project to be established by the investment company as well as the relevant provisions of the state on foreign-funded enterprises' duration of business operation.

Article 19 An investment company shall, if investing to establish an enterprise, separately report for approval according to the scope of approval and procedures of examination and approval for foreign-funded enterprises.

Article 20 If an investment company invests to establish an enterprise, with the proportion of the converted sole investment by the foreign investor of the investment company or the converted joint investment with other foreign investors to the registered capital of the enterprise it invests in and establishes at 25% or more, the invested and established enterprise may enjoy the preferential treatments accorded to foreign-funded enterprises, and be issued a approval certificate of foreign-funded enterprise and a business license of foreign-funded enterprise.

Article 21 An investment company shall, if establishing a branch, report to the Ministry of Commerce for examination and approval. If the investment company applies for establishing a branch company, it must meet the following conditions:

(1) Its registered capital has been contributed in a timely manner as prescribed in the contract and the articles of association, and the contributed amount of investments is no less than US \$ 30 million; or the investment company has invested in and established or has owned 10 or more foreign-funded enterprises;

(2) The region where the branch company is to be established shall be a region with concentrative

investments of the investment company or a region with concentrative sales of the investment company's products.

Article 22 An investment company that meets the prescribed conditions may file an application for designation as the regional headquarters of the transnational companies (hereinafter referred to as the regional headquarters), and shall go through modification formalities in accordance with the law.

(1) When applying for designation as the regional headquarters, an investment company shall meet the following requirements:

(a) The contributed investment in the registered capital is not less than US \$ 100 million; or the contributed investment in the registered capital is not less than US \$ 50 million, the total amount of the assets of the enterprises it invests in is not less than RMB 3 billion yuan during the year before the application is filed, and the total amount of profits is not less than RMB 100 million yuan (which shall be calculated according to the relevant provisions on consolidated statements);

(b) Meeting the conditions as specified in Article 8 of the present Provisions;

(c) It has established two or more research and development institutions in accordance with relevant provisions.

(2) An investment company that has been determined as the regional headquarters may, in light of the actual needs of its business in China, engage in the following businesses:

(a) The business as prescribed in Articles 10 and 15;

(b) The import and domestic sale (excluding retail sale of) of transnational company's products, and products of the affiliates controlled by it;

(c) Importing the original auxiliary materials and parts necessary for providing maintenance services for products of the enterprises invested in by it or the transnational company;

(d) Undertaking services contracted out by enterprises both at home and abroad;

(e) It may engage in logistics and distribution services in accordance with relevant provisions;

(f) Upon approval of the China Banking Regulatory Commission, it may establish finance companies to provide relevant financial services to investment companies and the enterprises invested in by it;

(g) Upon approval of the Ministry of Commerce, it may engage in contracting overseas projects and make investments abroad, establish financing lease companies and provide relevant services; and

(h) Other businesses upon approval.

(3) Application procedures:

(a) The investment company shall file an application to the local commerce administrative department of the province, autonomous region, municipality directly under the Central Government or city under separate state planning for preliminary examination, and then the application shall be submitted to the Ministry of Commerce;

(b) The Ministry of Commerce shall make a reply within 30 days from the day when it receives a complete set of application materials, in the case of designating the applicant as the regional headquarters, it shall issue a new foreign-funded enterprise approval certificate (with an indication of its designation as "Regional Headquarters");

(c)The investment company shall, within 30 days, file an application to the administrative department of industry and commerce for modifying its registration upon the strength of the approval certificate;

(4) Application documents:

(a)The application signed by the legal representative of the investment company;

(b)Resolution of the investment company or the board of directors of the transnational company;

(c)The amended articles of association / contract of the investment company;

(d)The approval certificate (photocopy) and business license (photocopy) of the investment enterprise and the capital verification report (photocopy) issued by a Chinese CPA;

(e)The approval certificate (photography) and business license (photocopy) and the capital verification report (photocopy) issued by a Chinese CPA;

(f)The invested enterprise' capital verification report (photocopy) issued by a Chinese CPA

(g)The main financial statements of the investment companies audited by a Chinese CPA; and

(h)Other documents required by the Ministry of Commerce.

The above-mentioned documents shall be formal ones except for those indicated to be photocopies.

The “transnational company” as mentioned in the present Article refers to the parent company of the company group of the foreign investor that establishes the investment company.

Article 23 The investment activities of an investment company inside the territory of China are not to be limited by its registration place.

Article 24 The investment activities of an investment company inside the territory of China are not be limited to its registration place.

Article 25 An investment company shall earnestly implement its project investment plans, and shall, within 3 months before the next year, submit the information about investment and operation of the first year to the Ministry of Commerce for archival purposes in compliance with the prescribed contents and format. The above-mentioned materials shall be regarded as one of those necessary materials for the investment company to apply for joint annual examination.

Article 26 An investment company and the enterprises it invests in and establishes are legal persons or entities independent from each other, and their business relations shall be treated as those between independent enterprises

Article 27 An investment company and the enterprises established by it shall abide by the law, regulations and rules of China, and shall not evade administration and tax payment by any means.

Article 28 No investment company may directly engage in productive activities.

Article 29 The present Provisions shall be allowed to apply to the establishment of investment companies in the Mainland by investors from Taiwan, Hong Kong and Macao.

Article 30 The power to interpret the present Provisions shall remain with the Ministry of Commerce.

## **Supplementary Provisions on the Establishment of Investment Companies by Foreign Investors**

关于外商投资举办投资性公司的补充规定

Promulgation date: 05-26-2006 Department: Ministry of Commerce Effective date: 07-01-2006

With a view to further encouraging trans-national companies to invest in China, and improving the functions of the investment companies, we hereby make the following supplementary provisions on the Provisions on the Establishment of Investment Companies by Foreign Investors (No.22 [2004] of the Ministry of Commerce, hereinafter referred to as the Order No.22), which were promulgated on November 17, 2004 by the Ministry of Commerce:

I. Article 7 of the Order No.22 shall be revised as: "A foreign investor shall use a convertible currency or the Renminbi profits it has obtained within the territory of China or the lawful Renminbi proceeds it has obtained due to share transfer or liquidation, etc. as the registered capital it contributes to the investment company. A Chinese investor may invest in Renminbi. If a foreign investor uses its lawful Renminbi proceeds as the registered capital it contributes to the investment company, it shall submit the documents of approval for capital item foreign exchange business of reinvestment in China with Renminbi profits or other lawful Renminbi proceeds, and other relevant certification documents and tax payment receipts. The capital contributed within two years from the day when the business license is issued shall be no less than USD 30 million, and the remaining capital contributions in the registered capital shall be paid off within 5 years from the day when the business license is issued."

II. Investment companies are allowed to undertake services contracted out by overseas companies.

III. Article 11 of the Order No.22 shall be revised as:

"An investment company engaging in the import or export of goods or technologies shall meet the requirements as mentioned in the Measures for the Archival Filing and Registration of Foreign Trade Business Operators issued by the Ministry of Commerce. An investment company shall handle export tax refunds according to the relevant provisions when exporting products.

An investment company may sell at home the commodities it imports or purchases at home by way of commissioned agents (excluding auctions) or wholesale. The special commodities and the commodities sold by retail or franchising shall comply with the relevant provisions."

IV. Investment companies are allowed to make strategic investment on listed companies according to the relevant state provisions, and the investment companies shall be regarded as the overseas shareholders of the joint stock companies.

V. The investment companies that comply with the requirements of Article 15 of the Order No.22 may, before the enterprises invested by them are put into production or before the new products of the enterprises invested by them are put into production, and for the purpose of developing product market, import relevant products for domestic trial sale, and may entrust other domestic enterprises to produce or process their products or the products of its parent companies for sale both at home and abroad.

VI. Article 16 of the Order No.22 shall be deleted.

VII. In case a foreign investor uses the Renminbi profits it has obtained within China or the lawful Renminbi proceeds it has obtained due to share transfer, liquidation, or etc. as the registered capital of an investment company it contributes (or for increasing capital), the investment company may use all or part of this portion of registered capital to establish enterprises in China. The enterprises established by an



investment company by using the aforesaid registered capital may, upon the strength of the documents of approval of the examination and approval organs for foreign-funded enterprises, documents of approval of the departments of foreign exchange control for the capital-item foreign exchange business of foreign investors who use Renminbi profits or other lawful Renminbi proceeds to make capital contributions (increased capital) to the investment company, and the written statements issued by the investment company on the Renminbi capital contributions to the enterprises it invests in, which originates from the aforesaid registered capital, and etc., apply for going through foreign exchange registration on foreign-funded enterprises and confirmation request for capital verification to the department of foreign exchange administration at its locality, and does no longer need to handle the documents of approval for the capital-item foreign exchange business of the domestic investment in Renminbi by the investment company.

Where a Sino-foreign joint venture investment company establishes an enterprise within China by using the Renminbi registered capital contributed by the Chinese investor, it does not need to handle foreign exchange registration on foreign-funded enterprises, foreign exchange registration on foreign investments in the form of foreign exchange upon the assignment of stock rights, confirmation request on capital verification, and foreign exchange registration on foreign investments, or other foreign exchange administration formalities, it may go through the formalities for capital verification as usual according to the relevant provisions of general domestic enterprises.

VIII. Sub-item (1) of Item (2) of Article 22 of the Order No.22 shall be revised as: “Businesses as prescribed in Articles 10, 11, and 15 of the present Provisions.”

IX. Upon the approval of the Ministry of Commerce, an investment company that is determined as a regional headquarters may undertake operational leasing and finance leasing businesses.

X. An investment company that is determined as a regional headquarters is allowed to entrust other domestic enterprises to produce/process products and sell them both at home and abroad, and undertake the business of processing trade on the commission basis with all the products being sold overseas.

XI. An investment company that exercises the functions of financial centers or capital management centers and is determined as a regional headquarters may, upon the approval of the department of foreign exchange administration, make collective management on the foreign exchange capital of domestic connected companies, or may open offshore accounts in a domestic bank to manage collectively the foreign exchange capital of its overseas connected companies and the foreign exchange capital used for making loans overseas upon the approval of the department of foreign exchange administration. The fund transfer between the offshore accounts and other domestic accounts shall be managed as the transfer of trans-boundary funds.

XII. An investment company shall, before June 1 each year, report its investments, operations, and other information of the previous year to the Ministry of Commerce for archival filing in light of the required contents, designs, and ways, and submit the relevant information in a timely manner according to the requirements of the Ministry of Commerce. The Ministry of Commerce shall have the obligation of keeping confidential the information reported by the investment company.

XIII. In case any investment company fails to submit the relevant information as required in Article 12, the Ministry of Commerce shall give it a punishment according to the relevant provisions.

XIV. The present Provisions shall be implemented as of July 1, 2006. In case there is any inconsistency in Order No.22 with the present Provisions, the present Provisions shall prevail.

## **Measures for the Implementation of Special Tax Adjustments (for Trial Implementation)**

特别纳税调整实施办法(试行)

Promulgation date: 01-08-2009 Department: State Administration of Taxation Effective date: 01-01-2008

### Chapter I General Provisions

Article 1 To regulate the administration of special tax adjustments, these Measures are formulated in accordance with the relevant provisions of the Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the EITL), the Regulation on the Implementation of the Enterprise Income Tax Law of the People's Republic of China (hereinafter referred to as the RIEITL), the Law of the People's Republic of China on the Administration of Tax Collection (hereinafter referred to as the LATC), the Detailed Rules on the Implementation of the Law of the People's Republic of China on the Administration of Tax Collection (hereinafter referred to as the DRILATC) and the tax agreements (arrangements) signed by the Chinese Government with the governments of relevant countries (regions) on the avoidance of double taxation (hereinafter referred to as the tax agreements).

Article 2 These Measures shall apply to the taxation organs' administration of tax adjustments in respect of enterprises' transfer pricing, advance pricing arrangements, cost apportionment agreements, controlled foreign enterprises, thin capitalization and general anti-tax avoidance.

Article 3 The "administration of transfer pricing" is a general term for the work of the taxation organs on examining, evaluating and investigating whether the transactions between an enterprise and its affiliates (hereinafter referred to as the affiliated transactions) conform to the arm's length principle and making adjustments according to the relevant provisions of Chapter VI of the EITL and Article 36 of the LATC.

.....

### Chapter II Reporting of Affiliation

Article 9 The term "affiliation" as mentioned in Article 109 of the RIEITL and Article 51 of the DRILATC mainly refers to any of the following relationships between an enterprise and other enterprises, organizations or individuals:

1. One party directly or indirectly holds at least 25% of the total shares of the other party, or 25% of the shares of both parties are directly or indirectly held by a same third party. If one party indirectly holds the shares of the other party through an intermediate party, as long as it holds at least 25% of the shares of the intermediate party, the proportion of the other party's shares held by it shall be computed on the basis of the other party's shares held by the intermediate party;
2. The loans received by one party from the other party (excluding an independent financial institution) account for at least 50% of one party's paid-in capital, or at least 10% of the total loans received by one party are guaranteed by the other party (excluding an independent financial institution);
3. At least half of one party's senior management (including members of the board of directors and managers) are or at least 1 senior member of the board of directors who has the controlling power over the board of directors is appointed by the other party, or at least half of both parties' senior management (including members of the board of directors and managers) are or at least 1 senior member of the board of directors who has the controlling power over the board of directors is appointed by a same third party;

4. At least half of one party's senior management (including members of the board of directors and managers) are also senior management of the other party (including members of the board of directors and managers), or at least 1 senior member of the board of directors of one party who has the controlling power over the board of directors is also a senior member of the board of directors of the other party;
5. The normal production and business operations of one party must depend on the industrial property, know-how or any other franchise provided by the other party;
6. One party's purchase or sale activities are largely controlled by the other party;
7. The services that one party receives or provides are largely controlled by the other party; or
8. One party exercises a substantive control over the other party's production, business operations or transactions, or the two parties have any other affiliation of interest, such as a relationship that one party and the main shareholder of the other party enjoy basically the same economic interests though the shareholding percentage described in subparagraph 1 hereof is not reached, a clanship or a kinship.

Article 10 The affiliated transactions shall mainly include the following types of transactions:

1. Purchase, sale, transfer and use of tangible assets, including the purchase, sale, transfer and lease of such tangible assets as buildings, transport means, machinery, tools, commodities and products;
2. Transfer and use of intangible assets, including the transfer of ownership of or the provision of right to use the land use right, copyright, patent, trademark, client list, marketing channel, licensed plate or number, trade secret, know-how or any other franchise right, as well as industrial property such as industrial product design or utility model;
3. Accommodation, including all types of long-term and short-term borrowing and guaranty businesses and all kinds of interest-bearing advance payment and deferred payment businesses; and
4. Provision of services, including but not limited to market research, marketing, management, administrative affairs, technical services, maintenance, design, consultancy, agency, scientific research, legal services and accounting services.

Article 11 When filing an annual enterprise income tax return, a resident enterprise whose tax is levied on the basis of audit of account books or a non-resident enterprise which has any establishment in China and file a return for and pay the enterprise income tax on an actual basis shall also submit the Forms for the Annual Reporting of Affiliated transactions of an Enterprise of the People's Republic of China, including the Form of Affiliations, Consolidated Form of Affiliated Transactions, Form of Purchases and Sales, Form of Services, Form of Intangible Assets, Form of Fixed Assets, Form of Accommodation, Form of External Investments and Form of External Payments.

Article 12 Where it is really difficult for an enterprise to submit the Forms as required in Article 11 of these Measures within the specified time limit and an extension is needed, it shall be handled according to the relevant provisions of the LATC and DRILATC.

### Chapter III Administration of Contemporaneous Documentation

Article 13 An enterprise shall prepare by taxable year, keep and submit as required by the taxation organs the contemporaneous documentation relevant to its affiliated transactions in accordance with Article 114 of the RIEITL.

Article 14 The contemporaneous documentation shall mainly include:

1. Organizational structure

- (1) The relevant organizational structure and equity structure of the enterprise group with which an enterprise is affiliated;
- (2) Annual changes of affiliations of the enterprise;
- (3) Information on the affiliates transacting with the enterprise, including an affiliated enterprise's name, legal representative, senior management such as members of the board of directors and managers, registered address and actual business address, an affiliated individual's name, nationality, place of residence, family members, etc., and an indication of the affiliates having a direct influence on the pricing of affiliated transactions of the enterprise; and
- (4) The type and rate of tax of the income tax nature and preferential tax treatments applicable to each affiliate.

## 2. Information on Production and Business Operations

- (1) Brief account of the businesses of the enterprise, including the brief account of the enterprise's development and changes, brief account of the enterprise's industry and development of the industry, business strategies, industrial policies, industrial restrictions and other main economic and legal issues that affect the enterprise and its industry, industry chains of the group and the enterprise's position in the chains;
- (2) The composition of the enterprise's core business, the proportion of the revenue from its core business to the total revenue, and the proportion of the profits from its core business to the total profits;
- (3) The analysis of the enterprise' position in the industry and of the related market competition environment;
- (4) The enterprise' internal organizational structure and the respective functions performed, risks assumed, assets employed, etc. by the enterprise and its affiliates in the affiliated transactions, including the Form of Enterprise Function and Risk Analysis filled out by reference to the relevant information; and
- (5) The consolidated financial statements of the enterprise group, the preparation of which may be postponed in light of the accounting year of the enterprise group, but shall not be later than December 31 of the year following the year of occurrence of an affiliated transaction.

## 3. Information on Affiliated Transactions

- (1) An affiliated transaction's type, participants, time, amount, settlement currency and conditions;
- (2) Trade mode of an affiliated transaction, annual changes thereof, and an explanation for the changes;
- (3) The comparison of similarities and differences between the operating flows of an affiliated transaction and an unaffiliated transaction, including the information flow, logistical flow and cash flow at all stages;
- (4)The intangible asset involved in an affiliated transaction and its influence on the pricing;
- (5) Copies of contracts or agreements related to an affiliated transaction and a description of the execution thereof;
- (6)The analysis of major economic and legal factors that affect the pricing of an affiliated transaction; and
- (7)Information on the division of revenues, costs, expenses and profits between affiliated transactions and unaffiliated transactions. When a direct division is impossible, the division shall be made in a

reasonable proportion, an explanation of the determined division rate shall be made, and a Form of Financial Analysis of Annual Affiliated Transactions shall be filled out by reference to the relevant information.

#### 4. Comparability Analysis

- (1) The factors to be considered in a comparability analysis shall include but not be limited to the characteristics of assets or services in a transaction, functions performed and risks assumed by the parties to a transaction, contractual terms and conditions, economic environment and operating strategies;
- (2) Information on the functions performed, risks assumed, assets employed, etc. by a comparable enterprise;
- (3) A description of a comparable transaction, covering the physical features, quality and use efficacy of tangible assets; the normal interest rate, amount, currency, duration, guaranty, borrower's credit standing, repayment manner and interest calculation method for a financing business; the nature and extent of services; the type and transaction mode of an intangible asset, the right to use an intangible asset through transaction, and benefits from using an intangible assets; etc.;
- (4) The sources of and conditions and reasons for selecting the comparable information; and
- (5) The difference adjustments made to the comparable data and the reasons for making such adjustments.

#### 5. Selection for use of a Transfer Pricing Method

- (1) The selection for use of a transfer pricing method and reasons for the selection. When selecting a profit-based method, the enterprise shall state its contribution to the overall level of profits or residual profits of the enterprise group;
- (2) How the comparable information supports the transfer pricing method selected for use;
- (3) Assumptions and judgments made in the process of determining the price for or profit from a comparable unaffiliated transaction;
- (4) A description of the determination of the price for or profit from a comparable unaffiliated transaction by using a reasonable transfer pricing method and the comparability analysis results, as well as the compliance with the arm's length principle; and
- (5) Other information that supports the transfer pricing method selected for use.

Article 15 An enterprise which falls under any of the following circumstances may be exempt from preparing the contemporaneous documentation:

1. The amount of affiliated purchases and sales per annum shall be less than 200 million yuan (the amount of the processing business with supplied materials shall be calculated based on the customs declaration prices for imports and exports during the year) and the amount of other affiliated transactions shall be less than 40 million yuan (the amount of affiliated accommodation shall be calculated based on the interest paid or received). The aforesaid amounts shall exclude those of the affiliated transactions involved in the cost apportionment agreements or advance pricing arrangements executed within the year;
2. The affiliated transactions are within the coverage of the advance pricing arrangements; or
3. The foreign-owned shares account for less than 50 percent and the affiliated transactions are conducted with domestic affiliates only.

Article 16 Unless it is otherwise provided for in Chapter VII of these Measures, an enterprise shall complete the preparation of contemporaneous documentation before May 31 of the year following the year of occurrence of an affiliated transaction, and shall submit the documentation to the taxation organ within 20 days from the date of requirement of the taxation organ .

If the enterprise is unable to provide such documentation on time due to any force majeure, it shall provide such documentation within 20 days after the elimination of the force majeure.

Article 17 The contemporaneous documentation submitted by an enterprise as required by the taxation organ shall bear the official seal of the enterprise, as well as the signature or seal of the legal representative of the enterprise or the person authorized by the legal representative. If the contemporaneous documentation contains any citation, the source of it shall be indicated.

Article 18 Where the tax registration of an enterprise is modified or cancelled for merger, split or any other reason, the contemporaneous documentation of the enterprise shall be kept by the new or surviving enterprise(s) after the merger or split.

Article 19 The contemporaneous documentation shall be prepared in Chinese. If the original material is in a foreign language, a Chinese copy shall be submitted as well.

Article 20 The contemporaneous documentation shall be kept for 10 years from June 1 of the year following the year of occurrence of an affiliated transaction.

#### Chapter IV Transfer Pricing Methods

Article 21 Enterprises to conduct affiliated transactions and taxation organs to inspect and assess affiliated transactions shall adopt reasonable transfer pricing methods under the arm's-length principle.

In accordance with Article 111 of the RIEITL, the transfer pricing methods shall include the comparable uncontrolled price method (CUPM), the resale price method (RPM), the cost-plus method (CPM), the transactional net margin method (TNMM), the profit split method (PSM), and other methods in compliance with the arm's-length principle.

Article 22 A comparability analysis shall be made during the selection of a reasonable transfer pricing method. A comparability analysis shall mainly cover the factors in the following five aspects:

1. Characteristics of assets transacted or services provided, mainly including the physical characteristics, quality, quantity, etc. of tangible assets; nature and scope of services provided; types, transaction forms, terms, scopes, expected return, etc. of intangible assets;
2. The functions performed and risks assumed by each party to a transaction. The functions mainly include the research and development, design, procurement, processing, assembly, manufacture, inventory management, distribution, after-sales services, advertising, transport, storage, financing, financial affairs, accounting, legal affairs and human resources management. At the time of comparison of functions, attention shall be paid to the degree of similarity of the assets employed by the enterprise for performing the functions. The risks mainly include the research and development risks, procurement risks, manufacturing risks, distribution risks, marketing risks, and management and financial risks;
3. Contractual terms and conditions, mainly including a transaction's subject matter, transaction amount and price, methods and conditions for payments, delivery conditions, scope of and conditions for after-sales services, stipulations on the provision of additional services, right to modify and revise the contents of a contract, duration of a contract, and right to terminate or renew a contract;
4. Economic environment, mainly including the industry profile, geographic location, market scale, market level, market share, intensity of market competition, consumer purchasing power, substitutability of

products or services, prices for production factors, transport costs, and government control; and

5. Business strategies, mainly including the strategies for innovation and development, diversified business operations, risk-avoidance, and market share.

Article 23 Under the CUPM, the price for a business transaction conducted between unaffiliated parties which is identical or similar to an affiliated transaction shall be regarded as the arm's-length price for the affiliated transaction.

The comparability analysis shall particularly focus on the examination of the differences between affiliated transactions and unaffiliated transactions in respect of the characteristics of assets transacted or services provided, contractual terms and conditions and economic environment, and shall, by the different types of transactions, contain the following information:

1. Purchase, Sale or transfer of tangible assets:

(1) Process of purchase, sale or transfer, including the time and place of a transaction, delivery conditions, delivery procedures, payment conditions, transaction quantity, time and place of after-sales services, etc;

(2) The purchase, sale or transfer stage, including the ex-factory, wholesale, retail, export and other stages;

(3) Purchase, sale or transfer of goods, including the name of goods, brand name, specifications, model, functions, structures, appearance, packaging, etc; and

(4) Purchase, sale or transfer environment, including the ethnic customs, consumers' preferences, political stability, fiscal, tax and foreign exchange policies, etc.

2. Use of tangible assets:

(1) Functions, specifications, models, structures, types, and depreciation methods of the assets;

(2) The time, period, and place of the provided right to use the assets; and

(3) The investment expenditures, maintenance fees, etc. of the asset owner for the assets.

3. Transfer and use of intangible assets:

(1) Types, purposes, applicable industries, expected return of the intangible assets; and

(2) Development of, investment in, transfer conditions for, degree of exclusive possession of, extent and period of protection by the relevant laws of the state of, transfer costs and expenses as a transferee of, functions and risks of, substitutability of, etc. of the intangible assets.

4. Accommodation, including the amount, currency, term, guaranty, credit standing of the borrower, method of repayment, method of interest computation, etc. of financing.

5. Provision of services, including the nature of business, technical requirements, level of specialty, liabilities, conditions and methods for payment, direct and indirect costs, etc.

If there is any material difference between an affiliated transaction and an unaffiliated transaction in any of the afore-mentioned aspects, reasonable adjustments shall be made on the basis of the influence of such difference on the price; if it is impossible to make reasonable adjustments, another reasonable transfer pricing method shall be selected under the provisions of this Chapter.

The CUPM may be applicable to all types of affiliated transactions.

Article 24 Under the RPM, the resale price to an unaffiliated party for goods purchased by an affiliate minus the gross profit from a comparable unaffiliated transaction shall be regarded as the arm's-length price for goods purchased by the affiliate.

The calculation formula shall be as follows:

Arm's-length price = resale price to an unaffiliated party  $\times$  (1 – gross profit rate of a comparable unaffiliated transaction)

Gross profit rate of a comparable unaffiliated transaction = gross profit of a comparable unaffiliated transaction / net income of a comparable unaffiliated transaction  $\times$  100%

The comparability analysis shall particularly focus on the differences in functions, risks, and contractual terms and conditions between an affiliated transaction and an unaffiliated transaction, as well as other factors influencing the gross profit rate, specifically including the sales, advertising and service functions, inventory risk, value and useful life of machinery and equipment, use and value of intangible assets, wholesale or retail stage, business experience, accounting treatments, management efficiency, etc.

If there is any material difference between an affiliated transaction and an unaffiliated transaction in any of the afore-mentioned aspects, reasonable adjustments shall be made based on the influence of such difference on the gross profit rate; if it is impossible to make reasonable adjustments, another reasonable transfer pricing method shall be selected under the provisions of this Chapter.

Generally, the RPM shall apply to a reseller's simple processing or sheer purchase-sale business which does not involve the substantial value-added processing of goods such as alteration of appearance, functions or structure or change of trademark of goods.

Article 25 Under the CPM, the reasonable cost of an affiliated transaction plus the gross profit from a comparable unaffiliated transaction shall be regarded as the arm's-length price for the affiliated transaction. The calculation formula shall be as follows:

Arm's-length price = reasonable costs of an affiliated transaction  $\times$  (1 + cost-plus rate of a comparable unaffiliated transaction)

Cost-plus rate of a comparable affiliated transaction = gross profit of a comparable unaffiliated transaction / cost of a comparable unaffiliated transaction  $\times$  100%

The comparability analysis shall particularly focus on the differences in functions, risks, and contractual terms and conditions between an affiliated transaction and an unaffiliated transaction as well as other factors influencing the cost-plus rate, specifically including the manufacturing, processing, installing and testing functions, market and foreign exchange risks, value and useful life of machinery and equipment, use and value of intangible assets, business experience, accounting treatments, management efficiency, etc.

If there is any material difference between an affiliated transaction and an unaffiliated transaction in any of the afore-mentioned aspects, reasonable adjustments shall be made based on the influence of such difference on the cost-plus rate; if it is impossible to make reasonable adjustments, another reasonable transfer pricing method shall be selected under the provisions of this Chapter.

Generally, the CPM shall apply to affiliated transactions involving the purchase, sale, transfer or use of tangible assets, provision of services, or accommodation.

Article 26 Under the TNMM, the net profit from an affiliated transaction shall be determined by the profit level indicators of a comparable unaffiliated transaction. Profit level indicators shall include the rate of return on assets, sale profit rate, net cost-plus rate, berry ratio, etc.



The comparability analysis shall particularly focus on the differences in functions, risks, and economic environment between an affiliated transaction and an unaffiliated transaction as well as other factors influencing the operating profits, specifically including the functions performed, risks assumed, assets employed, industrial and market conditions, business scale, economic cycle and product life cycle, allocation of costs, expenses, income and assets among respective transactions, accounting treatments, business management efficiency, etc.

If there is any material difference between an affiliated transaction and an unaffiliated transaction in any of the afore-mentioned aspects, reasonable adjustments shall be made on the basis of the influence of such difference on the operating profits; if it is impossible to make reasonable adjustments, another reasonable transfer pricing method shall be selected under the provisions of this Chapter.

Generally, the TNMM shall apply to affiliated transactions that involve the purchase, sale, transfer or use of tangible assets, the transfer or use of intangible assets, and the provision of services.

Article 27 Under the PSM, the profit allocated to each party to an affiliated transaction shall be determined on the basis of their respective contributions to the consolidated profits from the affiliated transaction. The PSM may be divided into the general PSM and the residual PSM.

Under the general PSM, the profits allocated to each party to an affiliated transaction shall be determined according to the functions performed, risks assumed and assets employed by each party.

Under the residual PSM, the residual profit shall be first determined by deducting the routine profit allocated to each party to an affiliated transaction from the consolidated profits from the affiliated transaction of all parties, and then the residual profit shall be allocated on the basis of each party's contribution to the residual profit.

The comparability analysis shall particularly focus on the functions performed, risks assumed and assets employed by each transaction party; the allocation of costs, expenses, income and assets among all transaction parties; the accounting treatment; the reliability of the information and assumptions adopted to determine the contribution of each transaction party to the residual profit; etc.

Generally, the PSM shall apply where an affiliated transaction is highly integrated and it is difficult to assess separately the transaction result of each party to the transaction.

.....

## **Law of the People's Republic of China on Enterprise Bankruptcy**

中华人民共和国企业破产法

Promulgation date: 08-27-2006 Department: Standing Committee of the National People's Congress Effective date: 06-01-2007

.....

### Chapter II Application and Acceptance

.....

Article 18 After the people's court accepts an application for bankruptcy, the relevant bankruptcy administrator shall decide to rescind or continue to perform a contract that has been established before acceptance yet has not been fully performed by both parties concerned and notify the opposite party

concerned of its decision. Where the bankruptcy administrator fails to inform the opposite party concerned within 2 months as of the day of acceptance or to make any reply to an urge made by the opposite party concerned, it shall be deemed as rescission of the contract.

Where the bankruptcy administrator decides to continue a contract, the opposite party concerned shall continue the performance of the contract yet has the right to request the administrator to provide guaranty. Where the administrator does not provide any guaranty, it shall be deemed as rescission of the contract.

Article 19 After the people's court accepts an application for bankruptcy, the relevant measures for preserving the debtor's assets shall be released and the procedures for liquidation shall be suspended.

Article 20 After the people's court accepts an application for bankruptcy, any civil action or arbitration involving the relevant debtor that is in the process of trial shall be suspended. The action or arbitration can be resumed after a bankruptcy administrator takes over the debtor's assets.

Article 21 After the people's court accepts an application for bankruptcy, the relevant debtor's civil action shall be filed with the very people's court only.

.....

#### Chapter XI Legal Liabilities

Article 125 Where a director, supervisor or senior manager violates his obligations of being honest and diligent and thus leads to enterprise bankruptcy, he shall be subject to the relevant civil liabilities according to law.

No person under any circumstance as prescribed in the preceding paragraph may, within 3 years as of the day when the procedures for bankruptcy are concluded, assume the post of director, supervisor or senior manager of any enterprise.

## BIBLIOGRAPHIE

---

### 1. -OUVRAGE GENERAUX EN FRANÇAIS ET ANGLAIS

Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, 19<sup>e</sup> Ed, Litec

Dossiers Pratiques Francis Lefebvre : *Les holding, Guide juridique et fiscal*, 2<sup>e</sup> édition 1995

Ferran E., *Company law and corporate finance*, Oxford, 1999, P.237

Guyon Y., *Droit des affaires*, Tome 1, Tome 2, 8<sup>e</sup> Ed. Economica

Edition Lamy : *Droit économique 2010*

Edition Lamy : *Social 2010*

Mémento Pratique Francis Lefebvre : *Dirigeants de sociétés commerciales*, 2006-2007

Mémento Pratique Francis Lefebvre : *Groupes de sociétés*, 2007-2008

Mémento Pratique Francis Lefebvre : *Fiscal*, 2008

Mémento Pratique Francis Lefebvre : *Social*, 2008

Mémento Pratique Francis Lefebvre : *Sociétés commerciales*, 2010

Pélissier J., Supiot A., Jeammaud A., *Droit du travail* : Précis Dalloz, 22<sup>e</sup> éd.

Ripert G., Roblot G. et Germain M., Delebecque Ph., *Traité de droit commercial*, Tomes 1 et 2, 17<sup>e</sup> éd, L.G.D.J.

### 2. -OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX EN CHINOIS

GAN Pei Zhong : *L'exercice légitime du droit de contrôle sur les sociétés*, Law Press China 2006  
(甘培忠, *公司控制权的正当行使*, 法律出版社 2006)

GU Gong Yun : *Les interprétations de la nouvelle loi sur les sociétés*, Presses de l'Université de Pékin, 2006  
(顾功耘, *最新公司法解读*, 北京大学出版社 2004)

LI Jin Ze : *Le Multinational et le Conflit des lois*, Presses de l'Université de Wuhan 2001  
(李金泽, *跨国公司法律冲突*, 武汉大学出版社 2001)

LIANG Shang Shang, *Essai sur le droit de vote des actionnaires – analyse sur le combat de la prise de droit de contrôle de la société*, Law Press China 2005  
(梁上上, *论股东表决权--以公司控制权争夺为中心展开*, 法律出版社 2005)

**LIU Jun Hai** : *Innovations institutionnelles de la nouvelle loi sur les sociétés* , Law Press China, 2006

(刘俊海, *新公司法的制度创新*, 法律出版社 2006)

**SHI Tian Tao** : *Les Etudes des problèmes juridiques des sociétés liées* , Law Press China, 1998

(施天涛, *关联企业法律问题研究*, 法律出版社 1998)

**WANG Chang Bin** : *Les Etudes Comparatives de droit de Group des sociétés* , Presses de l'Université de Pékin, 2004

(王长斌, *企业集团法律比较研究*, 北京大学出版社 2004)

**WU Yue** : *Les Etudes théoriques du droit de groupe de sociétés*, Law Press China, 2003

(吴越, *企业集团法理研究*, 法律出版社 2003)

**ZHU Ci Yun** : *Les Etudes de la négation de la personnalité morale de société*, Law Press China, 1998

(朱慈韵, *公司法人格否认法理研究*, 法律出版社 1998)

### **3. -OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES**

**Atiback A.**, *L'abus de biens sociaux dans le groupe de sociétés* , Ed. L'Harmattan, 2007

**Baranger G.** , *Conventions Réglementées*, Ed. F. Lefebvre, 2007

**C.R.E.D.A.**, *Les groupes de sociétés : une politique législative*, P.U.F. 1974

**Cerati-Gauthier A.**, *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, Presses universitaires d'Aix-M 2002

**Colasse B.**, *Comptabilité Générale* , Economica, 9<sup>e</sup> éd.

**Gastineau** : *La fiscalité des groupes de sociétés*, Litec 2003

**Germain M. et Pariente M.** : *Groupe de sociétés*, Rép. sociétés Dalloz, Recueil ; V<sup>o</sup> sociétés

**Gauthier T.**, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Litec 2002

**Hannoun, Ch.** *Le droit et les groupes de sociétés* , L.G.D.J., coll. Biblio. droit privé

**Kircher T.** : *Le Contrôle judiciaire des compensations de la perte des droits des actionnaires en droit allemand et français*, Thèse 2006

**Le Corre P.-M.**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2009

**Mackaay E., Rousseau S.** : *Analyse économique du droit* , Dalloz 2008

**Monsallier M.-C.** : *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme* , L.G.D.J. 1998

**Morin C.** : *Le groupe des sociétés au regard du droit social*, Thèse Toulon 2000

- Pariente M.** : *Les groupes de sociétés, aspects juridiques, social comptable et fiscal*, Litec 1993
- Redenius-Hoevermann J.** : *Responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, Thèse 2008
- Schmidt D.** : *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Thèse Strasbourg, Sirey, 1970
- Schmidt D.** : *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Ed. Joly, p. 418, n° 425
- Sousi G.** : *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, Thèse Lyon III, 1974
- Vanhaecke M.** : *Les groupes de sociétés*, LGDJ, 1968
- Viandier A.** : *Droit comptable*, Dalloz, 1993
- Wymeersch E.** : *Group of companies in the EEC, a survey report to the European commission on the law relating to corporate groups in various member states*, de Gruyter, 1993

#### **4. -Juris-Classeurs et Répertoire Dalloz**

##### **Besnard Goudet R.:**

- *Dirigeants de groupes de sociétés. - Statuts et conventions (réglementées)*, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 165-40
- *Groupes de sociétés - Minoritaires dans les groupes de sociétés*, J.-Cl. Société Traité, Fasc. 165-60

**Bordier G.:** *Participations aux résultats*, J.-Cl. Travail, Fasc. 27-20

**Caussain J.-J., Germain M.** : *Groupes de sociétés - Cession de contrôle (SA et SARL)*, J.-Cl. Société Traité Fasc. 165-20

**Chalaron Y.:** *Comité de Groupe*, J.-Cl. Travail Traité Fasc. 15-80

**Cottin J.-B.:** *Actionnariat des salariés*, J.-Cl. Travail, Fasc. 27-25

**Courtieu G.:** *Abus de droit et abus de pouvoir*, J.-Cl. Fasc. 131-20

**Daigre J.-J.:** *Action de concert*, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 1715

**Dieny E.** : *Ententes - Principe d'incompatibilité. - Article 81, § 1 et 2 du Traité CE*, J.-Cl. Concurrence - Consommation Fasc. 545

##### **Gibirila D.:**

- *Sociétés Anonymes.- Conventions conclues avec la société anonyme. - Champ d'application de la réglementation*, J.-Cl. Commercial Fasc.1394
- *Responsabilité pénale des dirigeants sociaux*, J.-Cl. Commercial Fasc. 1060
- *Dirigeants sociaux -responsabilité civile*, J.-Cl. Fasc. 1053

**Grynfogel C.:** *Droit français des abus de domination - Article L. 420-2 du Code de commerce*, J.-Cl. Commercial Fasc. 260

**Guyon Y. et Le Bars B.:** *Responsabilité civiles des administrateurs*, J.-Cl. Fasc. 132-10

**Hallouin J.-Ch.** : *Groupes de sociétés - Centralisation de trésorerie*,J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse Fasc. 80

**Hannoun Ch.** : *Redressement et liquidation judiciaire*, J.-Cl. Fasc. 3190

**Jacquemont A.** : *Exploitation en commun et confusion des patrimoines*, J. -Cl. Commercial Fasc. 2165

**Jeandidier W.:** *Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, J.-Cl. Pénal des affaires Fasc. 50

**Legros J.-P.:** *Nullité des sociétés. - Présentation générale*, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 32-10

**Louit C.:** *Acte de gestion anormal*, J.-Cl. Fiscal Impôts directs, Fasc. 220-20

**Mansuy F.:***Assemblées d'actionnaires- Abus de droit de vote*, J.-Cl. Société Traité, Fasc. 136-35

**Martin-Serf A.:**

- *Effets à l'égard des dirigeants sociaux. - Domaine d'application de l'action en comblement du passif*, J.-Cl. Société Traité Fasc. 41-50
- *Conditions d'exercice et résultats de l'action en comblement du passif*, J.-Cl. Société Traité Fasc. 41-52
- *Consentement des parties. - Sociétés fictives et frauduleuses*, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 7-40

**Monnet J.:** *Mesures d'expertise. - Expertise de gestion et expertise préventive*, J. -Cl. Commercial Fasc. 1079

**Morvan P.:**

*Transfert d'entreprise. - Effets. Relations collectives* , J.-Cl. Travail Traité Fasc. 19-54  
*Licenciement pour motif économique. - Définition du motif économique*, J.-Cl. Travail Traité Fasc. 31-1

**Pétel Ph. :** *Loi N° 2005-845 du 26 Juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et décret N° 2005-1677 du 28 Décembre 2005 . - Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, J.-Cl. Procédures collectives Fasc. 2151

**Puigelier C. :** *Cumul contrat de travail et mandat social*, J.-Cl. Société Traité Fasc. 2-14

**Vachet G. :** *Négociation. Conventions et accords collectifs* , J.-Cl. Fasc. 1-32

**Vatinet R. :** *Administration provisoire*, J.-Cl. Société Traité Fasc. 43-10

**Vinckel F.:** *Les actions en justice dans l'intérêt de la société anonyme*, J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 149-20

## **5. -ARTICLES, CHRONIQUES EN FRANÇAIS ET EN ANGLAIS**

**Adom K. :**

- *La consécration de l'accord de groupe*, JCP E 2003, p. 1557
- *La révocation des dirigeants des sociétés commerciales*, Rev. Soc. 1998, p. 488

**Baj C. :** *La cessibilité du droit de vote*, JCP E, Cah. Dr. Ent. 1996-4, p. 16

**Barbiéri J.-F.:**

- *La dissociation du droit de vote et de la qualité d'actionnaire, confirmation d'une révolution juridique par la voie réglementaire*, Joly. 2007 § 57
- *Loi NRE, conventions réglementées et conventions libres : les nouvelles contraintes pour le commissaire aux comptes*, Joly. 2003, n° 55, p. 256

**Baums T. :** *La responsabilité de conseil d'administration dans la société*, Académie International de droit comparé, 1998

**Beaubrun M. :** *La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif*, RJ com. 1980, p. 41

**Bertrel J.-P. :** *Comment gérer la trésorerie dans un groupe ?* , Dr. et patrimoine sept. 1996, p. 43

**Bissara Ph. :**

- *L'intérêt social*, Rev. Soc. 1999, p. 5
- *Les véritables enjeux du débat sur "le gouvernement de l'entreprise"*, Rev. Soc. 1998, p. 5

**BLANC-JOUVAN G. :** *L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise*, Droit social, n° 1, 2005

**Boizard M.:** *L'abus de minorité*, Rev. Soc. 1988, p. 365

**Bouloc B. :**

- *La dépenalisation dans le droit pénal des affaires*, D. 2003, p. 2492
- *Droit Pénal et groupes d'entreprises*, Rev. Soc. 1988, p. 183

**Bourrié-Quenillet M.:** *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif - Pratique judiciaire*, JCP 1998 I. 112

**Boursier M.-E. :** *Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité*, Rev. Soc. 2005, p. 273

**Boutemy B. et Meier E. :** *Acte anormal de gestion et intégration fiscale : vers la prise en compte*

de l'intérêt de groupe ? , LPA 2005, n° 46, p. 3

**Brun B.** : *La prise en compte toujours accrue des groupes de sociétés en droit de la concurrence*, Dr. Soc. 2006, n° 6, 13

**Cabinet Fidal** : *Actions de préférence, questions de praticiens*, JCP E 2005, 1045/1086

**Caillaud B.** : *Loi NRE et société par actions : - Les conventions conclues entre une société anonyme et une société contrôlant une société actionnaire détenant plus de 5 % des droits de vote de la société anonyme*, JCP E 2002, n° 6, 272

**Calais-Auloy M.-T.** : *La dépenalisation en droit des affaires*, D. 1988, chron. p. 315

**Caussan J.-J.** : *La précarité de la fonction de mandataire social (révocation et mode de protection)*, Joly 1993 § 151

**Chenut Ch.-H.** : *Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères*, Rev. Soc. 2003

**CNCC** : *Convention réglementées dans les groupes*, BRDA 1990 24/3

**Coase R.** : *The problem of social cost*, Journal of Law and Economics, Oct. 1960

**Constantin A.** : *Réflexions sur la validité des conventions de vote*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 253.

**Contin R.** : *L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés*, D. 1968, p. 8

**Couret A.** :

- *Le régime des offres publiques issu de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, D. 2001, chron. p. 1778, n° 17
- *Retour sur la notion de contrôle*, RJDA 4/98, p. 279
- *L'intérêt social*, JCP E, Cah. Dr. Ent. 1996-4, p. 1
- *Le harcèlement des majoritaires*, Joly. 1996 § 36
- *Le prix du contrôle d'une société anonyme*, Joly. 1986, p. 167

**Cozian M.** :

- *Le devoir d'entraide des centres Leclerc, est-ce un acte anormal de gestion ?*, BF Lefebvre 7/2002, p. 523
- *Caution, groupes et fiscalité*, JCP E 2002, 1115
- *Le principe de la non-immixtion dans la gestion des entreprises et la théorie et l'acte anormal de gestion*, Rev. Dr. Fiscal, 1980, p. 725
- *L'administration et le réalisme du droit fiscal*, Dr. Fisc. 1980, n°41

**Daigre J.-J.** : *De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire*, Rev. Soc. 1988, p.199

**Dammann R.** : *Fiducie-gestion et pacte d'actionnaires*, Joly 2008; p. 652

**Dana A.** : *L'expression dualiste de la méconnaissance de l'intérêt collectif des associés*, Rev. sociétés 1979, p. 715.

**Danet D.** : *Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique*, RTD com. 1993, p. 55

**de Fontbressin P.** : *La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes*, Rev. Jur. Com. 1988, p. 284

**de Foresta G.** : *Les conventions de trésorerie intra-groupe et leurs risques en matière de droit des sociétés*, <http://www.recrulex.com>

**de Watrigant C.** : *Le remboursement du compte courant d'associé*, Dr. sociétés 2001, chron. 6

**Deboissy F.** : *Montage sociétaire: attention au risque d'abus de droit*, RTD Com. 2003 p. 181

**Dekeuwer A.** :

- *Défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption*, JCP E 1998, n° 9, p. 310
- *Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux*, JCP E. 1995, n°43, 500

**Delattre Ch.** : *L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait*, JCP E 2007 n° 27, 1872

- Delmotte Ph.** : *Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, RJDA, 6/2006, p. 539, n° 8
- Derrida F.** : *Droits des faillites, Comblement de l'insuffisance d'actif social*, D.1985, IR, 227
- Dessus-le-Moustier N.** : *La responsabilité du dirigeant de fait*, Rev. Soc. 1997, p. 499
- Didier P.** : *Les conventions de vote*, Mélanges J. Foyer, PUF, 1997, p. 341.
- Diener P.** : *Groupe de sociétés et société fictive*, Joly 1994 § 11, 12, p. 68
- Dom J.-Ph.** :
- *Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001*, Rev. Soc. 2002, p. 1
  - *Les montages en droit de sociétés*, Joly. 1998, n°623, p. 382
- Ducouloux-Favard C.** : *Les déviances de la gestion dans nos grandes entreprises*, D. 1996, p. 190
- El Ahdab J.** : *Les parachutes dorés et autres indemnités conventionnelles de départ des dirigeants: approche pluridisciplinaire et comparée*, Rev. Soc. 2004, p. 18
- Forum Européen sur le droit des groupes de sociétés** : *Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe*, Rev. Soc. 1999; p. 43 et s. p. 285 et s.
- Freyria C., Clara J.** : *De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés*, JCP E. 1993, p.247
- Frison-Roche M.-A.** : *L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires*, JCP E, Cah. Dr. Ent. 1996-4, p. 19
- Garçon J.-P.** : *Le droit au remboursement permanent des comptes courants d'associés*, JCP N 1998, p. 490
- Gatamel D.** : *Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, JCP 1992 I. 3554
- Germain M.** :
- *Les actions de préférence*, Rev. Soc. 2004, p. 597
  - *L'intérêt commun des actionnaires*, JCP E, Cah. Dr. Ent. 1996-4, p. 13
- Godon L.** : *Abus de confiance et abus de biens sociaux*, Rev. Soc. 1997, p. 285
- Goupille R.** : *Actions de préférence et droits financiers*, [Village-justice.com](http://Village-justice.com)
- Grelon B., Dessus-Larrivé G.** : *La confusion des patrimoines au sein d'un groupe*, Rev. Soc. 2006 p. 281
- Guénot J.** : *Application du droit du travail et du droit de la sécurité sociale aux GIE*, Rev. Soc. 1978, p. 64
- Guyon Y.** : *La fraternité dans le droit des sociétés*, Rev. Soc. 1989 p. 439
- Hannoun Ch.** : *Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise et immixtion dans la gestion externe de sa filiale*, Joly 2008, § 129
- Immenga U.** : *The law of groups in the federal republic of Germany*, in *Groups of Companies in the EEC*, Berlin/New York, De Gruyter 1993
- Jeantin M.** : *Les conventions de vote*, RJ com., n° spécial nov. 1990, p. 135.
- José Miguel Embid Irujo** : *Trends and Realities in the Law of Corporate Groups*, European Business Organization Law Review, Vol. 6, No. 1, pp. 65-91, 2005
- Klaus J Hopt** : *Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes, perspectives européennes*, Rev.soc. 1987
- Lagesse P. et Laurent N.** : *Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales ?*, JCP 2009, I 101
- Lamarche T.** : *La notion d'entreprise*, RTD Com., p. 709, n° 19 et s.
- Laplanche R. et Turck M.** : *Le jumelage d'actions - 2. La compatibilité avec le droit français*, JCP E 1996, n°40, 592
- Le Cannu P.** :
- *Les organes de groupe*, LPA 2001, n°89, p. 45
  - *Direction de fait et contrat avec la société dirigée*, Joly 1997, Chronique 1
- Le Guéhéec Ch.** : *Le fait justificatif tiré de la notion de groupe de sociétés dans le droit pénal*



français de l'abus de biens sociaux, à propos d'un arrêt de la chambre criminelle du 4 février 1985, RID pén. 1987, p. 117 et s.

**Le Nabasque H. :**

- *Les actions de préférence "de groupe"*, Joly 2006, § 271
- *Commentaire des principales dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques intéressant le droit des sociétés*, LPA 5 juill. 2001, p. 3.

**Legros F. :** *La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises . - Le sort des membres et dirigeants des personnes morales*, Dr. Soc. 2006, N°1, Etude 2

**Lepoutre E. :** *Les sanctions des abus de minorité et de majorité dans les sociétés commerciales*, Dr. Patrimoine, 1995, Dec. P. 68

**Lucas F.-X. :** *Les filiales en difficulté*, LPA 2001, n° 89; p. 66

**Lutter M. :** *La responsabilité civile dans le groupe de sociétés*, Rev.soc.1981

**Malecki C.:** *Les dirigeants des filiales*, Rev. Soc. 2000; p. 453

**Marini Ph. :** *La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques: un texte qui reste à parfaire*, LPA 2001, n° 198, p 4

**Martin D. :** *Comment contrôler efficacement ses investissements à travers les pactes d'actionnaires*, LPA 22 mai 1992, p. 16

**Matsopoulou H. :** *La dissolution pour mésentente entre associé*, Rev. Soc. 1998

**Meier E. :** *Transfert de bénéfices et abandons de créances à caractère commercial à des succursales d'une filiale étrangère: les besoins de financement de la filiale pris en compte*, Joly. 2008, § 155

**Mélin F. :** *Groupe de sociétés et détermination du centre des intérêts principaux des débiteurs*, Joly. 2008, § 218

**Merle Ph. :** *Les conventions au sein des groupes*, LPA 2001, n°89, p 49

**Messäi-Bahri S. :** *Le régime juridique des parachutes dorés*, Joly 2008; § 114

**Michael Beurskens et Ulrich Noack :** *The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?*, German Law Journal E129 2008, No. 9

**Molly J. Staab :** *The Business Judgment Rule in Kansas: From Black and White to Gray* , <http://washburnlaw.edu/wlj/41-1/articles/staab-molly.pdf>

**Notté G. :** *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, JCP CI 1980, I, 8560

**Oppetit B. :**

- *Les sociétés multinationales et les états nationaux*, Mél. Bastian, Paris, 1974, p. I, p.161 et s.
- *Groupe de sociétés et droit de travail ( à propos d'une jurisprudence récente)*, Rev. Soc. 1973, p. 69
- *La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions*, JCP 1970 I. 2361

**Oppetit B. et Sayag A :** *Méthode d'un droit de groupe de sociétés*, Rev. Soc. 1973, p. 577

**Paclot Y.:** *Clause d'agrément et clause d'exclusion d'un actionnaire dans les statuts d'une SA*, JCP E 1995, 705

**Paclot Y. et Malecki C.:** *Les rémunérations différées des dirigeants dans les groupes de sociétés après la loi TEPA*, Joly. 2008, § 115

**Paillusseau J. :**

- *La notion de groupe de société et d'entreprises en droit des activités économiques*, D. 2003, n°34
- *Le droit des activités économiques à l'aube de XXIe siècle*, D. 2003, n°4, p. 260
- *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés?*, JCP 1971 I 2401 Bis

**Parient M. :**

- *Les actionnaires des sociétés liées du groupe*, Rev. Soc. 1999, p. 807
- *Les groupes de sociétés et la loi de 1966*, Rev. Soc. 1996, p. 465

- Pétel Ph.** : *Groupe de sociétés et plan de sauvegarde d'emploi*, JCP E 2007, 1423
- Picard J.-F.** : *Les actes anormaux de gestion*, RJF 1979, p. 328.
- Pierre J.-L.** : *Appréciation de l'existence d'un lien de dépendance entre le concédant et l'entreprise concessionnaire, entraînant certains effets fiscaux*, Droit des sociétés 2007, n° 12, comm. 230
- Piette G.** : *Cautionnement et intérêt social, les implications réciproques*, JCP 2004. I.142, n°6
- Pollaud-Dulian F.** : *L'actionnaire dans les opérations de portage*, Rev. Soc. 1999, p. 765
- Ramquet P.** : *Responsabilité de la société-mère du fait de sa filiale*, [http://www.lexfori.net/responsabilite\\_de\\_la\\_societe.htm](http://www.lexfori.net/responsabilite_de_la_societe.htm)
- Reille F.** : *La finalité de l'action en établissement de la fictivité d'une société à l'épreuve de l'ouverture d'une procédure collective*, Joly. 2008, § 133
- Rives-Lange J.-L.** :
- *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1975, chron. p. 41
  - *La notion de dirigeant de fait*, D.1975; VII, 41
- Rolland B.** :
- *Responsabilité environnementale, qui va payer?*, Joly. 2008, § 77
  - *Métaleurop : l'extension de procédure entre fictivité et confusion des patrimoines*, JCP E, 2005, n°721
- Roueil E.**: *Groupe et obligation de reclassement*, JCP E 1999, p. 429
- Rousseau S.** : *La "levée de voile corporatif" en vertu de code civil du Québec: des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix ans de jurisprudence*, Cahier de Droit, Université Laval, 4<sup>e</sup> trimestre, p. 863
- Rousseau S. et Smaïli N.** : *La levée du « voile corporatif » en vertu de Code civil Québec*, Les Cahiers de droit, 2006, p. 826
- Saintourens B.** : *La flexibilité du droit de sociétés*, RTD Com. 1987, p. 457
- Salomon R.** :
- *Précisions sur le point de départ de la prescription et l'usage contraire à l'intérêt social*, JCP E. 2006, n° 10, comme. 152
  - *Les filiales de recrutement*, LPA 4 mai 2001; n° 89, p. 60
- Salvage Ph.** : *Le consentement en droit pénal*, Rev. Sc. Crim. 1991, p. 699
- Schmidt D.** :
- *Contrôle et action de concert : évolutions*, JCP E. 2002 n° 2, 72
  - *Rapport de synthèse*, JCP E, Cah. Dr. Ent. 1996-4, p. 25
  - *De l'intérêt social*, JCP E 1995 n°38, 488
  - *La responsabilité civile dans les relations du groupe de sociétés*, Rev.soc.1981 p.725
- Serlooten P.** : *Groupe de sociétés (régime fiscal)*, Rep. Sociétés Dalloz
- Sinay R.** : *La définition comptable de la filiale et le droit des sociétés*, Rev. Soc. 1973
- Storck J.-P.** : *La continuation d'une société par l'élimination d'un associé*, Rev. Soc. 1982, p. 9
- Supot A.** : *Groupe de sociétés et paradigme de l'entreprise*, RTD Com. 1985, p. 622
- Tarroux T.** : *La Notion entreprise*, JCP Notaire 2002, 1684
- Tricot D.** :
- *Direction de fait : un débat s'instaure*, Les Echos 03 Mai 2006 • page 14
  - *La confusion de patrimoine et les procédures collectives*, Rapport Cour de Cassation 1997
  - *Les critères de la gestion de fait*, Dr. Patrimoine, 1996, Janv. P. 24
  - *Abus de droit dans les sociétés, abus de majorité et abus de minorité*, RTD Com. 1994 p. 617
- Urban Q.**: *La "communauté d'intérêts", un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés*, RTD Com. 2000, p. 1

**Vatinet R. :**

- *Des hypothèses de non-cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social*, Rev. Soc. 1999 p. 273
- *Les conventions réglementées*, Revue des sociétés 2001, n° 20, p. 569.

**Viandier A:**

- *Les actions reflet*, RJDA 1/01, p. 3
- *Le montant de l'indemnisation dans le retrait obligatoire*, RJDA 4/98, p. 275
- *Définition du contrôle en droit des sociétés*, JCP E 1998, n° 18, p. 705
- *Observation sur les conventions de vote*, JCP 1986, I. 3253
- *Les opérations financières au sein des groupes de sociétés*, JCP E 1985, n° 14447, p. 177

**Viandier A et Armande C.:** *Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés: transparence des personnalités et opacité des responsabilités?*, Rev. Soc. 1986; p. 557

**Vidal D. :** *Les mérites de la méthodologie ponctuelle d'un droit des groupes de sociétés*, LPA 1993, N° 78, p. 17

**Waquet Ph.:**

- *La cause économique de licenciement*, Dr. soc. 2000, p. 172
- *Détermination du secteur d'activité du groupe*, RDT 2006, p. 98.

**6. -ARTICLES SPECIAUX EN CHINOIS**

**CHEN Jie :** *Les problèmes juridiques relatifs à la convention de vote*, Faxue Zazhi, 2008, n°4, p.133  
(陈洁, 股东表决协议的法律问题, 法学杂志 2008 年第 4 期)

**GAN Pei Zhong :** *Analyse du sens de l'article 16 de la loi sur les sociétés*, Fazhi Ribao, 18 Février 2008  
(甘培忠, 公司法第十六条的法义情景解析, 法制日报 2008 年 2 月 18 日)

**GAN Pei Zhong, ZHAO Wen Gui :** *La poursuite de la responsabilité civiles des dirigeants des débiteurs en droit des entreprises faillites*, Zhengfa Luntan, 2008, n°2, p. 114  
(甘培忠, 赵文贵, 论破产法上债务人高管人员民事责任的追究, 政法论坛 2008 年第 2 期)

**GUAN Xin Rong :** *Le régime de l'administrateur en personnalité morale et la gouvernance corporatif, les oppositions à l'avis 'positif' et les propositions de modifications de la loi*, Faxue, 2007, n°12, p. 116  
(官欣荣, 法人董事制度与公司治理 对“肯定说”的高权与修法建议, 法学 2007 年第 12 期)

**HUANG Cheng Jun :** *La violation de l'article 16 de la loi sur les sociétés entraîne la nullité de la convention*, Renmin Fayuan Bao, 9 Octobre 2008, Secteur 6  
(黄承军, 违反公司法第十六条将导致合同无效, 人民法院报 2008 年 10 月 9 日)

**HUANG Long :** *La Compréhension des actes de la garantie et du investissements visés par l'article 16 de la loi sur les sociétés*, Renmin Fayuan Bao, 10 Juillet 2008, Secteur 6,  
(黄龙, 对公司法第十六条有关对外投资和担保的理解, 人民法院报 2008 年 7 月 10 日)

**JIN Jian Feng :** *Les obligations légales et la responsabilité civile de la direction de la société*, Falv Shiyong, 2008, n°1, p.10  
(金剑峰, 公司管理层的法定义务和民事责任, 法律适用 2008 年第 1 期)

**LI Guo Guang, WANG Chuang :** *Quelques questions au regard des litiges contentieux dans le cadre de société – réflexion sur la mise en œuvre de la loi sur les sociétés modifiée*, publié sur le site d'internet de la cour suprême : <http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=187289>

(李国光, 王闯, 审理公司诉讼案件的若干问题--贯彻实施修订后的公司法的司法思考)

**LI Yan** : *Analyse sur le business judgement rule et sur l'obligation des administrateurs en droit sur les sociétés américain* , Faxue, 2006, n° 5, p. 143

(李燕, 美国公司法上的商业判断规则和董事义务剖析, 法学 2006 年第 5 期)

**LIANG Shang Shang** : *La fiducie sur le droit de vote* , Falv Kexue, 2005, n°1, p.83

(梁上上, “论表决权信托”, 法律科学 2005 年第 1 期)

**LIU Jian Gong** : *La portée d'application de l'article 20 de la 'loi sur les sociétés'* , Falv Shiyong, 2008, n°1, p. 17

(刘建功, « 公司法» 第 20 条的适用空间, 法律适用 2008 年第 1 期)

**LIU Jin Wei** : *Etude comparatif sur les critères de devoir de diligence des administrateurs*, Dangdai Faxue, 2007, n° 5, p. 148

(刘敬伟, 董事勤勉义务判断标准比较研究, 当代法学 2007 年第 5 期)

**LIU Su Zhi** : *Droit de révocation d'administrateur de l'assemblée générale* , Zhengfa Luntan, 2001, n°3, p.57

(刘素芝, 股东会董事罢免权初探, 政法论坛)

**QU Ling Li** : *La protection de l'intérêt social en droit pénal* , Faxue Luntan, 2002, N°3, p.80

(曲伶俐, “论公司利益的刑法保护”, 法学论坛 2002 年第 3 期)

**REN Zi Li** : *Une étude sur les critères de devoir de diligence des administrateurs* , Zhongguo Faxue, 2008, N°6, p. 83

(任自力, 公司董事的勤勉义务标准研究, 中国法学 2008 年第 6 期)

**RONG Ying** : *Etude sur le business judgement rule en droit des sociétés américaines* , Bijiaofa Yanjiu, 2005, N°3, p. 167

(容纓, 论美国公司法上的商业判断规则, 比较法研究 2005 年第 3 期)

**SHI Shao Xia** : *L'application judiciaire du régime de la négation de la personnalité morale de société* , Dangdai Faxue, 2006, n°5, p.3

(石少侠, 公司人格否认制度的司法适用, 当代法学 2006 年第 5 期)

**WANG Yan Ling** : *Réflexion sur la consécration du principe de l'interdiction de l'abus de droit en droit civil* , Hebei Faxue, 2006, n°7, p. 53

(王艳玲, 关于民法中确立禁止权利滥用原则的思考, 河北法学 2006 年第 7 期)

**XIONG Yu Xiang** : *Un exemplaire de succès de la mise en place de la fiducie de droit de vote* , Shuishou Yu Qiye, 2003, n°4

(熊宇翔, 表决权信托运用的一个成功范例, 税收与企业 2003 年第 4 期)

**XUN Zhi Ru** : *La justification de la légitimité de la théorie de fiducie de droit de vote* , Faxue, 2007, n°10

(郇志茹, 表决权信托之理论正当性证明, 法学 2007 年第 10 期)

**YANG Ji Tang** : *La responsabilité civile en droit des sociétés* , Faxue Zazhi, 2006, n°3, p. 70

(杨积堂, « 公司法» 中的民事责任, 法学杂志 2006 年第 3 期)

**ZHU Ci Yun**, (朱慈蕴) :

- *Négation de la personnalité en droit chinois : de disposition légale à la pratique*, Qinghua Faxue, 2007, n°2, p. 111  
( 公司法人格否认: 从法条跃入实践, 清华法学年 2007 第 2 期)
- *La règle du levée du voile corporatif doit être légiférée dans la loi sur les sociétés de notre pays*, Falv Shiyong, 2005, n°3, p.11  
( 我国《公司法》应确立揭开公司面纱规则, 法律适用 2005 年第 3 期)
- *ZHU Ci Yun, Les critères de l'application de la théorie de la négation de la personnalité morale de société*, Zhongguo Faxue, 1998, n°5, p.73  
( 论公司法人格否认法理的适用要件, 中国法学 1998 年第 5 期).

**ZHU Qian**, *Etudes sur la révocation des administrateurs par l'assemblée générale*, Bijiaofa Yanjiu, 2001, n°3, p. 51

( 朱谦, 股东会罢免董事的法律问题研究, 比较法研究)

## **7. -NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS EN JURISPRUDENCE FRANÇAISE**

**Arrighi de Casanova J.**: conclusion sous CE, 8e et 9e ss-sect., 20 janv. 1992, Dr. fisc. 1992, n° 17

**Aynès L. et Dupichot Ph.**: note sous Cass. com., 13 nov. 2007, Dr. et Patrimoine oct. 2008

**Baillole R.** : note sous CA Paris 30 août 2005, Joly. 2006 § 40

**Barbière J.-F.**:

- note sous Cass. Crim. 20 mars 2007, Beyer X, Joly. 2007 § 269
- note sous Cass. soc. 29 novembre 2006, Papmétel, Revue soc. 2007, p. 547
- note sous CA Versailles, 30 juin 2005, Joly. 2006, § 8
- note sous Cass. Com. 3 déc. 2003, Joly 2004 § 65
- note sous CA Paris, 17 oct. 2003: Juris-Data n° 2003-231065, JCP E 2004, 387
- note sous Cass. Com. 6 fev. 2001, Joly 2001 § 150
- note sous CA Paris, 19 nov. 1999, Joly. 2000, n° 52
- note sous Cass. crim., 20 mars 1997, Joly. 1997, p. 855
- note sous Cass.com. 8 nov. 1988, JCP G 1989, II, 21230

**Boccara D.**: note sous Cass. crim., 20 mars 1997, D. 1999, jurispr. p. 28

**Bonneau Th.**:

- note sous Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, affaire Tapie, JCP 2006, II, 10175
- note sous Cass. com., 12 mars 1996, JCP E 1996, I, 426
- note sous Cass. com., 13 févr. 1996, Dr. sociétés 1996, comm. 95

**Bouloc B.**:

- note sous Cass. crim. 3 octobre 2007, Rev. Soc. 2008 p. 414
- note sous Cass. crim. 31 mai 2006, Rev. Soc. 2007, n°1, p. 121
- note sous Cass. 1re civ., 14 déc. 1999, Joly. 2000, p. 736
- note sous Cass. crim., 27 oct. 1997, affaire Carignon, Rev. sociétés 1997, p. 869
- note sous Cass. crim., 20 mars 1997, Rev. sociétés 1997, p. 581
- note sous Cass. com., 17 nov. 1992, Rev. sociétés 1993, p. 867
- note sous Cass. crim., 22 avr. 1992 affaire Carpaya, Rev. sociétés 1993, p. 124
- note sous Cass. crim., 9 déc. 1991, Rev. sociétés 1992, p. 358
- note sous Cass. crim., 30 sept. 1991, Rev. sociétés 1992, p. 356
- note sous Cass. crim., 23 avr. 1991, Rev. sociétés 1991, p. 785
- note sous Cass. crim., 4 févr. 1985, arrêt Rozenblum, Rev. sociétés 1985, p. 688

- Bousquet J.-Ch.:** note sous Cass. com. 14 janvier 1992, arrêt Vitama, D. 1992, jurispr. p. 337
- Bouteiller P.:** note sous JCP E 2000, p. 2043,
- Cabrillac M. et Pétel P.:**
- note sous Cass. com. 4 juill. 2000, JCP E 2001, chron. 173, n° 1
  - note sous Cass. com., 28 févr. 1995, JCP G 1995, I, 3871, n° 15
- Campana M.-J.:** note sous Cass. com., 7 juill. 1992, Joly. 1992, p. 1192, § 387
- Caussain J.-J.:** note sous CA Versailles, 8 avr. 2002, JCP E 2002, p. 1814
- Caussain J.-J., Deboissy Fl. et Wicker G.:**
- note sous Cass. com., 13 nov. 2007, JCP E 2008, 1280
  - note sous Cass. com., 23 oct. 2007, JCP E 2008, 1280
- Champaud C.:** note sous CA Rennes 3 mai 1977, RTD Com. 1978 p. 391
- Champaud C. et Danet D.:**
- note sous Cass. com., 19 avr. 2005, RTD com., 2005, p. 541
  - note sous CA Paris, 6 févr. 1998, RTD com. 1998, p. 350
  - note sous Cass. com., 24 juin 1997 Gamm c/ Gambet, RTD com. 1997, p. 153
  - note sous CA Paris, 17 oct. 1991, RTD com. 1992, p. 396, n° 13
- Chaput Y.:**
- note sous Cass. com., 12 nov. 1992, Rev. sociétés 1993, p. 445
  - note sous Cass. com., 6 juin 1990, Rev. sociétés 1990, p. 607
  - note sous Cass. Com. 7 février 1989, Rev. soc. 1989, 643
  - note sous Cass. com., 11 oct. 1988, Rev. sociétés 1989, p. 50
  - note sous Cass. com., 4 oct. 1988, Rev. sociétés 1989, p. 216
  - note sous Cass. com., 23 juin 1975, Rev. sociétés 1976, p. 321
- Choley-Combe:** note sous Cass. com., 6 juin 1990, D. 1992, p. 56
- Commenville B.:** conclusion sous CAA Nancy, 2e ch., 6 juill. 1995, req. n° 92-110 et 92-272, Dr. fisc. 1996, n° 3, comm. 27
- Constantin A.:** note sous CA Versailles, 29 avril 2004 Worm, <http://www.yveslevy-cabinet.avocat.fr/site/article.php?id=227>
- Couret A.:**
- note sous CA Versailles, ch. com. réunies, 8 avr. 2002, JCP E 2002, 1468
  - note sous CA Paris, 6 févr. 1998, Joly. 1998, p. 333
  - note sous Cass. com., 3 janv. 1995, Joly. 1995, p. 266, § 84
  - note sous Cass. com., 12 janv. 1993, Joly. 1993, p. 336
  - note sous Cass. crim., 14 oct. 1991, Rev. sociétés 1992, p. 782
  - note sous CA Paris, 4 févr. 1992, Joly. 1992, p. 277, § 82
- Coursier Ph.:** note sous Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.570 et n° 05-42.551, JCP S 2007, 1618
- Courtial J.:** conclusion sous CE, 22 mars 1999, n° 163282, Sté Alphamed, RJF 1999, n° 534
- Daigre J.-J.:**
- note sous TC Paris, 20 juin 2006, Rev. Soc. 2006, p. 825
  - note sous Cass. Com. 10 déc. 2003, Rev. soc. 2004, p. 669
  - note sous Cass. com., 27 févr. 2001, Joly. 2001, p. 614
  - note sous CA Paris, 6 févr. 1998, JCP E 1998, p. 753
  - note sous CA Agen, 1re ch., 19 janv. 1998, JCP E 1998, p. 1692
  - note sous CA Paris, 5 déc. 1997, Joly. 1998, p. 253, § 94
  - note sous Cass. com., 4 mars 1997, Joly. 1997, § 222, p. 557
  - note sous Cass. com., 21 janv. 1997, JCP E 1997, II, 965
  - note sous CA Paris 30 juin 1995, JCP E 1996 II 795
  - note sous CA Versailles, 18 mai 1995, Joly. 1995, p. 869

**Dalsace D.:**

- note sous Cass. crim., 8 mars 1967, D. 1967, jurispr. p. 586
- note sous Cass. 3e civ., 18 avr. 1961, S. 1961, p. 257
- note sous Cass. com., 14 déc. 1960, D. 1961, jurispr. p. 402

**Dana-Demaret S.:** note sous CA Paris, 7 juin 1988, Rev. sociétés 1989, p. 246**de Fontbressin P.:** note sous CA Montpellier, 7 janv. 1980, Gaz. Pal. 1980, 1, p. 362**de Guillenchmidt M.:**

- conclusion sous CE, 15 oct. 1986, req. n° 39415 et 40744, Dr. fisc. 1987, n° 11, comm. 535
- note sous CE, 14 mars 1984, req. n° 33188, RJF 5/1984, n° 590

**Deboissy F.:** note sous CE, 7 janv. 2000, Phillippe, RTD com. 2000, p. 760**Delattre Ch.:**

- note sous Cass. com., 27 mars 2007, JCP E 2007 n°42, 2274
- note sous CA Douai, 2e ch., sect. 2, 3 nov. 2005, JCP E 2006 n° 10, 1406

**Delaurière J.:** note sous CAA Paris, 10 déc. 2004, PA 2005, n° 119, p. 19**Delebecque Ph.:** note sous CA Paris, 4 mai 1993, Joly. 1993, p. 861**Derrida F.:** note sous Cass. com., 28 févr. 1995, Rev. sociétés 1995, p. 555**Didier P.:** note sous Cass. Com. 4 mars 1997, Rev. Soc. 1997, p. 554**Dom J.-Ph.:**

- note sous Cass. Com. 12 juin 2007, Rev. Soc. 2008 p. 124
- note sous Cass. soc. 30 mars 1999, Joly. 1999, p. 1107
- note sous Cass. soc., 4 mars 1997, Joly., 1997, p.661

**Dondero B.:** note sous Cass. Com. 20 Juin 2006 Elitt, Joly. 2007§ 8**Fouquet O.:**

- conclusion sous CE, sect., 10 juill. 1992, req n° 110213 et 110214, RJF août-sept. 1992, p. 673
- conclusion sous CE, 23 oct. 1991, n° 71792, Sté Electrolux SA, RJF 1991, n° 1482
- conclusion sous CE, 27 févr. 1991, req. n° 48780, SARL APBP, Dr. fisc. 1992, n° 13, comm. 664

**Gatumel D.:** note sous Cass. soc. 2 octobre 1991, D. 1992, I. 3554**Gavalda C.:** note sous Cass. com., 14 déc. 1993, n° 92-21.225, Rev. sociétés 1994, p. 464**Gibirila D.:**

- note sous Cass. com., 17 janv. 2006, n° 05-10.167, JCP E 2006, 1122
- note sous Cass. com., 3 oct. 2000, LPA 30 mai 2001, p. 21
- note sous Cass. com., 10 févr. 1998, n° 05-10.167, JCP E 1999, p. 771
- note sous Cass. com., 13 févr. 1996, D. 1997, p. 108
- note sous Cass. com., 15 mars 1994, Petites affiches 1er févr. 1995

**Guyon Y.:**

- note sous Cass. com., 24 févr. 1998, Rev. sociétés 1998, p. 160
- note sous CA Versailles, 26 juin 1996, Rev. sociétés 1997, p. 180
- note sous Cass. com., 4 juin 1996, JCP 1997, p. 315
- note sous CA Paris, 4 févr. 1994, Rev. sociétés 1994, p. 336
- note sous CA Paris, 18 janv. 1994, Rev. sociétés 1994, p. 110
- note sous Cass. com., 14 déc. 1993, n° 92-21.225, JCP E 1994, II, 567
- note sous CA Paris, 25 mars 1993, Rev. sociétés 1993, p. 661
- note sous Cass. com., 15 juill. 1992, arrêt Six, JCP E 1992, II, 395
- note sous Cass. com. 2 juin 1992, affaire Fournier, Rev. Soc., 1992, p. 750
- note sous CA Paris, 14 nov. 1990, Rev. sociétés 1991, p. 140
- note sous Cass. com., 4 oct. 1988, Rev. sociétés 1991

- note sous Cass. com. 22 juillet 1986, Rev. Soc. P. 46
- note sous CA Reims, 23 avr. 1979, JCP G 1980, II, 19410
- Hagelsteen M.-D.:** note sous CE, sect., 24 févr. 1978, n° 2372, RJF 4/78, n° 161, p.146
- Hallouin J.-Ch.:**
  - note sous Cass. Com. 10 déc. 2003, D. 2004, p. 2930
  - note sous Cass. com., 12 mars 1996, D. 1996, somm. p. 347
- Hastings F.:** note sous Cass. com., 27 juin 2006, Worm, La Tribune, 17 août 2006
- Hatoux:** note sous Cass. Com. 3 mars 1987, Gaz. Pal. 1987, p. 264
- Houin R.:**
  - note sous Cass. com., 21 avr. 1977, RTD com. 1977, p. 542
  - note sous CA Rouen, 8 févr. 1974, RTD com. 1974, p. 291
  - note sous Cass. com., 2 juill. 1973, RTD com. 1974, p. 108
  - note sous Cass. com. 12 nov. 1973, RTD com. 1974, p.297 n°7
  - note sous Cass. com. 11 juin 1965, RTD. Com. 1965, p. 861, n° 3
- Hovasse H.:** note sous Cass. com., 13 nov. 2007, Dr. sociétés 2008, comm. 32
- Jeandidier W.:**
  - note sous Cass. com., 18 nov. 1986, JCP G 1987, II, 20806
  - note sous Cass. crim., 4 févr. 1985, arrêt Rozenblum, JCP G 1986, I, 20585
  - note sous Cass. crim. 11 avr. 1983, Rev. soc. 1983.817
- Jeantin M. et Viandier.A. :**
  - note sous Cass. com. 27 juin 1989, affaire Barrilla-Lustucru, RD bancaire et bourse 1989, p. 176
  - note sous CA Bordeaux, 21 janv. 1988, RD bancaire et bourse 1988, p. 201
- Le Cannu P.:**
  - note sous Cass. Com. 23 oct. 2007, Rev. Soc. 2007, p. 814
  - note sous CE 6 juillet 2007, Société 2003 Production, Rev. Soc. 2008 p. 104
  - note sous Cass. Soc. 24 janv. 2007, Sté Général Motors, Joly 2007 § 152
  - note sous Cass. com., 11 juillet 2002, Joly., 2001, p. 34, §10
  - note sous Cass. com. 31 janv. 2001, Joly. 2001, p. 791
  - note sous Cass. Com. 21 nov. 2000, Joly 2001 § 46
  - note sous Cass. com., 3 oct. 2000, Joly. 2001, p. 24, n°4
  - note sous Cass. com., 21 janv. 1997, Joly. 1997, § 125, p. 312
  - note sous Cass. com., 9 avr. 1996, Sté IHM c/ Banque Worms, Joly. 1996, p. 674
  - note sous CA Paris 8 Oct. 1995, Joly. 1996, p. 199, §64
  - note sous Cass. com., 13 déc. 1994, Joly. 1995, p. 152
  - note sous Cass. com., 26 avr. 1994, Joly. 1994, p. 831
  - note sous Cass. com., 14 déc. 1993, n° 92-21.225, Joly. 1994, p. 189
  - note sous CA Paris 14 Décembre 1993, Joly. 1994, p. 185, § 44
  - note sous Cass. com., 9 mars 1993, arrêt Flandin, Joly. 1993, p. 537, § 152
  - note sous Cass. com., 16 juin 1992, Joly. 1992, p. 944
  - note sous Cass. com. 14 janvier 1992, arrêt Vitama, Joly. 1992, p. 273
  - note sous CA Paris, 17 oct. 1991, Defrénois 1992, p. 576
  - note sous CA Paris 18 Déc. 1990, Joly. 1991 p. 604
  - note sous Cass. Ire civ., 25 avr. 1990, Joly. 1990, p. 798
  - note sous Cass. com., 4 oct. 1988, Joly. 1988, p. 861
  - note sous CA Paris, 18 juin 1986, aff. Lustrucu, Joly. 1986, p. 853
  - note sous Cass. com., 6 déc. 1983, Rev. sociétés 1984, p. 311
  - note sous Cass. com. 18 mai 1982, Rev. Société 1982, p. 804



**Le Corre P.-M.:** note sous Cass. Com. 7 juin 2005, Rev. Soc. 2005, p. 906

**Le Nabasque H.:**

- note sous Cass. com., 20 mai 2003, Joly. 2003, p. 786
- note sous CA Versailles, ch. com. réunies, 8 avr. 2002, Joly. 2002, p. 923
- note sous CA Paris, 17 oct. 1991, Dr. sociétés 1992, comm. 59

**Lecourt A.:** note sous Cass. com. 13 fév. 2007, Joly 2007 § 189

**Legros J.-P.:**

- note sous Cass. com., 13 fév. 2007, Dr. Soc. 2007, n°11, comm. 194
- note sous Cass. com., 27 juin 2006, affaire SPAD 24, Dr. Soc. 2006, n°11, comm. 160
- note sous Cass. com., 7 mars 2006, Dr. Soc. 2006, n°12, comm. 181
- note sous Cass. com., 25 juin 2002, Dr. sociétés 2003, comm. 73
- note sous CA Orléans, 20 mars 2003, Dr. Soc. 2004 N°6, comm. 101

**Lienhard A.:**

- note sous Cass. com. 27 juin 2006, affaire SPAD 24, D., 2006, p. 1892
- note sous Cass. com., 19 avr. 2005, D. 2005, p. 1225
- note sous CA Douai, 2 oct. 2003, D. 2003, p. 2571
- note sous Cass. com., 27 fév. 2001, D. 2001, p. 1103
- note sous CA Paris, 18 juin 1991, Rev. proc. coll. 1992, n° 2, p. 149

**Lucas F.-X.:**

- note sous T. com. Paris 25 juin 2007, Joly. 2007 §319
- note sous Cass. com. 7 nov. 2006, Joly. 2007 §81
- note sous Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, affaire Tapie, Joly., 2007, §5, p. 57
- note sous Cass. Com. 27 juin 2006 SPAD 24, Joly. 2006, § 286, p. 1372
- note sous Cass. ch. mixte, 16 déc. 2005, Dr. sociétés 2006, comm. 36
- note sous Cass. com. 2 Novembre 2005, Joly. 2006, p. 469
- note sous Cass. com. 19 avril 2005, D. 2005, AJ, p. 2013
- note sous CA Versailles, 29 avril 2004 Worm, Dr. Soc. 2004, n°10, Etude 14
- note sous Cass. com., 21 janv. 1997, JCP G 1997, II, 22960, p. 535

**Lyon-Caen A.:** note sous TGI Poitiers, 13 oct. 1986, D. 1989, somm. p. 199

**Marchi J.-P.:** note sous T. com. Paris, 11 avr. 1984, Gaz. Pal. 1984, 2, jurispr. p. 550

**Martin Laprade B.:** conclusion sous CE, plén., 30 avr. 1980, n° 16253, RJF 6/80, n° 467

**Martin Laprade B.:**

- note sous CA Paris 1 Juin 2007, Joly 2007 § 293
- note sous CE, 17 fév. 1992, Sté Carrefour, RJF 4/92, n° 433
- note sous CE, 25 janv. 1989, req. n° 49847, Dr. fisc. 1989, n° 20-21, comm. 1000
- conclusion sous CE, plén., 30 mars 1987, n° 52754, SA Labo-Industries, RJF 1987, n° 589

**Martin-Serf A.:**

- note sous Cass. com., 14 janv. 1997, Rev. proc. coll. 1998, p. 301
- note sous Cass. com., 21 nov. 1995 et 8 oct. 1996, Rev. proc. coll. 1999, p. 42

**Matsopoulou H.:** note sous Cass. Crim. 31 janv. 2007, Rev. Soc. 2007, p. 577

**Merle Ph.:**

- note sous Cass. com., 9 mars 1993, arrêt Flandin, Rev. sociétés 1993, p. 403
- note sous Cass. com., 15 juill. 1992, arrêt Six, Rev. sociétés 1993
- note sous CA Paris, 24 sept. 1981, RTD com. 1982, p. 462
- note sous Cass. com., 12 janv. 1981, RTD com. 1982, p. 459
- note sous Cass. com., 30 mai 1980, Rev. sociétés 1980

**Mestre J.:** note sous CA Aix, 28 septembre 1982, Rev. soc., 1983, p. 773

**Monnet J.:** note sous Cass. com., 20 nov. 2007, Dr. Soc. 2008, n°1 comm. 14

- Moran C.:** note sous Cass. soc., 20 oct. 1999, JCP E 2000, p. 985
- Mouly C.:** note sous Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981, Rev. sociétés 1982, p. 84
- Mousseron P.:** note sous Cass. com., 24 juin 1997 GAMM c/ Gambet, JCP G 1997, II, 22966
- Notté G.:** note sous Cass. com., 6 oct. 1981, JCP CI 1983, II, 13936
- Oppetit B.:**
- note sous Cass.com. 21 janv. 1970, JCP G 1970, 2361
  - note sous Cass. 1re civ., 20 janv. 1964, JCP G 1965, II, 14035
- Paclot Y.:** note sous Cass. com., 12 mars 1996, JCP E 1996, II, 831
- Paillusseau J.:** note sous CA Rennes, 23 fév. 1968, JCP G 1969, II, 16122
- Parient M.:**
- note sous Cass. Com. 13 nov. 2007 Banque populaire Rives de Paris, Rev. Soc. 2008, p. 113
  - note sous CA Paris, 4 févr. 1994, Joly. 1994, p. 403
  - note sous Cass. com. 14 déc. 1993, Rev. société 1994, 778
- Pétel Ph.:**
- note sous Cass. Com. 21 nov. 2006, Joly 2007 §82
  - note sous Cass. com. 19 avril 2005, JCP E 2005, 1274, p. 1421, n° 1
- Plantamp D.:** note sous Tribunal des conflits, 23 Janv. 1989, Gaz. Pal. II. p. 579
- Poracchia D.:** note sous Cass. Com. 2 novembre 2005, Nord-Est, Rev. Soc. 2006, p. 398
- Racine P.-F.:**
- conclusion sous CE, 20 déc. 1985, req. n° 46390, Dr. fisc. 1986, n° 20-21, comm. 991
  - conclusion sous CE, 14 mars 1984, req. n° 33188, Dr. fisc. 1984, n° 30, comm. 1416
- Randoux D.:** note sous Cass. com., 31 mai 1995, Rev. sociétés 1995, p. 757
- Reinhard Y.:**
- note sous Cass.com. 27 juin 2006, affaire SPAD 24, JCP E, 2006, 2408
  - note sous Cass. com., 21 mars 1995, JCP 1996, II 22603
  - note sous T. com. Grenoble, 21 Janv. 1988, RTD com. 1988, p. 640, n° 5
- Robert J.-H.:**
- note sous Cass. crim. 4 avril 2001, JCP E. 2001, p. 1817
  - note sous Cass. crim., 13 déc. 2000, arrêt Bourgeois, JCP E 2001, p. 1138
- Rodière R.:**
- note sous CA Rouen, 8 févr. 1974, Rev. sociétés 1974, p. 507
  - note sous Cass. com., 2 juill. 1973, Rev. sociétés 1974, p. 514
- Rolland B.:**
- note sous Cass. Com. 26 mars 2008, Rev. Soc. 2008, p. 812
  - note sous CA Douai, 2 oct. 2003, JCP E 2005, 721, p. 796
- Rosignol J.-L.:** note sous CE, 26 sept. 2001, n° 219825, SA Rocardis, JCP E 2006, 2003
- Roussel Galle Ph.:** note sous Cass. Com 10 Janv. 2006 Holco, Rev. Soc. 2006 p. 629
- Saint-Alary-Houin C.:** note sous Cass. com., 19 avr. 2005, Joly., 2005, p. 690
- Saintourens B.:**
- note sous Cass. com. 13 février 2007, Rev. soc. 2007, p. 630
  - note sous Cass com. 21 sept. 2004; Museum Partner LLP Delaware, Rev. Soc. 2005, p. 363
  - note sous Cass. Soc. 26 mai 2004, Cass. Soc. 2 juin 2004, Joly. 2004 p. 1233
  - note sous Cass. com., 24 juin 1997 GAMM c/ Gambet, Joly. 1997, p. 871
  - note sous Cass. Com. 21 janv. 1997, Rev. Soc. 1997, p. 528
- Salomon R.:**
- note sous CA Douai, 6e ch. corr., 5 avr. 2005, Dr. Soc. 2005, n° 12, comm. 229
  - note sous CA Nancy, 4e ch. corr., 7 oct. 2003, Dr. Soc. 2004 N°11, comm. 199

**Savatier J.:**

- note sous Cass. soc., 21 janv. 1997, RJS 3/97 n° 300
- note sous Cass. soc., 6 mai 1985 ; n° 84-60. 664, Dr. Soc. 2000, p. 1037

**Schmidt D.:**

- note sous Cass. Com. 20 mars 2007, SA Hexagone Hospitalisation, Joly 2007 § 199
- note sous CA Paris, 17 oct. 2003, Joly. 2004, p. 224, § 35
- note sous Cass. com., 19 déc. 1983, Rev. sociétés 1985, p. 105

**Scholastique E.:** note sous Cass. crim., 4 avr. 2001, n° 00-80.406, D. 2002, p. 1475

**Scholer P.:**

- note sous CA Paris 11 oct. 2005, Joly. 2006, §94, p. 478
- note sous CA Paris 11 oct. 2005 Métaleurop, Joly 2006, § 94
- note sous CA Paris, 11 oct. 2005, Joly sociétés, 2006, p. 478
- note sous Cass. Com. 31 janv. 2006, SARL A3, Joly. 2006 §163
- note sous Cass. com., 30 mars 1999, Joly. 1999, p. 1078, § 251

**Sénéchal M.:** note sous Cass. Com. 2 mai 2007, Joly 2007 § 267

**Staes O.:** note sous Cass. Com. 13 mars 2007, Joly 2007 § 268

**Torck S.:** note sous Cass. Com. 30 sept. 2008 Félix Potin, Joly 2009, § 15

**Trébulle F.-G.:** note sous Cass. 3e Civ. 25 fév. 2004, Droit des sociétés 2004, comm.96

**Verkindt P.-Y.:**

- note sous Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 05-46.073, JCP S 2008, 1186
- note sous Cass. soc., 4 mars 2009, n° 07-42.381, JCP S, 2009, 1190

**Verny J.-F.:**

- conclusion sous CE, plén., 27 nov. 1981, n° 16814, RJF 1/82, n° 7
- conclusion sous CE, plén., 27 nov. 1981, req. n° 16814, RJF 1/1982, n° 7

**Viandier A.:**

note sous Cass. Com. 5 fev. 1985, JCP 1985 n° 20492

note sous Cass. com. 14 janvier 1992, arrêt Vitama, JCP E 1992, II, 301

note sous Cass. com., 10 mars 1992, JCP E 1987, II, 14930

**Viandier A. et Caussain J.- J.:**

- note sous CA Paris, 25 mars 1993, JCP E 1993, I, 288, n° 1
- note sous Cass. 3e civ., 8 juill. 1998, JCP E 1999, n° 1, p. 29
- note sous Cass. com., 15 déc. 1987, JCP E 1988, II, 15240, n° 6
- note sous Cass. com., 9 avr. 1996, Sté IHM c/ Banque Worms, JCP E 1996, I, 589, n° 8
- note sous CA Agen, 9 nov. 1989, JCP E 1990, I, 15838, n° 1
- note sous CA Paris, 4e ch. A, 13 nov. 1991, JCP E 1992, I, 172, n° 10
- note sous CA Paris, 5 mars 1999, JCP E 1999, n° 29, p. 1240
- note sous Cass. com. 2 juin 1992, affaire Fournier, JCP E. 1993 I, 215, n°4
- note sous Cass. com. 25 avr. 2000, JCP E 2000, n° 46, p. 1808
- note sous Cass. com. 31 janv. 2001, JCP E 1999, n° 29, p. 1237
- note sous Cass. Com. 7 février 1989, JCP E. 1989, II, 15517, n° 2
- note sous Cass. com., 15 juill. 1987, JCP E 1987, I, 16959, n° 14
- note sous Cass. com., 26 avr. 1994, JCP E 1994, I, 392, n° 8

**Vidal D.:** note sous Cass. com., 19 févr. 2002, Dr. sociétés 2002, comm. 117

**Waquet Ph.:** note sous Cass. soc., 9 févr. 1994, Dr. soc. 1994, p. 255

## Table des matières

INTRODUCTION .....	1
PARTIE UN LA CONSECRATION EN DROIT DE LA REALITE DU GROUPE.....	18
TITRE I – LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE L’EXISTENCE <i>DE FACTO</i> DU GROUPE .....	19
CHAPITRE I – LE REFLET JURIDIQUE DU GROUPE A LA LUMIERE DU POUVOIR DE CONTROLE .....	20
Section 1 - Le reflet du groupe en droit des sociétés .....	20
§1 En droit Français .....	20
A. La Filiale et la Participation .....	20
B. La restriction des participations réciproques .....	22
C. Le contrôle au sens de l’article L.233-3 du Code de commerce.....	25
§2 En droit chinois .....	31
A. L’absence de statut juridique pour la filiale et l’absence de la notion de participations réciproques .....	31
B. Les notions équivalent au « contrôle » .....	32
Section 2 - Le reflet du groupe en droit comptable.....	38
§1. En droit français .....	39
A. Le contrôle ou l’influence notable au sens de l’article L.233-16 du Code de commerce.....	39
B. Le Groupe et les entités ad hoc .....	43
§2. En droit chinois .....	46
Section 3 – Le reflet du groupe en droit fiscal et financier .....	48
§1. Le groupe d’entreprises en droit fiscal .....	49
A. En droit français .....	49
1. Le groupe au regard du régime des sociétés mère et fille.....	49
2. Le groupe au regard de l’intégration fiscale .....	51
3. Le groupe au regard des sociétés ayant un lien de dépendance.....	53
4. Le groupe au regard de contrôle du prix de transfert.....	58
B. En droit chinois.....	59
1. Le groupe au regard de l’intégration fiscale .....	60
2. Le groupe au regard du contrôle sur les opérations entre des personnes liées .....	61
§2. Le groupe en droit financier .....	64
A. En droit français .....	64
B. En droit chinois.....	66
CHAPITRE II – LE REFLET JURIDIQUE DU GROUPE A LA LUMIERE DES ACTIVITES ECONOMIQUES ET SOCIALES .....	68
Section 1 - Le reflet du groupe en droit du travail en droit français .....	72
§1. Le groupe au regard de licenciement économique des salariés.....	73
A. Le motif de licenciement économique.....	74
B. Le cadre permettant la mise en place des mesures protectrices.....	75
§2. Le groupe au regard du droit collectif des salariés.....	77
A. La représentation du personnel.....	77
1. Le comité de groupe .....	78
2. L’unité économique et sociale (UES) .....	80
B. Les dispositifs de l’Epargne Salariale.....	83
Section 2 - <i>Le reflet du groupe en droit de la concurrence</i> .....	84
§1. Les Ententes et les Abus de Position Dominante .....	85
A. En droit français .....	85
1. L’entreprise, unité économique correspondant au groupe .....	85
2. Les caractéristiques de la qualification de l’entreprise .....	86

B. En droit chinois.....	89
§2. Le Groupe en droit du Contrôle des Concentrations .....	90
A. En droit français .....	90
1. Le « Contrôle » dont l'obtention déclenche le contrôle administratif de concentration .....	92
2. Le « groupe » et le calcul du chiffre d'affaires.....	96
B. En droit chinois.....	100
Section 3 – Le reflet du Groupe en droit pénal .....	103
§1. En droit français .....	104
A. L'existence d'un intérêt commun réel .....	105
1. Un intérêt commun de portée large .....	105
2. Une politique Commune Effective .....	107
B. Un groupe fortement structuré .....	109
§2. En droit chinois .....	111
TITRE II – L'IMPORTUNITE D'UNE NOTION JURIDIQUE AUTONOME DU GROUPE	113
CHAPITRE I - LA DESCRIPTION IMPARFAITE DU GROUPE DE SOCIETES .....	114
Section I - L'inadéquation du droit pour définir le lien réunissant les sociétés du groupe .....	114
§1. La dissociabilité du droit de vote et du capital.....	114
A. En droit français .....	115
1. Les dérogations au principe de proportionnalité entre voix et capital .....	115
a. Les exceptions légales.....	115
b. Les dérogations contractuelles établies par la convention de vote.....	117
2. La conséquence des dérogations.....	120
B. En droit chinois.....	122
§2. L'inadéquation de la notion de contrôle .....	126
A. Les conséquences relatives d'un lien de contrôle.....	126
1. Les conséquences relatives d'un lien de contrôle en droit français .....	126
a. L'influence relative de la notion de contrôle en droit écrit .....	126
b. La reconnaissance imparfaite de la cession du « contrôle » .....	129
2. Les conséquences relatives à un lien de contrôle en droit chinois.....	135
B. La substance limitée du pouvoir de contrôle .....	138
1. Le contenu du contrôle délimité par le texte .....	138
a. Le contenu du pouvoir de contrôle en droit français .....	139
b. Le contenu du pouvoir de contrôle en droit chinois.....	141
2. L'application impérative du Principe de la Répartition des Pouvoirs.....	144
a. L'application en droit français .....	144
b. L'application en droit chinois .....	147
Section II – La direction sous-jacente de sociétés appartenant au groupe .....	151
§1. La création de la dépendance psychologique des dirigeants par le biais du droit de révocation.....	151
A. En droit français .....	153
1. L'exercice quasiment discrétionnaire du droit de révocation des dirigeants .....	153
a. La révocation au regard d'une seule société .....	153
b. La révocation en cascade au regard de plusieurs sociétés d'un même groupe... ..	158
2. La restriction des conventions compensatrices de la révocation .....	161
a. La validité restreinte de la compensation en cas de révocation.....	164
b. L'extension de la restriction de compensation engagée par des sociétés tierces du même groupe.....	168
B. En droit chinois.....	169
§2. L'autorité du groupe de sociétés assurée par des régimes facultatifs .....	172
A. La reconnaissance des régimes facultatifs en droit français .....	172
1. Le contrat de travail régissant les dirigeants d'une société dominée.....	172
a. La reconnaissance du lien de subordination entre la société mère et le dirigeant de la filiale .....	174

b. La légitimité de la reconnaissance d'un tel lien de subordination .....	175
2. Le fonctionnement des organes sociaux facultatifs .....	178
B. La possibilité de la mise en place des régimes facultatifs en droit chinois.....	180
CHAPITRE II - LA RELATIVITE DU GROUPE DE SOCIETES EN DROIT .....	181
Section I. L'importunité d'un régime particulier du groupe de sociétés .....	182
§1. La difficulté propre à la fixation du champ d'application d'un régime particulier de groupe de sociétés .....	182
A. L'indéfinissable lien de domination entre les sociétés de groupe.....	182
B. L'échec de législation d'un régime facultatif de groupe de sociétés .....	186
§2. Les carences intrinsèques d'un régime particulier de groupe de sociétés .....	192
A. La négation logique de sociétés membres du groupe .....	192
B. L'inexistence des organes du groupe .....	194
§3. L'échec du développement du régime de groupe de sociétés en droit chinois.....	198
A. La définition inexacte du groupe d'entreprise.....	199
1. La naissance d'une notion embryonnaire du groupe .....	199
2. La transplantation maladroite de la notion du groupe d'entreprise en droit .....	202
B. Les dispositions illusoire au regard du groupe d'entreprises .....	204
1. L'absence d'une véritable reconnaissance juridique du groupe d'entreprises.....	204
2. Les sociétés holding à capitaux étrangers.....	209
Section II. La réception de la réalité économique du groupe par le biais du régime de l'intérêt social .....	212
§1. Les caractéristiques de l'intérêt social permettant la réception en droit français.....	214
A. La prééminence de l'intérêt social.....	215
B. La flexibilité de l'intérêt social.....	217
§2. La réception de l'intérêt du groupe en droit français .....	220
A. L'intérêt du groupe, un intérêt résultant de l'organisation économique du groupe .....	221
1. La dépendance de l'intérêt du groupe vis-à-vis de l'intérêt social .....	221
2. L'influence de l'intérêt du groupe sur les intérêts sociaux .....	223
a. La communauté des intérêts sociaux.....	223
b. L'appréhension de l'intérêt du groupe dans le cadre de la communauté d'intérêts sociaux .....	225
B. L'examen de relation entre l'intérêt du groupe et l'intérêt social en droit positif.....	228
1. La confirmation d'un intérêt du groupe dépendant et accessoire dans la jurisprudence pénale Rozenblum .....	228
2. La renonciation par la jurisprudence à l'introduction d'un intérêt du groupe autonome en droit.....	229
3. La nature économique de l'intérêt du groupe en droit écrit.....	230
§3. La possibilité de la réception en droit chinois.....	232
Conclusion de la Partie I : .....	236
PARTIE DEUX - L'ADAPTATION DU DROIT A LA REALITE DU GROUPE.....	238
TITRE I –A LA RECHERCHE DE LA DYNAMIQUE DE GROUPE.....	239
CHAPITRE I – PAR L'ADMISSION DE PREROGATIVES SPECIFIQUES AU SEIN DE GROUPE .....	241
Section 1 - Les prérogatives facilitant le fonctionnement du groupe en droit français.....	241
§1. <i>L'absence de prohibition de l'entente entre les sociétés du groupe</i> .....	241
§2. <i>L'optimisation fiscale au sein du groupe</i> .....	243
A. L'imposition assouplie de la remontée des dividendes.....	243
B. Intégration fiscale du résultat du groupe.....	244
1. Les conséquences directes de l'intégration fiscale .....	245
2. Les incidences facilitant le fonctionnement du groupe .....	246
a. La neutralisation fiscale de certaines aides intragroupe .....	246
b. La suppression de la difficulté fiscale inhérente au LBO .....	248
c. La dérogation aux normes de sous-capitalisation.....	248
Section 2 Les prérogatives retenant l'attractivité du groupe en droit français.....	251

§1. <i>L'attractivité du groupe envers les investisseurs</i> .....	251
A. Les conditions de la mise en place des actions de préférence .....	253
B. Les réserves légales au regard des droits particuliers exercés à l'intérieur du groupe .....	254
1. Le droit politique .....	254
2. Le droit pécuniaire.....	256
§2. <i>L'attractivité du groupe vis-à-vis des salariés</i> .....	259
A. L'implication du groupe dans la vie sociale des salariés .....	260
1. La création d'institutions représentatives du personnel au sein du groupe .....	260
a. Le comité de groupe .....	260
b. L'unité économique et sociale (UES) .....	262
2. La conclusion de conventions et d'accords collectifs au niveau du groupe .....	264
B. Le maintien de la motivation du personnel à la dimension du groupe .....	265
1. La dualité des régimes .....	266
a. L'incitation par l'octroi des actions du groupe .....	266
b. L'Incitation par le résultat du groupe.....	270
2. La combinaison des régimes.....	276
Section 3 L'inexistence de prérogatives spécifiques du groupe en droit chinois .....	279
<b>CHAPITRE II – L'INFLECHISSEMENT DES CONTRAINTES DES ACTES INTRAGROUPE</b>	<b>282</b>
.....	282
Section 1 - L'assouplissement du contrôle sur la conclusion des conventions réglementées ..	282
§1. <i>L'assouplissement du contrôle en droit français</i> .....	283
A. La mise en place du contrôle au sein du groupe.....	283
1. Le champ d'application du contrôle au sein du groupe .....	283
a. Le périmètre des sociétés visées par le contrôle.....	283
b. La nature des conventions subordonnées à la procédure réglementée.....	288
2. L'effet du contrôle au sein du groupe .....	289
a. La lourdeur de la procédure de contrôle.....	289
b. Les sanctions équilibrées de la contravention .....	291
B. L'ajustement de la rigueur de contrôle au sein du groupe .....	293
1. L'exception des opérations courantes conclues à des conditions normales.....	293
a. Les opérations de nature normale et courante aux termes du rapport de CNCC .....	295
b. L'appréciation nuancée des opérations financières intragroupe .....	297
2. La mise en place de cautionnement à l'intérieur du groupe .....	302
a. La restriction générale du cautionnement pour autrui.....	302
b. L'existence ou non de règles spéciales au sein du groupe .....	304
§2. <i>L'absence de l'assouplissement en droit des sociétés chinois</i> .....	306
A. L'ambiguïté de l'effet de la procédure de contrôle .....	308
B. La discrimination des sociétés ordinaires .....	309
C. Les conséquences très limitées concernant les conventions intragroupes .....	310
Section 2 – La régularisation des actes défectueux au sein du groupe .....	312
§1. <i>La régularisation des actes défectueux en droit fiscal</i> .....	312
A. La régularisation des actes anormaux de gestion au sein du groupe en droit français .....	312
1. La régularisation des aides au sein d'un groupe national .....	314
a. La régularisation des aides accordés par la société mère .....	314
b. La régularisation des aides sur le plan commercial.....	318
2. La régularisation du prix de transfert.....	322
B. L'absence de règles spécifiques du groupe en droit fiscal chinois.....	327
§2. <i>La régularisation de l'abus de biens sociaux au sein du groupe en droit français</i> .....	329
A. La sévérité de l'incrimination de l'abus de biens sociaux en droit français .....	330
B. L'appréciation du fait justificatif de l'incrimination en droit français .....	331
1. L'existence d'une contrepartie.....	332
2. L'absence de rupture de l'équilibre .....	334
3. L'absence du dépassement de sa propre possibilité financière .....	336
<b>TITRE II – A LA RECHERCHE DE L'EQUILIBRE ENTRE LES INTERETS CONFLICTUELS</b>	

AU SEIN DU GROUPE.....	340
CHAPITRE I – A LA RECHERCHE DE L’EQUILIBRE DANS LA PROTECTION DE L’INTERET DES ASSOCIES .....	341
Section 1. - L’application des régimes classiques adaptés .....	342
§1. <i>La protection équilibrée des intérêts entre les associés majoritaires et minoritaires</i> ....	342
A. Le renforcement du droit d’information.....	343
1. En droit français .....	343
a. Informations générales au regard de l’appartenance de la société au groupe ....	343
b. Les expertises de gestion sur des opérations déterminées.....	345
2. En droit chinois.....	347
B. Le maintien de l’équilibre des intérêts dans l’exercice des droits des associés .....	348
1. L’Abus du droit d’associé.....	348
a. En droit français .....	348
b. En droit chinois .....	362
2. La protection du droit des associés en cas de mésentente .....	364
a. En droit français .....	364
b. En droit chinois .....	372
§2. <i>La protection équilibrée des intérêts des associés contre les actes des dirigeants sociaux</i> .....	374
A. En droit français .....	375
1. Les catégories d’actions en justice à la disposition d’associés.....	375
a. La difficulté d’intenter une action en responsabilité individuelle .....	376
b. L’intérêt d’intenter une action sociale <i>ut singuli</i> .....	376
2. La faute des dirigeants sociaux reprochable par les associés .....	379
a. La faute de gestion appréciée de manière objective.....	381
b. La faute de gestion appréciée de manière subjective .....	382
B. En droit chinois.....	386
1. Les catégories d’actions à la disposition d’associés en droit chinois .....	386
2. Le fondement de la responsabilité des dirigeants en droit chinois .....	388
a. Les obligations de fidélité et de diligence : critères de l’obligation <i>de fiduciaire</i> en droit chinois .....	389
b. La « business judgement rule » .....	392
Section 2. Le droit d’action en justice à l’échelon du groupe.....	395
§1. <i>L’in vraisemblable reconnaissance de l’action à l’échelon du groupe par la jurisprudence française</i> .....	396
A. L’adoption incertaine d’une action sociale <i>ut singuli</i> au second degré .....	396
B. L’adoption incertaine d’une action au deuxième degré pour la nomination de l’administrateur provisoire .....	398
§2. <i>Les tentatives d’élargissement du droit d’action en justice des associés en droit écrit français</i> .....	400
CHAPITRE II – A LA RECHERCHE DE L’EQUILIBRE DU REGIME DE LA RESPONSABILITE AU SEIN DU GROUPE .....	402
Section I Les responsabilités à la dimension du groupe en droit spécial .....	409
§1. <i>Le renforcement des droits des salariés à la dimension du groupe d’entreprises</i> .....	410
A. L’obligation de reclassement à la dimension du groupe.....	412
B. Le plan de sauvegarde de l’emploi (PSE) correspondant au moyen du groupe.....	416
1. La mise en place du PSE dans la situation générale .....	416
2. La mise en place de PSE dans l’entreprise en procédure collective .....	418
§2. <i>L’aggravation de la responsabilité du débiteur face à l’autorité de la concurrence</i> ....	421
A. L’aggravation de la sanction pécuniaire selon l’envergure du groupe.....	422
B. L’imputation de la sanction pécuniaire au sein du groupe de sociétés .....	423
Section II La protection des créanciers en droit des sociétés.....	424
§1 <i>La protection des créanciers des sociétés in bonis appartenant au groupe de sociétés en droit français</i> .....	425



A. La responsabilité contractuelle solidaire fondée sur la théorie de l'apparence .....	425
B. La restriction contre la généralisation d'une responsabilité contractuelle du groupe ..	427
§2 <i>La protection des créanciers des sociétés en procédure collective appartenant au groupe de sociétés en droit français</i> .....	429
A. La dérogation au régime de responsabilité limitée .....	429
1. Confusion des patrimoines .....	429
2. Société fictive .....	435
B. L'action en responsabilité fondée sur la faute de gestion .....	438
1. Comblement de l'insuffisance d'actifs .....	438
a. Les spécificités de l'action en comblement d'insuffisance d'actifs .....	440
b. L'appréciation de la faute de gestion dans le cadre de la procédure collective ..	445
2. Dirigeant de fait .....	450
a. Les critères du dirigeant de fait .....	451
b. La particularité de la caractérisation au sein du groupe .....	457
C. Le comparaison de deux régimes.....	465
1. La réticence à la dérogation généralisée du régime de responsabilité limitée .....	465
2. Les avantages du « régime du dirigeant de fait fautif » .....	468
§3 <i>Le régime de l'abus de la personnalité morale en droit chinois</i> .....	470
A. Une portée d'application limitée de l'abus de la personnalité morale.....	471
1. Les propositions des conditions d'application du régime.....	471
2. La limitation des situations visés par le régime .....	474
a. Les situations devant être écartées .....	474
b. Les situations devant être retenues.....	476
B. La référence nécessaire à l'approche française de « dirigeant de fait fautif » .....	477
1. Les spécificités de la responsabilité des dirigeants en procédures collectives .....	478
2. Régime du fond de la responsabilité des dirigeants.....	479
Conclusion de la Partie II : .....	482
Conclusion Générale.....	484
Annexe Extraits des textes chinois .....	490
Company Law of the People's Republic of China .....	490
Provisions on the Establishment of Investment Companies by Foreign Investors .....	499
Supplementary Provisions on the Establishment of Investment Companies by Foreign Investors .....	506
Measures for the Implementation of Special Tax Adjustments (for Trial Implementation).....	508
Law of the People's Republic of China on Enterprise Bankruptcy.....	515
BIBLIOGRAPHIE.....	517

# LE GROUPE DE SOCIETES EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT CHINOIS

---

## Résumé

La création des groupes de sociétés est devenu un phénomène économique incontournable dans notre société moderne. Ce phénomène est reconnu, de manière différente, par les diverses branches de droit, tant en France qu'en Chine. Nous constatons sa prise en considération en droit des sociétés, en droit comptable, en droit fiscal, en droit financier, en droit social, en droit de la concurrence et même en droit pénal. Au sein d'un même pays, la reconnaissance juridique des groupes de sociétés n'est pas uniforme, en raison de la différence des finalités poursuivies par chacune des branches de droit. La création d'un droit spécial de groupe de sociétés, visant à lui affecter un statut juridique unique, s'avère inopportun. Actuellement, le groupe de sociétés n'est pas encore parfaitement défini en termes juridiques, et se caractérise par une certaine relativité en droit. Un droit régissant le groupe de sociétés semble impossible sauf à réaménager profondément le régime actuel du droit des sociétés. Afin de ne pas ignorer la réalité économique du groupe dans l'ordre juridique, il est plus pertinent d'adapter les règles de droit actuelles. A cet égard, le droit français sert de modèle pour le droit chinois. Ce dernier pourrait, dans les prochains travaux législatifs, s'inspirer des dispositifs légaux et jurisprudentiels français cherchant à préserver non seulement la dynamique économique de groupe de sociétés, mais aussi le maintien de l'équilibre des intérêts conflictuels entre les diverses parties prenantes. A l'égard des relations entre les associés majoritaires, minoritaires et les dirigeants sociaux, le droit français démontre que les règles traditionnelles du droit des sociétés sont a priori suffisantes pour résoudre les problèmes engendrés dans le cadre du groupe de sociétés. Ainsi les règles juridiques françaises paraissent équilibrées dans la mise en œuvre de la responsabilité du groupe vis-à-vis des créanciers, y compris les salariés. Cet équilibre est assuré par une série de régimes classiques, tel que la fictivité, la confusion des patrimoines et la responsabilité des dirigeants de fait. Le droit chinois, fortement influencé par les régimes anglo-saxons, notamment par ceux de la «Business Judgement Rule » et de la « levée du voile corporatif », pourrait s'inspirer des dispositifs français, plus adaptées et efficaces.

## Summary

The creation of corporate group became one significant economic phenomenon in our modern society. In France as well as in China, this phenomenon is acknowledged in the different ways by the various branches of law. It is taken into consideration by the company law, the accounting law, the tax law, the financial law, the labour law, the competition law and even by the criminal law. In each country, the ways of acknowledgement of the corporate group are not identical, due to the difference of the objectives that the various branches of law attempt to realize. The establishment of one special law for the corporate group, which recognizes its unified legal status, appears to be improper. Up to now, the corporate groups have not yet been perfectly described in legal terms, and do not constitute a solid legal conception. The legislation of one

corporate group law seems to be impossible, unless a fundamental revision of the current company law were realized. In order to avoid the ignorance of the economical reality of the corporate group by the law, it is better to proceed to the adjustment of the currently effective legal provisions. In this respect, the French law constitutes one model to be followed by the Chinese law. The latter could, through the legal reforms in the future, be inspired by the legal and judicial rules of the French law, which seeks to preserve not only the economical vitality of the corporate group, but also the balance of the conflicting interests of the stakeholders. With regard to the relations between the majority shareholders, the minority shareholders and the corporate directors, the French law comes to demonstrate that traditional rules of the company law, after adaptation, are normally sufficient to resolve the problems incurred within the corporate group. Furthermore, the French legal provisions appear capable to maintain a balanced solution related to the group's responsibility vis-à-vis the creditors (employees included). This balance is ensured in French law by a series of classical provisions, such as the "fictivité" (false company), confusion of assets as well as the liability of the de facto directors. The Chinese law, currently under strong influence of the Anglo-Saxons legal provisions - especially the "Business Judgement Rule" and the "Piercing the corporate veil" rule, could refer to the French provisions, which is more adapted and efficient.

#### Mots clés

Groupe de sociétés ; Responsabilité limitée ; Intérêt du groupe ; Dynamique Economique du groupe ; Opérations intragroupes

#### Mots clés supplémentaires

Groupe de sociétés, Droit de contrôle, Consolidation comptable, Intégration fiscale de groupe, Comité de groupe, UES, Reclassement, plan de sauvegarde d'entreprise, Concentration, Abus de biens sociaux, Intérêt social, Intérêt du groupe, révocation des dirigeants, responsabilité limitée, autonomie de la société, dirigeants sociaux salariés, direction de fait, faute de gestion, procédure collective, conventions réglementées, prix de transfert, acte anormal de gestion