



HAL
open science

Contribution à la construction d'un droit des groupes de sociétés : aspects juridiques et fiscaux en droit comparé français et turc

Mikail Ceran

► To cite this version:

Mikail Ceran. Contribution à la construction d'un droit des groupes de sociétés : aspects juridiques et fiscaux en droit comparé français et turc. Droit. Université de Rennes, 2023. Français. NNT : 2023URENG004 . tel-04496046

HAL Id: tel-04496046

<https://theses.hal.science/tel-04496046v1>

Submitted on 8 Mar 2024

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.

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Sciences politiques
Spécialité : *Droit privé*

Par

Mikail CERAN

**Contribution à la construction d'un droit des groupes de sociétés :
aspects juridiques et fiscaux en droit comparé français et turc**

Thèse présentée et soutenue à Rennes, le 29 novembre 2023

Unité de recherche : UMR CNRS 6262 IODE

Rapporteurs avant soutenance :

Nadège JULLIAN	Professeur à l'Université de Toulouse
Elif ÇAKAR PÜRSÜNLERLİ	Professeur à l'Université de Kırıkkale (Turquie)

Composition du Jury :

Examineurs :	Nadège JULLIAN	Professeur à l'Université de Toulouse
	Elif ÇAKAR PÜRSÜNLERLİ	Professeur à l'Université de Kırıkkale (Turquie)
Président :	Jean-Christophe PAGNUCCO	Professeur à l'Université de Caen
Dir. de thèse :	Catherine BARREAU	Professeur à l'Université de Rennes
Co-dir. de thèse :	Neslihan KARATAŞ-DURMUŞ	Doç. Dr. à l'Université d'Ankara Yıldırım Beyazıt (Turquie)

AVERTISSEMENT

L'université de Rennes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Celles-ci doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mes parents,

mon épouse,

mes enfants.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent à tous ceux qui m'ont soutenu tout au long de ce travail :

À mes co-directrices de thèse,

Madame le Professeur Catherine BARREAU et Madame Neslihan KARATAŞ DURMUŞ pour la confiance qu'elles m'ont accordée, leur disponibilité et leurs précieux conseils ; Qu'elles veuillent bien trouver ici l'expression de ma profonde gratitude ;

Aux membres de mon jury de soutenance,

Madame le Professeur Nadège JULLIAN, Monsieur le Professeur Jean-Christophe PAGNUCCO et Madame le Professeur Elif ÇAKAR PÜRSÜNLERLİ pour l'attention portée à mes travaux ;

À mes amis et collègues de travail en cabinet d'avocats ou à l'université,

En particulier à Me Jean-Baptiste APPRIOU, Me Laurent BERTHELOT, Me Sandra DARWICHE et Me Florence MOREL, Avocats, pour leurs avis et observations ;

Mes amis pour leur présence, leur affection et leurs encouragements ;

L'ensemble du personnel de la Faculté de Droit de l'Université de Rennes pour leur collaboration ;

À ma famille et mes proches,

Mes parents, ceux à qui je dois tout ;

Mon épouse pour sa patience tout au long de cette épreuve. Ce travail n'aurait pu aboutir sans son soutien. Elle a su rester présente, pour nos trois enfants en bas âge, dans mes nombreux moments « d'indisponibilité » qu'il conviendra de compenser rapidement ;

Je ne peux enfin terminer ces quelques lignes sans avoir une pensée pour les proches que nous avons perdus lors des séismes du 6 février 2023 qui ont secoué la Turquie – et notamment la région de K. MARAŞ dont sont originaires mes parents, ainsi que pour toutes les personnes touchées par ce tragique événement ;

Que ce travail leur soit dédié.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Actes prat.	Actes pratiques
Al.	Alinéa
AMF	Autorité des Marchés Financiers
ANSA	Association Nationale des Sociétés par Actions
Ass. Plén.	Assemblée Plénière
Art.	Article
BIC	Bénéfices industriels et commerciaux
BOI	Bulletin officiel des impôts
Bull.	Bulletin
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. civ.	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre civile)
Cass. com.	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre commerciale)
Cass. soc.	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre sociale)
Cass. crim.	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
C. Civ.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
C. Mon. Fin.	Code monétaire et financier
CCT	Code de commerce turc
CE	Conseil d'Etat
Cf.	Confer
CGI	Code général des impôts
Chron.	Chronique
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCC	Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes
CNRTL	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Dir.	Direction (sous la direction de)
Dr. sociétés	Revue de droit des sociétés (Lexis Nexis)
Dr. fisc.	Revue de droit fiscal (Lexis Nexis)
Fasc.	Fascicule
Ed.	Edition
EURL	Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée
GIE	Groupement d'intérêt économique
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit
<i>In</i>	Dans
<i>Infra</i>	Ci-dessous
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
JCP E	La Semaine Juridique Edition « Entreprise »
JO	Journal Officiel
IFI	Impôt sur la fortune immobilière
IR	Impôt sur le revenu
IS	Impôt sur les sociétés
ISF	Impôt de solidarité sur la fortune
LPA	Les Petites Affiches

m.	madde (article - droit turc)
Obs.	Observations
Op. cit.	Opere citato, dans l'ouvrage précité
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
Ord.	Ordonnance
PCG	Plan comptable général
PME	Petites et moyennes entreprises
PVLT	Plus-value long terme
Rev. Sociétés	Revue des sociétés (Daloz)
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
SARL	Société à responsabilité limitée
SA	Société anonyme
SAS	Société par Actions Simplifiée
SASU	Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle
SCI	Société civile immobilière
SE	Société européenne
p.	page
s.	sayfa (page - droit turc)
suiv.	Suivant(s)
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	tome
TA	Tribunal administratif
UE	Union européenne

SOMMAIRE

PARTIE I.

FAVORISER LE FONCTIONNEMENT UNITAIRE DU GROUPE

Titre I. Favoriser l'unité dans l'organisation du pouvoir au sein du groupe de sociétés

Chapitre 1. L'acquisition du pouvoir : la recherche du contrôle des sociétés du groupe

Chapitre 2. L'exercice du pouvoir : la recherche de la direction unifiée des sociétés du groupe

Titre II. Favoriser l'unité dans la gestion opérationnelle du groupe de sociétés

Chapitre 1. Des dispositifs juridiques et fiscaux favorisant la circulation des flux intragroupe

Chapitre 2. A la recherche d'un fondement à l'imposition unitaire du groupe de sociétés

PARTIE II.

RESPONSABILISER LA SOCIETE MERE

Titre I. Responsabiliser la société mère à l'égard des minoritaires

Chapitre 1. Une protection à géométrie variable des minoritaires intragroupe (*de lege lata*)

Chapitre 2. Pour une responsabilité accentuée de la société mère à l'égard des minoritaires en droit français (*de lege ferenda*)

Titre II. Responsabiliser la société mère à l'égard des tiers

Chapitre 1. Une protection à géométrie variable des créanciers de la filiale (*de lege lata*)

Chapitre 2. A la recherche de fondements alternatifs responsabilisant la société mère à l'égard des tiers (*de lege ferenda*)

INTRODUCTION

1. Groupes de sociétés – données économiques. Les groupes de sociétés sont depuis plusieurs années des acteurs incontournables de l'économie mondiale. Plusieurs sources statistiques affichent l'importance des échanges intragroupe qui représenteraient plus de la moitié du commerce international. S'il n'existe pas de chiffres officiels sur le nombre de groupes de sociétés en Turquie, une étude de l'INSEE parue le 10 décembre 2020¹ indique qu'il existait en France, en 2018, 132 135 groupes regroupant 443 613 structures et employant environ 10 740 000 salariés en équivalent temps plein, soit quasiment la moitié des salariés des secteurs privés et publics confondus. Ces chiffres de l'INSEE précisent que parmi ces groupes, la moitié était constituée de petites structures comportant moins de 10 salariés. Bien que l'imaginaire collectif renvoie davantage à l'image de grandes firmes lorsque sont évoqués les groupes de sociétés, ceux-ci sont en réalité très divers, aussi bien s'agissant de leur organisation interne que de leur puissance économique. En réalité, ces statistiques ne nous étonnent pas dès lors que l'on aborde la question sous un angle juridique. En effet, un groupe de sociétés peut être constitué de deux sociétés uniquement, et ce, peu importe leur importance structurelle ou substantielle, dès lors que la première contrôle la seconde.

2. Groupes de sociétés – approche juridique. Si le groupe est une réalité économique, il est sur le plan juridique une « réalité éclatée² ». En effet, contrairement aux sciences économiques, le droit ne reconnaît pas le groupe de sociétés comme une structure unifiée. Il apparaît davantage comme une technique d'organisation de l'entreprise qui peut prendre diverses formes. Le Professeur CHAMPAUD décrit à ce titre plusieurs types d'organisation des groupes, à savoir les groupes de type radial, pyramidal, ou circulaire³. Dans les grandes lignes, le groupe radial est le schéma le plus simple dans lequel la société mère détient *directement* l'ensemble de ses filiales. Il est alors souvent question de « petits » groupes en pratique, familiaux ou non. Le groupe pyramidal se conçoit généralement dans le cadre de groupes plus importants au sein desquels la société mère détient *indirectement* des sous-filiales à travers

¹ INSEE, *Les entreprises en France*, éd. 2020 – Insee Références, étude parue le 10 décembre 2020, p.66 et 67

² RAFFRAY R., *La notion de groupe de sociétés en droit français, une réalité éclatée ?*, Dr. Sociétés 2017, dossier 8, in « *Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ?* », Colloque en date du 18 novembre 2016 à la Faculté de Droit de Caen - sous la dir. de PAGNUCCO J.-Ch.

³ CHAMPAUD Cl., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962

le contrôle de ses filiales détenues en direct (participations en cascade). Le groupe à participations circulaires, quant à lui, apparaît plus complexe dans la mesure où les sociétés groupées « s'autodétiennent » : une première société détient des participations dans une seconde société qui elle-même détient des participations dans la première société⁴. Bien entendu, du fait de la grande liberté juridique qui règne en matière de structuration et d'organisation des groupes, ces derniers sont parfois hybrides et reflètent souvent une combinaison des différents schémas ci-avant évoqués.

3. Le groupe de sociétés peut par ailleurs être composé d'une grande variété de formes sociales, aussi bien de sociétés commerciales que de sociétés de nature civile, de sociétés de capitaux et de sociétés de personnes, de sociétés soumises ou non à l'impôt sur les sociétés. Autant que les diverses formes qu'il peut prendre, l'existence du groupe peut également avoir des origines et raisons diverses et variées : s'il peut tout simplement résulter de l'acquisition par une société de titres d'une autre société, un groupe peut également prendre forme lors de la constitution d'une société holding par apport en nature de titres d'une société – souvent – d'exploitation (filialisation par le haut), ou inversement, de l'apport par cette dernière d'une branche complète d'activité à une autre structure (filialisation par le bas).

4. En tout état de cause, du fait de l'absence de reconnaissance d'une personnalité juridique propre au groupe, ce dernier n'est pas un sujet de droit et ne peut donc contracter en tant que tel⁵. Le statut de la société mère ne permet pas non plus, en sa seule qualité de société dominante ou contrôlaire, de représenter le groupe dans son ensemble. Bien que la notion de « groupe de sociétés » ne soit pas légalement définie en droit, la doctrine considère qu'il existe « un groupement de sociétés toutes les fois que sont réunies sous une même influence dominante plusieurs sociétés ayant une existence juridique distincte ; la domination des maîtres communs étant, dans nombre de cas, assurée par des participations de l'une ou plusieurs des sociétés dans le capital d'une ou plusieurs autres⁶ ». Il s'agit d'un « ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies

⁴ Voir *infra*, n°75 et suiv.

⁵ Com. 2 avr. 1996, n° 94-16.380, Rev. sociétés 1996. 573, note GAVALDA ; Com. 20 janv. 1998, n° 94-21.811, Bull. Joly 1998. 474, note DOM

⁶ PERCELOU A., *Lois actuelles et projets récents en matière de sociétés par actions (Allemagne, Angleterre, Italie). Étudiés spécialement en vue d'une réforme éventuelle du Droit français*, Librairie Arthur Rousseau, Collection d'études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international, 1933, n°410, p. 528

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 décision⁷ » ou d'un « ensemble de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres mais en fait soumises à une unité de décision économique⁸ » ou encore d'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 groupe⁹ ». Si ces définitions doctrinales font ressortir l'idée d'une interdépendance économique des sociétés groupées, le principe juridique fondamental en la matière, aussi bien en droit français qu'en droit turc, est bien celui de l'indépendance ou de l'autonomie de droit de ces dernières. Les droits français et turc adoptent néanmoins une approche très différente dans la reconnaissance juridique du phénomène économique de groupe. En effet, le droit français des sociétés ne reconnaît que de manière informelle le groupe en l'absence de réglementation d'ensemble alors que le législateur turc a fait le choix contraire d'opter pour une réglementation autonome visant spécifiquement les groupes de sociétés¹⁰.

5. Une reconnaissance informelle en droit des sociétés français en l'absence de réglementation d'ensemble relative aux groupes de sociétés. Le droit des sociétés français ne comporte aucune réglementation d'ensemble visant spécifiquement les groupes de sociétés et n'offre ainsi « aucune vision synthétique¹¹ ». Pourtant, dans le passé, le législateur français a tenté à plusieurs reprises d'introduire une réglementation spécifique. L'introduction

⁷ Rédaction des Editions Francis Lefebvre (ABEL Q., BARDE C., BROM B., CABRERA M., FAYET E., LEDUC G., MACQUERON J.-M., MAGNIER V., OBLIN V., PREEL C., SIAC F., WURTZ A.), avec notamment la collaboration de CHARVERIAT A., COURET A., GILBERT F. (pour la partie juridique), et de BEETSCHEN A., CLEMENT Ch., FENA-LAGUENY E., GOUTHIERE B., GUTMANN D., JULIENNE V. et RUAULT F. (pour la partie fiscale), *Mémento Groupe de sociétés*, éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique Francis Lefebvre, 2019, n°10, p.27 (définition également citée par le *Mémento Société Commerciales*, éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique Francis Lefebvre, 2020, n°79000, p.1545)

⁸ GUYON Y., *Droit des affaires*, t.1, 12^{ème} ed., Economica, 2003, n°580

⁹ VIDAL D., *Les mérites de la méthodologie ponctuelle d'un droit des groupes de sociétés*, LPA, 1993, n° 78, p.17

¹⁰ La réglementation autonome et spécifique aux groupes de sociétés n'est consacrée en droit turc uniquement en matière de droit des sociétés. En matière fiscale, s'il existe de nombreux dispositifs intéressant les groupes, aucune réglementation d'ensemble relative aux groupes n'est – pour l'heure – consacrée.

¹¹ COZIAN M., DEBOISSY F., VIANDIER A., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 34^{ème} éd., 2021, n°2402

d'un droit des groupes de sociétés « à l'allemande » s'est posée à plusieurs reprises en droit interne français et sur le plan du droit de l'Union européenne dans un objectif de coordination voire d'harmonisation des droits des Etats membres sur cette question.

6. *Loi du 24 juillet 1966 et débats sur l'introduction d'un droit des groupes en France.* Dans un contexte où le législateur allemand votait la création d'un droit autonome et spécifique aux « entreprises liées¹² », l'absence d'une telle réglementation relative aux groupes de sociétés a d'abord été dénoncée comme une lacune du droit français¹³. En effet, contrairement à son voisin allemand, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales¹⁴ - adoptée quelques mois seulement après l'adoption de la loi allemande sur les sociétés par actions du 6 septembre 1965 - ne comportait aucune disposition expresse relative à l'encadrement des groupes de sociétés permettant d'observer une quelconque reconnaissance en droit de l'unité de fait au sein du groupe. La loi du 24 juillet 1966, texte alors de référence en matière de droit des sociétés¹⁵, ne visait à cette époque que les « filiales » et les « participations » sans référence expresse aux « groupes »¹⁶. Notons toutefois que lors des discussions au Sénat en vue de l'adoption de la loi du 24 juillet 1966, le Garde des Sceaux de l'époque, Monsieur Jean FOYER, proposait l'introduction d'une clause précisant que « les autres règles régissant les groupes de sociétés seront déterminées par un texte ultérieur¹⁷ ». Cette clause n'a cependant pas été retenue dans la version définitive de la loi du 24 juillet 1966.

7. *Propositions de loi « Cousté ».* Par la suite, deux propositions de loi visant à introduire en droit français une réglementation spécifique aux groupes de sociétés ont été présentées par le député Pierre-Bernard COUSTE les 19 février 1970 et 28 juin 1978¹⁸. Très clairement inspiré du modèle allemand, il était prévu de distinguer « les groupes de droit » et « les groupes de fait ». Dans le cadre des « groupes de droit », il était notamment envisagé la

¹² Droit allemand des « entreprises liées » figurant aux articles 15 et suivants et 291 et suivants de la loi du 6 septembre 1965 sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz*)

¹³ JO Sénat CR 28 avril 1966, p. 365 ; JOAN CR 11 juin 1966

¹⁴ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 constituant le texte de référence en France en matière de droit des sociétés

¹⁵ La loi du 24 juillet 1966 a été fondue en 2000 dans le Code de commerce

¹⁶ Par la suite, notamment en 1985, des dispositions relatives à la définition des « sociétés contrôlées » ont été rajoutées visant les cas de notification de franchissement de seuil (aujourd'hui codifiées à l'article L233-6 du Code de commerce) et d'établissement de comptes consolidés (aujourd'hui codifiées à l'article L233-16 du Code de commerce)

¹⁷ JO déb. Sénat, 28 avril 1966, p. 365 et 366

¹⁸ Propositions n°1055 du 19 février 1970 et n°522 du 28 juin 1978

possibilité pour la société dominante et la société dominée de conclure un contrat d'affiliation indiquant précisément les pouvoirs de la société dominante dans le fonctionnement de la société dominée. En outre, était également offert aux actionnaires de la société dominée « le droit de se retirer de celle-ci ou d'y rester avec le bénéfice d'une allocation compensatrice annuelle »¹⁹. Tous les autres groupes, ceux n'ayant pas signé de contrat d'affiliation, devaient être considérés comme des « groupes de fait », entièrement soumis au droit commun des sociétés avec la possibilité pour les minoritaires de la société dominée d'engager la responsabilité des dirigeants – de droit ou de fait – de la société dominante en cas de préjudice causé à la société dominée par l'exercice de la domination de fait²⁰. Cependant, les propositions de loi « Cousté » n'ont fait l'objet d'aucun débat parlementaire et la question n'est véritablement revenue à l'ordre du jour du législateur français que lors de la publication du rapport « Marini ».

8. *Rapport « Marini »*. Ce n'est finalement que plus de trois décennies après l'adoption de la loi du 24 juillet 1966 que la question de l'instauration d'un droit des groupes de sociétés s'est reposée chez le législateur français avec la publication du rapport « Marini » le 17 septembre 1996, rapport remis au Premier ministre le 13 juillet de la même année par le sénateur Philippe MARINI. Ce rapport général sur la « modernisation du droit des sociétés²¹ » comportait un volet entier consacré à l'introduction en France d'un droit des groupes de sociétés inspiré du modèle allemand²² mais les nombreuses réserves formulées aussi bien par la doctrine que par les praticiens ont conduit à l'abandon de ce projet²³. En effet, l'encadrement des groupes de sociétés par le droit allemand, dont il était envisagé de transposer en droit français, serait trop rigide, ce qui expliquerait que le législateur français n'ait pas souhaité « s'enfermer dans une réglementation qui ne laisserait aucune possibilité d'adaptation aux sociétés²⁴ ». Pour de nombreux auteurs, une approche ponctuelle – sans réglementation autonome – serait préférable pour appréhender le groupe²⁵ et offrirait « l'avantage de la souplesse et de l'adaptabilité, le juge pouvant s'adapter aux diverses

¹⁹ GERMAIN M. & MAGNIER V., *Les sociétés commerciales*, Tome 2, LGDJ, Nov. 2017, p. 786, n°2641

²⁰ *Ibid.*

²¹ Rapport Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, La Documentation française, 1996, n°85

²² COURET A., *Vers un nouveau droit des groupes*, LPA, 18 avril 1997

²³ BARBIERI J.F., *Comment rénover le droit français des groupes de sociétés ?*, LPA, 5 nov. 1997, n°133

²⁴ LECOURT A., *Groupes de sociétés*, Rép. Droit des sociétés, Dalloz 2017, n°10

²⁵ ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., Institut de Droit des Affaires, 2014, n°108 et suiv.

situations de fait²⁶ ». Il apparaît par ailleurs que les dirigeants de sociétés, et plus généralement les chefs d'entreprises, n'estiment pas nécessaire la création d'un droit autonome des groupes de sociétés, craignant notamment une remise en cause par ce biais du principe d'autonomie juridique des sociétés groupées, principe qui profite souvent à la société mère dès lors que cette dernière n'est pas tenue de répondre, sauf cas exceptionnels, des dettes de sa filiale. Ainsi, à défaut de réglementation autonome en droit français, « l'ensemble donne du droit des groupes, l'image d'un jardin à l'anglaise, bien éloigné de l'esprit français. D'où la difficulté d'ordonner cette grenaille de règles et de décisions²⁷ ».

9. Tentatives d'introduction du modèle allemand sur le plan communautaire. La question de l'introduction d'un droit des groupes de sociétés a également été soulevée dans un cadre communautaire²⁸ dès le début des années 1970 dans le souci de coordonner voire d'harmoniser le droit des Etats membres. Dans cette perspective, une proposition de règlement a été présentée le 30 juin 1970 ainsi que des avant-projets de directives notamment au cours de l'année 1977, l'objectif étant d'instaurer un cadre commun basé sur le système allemand²⁹. Ces premiers projets n'ont toutefois connu que très peu de succès. Le débat a été relancé suite à une étude réalisée par un groupe d'experts européens en 1999³⁰. La Commission européenne a alors décidé de constituer un « groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés³¹ », présidé par le Professeur Hollandais Jaap W. WINTER, qui a débouché sur la publication du rapport dit « Winter » le 4 novembre 2002³². Au-delà de la nécessité d'un droit formel des groupes de sociétés, ce rapport soulignait surtout la nécessité de protection des différents intérêts catégoriels dans le cadre des groupes de sociétés, et notamment ceux des actionnaires minoritaires et des créanciers. En ce sens, l'idée n'est plus d'instaurer sur le

²⁶ LECOURT A., *Groupes de sociétés*, op.cit., n°10 ; Voir également en ce sens : HANNOUN Ch., *Le droit et les groupes de sociétés*, 1991, LGDJ, p. 113

²⁷ COZIAN M., VIANDIER A., *Droit des sociétés*, Litec, éd. 1995, n°1951 (propos toutefois non repris dans les récentes éditions)

²⁸ A noter que le terme « Communauté » a été remplacé par « Union » européenne avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

²⁹ RODIERE R., *Réflexions sur les avant-projets d'une directive de la Commission européenne concernant les groupes de sociétés*, D. 1977, 137 s. ; GUYON Y., *Examen critique des projets européens en matière de groupe de sociétés*, in « Les groupes de sociétés en droit européen », p. 155, Berlin et New York, 1982

³⁰ Forum Europaeum sur le droit des groupes de sociétés, *Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe*, Rev. Sociétés, n°1/1999, p.43, ct n°2/1999, p. 285

³¹ Groupe d'experts créé par la Commission européenne en 2001 dont l'objectif est de formuler des recommandations pour la modernisation d'un droit européen des sociétés.

³² Rapport dit « Winter » élaboré par le groupe d'experts de haut niveau en droit des sociétés, *Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés*, 4 nov. 2002

plan communautaire un ensemble de règles autonomes (comme en droit interne allemand) mais plutôt de « mettre en place une règle-cadre couvrant les groupes qui permettrait aux dirigeants des sociétés appartenant à un groupe d'adopter et de mettre en œuvre une politique de groupe coordonné, pour autant que les intérêts des créanciers de leurs sociétés soient effectivement protégés et qu'un juste équilibre entre les intérêts des différents actionnaires soit garanti dans la durée³³ ». Le rapport préconisait donc l'admission, sur le plan communautaire, d'un principe général qui faciliterait la mise en œuvre d'une « politique de groupe coordonnée », principe renvoyant indirectement à la notion « d'intérêt de groupe » développée par les juges français³⁴ et s'éloignant par la même occasion de la conception allemande.

10. *Evolution de l'idée de création d'un droit autonome relatif au groupe de sociétés sur le plan communautaire.* Bien que cette préconisation ne semble pas avoir attiré l'attention de la Commission européenne dans un premier temps³⁵, il apparaît clairement que c'est aujourd'hui l'orientation retenue. En effet, la Commission européenne a expressément déclaré en 2012 son intention de reconnaître à l'échelle européenne la notion d'intérêt de groupe tout en précisant qu'elle proposerait « une initiative » en ce sens en 2014³⁶. Finalement, c'est en janvier 2015 que la Commission européenne a demandé à un nouveau groupe d'experts en droit des sociétés³⁷, composé d'universitaires et de praticiens, d'étudier spécifiquement cette question de l'intérêt de groupe sans se focaliser sur celle de l'utilité de la création d'un droit autonome relatif aux groupes de sociétés³⁸. La loi modèle européenne en droit des sociétés³⁹ rendue publique en 2017⁴⁰ – projet présenté comme une « boîte à outils mise à la disposition des Etats intéressés⁴¹ » et qui reflète « l'esprit européen⁴² » en la

³³ *Ibid.*, p. 21

³⁴ Voir *infra*, n°163 et suiv.

³⁵ Commission européenne, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne – Un plan pour avancer*, COM (203) 284 final, 21 mai 2003

³⁶ Commission européenne, Consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés, 20 février 2012

³⁷ En anglais : « Informal Company Law Expert Group » (ICLEG)

³⁸ Nous relevons en ce sens que, sur le plan de l'Union européenne, l'appréhension juridique française du groupe de sociétés semble ainsi l'emporter sur la conception allemande

³⁹ En anglais : « European Model Company Act » (EMCA)

⁴⁰ Le projet a débuté en 2007 mais la première publication du texte a eu lieu en mars 2017.

⁴¹ CONAC P.-H., *La réglementation des groupes de sociétés dans la loi modèle européenne en droit des sociétés (European Model Company Act ou EMCA)*, in « Mélanges en l'honneur du Jean-Patrice et Michel STORCK. Liber abicorum », éd. Dalloz, 2021, p. 197

⁴² *Ibid.*, p.196

matière – comporte ainsi un chapitre consacré aux groupes de sociétés intégrant notamment le concept d'intérêt de groupe mais également d'autres dispositifs spécifiques inspirés des différents systèmes juridiques des Etats membres et en particulier de ceux prévus en droit allemand.

11. Une consécration formelle en droit des sociétés turc largement inspirée du modèle allemand. À la grande différence du droit français, le droit turc a fait le choix d'opter pour une réglementation d'ensemble, autonome et spécifique aux groupes de sociétés inspirée du modèle allemand⁴³. Ce dernier étant considéré comme le premier système juridique moderne ayant reconnu et encadré de manière formelle les groupes de sociétés⁴⁴, il convient d'apporter quelques précisions. La loi allemande du 6 septembre 1965 sur les sociétés par actions (« *Aktiengesetz* ») identifie juridiquement les groupes de sociétés à travers les notions de sociétés « dominantes » et de sociétés « dominées⁴⁵ » et plus largement à travers la notion « d'entreprises liées ». En effet, l'article 15, inséré dans le livre I^{er} de la loi du 6 septembre 1965, appréhende le groupe par la notion « d'entreprises liées » qui est définie par ce même article comme « des entreprises juridiquement autonomes qui peuvent se trouver dans les

⁴³ A noter que malgré la consécration en droit turc d'un droit autonome relatif aux groupes en matière de droit des sociétés, un tel encadrement général spécifique au groupe n'est pas prévu, comme en droit français, en matière fiscale : seules des dispositions ponctuelles et disparates sont envisagées. Voir sur ce point : KARATAŞ DURMUŞ N., *Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Topulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları*, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), S:2, 2015, s.77

⁴⁴ L'encadrement des groupes de sociétés par la loi allemande du 6 septembre 1965 est marqué par une réglementation très détaillée figurant aux articles 15 et suivants (définitions générales) et 291 à 338 (réglementation) de ladite loi. Pourtant et contrairement à ce que l'on pourrait penser, le champ d'application de la réglementation allemande est en principe limité aux groupes dont les sociétés dominées sont des sociétés par actions (AG) comprenant également les sociétés en commandite par actions (KGaA), ce qui signifie que ladite réglementation ne s'applique en principe pas lorsque le groupe comporte parmi les sociétés dépendantes une société à responsabilité limitée (GmbH). Toutefois, en pratique, la jurisprudence de la Cour fédérale de justice allemande reconnaît à la société à responsabilité limitée (GmbH) un régime similaire à celui des sociétés par actions (AG). Voir en ce sens : Cour fédérale de justice allemande, « Autokran », 16 septembre 1985, BGHZ 95, p. 330 ; Cour fédérale de justice allemande, « Video », 23 septembre 1991, BGHZ 115n p.187 ; Cour fédérale de justice allemande, « T-Baubetreuungsgesellschaft », 29 mars 1993, BGHZ 122, p. 123

⁴⁵ A la différence du droit français qui distingue les sociétés « mères » et « filiales », le droit allemand préfère l'utilisation respective des termes sociétés « dominantes » et « dominées ». Plus encore, au lieu de viser spécifiquement les sociétés, le législateur allemand va plus loin et parle « d'entreprises » dominantes et dominées. La loi du 6 septembre 1965 ne définit pas expressément cette notion « d'entreprise », pourtant employée à de nombreuses reprises pour définir et encadrer le régime juridique des groupes. La préférence du législateur pour la notion « d'entreprise » en lieu et place de celle de « société » serait volontaire. Elle s'expliquerait par la volonté d'inclure à l'intérieur du cadre du groupe, en plus des sociétés, d'autres structures – et plus généralement de personnes au sens juridique – telles que les coopératives, les associations, les fondations, voire même les personnes physiques ou les exploitants d'entreprises individuelles, l'objectif étant d'élargir au maximum le périmètre du groupe.

situations décrites aux articles 16 et suivants⁴⁶ ». Lesdits articles 16 et suivants prévoient notamment⁴⁷ l'hypothèse des « entreprises du *Konzern* » (art. 18) et une distinction est opérée dans ce cadre entre les « *Konzern* de domination » (dit aussi groupe de subordination⁴⁸) et les « *Konzern* de coordination » (dit aussi « groupe d'ordonnement égalitaire⁴⁹ »). Tandis que les premiers, nombreux en pratique, visent les hypothèses où l'entreprise dominante et une ou plusieurs entreprises contrôlées sont groupées sous la direction unique⁵⁰ de la société dominante, les seconds visent les entreprises juridiquement indépendantes et placées sous une direction unique mais sans que l'une soit sous *l'influence dominante*⁵¹ de l'autre⁵². Parmi les groupes de domination, le droit allemand opère une nouvelle distinction qui le caractérise entre les groupes dit « de droit » et les groupes « de fait ». À noter à cet égard que l'un des objectifs de la loi allemande du 6 septembre 1965 était d'établir une transparence accrue dans les relations intragroupe en incitant les sociétés groupées à se constituer sous forme de groupes de droit. Le législateur allemand a prévu en ce sens deux voies permettant de constituer un groupe de droit en établissant à nouveau une distinction entre les groupes contractuels (art. 291 à 310) et les groupes intégrés (art. 317 à 327).

12. Groupe de droit – groupe contractuel. Le groupe contractuel naît de la conclusion d'un contrat de domination (art. 291 de la loi), indispensable au bénéfice des avantages attachés au groupe de droit, contrat entre l'entreprise dominante et l'entreprise dominée par lequel la seconde transfère son pouvoir de direction à la première. Plus précisément, le pouvoir de direction qui fait l'objet d'un transfert de l'entreprise dominée vers l'entreprise dominante,

⁴⁶ HOPT K.-J., *Le droit des groupes de sociétés ; expériences allemandes, perspectives européennes*, Rev. sociétés, 1987, 374

⁴⁷ Sont également visées par la loi, « les entreprises détenant une participation majoritaire dans une autre entreprise », participation majoritaire définie à son tour comme la détention de la majorité de titres sociaux ou des droits de vote par une entreprise dominante (art. 16) ; « les entreprises dominantes et dépendantes » : les entreprises dépendantes sont à ce titre définies comme des « des entreprises juridiquement autonomes sur lesquelles une autre entreprise dite dominante peut exercer une influence dominante directement ou indirectement » (art. 17) ou encore « les entreprises à participations réciproques » (art. 19).

⁴⁸ SINAY R., *Vers un droit des groupes de sociétés*, Gaz. Pal. 1976, 75

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Selon une conception large de la doctrine allemande, il y aurait direction unique dès lors que les ressources financières du groupe seraient gérées au niveau de la société mère dominante.

⁵¹ L'expression allemande d'« influence dominante » renvoie en réalité à la notion de « contrôle » en droit français. Ainsi, de la même manière qu'en droit français, la société mère (entreprise dominante) doit simplement avoir la faculté d'exercer le contrôle (l'influence dominante) sur sa filiale (entreprise dominée) sans que l'exercice effectif de ce contrôle (influence dominante) soit nécessaire à la caractérisation dudit contrôle.

⁵² GERMAIN M. & MAGNIER V., *Les sociétés commerciales*, op. cit., n°2641

peut se définir comme « tout acte accompli par l'entreprise dominante par lequel elle peut exercer une influence sur la direction de la société dépendante à travers son organe directeur à condition que la mesure en cause soit en fait obligatoire pour l'organe directeur en ce sens que celui-ci mettrait en danger la reconduite de son mandat s'il ne mettait pas en œuvre les directives de l'entreprise dominante⁵³ ». Ainsi, l'entreprise dominante acquiert le droit de donner des instructions à l'organe de direction de l'entreprise dominée, y compris lorsque ces instructions sont désavantageuses pour cette dernière, dès lors qu'elles sont données « dans l'intérêt de la société dominante ou du groupe de sociétés⁵⁴ » (art. 308 de la loi). Par conséquent, à travers le contrat de domination, le législateur allemand consacre en droit l'altération de l'autonomie juridique des sociétés membres et crée une véritable unité à l'intérieur du groupe qui, bien que ne disposant pas d'une personnalité juridique propre faisant d'elle un sujet de droit à part entière, permet à l'entreprise dominante de diriger le groupe comme un ensemble uniforme et non fractionné. Le Professeur HOPT affirme en ce sens que « l'entreprise dominante jouit donc, de droit, d'une liberté complète d'entrepreneur en dirigeant le groupe sans avoir égard à ses membres⁵⁵ ».

13. Groupe de droit – groupe intégré. Le groupe de droit peut également se constituer par l'intégration d'une société dite alors « intégrée » à la « société principale » et prendre ainsi la forme d'un groupe intégré (art. 319 et 320 de la loi). Ce régime apparaît comme une solution alternative au groupe contractuel. En effet, contrairement au groupe contractuel, le groupe intégré se forme par décisions des assemblées générales des deux sociétés et non par contrat. La loi allemande prévoit deux types d'intégration possible : l'intégration d'une filiale détenue à 100 % et l'intégration par vote majoritaire. En cas d'intégration par vote majoritaire, le mécanisme du « *squeeze out* » (ou « *Hinausdrängen* » en allemand) s'applique : les actionnaires de la société intégrée (société dominée) deviennent ainsi actionnaires de la société principale (société dominante). Ils bénéficient à ce titre d'une indemnité de départ (art. 320 de la loi). Avec ce système allégé d'intégration, la société dominante obtient le droit de donner des ordres à la société intégrée qui peut, selon la doctrine majoritaire allemande,

⁵³ BODE M., *Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, 2009, n°41, p.61

⁵⁴ Il est par intéressant de noter que bien que le droit allemand fasse référence à « l'intérêt de groupe », cette notion est entendue d'une manière bien différente en droit français qui conditionne cet intérêt de groupe à des conditions strictes, notamment en vue de protéger les intérêts de la filiale.

⁵⁵ HOPT K.-J., *Le droit des groupes de sociétés ; expériences allemandes, perspectives européennes*, op.cit.

aller jusqu'à mettre en péril l'existence même de la société intégrée. Ce faisant, plus encore que dans le cadre du contrat de domination, l'unité structurelle au profit du groupe est caractérisée *via* le système de l'intégration en ce sens que la société intégrée devient complètement dépendante des directives de la société dominante. Bien que la société intégrée conserve sa personnalité morale et continue d'exister juridiquement après l'intégration, elle perd, en droit, son autonomie et suit les directives de la société dominante. En somme, que ce soit à travers le système de l'intégration ou par la conclusion d'un contrat de domination, la formation d'un groupe de droit entraîne simultanément la création d'une véritable unité de décision au sein de ce groupe – sans que ce dernier se voit attribuer la personnalité morale – caractérisée par la dépendance très marquée de la société dominée à l'égard de la société dominante.

14. *Groupe de fait.* En l'absence de groupe de droit, à savoir en l'absence de conclusion de contrat de domination ou de système d'intégration, il est alors nécessairement question de groupe de fait. Dans cette situation, un système de compensation au profit de la société dominée est prévu. Ainsi, la perte subie par la société dominée en raison du comportement de la société dominante doit être compensée par cette dernière durant l'exercice en cours. En ce sens, l'altération de l'autonomie juridique de la société dominée est moindre par rapport au groupe de droit dès lors que les groupes de fait sont davantage protégés par la loi. En pratique, il convient de souligner que les groupes de fait représentent la majorité des groupes en Allemagne, manifestation de l'échec de la législation allemande à l'intérieur de ses frontières dès lors que l'objectif affiché du législateur était d'inciter les entreprises à la mise en œuvre de groupes de droit. Nous pouvons également parler d'échec à l'échelle internationale puisque le droit allemand des groupes n'a reçu qu'un rayonnement limité à travers le monde. En effet, seuls quelques pays ont suivi ce modèle en instaurant une réglementation d'ensemble relative aux groupes de sociétés. A ce titre, il est possible de citer le Brésil en 1976⁵⁶ et le Portugal en 1986⁵⁷. Il semblerait également que l'Italie, la Croatie, la Slovénie, la République Tchèque, l'Albanie, Taïwan aient suivi le modèle allemand⁵⁸. Le droit

⁵⁶ Loi n°6.404 du 15 décembre 1976, ZGR 1979, 608 et s.

⁵⁷ Décret-loi n°262/86 du 2 septembre 1986, ZGR 1991, 401 et s.

⁵⁸ ALLAIN T., *Les actions de préférences dans les groupes de sociétés*, op.cit., n°83, p. 46

turc compte ainsi parmi ces rares systèmes juridiques ayant adopté l'approche allemande relative aux groupes de sociétés en 2012⁵⁹.

15. *La réception du droit allemand par le droit turc.* Le droit turc justifie la consécration d'un droit autonome des groupes basé sur le modèle allemand en raison du décalage persistant entre la réalité économique du phénomène de groupe et les principes juridiques inadaptés en la matière. L'introduction d'un droit particulier des groupes de sociétés est justifiée dans l'exposé des motifs (*Gerekçe*⁶⁰) figurant en préambule des articles 195 et suivants du Code de commerce turc (CCT)⁶¹. Il est notamment précisé que « pendant de nombreuses années, le droit des sociétés de capitaux, en particulier le droit des sociétés par actions, a insisté sur un postulat juridique étranger à la réalité de la vie économique (...). Ce postulat consiste à admettre qu'une société est indépendante, même si elle fait partie d'un groupe de sociétés, même si c'est une filiale. Affirmer qu'une société est indépendante et utilise son libre arbitre bien qu'elle soit sous la domination d'une autre société, qu'elle soit obligée de mettre en œuvre les politiques déterminées par une société dominante, y compris lorsque ces politiques ne correspondent pas à ses propres intérêts, qu'elle soit de facto obligée d'exécuter les instructions de la société dominante, même si l'exécution de ces instructions lui cause des pertes, c'est ignorer la réalité. Ce postulat signifie fermer les yeux sur la réalité et commettre une injustice envers les dirigeants, les actionnaires minoritaires et les petits actionnaires (...) ». Selon le dogme de la société indépendante, qui manque de fondement, le conseil d'administration de la filiale (devrait) prendre des décisions en tenant compte (de ses propres) intérêts, sous peine d'engager sa responsabilité. Cependant, le conseil d'administration de la filiale est un organe qui travaille selon des instructions (de la société mère), et en cas de conflit d'intérêts, il est (dans les faits) presque toujours obligé de donner la priorité aux intérêts de la société mère et du groupe (...)»⁶².

⁵⁹ Loi n°6102 sur les groupes de sociétés (*Şirketler Topluluğu*) entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2012 (articles 195 à 209 du CCT).

⁶⁰ A noter que des renvois à l'exposé des motifs, et de manière plus large aux commentaires explicatifs des dispositions du Code de commerce turc (CCT), seront effectués en notes de bas de page tout au long de notre étude s'agissant du droit turc à travers la mention suivante : « *Gerekçe*, s. ... » (exposé des motifs, p. ...) ou « *Gerekçe*, m. ... » (exposé des motifs, art. ...).

⁶¹ *Gerekçe*, s. 69-72.

⁶² *Ibid.*

16. L'alignement du droit turc aux côtés des Etats ayant adopté le modèle allemand s'explique également à notre sens pour des raisons historiques et socio-économiques entre les deux pays. Après la fin de la Première Guerre mondiale et le démembrement de l'Empire Ottoman, les nouvelles autorités turques de la jeune République de Turquie, résolument tournées vers l'Occident, ont souhaité intégrer au sein de leur propre système juridique les règles de droit positives qui leur semblaient les plus abouties dans le monde au regard de l'époque⁶³. C'est dans ce contexte que le droit positif turc, pris dans son ensemble, est devenu une combinaison de plusieurs branches juridiques principalement issues du « Vieux continent⁶⁴ ». En particulier, le droit commercial allemand a joué un rôle important dans l'élaboration du droit turc des affaires. Le choix du législateur turc en faveur du droit allemand n'est bien entendu pas anodin et s'explique à notre avis en particulier pour des raisons historiques. Les relations commerciales entre la Turquie et l'Allemagne remontent en effet à l'époque ottomane. Bien qu'initialement limitées au domaine militaire, les relations entre l'Empire ottoman et l'Empire allemand se sont développées sur le plan économique à partir des années 1880. La construction de voies ferrées en terre ottomane, confiée aux Allemands⁶⁵, et la signature de nombreux accords commerciaux ont participé à l'influence du droit commercial allemand sur le droit ottoman de l'époque et du droit turc par la suite. C'est ainsi dans le cadre de ce rapprochement diplomatique et commercial avec l'Empire allemand, mais également culturel et académique par la suite avec l'Allemagne, que le système juridique turc s'est doté d'un droit commercial assez proche de celui de l'Allemagne actuel.

⁶³ Dans la continuité de la période des *tanzimat* (réorganisation), qui désigne un mouvement de réforme et de modernisation qui secoue l'Empire Ottoman à partir de 1839, les fondateurs de la République de Turquie ont poursuivi, dès le début des années 1930, une vaste réforme - il s'agit en réalité d'une véritable révolution - visant à intégrer dans le droit turc les différents systèmes juridiques issus des pays européens.

⁶⁴ Le droit administratif turc (*idare hukuku*) est inspiré du système français (cf. laïcité), le droit civil (*medeni hukuku*) est repris du droit suisse (très proche du droit français), le droit pénal (*ceza hukuku*) est issu du droit italien, et le droit des affaires (*ticaret hukuku*), quant à lui, est en grande partie issu du droit allemand.

⁶⁵ Nous pensons particulièrement à la construction au début des années 1900 du chemin de fer du *Hedjaz* reliant Istanbul à Bagdad et Damas à Medine. A noter que certaines lignes du *Hedjaz* fonctionnent toujours aujourd'hui notamment en Syrie et en Jordanie.

17. Le premier projet du Code de commerce turc⁶⁶ est d'ailleurs rédigé et porté par le Professeur Ernst E. HIRSCH⁶⁷, de nationalité allemande. Le projet devient définitif en entrant en vigueur le 1^{er} janvier 1957 et ne fait l'objet que de très peu de réformes jusqu'à la fin des années 1990 et le début des années 2000. Par une décision en date du 8 décembre 1999, le Ministère de la Justice constitue la Commission du Code de commerce turc (*Türk Ticaret Kanunu Komisyonu*) composée notamment d'universitaires, de membres de la Haute magistrature et de patriciens, soit une quarantaine de membres au total, chargée de réformer le Code de commerce turc. Ladite Commission comporte des sous-commissions compétentes pour certaines branches du droit, et notamment une sous-commission « Droit des sociétés » à l'origine des textes relatifs aux groupes de sociétés en Turquie. Ladite Commission du Code de commerce turc présente un premier projet de réforme en février 2005 soumis à consultation publique, puis un deuxième en juin de la même année après prise en compte des observations et critiques des principaux intéressés (universitaires, praticiens etc)⁶⁸. Après quelques modifications et adaptations ultérieures, le projet de texte est finalement présenté par le gouvernement et adopté en partie par la Grande Assemblée Nationale de Turquie (*Türkiye Büyük Millet Meclisi*) en 2007. La partie de la réglementation relative aux groupes de sociétés⁶⁹ n'est adoptée que cinq années plus tard et entre en vigueur le 1^{er} juillet 2012. Cette grande réforme s'inscrit dans une volonté de moderniser le droit turc des affaires et ouvre plus largement le marché turc aux investisseurs étrangers⁷⁰. Elle s'inscrit par ailleurs dans une perspective d'entrée du pays à l'Union européenne.

⁶⁶ « *Türk Ticaret Kanunu* » qui devrait se traduire à notre sens par « Loi Commerciale Turque » dès lors qu'il n'existe pas de système de codification « à la française » et donc pas de « Code de commerce » en droit turc. Néanmoins, il apparaît d'usage d'utiliser cette dernière expression reprise par une très grande majorité d'auteurs traitant du droit turc. Voir notamment en ce sens : TANDOĞAN H., *L'influence des codes occidentaux sur le droit privé turc, en particulier la réception du code civil suisse en Turquie*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1965-1966, Cilt 22-23, Sayı 1-4, s. 417-436.

⁶⁷ Professeur à l'Université d'Istanbul entre les années 1933 et 1952.

⁶⁸ Voir en particulier : OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, On İki Levha, İstanbul, 2009

⁶⁹ Figurant aujourd'hui aux articles 195 à 209 du CCT

⁷⁰ A titre d'exemple, la nouvelle loi abroge l'obligation de nommer au moins un gérant résident de Turquie dans une SARL (*Limited şirket*). Elle autorise ainsi un non-résident de Turquie à exercer seul les fonctions de gérant dans une SARL. Est également supprimé l'obligation d'être associé dans une société pour exercer des fonctions de direction dans ladite société. La nouvelle loi offre par ailleurs la possibilité de constituer des sociétés unipersonnelles. Plus généralement, les investisseurs turcs et étrangers sont désormais traités de manière similaire au regard du droit turc des sociétés.

18. *Une réforme s'inscrivant dans une perspective d'entrée à l'Union européenne - la reprise des acquis communautaires par le droit turc.* La réception par le droit turc du droit allemand relatif aux groupes, et plus largement la réforme globale du Code de commerce turc, s'inscrit par ailleurs dans une perspective d'entrée de la Turquie au sein de l'Union européenne⁷¹, cette dernière ayant affirmé son objectif de coordonner, voire d'harmoniser, la réglementation des Etats membres relative aux groupes de sociétés. En effet, selon la Commission en charge de la réforme du droit turc, l'un des objectifs de l'adoption d'une réglementation spécifique visant les groupes de sociétés consistait à mettre le droit turc en conformité avec les acquis communautaires⁷² sur cette question et de prévoir, si nécessaire, toute adaptation utile en prenant en compte les travaux portés par la Commission européenne⁷³ sur la question de la réglementation des groupes de sociétés.

19. Rappelons à cet égard que le rapport dit « Winter » du 4 novembre 2002 soulignait déjà la nécessité d'établir des règles en vue de la protection des différents intérêts en présence dans le cadre d'un groupe de société (actionnaires minoritaires et créanciers des filiales pour l'essentiel). L'idée consiste à « mettre en place une règle-cadre couvrant les groupes qui permettrait aux dirigeants des sociétés appartenant à un groupe d'adopter et de mettre en œuvre une politique de groupe coordonnée, pour autant que les intérêts des créanciers de leurs sociétés soient effectivement protégés et qu'un juste équilibre entre les intérêts des différents actionnaires soit garanti dans la durée⁷⁴ ». La Commission européenne ayant plus largement pris position en faveur de la méthode française en déclarant son intention de reconnaître la notion – développée par les juges français – d'« intérêt de groupe » à l'échelle européenne, il n'est pas exclu que le droit turc procède à l'avenir à certaines

⁷¹ Bien que le processus d'intégration de la Turquie dans l'Union européenne ne semble pas d'actualité à ce jour.

⁷² Les acquis communautaires – ou, aujourd'hui, acquis de l'Union européenne - correspondent au socle commun de droits et d'obligations qui lie l'ensemble des pays de l'UE en tant que membres de l'Union. Il est en évolution constante et comprend notamment le contenu, les principes et les objectifs politiques des traités, la législation adoptée en application des traités et la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, les déclarations et les résolutions adoptées dans le cadre de l'UE, les actes relevant de la politique étrangère et de sécurité commune, les actes convenus dans le cadre de la justice et des affaires intérieures, les accords internationaux conclus par l'UE et ceux conclus par les pays de l'UE entre eux dans le domaine des activités de l'UE. Pour pouvoir espérer intégrer l'Union, la Turquie, pays officiellement candidat à l'adhésion dans l'UE depuis le 12 décembre 1999 (Conseil européen d'Helsinki) doit en principe reprendre les acquis communautaires dans son ordre juridique interne, notamment ceux en matière de droit des sociétés.

⁷³ Rapport dit « Winter », op. cit.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 21

modifications et adaptations à des fins de conformité au droit de l'Union, le rapprochant ainsi du droit français.

20. *Une réception partielle du droit allemand par le droit turc – la consécration de dispositifs autonomes relatifs aux groupes de sociétés.* Si le droit turc des sociétés s'inspire grandement du droit allemand, il s'en éloigne néanmoins sur certains aspects et se singularise par des dispositifs autonomes. Il convient de noter en premier lieu que le droit turc s'éloigne de la notion de « Konzern » prévue en droit allemand et se réfère plus simplement aux notions de domination (*Hâkimiyet*) et de contrôle (*Kontrol*) pour l'application des dispositions relatives aux groupes de sociétés. La distinction entre groupe de droit et groupe de fait opérée par le droit allemand n'est par ailleurs pas expressément reprise par le droit turc. Les règles relatives aux groupes de sociétés applicables en droit turc concernent en réalité les groupes de fait visés par le droit allemand⁷⁵.

21. En outre, à la différence du droit allemand, la structure du groupe est souvent prise en compte en droit turc pour l'application de certaines dispositions. Le droit turc opère notamment une distinction entre les filiales détenues intégralement (à 100 %) par la société mère dominante et les autres situations de détention partielle des titres d'une filiale⁷⁶. Certaines dispositions spécifiques, favorables à la société mère et à l'unité décisionnelle au sein du groupe, s'appliquent ainsi uniquement dans les hypothèses de détention intégrale. Des dispositifs particuliers non prévus en droit allemand sont par ailleurs consacrés en droit turc en vue de renforcer la protection des minoritaires intragroupe⁷⁷ et des créanciers de la filiale⁷⁸. De manière plus générale, si le droit allemand des groupes semble davantage être focalisé sur la protection des créanciers et des minoritaires intragroupe, le droit des groupes

⁷⁵ Cependant, la possibilité de conclure un contrat de domination n'est pas formellement exclue bien que la pratique turque du droit des affaires ne connaisse pas ce mode de fonctionnement.

⁷⁶ Bien que le législateur utilise les notions de société dominante (*Hâkim şirket*) et de société liée (*Bağlı şirket*), nous parlerons dans la suite de nos développements, dans un souci de clarté et de cohérence avec les termes plus couramment employés en droit français, de « société mère » et des « filiales » (notions qui feront l'objet de précisions dans la suite de nos développements) pour qualifier respectivement la société dominante et les sociétés liées.

⁷⁷ Le droit turc s'éloigne du droit allemand en prévoyant notamment un cas spécifique de responsabilité de la société mère majoritaire qui se rapproche du concept d'abus de majorité prévu en droit français : la responsabilité de la société mère peut ainsi être engagée (par les minoritaires de la filiale) dans le cadre des décisions « significatives » prises en assemblée générale de la filiale (CCT, art. 202 (2)).

⁷⁸ Un régime particulier de responsabilité de la société mère dominante « fondée sur la confiance » est légalement consacré en droit turc, ce dispositif s'inspirant non pas du droit allemand mais d'une création prétorienne des juges suisses (CCT, art. 209).

de sociétés turc prend expressément et davantage en compte, en plus de ces aspects fondamentaux, les éléments favorisant le fonctionnement unitaire des groupes de sociétés⁷⁹. En ce sens, bien qu'il s'inspire largement du droit allemand, le droit turc dispose de certaines particularités – qui pourraient inspirer le droit français – et d'une certaine cohérence d'ensemble qui justifie à notre sens une étude comparative avec les règles disparates relatives aux groupes de sociétés prévues en droit français qui donnent au contraire, comme indiqué précédemment, « l'image d'un jardin à l'anglaise, bien éloigné de l'esprit français⁸⁰ ».

22. *Rapport d'information du Sénat au sujet de la Turquie.* En outre, au-delà de l'aspect purement juridique, un rapport d'information du Sénat en date du 29 juin 2016 indique l'importance, pour la France, de maintenir et de renforcer sur le long terme un partenariat stratégique et économique avec la Turquie⁸¹. Pour ce faire, le rapport souligne notamment l'importance de partager mutuellement des connaissances, en particulier au sujet du contexte des affaires dans les deux pays, essentiel pour favoriser les investissements directs étrangers de la France vers la Turquie, et réciproquement de la Turquie vers la France, et préconise également « de promouvoir une meilleure connaissance des opportunités économiques réciproques, grâce à des échanges d'informations et d'expertise, en particulier à l'intention des PME ». Notre étude s'inscrit pleinement dans ce cadre. L'objectif de nos travaux est en effet d'apporter un regard objectif, aussi bien à destination du monde académique qu'au profit des praticiens, sur certains aspects juridiques et fiscaux relatifs aux groupes de sociétés applicables dans chacun des deux pays, et de contribuer à la (re)construction d'un droit cohérent des groupes de sociétés prenant davantage en compte les réalités économiques afférentes à la dynamique de ces derniers et surpassant le principe d'indépendance ou d'autonomie des sociétés groupées.

⁷⁹ Voir en ce sens : SCHMIDT K., *Evaluation of Turkish Corporate Group Law from a German Law Perspective*, in « *Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı* », Éditeur : OKUTAN NILSSON G., On iki Levha, İstanbul, 2018, s. 55-70

⁸⁰ COZIAN M., VIANDIER A., *Droit des sociétés*, op. cit., n°1951 (note de bas de page n°27).

⁸¹ Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées par le groupe de travail sur la « *Turquie, puissance émergente, pivot géopolitique* », par MALHURET Cl., HAUT Cl. et AÏCHI L., Sénateurs.

23. Un principe directeur : l'autonomie juridique des sociétés membres. Le principe prédominant en matière de groupe de sociétés est celui de l'autonomie ou de l'indépendance juridique et patrimoniale des sociétés membres du groupe. Le principe d'autonomie de la personne morale découle lui-même du concept de personnalité morale⁸². Ce dernier permet l'appréhension d'un nouveau sujet de droit, distinct de la personne ou des personnes (physiques ou elles-mêmes morales) qui le composent, ce qui autorise par ailleurs les opérations dites « avec soi-même⁸³ » dès lors que la personne morale peut contracter avec ses membres associés. Comme pour les sociétés prises isolément, chaque société membre d'un groupe, sujet de droit à part entière disposant individuellement de la personnalité morale, est censée poursuivre son propre intérêt, l'intérêt social, intérêt qui devrait primer – en l'état du droit positif – sur celui du groupe appréhendé dans son ensemble⁸⁴. L'aspect central du droit relatif aux groupes de sociétés tourne ainsi quasi-systématiquement autour de la question de savoir s'il convient d'assumer et de tirer toutes les conséquences découlant du principe d'autonomie juridique des sociétés membres, ou au contraire, s'il est plus pertinent de mettre en avant l'unité du groupe par une approche relevant davantage de logiques économiques, et ce, en proposant des dispositifs répondant aux besoins des groupes s'inscrivant de manière plus large dans leur recherche de compétitivité. L'enjeu est fondamental puisque c'est finalement l'ensemble du monde des affaires qui est concerné, de la TPE aux sociétés cotées sur un marché réglementé, dès lors qu'il est question de groupe, à savoir lorsqu'une société – quelle qu'en soit son poids économique – en contrôle une autre. Si le droit des sociétés français n'y fait référence que de manière indirecte – sans évoquer directement l'expression « groupe de sociétés » – et reste sur une position assez traditionnelle du groupe basée sur le principe d'indépendance ou d'autonomie de ses membres, le droit

⁸² Voir à ce sujet : PAILLUSSEAU J., *Mais qu'est-ce que la personnalité morale ?*, JCP E 2019, comm. 1224

⁸³ Voir sur cette question : JULLIAN N., *Autonomie de la personne morale et opération avec soi-même*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Coll. Thèmes et commentaires, Sous-coll. Actes, Ed. Dalloz, 2023, p.49 et suiv., et spéc. p. 52 : « Abstraite et idéale, l'attribution de la personnalité juridique (...) offre la possibilité de la considérer comme une personne distincte, autonome, un *alter ego*, un autre soi. Les opérations en principe impossibles avec soi-même – la vente, la donation, le prêt, la location – deviennent alors possibles, car une autre personne existe sur la scène juridique ».

⁸⁴ Cette question de la conciliation de l'intérêt social et de l'intérêt de groupe – que nous aurons l'occasion d'étudier – reste d'actualité mais le principe de base est bien celui du cloisonnement juridique des entités groupées. Voir à ce titre nos développements *infra* n°158 et suiv.

fiscal occupe une place importante dans la reconnaissance en droit de l'unité, ou du moins de l'entité, du groupe.

24. Tendances au décloisonnement juridique en faveur du fonctionnement du groupe.

Afin de faciliter l'organisation et le développement des groupes de sociétés, dans un souci global de rationalité économique et dans un tel contexte mondialisé, le législateur prévoit de nombreux dispositifs plus ou moins attractifs surpassant le principe de l'indépendance juridique des sociétés faisant partie d'un même groupe. Ce décloisonnement s'observe très clairement en matière fiscale à travers plusieurs dispositifs autorisant une gestion unifiée à l'intérieur du groupe bien que les abus soient légitimement sanctionnés⁸⁵. Le législateur fait ainsi preuve de réalisme économique en privilégiant les « réalités entrepreneuriales de notre temps⁸⁶ » et ce, en prévoyant de nombreuses exceptions atténuant les conséquences du fractionnement sociétaire des groupes et tempérant ainsi le principe de l'autonomie juridique des personnes morales. L'existence de nombreux dispositifs fiscaux – qu'il s'agisse du régime dit « mère-fille » permettant de (quasi) exonérer les distributions de dividendes de la seconde

⁸⁵ Qu'il s'agisse du droit français ou du droit turc, les abus sont en effet légitimement sanctionnés sans remettre en cause la volonté initiale du législateur d'accompagner et d'encourager le développement des groupes de sociétés. Au-delà de la notion d'acte anormal de gestion que nous aurons l'occasion d'aborder plus en détails dans le cadre de certains dispositifs, le droit fiscal français se caractérise par une multiplication relativement récente des dispositifs légaux anti-abus et par l'élargissement du champ d'application de l'abus de droit fiscal. Une approche extensive de cette notion est désormais retenue afin d'appréhender les opérations ayant un objectif principalement (et non exclusivement) fiscal. En effet, par une directive UE/2015/121 en date du 27 janvier 2015 complétant la directive « mère-fille » 2011/06 du 30 novembre 2011, une clause anti-abus a été introduite dans le cadre du droit de l'Union européenne, l'objectif étant dans un premier temps de sanctionner l'utilisation détournée du régime mère-fille par les groupes de sociétés. Cette directive a été transposée en droit français à l'article 145, 6-k du CGI mais a été rapidement abrogé en raison de la généralisation de la clause anti-abus consacrée par une nouvelle directive UE 2016/1164 adoptée dès le 12 juillet 2016 et connue sous l'acronyme « ATAD » (*anti-tax avoidance directive*). L'article 6 de cette dernière directive consacre ainsi une clause générale anti-abus de portée générale qui a été définitivement transposée en droit interne français par l'article 108 de la loi de finances pour 2019. Codifié à l'article 205 A du CGI, ce texte prévoit que « *pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés, il n'est pas tenu compte d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties. Aux fins du présent article, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique* ». Cet article est d'application très large puisqu'il s'applique à toutes opérations qui relèvent de l'IS à l'exception toutefois des opérations de fusions et assimilées qui restent soumises à un autre régime d'abus de droit.

A la différence du système fiscal français, le droit turc n'envisage pas l'abus de droit de manière distincte en matière fiscale. Bien entendu, cette absence de notion distincte d'abus de droit sur le plan fiscal ne signifie nullement l'absence d'un dispositif juridique général permettant de sanctionner les abus sur le terrain fiscal. Pour ce faire, l'administration fiscale a recours à l'article 2 du Code civil turc qui fait notamment référence à la notion « d'honnêteté » (*Dürüstlük*) dans l'exercice des droits et des devoirs de chacun (Voir à ce sujet : KARATAŞ DURMUŞ N., *L'abus de droit dans la fiscalité des entreprises, approche comparée France Turquie*, Revue Gestion et Finances Publiques, n°3/4 Mars-Avril 2015).

⁸⁶ CHAMPAUD Cl., DANET D., note sous CAA Paris, 2e ch., 1er oct. 1998, Req. 962307, SA Office d'annonces

au profit de la première, du régime de quasi-exonération des plus-values de titres de participation ou encore de l'intégration fiscale en droit français qui permet notamment de compenser les bénéfices et les déficits réalisés par les sociétés membres du groupe intégré – démontre la faveur du législateur pour le décloisonnement juridique et le fonctionnement unitaire du groupe de sociétés.

25. Ce constat se vérifie surtout s'agissant des groupes internes ou nationaux, à savoir lorsque chacune des sociétés composant le groupe est domiciliée sur le territoire national. Les groupes internationaux, dit aussi « entreprises multinationales » (EMN), sont en effet davantage visé(e)s par des dispositifs spécifiques visant à dissuader et/ou sanctionner certaines pratiques considérées comme abusives⁸⁷. Si la réglementation française semble plus indulgente s'agissant des groupes internes malgré un durcissement législatif et des moyens renforcés à disposition de l'administration fiscale⁸⁸, il convient de souligner à cet égard qu'une véritable lutte contre la planification fiscale agressive⁸⁹ des groupes internationaux - poussée par les acteurs et organismes internationaux⁹⁰ - est en œuvre depuis plusieurs années. La tendance au décloisonnement juridique en faveur du fonctionnement unitaire du groupe de

⁸⁷ Voir en particulier : MELOT N., *Fiscalité et multinationales : les groupes de sociétés, ces enfants terribles*, in « Ecrits de Fiscalité des entreprises », Etudes à la mémoire du professeur Maurice Cozian, Litec, 2009

⁸⁸ Voir *supra*, note de bas de page n°85

⁸⁹ Dans sa recommandation en date du 6 décembre 2012, la Commission européenne définit la planification fiscale agressive comme celle qui consiste à tirer parti des subtilités d'un système fiscal ou des incohérences entre deux ou plusieurs systèmes fiscaux afin de réduire l'impôt à payer (2012/772/UE: Recommandation de la Commission du 6 décembre 2012 relative à la planification fiscale agressive). Elle peut prendre de multiples formes et se traduire par exemple par des doubles déductions (une même perte qui serait déduite à la fois dans l'Etat de la source et dans celui de la résidence) ou des doubles non-imposition (par exemple un revenu qui ne serait pas imposé dans l'Etat de la source et qui serait exonéré dans celui de la résidence). Selon le Service de recherche du Parlement européen, les seuls concepts d'évasion et de fraude fiscales ne permettent pas de lutter efficacement contre certaines pratiques abusives des groupes internationaux et notamment contre les montages mis en place par ces derniers dans un objectif principal voire exclusivement fiscal. A cet égard, il est précisé que « la planification fiscale comprend différentes facettes : une organisation complexe à cheval sur plusieurs États, l'utilisation de la concurrence fiscale, un agencement des activités et flux financiers fondé sur des motivations fiscales de réduction de l'impôt » (EPRS, Service de recherche pour le Parlement européen – services de recherches pour les députés, *Planification fiscale agressive*, Briefing, Mai 2015). En tout état de cause, il paraît difficile de déterminer à partir de quand la planification fiscale devient « agressive », ce caractère « agressif » s'établissant au cas par cas selon le contexte et les circonstances de l'espèce.

⁹⁰ Il s'agit pour l'essentiel des travaux de l'OCDE (notamment à travers le projet dit « BEPS » pour *Base Erosion and Profit Shifting* – Erosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices) mais également, en qui concerne la France, de l'Union européenne. Le projet BEPS mené par l'OCDE et le G20 est né en 2012 dans un souci de mettre un terme à l'évasion fiscale des grands groupes internationaux (entreprises multinationales - EMN) qui ont recours à la planification (optimisation) fiscale « agressive » par l'intermédiaire de leurs conseils. L'objectif est ainsi d'aller plus loin que la lutte contre la fraude fiscale qui constitue dans la plupart des Etat un délit pénal et qui implique notamment une violation volontaire d'une règle de droit (caractérisation nécessaire d'un élément matériel et intentionnel – art. 1741 du CGI en droit français) mais qui ne suffit pas à appréhender toutes les pratiques abusives et condamnables des groupes internationaux.

sociétés concerne en ce sens essentiellement les groupes internes, et ce dans un souci d'attractivité du droit.

26. Objectif du décloisonnement juridique : attractivité du droit et « performance juridique » de l'entreprise. Dans un contexte de compétition normative entre les Etats et systèmes juridiques, l'objectif de ce décloisonnement est d'offrir aux entrepreneurs un cadre juridique adapté à l'organisation et au développement de leur entreprise mais également d'attirer sur le territoire national les sièges sociaux étrangers et plus largement les centres de décision. Se manifeste ainsi une véritable concurrence entre les différents Etats du monde afin de proposer aux acteurs économiques des outils juridiques pertinents qui répondent au besoin de « performance juridique » des entreprises. Cette notion de performance juridique – qui s'inscrit dans le cadre plus large de la performance globale de l'entreprise – a été définie par un auteur comme « la capacité de l'entreprise à gérer juridiquement les risques et les opportunités de sa stratégie⁹¹ ». Souvent en pratique, le décloisonnement juridique des sociétés membres du groupe participe à ces objectifs d'attractivité du droit et de performance juridique de l'entreprise. Le droit apparaît en ce sens comme un instrument au service de la stratégie des entreprises organisées sous forme de groupes de sociétés. Si l'objectif traditionnel de protection des minoritaires et des créanciers doit toutefois être maintenu et même renforcé à notre sens sur certains points en matière de groupe de sociétés, l'aspect organisationnel de ce dernier facilitant son fonctionnement interne ne peut être négligé dans un tel contexte.

27. Uni aujourd'hui, divisé demain. Ainsi, le droit offre la possibilité aux groupes d'apparaître comme une entité unifiée ou divisée selon la finalité recherchée : uni aujourd'hui à travers une gestion intragroupe mais divisé demain pour échapper à la mise en cause de la responsabilité de la société mère qui détient pourtant le contrôle des sociétés liées et donc, *in fine*, le pouvoir de décision au sein du groupe. « Réalité imprécise, source de paradoxes, les groupes paraissent encore doués d'une étrange vertu qui consiste à être et à ne pas être⁹² ». Les juristes savent en effet faire jouer la « musique de la personnalité morale » empêchant par principe l'imputation à la société mère des dettes de sa filiale. Cette latitude conduit ainsi

⁹¹ ROQUILLY C., *Chronique performance juridique et avantage concurrentiel : chronique n°1*, LPA, 30 avr. 2007, n°86, p.7

⁹² HANNOUN C., *Le droit et les groupes de sociétés*, Bibliothèque de droit privé, t. 216, LGDJ

à un déséquilibre entre pouvoir et responsabilité, qui constituent pourtant les « deux faces d'une même institution⁹³ », et donc à des situations parfois paradoxales et injustes, ce qui nécessite à notre sens de remettre en balance les notions d'attractivité du droit et de performance juridique avec l'enjeu de responsabilité.

28. Une asymétrie entre pouvoir et responsabilité à corriger - orientation retenue pour la réalisation de notre étude. La tendance au décloisonnement juridique observée en la matière doit, à notre sens, nécessairement s'accompagner d'une réflexion autour de la question de la responsabilité du groupe de sociétés dès lors que le constat actuel, partagé par de nombreux auteurs, est celui d'une déconnexion, ou du moins d'une asymétrie manifeste, entre pouvoir et responsabilité. Ainsi que l'affirme un auteur, le groupe de sociétés n'est que « la manifestation amplifiée d'une réalité que la doctrine a depuis longtemps décrite, mais dont notre droit n'a pas encore tiré les conséquences. Dans toutes les sociétés, il existe un actionnaire ou un noyau d'actionnaires, dits majoritaires ou de contrôle, qui disposent du pouvoir dans la société, alors que les autres, seraient-ils nombreux, n'en ont que les miettes. (...). Or, en législation, ces actionnaires de contrôle n'ont pas plus de devoirs et de responsabilités que la piétaille des autres actionnaires⁹⁴ ». En effet, en règle générale, bien que le pouvoir soit concentré au niveau de la société mère, c'est bien souvent la filiale – et indirectement ses cocontractants ou plus généralement les différentes parties prenantes – qui en paye le prix. Sur ce point, un auteur décrit la situation actuelle de la manière suivante : « est-il légitime que le créancier d'une entreprise ne puisse obtenir satisfaction du seul fait que cette entreprise est fractionnée en plusieurs sociétés, et qu'il a le malheur d'avoir pour débiteur une filiale insolvable ?⁹⁵ ». Sur cette question, la jurisprudence et la loi ont apporté des correctifs permettant de tenir responsable la société mère pour les faits de sa filiale. Ces correctifs nous semblent toutefois insuffisants.

⁹³ JEANTIN M., *Entreprise, autorité et responsabilité et liens de dépendance contractuels*, in « Entreprise et Pouvoir, Autorité et Responsabilité », Actes du colloque de Rennes, 29 et 30 septembre 1983, A.I.D.E., Economica, coll. Gestion, 1985, p. 235

⁹⁴ DIDIER P., *Droit commercial. T. 2, L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, PUF, coll. Thémis, sous-coll. Droit privé, 3^{ème} éd., 1993, p. 534

⁹⁵ DONDERO B., LE CANNU P., *Droit des sociétés*, Ed. LGDJ, Collection Précis Domat, 2018, n° 1508

29. Notre position se veut plus innovante et peut être résumée de la manière suivante : si l'on admet l'altération de l'autonomie juridique des sociétés membres, la responsabilité de la société mère devrait, à notre sens, pouvoir être engagée plus facilement pour les actes conclus ou faits commis par sa filiale. En effet, ainsi que l'affirmait le Professeur CHAMPAUD il y a plus d'un demi-siècle, « puisque l'intérêt collectif du groupe prévaut sur l'intérêt particulier de chaque société, il peut sembler inéquitable de maintenir un cloisonnement patrimonial dont les effets ne se font sentir que dans un seul sens, dans le sens défavorable à ceux que le législateur protège généralement⁹⁶ ». Certaines situations particulières – comme le degré d'intégration des filiales au groupe ou encore les avantages substantiels retirés par la société mère en raison de son statut particulier – pourraient en ce sens permettre d'envisager de nouveaux cas de responsabilité de la société dominante afin de rééquilibrer la balance entre pouvoir et responsabilité. Ainsi que l'affirme très justement à notre sens un autre auteur, « le droit ne peut pas continuer à être implacable à l'égard des parents, tuteurs, organismes éducatifs ou sportifs (fort avec les faibles !) et rester complaisant envers les grandes puissances économiques (faible avec les forts !)⁹⁷ ». La faveur pour le groupe ne doit en effet pas signifier l'irresponsabilité du maître de ce dernier. Dans un souci de cohérence, les dispositifs juridiques et fiscaux favorisant le fonctionnement unitaire du groupe doivent nécessairement s'accompagner de régimes juridiques efficaces sur le terrain de la responsabilité civile, l'objectif étant que la société mère assume sa (part de) responsabilité du fait de ses filiales. Il est en effet « dans la nature des choses que ce pouvoir éminent⁹⁸ impose des obligations particulières⁹⁹ » et des devoirs spécifiques incombant à la société mère majoritaire. En plus de l'étroite corrélation qu'il doit exister entre pouvoir et responsabilité au sein du groupe¹⁰⁰, il convient d'y ajouter une « corrélation entre risque et profit : celle qui a

⁹⁶ CHAMPAUD Cl., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, n°381 et suiv.

⁹⁷ GRIMONPREZ B., *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, Rev. des Sociétés 2009, p.715, n°19

⁹⁸ Celui de la société mère majoritaire

⁹⁹ DIDIER P., *Droit commercial. T. 2, L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, op. cit. p.534

¹⁰⁰ Cette thématique a en particulier été au cœur du colloque qui s'est tenu le 18 novembre 2016 à la Faculté de Droit de Caen, colloque qui a fortement contribué à nos réflexions. Voir à ce titre : PAGNUCCO J.-Ch. (sous la direction de), « *Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ?* », Dr. sociétés, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, Juin 2017, dossiers 7 à 17

allègrement profité des bénéfices dégagés par sa filiale ne devrait-elle pas assumer les risques de son activité ?¹⁰¹ ».

30. Problématique et étendue de notre étude. Notre problématique est donc la suivante : dans quelle mesure et par quels moyens les dispositifs favorisant le fonctionnement unitaire du groupe de sociétés doivent s'accompagner de régimes de responsabilisation de la société mère dominante ? Autrement dit, comment concilier risque et profit, pouvoir et responsabilité au sein du groupe ? En ce sens, notre étude n'a pas pour objet de réaliser un catalogue détaillant l'ensemble des dispositions juridiques et fiscales applicables dans les différentes branches du droit en matière de groupe de sociétés. Nous traiterons essentiellement des aspects relatifs au droit des sociétés¹⁰² et au droit fiscal des affaires¹⁰³ dans un contexte interne¹⁰⁴. Par ailleurs, certains sujets abordés par ces matières seront volontairement exclus de notre étude dès lors qu'ils ne s'inscrivent pas dans notre problématique et la ligne de réflexion développée ci-avant. Au contraire, certaines notions retenues par d'autres branches du droit, en particulier en matière sociale, pourront faire l'objet d'approfondissement lorsqu'ils pourraient inspirer une évolution, notamment sur le plan de la responsabilité.

¹⁰¹ COUPET C., *L'adjonction d'un patrimoine complémentaire par un mécanisme de responsabilité : la responsabilité des sociétés mères du groupe*, in « Groupe de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées », LexisNexis, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise (F.N.D.E.), T. 34, 2018, p.63.

¹⁰² Le droit des sociétés s'intéresse à la structure au détriment de la substance de la société. Il s'agit en effet d'un droit structurel dont l'objet est notamment de régir les relations entre la société et ses différents organes (dirigeants et associés principalement) et les liens inter-organes d'une société prise isolément. Le droit français des sociétés ne vise qu'indirectement la question des groupes de sociétés et n'envisage pas toujours de manière évidente les relations inter-sociétés à l'intérieur du groupe ainsi que les liens entre les organes de direction des différents membres. En tout état de cause, le droit des sociétés ne traite pas de l'activité économique exercée par l'entité qu'elle réglemente contrairement à d'autres branches du droit qui tirent certaines conséquences juridiques du fait de l'activité exercée par la société. Il en va notamment du droit de la concurrence. Notre étude écarte notamment l'analyse approfondie des groupes de sociétés sous l'angle du droit de la concurrence, à l'exception toutefois de certains aspects concernant les questions relatives à la responsabilité de la société mère qui pourraient éventuellement inspirer l'adaptation de certaines règles dans le cadre du droit commun de la responsabilité civile.

¹⁰³ Nous envisagerons également le groupe de sociétés sous l'angle du droit fiscal des affaires, branche du droit qui a pour objet de déterminer des régimes fiscaux susceptibles de s'appliquer à des opérations souvent définies par d'autres disciplines juridiques. Il s'agit d'un « droit de superposition » disposant de sa propre logique (COZIAN M., DEBOISSY F., CHADEFAUX M., *Précis de fiscalité des entreprises*, 45^{ème} éd., LexisNexis, 2021-2022, Avant-propos, p.IX).

¹⁰⁴ Les questions relatives au groupe « international » de sociétés (ou entreprise multinationale – EMN) composé de filiales situées à l'étranger (à l'extérieur du territorial national français pour le droit français et en dehors du territorial national turc pour le droit turc) ne seront donc pas abordées dans le détail dans le cadre de la présente étude.

31. Plan. Notre propos s'articulera ainsi naturellement en deux axes qui constituent selon nous les deux objectifs principaux devant guider le législateur en vue de l'élaboration d'un droit cohérent des groupes de sociétés : d'une part, maintenir et développer les dispositifs juridiques et fiscaux favorisant l'organisation et le développement, et plus largement, le fonctionnement unitaire du groupe de sociétés (**PARTIE I**) tout en redéfinissant et accentuant, d'autre part, la responsabilité de la société dominante ou contrôlaire qu'est la société mère¹⁰⁵ (**PARTIE II**).

PARTIE I. FAVORISER LE FONCTIONNEMENT UNITAIRE DU GROUPE DE SOCIETES

PARTIE II. RESPONSABILISER LA SOCIETE MERE

¹⁰⁵ A noter que tout au long de nos développements et à défaut de précisions contraires, nous partirons de l'hypothèse que la société mère est bien en situation de contrôle exclusif (sur cette notion, voir *infra* n°36 et suiv.) de ses filiales. Nous utiliserons par ailleurs indifféremment les notions de « société mère » (principalement) et de société « contrôlaire » ou « contrôlante » ou encore « dominante » (à titre accessoire en particulier pour le droit turc qui retient davantage cette dernière notion pour qualifier la société mère).

PARTIE I. FAVORISER LE FONCTIONNEMENT UNITAIRE DU GROUPE DE SOCIÉTÉS

32. La nécessité de surpasser le principe d'autonomie des sociétés groupées. L'adoption d'une approche strictement juridique, à travers notamment une application rigoureuse des conséquences du principe d'autonomie juridique des personnes morales, conduirait à ce que chaque société appartenant au groupe fonctionne de manière totalement indépendante les unes vis-à-vis des autres. Aucun fonctionnement global tenant compte de l'unité économique du groupe ne serait alors envisageable. Tel n'est pas la conception retenue en droit positif : l'existence de nombreux dispositifs reconnaissant indirectement l'unité du groupe – ou du moins une certaine « logique de groupe » – et surpassant à ce titre le principe de l'indépendance juridique des sociétés membres, favorise le fonctionnement unitaire des groupes. Ces nombreux dispositifs spécifiques aux groupes manifestent la volonté du législateur d'encourager ces derniers dans leur organisation interne et leur développement dans un contexte mondialisé, ce qui n'empêche pas de sanctionner les pratiques abusives qui pourraient en résulter.

33. Plan. Deux axes majeurs se dégagent ainsi lorsque le législateur entend encourager le groupe de sociétés : il s'agit de favoriser, d'une part, l'unité dans l'organisation du pouvoir au sein du groupe (**Titre I**) et, d'autre part, l'unité dans la gestion opérationnelle de ce dernier (**Titre II**).

TITRE I. FAVORISER L'UNITE DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR AU SEIN DU GROUPE

TITRE II. FAVORISER L'UNITE DANS LA GESTION OPERATIONNELLE DU GROUPE

Titre I. Favoriser l'unité dans l'organisation du pouvoir au sein du groupe

34. Notion de pouvoir¹⁰⁶. Le législateur¹⁰⁷ ne définit pas expressément la notion de pouvoir. Selon le dictionnaire Larousse, le pouvoir peut être défini dans un sens courant comme « l'autorité, la puissance de droit ou de fait, la situation de ceux qui gouvernent, dirigent » ou de manière encore plus réductrice comme « les dirigeants eux-mêmes, le gouvernement ». Le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) définit la notion au sens juridique du terme comme la prérogative permettant à une personne de gouverner ou de gérer les biens d'une autre personne pour le compte de celle-ci. De manière plus précise, un auteur estime dans sa thèse consacrée à cette notion que le pouvoir est une prérogative conférée à son titulaire, dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, qui donne le droit d'édicter une norme contraignante pour autrui et se caractérise ainsi par l'édiction d'un acte unilatéral et la contrainte sur autrui¹⁰⁸.

35. Pouvoir et sociétés¹⁰⁹. Si la loi ne définit pas la notion *de* pouvoir ou du moins ne la théorise pas¹¹⁰, elle prévoit en revanche *les* différents pouvoirs des organes (ou de l'organe unique) de direction. L'exercice de ce pouvoir à l'intérieur du groupe (**Chapitre 2**) suppose toutefois de s'attarder au préalable sur les modalités d'acquisition de celui-ci à travers l'étude d'une autre notion, cette fois-ci précisément définie par la loi, à savoir la notion de *contrôle* des sociétés du groupe (**Chapitre 1**).

Chapitre 1. L'acquisition du pouvoir : la recherche du contrôle des sociétés du groupe

Chapitre 2. L'exercice du pouvoir : la recherche de la direction unifiée du groupe

¹⁰⁶ Il n'est ici bien entendu pas question d'envisager la notion de « pouvoir » utilisée en pratique pour désigner la procuration en vertu de laquelle une personne mandate une autre en vue d'effectuer certains actes juridiques à sa place.

¹⁰⁷ Qu'il s'agisse du législateur français ou turc

¹⁰⁸ GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé* : Economica 1985 ; voir également : LE NABASQUE H., *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit de l'entreprise*, Thèse Rennes, 1986

¹⁰⁹ Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le pouvoir dans les sociétés*, Journées chiliennes, Tome LXII/2012, éd. Bruylant, 2014

¹¹⁰ Le terme « pouvoir » apparaît de manière spécifique lorsqu'il s'agit d'évoquer par exemple le pouvoir, pour les organes de direction, d'agir pour le compte de la société. En aucun cas cette notion ne fait l'objet d'une définition générale par le législateur.

Chapitre I. L'acquisition du pouvoir : la recherche du contrôle des sociétés du groupe

36. Malgré leur différence profonde dans la méthode employée pour inscrire en droit le groupe de sociétés, la notion de contrôle constitue, aussi bien en droit français qu'en droit turc¹¹¹, la colonne vertébrale permettant l'application de nombreux dispositifs visant les groupes de sociétés. C'est la raison pour laquelle il nous semble indispensable de revenir en détail sur cette notion (**Section 1**) avant d'envisager ses limites (**Section 2**).

Section 1. La notion de contrôle

37. La notion de contrôle est envisagée de manière très similaire en droits français¹¹² et turc¹¹³, raison pour laquelle nous l'aborderons principalement sous l'angle du droit français qui, très tôt, a tenté une première approche de cette notion se révélant insuffisante. La notion de contrôle a toutefois fait l'objet d'un élargissement croissant (§1) et englobe désormais des modalités d'exercice diverses et variées (§2).

§1. L'évolution de la notion de contrôle

38. L'évolution de la notion de contrôle se caractérise par un élargissement croissant de son contenu (A) et de son champ d'application (B).

A. L'extension du contenu de la notion de contrôle

39. Initialement et à défaut de texte spécifique sur la notion de contrôle, le législateur s'est longtemps abstenu de prendre en compte les droits de vote dans les assemblées générales, pourtant caractéristique du contrôle exercé par une société sur une autre (1). Aujourd'hui, au-delà de la prise en compte desdits droits de vote, le contenu de la notion de contrôle englobe des situations diverses et variées (2).

¹¹¹ Le droit turc retient la notion de « domination » (*Hâkimiyet*) qui recouvre en réalité les différentes facettes du contrôle envisagées en droit français.

¹¹² Art. L233-3 du Code de commerce. A noter que d'autres dispositions prévoient des définitions différentes du contrôle applicables dans certaines hypothèses (art. L233-16 du Code de commerce notamment). Nous reviendrons plus en détail sur l'éclatement de la notion de contrôle lorsque nous aborderons ses limites.

¹¹³ Art. 195-1 du CCT

1. *L'absence initiale de prise en compte des droits de vote dans les assemblées générales*

40. La consécration initiale des notions de « filiale » et de « participation » par la loi du 24 juillet 1966. La loi n°66-537 du 24 juillet 1966 « sur les sociétés commerciales » n'a pas expressément défini la notion de contrôle. Cette loi, majeure puisqu'elle constitue en quelque sorte le « premier code¹¹⁴ » du droit des sociétés, s'est uniquement contentée de préciser les notions de « filiale » et de « participation »¹¹⁵. Pour définir ces deux notions, la loi se réfère uniquement à des critères de détention d'un certain niveau de capital et non aux droits de vote. Ainsi, l'article L233-1 du Code de commerce (ancien article 354 de la loi du 24 juillet 1966) prévoit que « lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée (...) comme filiale de la première ». L'article qui suit¹¹⁶ dispose à son tour qu'il y a participation quand « une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50 % ». Il ressort ainsi de ces dispositions que, dans l'esprit du législateur de cette époque, c'est uniquement le degré de prise de participation capitalistique, et non la détention du droit de vote¹¹⁷, qui caractérise le souhait de la société détentrice des titres d'établir des liens – notamment financiers – durables avec la société dont les titres sont détenus¹¹⁸. C'est donc initialement uniquement l'importance des titres acquis ou souscrits qui entraînerait le contrôle d'une société¹¹⁹.

41. Définition doctrinale de la notion de contrôle avant sa consécration législative. La notion de contrôle, longtemps été ignorée par le législateur français, a fait l'objet d'une première définition par la doctrine avant sa consécration législative. Selon J. MESTRE et D. VELARDOCCHIO, la notion de contrôle renvoie à une ou plusieurs sociétés qui exercent une influence déterminante sur la gestion d'une autre structure¹²⁰. Selon M. STORCK, le contrôle

¹¹⁴ Il convient toutefois de mentionner l'existence préalable de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales. A noter par ailleurs qu'aujourd'hui, le droit français des sociétés figure pour l'essentiel au sein du Code de commerce. Il n'existe pas officiellement un « code des sociétés » bien que des éditions annotées et commentées par certains auteurs soient disponibles.

¹¹⁵ LECOURT A., *Groupes de sociétés*, op.cit., n°33

¹¹⁶ Article 355 de la loi du 24 juillet 1966 (actuel article L233-2 du Code de commerce)

¹¹⁷ A titre d'exception, l'article L228-35-11 du Code de commerce prévoit toutefois que « il n'est pas tenu compte des actions à dividende prioritaire sans droit de vote pour la détermination du pourcentage prévu à l'article L.233-1 et L.233-2 » du Code de commerce.

¹¹⁸ Contrairement aux titres dit de « placement », l'acquisition de « participations » au sens de l'article L.233-2 ne reflète pas un simple investissement mais l'instauration d'une relation durable entre les sociétés concernées et traduit la volonté de la société détentrice des titres d'exercer une influence durable sur la société détenue.

¹¹⁹ Voir à ce sujet : BLIN-FRANCHOMME M.-P., *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thèse, Toulouse, 1998

¹²⁰ MESTRE J., VELARDOCCHIO D., *Lamy sociétés commerciales*, 2011, n°2096

peut être défini comme le « pouvoir souverain de direction, de commandement » dont serait investie une personne physique ou morale au sein d'une société juridiquement autonome¹²¹. Ce pouvoir de direction et de commandement s'exerce notamment en assemblée générale et dans les organes de direction, lieux de pouvoirs de la société dominée. C'est ainsi que les professeurs P. LE CANNU et B. DONDERO mettent aujourd'hui en avant l'idée d'un « gouvernement de la société dominée¹²² » tandis que d'autres auteurs considèrent qu'« exercer le contrôle sur une filiale consiste donc à être en situation de faire agir ses dirigeants selon les orientations définies par l'organisme contrôlant¹²³ ».

42. La consécration de la notion de contrôle par la loi du 12 juillet 1985. La loi n°85-705 du 12 juillet 1985 « relative aux participations détenues dans les sociétés par actions », en ajoutant une nouvelle disposition au sein de la loi du 24 juillet 1966 – aujourd'hui inséré à l'article L233-3 du Code de commerce – consacre pour la première fois en droit français la notion de contrôle en ne retenant toutefois initialement que l'existence de participations en capital, à l'exclusion de la détention des droits de vote, pour le caractériser. Depuis la loi du 12 juillet 1985, l'article L233-3 du Code de commerce a fait l'objet de nombreuses modifications¹²⁴ précisant et élargissant les modalités de contrôle, cette dernière se définissant désormais également par des actes ou des faits autres que la simple détention capitalistique de titres.

2. Un contenu désormais très large

43. Éclatement de la notion de contrôle en droit français. La détention des droits de vote joue désormais un rôle prépondérant dans l'appréciation du contrôle d'une société. Le contrôle envisagé par l'article L233-3 du Code de commerce, mais également par l'article L233-16 du même code, est aujourd'hui appréhendé de manière très large tant ses modalités sont diverses et variées.

¹²¹ STORCK M., *Définition légale du contrôle en droit français*, Rev. sociétés, 1986 p. 385

¹²² DONDERO B., LE CANNU P., *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2019, n°1511

¹²³ BARTHELEMY J., COULON N., EGAL J., GUIGOU H., HARDOUIN M., X de MELLO, PETITEAU G. et SEURAT P., *Le droit des groupes de sociétés* : Dalloz, 1991, p. 48

¹²⁴ Modifications apportées par la loi « NRE » n° 2001-420 du 15 mai 2001, la loi « MURCEF » n°2001-1168 du 11 décembre 2001, la loi « BRETON » n°2005-845 du 26 juillet 2005 et par l'ordonnance du 3 décembre 2015

44. *Notion de contrôle version L233-3 du Code de commerce.* Aux termes de l'article L233-3 du Code de commerce en vigueur à ce jour, « I.- Toute personne, physique ou morale, 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.

II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle 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.

III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, 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 ».

45. *Notion de contrôle version L233-16 du Code de commerce.* L'article L233-16 est venu s'ajouter à la définition préexistante du contrôle figurant à l'article L233-3 du Code de commerce. Ce texte à vocation comptable apporte davantage de précisions sur la notion de contrôle en retenant notamment l'exercice d'une « influence dominante » sur une autre entreprise en vertu d'un contrat ou d'une clause statutaire¹²⁵. Au-delà de la détention de la majorité des droits de vote, l'article L233-16 du Code de commerce adopte une approche plus

¹²⁵ La notion d'« influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise » retenue initialement pour présumer le contrôle lorsqu'une société disposait « directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise » a été supprimée par l'ordonnance n°2015-900 du 23 juillet 2015.

réaliste en privilégiant l'influence économique d'une société envers une autre notamment dans le cadre d'accords entre franchisés, concessionnaires etc. Cette approche économique, si elle permet d'englober davantage de situations dans le périmètre du groupe, a en revanche l'inconvénient majeur de rendre assez floue la frontière délimitant ce périmètre. Les dispositions de l'article L233-16 du Code de commerce ont par ailleurs, ainsi que nous le verrons, un champ d'application très restreint en matière de droit des sociétés et de droit fiscal des affaires¹²⁶, contrairement au texte de l'article L233-3 du même code d'application beaucoup plus large.

46. Dispositions proches en droit turc. L'article 195 (1) du Code de commerce turc prévoit également plusieurs situations caractérisant l'existence d'un groupe de sociétés composé d'au moins une société dominante (*Hâkim şirket*) et d'une société liée (*Bağlı şirket*). Cependant, à la différence du droit français, les dispositions du droit turc relatives à la notion de contrôle ne sont en principe susceptibles de s'appliquer qu'aux sociétés commerciales (*Ticari şirket*)¹²⁷ et non à l'ensemble des sociétés.

47. Proche de l'article L233-3 du Code de commerce français, l'article 195-(1) a) du Code de commerce turc prévoit qu'une société commerciale en contrôle une autre en cas de détention directe ou indirecte par la première société de la majorité des droits de vote de la seconde, ou lorsque la première société est en mesure, en vertu d'un contrat, de nommer la majorité des organes dirigeants de la seconde, ou encore si la première société détient, avec d'autres associés ou actionnaires, la majorité des droits de vote en vertu d'un contrat.

48. Le point (2) du même article 195 pose une présomption de contrôle en dehors des cas précédemment énoncés. Ainsi, la détention par une première société commerciale de la majorité des titres d'une seconde société, ou la détention d'une fraction seulement des titres

¹²⁶ A noter toutefois que le droit social retient également le critère de l'influence dominante à l'article L2331-1 du Code du travail relatif au comité de groupe. Ce texte est toutefois plus restrictif que l'article L233-16 du Code de commerce puisque l'article L2331-1 du Code du travail exige une détention de 10 % du capital social pour éventuellement retenir l'influence dominante d'une entreprise sur une autre.

¹²⁷ L'article 124 du CCT prévoit que les sociétés commerciales sont les sociétés anonymes (*anonim şirket*), les sociétés à responsabilité limitée (*limited şirket*), les sociétés en commandite (*komandit şirket*), les sociétés en nom collectif (*kollektif şirket*) ainsi que les sociétés coopératives (*kooperatif şirket*). Ledit article précise en outre que les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite (sous-entendu les sociétés en commandite « simple ») sont des sociétés de personnes (*şahıs şirket*) tandis que les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions (*sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket*) sont des sociétés de capitaux (*sermaye şirketi*). Notons enfin qu'il n'existe pas d'équivalent à la société par actions simplifiée (SAS) en droit turc.

(non majoritaire) permettant à la première d'influencer la gestion de la seconde, fait présumer la « domination » (*Hâkimiyet*) de la première sur la seconde. S'agissant d'une présomption simple, la preuve contraire peut être apportée dès lors que la détention de la majorité des titres ne signifie pas nécessairement détention de la majorité des droits de vote (actions sans droit de vote dans le cadre notamment des actions de préférence).

49. Cette conception turque du contrôle s'inspire en réalité davantage de la définition proposée par la septième directive communautaire du 13 juin 1983¹²⁸ concernant les comptes consolidés¹²⁹, reprise également par le droit français dans le cadre de l'article L233-16 du Code de commerce.

B. L'extension du champ d'application de la notion de contrôle

50. Si la notion de contrôle envisagée par l'article L233-3 du Code de commerce fait l'objet d'une extension de son champ d'application, apparaissant en ce sens comme un article de référence en matière de groupe de sociétés (1), l'application de l'article L233-16 du même code – retenant une version plus large du contrôle – apparaît au contraire secondaire (2).

1. L'extension du champ d'application de la notion de contrôle prévue par l'article L233-3 du Code de commerce

51. Contrairement au droit turc, les dispositions concernant le contrôle visé à l'article L233-3 du Code de commerce sont susceptibles de s'appliquer en droit français sans distinction de forme sociétaire¹³⁰, aussi bien aux sociétés par actions (y compris sociétés par actions simplifiées), qu'aux sociétés à responsabilité limitée (SARL) et aux sociétés civiles, ces dernières constituant en pratique les principales formes sociales utilisées dans le cadre des groupes.

52. Bien que l'article L233-3 du Code de commerce définit la notion de contrôle « pour l'application des sections 2 et 4 » du chapitre 3 du Titre III du Livre II du Code de commerce, à savoir pour l'application des règles relatives aux « notifications et informations » requises dans le cadre de prise de participation significative (section 2) et pour l'application des règles

¹²⁸ Septième directive 83/349/CEE du Conseil du 13 juin 1983 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 point g) du traité, concernant les comptes consolidés

¹²⁹ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op.cit., p. 96

¹³⁰ Sous réserve d'un renvoi exprès d'un texte de droit

relatives aux « participations réciproques » (section 4), ce texte sert en pratique de référence à beaucoup d'autres dispositions contenues aussi bien dans le Code de commerce que dans d'autres branches du droit.

53. S'agissant des dispositions contenues dans le Code de commerce renvoyant à la notion de contrôle visée à l'article L233-3 du même code, il est possible de citer celles relatives aux conventions réglementées dans les sociétés anonymes (SA)¹³¹, les sociétés par actions simplifiée (SAS)¹³² et les sociétés en commandite par actions (SCA)¹³³. Il en est de même des dispositions relatives aux demandes d'expertise de gestion dans les sociétés anonymes (SA)¹³⁴, les sociétés par actions simplifiée (SAS)¹³⁵ et les sociétés en commandite par actions (SCA)¹³⁶. Il est encore possible de trouver un renvoi à l'article L233-3 du Code de commerce dans le cadre des règles visant le changement de contrôle d'une société associée dans une SAS¹³⁷. La Cour de cassation estime par ailleurs qu'il importe de se référer à l'article L233-3 du Code de commerce pour déterminer si une cession de titres de sociétés entraîne ou non un transfert du contrôle de ladite société, ce qui permet en conséquence de déterminer la nature de l'opération, civile (en l'absence de cession de contrôle) ou commerciale (en présence de cession de contrôle)¹³⁸.

54. En dehors du droit des sociétés, nous retrouvons des renvois à l'article L233-3 en matière fiscale dans le cadre des dispositions relatives au retraitement des charges financières liées à l'achat de titres d'une société en vue de son intégration fiscale¹³⁹ et au régime fiscal de faveur réservé aux « quartiers généraux »¹⁴⁰. Il en est de même en droit du travail dans le cadre de la législation relative à l'obligation de constituer un comité de groupe¹⁴¹.

¹³¹ C. com. art. L225-38, al. 1 et L 225-86, al. 1

¹³² C. com. art. L227-10

¹³³ C. com art. L226-10

¹³⁴ C. com. art. L225-231, al. 1 pour les SCA et

¹³⁵ Sur renvoi de l'article L227-1, al. 3 à l'article L225-231, al. 1

¹³⁶ Sur renvoi de l'article L226-1, al. 2 à l'article L225-231, al. 1

¹³⁷ C. com. art. L227-17, al. 1

¹³⁸ Cass. com. 24 nov. 1992 n°91-10.699

¹³⁹ CGI art. 223 B

¹⁴⁰ BOI-SJ-RES-30-10 n° 130, 12/09/2012

¹⁴¹ C. trav. art. L 2331-1 : à noter toutefois que cet article ne se contente pas seulement de faire un renvoi à l'article L233-3 du Code de commerce mais procède également à un renvoi à l'article L233-16 du même code, ce dernier article proposant une autre définition du contrôle pour l'établissement des comptes consolidés.

55. En somme, le texte de l'article L233-3 du Code de commerce apparaît comme le texte de référence pour apprécier l'existence ou non d'un contrôle. L'article L233-16 du même code, qui propose une définition encore plus large du contrôle dans le cadre de l'obligation de certaines sociétés d'établir des comptes consolidés, apparaît au contraire comme un texte applicable dans des cas spécifiques bien déterminés.

2. L'application secondaire de l'article L233-16 du Code de commerce

56. Un champ d'application restreint. En dehors de son application dans le cadre de l'obligation d'établissement des comptes consolidés pour les sociétés dépassant certains seuils, l'article L233-16 du Code de commerce trouve lieu à s'appliquer dans seulement quelques cas spécifiques en droit des sociétés, à savoir en matière de limitation du cumul des mandats des dirigeants dans les SA¹⁴², ou d'obligation de publication d'une déclaration consolidée de performance extra-financière¹⁴³, ou encore d'établissement d'un rapport spécial dans le cadre de la transparence des stock-options consenties par des sociétés contrôlées au profit de mandataires sociaux d'une société contrôlaire¹⁴⁴. L'application de l'article L233-16 du Code de commerce apparaît ainsi secondaire par rapport au champ d'application de l'article L233-3 du même code.

57. Diversité de la notion de contrôle en droit français et insécurité juridique. Le Professeur M. STORCK écrivait que « si le pluralisme doctrinal peut être source de progrès par les réflexions et les propositions qu'il implique, en revanche la diversité légale engendre confusions et doutes quant à la réalité d'une notion ; il sera difficile d'instituer une réglementation cohérente des groupes de sociétés si l'on ne parvient pas, au préalable, à unifier le concept de contrôle sur lequel repose tout l'édifice¹⁴⁵ ». Ces propos tenus en 1985 nous semblent toujours d'actualité puisque la diversité des définitions du contrôle entraîne parfois des situations étonnantes en droit français. Par exemple et ainsi que le relève le Professeur MONSERIE-BON, pour l'application des textes sur les conventions réglementées dans les sociétés par actions, c'est l'article L233-3 du Code de commerce qui doit être pris en compte pour identifier le groupe de sociétés alors que, s'agissant des questions relatives au

¹⁴² C. Com. art. L225-21 ; Com. art. L225-54-1 ; Com. art. L225-67 ; Com. art. L225-77 ; Com. art. L225-94-1

¹⁴³ C. Com. art. L225-102-1

¹⁴⁴ C. Com. art. L225-184

¹⁴⁵ STORCK M., *Définition légale du contrôle en droit français*, op.cit. p.385

cumul de mandats ou du contrôle des rémunérations des dirigeants de sociétés, c'est cette fois-ci l'article L233-16 du même code qui sert de référence¹⁴⁶ sans toutefois de raison évidente expliquant ce choix du législateur.

58. La prévisibilité et la sécurité juridique ainsi que le souci d'attractivité du droit français en la matière commanderaient qu'un sens unique soit retenu lorsqu'il est question de « contrôle » afin de faciliter la structuration des groupes de sociétés et de rassurer les organes dirigeants des différentes sociétés membres quant à l'applicabilité de certaines dispositions qui n'opèrent parfois aucun renvoi, ni à l'article L233-3 du Code de commerce, ni à l'article L233-16 du même code. Il en va en particulier de l'article L511-7 du Code monétaire et financier, disposition importante en pratique puisque qu'elle apporte une exception notable au monopole bancaire autorisant les sociétés à effectuer des opérations de trésorerie au sein d'un groupe sous réserve de l'existence de « liens de capital conférant (...) un pouvoir de contrôle effectif » d'une société sur une autre sans autre précision ni renvoi à la notion de contrôle applicable¹⁴⁷. La mise en place d'une centralisation de la trésorerie au sein d'un groupe présentant en outre de nombreux risques à maîtriser, une intervention législative ou un éclaircissement jurisprudentiel sur la notion de contrôle à retenir – et donc le périmètre du groupe envisagé – serait le bienvenu¹⁴⁸.

59. Si la notion de contrôle souffre d'un éclatement qui nuit à la clarté et à la prévisibilité du droit français, source en conséquence d'insécurité juridique, notons qu'elle a toutefois le mérite d'englober un très grand nombre de situation caractérisant le pouvoir au sein du groupe¹⁴⁹.

§2. Les modalités d'exercice du contrôle

60. Les modalités d'exercice du contrôle sont assez proches en droit français et en droit turc (A), ce dernier se singularisant surtout par le contrôle résultant d'un contrat de domination (B).

¹⁴⁶ MONSERIE-BON M.-H., *Filiales, participations et sociétés contrôlées – régime juridique*, LexisNexis, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 165-19, 20 février 2012, n°41

¹⁴⁷ Sur la question de la centralisation de la trésorerie au sein du groupe, voir *infra* n°286 et suiv.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ PARIENTE M., *Les groupes de sociétés et la loi de 1966*, Rev. sociétés, 1996, p. 465

A. Des modalités de contrôle proches en droits français et turc

61. Au regard de la diversité des modalités de contrôle, nous envisagerons ci-après uniquement les aspects relatifs au droit français, le droit turc étant sur ce point très proche du droit français. Nous nous concentrerons donc sur la notion de contrôle prévue à l'article L233-3 du Code de commerce qui constitue à notre sens le texte de référence en la matière¹⁵⁰. Selon ce texte, le contrôle peut être de droit ou de fait (1) ou encore résulter d'une action de concert ou du pouvoir de nommer ou révoquer des dirigeants (2). À noter d'emblée que ledit contrôle peut par ailleurs être indirect, exercé à travers le contrôle d'une structure intermédiaire, et être présumé dans certaines situations¹⁵¹.

1. Un contrôle de droit ou de fait

62. *Contrôle de droit.* Le contrôle de droit est celui qui confère à son titulaire la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de la société contrôlée. Cette notion recouvre deux hypothèses qui permettent *in fine* l'obtention de la majorité des droits de vote dans les assemblées, à savoir, soit la détention d'une fraction du capital de la société, qui est de loin la situation la plus souvent rencontrée en pratique, soit la conclusion d'un accord.

63. Le contrôle de droit dans le cadre des groupes de sociétés résulte très généralement de la détention par une société, directement ou indirectement, de la majorité des droits de vote d'une autre société. Il s'agit de la première situation envisagée par l'article L233-3 du Code de commerce et ne soulève guère de difficultés en pratique. Contrairement au texte initial de 1985, c'est donc bien la détention de la majorité des droits de vote qui importe aujourd'hui – et non nécessairement la détention capitalistique – ce qui est tout à fait justifié dès lors que le pouvoir se matérialise en pratique par l'exercice du droit de vote dans les assemblées générales d'une société. La possibilité par ailleurs de dissocier capital et pouvoir dans le cadre des actions de préférence (création par exemple d'actions sans droit de vote ou au contraire d'actions à vote double) justifie la prise en compte des droits de vote au détriment de la détention capitalistique.

¹⁵⁰ A l'exclusion de la notion de contrôle prévue par l'article L233-16 du Code de commerce qui apparaît, ainsi que nous l'avons évoqué dans nos précédents développements, d'application secondaire en matière de droit des sociétés et de droit fiscal des affaires.

¹⁵¹ MONSERIE-BON M.-H., *Filiales, participations et sociétés contrôlées – régime juridique*, op. cit., n°43

64. L'article L233-3 du Code de commerce précise en outre que la détention de la majorité des droits de vote peut par ailleurs résulter « d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires » qui vise en pratique à prendre en compte les conventions de portage¹⁵² et les conventions de vote¹⁵³ dont la licéité ne fait plus débat aujourd'hui¹⁵⁴.

65. *Contrôle de fait.* Le point 3 du I de l'article L233-3 du Code de commerce prévoit qu'une société (ou une personne physique) en contrôle une autre « lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ». Ces dispositions démontrent la volonté du législateur de permettre aux juges la possibilité de prendre en compte toutes les situations de fait susceptibles de caractériser le contrôle d'une personne, physique ou morale, sur une société. Ainsi, bien qu'elle ne disposerait pas de la majorité des droits de vote d'une société, une société sera considérée comme en contrôlant une autre si les droits de vote dont elle dispose lui permette de maîtriser les assemblées générales de cette dernière, ce qui suppose nécessairement une répétition des faits¹⁵⁵. Le II de l'article L233-3 du Code de commerce prévoit par ailleurs, à ce titre, une présomption simple de contrôle lorsque cette personne détient plus de 40 % des droits de vote et qu'aucune autre ne détient une fraction supérieure.

¹⁵² Une convention de portage peut être définie comme une convention par laquelle un donneur d'ordre remet des titres sociaux à un porteur sous réserve que ce dernier s'engage à les revendre à une personne désignée dans ladite convention à une date et dans des conditions prévues au contrat.

¹⁵³ VIANDIER A., *Observations sur les conventions de vote* : JCP E 1986, 15405. Une convention de vote peut être définie comme la convention ou la clause par laquelle l'ensemble des associés ou certains d'entre eux s'engagent à voter dans le même sens, ou à ne pas participer au vote, concernant une ou plusieurs décisions collectives. L'objet de ce type de convention peut être de nature politique (choix des dirigeants), commercial (politique d'investissement), financier (engagement de non distribution de dividendes dans le cadre de l'affectation du résultat) etc. Une convention de vote peut ainsi prévoir un quorum et/ou une majorité renforcée concernant l'adoption de décisions relatives aux organes de gestion ou de contrôle, voire même aller jusqu'à une renonciation du droit de vote, sous réserve toutefois que cette renonciation soit particulière et temporaire, ce qui peut paraître surprenant au regard du principe de libre exercice et d'indépendance du droit de vote.

¹⁵⁴ CONSTANTIN A., *Réflexions sur la validité des conventions de vote* : Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.255. Si la loi ne reconnaît pas expressément la licéité des conventions de vote par un texte dédié à cet effet, L233-3 du Code de commerce l'admet implicitement. Il est également possible d'y voir la reconnaissance par le législateur des conventions de vote à la lecture du I de l'article L233-10 du même code, relatif à l'action de concert, qui considère quant à lui « comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue (...) d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société ».

¹⁵⁵ MONSERIE-BON M.-H., *Filiales, participations et sociétés contrôlées – régime juridique*, op. cit., n°52

2. *Un contrôle résultant d'une action de concert ou du pouvoir de nommer ou révoquer les dirigeants*

66. *Contrôle conjoint et action de concert.* Une autre situation de contrôle envisagée par le législateur français est le contrôle dit conjoint, à savoir celui exercé conjointement par au moins deux personnes, généralement des sociétés. À noter à ce titre que c'est uniquement suite à une décision de la Cour d'appel de Paris excluant le contrôle conjoint du champ d'application de l'article L233-3 du Code de commerce¹⁵⁶ que le législateur est intervenu pour modifier cet article en y ajoutant un point III relatif au contrôle conjoint qui suppose l'intervention d'au moins deux personnes, physiques ou morales, concertistes. Les dispositions ainsi ajoutées au sein de l'article L233-3 du Code de commerce indiquent que ce contrôle conjoint doit résulter d'une action de concert¹⁵⁷ sans toutefois définir cette dernière notion qui est envisagée par l'article L233-10 du Code de commerce¹⁵⁸. Bien que ce dernier article considère les personnes agissant de concert comme celles « ayant conclu un accord en vue d'acquiescer, de céder ou d'exercer des droits de vote », l'action de concert semble pouvoir être caractérisée lorsqu'il conduit les concertistes à déterminer, en fait ou en droit, les décisions dans les assemblées générales de la société (contrôlée). Ces derniers doivent toutefois avoir une volonté de mettre en œuvre une politique commune concernant les décisions importantes à prendre dans la société ainsi contrôlée conjointement (affectation des résultats, opérations sur le capital social etc.). Au-delà de ces situations précédemment décrites, d'autres cas pourraient parfaitement caractériser un contrôle de fait dès lors que la loi se contente d'envisager de manière générale toutes situations de fait, sans y préciser des circonstances particulières.

67. *Associé ou actionnaire ayant le pouvoir de nommer ou révoquer les dirigeants – contrôle-directorial.* Transposant une disposition d'une directive européenne 2004/109/CE du 15 décembre 2004¹⁵⁹, le législateur français est à nouveau intervenu par une loi « BRETON »

¹⁵⁶ CA Paris, 1^{ère} ch., 20 février 1998, *Adam c/CGE* : « le contrôle défini par l'article 355-1 de la loi du 24 juillet 1966 (art. L233-3 du Code de commerce actuel) est exclusif de la notion d'action de concert ».

¹⁵⁷ Article 28 de la Loi « NRE » n° 2001-420 du 15 mai 2001 modifiée par la suite par la loi « MURCEF » n°2001-1168 du 11 décembre 2001

¹⁵⁸ Le point I de l'article 233-10 du Code de commerce prévoit notamment que « sont considérés comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquiescer, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société ».

¹⁵⁹ À noter que la directive 2004/109/CE du 15 décembre 2004 « sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE » ne visait cette modalité de contrôle (via le pouvoir

n°2005-845 du 26 juillet 2005 en insérant un point 4 au I de l'article L233-3 du Code de commerce. Celui-ci dispose qu'une société en contrôle une autre « 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 ». Ainsi que le relève le Professeur MONSERIE-BON, le pouvoir de nommer ou révoquer les dirigeants d'une société assure à l'associé ou l'actionnaire disposant de ce pouvoir un ascendant sur les organes sociaux (de la société ainsi contrôlée), ce qui justifie donc que le pouvoir de nomination et de révocation soit reconnu en tant que tel comme une modalité de contrôle d'une société¹⁶⁰.

68. Le Professeur CASIMIR distingue ainsi deux types de contrôle : celui qui est exercé en assemblée générale d'une part, et le « contrôle-directorial » d'autre part, ce dernier se définissant comme le pouvoir découlant de la faculté de nommer et révoquer « la majorité des membres des organes dirigeants de la société¹⁶¹ » prévu désormais au point 4 du I de l'article L 233-3 du Code de commerce visé ci-avant. Une société mère majoritaire titulaire d'un contrôle-directorial détiendrait finalement le « pouvoir suprême¹⁶² » dès lors qu'il dispose du pouvoir de révoquer à tout moment les dirigeants de la filiale si ces derniers refusent de s'aligner sur la position de la mère. Bien que juridiquement indépendants, les dirigeants de filiales apparaissent en ce sens factuellement subordonnés à la volonté de la société mère.

69. En somme, il apparaît que le contenu de l'article L233-3 du Code de commerce est très large et permet ainsi d'appréhender un très grand nombre de situation caractérisant le contrôle d'une société par une autre et donc, plus généralement, le pouvoir au sein du groupe.

B. La particularité du contrôle résultant de la conclusion d'un contrat de domination en droit turc

70. L'article 195-(1) b) du Code de commerce turc prévoit que la « domination » d'une société commerciale par une autre est également caractérisée en cas de conclusion d'un

de nommer un dirigeant) que pour les sociétés cotées, à l'exclusion des autres sociétés. Le législateur français, en transposant ladite directive, est ainsi allé plus loin que cette dernière en visant toutes les sociétés et non seulement celles qui sont cotées.

¹⁶⁰ MONSERIE-BON M.-H., *Filiales, participations et sociétés contrôlées – régime juridique*, op. cit., n°64

¹⁶¹ CASIMIR E., *Les catégories d'actionnaires*, Thèse Paris 2, 2015, n°331

¹⁶² DALSAÏCE A., *L'actionnaire et l'assemblée générale de la société anonyme*, Rev. sociétés 1960, p. 258

contrat de domination (*Hâkimiyet sözleşmesi*) entre les deux sociétés, y compris en l'absence de liens capitalistiques entre ces dernières. Contrairement au droit allemand, le contrat de domination n'est pas spécialement réglementé par la loi turque. Si l'exposé des motifs (*Gerekçe*) de l'article 195-(1) b)¹⁶³ précise à cet égard que la tradition juridique ainsi que la pratique turque ne connaissent pas les contrats de domination expliquant cette absence de réglementation, le législateur a décidé de retenir le contrat de domination comme une modalité alternative de contrôle et dans l'éventualité du choix de cette pratique par les groupes de sociétés dans le futur.

71. Transfert du pouvoir de direction. Le Code de commerce turc ne définit donc pas le contrat de domination. Toutefois, la « direction du registre du commerce » (*Ticaret Sicil Yönetmenliği*) estime que la caractéristique principale du contrat de domination est la possibilité offerte à la société mère de donner des ordres à sa filiale « sans être soumise à une quelconque condition » préalable¹⁶⁴. Cette caractéristique rejoint la conception du contrat de domination définie en droit allemand dans le cadre des groupes contractuels¹⁶⁵ qui considère qu'un contrat de domination est un contrat entre « l'entreprise dominante » et « l'entreprise dominée »¹⁶⁶ par lequel la seconde transfère son pouvoir de direction à la première. La conclusion d'un contrat de domination octroie à l'entreprise dominante, aussi bien en droit allemand qu'en droit turc, le droit de donner des instructions à l'organe de direction de l'entreprise dominée, y compris lorsque ces instructions sont désavantageuses pour cette dernière¹⁶⁷. Le Professeur HOPT affirme en ce sens que « l'entreprise dominante jouit donc, de droit, d'une liberté complète d'entrepreneur en dirigeant le groupe sans avoir égard à ses membres¹⁶⁸ ».

¹⁶³ Gerekçe, m. 195, f. 1.

¹⁶⁴ TSY m. 106 f. 1

¹⁶⁵ Art. 291 de la loi allemande du 6 septembre 1965 relatif aux groupes de sociétés

¹⁶⁶ La loi du 6 septembre 1965 ne définit pas expressément la notion d'entreprise, pourtant employée à de nombreuses reprises pour définir et encadrer le régime juridique des groupes. La préférence du législateur pour la notion « d'entreprise » en lieu et place de celle de « société » serait volontaire. Elle s'expliquerait par la volonté d'inclure à l'intérieur du cadre du groupe, en plus des sociétés, les coopératives, les associations, les fondations, voire même les personnes physiques ou les exploitants d'entreprises individuelles, l'objectif étant d'élargir au maximum le périmètre du groupe.

¹⁶⁷ Sur ce point, voir en particulier *infra* n°124 et suiv.

¹⁶⁸ HOPT K.-J., *Le droit des groupes de sociétés ; expériences allemandes, perspectives européennes*, Rev. sociétés, 1987, 376

72. À noter que le contrat de domination est un contrat conclu entre la société dominante et la société dominée. Un contrat qui serait conclu entre les associés de la société dominée ne peut être qualifié de contrat de domination. Il pourrait éventuellement constituer un accord entre associés permettant de caractériser une situation de contrôle envisagé notamment au point a) de l'article 195-(1) du CCT. Le contrat de domination doit en principe, pour être valable, être approuvé par les assemblées générales de sociétés concernées et faire l'objet d'un enregistrement et d'une publication. Toutefois, si les conditions relatives à l'enregistrement et à la publication du contrat de domination ne sont pas respectées, l'article 198-(3) du CCT précise que cela n'empêche pas l'application des dispositions relatives aux obligations et aux responsabilités prévues dans le cadre de la réglementation d'ensemble des groupes de sociétés.

73. Si la notion de contrôle englobe ainsi des situations de droit ou de fait diverses et variées, elle comporte également des limites qu'il convient de souligner.

Section 2. Les limites du contrôle

74. La liberté d'organisation du contrôle au sein du groupe dont jouissent les praticiens comporte certaines limites, aussi bien en droit français qu'en droit turc, qui sont d'abord d'ordre structurel (§1). Au-delà de son régime juridique, la notion même de contrôle subit par ailleurs la concurrence des critères retenus par les différentes branches du droit (§2).

§1. Des limites structurelles : une liberté d'organisation du contrôle encadrée

75. Les limites à la libre organisation du contrôle au sein du groupe visent principalement à protéger les créanciers des situations de participations réciproques entre sociétés appartenant à un même groupe (A) et d'autocontrôle (B), dès lors que ces situations contribuent à refléter une valorisation erronée voire fictive des sociétés du groupe.

A. Les participations réciproques

76. Nous étudierons successivement les droits français (1) et turc (2).

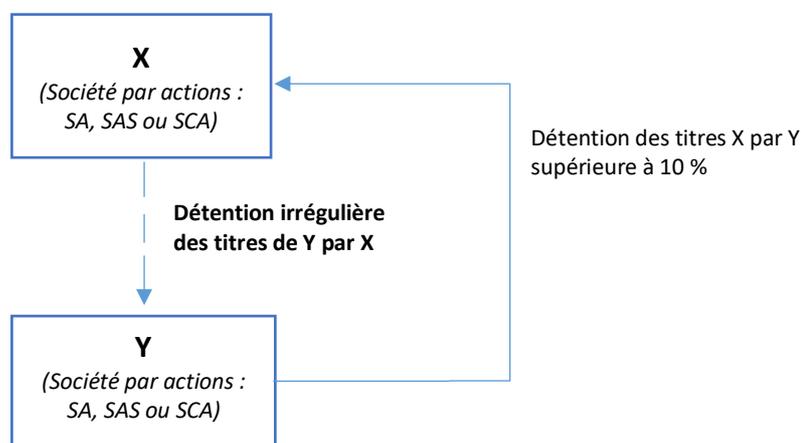
1. En droit français

77. Distinction entre participations réciproques entre deux sociétés par actions et celles impliquant une seule société par actions. Le législateur français opère une distinction entre

les participations réciproques entre sociétés par actions (a) et les participations réciproques impliquant qu'une seule société par actions (b).

a. *S'agissant des participations réciproques impliquant deux sociétés par actions*

78. Situation visée. L'article L233-29 du Code de commerce dispose qu'« une société par actions ne peut posséder d'actions d'une autre société, si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10 % ». Autrement dit, une société par actions X ne peut détenir les titres d'une seconde société par actions Y si cette dernière détient 10 % des actions de la première société X. *A contrario*, en dessous de ce seuil de 10 %, aucun encadrement n'est prévu. Schématiquement, l'interdiction vise la situation suivante :



79. Obligation de régularisation. L'article L233-29 du Code de commerce ajoute qu'« à défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit aliéner son investissement. Si les investissements réciproques sont de la même importance, chacune des sociétés doit réduire le sien, de telle sorte qu'il n'excède pas 10 % du capital de l'autre. Lorsqu'une société est tenue d'aliéner les actions d'une autre société, l'aliénation est effectuée dans le délai fixé par décret en Conseil d'État ». Il ressort de cet article que la cession de titres sociaux ayant donné lieu aux participations réciproques n'est pas sanctionnée par la nullité, ce qui a été confirmé par la Cour de cassation¹⁶⁹. Le législateur impose simplement une obligation de régulariser la situation en privilégiant un accord entre les sociétés parties. Dans le cas contraire, il convient

¹⁶⁹ Cass. com., 3 janv. 1996, n° 93-20.406, Lamone Laleu c/ Sté Imogene : Dr. sociétés 1996, comm. 88 ; JCP E 1996, II, 808, note HOVASSE H. ; RJDA 4/96 n°512

de respecter les dispositions impératives susvisées de l'article L233-29 du Code de commerce dans un délai d'un an à compter de la notification du franchissement de seuil (applicable uniquement pour les sociétés cotées)¹⁷⁰. Enfin, l'article L233-29 du Code de commerce prévoit que « la société ne peut exercer les droits de vote attachés à ces actions », à savoir ceux attachés aux participations réciproques. Des sanctions pénales peuvent également trouver lieu à s'appliquer à l'encontre des dirigeants¹⁷¹.

b. S'agissant des participations réciproques impliquant une seule société par actions

80. Situations envisagées. Le législateur français prévoit un texte spécifique aux participations réciproques impliquant seulement une seule société par actions : il s'agit de l'article L233-30 du Code de commerce qui vise en réalité deux hypothèses.

81. La première hypothèse est la suivante : « si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital supérieure à 10 %, elle ne peut détenir d'actions émises par cette dernière. Si elle vient à en posséder, elle doit les aliéner dans le délai fixé par décret en Conseil d'État et elle ne peut, de leur chef, exercer le droit de vote ». Dans ce premier cas, à savoir lorsqu'une société par actions détient plus de 10 % du capital d'une société autre qu'une société par actions (par exemple d'une SARL), le législateur pose une interdiction à cette dernière d'entrer dans le capital de la première, notamment par voie d'acquisition de titres ou dans le cadre d'une augmentation.

82. La deuxième hypothèse envisagée par l'article L233-30 du Code de commerce est la suivante : « si une société autre qu'une société par actions compte parmi ses associés une société par actions détenant une fraction de son capital égale ou inférieure à 10 %, elle ne peut détenir qu'une fraction égale ou inférieure à 10 % des actions émises par cette dernière. Si elle vient à en posséder une fraction plus importante, elle doit aliéner l'excédent dans le délai fixé par décret en Conseil d'État et elle ne peut, du chef de cet excédent, exercer le droit de vote ». Dans ce second cas, contrairement à la situation précédente, les participations

¹⁷⁰ Article R233-17 du Code de commerce

¹⁷¹ Article L247-3 du Code de commerce : « Est puni d'une amende de 18 000 euros le fait, pour les présidents, les administrateurs, les membres du directoire, les directeurs généraux ou les gérants de sociétés, de contrevenir aux dispositions des articles L. 233-29 à L. 233-31 ».

récioproques ne sont pas interdites par le législateur mais limitées à 10 % du capital de chaque société.

83. Obligation de régularisation. Dans tous les cas, en cas de non-respect des interdictions ou limites posées par l'article L233-30 du Code de commerce, le législateur précise que lesdites participations doivent faire l'objet d'une cession par la société autre que la société par actions, soit de l'ensemble desdits titres dans le cadre de la première hypothèse, soit d'une fraction des titres dans la seconde hypothèse. A défaut de régulariser la situation, il est prévu des sanctions similaires à celles envisagées pour les participations récioproques impliquant deux sociétés par actions, à savoir que les droits de vote attachés auxdites participations récioproques ne peuvent être exercés, en plus des sanctions pénales¹⁷² qui peuvent être prononcées.

2. En droit turc

84. Distinction opérée par le droit turc. Le droit turc fait une distinction entre les participations récioproques « simples » (lorsqu'il n'existe pas de relations de contrôle entre les sociétés concernées) et les participations récioproques « qualifiées » qui visent spécifiquement celles entre deux sociétés dont l'une contrôle l'autre.

85. Concernant les participations récioproques dites « simples » (« Basit Karşılıklı İştirak ») - Situation visée. L'article 197 du CCT, qui est une reprise de l'article 19-1 de la loi allemande du 6 septembre 1965 (*Aktiengesetz*), prévoit qu'il y a participation récioproque lorsqu'une société de capitaux détient au moins le quart des titres d'une seconde société de capitaux et que cette dernière détient également au moins le quart des titres de la première. À noter que cet article vise uniquement les cas où les deux sociétés détiennent récioproquement au moins 25 % du capital de l'autre. Ledit article exclut *a contrario* les hypothèses où l'une des sociétés détiendrait une fraction inférieure à 25 % du capital de l'autre.

¹⁷² Article L247-3 du Code de commerce

86. Sanctions envisagées. L'article 201 du CCT prévoit des conséquences non négligeables lorsqu'une société A acquiert, en toute connaissance de cause¹⁷³, plus de 25 % des titres d'une société B qui détient elle-même au moins 25 % des titres de la société A. Dans cette situation de participations réciproques, le législateur turc prévoit des sanctions majeures, à savoir le « gel » des droits d'associé de la société A à l'exception toutefois de la possibilité d'acquérir des actions gratuites. Plus précisément, les droits d'associé de la société A (comprenant notamment ses droits de vote) afférents aux participations réciproques sont limités au quart desdits droits. Autrement dit, la société A ne pourra exercer ses droits d'associé dans la société B qu'à hauteur d'un quart de ses droits : la société A se retrouve ainsi privée des trois quarts de ses droits dans la société B. A titre d'illustration, si la société A acquiert 40 % des titres de la société B (qui elle-même détiendrait préalablement au moins 25 % des titres de la société A), les droits de la société A attachés aux participations réciproques seront limités à 10 % au lieu de 40 % en principe¹⁷⁴.

87. La sanction apparaît ainsi lourde par rapport au droit français dans la mesure où tous les droits d'associé sont concernés et non seulement les droits de vote¹⁷⁵. Ce faisant et ainsi que l'exprime un auteur¹⁷⁶, le législateur turc fait comme si la société – ayant sciemment acquis des titres conduisant à une situation de détention de participation réciproque – n'est plus propriétaire des trois quarts des participations réciproques. Cette sanction n'est toutefois pas applicable lorsque les participations réciproques concernent deux sociétés dont l'une contrôle l'autre ou lorsque les deux sociétés se contrôlent mutuellement.

88. Concernant les participations réciproques dites « qualifiées » (« Nitelikli Karşılıklı İştirak »). Le législateur turc prévoit un régime différent lorsqu'il est question de participations réciproques entre deux sociétés dont l'une contrôle¹⁷⁷ l'autre ou encore lorsque les deux sociétés se contrôlent mutuellement. Dans cette hypothèse, la sanction est la même qu'en droit français, à savoir l'interdiction d'exercice des droits de vote attachés aux participations

¹⁷³ L'article 201 du CCT sanctionne uniquement les sociétés ayant *sciemment* acquis des titres conduisant à une situation de détention de participation réciproque.

¹⁷⁴ OKUTAN NILSSON G., *Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi 18 (2), 2012, s. 258

¹⁷⁵ Ce propos doit être nuancé dans la mesure où le droit français supprime intégralement le droit de vote attaché aux participations croisées alors que le droit turc le réduit au quart.

¹⁷⁶ OKUTAN NILSSON G., *Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak*, op. cit., s. 262

¹⁷⁷ La notion de contrôle s'entend au sens de l'article 195 du CCT précisée dans nos développements précédents.

réciroques¹⁷⁸. En revanche, il n'est pas question de « geler » l'ensemble des droits d'associé ainsi qu'il est prévu pour les participations réciroques dites « simples » visées ci-avant. Seuls les droits de vote sont gelés ici.

89. L'article 201 du CCT renvoie dans cette situation aux dispositions des articles 389 et 612 du même code, à savoir au régime du rachat par une société de ses propres actions. L'article 389 qui vise les sociétés anonymes (*Anonim şirket*) prévoit notamment à ce titre que « les actions propres acquises par la société et les actions de la société mère acquises par la filiale ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum de l'assemblée générale de la société mère. À l'exception de l'acquisition d'actions gratuites, les actions propres acquises par la société ne confèrent aucun droit de participation. Les droits de vote et les droits connexes des actions de la société mère acquises par la société filiale sont gelés ». Le principe est le même s'agissant des sociétés à responsabilité limitée (*Limited şirket*) visées par l'article 612 du CCT. Il en va de même pour le droit français qui prévoit des règles similaires s'agissant des situations d'autocontrôle.

B. L'autocontrôle

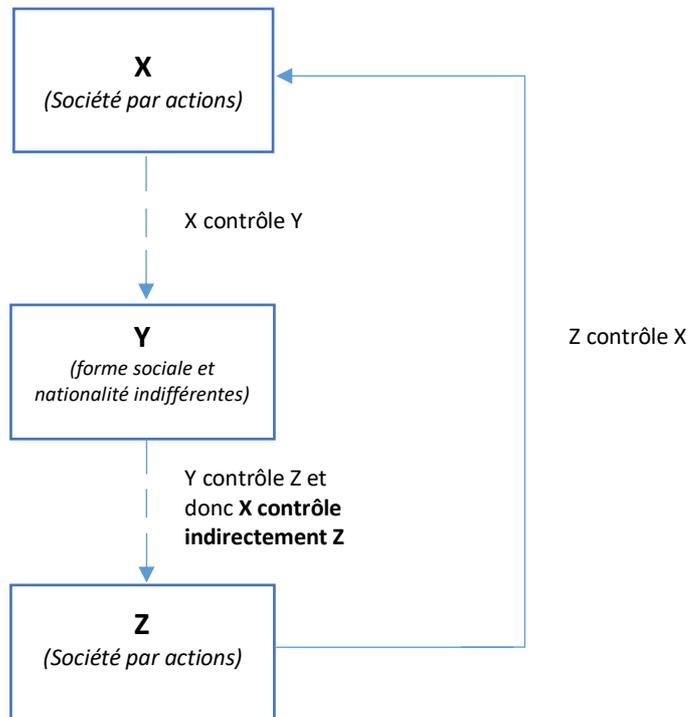
90. Situation visée. En droit français, l'article L233-31 du Code de commerce prévoit que « lorsque des actions ou des droits de vote d'une société sont possédés par une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle, les droits de vote attachés à ces actions ou ces droits de vote ne peuvent être exercés à l'assemblée générale de la société. Il n'en est pas tenu compte pour le calcul du quorum ». L'autocontrôle est ainsi défini par les Professeurs B. DONDERO et P. LE CANNU comme « la faculté pour une société de participer à son propre capital par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés dont elle détient directement ou indirectement le contrôle¹⁷⁹ ». Contrairement au régime des participations réciroques, celui de l'autocontrôle ne vise que les sociétés par actions, cotées ou non. Autrement dit, pour que l'article L233-31 du Code de commerce puisse trouver lieu à s'appliquer, la société qui s'autocontrôle doit être une SA, une SAS ou une SCA, ou encore une SE. À noter toutefois que la forme sociale des structures intermédiaires, ainsi que la nationalité de ces dernières, sont indifférentes pour l'applicabilité de l'article L233-31 du Code

¹⁷⁸ L'interdiction d'exercer les droits de vote concerne ici l'intégralité des droits de vote attachés aux participations réciroques (et non seulement les trois-quarts).

¹⁷⁹ DONDERO B., LE CANNU P., *Droit des sociétés*, op. cit., n°1531

de commerce. Lesdites structures intermédiaires peuvent donc notamment être des SARL ou des sociétés civiles, sociétés de droit français ou de droit étranger.

91. Le schéma (simple) visé peut alors être le suivant :



92. Limitation – partielle – des effets des situations d’autocontrôle. Dans cette situation, afin d’empêcher notamment le « verrouillage » des dirigeants en place, le législateur précise que les droits de vote attachés aux actions d’autocontrôle ne peuvent être exercés aux assemblées générales. Les effets des situations d’autocontrôle ne sont donc que partiellement neutralisés dans la mesure où seul le droit de vote attaché aux actions d’autocontrôle est supprimé¹⁸⁰. En particulier, les droits financiers (droits aux dividendes) attachés auxdites actions d’autocontrôle sont conservés. Par ailleurs, aucune obligation de cession ou d’annulation des actions d’autocontrôle n’est pas imposée par les textes, contrairement

¹⁸⁰ Outre le fait que les actions d’autocontrôle ne doivent pas être prises en considération pour le calcul du quorum et de la majorité.

notamment aux dispositions applicables dans les hypothèses d'« autodétention », à savoir lorsqu'une société détient ses propres actions¹⁸¹.

93. Au-delà des limites liées à l'organisation du contrôle, cette notion subit également en droit français la concurrence d'autres critères retenus par les autres branches du droit.

§2. Une limite notionnelle : la diversité des critères retenus par les autres branches en droit français

94. Les dispositions relatives au contrôle prévues en matière de droit des sociétés font face à la diversité des critères retenus par les autres branches du droit pour caractériser l'existence d'un groupe de sociétés. C'est notamment le cas en droit fiscal (A) et en matière économique et social (B) qui retiennent souvent des critères concurrents ou alternatifs à la notion de contrôle envisagée par les articles L233-3 et 233-16 du Code de commerce.

A. En matière fiscale

95. Le droit fiscal a recours à des notions autonomes autres que celle du « contrôle » afin de conditionner l'application de certains dispositifs ou régimes de faveur afférents aux groupes de sociétés. Au-delà de la définition des « liens de dépendance » posée par l'article 39-12 du CGI¹⁸² et qui n'appelle pas de remarques particulières à notre sens, il est ici question d'envisager plus particulièrement la notion d'« influence » prévue dans le cadre du régime de quasi-exonération des plus-values à long terme (PVLTL) de cession de titres de participation¹⁸³. En effet, en plus de se référer à la notion de contrôle pour définir les titres de participation – le législateur a ici recours à la notion extensive « d'influence » exercée dans la société émettrice des titres (1). Le droit fiscal se singularise également par la notion « d'animation » du groupe retenue dans le cadre du régime des holding animatrices (2)¹⁸⁴.

¹⁸¹ Articles L225-206, L255-207, L225-208 et L255-210 du Code de commerce (obligation de cession des actions autodétenues dans un délai d'un an à compter de leur souscription ou de leur acquisition) et article L225-214 du même code (annulation des actions autodétenues à l'expiration du délai d'un an).

¹⁸² Cet article dispose que « des 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 ».

¹⁸³ Pour davantage de précisions sur ce régime, voir *infra* n°267 et suiv.

¹⁸⁴ D'autres notions ou expressions sont retenues en droit fiscal pour qualifier les relations intragroupe et conditionner l'application de certaines règles aux groupes de sociétés ainsi définis. A titre d'exemples, il est possible de citer l'article 39-12 du CGI qui retient la notion de « liens de dépendance » pour caractériser le groupe et subordonner l'application de certaines règles spécifiques notamment aux charges financières. Plus récemment,

1. Une approche extensive du contrôle : le recours à la notion « d'influence »

96. L'article 219 I-a quinquies du CGI prévoit que les titres de participation qui relèvent du régime de quasi-exonération des PVLT sont les titres qui revêtent ce caractère sur le plan comptable. Autrement dit, la qualification fiscale des titres de participation est alignée sur la définition comptable de ces derniers et par leur classement en pratique à un compte « titres de participation » dans les comptes de la société détentrice. Le Plan Comptable Général (PCG), qui distingue quatre catégories de titres¹⁸⁵, dispose en son article 221-3 que « constituent des participations les droits dans le capital d'autres personnes morales, matérialisés ou non par des titres, qui, en créant un lien durable avec celles-ci, sont destinés à contribuer à l'activité de la société détentrice. Sont présumés être des participations les titres représentant une fraction du capital supérieure à 10 % ». Plus précisément, s'inspirant de ces principes comptables, le Conseil d'Etat estime que les titres de participation sont ceux « dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise, notamment parce qu'elle permet d'exercer une influence sur la société émettrice des titres ou d'en assurer le contrôle, une telle utilité pouvant notamment être caractérisée si les conditions d'achat des titres en cause révèlent l'intention de l'acquéreur d'exercer une influence sur la société émettrice et lui donnent les moyens d'exercer une telle influence »¹⁸⁶.

97. Ainsi, au-delà du critère de la possession durable des titres¹⁸⁷ qui constitue l'un des critères essentiels à l'application du régime de quasi-exonération des PVLT, la notion comptable de titres de participations renvoie à la notion d'utilité desdits titres à l'activité de la société détentrice, qui elle-même renvoie aux notions de « contrôle » de la société

l'article 256 C du CGI conditionne l'application du nouveau régime de « groupe TVA » à l'existence de « liens financiers, économiques et organisationnels entre les membres du groupe ». Nous analyserons certains aspects de ce dernier dispositif dans nos développements ultérieurs (voir *infra* n°361 et suiv.).

¹⁸⁵ Au plan comptable, les quatre catégories de titres sont les titres de participation, les titres immobilisés de l'activité de portefeuille (TIAP), les autres titres immobilisés et les valeurs mobilières de placement. A noter que le droit fiscal n'opère qu'une distinction entre les titres de participation et les titres de placement en matière d'impôt sur les sociétés.

¹⁸⁶ Définition issue du Plan Comptable Général (PCG) de 1982, non reprise dans le PCG de 1999 mais figurant dans le recueil des normes comptables de l'Autorité des normes comptables (ANC). Cette définition a par ailleurs été reprise par plusieurs décisions du Conseil d'Etat qui l'a considérée comme étant toujours valable (CE 20 oct. 2010, n°314247 et n°314248 ; CE 12 mars 2012, n° 342295 ; CE 20 mai 2016, n° 392527).

¹⁸⁷ L'administration fiscale considère que les titres de participation doivent être acquis dans l'objectif d'une détention durable : la recherche d'une rentabilité financière à court terme doit être absente (BOI-BIC-PVMV-30-10, 03/05/2017, n°50)¹⁸⁷. La Commission des opérations de bourse considère à ce titre que les titres détenus en vue d'être cédés à brève échéance en réalisant un gain doivent être classés parmi les valeurs mobilières de placement (Communication de la Commission des opérations de bourse relative à la sincérité des comptes des entreprises, Bull. COB n° 209, décembre 1987).

émettrice ou d'« influence » sur la société émettrice. La notion de contrôle se trouve ainsi concurrencée par une nouvelle notion qui est celle de « l'influence », à ne pas confondre notamment avec celle de « l'influence dominante » visée par l'article L233-16 du Code de commerce en matière d'établissement des comptes consolidés¹⁸⁸ et avec celle de « l'influence déterminante » retenue en droit des concentrations économiques par l'article L430-1 du Code de commerce¹⁸⁹.

98. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat précitée, la seule intention d'exercer une influence sur la société émettrice n'est pas suffisante à considérer des titres de participation. Des éléments objectifs doivent également être pris en compte afin de vérifier si la société détentrice est en mesure d'exercer cette influence. À noter toutefois que l'absence d'exercice effectif de cette influence n'est pas de nature à remettre en cause la qualification de titres de participation.

99. L'influence doit par ailleurs résulter d'une participation effective à la gestion et à la politique financière de la société émettrice. A cet égard, le Conseil d'Etat a notamment pu considérer que l'influence peut se caractériser par une détention de titres permettant d'exercer une minorité de blocage dans la société émettrice¹⁹⁰. L'application du régime de quasi-exonération des PVLT pourrait donc s'appliquer dans cette hypothèse dès lors que « l'influence » de la société détentrice des titres serait caractérisée. Le choix de rajouter à la notion de « contrôle » celle de « l'influence » démontre ainsi une volonté d'élargir l'applicabilité du régime de quasi-exonération des PVLT, dispositif participant à l'attractivité des holdings sur le territoire français¹⁹¹.

2. Au-delà du contrôle, le recours à la notion « d'animation »

100. Apparition de la notion de holding animatrice pour les besoins de la notion de biens professionnels dans le cadre de l'ancien impôt sur la fortune (ISF). La notion de holding animatrice est une notion purement fiscale. Si elle semble apparaître pour la première fois dans les commentaires administratifs relatifs à l'obligation légale de réévaluation des immobilisations au 31 décembre 1976 pour les sociétés ayant une activité commerciale ou

¹⁸⁸ Voir *supra* n°56 et suiv.

¹⁸⁹ Voir *infra* n°107 et suiv.

¹⁹⁰ CE 20 oct. 2010 n° 314248, *Sté Hyper Primeurs* ; CE 20 oct. 2010 n° 314247, *Sté Alphaprim*

¹⁹¹ Voir *infra* n°268 et suiv.

industrielle (assimilation des holdings aux sociétés ayant une activité commerciale), elle est plus spécifiquement mise en avant dans une instruction fiscale en date du 19 mai 1982¹⁹² pour les besoins de la notion d'outil ou de bien professionnel permettant l'exonération de ces derniers dans le cadre des anciens dispositifs de l'impôt sur la grande fortune (IGF), puis de l'impôt sur la fortune (ISF), devenue aujourd'hui l'impôt sur la fortune immobilière (IFI)¹⁹³. Sans référence expresse à la notion de holding, l'article 885 O quater du CGI, aujourd'hui abrogé, prévoyait que « ne sont pas considérées comme des biens professionnels les parts ou actions de sociétés ayant pour activité principale la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier » et excluait ainsi de l'exonération au titre des biens professionnels les sociétés dont l'activité principale consiste à gérer leur propre patrimoine.

101. Définition. C'est dans ce cadre que la doctrine administrative opère une distinction entre les holdings passives « qui ne font qu'exercer les prérogatives usuelles d'un actionnaire (exercice du droit de vote et prises de décisions lorsque l'importance de la participation le permet, et exercice des droits financiers) » et les holdings « animatrices effectives de leur groupe qui participent activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne au groupe, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers ou immobiliers¹⁹⁴ ». Contrairement aux holdings passives, la majorité des auteurs considèrent que les holdings animatrices doivent être assimilées au plan fiscal comme des sociétés opérationnelles ayant une activité de nature commerciale¹⁹⁵.

102. Une société holding qui contrôle, au sens de l'article L233-3 du Code de commerce, une autre société ne sera donc pas nécessairement qualifiée de holding animatrice. Par ailleurs, le seul soutien financier aux filiales n'est pas de nature à caractériser une holding animatrice¹⁹⁶. Il ressort de la définition précitée de la doctrine administrative, reprise

¹⁹² Anc. BOI 7 R-2-82, n°287

¹⁹³ Impôt à très forte connotation politique, l'impôt sur la fortune immobilière (ISF) a fait suite en 1989 à l'impôt sur les grandes fortunes (IGF) institué en 1982 sous la Présidence de François Mitterrand et supprimé par le gouvernement de Jacques Chirac en 1986. L'ISF a finalement été remplacé par l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) le 1^{er} janvier 2018 suite à la première élection du Président Emmanuel Macron.

¹⁹⁴ BOI-PAT-IFI-30-10-40, 08/06/2018, n°130

¹⁹⁵ POIRIER R., *Holdings animatrices : de l'incomplète reconnaissance de l'activité économique en fiscalité interne aux problématiques de fiscalité internationale*, Dr. Fisc. 2014, n° 13, 239

¹⁹⁶ Cass. Com. 6 mai 2014, n°13-11.420

récemment par le Conseil d'Etat¹⁹⁷ et par la Cour de cassation¹⁹⁸, que trois critères sont indispensables à la qualification de la holding animatrice¹⁹⁹ : l'existence d'un groupe, le contrôle des filiales ainsi que la conduite de la politique du groupe. Si le premier critère relatif à l'existence du groupe ne soulève guère de difficulté²⁰⁰, les critères du contrôle des filiales et de la conduite de la politique du groupe continuent de faire l'objet de nombreux contentieux. « Animer un groupe consiste en effet, d'une part, à gérer et, d'autre part, à contrôler les sociétés qui le composent²⁰¹ ». Ces deux critères, étroitement liés, participent ensemble à établir « l'animation » des sociétés du groupe par la holding.

103. L'insuffisance du contrôle des filiales, prérogative classique de l'associé. Le contrôle des filiales ne suffit pas à caractériser une holding animatrice et n'est pas nécessairement celui entendu en droit des sociétés à travers l'article L233-3 du Code de commerce. La doctrine administrative ne fixe aucun seuil de détention minimale, ni en termes de titres de capital ni en termes de droit de vote, et n'opère à ce titre aucun renvoi à un texte définissant cette notion et notamment aux dispositions de l'article L233-3 du Code de commerce. Le fait pour la holding, associée, d'exercer son droit à l'information, ses droits de vote ou ses droits financiers ne peut en soi suffire à caractériser l'animation. La doctrine administrative considère néanmoins que la participation de la société mère, même si elle n'est pas majoritaire, doit être suffisante pour que cette dernière puisse influencer les décisions prises au niveau de sa filiale, ce qui est le cas dans l'hypothèse où la société holding est l'associée principale de la filiale (pas d'autres associés disposant un pourcentage supérieur de titres)²⁰². Pour caractériser l'animation, et dans la mesure où le simple contrôle entendu au sens du droit des sociétés n'est pas suffisant, l'administration exige en réalité une sorte de contrôle

¹⁹⁷ CE plén., 13 juin 2018, n°395495 (concernant l'ancien abattement applicable aux gains de cession de titres de dirigeants partant à la retraite)

¹⁹⁸ Cass. Com. 19 juin 2019, n°17-20.559 et n°17-20.560

¹⁹⁹ Les prestations de services spécifiques (administratifs, juridiques, comptables, financiers ou immobiliers) rendues par la holding à titre interne au groupe apparaissent comme des critères accessoires non indispensables à la qualification de la holding animatrice.

²⁰⁰ Une société mère et une filiale unique peuvent suffire à constituer un groupe et qualifier la holding d'animatrice (Cass. Com. 2 juin 1992, n°90-14.613). Toutefois, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser qu'une société n'appartenant à aucun groupe ne peut être qualifiée d'animatrice et ce même si elle avait l'intention d'acquérir des titres de participations (Cass. Com. 16 juin 1992, n°89-21.949).

²⁰¹ COZIAN M., DEBOISSY F., CHADEFEAUX M., *Précis de fiscalité des entreprises*, op. cit., n°2433

²⁰² Il s'agit ici de la position retenue par l'administration fiscale lors de la conférence de l'Institut des Avocats Conseils Fiscaux (IACF) du 10 juin 2013.

renforcé des filiales puisque la holding doit nécessairement participer à la conduite de la politique du groupe.

104. L'exigence de la participation à la conduite de la politique du groupe, prérogative du dirigeant. La conduite de la politique du groupe implique de prime abord la définition de la stratégie du groupe et la détermination de la politique de développement des filiales : il s'agit pour la société mère d'élaborer le plan stratégique du développement des filiales, à moyen terme et à long terme, en prévoyant notamment des étapes intermédiaires permettant de faciliter le suivi et le contrôle du déroulement du plan. Plus précisément, l'organe dirigeant de la société mère doit déterminer la stratégie du groupe, s'assurer de sa mise en œuvre par les filiales, assurer le suivi du plan et faire éventuellement évoluer ce dernier en fonction de la conjoncture économique. De leur côté, les organes dirigeants des filiales doivent veiller à l'exécution de la politique du groupe et au respect des objectifs déterminés par la société mère, rendre compte de leur activité et de l'exécution du plan à l'appui de rapports annuels (rapport de gestion notamment) voire trimestriels ou mensuels. À noter que la réalisation de prestations de services techniques (services administratifs, juridiques, comptables, financiers etc.) par la holding au profit des filiales ne participe pas directement de la stratégie du groupe et ne suffit pas à caractériser une holding animatrice. Il s'agit néanmoins d'un critère secondaire pouvant venir accentuer la réalité du caractère animateur de la holding.

105. Il ressort de ces critères que l'exercice des seules prérogatives d'un associé ne suffit pas à reconnaître le statut de holding animatrice à la société mère. En effet, il semble nécessaire que ladite société holding exerce des pouvoirs similaires à ceux dévolus par principe à un dirigeant, ce qui suppose *a priori* que la holding soit factuellement voire formellement dirigeante. Autrement dit, l'existence d'une animation suppose que la holding, associée, soit également dirigeante de droit²⁰³ ou de fait. Les principes applicables en matière de droit des sociétés empêchant en principe qu'un associé puisse exercer des pouvoirs excédant ceux qui lui sont attribués par la loi, il sera souvent nécessaire en pratique d'établir

²⁰³ En nommant, lorsque cela est possible, la holding dirigeante de sa filiale. La SAS est souvent nommée à ce titre Présidente de sa filiale.

contractuellement des conventions d'animation et/ou plus largement de gestion afin de formaliser et d'organiser l'animation du groupe²⁰⁴.

B. En matière économique et sociale

106. En matière de droit de la concurrence et de droit du travail, le législateur a recours à la notion « d'entreprise²⁰⁵ ». Celle-ci, bien qu'elle constitue une notion davantage économique que juridique, est le sujet de droit au détriment de la société qui apparaît alors comme « la structure d'accueil par excellence de l'entreprise »²⁰⁶. L'objet de ces disciplines juridiques étant de réguler l'activité économique ou sociale des entreprises, la notion de contrôle telle qu'elle est entendue en droit des sociétés peut, dans certaines situations et à certains égards, paraître restrictive. C'est la raison pour laquelle d'autres notions ou critères spécifiques au droit des concentrations économiques (1) ou au droit des relations collectives de travail (2) sont pris en compte pour caractériser la domination d'une entreprise sur une autre.

1. La prise en compte de « l'influence déterminante » pour caractériser le contrôle en droit des concentrations économiques

107. Objet du droit des concentrations économiques. Rappelons d'emblée que l'objectif du contrôle des concentrations économiques effectué par l'Autorité de la concurrence française²⁰⁷ ou par la Commission européenne²⁰⁸ n'est pas de décourager les opérations de croissances externes ou de restructurations qui apparaissent souvent nécessaires au développement ou à la réorganisation structurelle des groupes de sociétés. A cet égard, les

²⁰⁴ Nous reviendrons plus en détail sur l'étude des conventions d'animation et des conventions de gestion (dit aussi « management fees ») dans nos développements ultérieurs (voir *infra*, n°198 et suiv.), ces dernières permettant notamment d'instaurer une certaine unité de direction au sein du groupe.

²⁰⁵ En droit de la concurrence, la notion « d'entreprise » est définie comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement » (CJCE C-41/90 du 23 avril 1991, *Höfner et Elser*). En ce sens, une entreprise peut visée le groupe dans son ensemble composé d'une pluralité de sociétés. La CJCE précise en effet à cet égard que la notion d'entreprise « doit 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 » (CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm*, aff. 170/83, att. n°11).

²⁰⁶ PAILLUSSEAU J., *Faut-il en France un droit des groupes de sociétés ?*, JCP G. 1971. I. 2401 bis, n°60

²⁰⁷ L'Autorité de la concurrence est compétente pour le contrôle des opérations de concentration de dimension nationale

²⁰⁸ La Commission européenne est compétente pour le contrôle des opérations de concentration de dimension européenne

lignes directrices de l'Autorité de la concurrence²⁰⁹ précise que « la détermination de l'indépendance antérieure des entreprises en cause est un point essentiel, une opération pouvant s'avérer n'être qu'une restructuration interne d'un groupe, auquel cas elle ne constitue pas une concentration²¹⁰ » au sens du droit des concentrations économiques. L'objet de ce dernier est en effet de prévenir les véritables atteintes à la concurrence qui pourraient résulter des opérations de concentrations économiques, à savoir en cas de fusion entre entreprises indépendantes, de création d'une entreprise commune, ou encore de prise de contrôle d'une ou plusieurs entreprises ainsi qu'il ressort des points I et II de l'article L430-1 du Code de commerce. Le point III du même article précise que le contrôle entendu au sens du droit des concentrations économiques « découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise ».

108. Notion « d'influence déterminante ». Le critère retenu pour qualifier le contrôle en droit des concentrations économiques est donc celui de « l'influence déterminante »²¹¹, notion qui émane de l'article 3 § 2 du Règlement communautaire du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises²¹². Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence apportent des précisions intéressantes sur cette notion en considérant qu'« une entreprise est contrôlée par une autre entreprise si l'entreprise contrôlante peut exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise contrôlée. Cette possibilité doit être réelle, mais il n'est néanmoins pas nécessaire de démontrer que l'influence déterminante est ou sera effectivement exercée. Par ailleurs, le contrôle ne suppose pas que l'entreprise contrôlante ait le pouvoir de déterminer la gestion courante de l'entreprise contrôlée. Ce qui importe, c'est son pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée²¹³ ». La Commission européenne précise d'ailleurs en ce sens que « par influence déterminante, on entend habituellement le pouvoir de bloquer les décisions qui déterminent

²⁰⁹ « Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations » sont un document ayant une vocation pédagogique afin de guider les entreprises dans l'application des règles de droit de la concentration.

²¹⁰ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence (2020), point n° 31

²¹¹ A ne pas confondre avec la notion d'« influence dominante » vu précédemment et visée par l'article L233-16 du Code de commerce relatif à l'obligation d'établissement des comptes consolidés.

²¹² Règlement (CE) 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 : JOUE 2004 L 24 p.1-22

²¹³ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence (2020), point n° 33

la stratégie commerciale d'une entreprise²¹⁴ ». Dans ces conditions, le contrôle peut théoriquement être identifié y compris en l'absence de liens capitalistiques et de droits de vote entre deux sociétés dès lors que la première exerce de manière habituelle un pouvoir de contrôle ou de blocage sur l'autre dans le cadre de ses prises de décisions essentielles.

109. Critères de « l'influence déterminante ». Plusieurs critères peuvent ainsi être pris en compte pour caractériser l'influence déterminante. En particulier, les lignes directrices visent deux types de situation pouvant conduire à établir l'existence d'une influence déterminante, à savoir les droits conférés à l'entreprise associée d'une autre ainsi que certaines relations contractuelles.

110. Dans le premier cas, l'influence déterminante est ainsi établie lorsqu'une entreprise dispose du pouvoir de prendre les décisions stratégiques d'une autre entreprise, y compris lorsque la première détient une participation minoritaire - voire aucune participation²¹⁵ - dans la seconde, telles que celles relatives au budget, aux investissements au-delà d'un certain montant, à la nomination et/ou révocation des principaux dirigeants²¹⁶. Les lignes directrices précisent en ce sens que la détention d'une participation minoritaire peut conduire à caractériser une influence déterminante lorsque ladite participation « est assortie de droits qui excèdent ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers²¹⁷ ». Par conséquent, un droit de veto accordé à une entreprise, associée minoritaire d'une autre entreprise, relatif aux décisions concernant son plan stratégique, pourrait se révéler suffisant à caractériser l'influence déterminante de la première sur la seconde²¹⁸.

111. S'agissant de la deuxième hypothèse, certaines relations contractuelles peuvent révéler l'existence d'une influence déterminante d'une entreprise sur une autre. Une communication de la Commission européenne²¹⁹ précise à cet égard que pour « conférer le

²¹⁴ Communication de la Commission européenne concernant la notion de concentration au sens du Règlement (CEE) 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises : JOCE 1998 C 66 p.5

²¹⁵ Notamment dans les cas de réseaux de distributions

²¹⁶ Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence (2020), point n° 35

²¹⁷ *Ibid.*, point n° 41

²¹⁸ *Ibid.*, point n° 42

²¹⁹ Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises

contrôle, le contrat doit conduire 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. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue (habituellement sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels) ». Toutes les relations contractuelles ne sont donc pas susceptibles de caractériser une influence déterminante. Celles qui sont concernées visent en réalité les relations déséquilibrées emportant la subordination dans la durée d'une entreprise au profit de l'autre. En somme, l'influence déterminante apparaît comme une notion très vaste trouvant une large application dans le cadre notamment des réseaux de distribution que les articles L233-3 ou L233-16 du Code de commerce ne permettent pas – ou très difficilement – d'appréhender.

2. La prise en compte « des liens financiers et économiques » pour déterminer le périmètre du groupe en droit social

112. Au-delà de l'approche commercialiste retenue dans le cadre du régime du comité de groupe prévu à l'article L2331-1 du Code du travail²²⁰ – renvoyant aux dispositions des articles L233-3 et L233-16 du Code de commerce – ainsi que des notions spécifiques développées par les juges de la chambre sociale de la Cour de cassation afin de responsabiliser la société mère²²¹, des critères alternatifs sont envisagés par le droit social afin de délimiter le périmètre du groupe.

113. Les « liens financiers et économiques », une notion autonome ? Depuis une loi du 19 février 2001 sur l'épargne salariale²²², le législateur autorise la mise en place d'un intéressement, d'une participation ou d'un plan d'épargne au niveau du groupe de sociétés considéré par l'article L3344-1 du Code de travail comme étant constitué par des « entreprises juridiquement indépendantes mais ayant établi entre elles des liens financiers et économiques » sans apporter de précisions complémentaires ni de renvois quelconques à d'autres articles afférents au contrôle d'une société ou d'une entreprise par une autre. Le

²²⁰ Le droit du travail impose la constitution d'un comité de groupe en présence d'un groupe de sociétés constitué d'une « entreprise dominante » et des entreprises qu'elle « contrôle » (renvoi au point I et II de l'article L233-3 du Code de commerce) ou sur lesquelles elle exerce une « influence dominante » (renvoi à l'article L233-16 du Code de commerce)

²²¹ Voir *infra*, n°644 et suiv.

²²² Loi n°2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, art. 4

critère retenu est donc très large dans la mesure où des « liens financiers et économiques » sont suffisants pour constater l'existence du groupe de sociétés.

114. Si la détention de la majorité de droit de vote entendu au sens de l'article L233-3 du Code de commerce, ou l'influence dominante visée par l'article L233-16 du même code (ainsi que celle visée par l'article L2331-1 étudié précédemment) permettrait dans les faits d'établir l'existence des liens financiers et économiques, il semble également possible de caractériser ces liens en présence d'une unité économique et sociale (UES)²²³. Cette notion jurisprudentielle, propre au droit social, est constituée d'une pluralité de personnes distinctes sur le plan juridique mais qui présentent des liens étroits amenant à les considérer comme une entreprise unique pour l'application de la législation sur la représentation du personnel²²⁴. En dehors de ces cas, rien ne semble s'opposer à ce que d'autres critères soient retenus pour caractériser les liens financiers et économiques constitutifs d'un groupe de société au regard du régime de l'intéressement, de la participation et du plan d'épargne.

115. À noter que le droit du travail multiplie les références au groupe en retenant des critères divers et variés dans plusieurs domaines allant notamment du droit du licenciement économique et du reclassement au droit de la mobilité et du détachement des salariés en passant par le droit de la négociation collective qui reconnaît les accords de groupe et les assimile aux accords d'entreprise (hors groupe) depuis une loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi²²⁵. En ce sens et comme le souligne des auteurs, « la notion de groupe, déjà non uniforme en droit commercial, se caractérise par sa polymorphie en droit du travail²²⁶ ». Néanmoins, il convient de souligner que ces dernières années, et notamment depuis les ordonnances Macron de 2017 réformant le droit du travail²²⁷, l'appréhension du groupe, notamment en matière de licenciement économique, se fait davantage par recours aux critères posés par le droit des sociétés. Une certaine uniformisation de la notion de groupe

²²³ JOURDAN D., *Les notions de groupe et l'épargne salariale*, LPA 22 fév. 2001, n° PA200103806, p.19

²²⁴ Memento Pratique « Groupe de sociétés 2019-2020 », Ed. Francis Lefebvre, n°68900

²²⁵ Loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi

²²⁶ VERKINDT P.-Y., FAVENNEC-HERY F., *Droit du travail*, oct. 2020, Lextenso, 9782275084473

²²⁷ Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (JO du 23 septembre 2017) et ordonnance n°2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social (JO du 21 décembre 2017), ratifiées par la loi n°2018-217 du 29 mars 2018 (JO du 31 mars 2018)

se dégage ainsi par le recours à la notion de contrôle prévue notamment aux articles L233-3 et L233-16 du Code de commerce.

116. En tout état de cause, en l'état du droit positif, les différentes conceptions du contrôle et délimitation des frontières du groupe ne débouchent pas sur une réglementation reconnaissant l'unité structurelle du groupe de sociétés, bien que ces situations de contrôle entraînent l'application de certaines règles particulières destinées aux sociétés groupées. La diversité des notions de contrôle conduit ainsi à constater l'existence ou non du groupe selon la discipline juridique en question : un groupe pourrait très bien exister au regard du droit du travail alors qu'il n'existerait pas sur le plan du droit des sociétés ou du droit fiscal.

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE I

117. La notion de contrôle apparaît, aussi bien en droit français qu'en droit turc, comme le moyen d'appréhender en droit le groupe de sociétés qui reste avant tout un phénomène économique. Notion juridique vaste, l'appréhension du groupe *via* le contrôle permet d'englober l'essentiel des situations de fait et une grande variété de groupes quant à leur organisation interne ou leur puissance économique. Au-delà des limites afférentes au montage structurel que constitue le groupe de sociétés par le biais de la réglementation des participations réciproques et de l'autocontrôle, la notion de contrôle fait en outre face à la diversité des notions retenues par les autres branches du droit. En effet, l'appréhension juridique du groupe passe également par le critère « des liens de dépendance » ou encore des « liens financiers et économiques ». Il en va de même de la notion d'« influence » retenue en matière fiscale à celle d'« influence dominante » en matière comptable et reprise en droit social, en passant par « l'influence déterminante » en matière de droit des concentrations économiques.

118. Cette diversité de notions nuit à la clarté et à la prévisibilité du droit – et donc *in fine* à la sécurité juridique et l'attractivité du droit français. En ce sens, il serait opportun, dans un esprit de clarté et de sécurité juridique mais également de cohérence et d'harmonie entre les différentes disciplines juridiques, de réduire les différentes notions qui tournent finalement toutes autour de celle du « contrôle » envisagé par le droit des sociétés. A ce titre, en matière de droit du travail, il semble apparaître une certaine tendance à définir davantage le groupe de sociétés au regard des critères énoncés par le Code de commerce²²⁸. Uniformiser au maximum l'appréhension juridique du groupe par la notion de contrôle – bien que cela puisse paraître difficile dans certaines hypothèses compte tenu des objectifs divergents poursuivis par les diverses branches du droit – permettrait de reconnaître une sorte de droit commun des groupes sur ce point, facteur de lisibilité, de clarté et donc de prévisibilité en faveur des groupes de sociétés.

²²⁸ FAVENNEC F., *Le groupe : d'un concept sociétaire à une notion conventionnelle ?* : Bull. Inf. C. cass. 15 sept. 2018, n° 887, p. 26 s.

Chapitre II. L'exercice du pouvoir : la recherche de la direction unifiée des sociétés du groupe

119. Direction des sociétés du groupe. La direction d'une société unique ne pose pas de difficultés particulières : ladite société est un sujet de droit à part entière disposant de la personnalité morale²²⁹ qui est gouvernée par un ou plusieurs organes de direction agissant, par principe, dans l'intérêt de cette entité juridique. La situation se complique en revanche lorsqu'il est question de mener un ensemble de sociétés membres d'un groupe, ensemble dont le droit ne reconnaît pas la personnalité juridique. Les droits français et turc ne reconnaissent à ce titre aucun organe de direction de groupe qui aurait pour rôle d'unifier, sinon d'harmoniser, la direction des sociétés du groupe²³⁰.

120. Intérêt de la direction unifiée au sein du groupe. La question de la direction unifiée des sociétés du groupe est pourtant essentielle puisqu'elle permettrait de faciliter l'instauration et l'exécution d'une politique commune au sein du groupe. L'existence de cette politique commune revêt un caractère essentiel en pratique, notamment sur le plan fiscal, puisqu'elle conditionne la qualification de holding animatrice de la société mère qui permet notamment aux associés de cette dernière de bénéficier de plusieurs dispositifs de faveur.

121. Nous relevons par ailleurs qu'en pratique, la division du pouvoir qui résulte de la constitution du groupe de sociétés – chaque entité disposant de son propre organe de direction indépendamment d'un éventuel organe supérieur de groupe – n'est très généralement pas l'objectif recherché par les entreprises. En effet, ces dernières s'organisent sous forme de groupe de sociétés pour des raisons diverses qui peuvent être purement d'ordre économique ou juridique (cloisonnement d'une activité spécifique au sein d'une société *ad hoc* pour ainsi limiter les risques en cas d'éventuelles difficultés ultérieures), ou encore fiscal (constitution d'une intégration fiscale, création d'une société holding afin d'éviter toute fiscalité personnelle au niveau des associés personnes physiques en cas de distribution...) etc. Dans la grande majorité des cas, l'indépendance de principe des organes

²²⁹ A l'exception de quelques sociétés dépourvues de la personnalité morale (société en participation et société créée de fait pour l'essentiel). Voir à ce sujet : DONDERO B., *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, Contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2006

²³⁰ LE CANNU P., *Les organes de groupe*, LPA, 4 mai 2001, n° PA200108911, p.43

de direction résultant de la constitution du groupe n'est pas souhaitée, d'où l'intérêt pratique de soulever la question de la direction unifiée des sociétés du groupe.

122. Plan. Le droit français et le droit turc s'opposent assez nettement sur la question : si le législateur turc a fait le choix d'une consécration légale de l'unité de direction au sein du groupe (**Section 1**), la question de l'existence même de cette unité de direction se pose en droit français (**Section 2**).

Section 1. La consécration légale de l'unité de direction en droit turc

123. Plan. Le droit turc consacre une véritable unité de direction au sein du groupe au profit de la société mère. Si, comme en droit français, aucun organe de direction propre au groupe n'est consacré en droit turc, ce dernier reconnaît aux organes de direction de la société mère un droit général de donner des instructions aux organes de direction des filiales (§1) mais également des droits spécifiques contribuant à renforcer ou rétablir l'unité de direction intragroupe (§2).

§1. Un droit exprès et général de donner des instructions aux filiales

124. Distinction opérée par le droit turc. S'agissant de ce droit pour les dirigeants de la société mère de donner des instructions aux filiales, droit pour les dirigeants de la mère qui se traduit du côté des dirigeants des filiales par une obligation expresse de suivre lesdites instructions, le droit turc opère une distinction entre les filiales contrôlées à 100 % (A) et toutes les autres situations où la filiale n'est pas intégralement détenue par la société mère (B).

A. Dans les hypothèses de filiales détenues à 100 %

1. Le principe

125. Dispositions légales. L'article 203 du CCT dispose que « si une société commerciale détient, directement ou indirectement, 100 % des actions et des droits de vote d'une société de capitaux, le conseil d'administration de la société mère peut, à condition que cela soit justifié par les politiques effectives déterminées par le groupe, donner des instructions concernant la direction et l'orientation de la filiale, même si cela puisse entraîner des conséquences pouvant engendrer une perte (chez ladite filiale). Les organes de la filiale

doivent suivre ces instructions²³¹ ». Cet article consacre ainsi au profit de l'organe de direction de la société mère, un droit exprès de direction et d'orientation des filiales détenues directement ou indirectement à 100 %. Ainsi, dans l'hypothèse d'un schéma simple composé d'une société mère et de plusieurs filiales détenues à 100 %, le droit turc autorise la mise en place d'une véritable unité de direction des sociétés groupées dès lors que les dirigeants des filiales sont, par principe, subordonnés à ceux de la mère.

126. Un principe de subordination des organes dirigeants de la filiale détenue à 100 %.

Contrairement au droit français où les organes de direction de la filiale sont censés agir prioritairement dans l'intérêt social²³² (de leur filiale) et non du groupe (voire de la société mère), et ce malgré la consécration de la notion d'intérêt de groupe qui - nous le verrons - a une portée relativement limitée²³³, le droit turc pose ainsi le principe de la subordination des dirigeants de filiale à ceux de la société mère, du moins dans l'hypothèse de détention intégrale des titres de la filiale, et ce, tout en maintenant la division patrimoniale au sein du groupe.

127. Cette unité de direction est justifiée par le fait que, dans cette situation de détention et de contrôle directe ou indirecte à 100 % de la filiale, il n'existe aucun actionnaire minoritaire « externe au groupe » à protéger au sein de la filiale²³⁴. Le législateur turc estime ainsi que l'importance du lien structurel capitalistique qui unit la mère à sa fille, la première étant notamment l'associée unique de la seconde en cas de détention directe, autorise une entorse au principe d'autonomie ou d'indépendance juridique des sociétés membres du groupe. À noter toutefois que des dispositions particulières sont prévues pour protéger les créanciers de la filiale détenue à 100 %²³⁵ : le législateur turc apporte ainsi une certaine souplesse dans

²³¹ Traduction réalisée par l'auteur de la présente thèse

²³² En prenant désormais en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société (article 1833 du Code civil modifié par la loi « Pacte » n°2019-486 du 22 mai 2019)

²³³ Voir *infra* n°163 et suiv.

²³⁴ Lorsque la société mère détient directement l'intégralité des titres et des droits de vote de sa filiale, il n'y a par définition aucun minoritaire à protéger. L'existence d'un minoritaire est toutefois envisageable dans un contexte de détention indirecte lorsqu'une partie des titres de la filiale est détenue indirectement par la société mère : le minoritaire en question est alors une société actionnaire elle-même détenue intégralement par la société mère (filiale globalement détenue à 100 %). Dans cette hypothèse, la société actionnaire minoritaire étant elle-même détenue intégralement par la même société mère, elle n'est pas considérée comme étant externe au groupe.

²³⁵ Voir *infra* n°665 et suiv.

l'organisation du pouvoir au sein du groupe de sociétés sans toutefois mettre en péril la situation des créanciers de la filiale détenue intégralement.

128. Une condition de détention de l'intégralité des titres et des droits de vote. Plusieurs remarques peuvent par ailleurs être apportées s'agissant de la rédaction de l'article 203 du Code de commerce turc. D'abord, s'agissant des conditions de détention de la filiale, l'article précise que la société mère doit détenir « 100 % des actions et des droits de votes », ce qui semble exclure toute possibilité de dissociation de la propriété du titre et du droit de vote. Cette rédaction peut paraître surprenante dès lors que le droit turc retient comme principal mode de contrôle d'une société la détention de la majorité des droits de vote et non nécessairement des titres. Il autorise par ailleurs, comme en droit français, les actions de préférence permettant une telle dissociation du droit de vote et de la propriété.

129. La nécessité de justifier les instructions de la société mère par l'existence d'une politique de groupe préétablie. Ensuite, la loi subordonne le pouvoir de direction de la société mère à l'existence de « politiques concrètes (effectives) déterminées par le groupe ». Que faut-il entendre par ces dispositions ? S'agit-il d'une notion similaire à celle de la « politique commune » développée par les juges français dans le cadre de la jurisprudence *Rozenblum*²³⁶ ? Certains auteurs turcs estiment en effet qu'il convient de retenir la conception française²³⁷. Il importe en ce sens de vérifier qu'une politique du groupe, élaborée par le conseil d'administration de la société dominante – éventuellement avec le concours des organes dirigeants des filiales – existe réellement pour l'ensemble des sociétés du groupe. Si cette politique de groupe n'est pas nécessairement écrite, il apparaît opportun qu'elle le soit pour faciliter la preuve de son existence. En tout état de cause, les instructions données par la société mère ne peuvent être justifiées par des besoins quotidiens de cette dernière. Il convient au contraire de démontrer que les instructions s'inscrivent dans une véritable politique de groupe²³⁸. À cet égard, les résolutions d'assemblée du conseil d'administration ou celles des assemblées générales, les objectifs énoncés dans les rapports annuels d'activité

²³⁶ Pour plus de précisions sur cette jurisprudence et la notion d'intérêt de groupe, voir *infra* n°163 et suiv.

²³⁷ YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı (Right of Litigation for Creditors in the Case of Full Control in the Corporate Groups)*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 42, Nisan 2020, s. 368

²³⁸ GEÇGEL E., *Şirketler Topluluğunda Tam Hâkimiyet ve Hâkim Şirketin Sorumluluğu*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 13, Ocak 2016, s.79-80

du conseil d'administration permettront de participer à la démonstration de l'existence effective d'une politique de groupe²³⁹. Si la politique du groupe le justifie, les organes dirigeants de la société dominante pourront ainsi donner des instructions à la filiale détenue intégralement, y compris lorsque cela engendre une perte chez cette dernière, sous réserve toutefois de rares exceptions.

2. Des exceptions rares

130. Tempéraments atténuant l'unité de direction. L'article 204 du CCT tempère le droit pour la société mère de donner des instructions à sa filiale détenue à 100 % et prévoit trois exceptions. Selon les dispositions de cet article, la société mère ne peut donner des instructions à sa filiale lorsque cela conduit « à excéder sa capacité de paiement, à mettre en danger son existence ou est susceptible de conduire à la perte d'actifs importants ». Plutôt que de véritables exceptions remettant en cause l'unité de direction consacrée par l'article 203 susvisé, il est ici simplement question de tempéraments consistant à préserver la continuité de l'activité de la filiale et de prévenir la ruine de cette dernière. S'il n'existe dans ce contexte aucun actionnaire minoritaire externe au groupe qui nécessiterait une protection du législateur, cette disposition vise en réalité à assurer une protection des créanciers de la filiale détenue intégralement par la société dominante. Néanmoins, si la perte d'actifs importants de la filiale ne réduit pas considérablement le gage général des créanciers de ladite filiale, la responsabilité des organes dirigeants de la société mère ne pourra être engagée par les créanciers sociaux. De la même manière, il est admis que la « mise en danger » de l'existence de la filiale doit être appréciée au regard de la protection des créanciers de cette dernière²⁴⁰.

131. La filiale détenue à 100 % réduite à la succursale ? Dans ces conditions, la société détenue intégralement par sa mère se rapproche davantage de la succursale qui n'est que le prolongement, sans personnalité morale distincte, de la société en question (du siège). En effet, bien que la société détenue à 100 % soit juridiquement distincte de la société dominante, le pouvoir de direction accordé par le droit turc au profit des dirigeants de cette dernière nous conduit à penser que les dirigeants de la société dominée ne jouent qu'un rôle

²³⁹ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op.cit., s. 426

²⁴⁰ YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı (Right of Litigation for Creditors in the Case of Full Control in the Corporate Groups)*, op. cit., s. 369

de second plan, la gestion de ladite société étant, en droit, sous la tutelle des organes dirigeants de la structure du haut. La barrière de la personnalité morale opposant les deux structures, censée distinguer et rendre autonome les organes dirigeants des deux sociétés, semble dès lors sans effet. En conséquence de la subordination des organes dirigeants de la filiale, l'article 205 du CCT prévoit que ces derniers ne peuvent en principe être tenus responsables en raison de l'application des instructions données par la société dominante conformément aux dispositions des articles 203 et 204 ci-avant mentionnés²⁴¹. Néanmoins, leur responsabilité pourrait être engagée s'ils suivent des instructions de la société dominante conduisant à la ruine de « leur » société²⁴².

B. Dans les autres hypothèses

132. Contrairement à la situation précédente, le droit turc ne prévoit pas un texte spécifique autorisant expressément la société mère à donner des instructions à sa filiale non détenue à 100 %. Les auteurs turcs estiment toutefois que ce droit est reconnu de manière implicite par le législateur dans le cas particulier de la conclusion d'un contrat de domination (1). Il peut également être considéré que ce droit de la société mère de donner des instructions à ses filiales est indirectement reconnu à travers le système de compensation des pertes subies par ces dernières (2).

1. En cas de conclusion d'un contrat de domination

133. L'instauration d'une unité de direction sans condition d'existence d'une politique de groupe préétablie. Le droit turc autorise la société mère à donner des instructions à une filiale qui ne serait pas détenue à 100 % dans l'hypothèse où un « contrat de domination » (*Hâkimiyet sözleşmesi*) serait conclu. Si ce contrat de domination n'est pas défini par la loi turque, il convient de noter que la « direction du registre du commerce » (*Ticaret Sicil Yönetmenliği*) estime que la caractéristique principale du contrat de domination est la possibilité offerte à la société mère de donner des ordres à sa filiale « sans être soumise à une quelconque condition » préalable²⁴³. Ce faisant, la direction du registre du commerce turque adopte une position plus souple en l'absence de détention intégrale des titres par la société mère (mais en présence d'un contrat de domination) puisqu'elle ignore purement et

²⁴¹ Voir *infra*, n°667 et suiv.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ TSY m. 106 f. 1

simplement la condition de la nécessité de l'existence d'une politique de groupe afin de rendre licite l'instruction donnée par la mère à sa fille²⁴⁴. Par cette appréciation qui en est faite, la doctrine turque en déduit que le droit de donner des instructions est également admis à la société mère qui aurait conclu un contrat de domination avec sa filiale²⁴⁵, filiale qui pourtant ne serait pas détenue à 100 % par sa mère.

134. Une position rejoignant la conception allemande du contrat de domination. En ce sens, la position de la doctrine turque suit la conception allemande du contrat de domination défini dans le cadre des groupes contractuels²⁴⁶. Le droit allemand considère en effet que l'objet d'un contrat de domination est de transférer le pouvoir de direction de la filiale (« entreprise dominée ») au profit de la société mère (« entreprise dominante »). En conséquence, en concluant un tel contrat de domination avec sa filiale, la société mère acquiert expressément le droit de donner des ordres aux dirigeants de ladite filiale, y compris lorsque ces instructions sont désavantageuses pour cette dernière. Le Professeur allemand HOPT affirme à ce titre que dans cette situation, « l'entreprise dominante jouit donc, de droit, d'une liberté complète d'entrepreneur en dirigeant le groupe sans avoir égard à ses membres²⁴⁷ ». Cependant, en pratique, si la conclusion de contrat de domination n'est pas très répandue en Allemagne, la conclusion d'un tel contrat est quasi-inexistante dans la pratique turque actuelle²⁴⁸. En réalité, même en dehors des hypothèses de détention par la société mère de 100 % des titres de la filiale et en l'absence de contrat de domination, le droit turc reconnaît indirectement à la société mère le droit de donner des instructions à sa filiale, sous réserve toutefois de respecter certaines conditions.

²⁴⁴ OKUTAN NILSSON G., *Türk Şirketler Topluluğu Hukukunun Hedefleri Bakımından İşlevsel Bir İnceleme ve Özellikle Hâkim Şirketin Bilgi Alma Hakkı*, in « *Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı* », Editör : OKUTAN NILSSON G., On iki Levha, İstanbul, 2018, s. 41

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Contrat de domination prévu à l'article 291 de la loi allemande du 6 septembre 1965 relatif aux groupes de sociétés

²⁴⁷ HOPT K.-J., *Le droit des groupes de sociétés ; expériences allemandes, perspectives européennes*, Rev. sociétés, 1987, 376

²⁴⁸ Il ressort en effet de l'exposé des motifs de l'article 195 (1) b) du Code de commerce turc que le législateur a choisi l'option de retenir le contrat de domination comme une modalité alternative de contrôle et en anticipant l'éventualité du choix de cette pratique par les groupes de sociétés à l'avenir (Gerekçe, m. 195, f.)

2. *Un droit indirectement reconnu à travers le système de compensation des pertes subies par la filiale*

135. Un système de compensation permettant à la société mère d'indemniser les pertes subies par la filiale en raison de l'exercice de son contrôle. Bien que le Code de commerce turc ne prévoie pas explicitement au profit de la société mère un droit de donner des instructions à sa filiale non détenue à 100 %, la doctrine turque, et en particulier le Professeur OKUTAN NILSSON, estime que le législateur reconnaît indirectement cette possibilité à travers le mécanisme de compensation des pertes subies par la filiale²⁴⁹. En effet, le législateur turc n'ignore pas la possibilité d'immixtion de fait de la société mère dominante dans la gestion de sa filiale, y compris en l'absence de détention intégrale des titres de cette dernière ou en l'absence de conclusion d'un contrat de domination. C'est d'ailleurs cette immixtion de fait qui justifie l'existence d'un système de compensation en droit turc : la perte subie par la filiale du fait de l'immixtion de la société mère doit en principe être compensée par cette dernière²⁵⁰. Pour l'essentiel, il s'agit pour la société mère d'indemniser la filiale (et non directement les minoritaires de celle-ci) lorsqu'elle s'immisce dans la gestion de cette dernière et lui fait subir des pertes. La société mère doit alors procéder à la compensation de la perte subie par la filiale par principe en cours d'exercice social. Ce n'est qu'à défaut de compensation effective que les minoritaires et/ou les créanciers de la filiale pourront, sous certaines conditions, engager une action en responsabilité à l'encontre de la société mère et de ses dirigeants²⁵¹.

136. Un droit « d'orientation » de la gestion de la filiale. Par ce mécanisme, le Professeur OKUTAN NILSSON considère ainsi que le droit turc ouvre la possibilité à la société mère de mettre en œuvre une politique de groupe en donnant des instructions aux organes dirigeants de sa filiale, et ce même lorsqu'il est question de filiales non détenues intégralement²⁵². Néanmoins, contrairement aux situations précédentes (détention intégrale ou conclusion d'un contrat de domination), il est ici davantage question d'un droit « d'orientation »

²⁴⁹ OKUTAN NILSSON G., *Türk Şirketler Topluluğu Hukukunun Hedefleri Bakımından İşlevsel Bir İnceleme ve Özellikle Hâkim Şirketin Bilgi Alma Hakkı*, in « *Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı* », op.cit., s.42

²⁵⁰ Article 202 (1) du Code de commerce turc

²⁵¹ Pour plus de détails sur le système de compensation, voir *infra* n°503

²⁵² OKUTAN NILSSON G., *Türk Şirketler Topluluğu Hukukunun Hedefleri Bakımından İşlevsel Bir İnceleme ve Özellikle Hâkim Şirketin Bilgi Alma Hakkı*, in « *Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı* », op. cit., 2018, s.42

(*Yönlendirme hakkı*) de la gestion de la filiale dans la mesure où les organes dirigeants de cette dernière ne sont pas tenus, en droit, de suivre les instructions de la société mère²⁵³. Dans les faits, lorsque la société mère majoritaire est en position, à elle seule, de révoquer et de nommer les dirigeants de la filiale, cela conduit souvent en pratique à la docilité de fait de ces derniers. En ce sens, bien qu'imparfaite, l'unité de direction intragroupe est souvent bien réelle dans les faits, y compris dans les situations de détention partielle et en l'absence de conclusion de contrat de domination.

137. Au-delà de ce droit général de donner des instructions à sa filiale, la société mère dispose de droits spécifiques permettant de renforcer, ou rétablir dans certaines situations pathologiques, l'unité de direction au sein du groupe.

§2. Des droits spécifiques renforçant ou rétablissant l'unité de direction intragroupe

138. Les associés ou membres du conseil d'administration de la société mère disposent tout d'abord d'un droit renforcé à l'information sur les activités des filiales (A). Dans certaines situations, la société mère bénéficie par ailleurs d'un droit de rachat des titres des minoritaires de la filiale dans le cadre du mécanisme dit du « squeeze out » (B).

A. Un droit renforcé à l'information sur les activités des filiales

139. Le droit turc n'opère ici aucune distinction entre les filiales détenues à 100 % et les autres hypothèses. Le droit renforcé à l'information reconnu au profit des membres du conseil d'administration²⁵⁴ et des associés²⁵⁵ de la société mère s'applique de manière explicite aussi bien aux situations de détention intégrale qu'aux autres situations de détention partielle. Ainsi, au-delà du droit à l'information dont dispose chaque actionnaire lors des assemblées générales annuelles, le droit turc se singularise par la possibilité offerte à chaque associé ou membre du CA de demander, à tout moment, au Président du CA, un « rapport de domination » (*Hâkimiyet raporu*) contenant un nombre important d'informations essentielles (1). Ce droit soulève toutefois des difficultés d'articulation avec le principe « d'égalité de traitement » des actionnaires prévu à l'article 437 (2) du Code de commerce turc (2).

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Article 199 (4) du Code de commerce turc

²⁵⁵ Article 200 du Code de commerce turc

1. *Un rapport riche d'informations participant à l'instauration de l'unité de direction*

140. Un contenu large relatif aux « sociétés liées » et aux opérations intragroupe. Les articles 199-4 et 200 du CCT prévoient en substance la possibilité pour chaque associé et chaque membre du Conseil d'administration de la société mère de demander au Président du Conseil d'administration de ladite société la production d'un « rapport de domination », ledit rapport devant être établi selon les « principes de responsabilité et refléter de manière exacte et honnête » les informations suivantes :

- « la situation financière et patrimoniale des sociétés liées ainsi que leurs comptes sociaux trimestriels » ;
- « les relations entre la société dominante et les sociétés liées, celles entre sociétés liées, celles entre les associés de la société dominante, celles entre les associés de la société dominante et ceux des sociétés liées, ainsi que les relations entretenues par ces derniers avec leurs proches²⁵⁶ » (!) ;
- « les opérations réalisées entre ces derniers ainsi que leurs résultats et leurs effets ».

141. Un rapport de domination participant à l'élaboration de l'unité de direction au sein du groupe. Contrairement aux « rapports de dépendance » (*Bağlılık raporu*) qui doivent obligatoirement être établis par les filiales²⁵⁷, l'établissement du rapport de domination (*Hâkimiyet raporu*) préparé par la société mère est facultatif : il est en principe établi à la demande d'un membre du conseil d'administration ou d'un associé de la société mère²⁵⁸. Il ressort de l'exposé des motifs de la loi turque sur les groupes de sociétés que le but des dispositions de l'article 199 (4) relatif au rapport de domination est de fournir aux membres du conseil d'administration de la société mère une image financière et patrimoniale consolidée, de leur donner la possibilité d'auditer et de surveiller les sociétés appartenant au groupe, et de prendre les précautions et mesures nécessaires en toute connaissance de cause²⁵⁹. Ce dispositif permettant aux dirigeants de la société mère d'obtenir des informations détaillées sur l'activité de ses filiales s'inscrit en ce sens dans une volonté du législateur turc

²⁵⁶ L'information relative aux « proches » des associés apparaît à notre sens excessive et non justifiée.

²⁵⁷ S'agissant des objectifs et du contenu du rapport de dépendance, voir *infra* n°515 et suiv.

²⁵⁸ BORA S., *Şirketler Topluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Ocak 2014, s.105

²⁵⁹ Gerekçe, m. 199 (4)

de fournir aux organes dirigeants de la société mère les moyens de réaliser l'unité de direction intragroupe. En effet, les dirigeants de la société mère ont besoin d'informations complètes et détaillées pour déterminer et ajuster la politique commune du groupe afin d'orienter et diriger ses filiales, et plus spécifiquement pour analyser les effets de ses instructions sur l'activité de ces dernières²⁶⁰. Les informations contenues dans le rapport de domination n'ont en ce sens pas simplement pour objectif d'éclairer les membres du conseil d'administration ou les associés. Il s'agit plus largement d'apporter à ces derniers des informations qui vont leur permettre d'exercer une véritable direction et/ou un contrôle sur les filiales.

142. Une obligation des filiales de fournir à la société mère les informations et documents nécessaires à l'établissement du rapport de domination. Pour établir le rapport de domination, l'article 199 (4) du CCT ajoute que « les sociétés liées sont tenues, si elles ne peuvent pas prouver l'existence d'un motif clair de rejet, de soumettre les informations et les documents nécessaires à la préparation de ce rapport aux experts de l'entreprise dominante ». Autrement dit, les filiales ne peuvent pas s'abstenir de fournir les informations et documents utiles à la société mère pour l'établissement de son rapport, à moins qu'elles apportent la preuve d'un juste motif qui, aux termes de la loi, « ne laisse aucune place à l'interprétation²⁶¹ ». A titre d'illustration, un auteur considère que peuvent constituer des motifs valables et justifier ainsi un refus de la filiale de communiquer les informations le fait, par exemple, que lesdites informations (sollicitées par la société mère) seront très probablement utilisées dans un but autre que celui de l'établissement du rapport de domination, par exemple dans le cadre d'un procès²⁶². A cet égard, le texte de l'article 199 (4) du Code de commerce turc prévoit d'ailleurs expressément que « si le membre demandeur du conseil d'administration (fait la demande du rapport) au profit d'un tiers, il sera tenu responsable des conséquences en résultant²⁶³ ». En l'absence de raison valable prouvée par

²⁶⁰ ÖZDİN F., *Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 197, Ocak 2021, s. 347-350

²⁶¹ A défaut de communication, sans raison valable, des informations et documents utiles à la société mère pour l'établissement du rapport de domination, la filiale s'expose notamment à des sanctions financières prévues à l'article 562 (3) du Code de commerce turc.

²⁶² BORA S., *Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları*, op. cit., s.106

²⁶³ A noter que ce cas de responsabilité n'est pas prévu à l'article 200 du Code de commerce turc qui concerne ce même droit renforcé à l'information mais au profit des associés de la société mère

la filiale, la règle de principe reste la communication des informations et documents à la société mère dès lors que cette dernière en fait la demande.

143. Ainsi, à travers les dispositions de l'article 199 (4) et de l'article 200 du CCT, le législateur accorde aux associés de la société mère et aux membres du conseil d'administration de cette dernière – et donc finalement à la société mère elle-même représentée par ses administrateurs²⁶⁴ – un droit spécifique leur permettant de demander des informations en dehors de l'enceinte de l'assemblée générale²⁶⁵, ce qui fait de la société mère un actionnaire « privilégié²⁶⁶ » par rapport aux actionnaires minoritaires de la filiale qui ne disposent pas, par principe, d'une telle possibilité de demander des informations en dehors du cadre de l'assemblée générale. Face à ce constat, la doctrine turque s'est penchée sur la question de l'articulation de cette possibilité pour la société mère d'obtenir des informations élargies avec le principe général d'égalité de traitement des actionnaires prévu à l'article 437 (2) du CCT.

2. L'articulation avec le principe d'égalité de traitement des actionnaires

144. La question du droit pour les minoritaires de la filiale de solliciter la communication des mêmes informations fournies à la société mère contrôlaire. L'article 437 (2) du CCT prévoit en effet que si l'un des actionnaires a reçu, en raison de sa qualité d'actionnaire, des informations sur un sujet donné en dehors de l'assemblée générale, les mêmes informations – contenant le même détail et la même portée – doivent être communiquées si un autre actionnaire de la même société en fait la demande, même si ces informations ne sont pas liées à l'ordre du jour de l'assemblée générale. Autrement dit, si l'on se contente de la lecture de cet article, les informations communiquées à la société mère dominante en vertu de l'article 199 (4) du Code de commerce turc (pour l'établissement en principe du rapport de domination) doivent nécessairement être transmises à tout autre actionnaire minoritaire de la filiale qui en ferait la demande, et ce en raison du principe d'égalité de traitement des actionnaires posé par l'article 437 (2) du même code. En réalité, il en va autrement : la doctrine

²⁶⁴ Ce droit renforcé à l'information devrait à notre sens être accordé au profit de la société mère (représentée par ses organes de direction) et non directement aux membres du CA ou associés de cette dernière. C'est en effet la société mère (et non ses propres associés ou administrateurs) qui, au-delà de sa qualité d'actionnaire, dispose d'un statut de fait « privilégié » par rapport aux autres actionnaires minoritaires de la filiale.

²⁶⁵ Article 437 (2) du Code de commerce turc

²⁶⁶ ÖZDİN F., *Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi*, op. cit., s. 352

turque considère en effet que ce droit spécifique d'obtention d'informations en dehors du cadre de l'assemblée générale est réservé à la société mère dominante et non aux minoritaires de la filiale.

145. Position du droit allemand. Pour parvenir à cette conclusion, il est en premier lieu rappelé le dispositif similaire prévu en droit allemand en la matière²⁶⁷, très proche de la rédaction de l'article 437 (2) du Code de commerce turc²⁶⁸. La doctrine allemande considère que les informations communiquées à la société mère et considérées comme nécessaires à la gestion du groupe n'ont pas à être communiquées aux autres actionnaires minoritaires de la filiale²⁶⁹. Cette position est justifiée par le fait que la règle d'égalité de traitement des actionnaires prévue en droit allemand²⁷⁰ – et repris quasiment mot pour mot par le droit turc²⁷¹ – selon laquelle tout actionnaire doit pouvoir disposer des mêmes informations, n'est applicable que si l'information est communiquée à l'actionnaire en raison de sa qualité d'actionnaire. Or, la doctrine allemande considère que les informations données par les filiales à la société mère dominante pour l'établissement du rapport de domination ne le sont pas en raison de la qualité d'actionnaire de société mère, mais en vertu de la « relation spéciale » existante au sein du groupe et afin que cette dernière puisse avoir les moyens d'assurer le contrôle et la gestion globale du groupe²⁷². Dans ces conditions, les minoritaires de la filiale ne peuvent se fonder sur le principe d'égalité de traitement des actionnaires pour demander la communication des informations fournies à la société mère. La société mère bénéficie en ce sens d'un statut privilégié disposant de droits renforcés à l'information par rapport aux autres actionnaires de la filiale.

146. Position du droit turc. Au-delà des aspects mis en avant par la doctrine allemande, la doctrine turque estime que s'agissant du droit turc, l'article 199 (4) du CCT accorde à la société mère un droit spécifique qui doit être analysé indépendamment de celui pour les actionnaires, plus général, de demander des informations dans le cadre des assemblées générales prévu à

²⁶⁷ Aktiengesetz, § 131 (4) - *Auskunftsrecht des Aktionärs (Droit à l'information des actionnaire)*

²⁶⁸ ÖZDİN F., *Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi*, op. cit., s. 352

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Aktiengesetz, § 131 (4)

²⁷¹ Article 437 (2) du Code de commerce turc

²⁷² ÖZDİN F., *Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi*, op. cit., s. 352

l'article 437 (2) du même code. Par conséquent, il est admis qu'en droit turc, le droit pour la société mère d'accéder à des informations en dehors du cadre de l'assemblée générale conformément à l'article 199 (4) du Code de commerce ne découle pas de sa qualité d'actionnaire mais de la loi elle-même²⁷³. Aussi bien en droit allemand qu'en droit turc, la société mère dispose à ce titre d'un statut privilégié lui permettant de bénéficier d'un droit renforcé à l'information. Le résultat est par ailleurs le même : les minoritaires de la filiale ne peuvent, comme en droit allemand, se prévaloir du principe d'égalité de traitement des actionnaires pour solliciter les mêmes informations que celles obtenues par la société mère majoritaire.

B. La consécration d'un mécanisme de « squeeze out »

147. Le droit turc prévoit au profit de la société mère majoritaire un dispositif de rachat des titres des minoritaires de la filiale permettant de rétablir, en cas de dysfonctionnement résultant du comportement de ces derniers, l'unité de direction au sein du groupe (1). Si ce droit au rachat n'est possible que dans les situations de détention de 90 % des titres et des droits de vote de la filiale, la condition relative à la justification du rachat par la société mère apparaît de manière relativement souple et bénéficie ainsi à la société mère (2).

1. Un dispositif permettant de rétablir l'unité de direction en cas de détention par la société mère de 90 % des titres et des droits de vote de sa filiale

148. Une solution juridique efficace au rétablissement de l'unité de direction en cas de dysfonctionnement résultant du comportement des minoritaires. L'article 208 du CCT accorde à la société mère la faculté de racheter les actions des actionnaires minoritaires sous certaines conditions. Pour l'essentiel, cet article prévoit que lorsqu'une société mère détient, directement ou indirectement, au moins 90 % des actions et des droits de vote d'une société de capitaux, et que les actionnaires minoritaires de cette filiale adoptent un comportement qui entrave le fonctionnement de la filiale, ou agissent en violation de la règle de l'honnêteté (*Dürüstlük kuralı*), ou encore provoquent une détresse notable ou agissent de manière téméraire (ou imprudente), la société mère peut racheter les actions desdits actionnaires minoritaires. Par cette disposition, le législateur turc instaure ainsi le mécanisme dit du

²⁷³ ÖZDİN F., *Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi*, op. cit., s. 353

« *squeeze-out* » dans son droit interne relatif aux groupes de sociétés. Ce mécanisme est défini par le groupe d'experts de haut niveau en droit des sociétés comme le droit des actionnaires majoritaires d'évincer les actionnaires minoritaires en rachetant leurs titres²⁷⁴. Un auteur turc estime qu'il s'agit du droit permettant à la personne juridique qui possède un nombre important d'actions et/ou de droits de vote d'une société d'acquérir les actions appartenant aux minoritaires sans demander leur consentement, dans le cadre de certaines conditions prévues par la loi²⁷⁵.

149. L'une des particularités de ce dispositif réside en ce sens dans le fait que le consentement des minoritaires n'est pas requis. Le droit turc offre ainsi la faculté à la société mère majoritaire d'évincer les minoritaires dans certaines situations, notamment lorsque ces derniers empêchent le fonctionnement normal de la filiale. Il privilégie de ce fait l'unité de direction au sein du groupe en offrant une solution juridique efficace et dissuasive face aux situations pathologiques qui peuvent perdurer au sein d'un groupe. À noter toutefois qu'afin d'éviter d'éventuels abus et dans un souci de protection des minoritaires, la demande de rachat des titres des minoritaires doit s'effectuer devant un Tribunal et les modalités de détermination du prix des actions de ces derniers sont encadrées par la loi²⁷⁶.

150. Une condition de détention de 90 % des actions et des droits de vote d'une société de capitaux. Les titres des minoritaires ne peuvent être rachetés par la société mère que si cette dernière détient directement ou indirectement au moins 90 % des actions et des droits de vote de sa filiale, cette dernière devant nécessairement être une société de capitaux, cotée ou non. S'agissant de conditions cumulatives, la société mère doit impérativement détenir les titres en termes de capital et de droits de vote. Ainsi, une société mère qui détiendrait des actions de préférence d'une filiale de moins de 90 % mais qui donnent accès à plus de 90 % des droits de vote au sein de cette même filiale ne pourrait par principe bénéficier du régime de rachat des actions des minoritaires prévu par l'article 208 du Code de commerce turc. Réciproquement, la détention de plus de 90 % des titres d'une filiale qui ne permet toutefois

²⁷⁴ Groupe d'Experts de Haut Niveau en Droit des Sociétés, « Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés », 4 nov. 2002

²⁷⁵ TÛTÛNCÛ, M., *Hakim Őirketin Azınlıđın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out) - TTK md. 208-*, On İki Levha, 2017, s.17

²⁷⁶ S'agissant des modalités de détermination du prix, l'article 208 du Code de commerce turc renvoie à l'article 202 (2) du même code. Pour plus de précisions sur ce point et dans la mesure où cette réglementation vise avant tout à protéger les minoritaires, voir nos développements *infra* n°535 et suiv.

pas d'atteindre ce seuil en termes de droits de vote au sein de ladite filiale ne pourrait non plus permettre à la société mère de bénéficier du dispositif de rachat des titres des minoritaires.

2. La nécessité de justifier le rachat des titres des minoritaires : l'appréciation large du comportement nuisible des minoritaires

151. Un dispositif subordonné à l'existence de raisons justifiées, et plus largement, d'une juste cause (juste motif). La condition de détention de plus de 90 % des titres et des droits de vote d'une société de capitaux n'est pas suffisante pour que la société mère puisse bénéficier du droit au rachat des actions des minoritaires. Encore faut-il que ces derniers adoptent un comportement qui, conformément aux dispositions de l'article 208 du Code de commerce turc, entrave le fonctionnement de la filiale, ou que les minoritaires agissent en violation de la règle de l'honnêteté ou provoquent une détresse notable ou encore agissent de manière téméraire (ou imprudente). S'agissant de critères alternatifs, il suffit en principe qu'un seul de ces critères soit caractérisé pour que la condition relative à la juste cause soit établie et que la société mère majoritaire puisse – sous réserve du respect des autres conditions – procéder au rachat des titres des minoritaires²⁷⁷.

152. Un champ d'application relativement large. A cet égard, la doctrine cite plusieurs exemples pouvant constituer des raisons valables au rachat par la société mère des titres des minoritaires, et notamment le retardement par ces derniers d'une prise de décision relative à une distribution de dividendes ou des décisions connexes par une utilisation abusive du droit de reporter les discussions concernant les états financiers, l'absence de participation – sans raison valable – des minoritaires aux décisions requérant l'unanimité, l'utilisation abusive par les minoritaires de leur droit à l'information dans le but de nuire au fonctionnement normal de la société²⁷⁸ etc. De nombreuses autres situations pourraient permettre de caractériser l'un des critères énoncés par la loi.

153. La doctrine turque s'est d'ailleurs posée la question du caractère limitatif ou non de la liste des critères énoncés par l'article 208 du Code de commerce turc. Bien que la liste paraisse

²⁷⁷ TÜTÜNCÜ, M., *Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out) - TTK md. 208-*, op. cit., s. 205-206

²⁷⁸ *Ibid.*, s. 207

limitative à la lecture de cet article, une partie de la doctrine turque estime que l'article 208 ne fait qu'énoncer des exemples de situations pouvant permettre à la société mère de justifier et légitimer le rachat des titres des minoritaires²⁷⁹. Par ailleurs, le choix du législateur d'utiliser plusieurs critères alternatifs et des termes abstraits autorise à penser que de nombreuses situations pourrait justifier le rachat par la société mère des titres des minoritaires.

154. Une appréciation souveraine des juges du fond. Il reviendra alors au tribunal compétent d'apprécier, au regard des circonstances d'espèces, si le comportement des minoritaires en question justifie le rachat par la société mère de leurs titres. L'article 208 du Code de commerce turc n'apporte à cet égard aucune précision sur l'appréciation à retenir par les juges du comportement des minoritaires : la question se pose ainsi de savoir s'il faut par exemple apporter la preuve de faits nécessairement positifs (insuffisance d'actions négatives) et persistants (pendant une durée suffisamment longue) des minoritaires ou encore s'il convient de prendre en compte le degré d'impact du comportement des minoritaires sur le fonctionnement de la filiale. Il nous semble en tout état de cause légitime d'exiger la démonstration d'une certaine gravité et une répétition d'actes ou de faits pour caractériser la juste cause et autoriser *in fine* le rachat par la société mère majoritaire des titres des minoritaires.

Section 2. A la recherche de l'unité de direction en droit français

155. Le droit français reconnaît-il, comme en droit turc, une certaine unité de direction au sein du groupe ? Le législateur français envisage-t-il des dispositifs particuliers reconnaissant la subordination des organes de direction de la filiale à ceux de la société mère ?

156. D'un point de vue structurel²⁸⁰, la réponse à ces questions semble à première vue négative dès lors que le droit français ne comporte aucune disposition claire tendant expressément à favoriser l'unité de direction au sein du groupe de société (§1). La liberté contractuelle offerte aux praticiens permet toutefois de pallier ce vide légal en autorisant ces

²⁷⁹ *Ibid.*, s.205-206

²⁸⁰ A savoir en prenant en compte les différentes structures composant le groupe mais également les différents organes desdites structures

derniers à établir conventionnellement une réelle unité de direction au profit, très souvent, de la société mère (§2).

§1. L'absence légale d'unité structurelle de direction au sein du groupe

157. L'absence légale d'unité structurelle de direction au sein du groupe peut s'expliquer par l'importance accordée en droit français à la notion d'intérêt social au détriment de l'intérêt de groupe (A). La portée de cette absence légale d'unité de direction doit toutefois être relativisée en pratique (B).

A. La prééminence de l'intérêt social au détriment de l'intérêt du groupe

158. Bien que les juges français soient les premiers à avoir consacré la notion d'intérêt du groupe (2), celle-ci reste encore aujourd'hui une notion accessoire insuffisamment mise en avant en droit français. Ce dernier se caractérise en effet par la primauté des principes d'autonomie juridique et d'intérêt social, y compris lorsque les sociétés sont intégrées au sein d'un groupe (1).

1. La primauté de l'autonomie juridique et de l'intérêt social en droit français

159. Personnalité morale, autonomie juridique et intérêt social. Aux termes de l'alinéa premier de l'article L210-6 du Code de commerce, repris par l'alinéa premier de l'article 1842 du Code civil, les sociétés « jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation » au registre du commerce et des sociétés (RCS). Cette acquisition de la personnalité morale entraîne plusieurs effets : la société se voit accorder des droits patrimoniaux²⁸¹, extrapatrimoniaux²⁸² et devient en contrepartie responsable de ses actes, aussi bien sur le plan civil²⁸³ que pénal²⁸⁴.

²⁸¹ La société dispose d'un patrimoine social distinct de celui de ses associés. Ainsi, en tant que sujet de droit, elle dispose de la faculté de contracter et devenir par exemple propriétaire de biens.

²⁸² Ces droits ou attributs permettent d'individualiser la société. Ainsi, de la même manière que les personnes physiques, l'individualisation de la société s'opère par l'attribution d'un nom (dénomination sociale), d'un domicile (le siège social), d'une nationalité. De plus, il convient d'ajouter concernant les sociétés la qualité de la société, à savoir civile ou commerciale.

²⁸³ Sur le plan civil, les dispositions de droit commun, à savoir les articles 1240 et suivants du Code civil (anciennement 1382 et suivants), sont applicables. Ainsi, la responsabilité de la société peut être engagé sur le fondement du fait personnel, du fait des choses, ou encore du fait d'autrui.

²⁸⁴ Sur le plan pénal, l'article 121-2 du Code pénal prévoit notamment en ce sens que « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. (...) ». La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ».

160. De plus – et c’est là l’un des aspects essentiels du droit français des sociétés – à partir du moment où la société dispose d’une personnalité juridique qui lui est propre, elle devient un sujet de droit autonome et dispose également d’un intérêt – social – qui lui est propre et qui transcende l’intérêt particulier des associés. L’intérêt social est, en ce sens, souvent présenté comme une « boussole » censée orienter les décisions du dirigeant d’entreprise. Cependant, si pour certains auteurs²⁸⁵, l’intérêt social se résume à l’intérêt commun des associés (qui lui-même se réduit à être la somme de leurs intérêts personnels), il renvoie pour d’autres²⁸⁶ à « l’intérêt de l’entreprise » qui se composerait certes de l’intérêt des associés mais aussi des parties prenantes (« *stakeholders* » en anglais), notamment des salariés et des créanciers de la société. En tout état de cause, l’intérêt de l’entreprise renvoie ici à la société prise individuellement et non au groupe de sociétés considéré dans son ensemble²⁸⁷.

161. Loi « Pacte » et réforme de l’article 1833 du Code civil : la reconnaissance législative d’une conception large de l’intérêt social. Par une loi du 22 mai 2019²⁸⁸, le législateur français s’est très nettement penché en faveur de la version large de la conception de l’intérêt social en ajoutant de nouvelles dispositions à l’article 1833 du Code civil. Désormais, le nouvel article 1833 du Code civil prévoit que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité²⁸⁹ ». La société peut même, si elle le souhaite, prévoir dans ses statuts une « raison d’être constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ». Il s’agit ainsi de redéfinir l’entreprise dont la finalité ne peut se cantonner à la quête exclusive du profit pour ses associés ou actionnaires. En faisant ainsi évoluer les objectifs de l’entreprise, c’est également une nouvelle définition de la performance qui émerge, économique certes, mais aussi sociale et environnementale²⁹⁰. Ces

²⁸⁵ Nous pensons notamment à la théorie développée par SCHMIDT D.

²⁸⁶ Il s’agit de la conception développée par l’École de Rennes et notamment par les Professeurs Jean PAILLUSSEAU (*La société anonyme, technique d’organisation de l’entreprise*, Sirey, 1967) et Claude CHAMPAUD (*Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, coll. Bibl. de droit commercial, 1962).

²⁸⁷ SCHMIDT D., *De l’intérêt social*, JCP E, 1995, I, page 361 ; BAILLY-MASSON C., *L’intérêt social, une notion fondamentale*, LPA, 9 nov.2001, n°224, p.6

²⁸⁸ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, dite « Loi Pacte »

²⁸⁹ A noter toutefois que la version finale adoptée par le législateur est moins ambitieuse que les premières propositions formulées. L’une de ces propositions prévoyait notamment la rédaction suivante : « toute société doit avoir un projet d’entreprise licite et être gérée dans l’intérêt commun des associés en tenant compte des intérêts des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement, au développement de l’entreprise ».

²⁹⁰ VILLEMOT D., DE CASTET A., BONTEMPS J., *Pour une nouvelle définition de l’entreprise*, Les Echos, 26 déc. 2017. Voir en particulier ce passage : « selon de nombreux économistes, l’entreprise n’appartient pas qu’à

nouvelles dispositions au sein du Code civil s'inscrivent dans le courant développé par l'École de Rennes²⁹¹ et constitue même, à notre sens, une véritable consécration textuelle du mouvement doctrinal développé cette dernière.

162. Une conception large de l'intérêt social cantonnée aux frontières de la société et non du groupe. Malgré la reconnaissance relativement récente par la loi d'une conception large de la notion d'intérêt social, cette dernière ne prend pas en compte les différents liens, notamment financiers et politiques (droits de vote essentiellement), qui peuvent unir deux ou plusieurs sociétés d'un même groupe. L'inconvénient majeur de la notion d'intérêt social réside ainsi dans sa difficile articulation dans le cadre des groupes de sociétés. Comment en effet concilier des intérêts sociaux distincts qui peuvent s'opposer, du moins sur le court terme, à l'intérieur d'un groupe ? La jurisprudence répond par la notion d'intérêt de groupe, notion qui bénéficie toutefois d'une portée relativement limitée en pratique.

2. La portée limitée de l'intérêt de groupe

a. La consécration de la notion par la jurisprudence pénale

163. Prémices de l'arrêt « Rozenblum » consacrant la notion d'intérêt de groupe. Bien avant la fameuse jurisprudence « *Rozenblum* » de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 février 1985 qui a véritablement consacré la notion d'intérêt de groupe à partir de la matière pénale, plusieurs décisions antérieures ont reconnu, de manière plus ou moins explicite, l'importance de prendre en considération la structuration des entreprises sous forme de groupe de sociétés pour apprécier la licéité d'une opération au regard de l'incrimination d'abus de biens sociaux²⁹². En particulier et comme le souligne le Professeur

ses actionnaires, elle appartient aussi à ses salariés. L'approche retenue est celle des « stakeholders » face à celle des « shareholders ». Nous ne partageons pas la vision des libéraux pour qui les salariés ne sont qu'une force de travail au service de l'employeur, ni celle des anticapitalistes qui ne voient dans l'entreprise qu'un lieu d'aliénation. Notre vision relève de la troisième voie, celle du compromis entre le travail et le capital des sociaux-démocrates allemands ou suédois, celle de l'association capital-travail du général de Gaulle, ou celle que l'on appelle la codétermination. L'entreprise associe le chef d'entreprise et les salariés dans un projet commun. Elle doit être le lieu de la concertation et de la négociation permanente afin d'assurer la production de richesses, le développement durable et la juste rémunération de l'actionnaire et du chef d'entreprise, mais aussi et surtout celle des salariés. Il fleurit un peu partout dans le monde, depuis quelques décennies, des entreprises qui n'ont plus le souci exclusif de leur seule performance économique et qui s'organisent pour la mettre au service de missions cohérentes avec leurs valeurs ».

²⁹¹ Il s'agit principalement des travaux des Professeurs CHAMPAUD (*Le pouvoir de concentration de la société par actions*, op. cit.) et PAILLUSSEAU (*La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, op.cit.) ; CHAMPAUD Cl., *Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Rev. sociétés 2000, p. 78

²⁹² Trib.Corr. Seine, 11 mai 1955 : JCP 1955, éd. G., II, 8973, note BASTIAN ; D. 1956, 274, note AUTESSERRE ; Trib. Corr. Seine, 26 nov. 1968 : Gaz. Pal. 1969, 1, 309 ; Rev. trim. Dr. Com. 1968, 1080, obs. HOUIN.

W. JEANDIDIER, une décision « *Agache-Willot* » rendue par le Tribunal correctionnel de Paris en date du 16 mai 1974 mérite une attention particulière²⁹³.

164. Par cette décision, en présence de groupe de sociétés, le Tribunal correctionnel de Paris s'est très tôt éloigné de la notion classique d'acte contraire à l'intérêt social pour se pencher sur celle d'acte conforme ou non à la politique d'ensemble du groupe. Plus précisément, la jurisprudence « *Agache-Willot* » envisageait déjà trois conditions pour justifier un acte qui serait contraire à l'intérêt social d'une société mais justifié par l'intérêt du groupe dans sa globalité :

- d'abord, l'exigence d'une forte structuration du groupe comprenant notamment des structures avec des activités complémentaires et *a contrario* l'absence de toute structuration ou organisation artificielle ;
- ensuite, la nécessité d'une opération – *a priori* contraire à l'intérêt social d'une société du groupe – réalisée pour le maintien de l'équilibre du groupe dans son ensemble et non dans l'intérêt personnel des dirigeants ;
- enfin, l'opération ne doit pas entraîner des risques importants à la société, sans contrepartie suffisante ou hors de proportion avec ses possibilités réelles, risques qui pourraient notamment avoir des répercussions néfastes pour les actionnaires minoritaires et les créanciers de ladite société.

Ainsi, à travers sa jurisprudence « *Agache-Willot* », le Tribunal correctionnel de Paris posait relativement tôt les bases de l'arrêt « *Rozenblum* ».

165. Consécration de l'intérêt de groupe par l'arrêt « *Rozenblum* ». Le concept d'intérêt de groupe a finalement été consacré par les Hauts magistrats à travers un arrêt « *Rozenblum* » en date du 4 février 1985²⁹⁴. Par cette décision, la Cour de cassation pose des conditions cumulatives à respecter pour caractériser l'intérêt de groupe et légitimer ainsi une opération

²⁹³ Concernant l'affaire « *Agache-Willot* » posant les fondations de la jurisprudence *Rozenblum* : Trib. corr. Paris, 11^{ème} Ch., 16 mai 1974, Gaz. Pal., 1974, 2, 886 ; JCP E, 1975, II, 11816, obs. LACOSTE

²⁹⁴ Cass. crim., 4 févr. 1985, Bull. crim., n° 54 ; JCP G, 1986, II, 20585, note JEANDIDIER W. ; D. 1985, p. 478, note OHL D. ; récemment, Cass. crim., 10 févr. 2010, n° 09-83.691, F-D : *JurisData*, n° 2010-001541 ; SALOMON R., *L'intérêt de groupe, fait justificatif de l'abus de biens sociaux, Dr. sociétés*, n° 5, mai 2010, comm. 103

intragroupe qui serait de prime abord contraire à l'intérêt propre d'une des sociétés membres. Selon cette jurisprudence, l'aide financière apportée par une société d'un groupe à une autre société du même groupe doit être dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe. En revanche, cette aide ne doit pas être dépourvue de contrepartie au profit de la société qui en supporte la charge ou rompre les engagements respectifs entre les différentes sociétés concernées. Enfin, le concours financier ne doit pas excéder les possibilités financières de la société versante. A défaut de respecter ces conditions, les juges considèrent que la responsabilité des dirigeants peut être engagée sur le plan pénal.

166. Ainsi que le relève le Professeur W. JEANDIDIER²⁹⁵, l'arrêt « Rozenblum », bien qu'il reprenne les grandes lignes de la jurisprudence « Agache-Willot », semble à première vue s'en éloigner quelque peu s'agissant de l'exigence d'une forte structuration à l'intérieur du groupe de sociétés. En effet, la jurisprudence « Agache-Willot » et plus tard un arrêt du 16 décembre 1975²⁹⁶ exigeaient expressément une forte structuration du groupe, la nécessité d'intérêts complémentaires entre les différentes structures du groupe et l'absence de tout caractère artificiel. L'arrêt Rozenblum ne l'affirme pas expressément, ou du moins pas de cette manière. Selon l'auteur, c'est indirectement à travers la notion « d'intérêt commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe » que la Cour rend nécessaire l'existence d'une importante structuration et la complémentarité des intérêts au sein du groupe, ce qui n'était pas le cas en l'espèce du groupe Rozenblum. Ce dernier était en réalité un conglomerat composé de plusieurs sociétés avec des activités très variés allant de la restauration aux magasins de chaussures, de coiffures en passant par le secteur immobilier. La condition relative à la complémentarité des activités n'était donc pas respectée en l'espèce. Dès lors, aucune politique commune ne pouvait être élaborée et aucun « intérêt commun » aux sociétés membres du groupe – intérêt apprécié de manière très large puisque celui-ci peut être « économique, financier ou social » nous précise la Cour – ne pouvait être retenu dans cette affaire.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Cass. crim. 16 décembre 1975 : Bull. crim. N°279, p. 735 J.C.P. 1976, éd. G., II, 18476, note DELMAS-MARTY

b. *Pour un champ d'application plus large et un assouplissement du régime pour les filiales détenues à 100 %*

167. Une notion essentiellement prise en compte en matière pénale. Le Professeur PORACCHIA souligne que la jurisprudence reconnaît ainsi un « lien structurel, reconnu par le droit, entre les sociétés du groupe tel que les sociétés liées auront la possibilité de nouer des relations particulières à leur profit ou au profit de leur membre ou seront tenus, les unes vis-à-vis des autres, d'adopter certains comportements en raison de ce lien original²⁹⁷ ». Si ce lien structurel est effectivement reconnu par le droit, sa portée nous semble encore aujourd'hui très limitée. En effet, l'intérêt de groupe trouve, encore aujourd'hui, essentiellement application en matière pénale pour engager la responsabilité des dirigeants notamment dans le cadre des groupes en difficultés financières et dont l'une ou plusieurs sociétés du groupe est/sont en procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, terrain propice à l'adoption par les juges d'une approche globale allant au-delà de la seule structure sociétaire. En dehors de cette branche du droit, l'intérêt de groupe trouve une application très réduite en matière civile tandis qu'elle est totalement exclue en droit fiscal²⁹⁸.

168. Une reconnaissance jurisprudentielle ponctuelle et implicite en matière civile ? En matière civile, l'intérêt du groupe semble avoir été retenu (même si la formule n'est pas expressément reprise par la jurisprudence et que les conditions visées par l'arrêt « Rozenblum » ne soient pas retenues) pour justifier une sûreté consentie par une SCI au profit de sa société mère dans la mesure où ladite sûreté a été décidée à l'unanimité des associés de la SCI et qu'elle a permis de payer les créances des sociétés du groupe dont la SCI est membre, les juges précisant à ce titre que la mise en place de la sûreté s'inscrivait « dans le processus de sauvegarde des autres sociétés du groupe »²⁹⁹. Ce faisant, les Hauts magistrats vont au-delà de la prise en compte de l'intérêt social de la SCI et apprécient également l'impact de la sûreté sur la situation des différentes entités du groupe. La Haute Cour précise d'ailleurs en ce sens qu'en l'absence de mise en œuvre de la sûreté, « la procédure de sauvegarde de la société (mère) (serait) vouée à l'échec ». A notre avis, les juges retiennent seulement ici la « logique » du groupe sans faire mention de l'« intérêt de groupe »

²⁹⁷ PORACCHIA D., *Les groupes de sociétés*, in « Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966 (sous la dir. de URBAIN-PARLEANI I.) », Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 253

²⁹⁸ CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 28 mars 2008, n°277521, SA Clément : Dr. Fisc. N°15, 10 avril 2008, comm. 256

²⁹⁹ Cass. Com., 10 fév. 2015, n°14-11760 : Gaz. Pal. 13 oct. 2015, n°243g2, p.28

consacré par la jurisprudence « Rozenblum » puisque le respect de ses conditions n'est pas vérifié au cas particulier. En d'autres termes, si la notion d'intérêt de groupe n'est pas clairement reprise par les juges, la « logique du groupe » n'est pas ignorée et considérée par les juges pour justifier l'opération en question.

169. D'autres décisions de la Cour de cassation ont abordé, de manière plus ou moins explicite, la notion d'intérêt de groupe afin de justifier certaines atteintes au principe de l'autonomie patrimoniale et de l'intérêt social propre à chaque société membre du groupe³⁰⁰. Cependant, comme le souligne un auteur, « aucune de ces décisions ne se réfère expressément à l'intérêt de groupe, pas plus qu'elle n'en précise le contenu. Là se trouve la principale faille dans la construction », ce qui entraîne « d'immanquables fausses notes dans la jurisprudence » et explique le recours nécessaire à une reconnaissance par la voie législative afin de mieux encadrer la notion et son régime, régime qui devrait s'étendre à notre sens sur le terrain civil et non se cantonner à la matière pénale³⁰¹.

170. Une reconnaissance législative (quasi) inexistante à ce jour. Au-delà de la jurisprudence, il convient de signaler que la loi ne reconnaît que très timidement l'intérêt de groupe. Un article du Code de commerce vise explicitement cette notion. Il s'agit de l'article L225-231 du Code de commerce qui prévoit la possibilité pour les actionnaires d'une société mère de solliciter une expertise de gestion sur des opérations accomplies dans une filiale. Dans ce cas, ledit article précise que « la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt de groupe³⁰² ». Il s'agit *a priori* de la seule reconnaissance législative de la notion d'intérêt de groupe, non satisfaisante à notre sens puisqu'il est ici uniquement question de traiter une question spécifique qu'est l'expertise de gestion. Le régime de l'intérêt de groupe mériterait une consécration légale plus générale : une insertion claire dans la loi lèverait toute incertitude sur son applicabilité en matière de responsabilité civile (et non seulement pénale) renforçant ainsi la sécurité juridique du droit français mais également son attractivité et son rayonnement sur le plan international. En effet, sur ce dernier point, il convient de noter que

³⁰⁰ Cass. Soc., 7 mars 2017, n°15-16865 : BJS mai 2017, n°116h5, p. 288, note MORVAN P. ; Cass. Soc., 24 mai 2018, n°16-22881 : Rev. sociétés 2018, p. 604, note COURET A. ; Cass. Com., 19 déc. 2018, n°17-27947 : BJS févr. 2019, n°119n0, p. 38, note MOUIAL-BASSILANA E.

³⁰¹ PARACHKEVOVA-RACINE I., *Intérêt de groupe, où es-tu ?*, BJS mai 2019, n°119t0, p.1

³⁰² Pour plus de détails sur l'expertise de gestion « de groupe », voir *infra* n°469 et suiv. (exposé et critiques) et n°544 et suiv. (proposition d'extension)

la Commission européenne considère aujourd'hui la notion d'intérêt de groupe, développée par les juges français, comme un principe fondamental en matière de droit des groupes de sociétés qui mériterait une consécration à l'échelle de l'Union européenne, notamment afin de « faciliter la gestion des groupes transfrontaliers d'entreprises en Europe »³⁰³.

171. Selon le Professeur P.-H. CONAC qui a rendu un rapport en 2017 au nom du groupe informel d'experts en droit des sociétés chargé d'étudier la question de la reconnaissance de l'intérêt de groupe au niveau européen³⁰⁴, une telle reconnaissance permettrait notamment de réduire les risques de remise en cause de la responsabilité de la société mère en octroyant expressément à cette dernière le droit de donner des instructions aux entités qu'elle contrôle, reconnaissant ainsi indirectement et par la même occasion une certaine unité de direction au sein du groupe malgré le principe prédominant d'autonomie des sociétés membres. Une telle reconnaissance permettrait également de réduire les incertitudes juridiques que rencontrent les dirigeants de sociétés domiciliées dans des Etats membres différents et appartenant à un même groupe dès lors qu'ils souhaitent agir dans l'intérêt du groupe. L'objectif serait de réussir à parvenir à instaurer une « sphère de sécurité » aussi bien sur le plan pénal que civil au bénéfice des dirigeants agissant dans le cadre d'un groupe. Le Professeur P.-H. CONAC précise en ce sens qu'une « intervention européenne pourrait alors permettre de définir des comportements généralement acceptables au sein d'un groupe et, éventuellement une « liste blanche » de pratiques acceptables et/ou une « liste noire » de pratiques inacceptables ». Toutefois, en raison des approches différentes retenues par les Etats membres, notamment entre ceux qui ont adopté le modèle allemand³⁰⁵ et ceux, majoritaires, qui ont repris dans leur droit interne un système proche du droit français basé sur la jurisprudence Rozenblum³⁰⁶, le rapport de 2017 se limite à proposer un texte en vue d'harmoniser uniquement la situation des filiales détenues intégralement par la société mère.

³⁰³ Commission européenne, « Consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés », 2012 ; « Report of the Reflexion Group on the future of the EU Company Law, Bruxelles, 5 avril 2011, p. 60

³⁰⁴ Rapport du Professeur P.H. CONAC au nom du groupe informel d'experts en droit des sociétés (*Informal Company Law Expert Group* - ICLEG) auprès de la Commission européenne, 2017

³⁰⁵ Le rapport de 2017 du Professeur P.-H. CONAC au nom du groupe informel d'experts en droit des sociétés auprès de la Commission européenne vise notamment les Etats suivants : Allemagne, Autriche, Bulgarie, Croatie, Finlande, Grèce, Lettonie, Lituanie, Portugal, Slovaquie et Slovénie.

³⁰⁶ Sont visés dans le même rapport de 2017 les Etats suivants : Belgique, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, France, Hongrie, Irlande, Italie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, République Tchèque, Royaume-Uni, Roumanie et Suède.

172. Pour un assouplissement du régime de l'intérêt de groupe dans les hypothèses de détention à 100 % de la filiale. Certaines situations pourraient justifier un assouplissement du régime de l'intérêt de groupe afin de favoriser une certaine unité de direction au sein du groupe. Il en va notamment de la situation où la société mère détient l'intégralité des titres de sa filiale. Dans cette situation, à savoir en l'absence de minoritaires à protéger, les conditions posées par la jurisprudence « Rozenblum » peuvent être relativement lourdes. Ainsi que le préconise le rapport du Club des juristes publié en 2015³⁰⁷ et le projet de loi modèle européenne en droit des sociétés³⁰⁸, dans les hypothèses de détention à 100 % de la filiale, la seule condition d'absence de mise en péril peut être considérée comme étant suffisante pour retenir l'intérêt de groupe et dégager de toute responsabilité les dirigeants amenés à décider d'opérations intragroupe pouvant se révéler contraire à l'intérêt social de la société qu'il dirige. Cette solution nous semble justifiée dès lors que le souci de protection des associés minoritaires est inexistant, que la mise en danger de la filiale justifierait l'action des créanciers de la filiale contre sa mère et qu'en somme, la gestion du groupe s'en trouverait sécurisée sur le plan juridique, du moins en ce qui concerne les relations mère-filiales détenues à 100 %. A ce jour toutefois, c'est bien l'intérêt social de chaque structure sociétaire qui prime sur l'intérêt de groupe, ce dernier n'ayant pas abouti – à ce stade – à une consécration expresse et générale en dehors de la matière pénale.

B. Une absence d'unité structurelle de direction à nuancer

173. Si la portée de l'intérêt de groupe se trouve très limitée à ce jour et qu'aucun organe de direction spécifique au groupe n'est prévu en droit français, cela ne signifie nullement, ainsi que nous l'avons étudié s'agissant du droit turc, l'impossible instauration d'une unité de direction au sein du groupe en droit français. Des voies légales le permettent indirectement (1). La récente jurisprudence de la Cour de cassation semble d'ailleurs aller en ce sens en consacrant un nouveau devoir de loyauté intragroupe au bénéfice de l'organe dirigeant de la société mère (2).

³⁰⁷ Le Club des juristes, *Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'Union européenne*, juin 2015

³⁰⁸ En anglais : *European Model Company Act (EMCA)*

1. *Les voies légales indirectes permettant l'instauration d'une relative unité de direction au sein du groupe*

a. *La multiplication des mandats de direction au sein du groupe*

174. Le principe de l'absence de limitation des mandats de direction à défaut de textes contraires. L'une des solutions classiques afin d'assurer l'unité de direction au sein d'un groupe consiste à nommer le dirigeant de la société mère, ou la société mère elle-même³⁰⁹, également dirigeant(e) des différentes filiales composant le groupe. Le droit français permet en effet la multiplication, en principe sans limite, des mandats de direction au sein du groupe par une même personne, physique voire morale lorsque cela est permis. Cette possibilité de cumul de mandat sans limitation est notamment rendue possible dans le cadre des SAS ou SASU, des SARL ou EURL, ou encore des sociétés civiles et permet d'instaurer une réelle unité de direction notamment au sein des « petits » groupes où le dirigeant de la mère peut effectivement assurer la direction des filiales. Les seules limitations au cumul de mandats visent les SA qui sont toutefois atténuées en présence d'un groupe de sociétés.

175. La limitation des mandats dans les SA atténuée en présence d'un groupe de sociétés. Dans les SA, de nombreuses règles relatives au cumul des mandats sont prévues. Sans citer l'ensemble des limitations, il est possible d'indiquer à titre d'illustration la règle selon laquelle une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats de membre du conseil d'administration (administrateur) ou de membre du conseil de surveillance³¹⁰. Des limitations assez proches existent notamment pour le cumul des mandats de directeur général, de membre du directoire, de directeur général unique.

176. Le législateur a toutefois prévu des dérogations en présence d'un groupe de sociétés : par exemple, les mandats exercés dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L233-16 du Code de commerce (et non au sens du L233-3 du même code plus souvent retenu), cotées ou non, ne sont pas décomptés lorsque l'administrateur exerce le même type de mandat au niveau de la société mère. De la même manière, les mandats d'administrateurs dans des sociétés non cotées et contrôlées au sens de l'article susvisé par une même société (à savoir

³⁰⁹ Si cela est permis par la loi. A noter que certaines formes sociales interdisent la nomination d'une personne morale en tant que dirigeante : nous pensons notamment à l'impossibilité de nommer une SARL gérante d'une autre société.

³¹⁰ Com., art. L225-21 al. 1^{er}

en présence de sociétés sœurs), ne comptent que pour un seul mandat sous réserve que le nombre de mandats détenus à ce titre ne soit pas supérieur à cinq, ce qui signifie que cinq mandats comptent pour un lorsqu'ils sont exercés dans des sociétés sœurs non cotées et contrôlées par une même société. Par ce type de dérogations apportées au cumul de mandats en présence de groupe de société, il est possible d'y voir une volonté du législateur de favoriser indirectement l'unité de direction au sein des groupes, y compris composés de SA.

177. Multiplication des mandats de direction, et par corrélation, des responsabilités.

Cette solution qui a le mérite de la simplicité comporte toutefois l'inconvénient majeur d'étendre la responsabilité du dirigeant à concurrence du nombre de mandats cumulés. Si cette situation peut être adaptée aux petits groupes où le dirigeant de la société mère gère souvent, de fait, l'ensemble de ses filiales, il convient d'y prêter une attention particulière lorsque le groupe prend de l'ampleur et que le dirigeant de la société mère se contente de la gestion de cette dernière en délaissant la gestion quotidienne des filiales. D'autres possibilités peuvent ainsi être évoquées dans cette dernière hypothèse.

b. Les organes « d'emprunt » et les organes « propres »

178. L'absence d'organe spécifique au groupe en droit des sociétés et le recours aux organes d'emprunt. Nous l'avons déjà dit : il n'existe en droit des sociétés français aucun organe de groupe qui aurait pour rôle d'unifier la direction du groupe. Si les expressions « Gérant de groupe » ou « Président de groupe » sont parfois utilisées dans le langage courant, elles sont donc juridiquement inexactes³¹¹. Le Professeur P. LE CANNU relève toutefois qu'il est possible de pallier à l'absence d'organes spécifiques liés au groupe de sociétés en droit français, du moins partiellement, de deux manières³¹² :

- soit en empruntant à la société mère ses propres organes de direction ou de contrôle (désignés par l'auteur comme des « organes d'emprunt »), à savoir les organes délibératifs³¹³ en faisant jouer à ce type d'organe un rôle qui excède les frontières de la société mère pour se propager aux différentes sociétés membres du groupe, ce qui

³¹¹ LE CANNU P., *Les organes de groupe*, LPA, 4 mai 2001, n° PA200108911, n°3

³¹² *Ibid.*

³¹³ Conseil d'administration exerçant des pouvoirs de gestion ou conseil de surveillance exerçant des pouvoirs de contrôle

peut poser des difficultés sur le plan juridique, et les organes exécutifs³¹⁴ en créant des circuits de décision plus directs ;

- soit par la création d'organes spécifiques (les « organes propres ») qui peuvent être diversement nommés mais ne peuvent en aucun cas se substituer aux organes légaux.

179. L'importance du choix d'une structure souple pour la société mère. Afin de pouvoir répartir au mieux les pouvoirs entre les différents organes de direction et l'assemblée des associés, le choix de la forme sociale de la société mère est essentiel. En ce sens, il est opportun de recourir à la société par actions simplifiée ou la société civile, ces deux structures se caractérisant notamment par la grande liberté qui règne en matière de rédaction des statuts et d'organisation des pouvoirs, contrairement à la société anonyme qui se distingue au contraire par sa rigidité.

180. Recours aux organes d'emprunt - composition et rôle de l'organe délibératif. Dans ce dernier cas où la société mère prend la forme d'une société anonyme, le Professeur LE CANNU précise que la société mère peut notamment jouer sur la composition ou les attributions de son organe délibératif pour favoriser une unité de direction au sein du groupe³¹⁵. Cependant, dans ces deux situations, l'unité de direction constituée semble limitée.

181. S'agissant de la *composition* de l'organe délibératif, l'auteur indique qu'il est possible d'y refléter en quelque sorte l'organigramme du groupe en désignant les dirigeants des différentes filiales, ou du moins les principales d'entre elles, au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société mère³¹⁶. L'objectif étant notamment pour la société mère d'obtenir de manière plus directe les informations essentielles concernant les filiales, ce qui par ailleurs semble problématique en termes de confidentialités dans les SA³¹⁷, afin d'établir la politique du groupe et de « distribuer » les directives aux dirigeants des filiales membres du conseil d'administration de la mère. Cette

³¹⁴ Notamment les représentants sociaux comme le Gérant dans les SARL et les sociétés civiles ou le Président dans les SA et SAS ou encore les organes de gestion collégiaux comme le conseil d'administration ou le directoire dans les SA.

³¹⁵ LE CANNU P., *Les organes de groupe*, op. cit., n°4 et suiv.

³¹⁶ *Ibid.*, spéc. n°7

³¹⁷ Com., art. 225-37

position est toutefois très minoritaire en pratique dès lors que, comme le relève l'auteur, « les dirigeants des filiales sont plutôt l'objet du contrôle que les acteurs du contrôle³¹⁸ ».

182. S'agissant des *attributions* ou plus généralement du rôle de l'organe délibératif, bien qu'il soit possible d'attribuer au conseil d'administration un rôle d'établissement des grands axes de la politique commune du groupe (et non simplement de la société administrée, en l'occurrence la société mère), il convient de noter que seule la société mère, représentée par son directeur général ou directeur général délégué dans les SA classique ou encore par son président du directoire ou directeur général unique ou directeur général³¹⁹ dans les SA avec directoire et conseil de surveillance, pourra exercer ses droits d'associé (droits de vote) dans ses filiales et non le conseil d'administration en tant que tel. Cette situation conduit à rallonger le circuit de décision notamment en présence de sous-filiales³²⁰.

183. Ainsi, les décisions du conseil d'administration, même composé des dirigeants des principales filiales, ne peuvent juridiquement s'étendre au-delà des limites de la sphère de la société mère et s'imposer aux organes de direction des filiales, et ce peu importe que le capital de la filiale soit intégralement détenu ou non par la société mère comme il est prévu en droit turc. Plus généralement, qu'il s'agisse du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, leur compétence respective est limitée aux frontières de la société administrée, en l'occurrence de la société mère.

184. Recours aux organes propres. Il est également possible selon le Professeur LE CANNU de pallier l'absence d'organe de direction spécifique au groupe de sociétés par le recours aux organes propres de la société mère. L'auteur vise à ce titre les différents comités qui peuvent être mis en place et dont la création est facultative, à savoir en particulier les comités de direction ou de *corporate governance* qui peuvent être considérés comme des organes de groupe dès lors qu'ils ont pour objet de statuer sur des questions touchant plusieurs sociétés du groupe et non seulement celles relatives uniquement à la société mère³²¹. À noter toutefois que ces organes facultatifs ne peuvent en principe qu'émettre des avis qui pourront néanmoins par la suite être adoptés par les organes légaux que sont notamment le conseil

³¹⁸ LE CANNU P., *Les organes de groupe*, op. cit., n°7.

³¹⁹ Com, art. L225-66

³²⁰ LE CANNU P., *Les organes de groupe*, op. cit., n°4 et suiv.

³²¹ *Ibid.*, n°21 et suiv.

d'administration ou le conseil de surveillance dans une SA³²². La création de tels comités de groupe participe ainsi à favoriser l'instauration d'une relative unité de direction au sein du groupe.

185. Pouvoir de révocation de la société mère et docilité de fait des dirigeants des filiales : l'existence factuelle d'un « contrôle-directorial » favorisant l'unité de direction. Ces propos doivent néanmoins être nuancés compte tenu de la situation délicate dans laquelle se trouve de fait les dirigeants de filiales. Comme le relève le Professeur P. LE CANNU, « dans la plupart des cas, le risque que représente l'usage, par l'associé principal (la société mère), 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 dirigeant sont exécutées dans les filiales. Par construction, donc, le groupe provoque à l'harmonisation des positions et à la docilité des dirigeants des sociétés incluses ». Ainsi, même sans recours aux organes « d'emprunt » ou « propres », les dirigeants des filiales suivent généralement dans les faits la volonté plus ou moins clairement exprimée de l'associée majoritaire qu'est la société mère, cette dernière disposant, à elle seule ou avec d'autres associés, du pouvoir de nommer et de révoquer les dirigeants.

186. Notons que le Professeur CASIMIR exprime à cet égard l'idée d'un « contrôle-directorial » de la société mère dominante³²³. Selon cette conception, cette dernière détiendrait finalement indirectement, dans les faits, un pouvoir de direction générale – ou du moins d'influence – de l'activité de ses filiales, y compris donc en dehors de l'enceinte de l'assemblée générale de ces dernières, c'est-à-dire sans même l'exercice par la société mère de son droit de vote. Si nous adhérons à ce point de vue qui nous semble difficilement contestable, le pouvoir de révocation des dirigeants de la filiale dont dispose la société mère ne doit pas, au regard de la jurisprudence actuelle, être accompagné d'une immixtion effective trop marquée de la société mère dans la gestion de ses filiales, au risque de caractériser un dépassement de pouvoir de la première. Contrairement au droit turc qui pose un cadre légal précis à ce sujet et admet expressément la possibilité à la société mère de donner des

³²² *Ibid.*

³²³ CASIMIR E., *Les catégories d'actionnaires*, op. cit., n°331

instructions à ses filiales³²⁴, les conséquences en termes de responsabilité de la société mère ne sont pas très claires en droit français³²⁵.

187. Même en l'absence d'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale, du seul fait du pouvoir de révocation dont dispose la première des dirigeants de la seconde, l'unité de direction du groupe se trouve ainsi indirectement établie, et ce, d'autant plus que la récente jurisprudence de la Cour de cassation a introduit à l'égard des dirigeants un devoir de loyauté intragroupe.

2. Une ouverture jurisprudentielle favorisant l'unité de direction au sein du groupe : le devoir de loyauté intragroupe du dirigeant

a. Le devoir de loyauté : une création jurisprudentielle

188. La loyauté du dirigeant à l'égard de l'associé. Aucun texte français ne consacre explicitement un devoir de loyauté en matière de droit des sociétés. Le devoir de loyauté est en effet une « création » jurisprudentielle de la Cour de cassation³²⁶. Il a été consacré par l'arrêt « *Vilgrain* » du 27 février 1996³²⁷ sous la forme d'une obligation d'information³²⁸ du dirigeant vis-à-vis de l'associé. Dans un premier temps donc, le devoir de loyauté ne visait que la relation dirigeant (*débiteur* du devoir de loyauté) et associé (*bénéficiaire* du devoir de loyauté) d'une même société. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont par la suite confirmé ce lien de loyauté du dirigeant envers l'associé³²⁹.

189. La loyauté du dirigeant à l'égard de la société. Un deuxième mouvement jurisprudentiel a étendu le devoir de loyauté au profit de la société – et non seulement à l'égard du ou des associés – prenant notamment la forme d'une obligation de non-concurrence du dirigeant envers la société. Il s'agit notamment des arrêts rendus par la

³²⁴ Voir *supra* n°124 et suiv.

³²⁵ Sur les questions liées à la responsabilité de la société mère, voir nos développements de la seconde partie (*infra* n°459 et suiv.)

³²⁶ SCHILLER S., *L'extension du rôle de la jurisprudence en droit des affaires*, in « *La création du droit par le juge* », Arch. phil. dr. 2006, t. 50, p. 213

³²⁷ Cass. Com., 27 févr. 1996, Bull. civ., IV, n°65 ; D., 1996, somm. p. 343, obs. HALLOUIN J.-Cl. ; jur., p. 518, note MALAURIE Ph. ; RTD civ., 1997, p. 114, obs. MESTRE J. ; JCP G, 1996, II, 22665, note J. GHESTIN ; JCP E, 1996, II, 838, note SCHMIDT D. et DION N. ; RD bancaire et bourse, janv.-févr. 1997, p.27, n°1, obs. GERMAIN M. et MARTIN D.R.; Defrénois, 1996, p.1205, note DAGORNE-LABBE Y.

³²⁸ Il s'agissait en l'espèce d'une obligation d'information concernant les négociations en cours relatives à la cession de contrôle de la société.

³²⁹ Cass. Com., 12 mai 2004, n°00-15.618 (« *Beley* ») ; Cass. Com., 22 février 2005, n°01-13.642 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2010, n°08-13.060

chambre commerciale de la Cour de cassation en date des 24 février 1998³³⁰, 6 juin 2001³³¹ et 12 février 2002³³².

190. En somme, le devoir de loyauté pourrait se définir selon le professeur H. LE NABASQUE comme « l'obligation, pour les dirigeants de sociétés, de ne pas utiliser leurs pouvoirs (arrêt *Kopcio* de 1998) ou les informations dont ils sont titulaires (arrêt *Vilgrain* de 1996) dans un intérêt strictement personnel et, préjudice oblige, contrairement à l'intérêt de la société ou à celui des associés ».

b. L'extension du devoir de loyauté dans le cadre du groupe de sociétés

191. La consécration du devoir de loyauté intragroupe. Le devoir de loyauté intragroupe ressort d'un arrêt récent de la Cour de cassation en date du 22 mai 2019³³³. Pour en apprécier toute la portée, il convient tout d'abord de présenter celui-ci qui a toutes les allures d'un arrêt de principe.

192. Faits. En l'espèce, il était question d'un groupe de sociétés dont le schéma était, de manière simplifiée, le suivant : une société par actions simplifiée (SAS) dénommée « SAFA », société mère, contrôle trois filiales (les sociétés « CSA », « CESA » et « Dordognaise »). Toutes ces sociétés étaient dotées d'un conseil d'administration. Lors du conseil d'administration tenu au niveau de la société mère « SAFA », une décision avait été adoptée, à la majorité de ses membres, concernant le choix de certaines personnes physiques qui devaient être désignées pour exercer les fonctions de directeur général ou de président au niveau des filiales. Toutefois, lors des conseils d'administration desdites filiales, deux actionnaires/administrateurs – siégeant aussi bien au conseil d'administration de la société mère que des filiales – se sont opposés à la nomination des personnes physiques en question

³³⁰ Cass. Com., 24 févr. 1998, n°96-12.638 (« *Kopcio* ») : RTD Com. 1998, p. 612, note CHAMPAUD Cl. et DANET D. ; Rev. sociétés, 1998, p. 546, COQUELET M.-L. ; Bull. Joly 1998, p. 813, § 266, note PETIT B.

³³¹ Cass. Com., 6 juin 2001, n°98-16.390, note GROSSI I., *Le devoir de loyauté du dirigeant à l'égard de la société, un devoir décidément bien exigeant...*, Revue Lamy sociétés commerciales, mars 2002, n°144, p. 1

³³² Cass. Com., 12 févr. 2002, Bull. civ., IV, n°32 ; Dr. Sociétés, juillet-août 2002, n°146, note BONNEAU Th. ; JCP E 2002, n°851, p. 900, n°3, obs. VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J. ; Rev. Sociétés 2002, p. 702, note GODON L. ; Dr. et patrimoine, mai 2002, p.94, note PORACCHIA D.

³³³ Cass. Com., 22 mai 2019, n°17-13.565, P+B+R : Juris-Data n° 2019-008473 ; JCP E 2019, 1296 MORTIER R., *Naissance du devoir de loyauté intragroupe* ; JCP G 2019, 774, note DONDERO B., *La devise du dirigeant (de la filiale) : loyauté, cohérence, et intérêt social* ; BJS oct. 2019, n°120d0, p.8, note GAUDEMET A., *Le devoir de loyauté de l'administrateur commun de sociétés : naissance et perspectives* ; Recueil Dalloz 2019, p. 1316, note SCHMIDT D., *Le vote contraint de l'administrateur d'une société et de sa filiale*.

(décidée en conseil d'administration de la mère) aux organes de direction des filiales et ont été élus eux-mêmes à ces postes. Invoquant un manquement au devoir de loyauté des deux actionnaires en leur qualité d'administrateurs de la société mère « SAFA », cette dernière a assigné les deux actionnaires concernées au paiement de dommages-intérêts.

193. *Solution de la Cour.* La Cour de cassation a considéré que « si l'administrateur d'une société exerce en principe librement son droit de vote, dans l'intérêt de la société, le devoir de loyauté auquel l'administrateur d'une société mère est tenu à l'égard de celle-ci l'oblige, lorsqu'une décision est votée par le conseil d'administration de cette société, à voter dans le même sens au sein du conseil d'administration de la filiale, sauf lorsque cette décision est contraire à l'intérêt social de cette filiale ». Cette décision s'inscrit dans le deuxième mouvement jurisprudentiel dès lors que c'est à l'égard de la société – en l'occurrence de la société mère – que l'administrateur est tenu par un devoir de loyauté.

194. L'arrêt du 22 mai 2019 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation relève ainsi d'une importance particulière dans la mesure où, c'est la première fois que les juges se prononcent en faveur d'un devoir de loyauté dépassant les frontières internes d'une société, prise isolément, pour avoir un effet sur une structure distincte membre d'un même groupe. La tournure adoptée par la Cour semble même aller jusqu'à renverser le principe et l'exception : le devoir de loyauté intragroupe – dépassant donc les frontières sociétaires au sein du groupe – d'abord (principe), l'intérêt social de la filiale ensuite (exception). En tout état de cause, dans les situations où un administrateur d'une société mère exerce la même fonction au sein d'une filiale, il se doit d'être loyal dans l'exercice de son droit de vote en adoptant nécessairement la même position dans les conseils d'administration des deux structures, ce qui étend une fois de plus les obligations de l'organe dirigeant de la filiale au profit de la société mère.

195. Extension des obligations du dirigeant dans le cadre de son devoir de loyauté. Dans sa thèse intitulée « le devoir de loyauté en droit des sociétés³³⁴ », Madame Karine GREVAIN-MERCIER envisageait la question de l'extension des sujets (débiteurs et bénéficiaires) et des obligations (envers les associés et la société) du devoir de loyauté. Dans la continuité de cette

³³⁴ GREVAIN-LEMERCIER K., *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, coll. Institut de Droit des affaires, 2013

réflexion, l'arrêt du 22 mai 2019 de la chambre commerciale de la Cour de cassation participerait à cette extension du contenu des obligations de loyauté du dirigeant – en l'occurrence de l'administrateur – envers la société. L'auteur propose à cet égard l'introduction en droit français d'un devoir général de loyauté, inspiré de la *Common law*, imposant l'obligation de révéler les conflits d'intérêts à toute situation conflictuelle ou potentiellement conflictuelle³³⁵. Dans le prolongement de cette première idée, il est envisagé par l'auteur de compléter l'obligation de révéler le conflit d'intérêts par « une obligation de ne pas voter », à savoir l'obligation de ne pas prendre part au vote sur la décision concernée en cas de conflit d'intérêt. Il en va notamment ainsi en droit positif français en matière de conventions réglementées pour certaines formes sociales. Avec l'arrêt du 22 mai 2019 de la Cour de cassation, l'extension du contenu des obligations du dirigeant dans le cadre de son devoir de loyauté prend la forme, non pas d'une obligation de ne pas voter, mais d'une « obligation de voter dans le même sens » au sein du conseil d'administration d'une société contrôlée par la société (mère) où les décisions ont été préalablement arrêtées. La question se pose alors de savoir si l'obligation de voter dans le même sens au sein de la filiale, qui peut souvent paraître comme une simple formalité, est justifiée, et en cas de réponse négative, si elle est remplaçable par une obligation de ne pas voter par l'administrateur ayant siégé au sein de la société mère. La réserve de l'intérêt social de la filiale formulée par la Cour commande la réponse à cette question : le droit de vote de l'administrateur au sein de la filiale doit être maintenu afin de prévenir les atteintes à l'intérêt social de cette dernière. La solution consistant, pour l'administrateur siégeant à la fois au conseil d'administration de la mère qu'à celui de la fille, de voter dans le même sens, sauf intérêt contraire de la filiale, nous semble ainsi être la solution la plus appropriée.

196. Participation à la constitution d'une unité de direction au sein du groupe de sociétés – vers l'émergence d'un statut de « dirigeant de groupe ». L'arrêt du 22 mai 2019 rajoute ainsi une pierre à l'édifice dans la construction du droit français des groupes de sociétés. Il participe de ce fait à la reconstruction du groupe juridiquement éclaté et à l'unification de la direction au sein du groupe en sanctionnant les comportements allant à l'encontre de la

³³⁵ A noter qu'en droit français, il s'agit d'une obligation imposée ponctuellement (c'est le cas notamment des conventions conclues avec la société, les mandats, fonction et liens d'intérêts, les apports en nature, les avantages particuliers, les votes par procuration). Cependant, aucun principe général imposant de révéler les conflits d'intérêts n'existe en droit positif français, contrairement aux principes de la *Common law*.

politique commune élaborée au niveau de la société mère, ou du moins sous l'égide de cette dernière. Cette position pourrait trouver son fondement dans le concept d'intérêt de groupe : la décision – prise au niveau de la société mère – de désigner tel administrateur au niveau de la filiale plutôt qu'un autre s'inscrit *a priori* dans le cadre d'une politique commune élaborée pour le groupe. En l'espèce, dans l'arrêt du 22 mai 2019, en s'opposant à la nomination des personnes physiques (nomination décidée au niveau de la mère) lors du conseil d'administration de la filiale, les deux actionnaires minoritaires ont adopté une attitude qui peut être considérée comme contraire à la politique commune du groupe, et ont donc agi en contradiction avec l'intérêt du groupe. En ce sens, le devoir de loyauté intragroupe peut s'analyser en l'espèce comme un devoir de fidélité à la politique commune du groupe élaborée par la société mère. Ce devoir de loyauté intragroupe participe ainsi à l'idée de l'émergence d'un nouveau statut de « dirigeant de groupe » impliquant des devoirs – et peut-être à l'avenir des droits – complémentaires pour le dirigeant d'une filiale, ces devoirs surpassant le cadre de la société qu'il dirige et s'inscrivant par conséquent dans une réelle logique de groupe.

§2. L'élaboration conventionnelle de l'unité de direction au sein du groupe

197. Face aux insuffisances et/ou aux incertitudes de la loi et de la jurisprudence, la pratique use de la liberté contractuelle pour établir conventionnellement l'unité de direction recherchée au sein du groupe. La recherche de cette unité peut se faire en particulier de deux manières : en concentrant le pouvoir au niveau de la société mère, notamment à travers les conventions de management ou de gestion (A) ou en déconcentrant celui-ci au niveau des filiales, notamment via les conventions de délégation de pouvoir (B).

A. La concentration du pouvoir au niveau de la société mère *via* les conventions de management (ou « management fees ») et l'effectivité de l'animation au sein du groupe

198. La jurisprudence admet la validité des conventions de management sous certaines conditions, ces dernières revêtant en pratique diverses appellations qui peuvent prêter à confusion quant à leur objet (1). Très souvent, l'enjeu pour la société mère est sa qualification en « holding animatrice », notion à forts enjeux fiscaux. L'animation des filiales par ladite holding conduit par ailleurs à l'instauration d'une forte unité de direction du groupe (2).

1. *L'admission jurisprudentielle sous conditions des conventions de management ou de gestion*

199. Définition. Les conventions de management ne sont pas définies par la loi. Nous ne trouvons pas non plus de définition fournie par la jurisprudence à l'exception d'une décision de la Cour d'appel de Lyon qui précise que ces dernières sont des « conventions de prestations de services permettant d'organiser et de gérer le management directorial et commercial des entreprises³³⁶ ». Selon le Professeur GALLOIS-COCHET, les conventions de *management fees* « consistent, pour une société, à conclure avec une autre une convention de prestation de services portant de manière plus ou moins directe sur l'exercice de sa direction générale³³⁷ ». Les conventions de management sont donc des conventions de prestations d'assistance dans différents domaines touchant au management sociétaire et qui sont généralement rendues par une société mère au profit de ses filiales. Comptablement et fiscalement, l'opération se traduit pour la société prestataire, souvent la société holding, par la facturation, avec TVA, de prestations de direction à l'adresse de ses filiales. Ces dernières inscrivent alors en charge d'exploitation lesdites sommes versées à la société mère et les déduisent de leur résultat fiscal.

200. Distinction entre les conventions de pure direction et les conventions de prestations de services techniques. Une distinction doit à ce titre être opérée entre les prestations de services dites de « pur management » ou de « pure direction » (gestion et direction d'une société, stratégie et animation de la politique du groupe)³³⁸ et les prestations de services « techniques » qui ne relèvent pas, par principe, des fonctions incombant au dirigeant d'une société. Certaines prestations peuvent être qualifiées de mixtes dans la mesure où elles contiennent aussi bien des prestations relevant de la pure direction que des prestations techniques. Ainsi, a été considéré par la jurisprudence comme une convention de management la convention prévoyant des « prestations de création et développement de filiales à l'étranger, d'organisation et (ou) de participation à des salons professionnels, de définition des stratégies de vente dans les différents pays visés et de recherche de nouveaux clients à l'étranger » dès lors qu'elle couvrait une partie des fonctions de « décision, de

³³⁶ CA Lyon, 27 nov. 2014, n°13-01347

³³⁷ Cass. Com. 24 nov. 2015, n°14-19.685 : Dr. sociétés 2016, comm. 60, note GALLOIS-COCHET D.

³³⁸ A noter que diverses appellations peuvent être retenues pour qualifier les conventions de pure direction.

stratégie et de représentation » incombant normalement au directeur général³³⁹. De même, constitue une convention de management la convention ayant notamment pour objet une mission d'assistance « dans les domaines du management, de stratégie de développement et de croissance externe, d'organisation, de comptabilité, de gestion financière, de management des opérations de système d'information³⁴⁰ ». Cette distinction peut s'avérer importante en pratique au plan fiscal dans la mesure où les juges se fondent principalement et en premier lieu sur les prestations de pure direction et plus exactement sur le critère de « l'animation³⁴¹ » pour caractériser la « holding animatrice », cette qualification autorisant le bénéfice de nombreux régimes de faveur en matière fiscale³⁴².

201. Conditions de validité des conventions de management – réalité et utilité des prestations de services. Les premiers arrêts rendus par la Cour de cassation ont annulé, pour défaut de cause³⁴³, des conventions de management impliquant notamment des sociétés anonymes dès lors que lesdites conventions faisaient « double emploi (...) avec les fonctions sociales » et que le dirigeant de droit de la société était rémunéré indirectement à deux reprises pour des prestations similaires³⁴⁴. Au-delà des risques en matière civile (défaut de cause ou contrepartie illusoire au sens du nouvel article 1169 du Code civil), ce schéma présente également des risques en matière fiscale (qualification en acte anormal de gestion) voire en matière pénale (abus de biens sociaux).

202. Par ailleurs, si les conditions de validité semblent incertaines dans le cadre de conventions conclues avec une SA, la SAS se distingue de cette dernière principalement par le fait que les dispositions légales prévues pour les SA sont impératives tandis que celles relatives à la SAS laissent une grande liberté d'organisation du pouvoir de direction dans les statuts de la société³⁴⁵. L'article L227-5 du Code de commerce relatif à la SAS dispose en ce sens que

³³⁹ Cass. Com. 23 oct. 2012, n°11-23376, *SA Mécasonic*

³⁴⁰ CA Paris, 4 juillet 2013, n°11-06318

³⁴¹ Pour plus de précisions sur cette notion, voir *infra* n°100 et suiv.

³⁴² Voir *infra*, n°210.

³⁴³ La notion de « cause » a disparu du droit des obligations français suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Si la notion de « cause » n'apparaît plus dans la loi, ses fonctions subsistent toutefois au sein du nouvel article 1169 du Code civil qui dispose qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

³⁴⁴ Cass. Com. 14 sept. 2010, n°09-16084, *Sté Samo Gestion* ; Cass. Com. 23 oct. 2012, n°11-23376, *SA Mécasonic*

³⁴⁵ Voir à ce sujet : THOMASSIN N., *L'organisation du pouvoir de direction dans les SAS*, in « La SAS : 25 ans après » (Sous la dir. de PAGNUCCO J.-Ch.), LexisNexis, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise (F.N.D.E.), T. 37, 2019, p.35-54

« les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ». La seule exigence, prévue à l'article suivant (L227-6 du même code), consiste à nommer au moins un président qui sera dans ce cas investi, par défaut³⁴⁶, des pouvoirs les plus étendus pour représenter et diriger la société.

203. Au regard de ces éléments, la Cour de cassation a donc estimé dans une décision du 24 novembre 2015 – confirmée par une décision du 12 décembre 2018³⁴⁷ – qu'il n'y avait aucun obstacle à ce qu'une SAS « confie sa direction générale à une société tierce par la voie d'une convention de prestation de services » et ce, dès lors que les statuts de la société en question « prévoyaient seulement les modalités de désignation du président, éventuellement assisté d'un vice-président³⁴⁸ ». En d'autres termes, aucune clause spécifique n'excluant cette possibilité, la société bénéficiaire des prestations pouvait confier sa direction à une autre société. Cette solution ne fait que confirmer la place privilégiée de la SAS qui apparaît comme un formidable outil d'organisation du pouvoir au sein des groupes de sociétés. Afin d'éviter toutefois tout risque de remise en cause ultérieure, notamment dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence sur la question, il serait prudent à notre sens de prévoir dans les statuts une clause spécifique précisant la possibilité offerte à la société de confier contractuellement sa direction à un tiers³⁴⁹. Cette clause permettrait de lever toute incertitude et d'informer les associés de la société de cette faculté dont dispose cette dernière³⁵⁰.

2. L'établissement de l'unité de direction via la holding animatrice et la mise en œuvre effective d'un contrat d'animation

204. Notion de holding animatrice. La notion de holding animatrice est une notion purement fiscale qui apparaît initialement pour les besoins de la notion de biens professionnels dans le cadre de l'ancien impôt sur la fortune (ISF). Elle est aujourd'hui

³⁴⁶ En l'absence de dispositions contraires dans les statuts qui institueraient par exemple un ou plusieurs directeurs généraux, voire des directeurs généraux délégués.

³⁴⁷ Cass. Com., 12 déc. 2018, *Sequana*, n°16-15217, Dr. Sociétés 2019, n°46, obs. COUPET C.

³⁴⁸ Cass. Com., 24 nov. 2015, *TER-Regards*, n°14-19685, note LE CANNU P., JCP 2016, 1018 ; note DONDERO B., Rev. Sociétés 2016, p. 433

³⁴⁹ L'article 227-5 du Code de commerce n'impose pas nécessairement de prévoir les organes de direction mais seulement les « conditions dans lesquelles la société est dirigée »

³⁵⁰ En effet, ainsi que le relève le Professeur THOMASSIN, « le fait qu'une convention puisse externaliser la direction statutairement dévolue au président n'a rien d'évident : les *management fees* ne devraient pas pouvoir conduire la SAS bénéficiaire de la prestation de direction à payer ce qu'elle était en droit d'attendre de son dirigeant statutaire » (THOMASSIN N., *L'organisation du pouvoir de direction dans les SAS*, op. cit., n°33, p.50)

reconnue légalement dans le cadre de certains dispositifs³⁵¹ et par la jurisprudence, aussi bien du Conseil d'Etat³⁵² que de la Cour de cassation³⁵³. La doctrine administrative considère que sont « animatrices effectives de leur groupe (les holdings) qui participent activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne au groupe, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers ou immobiliers³⁵⁴ ». La notion de holding animatrice nécessite ainsi impérativement au moins trois critères pour caractériser l'animation : l'existence d'un groupe, la participation de la holding au contrôle des filiales et la conduite de la politique du groupe³⁵⁵.

205. Sur ce dernier point, il n'existe pas de précisions de l'administration fiscale sur ce qu'elle entend par la notion de conduite de la politique du groupe. La jurisprudence a toutefois eu l'occasion d'apporter des précisions à ce sujet, en particulier à travers deux arrêts de la Cour de cassation. Le premier, rendu en 2012³⁵⁶, indique que la holding, pour être qualifiée d'animatrice, doit participer « activement à la gestion des sociétés du groupe en prenant des décisions de politique commerciale ou d'orientations stratégiques ». Le second arrêt, plus récent³⁵⁷, ajoute que la holding « a la charge de la gestion stratégique du groupe et décide des orientations qui engagent celui-ci sur le long terme ». Il ressort ainsi de ces arrêts que la holding animatrice doit nécessairement aller au-delà du contrôle de ses filiales en prenant des décisions – en particulier dans les domaines de la stratégie à adopter et du développement des filiales – s'imposant à ces dernières³⁵⁸. La holding animatrice participe de ce fait à la mise en place d'une unité de direction au sein du groupe de sociétés. Puisqu'animer c'est contrôler mais aussi – et surtout – « gérer » les filiales³⁵⁹, il est nécessaire d'analyser les modalités

³⁵¹ CGI, art. 199 terdecies-0 A, VI quarter (réduction d'impôt Madelin)

³⁵² CE plén., 13 juin 2018, n°395495 (concernant l'ancien abattement applicable aux gains de cession de titres de dirigeants partant à la retraite)

³⁵³ Cass. Com. 19 juin 2019, n°17-20.559 et n°17-20.560

³⁵⁴ BOI-PAT-IFI-30-10-40, 08/06/2018, n°130

³⁵⁵ En tout état de cause, les prestations de services (administratives, juridiques, comptables, financiers etc.) réalisées par la holding au profit des filiales ne suffisent pas à caractériser l'animation. Elles peuvent néanmoins appuyer le caractère animateur de la holding.

³⁵⁶ Cass. Com. 10 déc. 2012, n°12-23.720

³⁵⁷ Cass. Com. 23 juin 2021, n°19-16.351

³⁵⁸ Sur ce point et notre position au plan de la responsabilité de la société mère agissant en sa qualité d'holding animatrice, voir *infra* n°585 et suiv.

³⁵⁹ COZIAN M., DEBOISSY F., CHADEFaux M., *Précis de fiscalité des entreprises*, op. cit., 2021-2022, n°2433

juridiques de mise en œuvre de l'animation par une holding en prenant nécessairement en considération les principes et règles applicables en matière de droit des sociétés.

206. Modalités d'organisation juridique de l'animation. Le droit des sociétés attribue des compétences distinctes aux associés et aux organes de direction et refuse par principe la possibilité pour un associé d'exercer des pouvoirs excédant ceux qui lui sont attribués par la loi. De ce fait, les modalités d'organisation de l'animation du groupe doivent faire l'objet d'une attention particulière. La solution la plus simple pour caractériser l'existence d'une animation serait alors de recourir au mandat social en nommant, lorsque cela est possible, la holding dirigeante des filiales³⁶⁰. En tant que dirigeante de droit, c'est bien la holding qui détermine la conduite de la politique du groupe : l'animation serait alors assez facilement caractérisée dès lors que la holding est légalement en position de déterminer et de conduire la politique générale ainsi que la stratégie du groupe au niveau des filiales.

207. L'animation pourrait également être mise en œuvre en limitant les pouvoirs des dirigeants des filiales et en subordonnant la prise des décisions importantes au vote des associés réunis en assemblée générale. L'immixtion de la holding associée – sans qu'elle soit dirigeante de droit des filiales – dans la gestion des filiales pourrait alors caractériser une direction de fait, sous réserve d'en respecter les conditions³⁶¹, et refléter l'existence de l'animation du groupe. Il est à ce titre possible d'imaginer un droit de veto accordé à la holding associée concernant les décisions importantes et notamment lorsque les décisions prises au niveau de la filiale sont considérées comme contraires à la politique et à la stratégie du groupe élaborées au niveau de la holding. D'autres situations pourraient également permettre de caractériser l'animation³⁶² mais la pratique a souvent recours aux conventions d'animation qui constitue un commencement de preuve de l'existence de l'animation³⁶³.

³⁶⁰ Possible notamment lorsque les filiales sont des SAS, SCI ou SNC

³⁶¹ Sur la direction de fait, voir *infra* n°587 et suiv.

³⁶² Nous pensons notamment au cas particulier du salarié de la holding nommé dirigeant d'une filiale. C'est dernier dispose alors d'une double casquette : salarié au niveau de la holding et mandataire social au niveau de la filiale.

³⁶³ Précisons d'emblée que la seule existence d'une convention d'animation ne peut suffire, à elle seule, à caractériser l'animation du groupe. Cette convention doit être le reflet de la réalité. Les juges examinent en effet l'effectivité de l'animation au-delà de ce qui est littéralement indiqué sur les contrats ou conventions.

208. L'organisation de l'animation au sein du groupe par un contrat d'animation.

L'établissement et la mise en œuvre de la politique du groupe au moyen de la conclusion d'un contrat d'animation entre la société mère et ses filiales participerait à l'élaboration d'une unité de direction au niveau du groupe. La convention d'animation signée par la holding et ses filiales devrait alors comporter les éléments relatifs à la politique et la stratégie du groupe ainsi qu'un plan d'action annuel prévoyant par exemple des objectifs à atteindre par les différentes parties, notamment par les dirigeants des filiales chargés d'exécuter la stratégie du groupe élaborée par la société mère. Il est notamment question pour la holding d'élaborer un plan stratégique concernant le développement des filiales. Afin que ce plan soit suivi d'effets concrets au niveau des filiales, il serait opportun de prévoir, dès la conclusion du contrat d'animation, une procédure de contrôle de l'exécution de la politique et de la stratégie du groupe au niveau de chaque filiale. Des points d'étapes permettant de faciliter le suivi et le déroulement du plan seraient en ce sens utiles. Autrement dit, l'organe dirigeant de la holding ne doit pas se contenter de fixer la stratégie du groupe, il pourrait également prévoir contractuellement et dans un souci d'efficacité les modalités de contrôle de sa mise en œuvre au niveau des filiales. En conséquence, les organes dirigeants des filiales devraient de leur côté apporter une attention particulière à la mise en œuvre de la politique du groupe et au respect des objectifs préétablis par la holding. L'objectif est qu'ils rendent compte de leur activité et de l'exécution du plan à travers notamment de rapports annuels³⁶⁴, trimestriels, voire mensuels.

209. Une opportunité juridique - organisation du pouvoir - et fiscale - bénéfice de régimes de faveur.

Les conventions d'animation et le régime de la holding animatrice apparaissent ainsi comme une solution efficace à la disposition des praticiens pour aménager le pouvoir au sein du groupe de sociétés en le concentrant au niveau de la société mère. A travers cette organisation, non seulement l'action de la société mère, mais également le groupe dans son ensemble, participe à la qualification de la société mère en holding animatrice dès lors que les dirigeants des filiales sont censés mettre en œuvre la stratégie et la politique du groupe élaborées par la société mère. Cette dernière ayant le pouvoir de révoquer, en tant qu'associée majoritaire, les dirigeants récalcitrants des filiales, le refus de mise en œuvre de

³⁶⁴ Dans le cadre de l'établissement du rapport de gestion notamment

la politique du groupe au niveau des filiales semble peu concevable en pratique, sauf circonstances exceptionnelles.

210. Ce faisant, les associés de la société mère pourront bénéficier de nombreux régimes fiscaux de faveur. Parmi lesdits régimes de faveur applicable aux holdings animatrices, il est possible de citer notamment le dispositif d'abattement à hauteur de 75 % sur les transmissions à titre gratuit (par donation ou succession) de titres de société ayant fait l'objet d'un engagement dans le cadre d'un « Pacte Dutreil »³⁶⁵, le dispositif de réduction d'impôt sur le revenu de 18 % (voire 25 %) des souscriptions au capital des PME³⁶⁶, les dispositifs d'abattement, de droit commun (jusqu'à 65 %) ou renforcé (jusqu'à 85 %), pour durée de détention des titres sur les plus-values de cession de valeurs mobilières³⁶⁷ etc.

B. La déconcentration du pouvoir au niveau de la filiale

211. L'unité de direction peut également se refléter en déconcentrant le pouvoir au niveau des filiales dès lors que le pouvoir accordé à ces dernières peut à tout moment prendre fin sous l'autorité de l'entité qui l'accorde. Nous envisagerons deux techniques de déconcentration du pouvoir au niveau de la filiale et facilitant ainsi le bon fonctionnement du groupe : d'une part, la délégation de pouvoir (1), d'autre part, le recours à un type de contrat de travail spécifique permettant à un salarié de la société mère d'exercer un mandat social au niveau d'une filiale (2).

1. La délégation de pouvoir intragroupe : des conditions de validité et d'efficacité assouplies dans le cadre des groupes de sociétés

212. Définition. Selon le Professeur Nicolas FERRIER, auteur d'une thèse consacrée à ce sujet³⁶⁸, la délégation de pouvoir peut être définie comme « une forme particulière de mandat par laquelle le chef d'entreprise confie à une personne l'exercice de certains pouvoirs de direction, tout en conservant leur maîtrise³⁶⁹ ». Il s'agit donc d'un contrat par lequel le dirigeant d'une société, déléguant, transfère certains de ses pouvoirs au nom et pour le compte

³⁶⁵ CGI, art. 787 B ; BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 21/12/2021, n°50

³⁶⁶ CGI, art. 199 terdecies-0 A ; BOI-IR-RICI-90-10-20-10, 13/01/2014, n°20

³⁶⁷ CGI, art. 150 D ; BOI-RPPM-PVBMI-20-30-10, 20/12/2019, n°250 (abattement renforcé)

³⁶⁸ FERRIER N., *La délégation de pouvoir, technique d'organisation de l'entreprise*, préf. Ph. Pétel, Litec, coll. Bibl. dr. entr., t., 68, 2005

³⁶⁹ FERRIER N., *Délégation de pouvoir et groupe de sociétés*, Revue Dr. sociétés, mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, Juin 2017, dossier 10, n°1

de ladite société – et non en son nom personnel – à une autre personne, le délégataire, qui en accepte le principe et les modalités³⁷⁰. Ce dernier devra rendre compte de sa mission au délégant, favorisant ainsi la remontée d'information à l'intérieur du groupe. Le délégataire peut à son tour procéder à la délégation de l'intégralité ou d'une partie des pouvoirs qui lui ont été confiés, sous réserve que cette subdélégation n'ait pas été expressément interdite par le premier délégant. La délégation de pouvoir apparaît ainsi comme un outil efficace permettant de faciliter la mise en œuvre d'une politique commune au sein du groupe et participe de ce fait au bon fonctionnement du groupe de sociétés.

213. Une délégation de pouvoir nécessairement temporaire et limitée quant à son objet.

En l'absence de textes spécifiques prévus par le législateur, il est revenu à la jurisprudence de préciser les conditions de validité de la délégation de pouvoir. Les juges estiment ainsi que les délégations de pouvoir ne peuvent être que temporaires³⁷¹ même s'il n'est pas indispensable que sa durée soit expressément déterminée par écrit³⁷². En outre, la délégation de pouvoir ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de priver le dirigeant, délégant, de l'ensemble de ses pouvoirs. Le délégant ne peut donc confier au délégataire que certains de ses pouvoirs, pouvoirs qui devraient en pratique être précisément délimités afin d'éviter tout risque de remise en cause de ladite délégation. À noter à ce titre que le dirigeant ne peut, en tout état de cause, transférer au délégataire les domaines prévus par la loi relevant de la direction propre du chef d'entreprise : il en va notamment des obligations du dirigeant au regard du comité d'entreprise³⁷³.

214. Un outil de gestion du personnel du groupe favorisé par la jurisprudence. Bien que l'on ne puisse limiter son champ d'application à ce seul domaine, la technique de la délégation de pouvoir est très utilisée en pratique en matière de gestion du personnel dans les groupes de sociétés. C'est alors très souvent le responsable des ressources humaines de la société mère qui représente les différentes filiales dans la procédure de recrutement, voire de licenciement, des salariés de ces dernières, ce qui favorise grandement la mise en œuvre d'une politique commune à l'intérieur du groupe.

³⁷⁰ Cass. Crim. 23 mai 2007, n°06-87.590 : RJDA 3/08 n°276

³⁷¹ Cass. Com. 22 déc. 1975 : Bull. civ. IV n°314

³⁷² Cass. Com. 17 janv. 2012, n° 10-24.811 : RJDA 4/12 n°405

³⁷³ Cass. Crim. 15 mai 2007, n°06-84.318 : RJS 8-9/07 n°969

215. *L'absence d'exigence d'appartenance à la même société.* La situation précédemment décrite a été validée par la jurisprudence sociale³⁷⁴, puis confirmée par les Hauts magistrats à plusieurs reprises par la suite³⁷⁵, et ne pose aujourd'hui pas de difficultés particulières. Elle apparaît en ce sens comme une faveur pour le groupe de sociétés dès lors que par principe, en matière de licenciement notamment, les juges exigeaient que délégrant et délégataire appartiennent tous les deux à la même société³⁷⁶. En effet, en raison de « la finalité même de l'entretien préalable », les juges interdisaient « à l'employeur de donner mandat à une personne étrangère à l'entreprise pour procéder à cet entretien et notifier le licenciement » et estimaient ainsi que le délégataire devait être membre de la même société que celle du délégrant pour que la délégation produise tous ses effets³⁷⁷. Cette exigence n'est aujourd'hui plus d'actualité dans le cadre des groupes de sociétés et peut s'expliquer de la manière suivante. Selon le Professeur FERRIER, si l'exigence d'appartenance du délégataire à la même société que celle du délégrant peut être justifiée par la possible méconnaissance ou désintérêt du délégataire extérieur à la société – et ainsi par le risque de transformer la procédure de licenciement en simple formalité – ce risque serait très limité à l'intérieur d'un groupe de sociétés³⁷⁸. Ce faisant, l'auteur estime que la jurisprudence reconnaît la « spécificité » du groupe de sociétés en se contentant de l'appartenance du délégataire au même groupe que le délégrant, et ce « au nom d'une organisation plus rationnelle du fonctionnement d'un groupe³⁷⁹ ». Nous partageons cette position puisqu'en reconnaissant les liens structurels particuliers composant le groupe, la jurisprudence participe indirectement à la création d'un droit spécifique des groupes de sociétés facilitant la mise en œuvre d'un outil juridique pertinent qui répond au besoin de performance juridique des acteurs économiques³⁸⁰.

³⁷⁴ Cass. Soc. 23 sept. 2009, n°07-44.200 : Bull. civ. 2009, V, n°191

³⁷⁵ Cass. Soc. 6 juillet 2011, n°10-17.119 ; Cass. Soc. 16 janv. 2013, n°11-26.398 : Bull. Joly 2013, p. 275

³⁷⁶ A noter qu'il s'agit ici d'une particularité du régime de la délégation par rapport à celui du mandat qui ne comporte bien entendu pas cette exigence d'appartenance à la même structure.

³⁷⁷ Cass. Soc. 26 mars 2002, n°99-43.155 : Bull. civ. V, n°105

³⁷⁸ FERRIER N., *Délégation de pouvoir et groupe de sociétés*, op. cit., n°14

³⁷⁹ *Ibid.*, n°14

³⁸⁰ ROQUILLY C., *Chronique performance juridique et avantage concurrentiel : chronique n°1*, LPA, 30 avr. 2007, n°86, p.7

216. *Pour un élargissement de l'admission des délégations de pouvoirs entre sociétés sœurs.*

La jurisprudence précédemment décrite ne concerne en réalité que les relations entre sociétés mères et filiales. Autrement dit, les délégations de pouvoir intragroupe admises jusqu'à présent concernaient les relations verticales, aussi bien de haut (société mère) en bas (filiale)³⁸¹ qu'inversement³⁸², ce qui pourrait s'expliquer par l'existence d'un lien d'autorité entre société mère et filiale³⁸³. La jurisprudence semble en effet refuser à ce jour la validité des délégations de pouvoirs intragroupe horizontales consenties par un délégant d'une société au profit d'un salarié d'une société sœur. Il en va notamment lorsqu'un dirigeant de société confie une partie de ses pouvoirs à un salarié d'une société sœur pour la gestion du personnel de sa propre société³⁸⁴. Bien que le premier ne dispose en principe d'aucune autorité sur la société sœur en l'absence notamment de détention capitalistique, un assouplissement de la jurisprudence en la matière serait toutefois le bienvenu dès lors que certaines activités (comme celles liées aux ressources humaines) peuvent être confiées à une filiale au lieu d'être gérées directement par la société mère. Dans ce cas de figure, il serait à notre avis légitime d'admettre la validité des délégations de pouvoirs horizontales consenties par un délégant d'une société au profit d'un salarié ou d'un dirigeant d'une société sœur dans un souci premier de favoriser le fonctionnement du groupe par une approche unitaire de ce dernier.

217. Un outil d'exonération de la responsabilité du délégant : effet translatif de responsabilité facilitée dans le cadre des groupes. Au-delà d'être une technique de déconcentration du pouvoir et d'organisation du groupe, la délégation de pouvoir est également un formidable outil d'exonération de la responsabilité du dirigeant. Elle permet en effet à celui-ci, en tant que délégant, de transférer sa responsabilité, notamment sur le plan pénal, au délégataire concernant bien entendu uniquement les domaines délégués au délégataire, et sous réserve de respecter plusieurs conditions qui ont toutefois été assouplies

³⁸¹ Hypothèse où le délégant appartenant à la société mère confie une partie de ses pouvoirs à un salarié de sa filiale : Cass. crim., 26 mai 1994, n° 93-83.179

³⁸² Hypothèses où le délégant appartenant à la filiale confie une partie de ses pouvoirs à un salarié ou à un dirigeant de la société mère : Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40.307 ; Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-41.378 ; Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-23.701 ; JCP S 2018, 1237, note G. François ; Cass. soc., 30 juin 2015, n° 13-28.146

³⁸³ FERRIER N., *Délégation de pouvoir et groupe de sociétés*, op.cit., n°21

³⁸⁴ Cass. soc., 20 oct. 2021, n° 20-11.485 : JurisData n° 2021-016698

en présence d'un groupe de sociétés³⁸⁵. De la même manière que pour les aspects relatifs à la validité de la délégation de pouvoir précédemment analysés et ainsi que le rappelle le Professeur FERRIER, la jurisprudence déroge au principe d'exigence d'appartenance du délégataire à la même société que celle du délégant dans le cadre des groupes de sociétés en admettant cette fois-ci son efficacité : les juges ont en effet estimé que la délégation produit ses effets, et notamment son effet translatif de responsabilité, lorsque le délégataire est salarié d'une filiale tandis que le délégant est le dirigeant de la société mère³⁸⁶. Le dirigeant de la société mère peut alors se trouver exonéré de sa responsabilité lorsqu'il confie notamment ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, pour l'ensemble des sociétés du groupe, à un salarié d'une filiale.

218. Sort de la délégation de pouvoir en cas d'évolution structurelle – insécurité juridique.

Contrairement à la délégation de signature³⁸⁷, la délégation de pouvoir subsiste en principe en cas de cessation – volontaire ou involontaire – des fonctions du délégant dans la mesure où celle-ci est consentie par ce dernier, non en son nom personnel, mais au nom et pour le compte de la société³⁸⁸. La délégation de pouvoir devrait ainsi substituer (sauf en cas de décision contraire du délégant) tant que la personnalité morale de la structure en question est maintenue. Les groupes de sociétés étant régulièrement un espace de restructuration interne et de changement plus ou moins fréquent de dirigeant, ce maintien de la délégation peut s'avérer particulièrement utile en pratique. Pourtant, la jurisprudence estime parfois le contraire, de manière plus ou moins contestable, par exemple dans l'hypothèse d'une transformation d'une SA en SNC³⁸⁹. Dans cette hypothèse de transformation de société, nous partageons la position selon laquelle les délégations de pouvoir conclues antérieurement à la transformation d'une société devraient subsister après la réalisation définitive d'une opération de transformation dès lors que, conformément à l'article L210-6 du Code de commerce, la transformation d'une société n'entraîne aucunement la disparition de sa

³⁸⁵ Les juges estiment que le délégataire ne peut être tenu responsable s'il est dépourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour exercer effectivement les pouvoirs délégués : Cass. Crim. 11 mars 1993 n°90-84.931, 91.83-655, 91-80.958, 91-80.598 et 92-80.773 : RJDA 5/93 n°470

³⁸⁶ Cass. Crim. 26 mai 1994 n°93-83.180 et 93-82.213 : RJDA 1/95 n°28 ; Cass. Crim. 7 fév. 1995 n°94.81-832 : RJS 6/95 n°657

³⁸⁷ La délégation de signature ne doit pas être confondue avec la délégation de pouvoir : la première consiste seulement pour le dirigeant à autoriser le délégataire à signer à sa place un document défini, tandis que la seconde confie au délégataire un véritable pouvoir de décision dans les limites de ses attributions.

³⁸⁸ Cass. Com. 15 mars 2005 n°414 : RJDA 7/05 n°814

³⁸⁹ Cass. Crim. 3 janv. 1986 : D. 1987 p. 84 note BOULOC B.

personnalité morale et la création d'une nouvelle. La délégation de pouvoir étant consentie par la société en tant que personne morale juridiquement indépendante, et non par le délégant en son nom personnel, il nous paraît en effet justifié que ledit contrat subsiste postérieurement à la transformation. Par ailleurs, dans deux autres décisions³⁹⁰ dont la portée doit toutefois être limitée³⁹¹, la chambre criminelle de la Cour de cassation semble rompre le lien entre personnalité morale et délégation de pouvoir. En effet, dans le cadre d'une fusion-absorption, la Cour a retenu dans ces deux affaires que le contrat de délégation consenti à un salarié de la société absorbée devient caduc, non nécessairement parce que l'entité absorbée a perdu sa personnalité morale suite à la réalisation définitive de l'opération de fusion-absorption, mais pour d'autres raisons et en l'espèce pour insuffisance de motifs³⁹². Les différentes positions de la jurisprudence en la matière créent ainsi à notre sens une insécurité juridique, raison pour laquelle il est fortement recommandé de renouveler et mettre à jour, par précaution, les contrats de délégation de pouvoir après chaque opération de restructuration visant les sociétés d'un groupe.

2. *Le statut hybride du salarié de la société mère mandataire social de la filiale*

219. Une opération de détachement d'un salarié de la société mère dans une filiale pour y exercer un mandat social validée par la jurisprudence sociale. La jurisprudence sociale de la Cour de cassation a validé la pratique consistant à conclure un travail ayant pour objet l'exercice par un salarié de la société mère d'un mandat social dans une des filiales de l'employeur. Autrement dit, la chambre sociale de la Cour de cassation considère qu'il existe bien un lien de subordination entre le salarié-mandataire social de la filiale et la société mère employeur. Ce lien de subordination est notamment caractérisé dès lors que le salarié-dirigeant reçoit de la société mère « des directives pour l'exécution de son mandat » et qu'il est « tenu de rendre compte aux dirigeants de celle-ci (la société mère) de toute question importante tenant à l'exercice de ses fonctions de mandataire au sein de la filiale³⁹³ ». En d'autres termes, le salarié-dirigeant doit, dans les faits, être pleinement dépendant de la société mère pour caractériser le lien de subordination. *A contrario*, à défaut de dépendance

³⁹⁰ Cass. Crim. 20 juillet 2011, n°10-86.705 (premier arrêt) et n°10-87.348 (second arrêt)

³⁹¹ En raison notamment de l'absence de publication au bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

³⁹² CPP, art. 593

³⁹³ Cass. soc., 2 oct. 1991, *Klaine*

à la société mère du salarié-dirigeant, à savoir si ce dernier dispose d'une certaine autonomie dans la direction de la filiale, le lien de subordination ne pourra être caractérisé selon la jurisprudence, et ce, même si ledit salarié-dirigeant agit bien dans le cadre de la politique de groupe élaborée par la société mère³⁹⁴.

220. L'établissement de l'unité de direction au sein du groupe via le statut hybride du salarié-mandataire social d'une filiale. La conclusion d'un contrat de travail ayant pour objet l'exercice par un salarié de la société mère d'un mandat social dans une des filiales participe à l'instauration d'une unité de direction au sein du groupe au profit de la société mère. En effet, en tant que salarié de la société mère, le salarié mandataire est subordonné à celle-ci, employeur, et est donc juridiquement tenu de suivre les instructions données par cette dernière. La conclusion d'un tel contrat de travail est ainsi fortement susceptible de remettre en cause l'autonomie décisionnelle de la filiale représentée par son organe de direction, ce dernier étant contractuellement subordonné à la société mère.

221. La question qui se pose alors est celle de la conciliation des intérêts en présence : le salarié-mandataire social engage-t-il sa responsabilité, notamment en cas de recours des minoritaires de la filiale par une action *ut singuli*, s'il agit prioritairement dans l'intérêt de la société mère et non dans l'intérêt de la filiale ? Doit-il respecter les instructions de la société mère lorsque lesdites instructions sont contraires, du moins sur le court terme, aux intérêts de la filiale ? Au regard du droit des sociétés et en tant que mandataire social de la filiale, il fait peu de doutes qu'il doit prioritairement agir dans l'intérêt de la filiale dans laquelle il exerce son mandat. Toutefois, cette situation semble difficile à appliquer en pratique pour le salarié-mandataire puisque, au titre de son statut de salarié de la société mère, il est tenu d'exécuter les ordres et directives de cette dernière au risque d'une rupture de son contrat de travail. Notons par ailleurs que même en l'absence de contrat de travail conclu avec la société mère, il apparaît rare qu'un dirigeant de filiale s'oppose aux instructions de la société mère majoritaire dès lors que cette dernière dispose du pouvoir de le révoquer à tout moment. En somme, si cette pratique assure un statut protecteur au salarié-mandataire, elle

³⁹⁴ CA Versailles, 5 Février 2003, n° 01-3572

constitue surtout un moyen efficace pour la société mère de mettre en œuvre la politique commune à l'échelle du groupe.

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE I

222. Droit turc. Le droit turc consacre légalement l'unité de direction au sein du groupe. Cette unité de direction se caractérise en premier lieu par un droit général reconnu aux organes dirigeants de la société mère de donner des instructions à la filiale, cette dernière étant tenue de suivre lesdites instructions y compris lorsque cela conduit à générer des pertes chez la filiale, sous réserve de rares exceptions destinées à assurer la continuité de son activité et de prévenir sa ruine. Les dirigeants de la filiale sont en ce sens légalement subordonnés à ceux de la société mère.

Au-delà de ce droit général de donner des instructions, des droits spécifiques permettent de renforcer ou rétablir l'unité de direction intragroupe. En effet, qu'il s'agisse des membres du conseil d'administration de la société mère ou de ses associés, ces derniers disposent tout d'abord d'un droit renforcé à l'information sur l'activité des filiales. Dans certaines situations et notamment en cas de détention par la société mère d'au moins 90 % des titres et des droits de vote de sa filiale, la société mère bénéficie par ailleurs d'un droit de rachat des titres des minoritaires en cas de dysfonctionnement résultant du comportement de ces derniers (mécanisme du « squeeze out »). En somme, à travers ces différents régimes, le droit turc offre un cadre favorable à l'instauration et l'exécution d'une politique commune au sein du groupe.

223. Droit français. A la différence du droit turc, le législateur français refuse la subordination, en droit, des dirigeants de filiales à ceux de la société mère, chaque société groupée devant avant tout poursuivre son propre intérêt social. L'intérêt de groupe n'occupe – encore à ce jour – qu'une place mineure en droit français mais mériterait un élargissement au-delà de la matière pénale, notamment dans les cas de détention intégrale des titres et des droits de vote de la filiale. Dans cette hypothèse où la protection des minoritaires ne se pose pas, une appréciation souple de l'intérêt du groupe – caractérisé par le seul critère d'absence de mise en péril de la filiale – permettrait de justifier les décisions prises par les dirigeants d'une société du groupe pouvant se révéler contraires à l'intérêt social de la société qu'il dirige.

En tout état de cause, en pratique, le pouvoir de nommer et de révoquer les dirigeants dont dispose la société contrôlaire ou contrôlante conduit à la docilité de fait des dirigeants qui suivent en conséquence les directives de la société mère, permettant ainsi l'exécution au niveau des filiales de la politique du groupe élaborée par la société mère. La souplesse offerte par la liberté contractuelle accentue les possibilités d'aménagement du pouvoir au sein du groupe, et permet même, dans certaines situations, aux associés de la société mère, de bénéficier de certains régimes de faveur en matière fiscale en raison du statut de « holding animatrice » accordé à cette dernière.

CONCLUSION DU TITRE I

224. Favoriser l'organisation du pouvoir au sein du groupe suppose au préalable d'acquiescer ce pouvoir. Le contrôle, notion vaste et variable selon la branche juridique étudiée, constitue à ce titre le moyen juridique qui permet d'appréhender le pouvoir à l'intérieur du groupe. Notion fondamentale puisqu'elle constitue une référence à l'application de nombreux dispositifs visant les groupes, elle mériterait en droit français un sens unique dans un souci de clarté, de cohérence et donc de sécurité juridique souhaitée en particulier par le milieu des affaires et les professionnels du droit.

225. Faciliter l'organisation du pouvoir au sein du groupe signifie également et surtout favoriser la mise en place d'une direction unifiée des sociétés membres. En effet, le fractionnement de la direction qui résulte de la constitution d'un groupe n'est généralement pas l'effet recherché par les entreprises. Cette unité de direction apparaît essentielle en pratique afin de rendre pleinement effectif, à l'échelle de l'ensemble des sociétés du groupe, l'exécution de la politique et de la stratégie du groupe. Malgré une conception et des modalités d'exercice différentes, les droits français et turc proposent des solutions juridiques favorisant la mise en œuvre d'une telle unité de direction et, plus largement, facilitant l'unité dans l'organisation du pouvoir sous l'égide de la société contrôlante.

226. Cette faveur juridique n'est par ailleurs pas limitée à l'organisation du pouvoir au sein du groupe, elle se poursuit dans le cadre de la gestion opérationnelle du groupe de sociétés.

Titre II. Favoriser l'unité dans la gestion opérationnelle du groupe de sociétés

227. La reconnaissance d'une « entité de groupe » favorisant une certaine unité dans la gestion opérationnelle du groupe. A défaut d'attribution d'une personnalité juridique au groupe de sociétés, le droit reconnaît néanmoins une « entité de groupe » autorisant une gestion intragroupe unifiée. De nombreux dispositifs juridiques et fiscaux permettent ainsi de surpasser le fractionnement sociétaire des groupes par une approche unitaire de ces derniers, et ce dans un souci de réalisme économique et d'efficacité dans la gestion opérationnelle des groupes. L'objectif général, rappelons-le, est de favoriser les groupes à travers des dispositifs souples permettant à ces derniers de s'adapter continuellement aux évolutions constantes du marché.

228. Des législations relativement proches. En tant que membre de l'Union européenne, la législation française s'inscrit nécessairement dans un cadre communautaire à travers notamment la transposition en droit interne de directives en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Plusieurs de ces directives visent directement les groupes de sociétés et sont généralement profitables à ces derniers³⁹⁵. Le droit de l'Union consacre par ailleurs plusieurs libertés afin de réaliser le marché unique. Sont en particulier prohibées les entraves – notamment fiscales – à la libre circulation des marchandises³⁹⁶, des services³⁹⁷ et des capitaux³⁹⁸ ainsi que les restrictions à la liberté d'établissement³⁹⁹. Les aides d'Etat faussant le libre jeu de la concurrence sont par principe également interdites. Pays officiellement toujours candidat à l'adhésion de l'Union européenne, la Turquie a entrepris une série de réformes afin de reprendre les acquis communautaires dans son droit interne rapprochant ainsi le droit turc du droit français dans la gestion opérationnelle des groupes de sociétés.

³⁹⁵ Parmi les principales directives communautaires visant les groupes de sociétés, notons la directive « fusions » (90/434) et la directive « mère-fille » (90/435) du 23 juillet 1990. Lesdites directives ont fait l'objet de modifications ultérieures.

³⁹⁶ TFUE, art. 34 et 35

³⁹⁷ TFUE, art. 56

³⁹⁸ TFUE, art. 63

³⁹⁹ TFUE, art. 49

229. Plan. D'un point de vue comptable et fiscal, la gestion du groupe se reflète par une circulation de valeurs au sein du groupe qui se traduit par des transferts d'actifs et/ou de passifs d'une société à une autre : c'est l'approche que nous retiendrons en envisageant, dans un premier temps, différents dispositifs juridiques et – surtout – fiscaux favorisant la circulation des flux intragroupe (**Chapitre 1**) invitant, dans un second temps, ainsi à rechercher un fondement à l'imposition unitaire du groupe (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Des dispositifs juridiques et fiscaux favorisant la circulation des flux intragroupe

Chapitre 2. A la recherche d'un fondement à l'imposition unitaire du groupe de sociétés

Chapitre I. Des dispositifs juridiques et fiscaux favorisant la circulation des flux intragroupe

230. Plusieurs dispositifs juridiques et fiscaux existent aujourd’hui en faveur des groupes de sociétés qui permettent une circulation facilitée des flux intragroupe. Cette circulation interne est en particulier favorisée par un cadre fiscal autorisant une gestion fiscale globalisée. De nombreux dispositifs fiscaux visent en effet à assurer une certaine neutralité fiscale s’agissant des opérations intragroupe, et ce afin de ne pas entraver les opérations et flux internes inhérents à l’activité des groupes. Bien entendu, la circulation des valeurs au sein du groupe n’est pas sans limites. Certains dispositifs, modifiés et adaptés à plusieurs reprises notamment sous l’impulsion du droit de l’Union européenne et de l’OCDE, permettent en effet de contrôler les mouvements de capitaux au sein du groupe.

231. Néanmoins et contrairement à certaines idées reçues, le droit français se caractérise de manière générale par les nombreux régimes de faveur instaurés afin d’encourager les groupes de sociétés. Parmi ceux-ci, certains se retrouvent de manière assez proche en droit turc (**Section 1**), d’autres sont spécifiques au droit français (**Section 2**).

Section 1. Des régimes proches en droits français et turc

232. Les régimes similaires en droits français et turc concernent en particulier les dispositifs visant à favoriser la circulation du résultat⁴⁰⁰ (§1) et des titres (§2) au sein du groupe.

§1. La circulation du résultat au sein du groupe

233. L’absence de principe de la circulation des résultats au sein du groupe. Hors régime spécifique, la compensation du résultat, à savoir des bénéfices et des pertes au sein des sociétés membre du groupe, n’est pas possible lorsque l’ensemble des sociétés membres de ce groupe relève individuellement de l’impôt sur les sociétés. En effet, chaque structure membre du groupe, aussi bien juridiquement indépendant que fiscalement autonome, réalise un résultat distinct qui ne peut, par principe, se mélanger – se compenser – avec le résultat réalisé par les autres sociétés appartenant au même groupe. Ce principe vaut aussi bien pour le droit français que le droit turc, ce dernier ne connaissant par ailleurs aucun système

⁴⁰⁰ Le résultat figure au passif du bilan de la société et forment avec le capital social, les réserves, le report à nouveau et les primes (de fusion, d’apport), les capitaux propres de la société.

d'intégration fiscale similaire au droit français⁴⁰¹ qui permettrait une compensation des bénéfiques et des pertes au sein du groupe.

234. Des dispositifs exceptionnels en vue d'encourager les flux intragroupe. Sous réserve du respect de certaines conditions plus ou moins souples, et qu'il s'agisse de faire circuler les bénéfiques (A) ou les déficits (B) au sein du groupe, les législateurs français et turc prévoient des dispositifs permettant dans les deux cas une circulation du résultat au sein du groupe dans un souci de neutralité fiscale et dans une volonté plus ou moins assumée de soutenir les groupes de sociétés.

A. Une circulation intragroupe des bénéfiques en quasi-franchise d'impôt sur les sociétés

235. En droit français (1) comme en droit turc (2), les dividendes perçus par la société mère de ses filiales peuvent, sous certaines conditions, être exonérés d'impôt sur les sociétés.

1. *En droit français : la circulation des bénéfiques en quasi-franchise d'impôt via le régime dit « mère-fille »*

236. Un régime issu du droit communautaire visant à instaurer une neutralité fiscale. Le régime « mère-fille » existant en droit français est issu de la transposition de la Directive 90/435/CEE adoptée le 23 juillet 1990 par le Conseil⁴⁰². Cette directive relative au « régime fiscal applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents » a pour objectif assumé « d'éliminer les obstacles fiscaux frappant les distributions de bénéfiques à l'intérieur des groupes de sociétés dans l'UE en supprimant les retenues à la source sur les paiements des dividendes entre les sociétés associées d'Etats Membres différents, et en prévenant la double imposition des sociétés mères sur les bénéfiques de leurs filiales ». Ladite directive comporte ainsi deux volets : le premier vise à supprimer les retenues à la source lors du versement des dividendes par la filiale distributrice (dividendes sortants)⁴⁰³, le second consiste à neutraliser chez la société bénéficiaire l'impôt acquitté par la société distributrice, et ce, soit

⁴⁰¹ Voir *infra* n°347 et suiv.

⁴⁰² Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents

⁴⁰³ Dans le même esprit, un régime assez proche est prévu dans le cadre de la directive 2003/49/CE en date du 3 juin 2003 « concernant un régime commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'Etat membres différents ». Comme en matière de distribution de dividendes entre sociétés d'Etats membres différents, cette directive vise à supprimer les retenues à la source concernant les paiements de redevances ou intérêts provenant d'une société d'un Etat membre sous réserve toutefois que le bénéficiaire effectif du paiement soit bien une société (ou un établissement stable) d'un autre Etat membre de l'Union.

en exonérant les dividendes perçus par la société bénéficiaire, soit par imputation de l'impôt payé à l'étranger (dividendes entrants). La directive vise ainsi à assurer une neutralité fiscale. Il a par ailleurs précisé à ce titre que « ces opérations ne doivent pas être entravées par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres ; qu'il importe, par conséquent, d'instaurer pour ces regroupements des règles fiscales neutres au regard de la concurrence afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international ». À noter que par la suite, une directive 2003/123/CE en date du 22 décembre 2003 est venue apporter des modifications à la première directive de 1990⁴⁰⁴. Elle a été remplacée depuis par la directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011⁴⁰⁵. Le régime figure aujourd'hui en droit interne français aux articles 145 et 216 du Code Général des Impôts (CGI).

237. Un régime optionnel, des conditions souples. Le régime mère-fille est conditionné à l'exercice d'une option par la société mère lors du dépôt de sa déclaration de résultat. En pratique, cette option se matérialise par la simple inscription du montant des dividendes perçus par la société mère sur la liasse fiscale à la ligne XA du formulaire n°2058-A-SD⁴⁰⁶. Le bénéfice d'exonération des dividendes perçus par la société mère de sa filiale est en outre réservé au respect de certaines conditions relatives, d'une part, aux sociétés concernées, et, d'autre part, aux titres détenus par la société mère.

238. S'agissant des conditions relatives aux sociétés, l'article 145 du CGI précise que la société mère et la filiale concernée doivent être imposables à l'impôt sur les sociétés au taux normal⁴⁰⁷. L'applicabilité du régime est en ce sens très large, en témoigne notamment la position de la doctrine administrative qui précise à cet égard que « toutes personnes morales

⁴⁰⁴ La directive 2003/123/CE est notamment à l'origine de l'élargissement de la liste des sociétés entrant dans le champ d'application du régime, de l'assouplissement des conditions d'exonération de la retenue à la source sur les dividendes via notamment une diminution du seuil de participation (seuil ramené à 10 % de détention des titres de la filiale contre 25 % initialement), et de l'élimination de la double imposition concernant les filiales des sociétés filiales (« petites filles »).

⁴⁰⁵ Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (refonte)

⁴⁰⁶ A noter toutefois que par un arrêt du 20 décembre 2017 (CE, 8^{ème} et 3^{ème} ch., 20 déc. 2017, n°414974, Sté Worms et Cie), le Conseil d'État a estimé que l'option pour le régime mère-fille peut s'exercer jusqu'au terme du délai de réclamation contentieuse prévu à l'article R 196-1 du Livre des Procédures Fiscales (LPF).

⁴⁰⁷ A noter que selon l'administration fiscale, le taux réduit de 15 % est considéré comme un taux normal lorsque les conditions d'application dudit taux sont respectées (BOI-IS-BASE-10-10-10-10, 05/10/2016, n°110).

ou organismes, quelle que soit leur nationalité, soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés au taux normal sur tout ou partie de leur activité et quelle que soit la nature de celle-ci, peuvent bénéficier du régime des sociétés mères⁴⁰⁸ ». La forme juridique et le lieu d'implantation – sous réserve du cas particulier des filiales établies dans un Etat ou Territoire Non Coopératif (ETNC) – de la filiale sont donc indifférents à l'applicabilité du régime mère-fille en droit français.

239. S'agissant des conditions relatives aux titres détenus par la société mère, cette dernière doit en principe⁴⁰⁹ détenir au minimum 5 % de la pleine propriété ou de la nue-propriété des titres⁴¹⁰ de la filiale, détention appréciée à la date de mise en paiement du dividende (date de mise à disposition de la société mère), et doit conserver lesdits titres pendant une période continue d'au moins 2 ans à compter de leur date d'inscription en compte. Nous relevons à ce titre que le droit français se montre plus souple que le droit de l'Union s'agissant de la condition du taux de détention des titres de la filiale : le droit français exige en effet seulement une participation de 5 % des titres de la filiale tandis que la directive prévoit un taux de 10 %. Cette souplesse démontre la faveur du législateur français pour la circulation du résultat à l'intérieur du groupe, participant ainsi à l'attractivité du droit français sur la scène internationale en matière de fiscalité des groupes.

240. Une quasi-exonération - réintégration d'une quote-part de frais et charges. Sous réserve du respect des conditions précitées, les dividendes perçus par la société mère sont exonérés. Toutefois, une quote-part de frais et charges de 5 %⁴¹¹ du montant brut des

⁴⁰⁸ BOI-IS-BASE-10-10-10-10, 05/10/2016, n°60

⁴⁰⁹ A noter que des conditions particulières existent notamment lorsque la société mère est elle-même détenue par un ou plusieurs organismes sans but lucratif.

⁴¹⁰ L'article 145, 1, a du CGI prévoit que les titres doivent nécessairement revêtir la forme nominative ou être déposés ou inscrits dans un compte tenu par certains intermédiaires.

⁴¹¹ Dans une décision récente (CE, 5 juillet 2022, n°463021), le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la nature de la réintégration de la quote-part de frais et charges (QPFC) de 5 % : elle a estimé que ladite réintégration de la QPFC vise en réalité à imposer une fraction des dividendes et censure de ce fait la doctrine administrative qui considérait que l'article 216 du CGI « fixe un mode de calcul pour la réintégration des charges afférentes à des produits qui ne sont pas imposés et ne peut s'analyser comme conduisant à l'imposition d'une partie des dividendes (BOI-IS-BASE-10-10-20, 11/03/2021, n°100) ». Cette décision conduit en pratique à ouvrir la voie à l'imputation des crédits d'impôts étrangers sur l'IS afférent à ladite QPFC. Le Conseil d'Etat a estimé à ce titre que « compte tenu du caractère forfaitaire de la quote-part des produits de participations qu'une société mère doit réintégrer à son bénéfice en application du régime mère-fille, sans possibilité pour cette dernière de limiter cette réintégration au montant réel des frais et charges exposés en vue de l'acquisition ou la conservation des revenus correspondants », les dispositions de l'article 216 du CGI « doivent être regardées non comme ayant pour seul objet de neutraliser la déduction (...) des charges afférentes aux titres de participation dont les produits sont exonérés d'impôt sur les sociétés, mais comme visant à soumettre à cet impôt, lorsque le montant des frais est inférieur à cette quote-part forfaitaire, une fraction des produits de participations bénéficiant du régime des sociétés mères ».

dividendes reste imposable au taux de l'impôt sur les sociétés, soit une imposition effective de seulement 1,25 % (dans l'hypothèse d'un taux IS de 25 % applicable pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2022). A titre d'exemple, pour un dividende brut de 100 000 euros, la quote-part de frais et charges s'élève à 5 000 euros, soit une imposition à l'IS à hauteur de 1 250 euros.

241. Un objectif assumé d'encouragement de l'économie française. Malgré l'imposition de cette quote-part de frais et charges, le droit français dispose ainsi d'un régime très favorable pour la circulation du résultat au sein du groupe de sociétés. Si le législateur ne va pas jusqu'à reconnaître une certaine personnalité fiscale du groupe à défaut de personnalité juridique de ce dernier, il offre néanmoins un régime souple et accessible à tout type de groupe permettant de neutraliser les flux de résultats intragroupe.

242. Tout comme la jurisprudence en la matière⁴¹², la doctrine administrative est très explicite sur ce point lorsqu'elle affirme que « l'objectif du régime des sociétés mères et filiales, en cherchant à supprimer ou à limiter la succession d'impositions susceptibles de frapper les produits que les sociétés mères perçoivent de leurs participations dans des sociétés filles et de ceux qu'elles redistribuent à leurs propres actionnaires, est de favoriser l'implication des sociétés mères dans le développement économique des sociétés filles pour les besoins de la structuration et du renforcement de l'économie française⁴¹³ ».

2. En droit turc (İştirak Kazançları İstisnası)

243. Une distinction entre participations turques et participations étrangères. Contrairement au système français qui n'établit aucune distinction à raison du lieu d'implantation de la société distributrice⁴¹⁴, le droit fiscal turc opère une distinction entre les produits de participations turques, autrement dit les dividendes issus de sociétés de droit turc, et les produits de participations étrangères qui visent les dividendes issus de sociétés de droit autre que turc⁴¹⁵. En d'autres termes, le droit fiscal turc prévoit des régimes distincts selon que la société distributrice soit résidente (au sens fiscal) de Turquie ou non, étant précisé

⁴¹² CE, 23 juin 2014, n°360708 et n°360709

⁴¹³ BOI-IS-BASE-70, 03/07/2019, n°30

⁴¹⁴ A l'exception toutefois du cas particulier des sociétés distributrices situées dans les ETNC.

⁴¹⁵ Voir à ce sujet : KARATAŞ DURMUŞ N., *Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Topulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları*, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), S:2, 2015

qu'une société est considéré comme fiscalement résidente de Turquie lorsque son siège social ou son siège d'exploitation est situé dans ce pays.

a. Les dividendes perçus des sociétés distributrices fiscalement résidentes de Turquie

244. Des conditions d'application très souples. Le point a) de l'article 5-1 de la loi turque n°5520 relative à l'impôt sur les sociétés (*Kurumlar Vergisi Kanunu*) prévoit l'exonération des dividendes provenant des participations turques⁴¹⁶.

245. Les conditions d'application restent néanmoins très souples dans la mesure où aucune condition relative à un taux minimal de détention des titres de la société distributrice n'est exigée⁴¹⁷ tandis que le droit français exige, rappelons-le, un taux de détention minimale de 5 %, ce qui reste relativement faible au regard des directives européennes en la matière (10 %) et de manière plus large au regard de la notion de « contrôle » qui implique souvent la détention d'une majorité de droits de vote.

246. De plus, aucune durée de détention des titres n'est imposée⁴¹⁸. Il suffit donc théoriquement qu'une société de capitaux détienne un seul titre (donnant droit à dividende) d'une autre société de capitaux résidente de Turquie pour bénéficier du régime d'exonération. Contrairement au droit français, le bénéfice de l'exonération des dividendes perçus par la société mère s'applique donc y compris lorsque la détention est inférieure à 2 ans. Les distributions de dividendes issus de ce que nous pourrions qualifier en droit comptable français de « titres de placement » pourraient en ce sens bénéficier, à ce jour, d'une exonération d'impôt en droit turc. À noter toutefois que certains auteurs turcs estiment qu'il convient de définir précisément la notion de participations (*İştirak*) en droit turc et de restreindre l'application de l'exonération des produits desdites participations à celles

⁴¹⁶ A noter que le dispositif actuel d'exonération des dividendes issus de participations turques ne concerne que les sociétés de capitaux en droit turc, à savoir les sociétés anonymes (*Anonim Sirket*) et les sociétés à responsabilité limitée (*Limited Sirket*)

⁴¹⁷ A noter toutefois que l'ancien régime exigeait un taux minimal de détention de 10 % (loi n° 5422 sur l'impôt sur les sociétés – « *5422 sayılı kurumlar vergisi kanunu* »).

⁴¹⁸ L'ancien régime prévoyait une durée minimale de détention d'une année (loi n° 5422 sur l'impôt sur les sociétés – « *5422 sayılı kurumlar vergisi kanunu* »)

détenues notamment pendant une certaine durée afin d'éviter ce bénéfice aux « titres de placement »⁴¹⁹.

247. Une exonération totale – l'absence de réintégration d'une quote-part de frais et charges. Contrairement au système français, le droit fiscal turc n'envisage pas de réintégration extracomptable ou autres mécanismes similaires conduisant finalement à l'imposition d'une fraction – mineure – des dividendes. Le législateur turc facilite ainsi très largement la circulation du résultat au sein du groupe lorsqu'il est question de sociétés distributrices fiscalement résidentes de Turquie. Le régime est moins souple lorsque la société distributrice est fiscalement résidente en dehors de Turquie.

b. Les dividendes perçus des sociétés distributrices fiscalement non résidentes de Turquie

248. Des conditions plus strictes. Le point b) de l'article 5-1 de la loi turque n°5520 relative à l'impôt sur les sociétés prévoit l'exonération des dividendes provenant des participations non turques sous réserve du respect de conditions plus strictes que la situation précédente. Pour bénéficier de l'exonération des dividendes perçus de sa « filiale » non résidente de Turquie, la société bénéficiaire turque doit tout d'abord détenir au minimum 10 % des titres du capital social libéré de la société distributrice et détenir lesdits titres de manière continue pendant une durée minimale d'une année (365 jours) à compter de la date de réalisation des bénéfices⁴²⁰.

249. En outre, dans un souci de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, le droit turc prévoit que la société distributrice, non résidente de Turquie, doit être imposée à l'étranger à un ou plusieurs impôts équivalents à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu (retenue à la source comprise) et subir à ce titre une charge fiscale effective minimale de 15 %⁴²¹.

250. Enfin, le dernier alinéa du point b) de l'article 5-1 de la ladite loi exige la mise en paiement (le « transfert ») des dividendes par la filiale distributrice étrangère au profit de la

⁴¹⁹ ÖZTÜRKMEN A., *Kurumlar Vergisi Kanununda İştirak Kazançları İstisnası ve İştirak Hissesi Satış Kazançları İstisnası*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010

⁴²⁰ UFUK M. T., *Yurtdışı İştirak Kazançları İstisnası*, Vergi Dünyası dergisi, Subat 2011, n°354, p.22

⁴²¹ La loi turque relative à l'impôt sur les sociétés (art. 5-1, b) prévoit toutefois des exceptions concernant les sociétés distributrices non résidentes de Turquie exerçant dans certains domaines (domaine du « financement y compris le crédit-bail » ou des « services d'assurance » ou encore de l'« investissement en valeurs mobilières ») : le taux de la charge fiscale doit alors correspondre au taux d'impôt sur les sociétés applicable en Turquie (20 % de 2006 jusqu'en 2017, taux légèrement supérieur depuis 2018).

société turque bénéficiaire au plus tard à la date de dépôt de la déclaration d'impôt sur les sociétés de cette dernière, soit le 25 avril de l'année en question⁴²².

251. Le bénéfice de l'exonération des dividendes perçus par une société turque d'une société non résidente de Turquie se trouve ainsi subordonné à des conditions assez strictes si l'on compare ce régime avec celui applicable en présence de sociétés uniquement résidentes de Turquie. Par ailleurs, en prévoyant deux régimes distincts, moins favorables lorsqu'il est question de société distributrice non résidente de Turquie, le législateur turc s'éloigne de l'esprit de la Directive communautaire « mère-fille » et des principes de liberté d'établissement et de non-discrimination en vigueur dans l'Union européenne.

B. Une circulation intragroupe des déficits dans le cadre de certaines opérations de restructuration

252. La circulation des déficits par le recours à la « consolidation sauvage ». En dehors de régime spécifique (intégration fiscale en droit français notamment), l'une des solutions classiques pour faire remonter les pertes d'une société qui serait, par hypothèse, structurellement déficitaire, serait alors d'opter pour une société de personne non soumise à l'impôt sur les sociétés (transparence fiscale⁴²³) : en droit français, la constitution de société en nom collectif (SNC) répond à cet objectif avec toutefois l'inconvénient – non négligeable et donc à prendre en considération – de la responsabilité illimitée des associés, et donc de la société mère par hypothèse associée majoritaire de la SNC.

253. Objet d'étude : la circulation des déficits dans le cadre d'opérations de restructurations intragroupe (fusions et opérations assimilées) – hors intégration fiscale. Il est ici question d'envisager la question de la circulation des déficits dans un univers IS, à savoir dans le cadre d'un groupe composé exclusivement de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés. Il convient à ce titre de rappeler qu'en droit français, une société dont l'activité génère un déficit au titre d'un exercice social ne peut, par principe, reporter et imputer ledit déficit uniquement sur ses propres et éventuels résultats bénéficiaires futurs (et non sur le résultat d'une autre société appartenant au groupe), et ce sans limitation de durée. Il en est de même s'agissant du droit turc qui limite toutefois les déficits reportables à ceux qui se

⁴²² Art. 25-5 de la loi turque relative à l'impôt sur les sociétés

⁴²³ Pour plus de détails sur la notion de transparence ou de semi-transparence fiscale, voir *infra* n°375 et suiv.

rappellent aux cinq derniers exercices de la société. En ce sens, aucune circulation des pertes n'est possible au sein du groupe.

254. Par exception, la circulation des déficits au sein du groupe de sociétés peut toutefois s'opérer à l'occasion de certaines opérations de restructurations intragroupe, notamment des fusions. En pratique, ces opérations de restructurations peuvent avoir pour objet principal – voire exclusif – le transfert de déficits d'une société qui serait structurellement déficitaire à une autre société du groupe qui serait au contraire bénéficiaire dans la durée, et ce afin que cette dernière puisse imputer lesdits déficits aux résultats positifs qu'elle dégage et ainsi réduire (voire « effacer ») son imposition. Les droits français et turc autorisent ce transfert de déficits de l'absorbée (voire de la société apporteuse) à l'absorbante (voire à la société bénéficiaire des apports) sous réserve de respecter de strictes conditions.

1. En droit français

255. Identité d'entreprise. Ainsi que nous l'avons rappelé, seule la société ayant subi un déficit au titre d'un exercice social peut, par principe, les reporter – sans limitation de durée – sur ses éventuels bénéfices futurs au titre d'exercices ultérieurs⁴²⁴ : il s'agit de la règle dite de « l'identité d'entreprise ». Par conséquent, en cas de cessation d'entreprise, de changement d'activité ou encore de changement de régime fiscal de la société, cette dernière perd en principe ses déficits reportables.

256. Le législateur français prévoit toutefois la possibilité de conserver ces déficits en cas d'opérations de restructuration. Il est prévu à ce titre deux régimes distincts prévus à l'article 209, II du CGI : le premier dispositif permet un transfert automatique des déficits lorsque le montant desdits déficits est inférieur à 200 000 euros et sous réserve du respect de conditions qui restent strictes⁴²⁵ ; le second dispositif – encore plus stricte – permet un transfert de déficits sur agrément de l'administration fiscale.

⁴²⁴ CGI, art. 209, I al.3

⁴²⁵ Ce mécanisme de transfert des déficits en dispense d'agrément a été instauré par l'article 53 de la loi de finances n°2019-1479 du 28 décembre 2019 pour 2020

257. Transfert de déficits inférieurs à 200 000 euros. Les déficits inférieurs à 200 000 euros sont transférés de plein droit, sans agrément de l'administration fiscale⁴²⁶, à la société absorbante si les conditions suivantes sont remplies :

- l'opération de restructuration doit nécessairement être une fusion ou une dissolution par confusion de patrimoine (dit en pratique « TUP »)⁴²⁷ emportant toutes les deux transmission universelle de patrimoine : la doctrine administrative précise à cet égard qu'il peut s'agir d'une fusion sans échange de titres (notamment une fusion entre une société mère et sa filiale détenue intégralement ou encore une fusion entre sociétés sœurs détenue intégralement par une même société mère)⁴²⁸, à l'exclusion d'une scission et d'un apport partiel d'actif ;

- l'opération doit être placée sous le régime fiscal de faveur de l'article 210-0 A du Code général des impôts (fusion considérée comme une opération intercalaire n'entraînant aucune imposition immédiate) ;

- les déficits ne doivent pas provenir de la gestion d'un patrimoine principalement composé de participations financières dans d'autres sociétés, ni de la gestion d'un patrimoine immobilier ;

- la société absorbée ne doit pas avoir cédé ou cessé l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'un établissement durant la période au cours de laquelle lesdits déficits ont été constatés.

258. Transfert de déficits supérieurs à 200 000 euros. Dans l'hypothèse d'un transfert de déficits supérieurs à 200 000 euros, la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport doit formuler une demande de transfert des déficits auprès de l'administration fiscale et obtenir son agrément. Les conditions – très strictes – doivent être remplies afin d'espérer obtenir ledit agrément :

- de la même manière que pour l'hypothèse précédente (déficits inférieurs à 200 000 euros), l'opération doit être placée sous le régime fiscal de faveur de l'article 210-0 A du Code général

⁴²⁶ L'administration fiscale conserve la possibilité d'opérer un contrôle pour vérifier le respect des conditions.

⁴²⁷ C.civ. art.1844-5

⁴²⁸ BOI-IS-FUS-10-60-10, 13/04/2022, n°20 et 70

des impôts et les déficits ne doivent provenir ni de la gestion d'un patrimoine mobilier par des sociétés à prépondérance financière ni de la gestion d'un patrimoine immobilier ;

- de plus et surtout, l'opération de restructuration – qui peut être une fusion mais également une scission ou un apport partiel d'actif (contrairement au transfert de déficits inférieurs à 200 000 euros) – doit impérativement être justifiée du point de vue économique et obéir à des motivations principales autres que fiscales ;

- l'activité à l'origine des déficits (dont le transfert est demandé) ne doit pas avoir fait l'objet de changement significatif⁴²⁹ par la société absorbée ou apporteuse pendant la période au titre de laquelle ces déficits ont été constatés et devra être poursuivie par la société absorbante ou bénéficiaire des apports pendant une période d'au moins trois ans, sans faire l'objet de changement significatif à son tour pendant cette période.

259. Cette dernière condition de stabilité de l'activité peut paraître difficile à respecter en pratique puisque la réalisation de déficits découle généralement d'une activité en dégradation qui implique de fait des changements importants au niveau de l'activité afin que la société puisse espérer régénérer des bénéfices. Le Conseil d'Etat semble toutefois privilégier une approche économique plus souple que l'approche retenue par l'administration fiscale et certains juges du fond aussi bien concernant la phase antérieure de maintien de l'activité par l'absorbée que celle postérieure relative à la poursuite de l'activité par l'absorbante⁴³⁰.

2. En droit turc

260. De la même manière que son homologue français, le législateur turc autorise le transfert de déficit dans le cadre d'opération de restructuration. Les conditions pour

⁴²⁹ « Notamment en termes de clientèle, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité » (CGI, art. 209, II 1-b)

⁴³⁰ Cette condition de stabilité de l'activité fait l'objet de divergences d'interprétation entre certains juges du fond retenant une approche littérale desdits critères de stabilité visés à l'article 209, II-1 (CAA Lyon, 4 février 2021, n°19LY01879 ; CAA Paris, 16 juillet 2020, n°19PA01183) et le Conseil d'Etat qui s'est récemment prononcé sur le sujet en optant pour une approche davantage économique (CE, 2 avril 2021, n°429319, « Alliance Négoce »). Dans cette décision, le Conseil d'Etat retient notamment qu'une baisse par la société absorbée (dont le transfert des déficits est demandé) « *de son emploi et des moyens d'exploitation qu'elle met en œuvre, ne saurait à elle seule, lorsqu'elle est destinée à assurer le maintien du volume de l'activité à l'origine des déficits, être regardée comme un changement significatif justifiant le refus d'agrément sollicité* ».

bénéficiaire du transfert de déficit sont toutefois très différentes et apparaissent plus souples sur certains points et plus sévères sur d'autres.

261. Le point a) de l'article 9 de loi turque n°5520 relative à l'impôt sur les sociétés autorise le transfert des déficits fiscaux se rapportant au plus aux exercices des cinq années antérieures⁴³¹ d'une société absorbée (dans le cadre d'une fusion) ou apporteuse (dans le cadre d'une scission) au profit d'une société absorbante ou bénéficiaire de l'apport sous réserve de respecter les conditions suivantes⁴³².

262. Tout d'abord, les déclarations fiscales relatives à l'impôt sur les sociétés des cinq dernières années de la société absorbée ou apporteuse doivent avoir été déposées dans les délais légaux. Par cette condition, le législateur exige ainsi indirectement de la société absorbée ou apporteuse que cette dernière soit en mesure de justifier d'une certaine durée d'existence et d'activité (au minimum un peu plus de cinq années dès lors que les déclarations fiscales sont nécessairement déposées postérieurement à la clôture des exercices).

263. Ensuite, le montant des déficits accumulés au cours des cinq derniers exercices par la société absorbée ou apporteuse ne doit pas dépasser le montant de ses fonds propres à la date de la réalisation définitive de l'opération de fusion ou de scission⁴³³. Autrement dit, le montant des déficits pouvant être transféré de la société absorbée ou apporteuse au profit de société absorbante ou bénéficiaire de l'apport est plafonné au montant des fonds propres de la société absorbée ou apporteuse. En l'absence de fonds propres par cette dernière, aucun transfert de déficit ne peut donc être réalisé au profit de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport.

⁴³¹ Contrairement au droit français qui prévoit l'imputation sans limitation de durée des déficits réalisés par les sociétés soumises à l'IS sur les résultats bénéficiaires des exercices ultérieurs (CGI, art. 209, I al.3), le droit turc prévoit en tout état de cause (y compris hors contexte de restructuration) une limitation dans le temps : le déficit réalisé au cours d'une année ne peut être reporté que sur les résultats bénéficiaires des cinq années suivantes (art. 9 de la loi n°5520 relative à l'impôt sur les sociétés).

⁴³² A noter que l'article 9 de la loi turque n°5520 relative à l'impôt sur les sociétés opère une distinction entre les pertes résultant d'activités exercées en Turquie (art. 9 a) et celles émanant d'activités exercées à l'étranger (art. 9 b). Nous traitons ici uniquement du transfert des déficits résultant d'activités exercées en Turquie.

⁴³³ En cas de scission, le transfert des déficits se fait à proportion de la valeur transférée à la société bénéficiaire de l'apport. La question ne se pose pas en cas de fusion, cette opération opérant par définition transmission universelle de patrimoine.

264. Enfin, la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport doit poursuivre les activités de la société absorbée ou apporteuse pendant au moins cinq ans à compter de l'exercice comptable au cours duquel la fusion ou la scission a eu lieu.

§2. La circulation des titres au sein du groupe

265. Une plus-value peut être définie comme une « augmentation de valeur constatée ou réalisée sur un bien déterminée, possédée par le contribuable⁴³⁴ ». La plus-value est dite latente tant qu'elle n'est pas réalisée. Elle résulte, sans entrer dans les détails techniques, de la différence entre la valeur de sortie (prix de cession ou valeur d'apport) et de la valeur d'entrée (prix d'acquisition ou de souscription) du bien en question. Sauf dispositions contraires, les plus-values réalisées par les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés sont par principe considérées comme des revenus imposables au taux normal de l'IS. Réciproquement, les moins-values sont par principe déductibles du résultat imposable.

266. Parmi les dispositifs spécifiques, les droits français et turc disposent d'un système de quasi-exonération des plus-values résultant de la cession de titres de participations, offrant ainsi un cadre fiscal privilégié et adapté aux besoins de restructurations des groupes de sociétés. S'inscrivant très clairement dans un objectif d'attractivité du territoire, le droit français (A) dispose d'un régime plus souple que celui prévu par le droit turc (B).

A. Un régime souple et attractif de quasi-exonération des plus-values de cession de titres de participation en droit français

267. La volonté assumée d'attractivité des holdings sur le sol français (1) a conduit le législateur à instaurer des conditions d'applications souples (2).

1. Une volonté assumée d'attractivité des holdings sur le territoire français

268. Premiers dispositifs limitant l'imposition des plus-values réalisées par les sociétés soumises à l'IS. Le législateur français a très tôt instauré un régime fiscal avantageux en faveur des sociétés soumises à l'IS réalisant des plus-values dans le cadre de cession des éléments de l'actif immobilisé détenu depuis au moins deux ans. Lesdites plus-values, dites à long terme (lorsque les titres sont détenus depuis plus de deux ans), étaient alors soumises à une

⁴³⁴ COURTOIS P., *L'imposition des plus-values*, Litec, Paris, 1978, p.5

imposition à un taux réduit de 19 %. Le champ d'application de ce dispositif était alors très large dans la mesure où étaient concernées par ce taux réduit les plus-values à long terme de cession de titres de participation mais également les plus-values résultant d'autres actifs immobilisés. Une loi du 10 novembre 1997 a toutefois considérablement réduit le champ d'application de ce dispositif aux seules plus-values à long terme résultant de la cession de titres de participations⁴³⁵.

269. La France dans la compétition fiscale. Malgré un taux relativement bas au regard du taux normal de l'IS s'élevant à 33,33 % à cette époque, la France ne pouvait rivaliser avec certains de ses partenaires européens qui prévoyaient déjà des régimes d'exonération totale des plus-values à long terme de cession de titres de participation. Dans un rapport de la Commission des finances du Sénat en date du 15 décembre 2004, le sénateur Philippe MARINI exprimait en ce sens l'isolement de la France dans la compétition fiscale interétatique en estimant que le dispositif de taux réduit à 19 % alors en vigueur apparaissait comme un obstacle et était « nuisible à la compétitivité fiscale de la France et aux restructurations de capital⁴³⁶ ». Partant de ce constat, le législateur a alors réduit progressivement le taux de 19 % pour le rendre nul, aboutissant ainsi à une exonération des plus-values de cession de titres de participation sous réserve toutefois d'une quote-part de frais et charges restant imposable.

270. Un cadre favorable à la gestion des titres détenus par les holdings. En plus du régime dit « mère-fille » émanant de la transposition d'une directive communautaire⁴³⁷ et permettant l'exonération des distributions de dividendes à l'intérieur du groupe, le droit français offre un régime de faveur souple et très accessible s'agissant du traitement des plus-values de cession de titres de participation, et ce, en l'absence de directive communautaire imposant spécifiquement la transposition d'un tel régime de faveur. Il propose en ce sens un cadre très favorable à la gestion fiscale des titres détenus par les holdings domiciliées en France. L'instauration de tels dispositifs de faveur s'inscrit plus largement dans la volonté du

⁴³⁵ Loi n°97-1026, 10 nov. 1997 portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier, JORF n°262, 11 nov. 1997, p. 16387

⁴³⁶ Rapport n°114 (2004-2005) de M. Philippe MARINI, fait au nom de la Commission des finances, déposé le 15 décembre 2004

⁴³⁷ Directive 90/435/CEE adoptée le 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents

législateur français d'apparaître davantage « *business friendly* » et d'attirer les centres de décisions sur le territoire français⁴³⁸. Ainsi, la perception négative créée par l'affichage d'un taux d'impôt sur les sociétés supérieur à 30 % – occultant l'existence de dispositifs attractifs – a semble-t-il incité le législateur français à déclencher un processus de diminution progressive du taux normal de l'IS⁴³⁹, passant de 33,33 % à 25 % depuis les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2022⁴⁴⁰.

2. Des conditions souples

271. Dispositif actuel. L'article 219 I-a quinquies du CGI prévoit, depuis les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2007, que « le montant net des plus-values à long terme afférentes à des titres de participation » fait l'objet d'une imposition « au taux de 0 % ». Le même article poursuit toutefois en précisant qu'« une quote-part de frais et charges égale à 12 % du montant brut des plus-values de cession est prise en compte pour la détermination du résultat imposable ». Autrement dit, les plus-values résultant de la cession de titres de participation sont ainsi exonérées d'impôt sur les sociétés mais une quote-part de frais et charges représentant 12 % du montant brut desdites plus-values reste imposable au taux de droit commun de l'IS. Ainsi, dans l'hypothèse d'une plus-value s'élevant à 100 000 euros, seule une quote-part de 12 000 euros sera imposable au taux de droit commun de l'IS (25 % pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2022), soit un impôt effectif de 3 000 euros⁴⁴¹.

272. À noter que ce taux de quote-part de frais et charges n'a fait qu'augmenter au cours des dernières années. Il s'élevait initialement à 5 % de la même manière que ce qui est prévu dans le cadre du régime « mère-fille » et assurait ainsi « une neutralité fiscale de l'arbitrage entre réalisation de la plus-value et distribution sous le régime mère-fille⁴⁴² ». Cette neutralité fiscale de l'arbitrage n'étant plus d'actualité à ce jour (quote-part de 12 % pour les plus-values de cession de titres de participation contre 5 % dans le cadre du régime « mère-fille »), il est

⁴³⁸ Rapport d'information du Sénat n°347 (2006-2007), *La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation*, M. Christian GAUDIN, fait au nom de la mission commune d'information centre de décision économique, déposé le 22 juin 2007

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ Loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018, art. 84

⁴⁴¹ Taux réduit de 15 % - applicable sous certaines conditions jusqu'à 38 120 euros - négligé.

⁴⁴² Rapport n°114 (2004-2005) de M. Philippe MARINI, op. cit. ; GUTMANN D., *Droit fiscal des affaires* : Domat Montchrestien, 2019, spéc. n°322

permis de penser que le législateur encourage davantage les distributions de dividendes au détriment des cessions de titres de participation⁴⁴³.

273. Deux conditions cumulatives. Pour bénéficier de ce régime de faveur de quasi-exonération, les titres doivent tout d'abord nécessairement être qualifiés de titres de participation. Les titres de participation qui bénéficient de ce régime de faveur sont ceux qui revêtent ce caractère sur le plan comptable et ceux considérés comme tels par la loi fiscale sous réserve de quelques exceptions⁴⁴⁴. Le droit comptable considère à cet égard que les titres de participation sont les actions et les parts sociales dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise, notamment parce qu'elle permet d'exercer une influence⁴⁴⁵ sur la société émettrice des titres ou d'en assurer le contrôle⁴⁴⁶. Dans ces conditions, bien qu'il existe une présomption de qualification en titres de participation en cas de détention de titres représentant une fraction supérieure à 10 % du capital de la société émettrice⁴⁴⁷, une telle qualification de titres de participation est tout à fait concevable, y compris lorsque ce seuil de 10 % n'est pas atteint, à condition de pouvoir justifier le contrôle ou du moins l'exercice d'une influence sur la société dont les titres sont détenus.

274. La seconde condition nécessaire au bénéfice du régime de faveur de quasi-exonération des plus-values de cession des titres de participation est relative à l'exigence d'une certaine durée de détention de ces derniers : les titres de participation cédés doivent avoir été acquis ou souscrits détenus depuis au moins deux ans à la date de la cession⁴⁴⁸. A cet égard, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser que dans le cas d'une augmentation de capital par incorporation de réserves ayant donné lieu à l'attribution gratuite d'actions aux associés, le délai de détention doit être décompté, en cas de cession ultérieure des titres, à partir de la date d'acquisition des titres initiaux et non à partir de l'attribution gratuite⁴⁴⁹. Cette décision

⁴⁴³ VABRES R., *Fasc. 230-10 : Bénéfices industriels et commerciaux. – Plus-values et moins-values sur cession de titres. – Champ d'application du régime des plus-values à long terme*, Jurisclasseur Fiscal Impôts directs Traité, LexisNexis, 15 novembre 2019, n°2

⁴⁴⁴ Titres de sociétés à prépondérance immobilières ou à prépondérance financière, titres de sociétés établis dans un ETNC sauf preuve apportée de la réalité des opérations non constitutives de fraude fiscale.

⁴⁴⁵ Pour plus de précisions sur la notion « d'influence », voir *supra* n°96 et suiv.

⁴⁴⁶ Définition issue du Plan Comptable Général (PCG) de 1982, non reprise dans le PCG de 1999 mais figurant dans le recueil des normes comptables de l'Autorité des normes comptables (ANC). Cette définition a par ailleurs été reprise par une décision du Conseil d'Etat (CE 20 mai 2016, n° 392527) qui l'a ainsi considéré comme étant toujours valable.

⁴⁴⁷ Com, art. R 123-184

⁴⁴⁸ CGI, art. 39 duodecies

⁴⁴⁹ CE 3 mai 1995 n°122144 et n°122145

était afférente aux plus-values privées mais la doctrine administrative s'est ralliée à cette position s'agissant des plus-values professionnelles⁴⁵⁰. En revanche, dans une décision plus récente, le Conseil d'Etat considère que dans l'hypothèse d'une cession de titres dont certains ont été acquis plus de deux ans auparavant et d'autres souscrits au contraire moins de deux ans auparavant dans le cadre d'une augmentation de capital, la condition de détention des titres pendant au moins deux ans n'est pas respectée⁴⁵¹. À noter que dans cette dernière affaire, les faits de l'espèce étaient différents puisque les titres ont été acquis à titre onéreux par la requérante, à l'exclusion des autres associés.

275. Cas particulier des distributions en nature de titres de participation. Le droit des sociétés autorise les distributions de dividendes en nature par la remise d'un bien appartenant à la société, qu'il s'agisse d'un immeuble ou d'un bien meuble corporel ou incorporel à l'instar des titres sociaux⁴⁵². Dans cette dernière hypothèse, à savoir dans l'hypothèse d'une distribution en nature de titres de société, la société mère, associée de la filiale, ne reçoit donc pas de numéraire mais des biens meubles incorporels que sont les titres sociaux (parts sociales ou actions). En matière d'impôt sur les sociétés, le traitement comptable d'une distribution de dividendes en nature est similaire à la comptabilisation d'une cession d'actif. Une plus-value sera donc constatée chez la société distributrice si la valeur réelle du bien est supérieure à sa valeur nette comptable. Dans l'hypothèse d'une distribution en nature de titres de participation détenus depuis au moins 2 ans, rien ne semble s'opposer à l'applicabilité du régime de quasi-exonération des plus-values de cession de titres de participations. Cependant, en matière de droits d'enregistrement, la distribution étant considérée par la jurisprudence comme un acte unilatéral et non assimilée à une mutation à titre onéreux⁴⁵³, aucun droit d'enregistrement n'est dû par l'associé bénéficiaire de la distribution⁴⁵⁴, ce qui peut expliquer le recours à ce procédé en pratique à des fins d'optimisation fiscale au sein des groupes de sociétés. En effet, une cession classique de titres de participation aurait conduit

⁴⁵⁰ BOI-RES-BIC-000117 du 2 nov. 2022

⁴⁵¹ CE 25 janv. 2017 n° 391057

⁴⁵² L'assemblée générale de la société distributrice détermine la forme du dividende distribué et ses modalités de paiement (Com, art. L232-12 et L232-13)

⁴⁵³ Com. 31 mai 1988, n°87-10134

⁴⁵⁴ Point confirmé par une Réponse Ministérielle du 15 mai 2018 (RM Graud publiée au JO le 15/05/2018)

au même résultat en matière d'impôt sur les sociétés (quasi-exonération) mais le cessionnaire serait tenu de payer des droits d'enregistrement sur les titres acquis⁴⁵⁵.

276. Particularités dans le cadre d'une intégration fiscale - Abandon de la neutralisation de la quote-part de frais et charges afférente aux plus-values de cessions intragroupe de titres de participation. Depuis les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2019, le régime de neutralisation intragroupe ne s'applique qu'aux plus-values ou moins-values de cession de titres de participation : il ne s'étend pas à la quote-part de frais et charges de 12 %. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2019, en cas de réalisation d'une plus-value dans le cadre d'une cession intragroupe de titres de participation, la quote-part de frais et charges est soumise à imposition au taux normal de l'IS de la même manière que pour les cessions réalisées au profit de sociétés extérieures au groupe intégré. Le régime de l'intégration fiscale perd ainsi de son intérêt sur ce point au même titre que la fin de la neutralisation des aides intragroupe⁴⁵⁶.

277. Le régime de quasi-exonération prévu en droit français reste toutefois très attractif si l'on compare ce dispositif à ceux proposés en droit turc.

B. Des régimes stricts et moins attractifs en droit turc

278. Existence de deux dispositifs distincts. Le droit turc se singularise par l'existence de deux dispositifs d'exonération des plus-values de cession : le premier, général, vise les plus-values de cession de certains titres et de biens immobiliers inscrits à l'actif de la société cédante, le second, plus spécifique, concerne les plus-values de cession de titres de participations de source étrangère. Dans la mesure où le second vise les groupes internationaux (dès lors que les filiales sont situées à l'étranger), nous aborderons ci-après uniquement le premier cas.

279. Une exonération partielle. L'article 5-1, e de la loi turque n° 5520 relative à l'impôt sur les sociétés (*Kurumlar Vergisi Kanunu*) prévoit l'exonération de 75 % du montant des plus-values résultant de la cession de titres de participations⁴⁵⁷ détenus depuis au moins deux

⁴⁵⁵ Le droit d'enregistrement étant de 0,1 % pour les acquisitions d'actions et de 3 % pour les acquisitions de parts sociales, sauf exception (taux de 5 % pour les acquisitions de titres de société à prépondérance immobilière).

⁴⁵⁶ Pour plus de précisions sur ce point, voir *supra* n° 355 et suiv.

⁴⁵⁷ L'article 5-1, e précise que bénéficie par ailleurs également de l'exonération à hauteur de 75 % les plus-values résultant notamment de la cession de biens immobiliers sous réserve du respect du délai de détention d'au moins

années et sous réserve du respect de certaines conditions. Le solde non exonéré, soit 25 %, reste imposable au taux de droit commun de l'impôt sur les sociétés (23 % en 2022), soit une imposition effective *in fine* de 5,75 % de la plus-value réalisée (contre 3 % seulement en droit français).

280. Conditions. *Détention des titres pendant au moins 2 ans.* La première condition pour bénéficier de l'exonération partielle à hauteur de 75 % est l'exigence de détention desdits titres pendant au moins 2 ans, soit 730 jours, sans interruption. Le droit turc rejoint à ce titre le droit français. Le droit turc se singularise toutefois deux autres conditions essentielles au bénéfice de l'exonération partielle des plus-values de cession de titres de participation.

281. *Transfert du produit de la cession au profit de la société cédante.* Il exige tout d'abord que le produit de la cession (et non uniquement le montant de la plus-value) soit effectivement transféré à la société cédante au plus tard à la fin de la deuxième année suivant celle de la réalisation de la plus-value (31 décembre de l'année N+2).

282. *Inscription au passif du bilan de la plus-value exonérée dans un compte spécial.* Le droit turc prévoit ensuite une obligation d'inscrire en comptabilité la fraction de la plus-value exonérée (75 %) dans un compte de « fonds spécial » au passif du bilan de la société cédante jusqu'à la fin de la cinquième année suivant l'année de réalisation de la cession. La loi prévoit qu'il n'est pas possible de retirer les sommes inscrites sur ledit compte. L'objectif étant de « renforcer la structure financière » de la société cédante, ces sommes peuvent être incorporés au capital social au cours de ces 5 années.

283. Il convient de préciser à cet égard que le dernier paragraphe de l'article 5-1, e exclut expressément du champ d'application du dispositif d'exonération les sociétés dont l'activité principale est la vente ou la location des valeurs mobilières ou des immeubles. Il est toutefois précisé que les plus-values de cession de titres de participation réalisées par des sociétés holdings peuvent bénéficier de l'exonération si les participations figurent dans un compte « 24-Actifs immobilisés », toutes conditions étant remplies par ailleurs⁴⁵⁸. En revanche, les titres qui figurent sur le compte de « 11-valeurs mobilières » étant considérés comme des titres de

deux ans. S'agissant des plus-values résultant de la cession d'actifs immobiliers inscrits à l'actif du bilan de la société, l'exonération est de 50 %.

⁴⁵⁸ Communiqués n°1 et n°5.2

placement (achetés dans l'intention de les revendre à court terme dans une intention spéculative), les plus-values dégagées lors de la cession ne peuvent bénéficier de l'exonération prévue au point e de l'article 5-1. L'inscription comptable des titres relève à ce titre d'une grande importance.

284. Ainsi, comme en droit français, le droit turc prend en compte l'objectif de la détention des titres pour déterminer si leur cession peut bénéficier ou non d'un régime d'exonération des plus-values : si l'objectif d'une telle détention de titres est de participer à la gestion ou à la direction de la société dont les titres sont détenus, il s'agit alors de titres de participation pouvant bénéficier du régime de faveur d'exonération à hauteur de 75 % sous réserve bien entendu du respect des autres conditions.

Section 2. Des dispositifs spécifiques en droit français

285. Les dispositifs spécifiques au droit français concernent essentiellement la réglementation de la circulation de la trésorerie au sein du groupe (§1) mais également d'autres dispositifs reconnaissant largement l'unité économique du groupe (§2).

§1. La circulation de la trésorerie au sein du groupe

286. La notion de trésorerie est davantage une notion économique que juridique. Elle peut être définie de manière simple comme l'ensemble des liquidités d'une société. Sur le plan comptable, on parle de « disponibilités » qui apparaissent à l'actif circulant du bilan de la société.

A. Une exception au monopole bancaire expressément reconnue en droit français

287. Tandis que la mise en place d'une circulation de trésorerie au sein d'un groupe de sociétés ne fait pas de doute en droit positif français (2), la question de la licéité d'une telle pratique se pose en droit turc (1).

1. *L'absence d'un dispositif spécifique relatif à la circulation de la trésorerie en droit turc*

288. La pratique des conventions de trésorerie n'est pas très répandue en Turquie et n'est pas spécifiquement encadrée par le droit turc⁴⁵⁹. Il n'existe pas, comme en droit français, un texte dérogeant expressément au monopole bancaire – consacré également par le droit turc – et régissant les prêts intragroupe. Des auteurs turcs estiment ainsi qu'en raison de cette absence de réglementation spécifique et de jurisprudences en la matière, il existerait de sérieux risques de remise en cause des conventions de trésorerie mises en place au sein des groupes de sociétés et qu'il convient ainsi de se référer aux principes généraux applicables à défaut de textes spéciaux, et notamment à la réglementation d'ensemble relative aux groupes de sociétés, et ce afin de sécuriser l'opération et éviter, ou du moins minimiser, tout risque de remise en cause⁴⁶⁰.

289. Responsabilité des dirigeants. Le premier risque concerne la responsabilité des dirigeants de sociétés et notamment celles des sociétés anonymes (*Anonim şirket*) et des SARL (*Limited şirket*) qui sont les formes sociales les plus courantes au sein des groupes de sociétés en Turquie. Ainsi, un dirigeant de société engage sa responsabilité lorsqu'il est à l'origine de la conclusion d'une convention de trésorerie conduisant « sa » société à transférer ses capitaux au profit d'une société tierce centralisatrice. Afin d'éviter ce risque d'engagement de la responsabilité, les praticiens turcs recommandent en premier lieu aux dirigeants de provoquer une assemblée générale des associés afin d'obtenir le consentement de ces derniers à la mise en place d'une convention de trésorerie⁴⁶¹. Rappelons qu'une telle procédure n'est pas nécessaire en droit français sous réserve toutefois du respect, si nécessaire, de la procédure des conventions réglementées⁴⁶².

290. Prise en compte de la réglementation spécifique turque relative aux groupes de sociétés. Ainsi que nous l'avons étudié dans nos développements précédents⁴⁶³, le droit turc relatif aux groupes de sociétés opère une distinction entre, d'une part, les filiales détenues à

⁴⁵⁹ A l'exception de certaines règles spécifiques et relatives notamment à l'obligation des associés de libérer leur quote-part du capital social et à l'obligation de détention de fonds propres suffisant avant de contracter un prêt (articles 358 et 376 du CCT).

⁴⁶⁰ ÖNCEL E. & FIRTINA A., *Cash Pooling Under Turkish Law*, Mondaq.com, 10 mai 2019

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² Voir en ce sens nos développements précédents relatifs au droit français s'agissant de l'appréciation de la nature de la convention de trésorerie (courante ou réglementée)

⁴⁶³ Voir en ce sens : Partie I, Titre I, Chapitre 2, Section 1 : l'instauration légale d'une unité de direction en droit turc

100 % et celles non intégralement détenues mais avec qui un contrat de domination a été conclu entre la société mère et la filiale, et d'autre part, les autres filiales (non détenues à 100 % ou détenues partiellement mais sans conclusion d'un contrat de domination). Le régime juridique applicable à la mise en œuvre d'une convention de trésorerie au sein d'un groupe dépend de la structure du groupe (détention intégrale ou non des filiales) et, le cas échéant, de l'existence ou non de contrat de domination.

291. *Détention partielle des titres de la filiale.* Selon l'article 202 du CCT, dans l'hypothèse d'une détention partielle des titres et en l'absence de conclusion d'un contrat de domination, le droit turc interdit par principe à la société mère d'exercer un contrôle sur sa filiale de sorte à entraîner une perte chez cette dernière. Elle ne peut ainsi, par principe, contraindre sa filiale à participer à une convention de trésorerie et lui imposer d'effectuer des transferts de trésorerie générant des pertes au profit d'une structure centralisatrice et, de manière plus large, adopter des décisions impactant négativement l'activité de la filiale. En tout état de cause, si une telle perte est réalisée, la société mère sera dans l'obligation de compenser ladite perte au cours de l'exercice social⁴⁶⁴. Si un contrat de domination est conclu entre la société mère et la filiale non détenue à 100 %, la première peut imposer à la seconde la mise en place d'une convention de trésorerie, et ce de manière plus souple que lorsqu'il est question d'une détention intégrale des titres de la filiale⁴⁶⁵.

292. *Détention intégrale des titres de la filiale.* Conformément à l'article 203 du CCT, si la filiale est détenue à 100 % par la société mère, cette dernière peut donner des instructions relatives à la direction et à la gestion de la filiale, et ce même si lesdites instructions sont de nature à entraîner des pertes chez la filiale, sous réserve toutefois que les instructions de la société mère s'inscrivent dans le cadre de la politique préétablie et « concrète » du groupe de

⁴⁶⁴ Dans le cas contraire, les associés minoritaires, ainsi que les créanciers, peuvent agir en justice contre la société mère à des fins d'indemnisation. Les associés minoritaires de la filiale peuvent, en outre, demander à la société mère d'acheter les titres sociaux qu'ils détiennent dans le capital social de la filiale afin de « sortir » du groupe. De leur côté, les dirigeants de la filiale peuvent se dégager de toute responsabilité en demandant à ce que la société mère assume conventionnellement toutes les conséquences pouvant subvenir du fait d'éventuelles actions des associés minoritaires et des tiers.

⁴⁶⁵ A noter en effet que la direction du registre du commerce turque adopte une position plus souple en l'absence de détention intégrale des titres par la société mère (mais en présence d'un contrat de domination) puisqu'elle ignore purement et simplement la condition de la nécessité de l'existence d'une politique de groupe afin de rendre licite l'instruction donnée par la mère à sa fille.

sociétés et qu'elles n'entraînent pas l'insolvabilité de la filiale, ne met pas en danger son existence ou n'entraîne pas une perte d'actifs importants⁴⁶⁶.

2. *L'admission expresse de la circulation de la trésorerie au sein du groupe en droit français*

293. Dispositions légales. L'article L511-7 du Code Monétaire et Financier apporte une dérogation notable au monopole bancaire – institué par l'article L511-5⁴⁶⁷ du même code – en faveur des groupes de sociétés, en autorisant expressément « une entreprise⁴⁶⁸, quelle que soit sa nature (à) 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 ». L'article L511-7 du Code Monétaire et Financier autorise ainsi la réalisation d'opération de trésorerie au sein des groupes de sociétés. Si pour certains auteurs⁴⁶⁹ la notion « d'opération de trésorerie » renvoie nécessairement à des opérations à court terme, à savoir de moins de deux, d'autres auteurs⁴⁷⁰ retiennent une approche plus large en estimant que cette notion englobe toute opération de crédit et ce quelle que soit sa nature (prêt, avance en compte courant d'associé, cautionnement, mobilisation de créance etc.) consentie pour une durée qui peut être supérieure à deux ans. Cette conception large est notamment celle retenue par le Comité de la réglementation bancaire dans son rapport annuel pour 1987⁴⁷¹. La mise en commun de la trésorerie des différentes sociétés du groupe apparaît ainsi comme une alternative au financement bancaire.

294. Outre la référence à la notion d'« entreprise » préférée à celle de « société » qui a conduit certains auteurs à se pencher sur la question de l'applicabilité de ce texte dans le cadre des groupes personnels⁴⁷², il convient de souligner que l'article L511-7 du Code Monétaire et Financier conditionne la possibilité de centraliser la trésorerie à l'existence de

⁴⁶⁶ A noter dans ce cas que les créanciers de la filiale sont fondés à tenter une action contre la société mère et les membres du conseil d'administration de la société mère responsables de la perte.

⁴⁶⁷ CMF, art. L511-5 : « il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement ».

⁴⁶⁸ A noter que le texte vise la notion d'« entreprise » et non de « société », ce qui a conduit certains auteurs à se pencher sur la question de l'applicabilité de ce texte dans le cadre du groupe personnel.

⁴⁶⁹ VIANDIER A., *Les opérations financières au sein des groupes de sociétés*, JCP E 1985, 14447

⁴⁷⁰ OHL M., *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Litec, 1982

⁴⁷¹ Rapport annuel pour 1987 du Comité de la réglementation bancaire qui précise notamment en page 47 que les opérations de trésorerie « permettent tous les types d'opérations, quelle que soit leur durée, à court, moyen ou long terme, et quelle que soit leur forme »

⁴⁷² GUILLOT J.-L., *La centralisation automatique de trésorerie*, RJ Com. 1989, p.49.

« liens de capital conférant (...) un pouvoir de contrôle effectif » d'une société sur une autre. Aucun renvoi exprès n'étant prévu par l'article L511-7, la question se pose de savoir s'il convient d'apprécier la notion de « contrôle » mentionnée par ce texte au sens de l'article L233-3 du Code de commerce ou de l'article L233-16 du même code qui, rappelons-le, précisent les différentes situations conduisant une personne physique ou morale à en contrôler une autre. Selon l'avis d'un auteur⁴⁷³ que nous partageons, il nous semble plus prudent de retenir l'article L233-3 du Code de commerce dès lors que les différentes hypothèses de contrôle évoquées par ce texte nécessitent un contrôle juridique structuré qui passe souvent par « des liens de capital » (art. L511-7) permettant la détention de titres donnant des droits de vote, ce qui n'est pas nécessairement le cas de la notion de contrôle envisagée dans le cadre de l'article L233-16 du Code de commerce qui envisage le contrôle plus largement à travers l'« influence dominante ». En raison des risques liés à la mise en œuvre d'opérations de trésorerie au sein du groupe, un éclaircissement législatif ou jurisprudentiel serait le bienvenu.

295. Modalités pratiques de fonctionnement. La centralisation de la trésorerie peut prendre deux formes en pratique. Le schéma se présente souvent sous la forme d'une « centralisation réelle » : il existe dans ce cas de véritables mouvements de trésorerie à l'intérieur du groupe. La circulation se fait alors de bas (filiale) en haut (société mère généralement ou autre société centralisatrice) lorsque la filiale en question est excédentaire, et inversement de haut en bas pour combler le déficit de la filiale lorsque cette dernière est déficitaire.

296. Il est également possible d'observer en pratique une « centralisation notionnelle ». Dans cette hypothèse, il n'existe pas, contrairement à la situation précédemment décrite, de réels flux de trésorerie entre les différentes sociétés du groupe. Ce type de centralisation consiste uniquement à déterminer les intérêts dus à l'établissement financier (ou ceux dus à la société centralisatrice par la banque) en prenant en considération les comptes bancaires respectifs de chaque structure composant le groupe : sont pris en compte les soldes créditeurs

⁴⁷³ HALLOUIN J.C., *Groupe de sociétés – centralisation de la trésorerie*, Fasc. 450, Jurisclasseur Banque-Crédit-Bourse, 15 octobre 2015

et débiteurs de l'ensemble des comptes des sociétés concernés, solde qui constituera l'assiette sur laquelle le taux d'intérêt prévu pourra s'appliquer.

297. Si la centralisation de la trésorerie présente un intérêt certain en termes de gestion financière du groupe de sociétés, et ne fait pas de doute quant à sa licéité, sa mise en œuvre pratique nécessite une attention particulière. Plusieurs risques de remise en cause peuvent en effet être relevés.

B. Un dispositif présentant des risques à maîtriser

298. La centralisation intragroupe de la trésorerie présente des risques à maîtriser aussi bien sur le plan du droit des sociétés et du droit pénal (1) que sur le terrain fiscal (2).

1. Abus de majorité, abus de biens sociaux et confusion de patrimoine

299. L'abus de majorité en matière de droit des sociétés. La jurisprudence caractérise de manière constante l'abus de majorité comme une décision prise sans égard pour l'intérêt social et dans le but d'avantager les majoritaires au détriment des minoritaires⁴⁷⁴. Bien entendu, en l'absence de minoritaire(s), l'abus de majorité ne peut être caractérisé. Une centralisation de trésorerie peut ainsi être constitutive d'un abus de majorité si elle est structurellement déséquilibrée, à savoir si sa mise en œuvre profite uniquement à la structure centralisatrice (en pratique souvent la société mère), et est dans l'ensemble contraire à l'intérêt social de la société prêteuse, et ce avec pour objectif de favoriser le majoritaire (société mère centralisatrice) au détriment des minoritaires. Dans tous les cas, la Cour de cassation considère que « lorsqu'à l'intérieur d'un groupe de sociétés, les dirigeants communs ont systématiquement utilisé les fonds de l'une d'elles pour permettre aux autres de survivre ou de s'enrichir (...), il convient, pour apprécier si les intérêts de la société prêteuse ont été sauvegardés, d'analyser les opérations non pas isolément, mais dans leur ensemble et dans leur succession⁴⁷⁵ ».

300. L'abus de majorité nous semble ainsi caractérisé lorsque les remontées successives de trésorerie d'une filiale sont excessives et conduit à ce qu'elle soit structurellement en besoin

⁴⁷⁴ Cass. Com., 18 avril 1961, n°1416 : Bull. civ. 1961, III, n°175 ; D. 1961, jurisp. p. 661 ; S. 1961, p. 257, note DALSACE

⁴⁷⁵ Cass. Com., 21 oct. 1974, n°74-14680, RJ com. 1975, p.387, note CHARTIER

de trésorerie, ce qui l'empêche par exemple de développer sa propre activité. La convention de trésorerie conclue par la filiale pourrait alors être considérée comme contraire à son intérêt social et pourrait constituer à ce titre un abus de majorité si les remontées de trésorerie ont pour objectif de favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires.

301. L'abus de biens sociaux sur le plan pénal. La célèbre jurisprudence « Rozenblum » de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁴⁷⁶ a posé plusieurs critères pour apprécier la licéité, au regard de l'incrimination pénale d'abus de biens sociaux, d'une opération de trésorerie au sein d'un groupe de sociétés : l'aide financière apportée par une société d'un groupe à une autre société appartenant au même groupe doit être dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe. Les juges précisent toutefois que cette aide ne doit pas être dépourvue de contrepartie au profit de la société qui en supporte la charge ou rompre les engagements respectifs entre les différentes sociétés concernées. Le concours financier ne doit pas non plus excéder les possibilités financières de la société versante.

302. Appliqué à une situation de centralisation de la trésorerie au sein d'un groupe dans le cadre d'une opération plus large de LBO (« *Leverage Buy Out* »), la Cour de cassation a condamné dans une décision du 10 juillet 1995⁴⁷⁷ les dirigeants d'une société holding pour abus de biens sociaux en considérant que la centralisation de la trésorerie mise en place par cette dernière suite à l'acquisition des titres d'une société cible ne profitait pas au groupe dans son ensemble mais était élaborée dans le seul intérêt de la holding. Les juges ont notamment estimé à ce titre qu'une rupture d'équilibre pouvait être caractérisé dès lors que les prélèvements de trésorerie étaient excessifs et n'ont pas permis à la société cible de réaliser les investissements nécessaires à la poursuite de son activité. Enfin, la Cour a constaté l'absence de contrepartie suffisante pour la société cible (prêts faiblement rémunérés

⁴⁷⁶ Cass. crim., 4 févr. 1985, Bull. crim., n° 54 ; JCP G, 1986, II, 20585, note JEANDIDIER W. ; D. 1985, p. 478, note OHL D. ; récemment, Cass. crim., 10 févr. 2010, n° 09-83.691, F-D : *JurisData*, n° 2010-001541 ; SALOMON R., « *L'intérêt de groupe, fait justificatif de l'abus de biens sociaux* », *Dr. sociétés*, n° 5, mai 2010, comm. 103. Les fondations de cette jurisprudence ont été posées dès 1974 par le Tribunal correctionnel de Paris dans l'affaire dite « Agache-Willot » : T. corr. Paris, 16 mai 1974, Gaz. Pal., 1974, 2, 886 ; JCP E, 1975, II, 11816, obs. Lacoste

⁴⁷⁷ Cass. Crim. 10 juill. 1995, n°94-82.665 : *JurisData* n° 1995-002400 ; *Dr. sociétés* 1995, comm. 249 note VIDAL D. ; JCP G 1996, II, 22572 ; *Dr. et patrimoine*, 1996, n° 36, p. 18, note BERTREL J.-P. ; RJDA, 1996, n° 5, p. 432, note LE NABASQUE H.

notamment). L'ensemble de ces raisons ont conduit les juges à condamner les dirigeants de la société holding pour abus de biens sociaux.

303. La confusion de patrimoines en matière de droit des entreprises en difficulté. Par ailleurs qu'en matière de procédure collective, la rémunération des prêts consentis à l'intérieur du groupe réduit considérablement le risque d'une extension de procédure. Dans une affaire « Metaleurop » restée célèbre, la chambre commerciale de la Cour de cassation a notamment estimé que la mise en place d'une convention de trésorerie et de change et des avances de fonds révèle des relations financières normales dans un groupe de sociétés à défaut d'indices justifiant l'anormalité et caractérisant ainsi une confusion de patrimoines entre les sociétés concernées⁴⁷⁸. La jurisprudence considère à ce titre qu'il n'y a aucune anormalité en cas d'avances en compte courant entre filiales (sociétés sœurs) dans le cadre d'une convention de trésorerie dès lors que la contrepartie réside dans la facturation d'intérêts⁴⁷⁹.

304. À noter par ailleurs que cette condition de rémunération est prise en compte pour apprécier la nature de la convention au regard des règles relatives aux conventions réglementées. En effet, selon l'avis de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC), si « une convention de trésorerie peut être considérée comme une convention relevant de l'article L. 225-39 du code de commerce (conventions courantes) dans la mesure où elle constitue une opération courante au sein d'un groupe et qu'elle a été conclue à des conditions normales⁴⁸⁰ », l'absence de rémunération des avances consenties fait basculer ladite convention en convention réglementée soumise à autorisation préalable dès lors que le caractère habituel et courant ne peut être présumé.

⁴⁷⁸ Cass. Com., 19 avril 2005, n°05-10.094, arrêt dit « Metaleurop »

⁴⁷⁹ CA Versailles, 6 fév. 2003, n°02-3584 : RJDA 3/04 n°335

⁴⁸⁰ CNCC, *Les conventions réglementées et courantes*, février 2014, p. 24 : nous relevons à ce titre que la condition de normalité est appréciée au niveau du groupe et non au niveau des sociétés prises isolément, ce qui démontre une fois de plus la faveur, ou du moins la tolérance, du droit français pour la circulation de la trésorerie au sein du groupe.

2. *L'acte anormal de gestion sur le plan fiscal*

305. Définition. En cas d'avances non rémunérées ou insuffisamment rémunérées, l'administration fiscale pourrait être amenée à caractériser un acte anormal de gestion à l'encontre de la société prêteuse⁴⁸¹. Cette notion d'acte anormal de gestion n'est pas définie par la loi. Il est en réalité une création prétorienne à partir des articles 38⁴⁸² et 39⁴⁸³ du CGI, ce dernier disposant notamment que « le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges » auquel il conviendrait d'ajouter à notre sens la mention « exposées dans l'intérêt de la société », ce qui aurait le mérite d'inscrire dans la loi l'esprit de la théorie de l'acte anormal de gestion développée par les juges.

306. Le Conseil d'Etat, réuni en assemblée plénière, a récemment considéré à ce titre que « constitue un anormal de gestion l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt⁴⁸⁴ ». L'acte anormal de gestion va ainsi à l'encontre de l'intérêt d'une société en diminuant le bénéfice de cette dernière, ou en accentuant sa perte, et ce, sans contrepartie ou sans contrepartie suffisante. Il peut se traduire dans les faits par une dépense injustifiée, dans son principe ou dans son montant, mais également par un manque à gagner émanant d'une décision de renonciation à une recette que la société était normalement en droit d'obtenir⁴⁸⁵. Ainsi envisagé, l'acte anormal de gestion s'oppose au principe de liberté de gestion de l'entrepreneur et à celui de la non-immixtion de l'administration fiscale dans les choix de gestion du ou des dirigeants de la société. Le principe reste la liberté de gestion, l'exception l'immixtion de l'administration lorsqu'elle estime être face à un acte anormal de gestion, y compris lorsqu'il est question d'une relation entre sociétés membre d'un même groupe.

307. L'absence de reconnaissance d'un intérêt de groupe au plan fiscal. Bien que le droit fiscal français se caractérise par les nombreuses dispositions en faveur du fonctionnement des groupes de sociétés, il ne va pas ainsi jusqu'à reconnaître un intérêt de groupe qui permettrait

⁴⁸¹ En l'absence de convention de trésorerie, l'administration fiscale est susceptible de qualifier les avances des filiales au profit de la société mère centralisatrice en « distributions irrégulières », entraînant ainsi des conséquences non négligeables au plan fiscal.

⁴⁸² En matière de bénéfices industriels et commerciaux

⁴⁸³ En matière d'impôt sur les sociétés

⁴⁸⁴ CE, plén. 21 déc. 2018, n°402006 : RJF 3/19 n°246

⁴⁸⁵ En cas de caractérisation d'un acte anormal de gestion, le résultat imposable de la société concernée est alors rehaussé dans le cadre d'un contrôle de l'administration fiscale.

de justifier un acte considéré comme « anormal » en l'absence d'opération intragroupe⁴⁸⁶. En effet, le droit fiscal français reconnaît de manière informelle l'entité du groupe – que ce soit par exemple à travers le régime mère-fille⁴⁸⁷ ou via celui de l'intégration fiscale⁴⁸⁸ – mais pas « l'intérêt de groupe », qui n'est par ailleurs que fragilement reconnu en droit français en dehors de la matière pénale⁴⁸⁹. L'intérêt social prime par principe en l'état actuel du droit français.

308. Cette absence de reconnaissance d'intérêt de groupe sur le plan fiscal rend donc possible la qualification de certaines situations en « acte anormal de gestion » y compris lorsque ces actes sont commis entre sociétés appartenant à un même groupe de sociétés. En effet, le Conseil d'Etat estime en ce sens que le caractère normal ou anormal de la charge supportée par une première société en raison des opérations effectuées avec une deuxième société du même groupe doit être apprécié au regard du seul intérêt propre de la première société⁴⁹⁰ et non de celui du groupe. Le Professeur COZIAN affirmait à ce titre que « l'appartenance à un groupe n'a donc pas cette vertu magique de transformer le mal en bien, les conditions anormales en conditions normales et le prix anormal en prix normal⁴⁹¹ ».

309. Une conception toutefois atténuée de l'acte anormal de gestion dans le cadre des avances intragroupe. Le droit fiscal reconnaît néanmoins la singularité du groupe de sociétés en apportant une certaine souplesse dans l'appréciation de l'acte anormal de gestion dans le cadre des avances intragroupe. En effet, la jurisprudence du Conseil d'Etat considère le taux d'intérêt retenu peut être inférieur à celui pratiqué dans des conditions analogues par les

⁴⁸⁶ De la même manière qu'en droit français, le droit turc ne reconnaît nullement un intérêt de groupe qui permettrait de justifier « l'anormalité » d'un acte passé entre deux sociétés membres d'un même groupe et qui rendrait ainsi « normale » la transaction aux yeux de l'administration fiscale turque. Au même titre que le point 4 de l'article 39 du CGI en droit français qui vise seulement certaines dépenses non déductibles (dépenses somptuaires), le législateur turc prévoit au sein de l'article 11 de la Loi relative à l'impôt sur les sociétés une liste de dépenses non déductibles du résultat des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (A noter que des dispositions similaires sont prévues à l'article 41 de ladite loi pour les sociétés turques qui relèvent de l'impôt sur le revenu). En revanche, bien que de telles dispositions prévoient implicitement, aussi bien en droit français qu'en droit turc, que les dépenses doivent être engagées dans l'intérêt de la société, il n'existe aucun principe général dans la loi qui l'affirme expressément (En ce sens, voir : KARATAS DURMUS N., *L'acte anormal de gestion dans le cadre de la déduction des charges des entreprises, approche comparée France Turquie*, Revue Gestion et Finances Publiques, N°9/10 Septembre Octobre 2015). Le droit français se démarque toutefois du droit turc concernant les atténuations jurisprudentielles apportées dans le cadre des opérations.

⁴⁸⁷ Voir *supra* n°235 et suiv.

⁴⁸⁸ Voir *infra* n°347 et suiv.

⁴⁸⁹ Voir *supra* n°163 et suiv.

⁴⁹⁰ CE, 9e et 10e ss-sect., 1^{er} mars 2004, n° 237013, *Sté AS représentation* ; Note Dr. fisc. 2004, n° 37, comm. 699, concl. G. Goulard

⁴⁹¹ COZIAN M., *Les grands principes de la fiscalité des entreprises* : Litec, 4^{ème} édition, 1999, p.382

établissements bancaires⁴⁹². À noter toutefois que la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation est plus stricte puisqu'elle semble exiger une rémunération des prêts suffisamment proche des taux pratiqués par les établissements bancaires⁴⁹³.

310. Au-delà de la pratique des avances consenties à taux préférentiel, la jurisprudence fiscale ne voit pas d'acte anormal de gestion lorsque l'avance est consentie sans rémunération par une société mère au profit de sa filiale dès lors que cette dernière est en difficulté et que l'avance consentie est précisément destinée à lui venir en aide⁴⁹⁴. Dans le même ordre d'idée, une société mère peut justifier des avances non rémunérées consenties au profit de sa filiale en difficulté afin que cette dernière puisse poursuivre une activité complémentaire assurant une diversification des activités des sociétés du groupe⁴⁹⁵.

311. En revanche, en l'absence de lien capitalistique direct, l'acte anormal de gestion semble pouvoir être caractérisé lorsqu'une avance est consentie sans rémunération par une société à une société sœur, à savoir sous contrôle commun d'une même société mère : en ce sens, pour éviter une telle qualification, les avances doivent nécessairement d'abord « remontées » à la société mère centralisatrice pour ensuite « redescendre » au profit de la filiale en difficulté.

312. Par ailleurs, compte tenu des positions parfois variables et divergentes des différentes juridictions, et afin d'éviter tout risque aussi bien en matière pénale (risque de qualification en abus de biens sociaux selon la jurisprudence « Rozenblum » du 4 février 1985 exigeant une contrepartie pour toute prestation) que dans le cadre d'une procédure collective (risque de caractérisation d'une confusion de patrimoines), qu'en matière fiscale (un acte anormal de gestion pouvant être identifié pour la société prêteuse), il apparaît dans tous les cas prudent de prévoir dans la convention de trésorerie une rémunération des avances consenties par les différentes sociétés au profit de la structure centralisatrice qui serait proche de celle retenue dans les conditions de marché.

⁴⁹² CE, 7 octobre 1988, n°50-256, RJF 12/88, n°1296

⁴⁹³ Cass. crim. 10 juill. 1995, n° 94-82.665 : JurisData n° 1995-002400

⁴⁹⁴ CE, 24 fév. 1978, n°2372 : Dr. fisc. 1978, n° 30, comm. 1212, concl. RIVIERE P.

⁴⁹⁵ CE, 22 mars 1999, n°163282, *SA Alphamed*, RJF 1999, n°534

313. Des atténuations jurisprudentielles plus large dans le cadre des opérations entre sociétés membres d'un même groupe. De manière plus large, au-delà des conventions de trésorerie, nous constatons que le Conseil d'Etat a atténué très tôt les effets de la théorie de l'acte anormal de gestion dans le cadre d'opérations intragroupe. Par une décision rendue le 24 février 1978, il a ainsi été considéré qu'une société mère peut réaliser avec ses filiales des opérations courantes de manière neutre, à savoir sans marge et donc au prix de revient⁴⁹⁶ tandis que ces opérations constitueraient par principe un acte anormal de gestion dans le cadre d'une relation avec une société tierce non membre du groupe. Dans le même sens, dans un autre arrêt plus récent en date du 4 novembre 2014, la Cour administrative de Versailles a estimé que ne constituait pas un acte anormal de gestion un abandon de créance consenti par une société du groupe à une société sœur (qui se trouvait par ailleurs à l'étranger, en Italie) dès lors que cette dernière connaissait de graves difficultés financières et que ledit abandon permettait de sauvegarder des débouchés commerciaux⁴⁹⁷. Cet abandon de créance caractérise ainsi une aide à caractère commercial dès lors que le maintien de l'activité de la société italienne débitrice permettait de maintenir un canal de distribution des produits de la société créancière⁴⁹⁸.

§2. Des dispositifs complémentaires consacrant l'approche unitaire du groupe

314. Sur le plan juridique, le régime singulier des actions de préférence « de groupe », régime qui permet à un actionnaire d'une société membre d'exercer certains droits particuliers dans une autre société membre du même groupe, apparaît comme un dispositif exceptionnel consacrant pleinement l'approche unitaire du groupe (A). Sur le plan fiscal, au-

⁴⁹⁶ CE, sect., 24 février 1978, n°2372 : Dr. fisc. 1978, n° 30, comm. 1212, concl. RIVIERE P.

⁴⁹⁷ VABRES R., *Ne constitue pas un acte anormal de gestion l'abandon de créance consenti à une société sœur connaissant de graves difficultés financières et permettant de sauvegarder des débouchés commerciaux*, Dr. fisc. 2015, n°15, comm. 256.

⁴⁹⁸ A noter à cet égard que les aides consenties par les sociétés sont désormais réglementées par la loi. Ainsi, depuis les exercices clos à partir du 4 juillet 2012, l'article 39, 13 du CGI prévoit que sont désormais « exclues des charges déductibles pour l'établissement de l'impôt les aides de toute nature consenties à une autre entreprise, à l'exception des aides à caractère commercial ». Toutefois le deuxième alinéa de cet article précise que les aides sont systématiquement déductibles, y compris en l'absence de contrepartie pour la société qui consent l'aide, lorsqu'elles sont consenties « en application d'un accord constaté ou homologué dans les conditions prévues à l'article L. 611-8 du code de commerce » (procédure de conciliation) et consenties « aux entreprises pour lesquelles une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte ». Ces dispositions légales ne font aucune exception aux aides consenties entre sociétés membres d'un même groupe. Ainsi, le principe reste la nécessaire obtention d'une contrepartie de la part de la société bénéficiaire de l'aide au profit de la société qui consent l'aide. Cette contrepartie doit nécessairement bénéficier à la société qui consent l'aide : la jurisprudence exclut par principe une contrepartie qui bénéficierait au groupe dans son ensemble.

delà des régimes fiscaux « traditionnels » qui se retrouvent dans de nombreux systèmes juridiques⁴⁹⁹, certains dispositifs spécifiques au droit français vont plus loin puisqu'ils proposent une imposition unitaire du groupe (B).

A. Un dispositif juridique exceptionnel consacrant l'approche unitaire du groupe : la circulation intragroupe des droits attachés aux actions de préférence

315. Un dispositif nécessaire dans une volonté d'attractivité du droit français. L'article L228-13 du Code de commerce dispose que les droits particuliers attachés à des actions de préférence « peuvent être exercés dans la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice » (société mère ou grand-mère) « ou dans la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital » (filiale ou sous-filiale). « L'émission doit alors être autorisée par 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. Les commissaires aux comptes des sociétés intéressées doivent établir un rapport spécial⁵⁰⁰ ». Ce texte tire son origine d'une ordonnance en date du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières⁵⁰¹. L'instauration du régime des actions de préférence apparaît à cette époque et pour certains auteurs comme « l'innovation la plus marquante » de ladite réforme qui apparaissait nécessaire dans un esprit « d'attractivité de la place de Paris⁵⁰² ».

316. Un dispositif s'inscrivant dans la logique du groupe de sociétés. S'inscrivant dans le cadre de la libéralisation du droit des valeurs mobilières, le dispositif de l'article L228-13 du Code de commerce relatif aux actions de préférence « de groupe » - dit aussi actions de préférence « dissociées » - permet également d'inscrire pleinement le régime des actions de préférence dans le contexte des groupes de sociétés, au point de bouleverser certains principes essentiels du droit des sociétés (notions d'associé, de capital social, de dividende, de droit de vote...) ainsi que le démontre M. Tanguy ALLAIN dans sa thèse consacrée à la

⁴⁹⁹ Il s'agit pour l'essentiel du régime dit « mère-fille » (exonération des dividendes perçus par la société mère) et du régime d'exonération des plus-values à long terme de cession de titres de participations

⁵⁰⁰ A noter que le dispositif de l'article L228-13 du Code de commerce rejoint ainsi dans son esprit le dispositif de l'article L228-93 du même code qui autorise une société à émettre des valeurs mobilières qui donnent accès, sous certaines conditions, au capital d'une autre société du même groupe.

⁵⁰¹ Ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières, JORF n°147, 26 juin 2004, p.11612

⁵⁰² GUENGANT A. et alii, *Actions de préférence, question de praticiens (1^{ère} partie)*, JCP E, n°27-28, 7 juillet 2005

matière⁵⁰³. Le texte de l'article L228-13 du Code de commerce crée en effet un dispositif « exceptionnel » en permettant notamment à une société mère d'émettre des actions de préférence au profit de ses propres actionnaires dont les droits particuliers s'exerceront dans une (ou plusieurs) de ses filiales. Le dispositif permet inversement à une filiale d'émettre des actions de préférence dont les droits seront exercés au niveau de la société mère. Autrement dit, les droits particuliers peuvent être exercés au sein du groupe aussi bien dans la société du « haut » (société mère) ou dans la société « du bas » (filiale). Le groupe de sociétés est ainsi envisagé par le législateur comme un espace unifié à l'intérieur duquel il est possible de dissocier le lieu structurel de création de l'action (de préférence) et l'exercice du droit particulier attaché à ladite action, ce qui fait dire au Professeur H. LE NABASQUE que ce dispositif « contribue fortement, et de manière irréversible, à l'édification d'un droit des groupes de sociétés en France⁵⁰⁴ ». Nous partageons ce point de vue et rejoignons la pensée de M. ALLAIN qui démontre que la possibilité de créer des droits particuliers « de toute nature » au profit de personnes n'ayant pas la qualité d'actionnaire participe à la désacralisation des droits de l'actionnaire, et plus largement de l'associé⁵⁰⁵ (1), invitant ainsi à repenser certains fondements essentiels et traditionnels du droit français des sociétés en faveur de notions reconnaissant plus fermement la logique du groupe (2).

1. La diversité des droits particuliers « de toute nature » pouvant être attribués au profit de personnes n'ayant pas la qualité d'associé

317. L'utilisation par le législateur de l'expression « droits particuliers de toute nature » laisse une grande liberté aux praticiens dans la création des actions de préférence au sein des groupes. Parmi les droits particuliers « de toute nature » visés par l'article L228-11 auquel il est renvoyé par l'article L228-13, les auteurs distinguent traditionnellement les droits de nature pécuniaire (a) et les autres droits de nature extra-pécuniaire (b). Dans les deux cas, nous observons dans les faits un détachement des droits de la qualité d'associé malgré les réserves d'une partie de la doctrine.

⁵⁰³ ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, op. cit.

⁵⁰⁴ LE NABASQUE H., *Les actions de préférence « de groupe »*, Bulletin Joly Sociétés – n°11 – page 1296, 01/11/2006

⁵⁰⁵ L'associé n'est pas entendu ici au sens du titulaire de parts sociales, le régime des actions de préférence ne s'appliquant naturellement qu'aux sociétés par actions. A noter que le législateur parle lui-même « d'associés » en lieu et place « d'actionnaires » dans le cadre du régime de la SAS. Sur ce point, voir notamment : REIGNE P., DELORME T., *Réflexions sur la distinction de l'associé et de l'actionnaire*, D. 2002, p. 1330, n°19

a. *Des droits de nature pécuniaire (droits financiers) déconnectés de la qualité d'associé*

318. Différents types de droits de nature pécuniaires peuvent être attachés aux actions de préférence (i) démontrant une désacralisation des droits de l'associé (ii).

i. *Les différents types de droits de nature pécuniaire*

319. S'il ne semble pas exister de limites à l'imaginaire des praticiens, deux types de droits de nature pécuniaire peuvent être caractérisés selon le professeur H. LE NABASQUE qui distingue notamment le droit « à distribution » et le droit de percevoir en priorité le produit de tout ou partie de la cession des actifs de la société d'exercice⁵⁰⁶.

320. Droit « à distribution ». Les droits pécuniaires sont essentiellement les droits à distribution. Cette notion de droit à « distribution », empruntée au Professeur H. LE NABASQUE⁵⁰⁷, englobe de manière large aussi bien les distributions de bénéfices réalisés par une société au cours d'une exercice social que les distributions de réserves (comprenant les bénéfices cumulés non distribués notamment), le report à nouveau créditeur et des primes figurant dans le haut du passif du bilan de ladite société⁵⁰⁸. La notion peut également viser le droit sur le boni de liquidation d'une société. Les droits particuliers pécuniaires pouvant être divers et variés, il est ainsi possible d'envisager un droit à dividende prioritaire, cumulatif, progressif ou dégressif, majoré etc., et ce, aussi bien dans le cadre d'actions de préférence « ordinaires⁵⁰⁹ » que le cadre d'actions de préférence « de groupe » ou « dissociées⁵¹⁰ ». A titre d'exemple, le recours aux actions de préférence sans droit de vote mais avec, par exemple, un droit à dividende majoré peut s'avérer pertinent lorsqu'un dirigeant (et

⁵⁰⁶ LE NABASQUE H., *Les actions de préférence « de groupe »*, op. cit.

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ A noter à ce titre que par une décision du 23 septembre 2022, le Tribunal de commerce de Paris a condamné la pratique visant à procéder à des distributions exceptionnelles de réserves en dehors de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes (T. Com. Paris, 16^{ème} ch., 23 sept.2022, n°J2021000542). Cette décision va à contre-courant de la pratique de nombreuses sociétés et de la position de la doctrine. Voir notamment à ce sujet : MORTIER R., *La distribution de réserves, primes ou report à nouveau, hors assemblée annuelle d'approbation* : BRDA 7/23, 01/04/2023 ; DONDERO B., *Pas de distribution de dividendes par une AGO autre que celle approuvant les comptes !* : BJS janv. 2023, n° BJS201o3 ;

⁵⁰⁹ Actions émises et droits particuliers exercés dans une seule et même société en application de l'article L228-11 du Code de commerce

⁵¹⁰ Droits particuliers exercés à l'intérieur du groupe dans une structure autre que la société d'émettrice en application de l'article L228-13 du Code de commerce

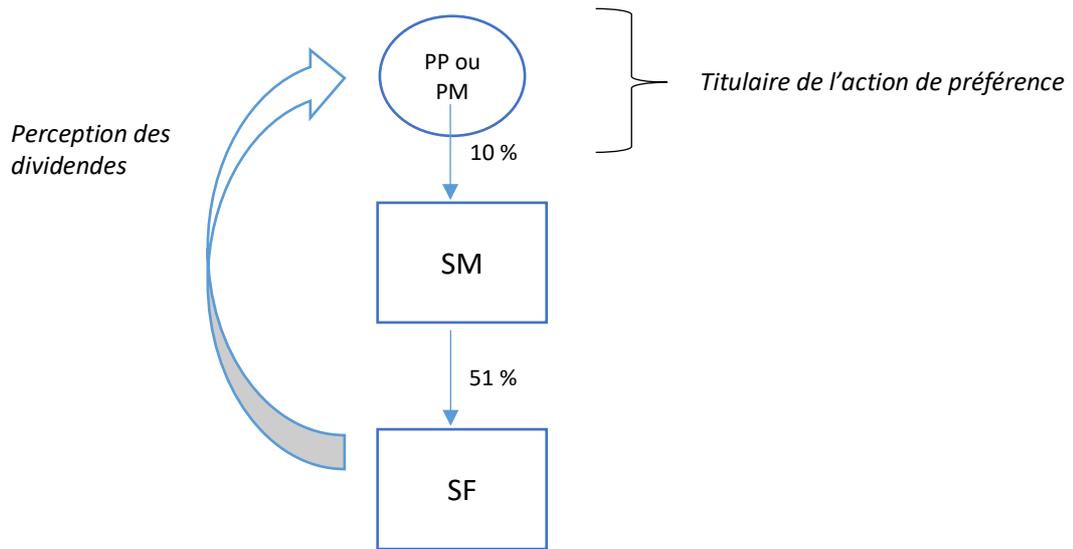
actionnaire) souhaite se retirer de « sa » société en préservant toutefois des droits financiers dans ladite société et s'assurer ainsi un revenu postérieurement à sa sortie. Le même schéma pourrait s'appliquer dans le cadre d'un groupe en application de l'article L228-13 du Code de commerce : il pourrait être attribué au dirigeant, actionnaire d'une société holding, des actions de préférence « dissociées » lui permettant d'exercer ses droits particuliers (par exemple à dividende majoré) dans une des filiales d'exploitation de la société holding dont le dirigeant est actionnaire.

321. Droit à distribution et action reflet. L'une des caractéristiques des actions de préférence de groupe assorties de droit à « distribution » est qu'elles favorisent la création d'actions reflet ou traçante (*tracking stocks* en anglais)⁵¹¹. Comme son nom l'indique, l'idée des actions reflet « est de refléter les résultats d'une activité particulière d'une entreprise, que cette activité soit logée dans une structure juridique indépendante ou non. Ainsi, le dividende de l'action reflet suivra les performances de cette activité, diminuant ou augmentant en fonction de la baisse ou de la hausse du résultat produit par l'activité reflétée⁵¹² ». L'intérêt pour un investisseur de souscrire à de telles actions traçantes réside ainsi notamment dans le fait que sa rémunération (dividende à percevoir et éventuellement plus-value à réaliser lors de la cession) sera fonction du résultat d'une activité particulière exercée par une société du groupe et non par un résultat d'ensemble⁵¹³. Lorsque c'est la société mère qui émet les actions de préférence avec des droits à dividende dans une filiale contrôlée à plus de 50 %, les actions de préférence de groupe apparaissent, pour l'actionnaire titulaire desdites actions de préférence (personne physique ou personne morale), comme un moyen d'acquies directement les bénéfices réalisés par une filiale sans « transiter » par la société mère. Le schéma se présenterait alors de la manière suivante :

⁵¹¹ GUYON Y., *Les tracking stocks*, in Melanges AEDBF-France III, sous la dir. de H. de VAUPLANE et J.-J. DAIGRE, Revue Banque Edition, 2002, p.183

⁵¹² VIANDIER A., *Les actions reflet*, RJDA 1 : 01 p. 3

⁵¹³ Ce qui est par exemple le cas en présence d'une politique de distribution massive de l'intégralité des bénéfices réalisés par les filiales au profit de la société mère.



322. Droit de percevoir en priorité le versement du prix de cession de certains actifs appartenant à la société d'exercice. Les droits pécuniaires peuvent également consister en l'attribution prioritaire, au profit du titulaire de l'action de préférence, du prix de cession de certains actifs appartenant à la société d'exercice. Il apparaît ainsi possible pour une société mère d'émettre des actions de préférence au profit de ses actionnaires dont le droit particulier consisterait à percevoir en priorité tout ou partie du produit de la cession des actifs d'une filiale. Certains auteurs ont toutefois soulevé la question de la mise en œuvre juridique de cette attribution : les actionnaires n'ayant pas « de droit direct sur les actifs de la société⁵¹⁴ » et n'étant pas « les copropriétaires⁵¹⁵ » d'une société, seule semble concevable une attribution par voie de distributions exceptionnelles de dividende décidée, dans un premier temps, par l'assemblée générale de la société d'exercice au profit de la société émettrice (société mère), puis dans un second temps, via une deuxième distribution de cette dernière au profit du titulaire de l'action de préférence⁵¹⁶. Dans cette situation, le produit de la cession réalisée au niveau de la filiale n'est donc pas distribué directement au titulaire de l'action de préférence de la société mère. Ce produit, exceptionnel d'un point de vue comptable, est nécessairement distribué à la société mère qui devra à son tour l'attribuer par priorité au titulaire de l'action de préférence dissociée.

⁵¹⁴ LE NABASQUE H, *Les actions de préférence « de groupe »*, op. cit. ;

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°309 et suiv.

323. La situation n'est donc pas la même que dans le cadre des droits à distribution évoqués ci-avant : la particularité du droit à distribution attaché à l'action de préférence de groupe est qu'il est nécessairement exercé au profit d'une personne n'ayant pas la qualité d'actionnaire de la société d'exercice. En effet, dans cette dernière situation, si le titulaire de l'action de préférence est obligatoirement actionnaire de la société émettrice, il ne l'est pas (nécessairement) dans la société d'exercice. C'est toute la logique du dispositif de l'article L228-13 du Code de commerce qui confirme ainsi la « déconnexion » des droits et de la qualité d'actionnaire, et plus largement de la qualité d'associé.

ii. Une confirmation de la « déconnexion » des droits et de la qualité d'associé

324. Si le détachement des droits de la qualité d'associé nous semble explicite au regard du texte mais également de l'esprit du dispositif de l'article L228-13 du Code de commerce, il importe toutefois de présenter en premier lieu les réserves émises par une partie de la doctrine refusant d'y voir une telle déconnexion.

325. L'impossible dissociation des droits et de la qualité d'associé selon une partie de la doctrine. Pour une partie de la doctrine universitaire⁵¹⁷, les droits attachés aux actions de préférence ne peuvent être exercés que dans une société où le bénéficiaire desdites actions de préférence est actionnaire. En d'autres termes, s'agissant des droits de nature pécuniaire, les droits à « distribution » constitueraient des droits d'actionnaire (et de manière plus large des droits d'associé) et ne pourraient donc être exercés par des personnes n'ayant pas la qualité d'associé de la société distributrice. Les auteurs se fondent notamment sur le texte du premier alinéa de l'article L232-12 du Code de commerce qui prévoit qu'« après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes » ainsi que sur la définition jurisprudentielle de la notion de dividende développée par la Cour de cassation dans de nombreux arrêts⁵¹⁸. L'emploi du terme « associé », aussi bien par le législateur que par la

⁵¹⁷ BOMPOINT D., TORCK S., *Actions de préférence : les pistes d'une réforme*, Actes pratiques ingénierie sociétaire, nov.-déc. 2008

⁵¹⁸ Voir en part. : Cass. Com. 28 nov. 2006, n°04-17.486, D. 2006, p.3055, note LIENHARD A.; JCP E 2006, 1361, obs. DEBOISSY FL., WICKER G.

jurisprudence, conduit ces auteurs à considérer qu'il existe un lien fondamental entre la qualité d'associé et le droit à dividende et que ce lien ne peut être défait par les dispositions de l'article L228-13 du Code de commerce.

326. Cette conception réduit toutefois considérablement la portée du dispositif de l'article L228-13 du Code de commerce et nous semble contraire à l'esprit du texte de cet article qui, de manière très explicite, autorise l'exercice de droits particuliers par les bénéficiaires desdits droits dans une structure autre que la société émettrice dont ils sont actionnaires. Le Rapport soumis au Président de la République relatif à l'ordonnance du 24 juin 2004⁵¹⁹ va dans le sens de cette position puisqu'il précise que les actions de préférence sont des titres « jouissant de droits particuliers dans la société elle-même mais aussi dans une autre société du groupe » (...) et pouvant comporter « tous les droits souhaités, tels que les que des droits financiers (dividende ou remboursement prioritaire, priorité sur le boni de liquidation, conversion en actions ordinaires, par exemple) ». Nous rejoignons ainsi la position des auteurs estimant qu'il existe un réel détachement entre les droits de nature pécuniaire et la qualité d'associé⁵²⁰.

327. Une dissociation des droits de nature pécuniaire de la qualité d'associé s'inscrivant dans la continuité d'un mouvement déjà amorcé. Pour une autre partie de la doctrine universitaire⁵²¹, il y a dissociation des droits de la qualité d'associée et ceci n'est pas un phénomène nouveau. Bien au contraire, le dispositif de l'article L228-13 du Code de commerce ne fait que renforcer un mouvement déjà amorcé notamment dans le cadre du démembrement de propriété de titres sociaux. En effet, ainsi que le rappelle dans sa thèse M. ALLAIN⁵²², l'usufruitier n'a pas la qualité d'associé⁵²³. Ce point, qui ne semble désormais plus faire débat, a d'ailleurs été récemment rappelé par la Cour de cassation⁵²⁴, cette dernière ayant en outre précisé que si l'usufruitier n'a pas la qualité d'associé, il peut néanmoins

⁵¹⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, JORF, 30 juillet 2004, p.13577

⁵²⁰ Position défendue notamment par M. ALLAIN dans sa thèse consacrée aux actions de préférence (ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, op. cit.).

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ Pour une position contraire, voir : COZIAN M., *Du nu-propiétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ?* : JCP E 1994, I, 374 ; DEBOISSY FI. Et WICKER G., *Le droit de vote est une prérogative essentielle de l'usufruitier de titres sociaux* : JCP E 2004, 1290

⁵²⁴ Cass. Com., Avis, 1^{er} déc. 2021, n°20-15.164, FS-D : RJDA 2/22 n°79 ; N° Lexbase : A63597GM

provoquer une délibération des associés si celle-ci est susceptible d'avoir une influence directe sur son droit de jouissance des titres⁵²⁵. Sans être associé, l'usufruitier perçoit donc les fruits, à savoir les dividendes de la société, et participe au vote s'agissant de l'affectation du résultat. Quant au nu-proprétaire qui dispose au contraire de la qualité d'associé, il a par principe le droit de vote sur les autres questions de la société dans le cadre des assemblées générales. Ainsi, si pour certains auteurs, « il n'est pas exact de parler de droit aux dividendes, car ces derniers ont vocation à être attribués à des actionnaires⁵²⁶ », d'autres auteurs estiment au contraire que la nature de dividende doit être retenue notamment « parce que le dividende peut tout à fait être servi à des ayants droit sans pour autant qu'ils soient associés de la société distributrice⁵²⁷ ». En tout état de cause, la loi⁵²⁸ autorise aujourd'hui un non-associé à percevoir les « fruits » d'une société dont il n'est pas associé, s'inscrivant ainsi dans un mouvement plus général de désacralisation des droits de l'associé. Il en est de même avec le dispositif prévu à l'article L228-13 du Code de commerce qui, par renvoi aux dispositions de l'article L228-11 du même code, prévoit expressément la possibilité de créer des actions de préférence de groupe au profit de personne non associée dès lors que le lieu de création desdites actions (société émettrice) n'est pas situé dans la même structure sociétaire que le lieu d'exercice des droits particuliers attachés auxdites actions (société d'exercice).

b. Des droits de nature extra-pécuniaire (droits politiques) déconnectés de la qualité d'associé

328. Les droits de nature extra-pécuniaire renvoient essentiellement au droit de vote mais recouvrent en réalité une plus grande diversité de droits ayant notamment attrait à la politique de la société ou du groupe (i) confirmant à nouveau la désacralisation des droits de l'associé (ii).

⁵²⁵ Cass. Civ. 3, 16 février 2022, n° 20-15.164, FS-B : RJDA 5/22 n°273 ; JCP E 2022, 1000, note MORTIER R. et JULIAN N. ; Dr. sociétés, fév. 2022, n°13, note MORTIER R.

⁵²⁶ GRANIER T., *Synthèse JurisClasseur « Actions »*, Sociétés Traité, 30 Juin 2022

⁵²⁷ ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°830

⁵²⁸ C.civ., art. 578 : « l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

i. La diversité des droits de nature extra-pécuniaire

329. Diversité des droits de nature extra-pécuniaire en dehors du droit de vote. De la même manière que les droits de nature pécuniaires, les droits non pécuniaires peuvent être divers et variés. A titre d'exemple, il est ainsi possible d'imaginer pour le titulaire d'actions de préférence des droits à une information comptable et financière renforcée sur les activités de la société et de ses filiales (rapports spéciaux d'activité, budget prévisionnel etc.) allant au-delà des informations légales que tout actionnaire est en droit de disposer. Rien ne semble également s'opposer à la possibilité d'accorder au titulaire d'actions de préférence un droit de préemption dans l'hypothèse d'une cession par un autre actionnaire de la société émettrice ou d'exercice. L'expression « de toute nature » employée par le législateur dans la rédaction de l'article L228-11 du Code de commerce permet d'envisager de nombreuses autres hypothèses. La question principale tourne toutefois autour de la possibilité de créer des actions de préférence de groupe assorties de droits de vote dans la société d'exercice, et donc par hypothèse par une personne non-associée de ladite société d'exercice.

330. Des droits non pécuniaires allant jusqu'à la possibilité de créer des droits de vote aux assemblées générales de la société d'exercice. L'étendue des droits pouvant être exercés par le titulaire d'une action de préférence de groupe dans la structure « du haut » ou « du bas » pose la question délicate de la possibilité d'exercice du droit politique par essence qu'est le droit de vote. À titre préalable, il convient de rappeler que le droit commun des sociétés pose un principe général prévoyant que tout associé dispose du droit de participer aux décisions collectives d'une société⁵²⁹. Plus spécifiquement en matière de sociétés par actions, le droit spécial des sociétés établit un lien étroit entre le droit de vote et le degré de détention du capital social d'une société. L'article L225-122, I du Code de commerce prévoit en effet que « le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent ». La jurisprudence de la Cour de cassation a eu l'occasion d'appliquer ce principe aussi bien pour les sociétés anonymes (SA)⁵³⁰ que pour les sociétés par actions simplifiées (SAS)⁵³¹.

⁵²⁹ C.civ., art. 1844

⁵³⁰ Cass. com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661 : JurisData n° 1999-000568 ; Dr sociétés 1999, comm. 67 ; Rev. sociétés 1999, p. 81, note LE CANNU P.

⁵³¹ Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537 : JurisData n° 2007-041010 ; Dr sociétés 2007, comm. 219, note HOVASSE H. ; JCP E 2007, 2433, note VIANDIER A.

331. Ces principes généraux signifient indirectement que pour être titulaire du droit de vote d'une société, il faut au préalable être actionnaire de cette même société. Ainsi, en raison de ce lien fondamental détention du capital/droit de vote consacré par l'article L225-122 du Code de commerce et dans la mesure où l'article L228-13 du même code (relatif aux actions de préférence « de groupe ») renvoie expressément à l'article L228-11 (relatif aux actions de préférence « ordinaire » et qui renvoie à son tour à l'article L225-122, I), aucun droit de vote dans la société d'exercice ne semblait pouvoir être accordé au titulaire d'une action de préférence « de groupe » dès lors que ce dernier ne possède, par hypothèse, aucune action dans ladite société d'exercice. Il s'agissait ici de la position d'une partie de la doctrine⁵³² et c'est effectivement ce qui semblait ressortir de la version antérieure de l'alinéa 1^{er} de l'article L228-11⁵³³ auquel fait référence l'article L228-13 relatif aux actions de préférence de groupe.

332. Cependant, la « loi Pacte » du 22 mai 2019⁵³⁴ semble avoir changé la donne, du moins concernant les actions non admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation (SMN). En effet, tandis que l'ancienne version de l'alinéa premier de l'article L228-11 prévoyait que les droits particuliers émanant des actions de préférence de groupe devaient être encadrés « par les statuts dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125 » (dispositions comprenant donc l'article L225-122 consacrant le lien nécessaire entre détention du capital/droit de vote), sa nouvelle version modifie sa formulation et dispose désormais que les droits particuliers émanant des actions de préférence « sont définis par les statuts et, pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, dans le respect des articles L. 225-122 à L. 225-125 ». Ce faisant, le nouvel article L228-11 du Code de commerce distingue expressément deux situations soumises à deux régimes juridiques différents. Dans le premier cas, général, à savoir en l'absence de société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un SNM (sociétés cotées), les actions peuvent être assorties d'un droit de vote aux assemblées de la société

⁵³² GERMAIN M., *Les actions de préférence*, Rev. sociétés, n°3/200, p.597, n°10

⁵³³ L'ancienne version de l'alinéa 1^{er} l'article L228-11 du Code de commerce, à savoir celle modifiée par l'ordonnance n°2008-1145 du 6 novembre 2008 prévoyait que « lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Ces droits sont définis par les statuts dans le respect des dispositions des articles L 225-10 et L. 225-122 à L.225-125 ».

⁵³⁴ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

d'exercice. Il y a dès lors, dissociation du lien entre détention du capital et droit de vote. En revanche, dans le second cas, à savoir en présence d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un SNM (sociétés cotées), cette possibilité semble difficile à admettre en raison du renvoi fait à l'article L225-122.

ii. Une confirmation supplémentaire de la « déconnexion » des droits et de la qualité d'associé

333. Au-delà de ces aspects et bien avant l'entrée en vigueur de la loi « Pacte » de 2019, certains membres du Comité juridique de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA) estimaient pourtant que le droit de vote pouvait être exercé dans une société tierce (société d'exercice) à l'intérieur du groupe - sous réserve bien entendu de respecter les dispositions de l'article L228-13 du Code de commerce - retenant alors une approche extensive et cela afin d'encourager « l'amorce d'un droit des groupes en France⁵³⁵ ». À noter toutefois qu'au regard des réserves formulées par une majorité d'auteur à cette époque (2004), le Comité juridique de l'ANSA a émis par prudence l'avis selon lequel le droit de vote ne peut être détaché de la qualité d'actionnaire. Quinze années plus tard, la loi « Pacte » semble donner gain de cause à sa vision initiale et plutôt audacieuse pour l'époque (2004), du moins concernant les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un SNM (sociétés cotées), autrement dit, pour l'essentiel des sociétés en pratique.

334. La création d'actions de préférence assorties d'un droit de vote dans une société d'exercice, et donc distincte de la société émettrice, étant aujourd'hui admise dans le cadre des groupes et des sociétés non cotées, on peut y voir à nouveau une forme de désacralisation des attributs essentiels de l'actionnaire, et plus largement de l'associé, dans la mesure où une personne (physique ou morale) peut être amenée à voter dans une société dans laquelle elle n'est pas associée. En ce sens, le droit de vote ne semble plus être un droit fondamental de l'associé, qui déjà pour un auteur reposait « sur des postulats poussiéreux⁵³⁶ ».

⁵³⁵ Comité juridique de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA), *Actions de préférence : exercice des droits particuliers dans une société contrôlée ou contrôlante*, n°04-080, 1^{er} décembre 2004

⁵³⁶ LEDOUX L., *La nature de la préférence*, Bull. Joly Sociétés, 11 novembre 2006, § 266, p.1219, n°38

335. Il s'agit également de la position de M. ALLAIN qui rappelle dans sa thèse la distinction entre le « droit de vote » et le « droit de participer » aux décisions sociales, la participation de l'actionnaire ou de l'associé aux décisions de la société ne se réalisant pas nécessairement et uniquement *via* le droit de vote⁵³⁷. Dans cette optique, un auteur⁵³⁸ parle plus volontiers d'un « droit d'intervention » de l'associé dans la vie sociale englobant notamment le droit à l'information de l'associé sur la gestion de la société. Ainsi, le droit de vote n'est pas envisagé en soi comme un attribut fondamental de l'associé. Ce qui importerait selon cette vision, c'est de protéger son droit d'intervention et non le droit de vote en particulier. A cet égard, M. ALLAIN relève également que l'article 1844 du Code civil qui, rappelons-le, dispose que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives », n'opère aucun renvoi exprès et spécifique au droit de vote de l'associé⁵³⁹ - bien que la jurisprudence de la Cour de cassation assimile parfois ledit article au droit de vote de l'associé⁵⁴⁰. Cet article consacre en réalité plus largement un droit de participation ou d'intervention de l'associé. Dans ces conditions, M. ALLAIN affirme que « si le droit de participation reste un droit indissociable de la qualité d'associé, qui découle de la substance de l'action, le droit de vote est, quant à lui, un droit autonome, en tant qu'il peut être, dans certains cas, supprimé et, dans d'autres, exercé par une personne qui n'a pas la qualité d'associé⁵⁴¹ », sous-entendue dans le cadre des actions de préférence « de groupe » ou « dissociées » prévues par l'article L228-13 du Code de commerce.

336. Les mêmes remarques relatives à l'usufruit peuvent en outre s'appliquer pour démontrer la dissociation du lien entre la qualité d'associé et le droit de vote⁵⁴². En effet, un usufruitier n'est pas associé mais dispose d'un droit de vote concernant les décisions afférentes à l'affectation du résultat, droit de vote dont il ne peut être privé selon la jurisprudence⁵⁴³, caractérisant ainsi la déconnexion possible entre la qualité d'associé et le droit de vote. Si la singularité du démembrement de propriété et « l'institution de l'usufruit » invite à de nouvelles réflexions sur la notion d'associé⁵⁴⁴, le dispositif des actions de

⁵³⁷ ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°822

⁵³⁸ VIANDIER A., *La notion d'associé*, LGDJ, coll. Bib. Dr. Privé, t. 156, p.168 et s.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ Cass. Com. 23 oct. 2007 (arrêt dit « *Art et Entreprises* »), JCP E 2007, 2433, note A. VIANDIER

⁵⁴¹ ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°826

⁵⁴² Voir *infra* n°328 et suiv.

⁵⁴³ Cass. Com., 31 mars 2004, n°03-16.614, Bull. civ., IV, n°70

⁵⁴⁴ GODON L., *Un associé insolite : le nu-proprétaire de droits sociaux*, Rev. Sociétés, 2010, p.143

préférence de groupe participe également à la réflexion sur cette même notion d'associé dès lors que le titulaire du droit de vote n'est, comme en matière d'usufruit, pas associé (direct) de la société où s'exerce ledit droit de vote. Nous rejoignons en ce sens la position des auteurs qui considèrent que le droit de vote n'est plus un droit fondamental de l'actionnaire : sans même évoquer les actions de préférence « de groupe » ou « dissociées », la seule possibilité de le supprimer dans le cadre des actions de préférence « ordinaires » (hors groupe) rejoint à notre sens cette idée de désacralisation du droit de vote.

337. Instauration d'un véritable droit des valeurs mobilières intragroupe. En somme, à travers ce nouveau dispositif, le législateur va plus loin qu'une simple reconnaissance de l'entité du groupe de sociétés. Pour les sociétés qui ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un SNM, à savoir en pratique pour un grand nombre de sociétés par actions et notamment de sociétés par actions simplifiées (SAS), qui, rappelons-le, constituent en France la première forme sociale de sociétés en terme de création annuelle d'entreprises, le législateur consacre un véritable droit des valeurs mobilières intragroupe et participe plus largement à l'élaboration d'un droit des groupes. Dans ces conditions et dans la lignée de la pensée de M. ALLAIN, pourrait-on aller plus loin et étendre certains principes essentiels du droit des sociétés à l'échelle du groupe ? Serait-il envisageable de concevoir un actionnaire de groupe ? Du côté des structures, peut-on aller jusqu'à envisager un patrimoine de groupe ?

2. Vers un statut particulier d'« associé de groupe » ?

338. Le principe directeur en matière de groupe de sociétés, à savoir l'indépendance juridique et patrimoniale des personnes morales composant le groupe, est rudement mis à l'épreuve par le dispositif des actions de préférence « dissociées » consacré par l'article L228-13 du Code de commerce. Reflet de la dynamique des groupes, les actions de préférence de groupe invitent à se questionner sur l'émergence d'un statut particulier d'« associé de groupe ».

339. L'émergence d'un « associé de groupe ». Le groupe de sociétés étant envisagé par le législateur comme un espace unifié à l'intérieur duquel il est possible de dissocier le lieu structurel de création des actions de préférence et l'exercice des droits particuliers attachés auxdites actions et donc à l'actionnaire, se pose la question de l'émergence d'un nouveau

statut « d'actionnaire de groupe » et plus largement « d'associé de groupe ». En effet, dans cette hypothèse et ainsi que le relève M. ALLAIN, l'intérêt de l'associé ne se limite pas aux résultats de la seule société émettrice (des actions de préférence) mais s'inscrit dans un cadre élargi au moins aux sociétés d'exercice des droits particuliers⁵⁴⁵. En ce sens, l'intérêt de l'associé est global ou transcendant dès lors qu'il s'inscrit au-delà des frontières de la personnalité morale de la société émettrice. L'associé de groupe se caractériserait à ce titre par un « *affectio societatis* de groupe ⁵⁴⁶ » et par un apport effectué par ce dernier au profit d'une des structures membres du même groupe, en l'occurrence à celle de la société émettrice des actions de préférence. Si l'*affectio societatis* peut être défini comme « la volonté de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise commune⁵⁴⁷ », cette entreprise commune ne serait dès lors pas renfermée dans une structure sociétaire mais s'étendrait au groupe de sociétés appréhendé comme une seule et même entité. La volonté de collaborer de l'actionnaire titulaire d'une action de préférence de groupe signifierait donc une collaboration à l'échelle du groupe.

340. Par ailleurs, pour être considéré comme un véritable associé, ce dernier doit, conformément aux dispositions de droit commun de l'article 1832 du Code civil, s'engager à contribuer aux pertes, bien que cette contribution aux pertes soit limitée au montant des apports dans les sociétés à risque limité⁵⁴⁸. Dans la mesure où le titulaire d'une action de préférence de groupe n'est pas tenu à une telle obligation au sein de la société d'exercice – dans laquelle il n'a par ailleurs effectué aucun apport⁵⁴⁹ – il n'est pas possible de lui reconnaître une quelconque qualité d'actionnaire au sein de ladite société d'exercice. La notion d' « associé de groupe » se singulariserait ainsi par un associé qui a effectué son apport initial dans la société émettrice, qui exercerait une partie de ses droits dans la société d'exercice, et qui contribuerait aux pertes au niveau de la société émettrice. L'associé de groupe ne serait ainsi pas un véritable associé, au sens où il est entendu en matière de droit

⁵⁴⁵ ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°831

⁵⁴⁶ *Ibid.*, n°832 et suiv.

⁵⁴⁷ VIANDIER A., *La notion d'associé*, op. cit., n° 197

⁵⁴⁸ Dans les sociétés à risque limité, l'obligation de contribution aux pertes ne peut excéder le montant des apports en raison du principe de responsabilité limitée des associés à hauteur du montant de leurs apports. A noter par ailleurs que la contribution aux pertes ne signifie pas l'obligation à la dette qui concerne les associés de sociétés à risque illimité.

⁵⁴⁹ L'apport du titulaire de l'action de préférence de groupe étant réalisé au niveau de la société émettrice de ladite action (et non au niveau de la société d'exercice, sauf s'il est par ailleurs associé directement).

des sociétés (apport, partage de bénéfices/contribution aux pertes, *affectio societatis*), mais cette expression servirait à rendre compte de l'extension des droits – et peut-être à l'avenir de devoirs – de l'associé dépassant le simple cadre sociétaire. Au-delà de la singularité du régime des actions de préférence de groupe, d'autres dispositifs renforceraient l'idée de l'émergence d'un statut d'associé de groupe.

341. Au-delà des actions de préférence de groupe, un ensemble de dispositifs participant à la construction progressive d'un statut « d'associé de groupe ». L'idée de l'émergence d'un statut « d'associé de groupe » est appuyée par d'autres dispositifs spécifiques qui profitent aux associés, voire même aux salariés exerçant dans une des sociétés du groupe.

342. Attribution gratuite d'actions au profit du personnel salarié du groupe. Le régime d'attribution gratuite d'actions (AGA) est prévu par les articles L225-197-1 à L225-197-5 du Code de commerce⁵⁵⁰. Ce régime offre, sous certaines conditions, la possibilité d'attribuer gratuitement des actions non seulement aux membres du personnel salarié d'une même société, mais également d'attribuer lesdites actions au profit de salariés exerçant dans une autre société du groupe. L'article L225-197-2, I prévoit à ce titre que les actions peuvent être attribuées gratuitement au personnel salarié des sociétés dont 10 % au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par la société qui attribue les actions (filiales). Inversement, les actions peuvent également être attribuées aux salariés des sociétés détenant, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote de la société qui attribue les actions (société mère). Plus simplement dit et sous réserve de respecter la condition de détention d'au moins 10 % du capital ou des droits de vote, une société mère peut attribuer gratuitement une fraction de ses titres à des salariés d'une filiale, et réciproquement. Si ce dispositif concerne ici les salariés (et non les associés), il participe néanmoins à la construction progressive d'un véritable droit de groupe dans la mesure où il est fait abstraction de la personnalité morale des sociétés membres pour déterminer l'étendue des bénéficiaires de l'attribution gratuite d'actions. Un « salarié du groupe » pourrait à ce titre devenir un « associé de groupe » à travers le dispositif des AGA. Poussé à l'extrême, il pourrait même être envisagé d'émettre gratuitement des actions de préférence

⁵⁵⁰ Régime applicable notamment dans les sociétés anonymes (SA) et, sur renvoi de l'article L227-1 du Code de commerce, aux sociétés par actions simplifiées (SAS).

de groupe. Pour diverses raisons, un salarié d'une filiale pourrait ainsi devenir actionnaire de la société mère mais exercer une partie de ses droits (droit à dividendes par exemple) dans la filiale où il exerce ses fonctions salariées.

343. *Droit d'information renforcé.* Plus encore, l'émergence d'un statut « d'associé de groupe » se manifeste surtout à travers d'autres dispositifs en vigueur qui bénéficient le plus souvent aux associés de la société mère. En effet, les associés d'une société mère disposent en premier lieu d'un droit d'information renforcé sur l'activité et les résultats réalisés par les filiales, droit qui ne bénéficie toutefois pas aux associés de filiales. Autrement dit et ainsi que nous aurons l'occasion de détailler ce point dans nos développements ultérieurs⁵⁵¹, le droit à l'information ne joue que dans un sens, du haut (des associés de la société mère) vers le bas (activité de la filiale) : les associés de filiale ne disposent pas de droit renforcé à l'information à l'égard des activités de la société mère, aspect qui devrait évoluer à notre sens dans un souci de protection renforcée des minoritaires et d'équilibre des rapports de force au sein du groupe. De même, les associés de la société mère peuvent solliciter une expertise de gestion sur les opérations réalisées par les dirigeants des filiales⁵⁵². Ce droit est reconnu, de la même manière que le droit renforcé à l'information au profit des associés de la société mère, uniquement à ces derniers et non aux associés de filiales. En somme, plus qu'un statut « d'associé de groupe », se dégage en réalité à travers ces deux dispositifs davantage un statut particulier des associés de la société mère qui bénéficient de droits particuliers.

344. Toutefois, il en va autrement avec le dispositif consacré par L228-13 du Code de commerce prévoyant les actions de préférence de groupe. Ce dispositif joue pleinement au sein du groupe et dans les deux sens, à savoir aussi bien pour les associés du haut (de la société mère) que du bas (des filiales). L'article L228-13 du Code de commerce autorise en effet une société mère à émettre des actions de préférence au profit de ses propres actionnaires dont les droits particuliers s'exerceront dans une (ou plusieurs) de ses filiales. En sens inverse, une filiale peut émettre des actions de préférence dont les droits seront exercés au niveau de la société mère. Autrement dit, les droits particuliers peuvent être exercés au sein du groupe aussi bien dans la société du « haut » (société mère) que dans la société « du bas » (filiale).

⁵⁵¹ Pour un aperçu d'ensemble, voir nos développements *infra* n°460 et suiv. (Titre I de la Partie II)

⁵⁵² Article L225-231 du Code de commerce

Ainsi, contrairement au droit renforcé à l'information et à la demande d'expertise de gestion réservés aux associés de la société mère, les actions de préférence de groupe peuvent bénéficier plus largement aussi bien aux associés de la mère que de la filiale. En ce sens, ce dispositif conforte l'idée de l'émergence d'un statut « d'associé de groupe » octroyant des droits particuliers aux associés intragroupe pouvant s'exercer dans une structure autre que celle dans laquelle ils sont associés.

345. L'association des minoritaires intragroupe à la politique du groupe élaborée par la société mère pour l'ensemble du groupe. Par ailleurs, la création d'actions de préférence de groupe au profit de minoritaires de filiales dont les droits – notamment politiques (se traduisant par exemple par un droit d'information renforcé concernant l'activité et les résultats réalisés par l'ensemble des sociétés du groupe) – pourront être exercés au niveau de la société mère serait particulièrement intéressant afin d'associer lesdits minoritaires de filiales à la politique élaborée par la société mère pour l'ensemble du groupe, ou du moins afin que ces minoritaires de filiales aient une approche globale de l'activité du groupe. L'émission de telles actions de préférence de groupe pourrait par ailleurs et dans certaines circonstances apaiser certaines relations conflictuelles pouvant exister entre la société mère – en tant qu'associée majoritaire de la filiale – et les minoritaires de cette même filiale⁵⁵³.

B. Des dispositifs fiscaux optionnels consacrant l'imposition unitaire du groupe

346. Deux dispositifs fiscaux, spécifiques au droit français, méritent à notre sens une attention particulière : le régime de l'intégration fiscale en matière d'impôt sur les sociétés (1) et le nouveau régime de groupe en matière de taxe sur la valeur ajoutée (2).

1. L'intégration fiscale en matière d'impôt sur les sociétés (IS)

347. Le régime de l'intégration fiscale est incontestablement l'un des dispositifs qui caractérise le mieux la prise en compte par le législateur de la réalité économique du groupe de sociétés. L'intitulé même de ce dispositif, baptisé « régime fiscal des groupes » par la loi du 30 décembre 1987⁵⁵⁴, démontre la reconnaissance législative d'une certaine unité fiscale du groupe à défaut d'unité juridique. La matière étant dense et très technique, nous nous

⁵⁵³ Voir à ce titre nos développements *infra* n°460 et suiv.

⁵⁵⁴ Art. 68 de la Loi n°87-1060 du 30 décembre 1987 de finances pour 1988

contenterons de tenter de démontrer le caractère compétitif de ce dispositif favorable aux groupes (a) bien que son intérêt semble désormais amoindri depuis une réforme de 2019 (b).

a. Un dispositif compétitif en faveur des groupes français

348. Expériences préalables au régime actuel de l'intégration fiscale. Dès 1966, soit environ 22 ans avant l'adoption du dispositif de l'intégration fiscale en 1988, le droit français connaissait le régime du bénéfice mondial consolidé. Ce régime, abrogé en 2011, consistait pour l'essentiel à permettre la réalisation d'une consolidation fiscale au niveau du groupe avec les filiales détenues à plus de 50 % en prenant notamment en compte les pertes réalisées par les filiales situées à l'étranger. Un autre dispositif adopté en 1971, devenu caduc aujourd'hui, intitulé « régime de l'intégration fiscale » a introduit un nouvel élan dans l'élaboration d'un système de compensation des bénéfices et des pertes au sein du groupe.

349. De la nécessité d'un agrément à un système optionnel. Ces deux dispositifs reposaient sur un agrément préalable de l'administration fiscale et bénéficiaient dans les faits à un nombre très limité de grands groupes de sociétés. Ce constat a conduit le législateur à préférer un système optionnel ouvert à tous les groupes dès lors bien entendu que les conditions d'application posées par la loi sont remplies. L'article 223 A du CGI prévoit à cet égard qu'« une société (...) peut se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe » sans conditionner cette possibilité à l'obtention d'un agrément délivré par l'administration fiscale. Le régime de l'intégration fiscale est ainsi aujourd'hui ouvert à tous les groupes de sociétés – et non seulement les plus importantes d'entre-elles – sous réserve d'en respecter les conditions et d'opter pour ce régime.

350. Mise en œuvre. Il revient en pratique à la société mère, par l'intermédiaire de son ou de ses organes de direction, de faire une option en faveur de régime de l'intégration fiscale en utilisant les modèles fixés par l'administration fiscale⁵⁵⁵, étant précisé que cette option doit intervenir préalablement à l'expiration du délai de dépôt de la déclaration de résultat de l'exercice qui précède celui au titre duquel elle est exercée⁵⁵⁶. L'accord des filiales – dont il est envisagé d'intégrer – est nécessaire lors de l'option de la société mère⁵⁵⁷, ce qui n'est très

⁵⁵⁵ BOI-LETTRE-000065, 15/04/2020

⁵⁵⁶ CGI, art. 223 A, III, al 2 ; CGI, ann. III, art. 46 quater-0 ZD

⁵⁵⁷ BOI-IS-GPE-10-40, 07/06/2017, n°90

généralement pas source de difficulté en pratique dès lors que lesdites filiales sont nécessairement détenues à hauteur d'au moins 95 % par la société mère. L'option, qui constitue une décision de gestion opposable à la société tête de groupe et aux filiales intégrées mais également à l'administration fiscale⁵⁵⁸, produit alors ses effets pendant cinq exercices et est tacitement reconduit par la suite en l'absence notamment de sortie du périmètre d'intégration des sociétés concernées.

351. Principales conditions. L'évolution du régime de l'intégration fiscale montre une tendance plutôt favorable aux groupes de sociétés⁵⁵⁹. Parmi les principales conditions à respecter pour former un groupe intégré, la société mère intégrante doit tout d'abord être soumise à l'IS, de plein droit ou sur option. Elle doit détenir au moins 95 % des titres de ses filiales qu'elle souhaite intégrer, étant précisé que cette notion de détention à 95 % doit être comprise comme la détention de la pleine propriété de 95 % des droits à dividendes des filiales

⁵⁵⁸ BOI-IS-GPE-10-40, 07/06/2017, n°60

⁵⁵⁹ Dans son ouvrage consacré à la matière, M. MORGENSTERN décrit plusieurs tendances dans l'évolution du régime de l'intégration fiscale (MORGENSTERN P., en coll. avec BACROT B., LECLERCQ L. et PILLOT J., *L'intégration fiscale*, Ed. Revue Fiduciaire, Coll. Pratiques d'Experts, 02/07/2020, n°15 et suiv). La première période, de l'adoption du dispositif en 1988 à 1992, est marquée selon l'auteur par un assouplissement progressif des règles concernant notamment les modifications du périmètre du groupe intégré : la sortie d'une société du périmètre du groupe intégré devient libre mais entraîne la remise en cause de certaines neutralisations. En parallèle, le législateur est intervenu pour réglementer certaines opérations considérées comme abusives.

Une deuxième tendance d'adaptation du régime peut être observée selon M. MORGENSTERN à partir de l'année 1992 qui marque une rupture avec la période précédente. Une importante réforme a ainsi eu lieu en 1992 aboutissant à l'abandon des règles relatives au délai de conservation des sociétés pendant cinq années dans le groupe intégré. Depuis cette réforme, les sorties des filiales déficitaires peuvent ainsi s'opérer au cours des cinq premiers exercices sans remise en cause des déficits utilisés par le groupe.

De nombreuses autres réformes ont eu lieu dans un souci d'adaptation et d'amélioration du régime en faveur des groupes de sociétés bien que le pouvoir de contrôle de l'administration fiscale se soit considérablement élargi. M. MORGENSTERN cite notamment des réformes intervenues en 1994, 1996 et 1997 instaurant des règles plus adaptées en cas de restructuration de sociétés (situation d'un groupe intégré à un autre intégré suite à l'absorption de la société mère ou le rachat à hauteur d'au moins 95 % de ses titres), une réforme de 1995 autorisant la neutralisation des dividendes intragroupe bénéficiant du régime « mère-fille », des réformes depuis 1999 conduisant à l'assouplissement de certains formalismes (formalité de renouvellement de l'option, allongement de certains pour produire les options de mise à jour etc.), d'autres réformes facilitant les fusions internes au sein des groupes intégrés etc.

Depuis 2008, le régime de l'intégration fiscale subi des évolutions liées à sa mise en conformité avec les principes du droit de l'Union, en particulier le principe de la liberté d'établissement. Dans ce contexte, M. MORGENSTERN précise notamment les modifications opérées notamment en 2014 s'agissant des modalités de détermination du périmètre du groupe (Création de la catégorie des « sociétés intermédiaires » composées de sociétés étrangères européennes et prise en compte pour la détermination du seuil de 95 % ; possibilité de constituer des intégrations fiscales « horizontales » (sociétés sœurs détenues par une société mère étrangère européenne), ou encore en 2016 s'agissant du calcul du résultat d'ensemble (Suppression de la neutralisation de la quote-part de frais et charges sur les distributions intragroupe). Ainsi que le relève l'auteur, le législateur français semble depuis 2019 vouloir prévenir de futurs éventuels contentieux en apportant toutes les modifications ou tous les ajustements nécessaires à la mise en conformité du régime de l'intégration fiscale avec les principes et règles du droit de l'Union, et ce, sans attendre l'intervention jurisprudentielle ponctuelle de la CJUE sur un point spécifique.

ainsi que 95 % des droits de vote au sein des assemblées desdites filiales⁵⁶⁰. Ce faisant, en posant des critères de détention plus strictes et plus difficile à respecter, le législateur s'éloigne ainsi de la conception du groupe de sociétés envisagée à travers la notion de contrôle prévue notamment par l'article L233-3 du Code de commerce et auquel il est souvent fait renvoi. À noter par ailleurs que la société mère doit être considéré comme la « tête de groupe⁵⁶¹ » et ne doit pas être elle-même détenue à hauteur de 95 % au moins par une autre société soumise à l'impôt sur les sociétés⁵⁶². Il importe toutefois de souligner que le législateur offre une large liberté à la société mère pour déterminer le périmètre du groupe intégré. La société mère tête de groupe peut ainsi renoncer à inclure dans le périmètre d'intégration une société dont elle détiendrait l'intégralité des titres, ou encore intégrer ultérieurement de nouvelles filiales détenues à plus de 95 %⁵⁶³. Par ailleurs, il est tout à fait possible de constituer plusieurs groupes intégrés à l'intérieur d'un même groupe dès lors que le capital de chaque société mère n'est pas détenu, directement ou indirectement, à hauteur de 95 % au moins, par une autre société soumise à l'impôt sur les sociétés⁵⁶⁴. Si les conditions sont respectées, chaque société du groupe continue d'établir et de déclarer son résultat fiscal, mais ne procède pas au paiement de l'IS. De son côté, la société mère doit déterminer le résultat d'ensemble en faisant la somme algébrique des résultats réalisés par chaque société du groupe intégré et en procédant à certaines rectifications dans un objectif de neutralisation de certains flux intragroupe. C'est elle – et elle seule – qui devient redevable de l'IS dû sur l'ensemble des résultats du groupe.

⁵⁶⁰ CGI, ann. III, art. 46 quater-0 ZD

⁵⁶¹ Une filiale intégrée ne pouvant par principe être considérée comme « tête de groupe » et se constituer seule redevable de l'impôt en lieu et place de la sa société mère.

⁵⁶² La loi précise toutefois que la société mère tête de groupe peut être détenue à hauteur de 95 % par une société non soumise à l'impôt sur les sociétés (société soumise à l'impôt sur le revenu) ou exonérée d'impôt sur les sociétés, ou encore par une société étrangère. En outre, il est admis qu'une société mère puisse se constituer tête de groupe si elle est elle-même intégralement détenue par plusieurs sociétés françaises soumises à l'impôt sur les sociétés à condition toutefois qu'aucune de ces sociétés ne détiennent 95 % de son capital.

⁵⁶³ A noter cependant que la date de clôture des exercices sociaux de la société mère et des filiales intégrées doivent nécessairement être identiques. Par ailleurs, les filiales dont il est envisagé d'intégrer doivent nécessairement être de nationalité française et soumises à l'impôt sur les sociétés, de plein droit ou sur option, et ce peu important la nature de l'activité exercée par ces dernières (Activité commerciale, industrielle, artisanale voire activité de « holding » pure ou animatrice, ou encore activité relevant fiscalement de la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux - BIC, des bénéficiaires non commerciaux -BNC, ou des bénéficiaires agricoles -BA.

⁵⁶⁴ SERLOOTEN P., *Groupe de sociétés : régime fiscal*, Répertoire des Sociétés, Dalloz, 2011, n°19

352. Solidarité. Le régime de l'intégration fiscale conduit toutefois les filiales intégrées à devenir solidaires s'agissant du paiement des impôts dus par la société mère sur le résultat d'ensemble du groupe. Cette solidarité de chacune des sociétés du groupe pour le paiement des impositions dues par la société mère est toutefois limitée au montant des sommes qui seraient dues par chacune des sociétés si elle n'était pas membre du groupe fiscal intégré⁵⁶⁵. Autrement dit, les filiales intégrées sont tenues à une sorte de garantie de paiement limitée aux impositions qui leur auraient incombé si elles n'appartenaient pas au groupe fiscal intégré.

353. En revanche, le fait pour une société d'appartenir à un groupe fiscal intégré est par principe sans incidence sur son autonomie juridique. Le régime de l'intégration fiscale n'instaure aucunement une personnalité juridique propre au groupe intégré ni un intérêt propre à ce dernier. Chaque société conserve son indépendance juridique et doit par principe poursuivre son intérêt social, et ce durant toute la durée d'appartenance au groupe fiscal intégré. Il convient par conséquent de porter une attention particulière sur le risque de caractérisation d'abus de biens sociaux en matière pénal. À ce titre, les conditions posées par la jurisprudence de la « *Rozenblum*⁵⁶⁶ », qui, rappelons-le, consacre la notion d'intérêt de groupe – et permet ainsi d'éviter la qualification d'abus de biens sociaux dans le cadre d'opérations intragroupe, ne sont pas nécessairement respectées du seul fait de la participation des filiales à un groupe fiscal intégré. Un tel risque semble ainsi susceptible d'être caractérisé notamment si les modalités de l'intégration fiscale conduit à une dévalorisation du patrimoine des sociétés intégrées. Afin d'éviter ce risque, il est nécessaire d'établir une convention prévoyant des modalités équilibrées et les conséquences financières d'une éventuelle sortie d'une filiale intégrée.

354. En somme, malgré certains points de durcissement du législateur pour éviter certains abus, le régime de l'intégration fiscale s'est historiquement et plus largement inscrit dans un sens favorable au groupe de sociétés. Son intérêt est aujourd'hui réduit mais toujours d'actualité.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, n°18

⁵⁶⁶ Voir *supra*, n°163 et suiv.

b. Un intérêt réduit mais toujours d'actualité

355. Le régime de l'intégration fiscale présente deux intérêts majeurs pour les groupes de sociétés : d'une part, la compensation des résultats réalisés par les différentes structures membres de l'intégration, et, d'autre part, la neutralisation de certains flux intragroupe. Si le premier intérêt est toujours d'actualité le second est considérablement amoindri.

356. Un intérêt moindre en matière de neutralisation des flux intragroupe. Le régime de l'intégration fiscal a récemment perdu de son attractivité en matière de neutralisation des flux intragroupe s'agissant de deux aspects en particulier. La loi de finances pour 2019⁵⁶⁷ a en effet supprimé la neutralisation de la quote-part de frais et charges (QPFC) en cas de cession de titres de participation, d'une part, et supprimé également la neutralisation des subventions et abandons de créances, d'autre part.

357. Abandon de la neutralisation de la QPFC sur les plus-values de cessions de titres de participation intragroupe. L'article 32 de la loi de finances pour 2019 a supprimé l'ancien dispositif de neutralisation de la QPFC en cas de réalisation de plus-values de cessions de titres de participation intragroupe. Ainsi, l'article 223 F modifié du CGI prévoit désormais que s'agissant des exercices ouverts depuis le 1^{er} janvier 2019, la QPFC n'est plus neutralisée pour la détermination du résultat d'ensemble. Par conséquent, de la même manière que dans le cadre des cessions réalisées au profit de sociétés extérieures au groupe intégré, les plus-values nettes à long terme des cessions de titres de participation au sein d'un groupe intégré entraînent désormais l'imposition d'une QPFC de 12 %⁵⁶⁸, ce qui réduit considérablement la portée du régime en matière de neutralisation des flux intragroupe. À noter toutefois que les résultats de cessions d'immobilisations (autres que les titres de participation) restent neutralisés pour la détermination du résultat d'ensemble.

358. Abandon de la neutralisation des abandons de créances et subventions intragroupe. Il en est de même pour les abandons de créances et subventions consentis entre sociétés d'un groupe intégré qui ne sont donc plus neutralisés pour la détermination du résultat d'ensemble depuis les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2019. Ainsi, les aides intragroupe – autres

⁵⁶⁷ Article 32 de la Loi n°2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019

⁵⁶⁸ A noter que des règles particulières sont prévues pour régler le sort des QPFC neutralisées s'agissant des cessions réalisées au cours d'exercices antérieures au 1^{er} janvier 2019

que les aides de nature commerciale ou celles consenties à une filiale en procédure judiciaire visées au point 13 de l'article 39 du CGI⁵⁶⁹ – sont désormais traitées comme étant en dehors du système de l'intégration fiscale et se traduisent donc par une impossibilité de déduction au niveau de la société versante et une imposition chez la société bénéficiaire. Le régime de l'intégration fiscale perd ainsi de son attractivité sur ce point réduisant de fait les marges de manœuvre des praticiens. En revanche, il convient de préciser à cet égard que le cinquième alinéa de l'article 223 B du CGI autorise la facturation au sein d'un groupe intégré des livraisons de bien (autres que les immobilisations) et des prestations de services « pour un prix inférieur à leur valeur réelle mais au moins égal à leur prix de revient⁵⁷⁰ » sans qu'une subvention indirecte imposable ne puisse être caractérisée par l'administration. La doctrine administrative est assez explicite sur ce point : « les sociétés membres d'un même groupe qui réalisent entre elles des cessions de biens (autres que des immobilisations) ou des prestations de services ont la possibilité d'en fixer le prix entre le prix de revient de ce bien ou de ces services et leur valeur réelle déterminée par référence au prix qui aurait résulté d'un marché entre sociétés non apparentées, sans que l'avantage ainsi consenti soit examiné comme un acte anormal de gestion⁵⁷¹ ».

359. Un intérêt indéniable en matière de compensation des profits et des pertes. L'intérêt majeur du régime de l'intégration fiscale réside dans la compensation des résultats fiscaux des sociétés appartenant au groupe intégré : les déficits des sociétés dudit groupe peuvent se compenser avec les bénéfices réalisés par d'autres sociétés du groupe intégré, ce qui peut être source d'économies d'impôt au niveau de l'ensemble du groupe. L'option pour le régime de l'intégration fiscale est ainsi généralement pertinente pour les groupes dont les membres réalisent des résultats contrastés. Plus particulièrement, l'option pour l'intégration fiscale peut s'avérer judicieuse en cas de projet d'investissement nécessitant une phase d'amorçage et susceptible à ce titre d'engendrer d'importantes pertes durant une certaine période. Dans cette hypothèse, les pertes réalisées par la filiale porteuse de l'investissement pourront se compenser avec les résultats bénéficiaires des autres sociétés du groupe intégré. Par ailleurs, dans un contexte de durcissement des conditions de transfert des déficits en cas d'opérations

⁵⁶⁹ Voir *infra* n°387 et note de bas de page n°617

⁵⁷⁰ CGI, art. 223 B, al.5

⁵⁷¹ BOI-IS-GPE-20-20-40, 15/04/2020, n°270 al. 2

de restructurations intragroupe⁵⁷², la mise en place préalable d'une intégration fiscale au sein du groupe peut constituer une alternative au transfert des déficits dès lors que lesdits déficits sont reportés au niveau du groupe et qu'ils ne sont pas impactés par les restructurations entre sociétés intégrées.

360. Intégration fiscale et optimisation des opérations de LBO. L'option pour l'intégration fiscale peut être intéressante en pratique dans le cadre d'une transmission d'entreprise et plus particulièrement dans le contexte des opérations de reprise *via* la technique du LBO (*Leveraged Buy Out*). Cette opération consiste à constituer une société holding dite « de reprise » qui va s'endetter pour acquérir les titres d'une société d'exploitation (« société cible »). Elle permet de bénéficier d'un double effet de levier : d'abord financier puisque la dette souscrite par la société holding de reprise sera financée par les distributions de dividendes de la société d'exploitation au profit de ladite société holding⁵⁷³, ensuite fiscal puisque lesdites « remontées » de dividendes pourront bénéficier du régime de quasi-exonération « mère-fille ». Ainsi, même sans option pour le régime de l'intégration fiscale, seule une quote-part de frais et charges (QPFC) de 5 % du montant des dividendes seront imposables au taux de l'IS. La formation d'un groupe intégré entre le holding de rachat et la société cible⁵⁷⁴ rend le montage encore plus intéressant dans la mesure où le taux de la QPFC de 5 % est réduit à 1 % avec le système de l'intégration fiscale. Pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2022, l'imposition des « remontées » de dividendes se situe donc seulement à 0,25 % en cas d'option pour l'intégration fiscale contre 1,25 % sans option, ce qui reste très favorable.

2. Le nouveau régime de groupe en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

361. L'article 162 de la loi de finances pour 2021⁵⁷⁵ a instauré en droit français un régime de « groupe TVA », dit aussi régime de « l'assujetti unique ». Ce dispositif, issu d'une directive européenne⁵⁷⁶ et codifié à l'article 256 C du CGI en droit interne français, permet la constitution d'un assujetti unique à la TVA sous réserve de respecter certaines conditions

⁵⁷² Sur ce point, voir *supra* n° 253 et suiv.

⁵⁷³ Outre la possibilité pour le holding de reprise de déduire fiscalement les intérêts d'emprunt sous réserve toutefois des règles (renforcées) de limitation de déduction des charges financières (CGI, art. 223 B bis).

⁵⁷⁴ Ce qui suppose notamment donc l'acquisition d'au moins 95 % des titres de la société cible

⁵⁷⁵ Loi n°2020-1721 du 29 décembre 2020, art. 162

⁵⁷⁶ Directive 2006/112/CE du Conseil en date du 28 novembre 2006 relative au système commun de la taxe sur la valeur ajoutée, dite « Directive TVA »

spécifiques (a). A l'instar du régime de l'intégration fiscale prévue en matière d'IS, le régime optionnel du « groupe TVA », applicable depuis le 1^{er} janvier 2023, constitue un pas supplémentaire dans la neutralisation des flux intragroupe et participe de ce fait, une fois de plus, à l'appréhension unitaire du groupe de sociétés sur le plan fiscal (b).

a. Des conditions spécifiques nécessitant des liens financiers, économiques et organisationnels entre les membres du groupe

362. Un régime issu du droit de l'Union européenne. Le point I du nouvel article 256 C du CGI dispose que « les personnes assujetties qui ont en France le siège de leur activité économique ou un établissement stable ou, à défaut, leur domicile ou leur résidence habituelle, à l'exception des établissements stables de ces assujettis qui ne sont pas situés en France, et qui sont étroitement liées entre elles sur les plans financier, économique et de l'organisation peuvent demander (...) à constituer un seul assujetti ». Ce texte est une transposition de l'article 11 de la « Directive TVA » du 28 novembre 2006⁵⁷⁷ qui prévoit que « chaque État membre peut considérer comme un seul assujetti les personnes établies sur le territoire de ce même État membre qui sont indépendantes du point de vue juridique mais qui sont étroitement liées entre elles sur les plans financier, économique et de l'organisation ». Plusieurs États membres, dont l'Allemagne, la Belgique ou encore le Danemark, ont ainsi introduit dans leur droit interne respectif un dispositif de « groupe TVA » permettant de neutraliser leurs flux intragroupe au regard de la TVA.

363. Membres éligibles. En droit interne français, plusieurs conditions sont nécessaires à la constitution d'un groupe TVA, notamment s'agissant des membres éligibles au dispositif. Seuls sont éligibles les sociétés membres d'un groupe qui ont en France le siège de leur activité économique ou un établissement stable, y compris les établissements stables situés en France de sociétés étrangères, mais à l'exclusion de ceux situés à l'étranger des sociétés françaises. Ainsi, de la même manière qu'en matière d'impôt sur les sociétés (IS) qui consacre un principe de territorialité en droit fiscal interne français⁵⁷⁸, les dispositions relatives au « groupe TVA » appréhendent le groupe de sociétés de manière spécifique dès lors que la succursale est considérée au plan fiscal comme une entité à part entière bien qu'elle n'ait pas la personnalité

⁵⁷⁷ *Ibid.*

⁵⁷⁸ CGI, art. 209-I

morale sur le plan juridique. Cette dernière dispose en effet d'une personnalité fiscale⁵⁷⁹ qui justifierait l'exclusion des établissements stables situés hors de France alors qu'ils ne sont par principe, sur le plan juridique, que l'émanation d'une société disposant, elle, d'une personnalité juridique.

364. Des critères spécifiques allant au-delà de ceux prévus dans le cadre de la notion de « contrôle » (article L233-3 du Code de commerce). Parmi les critères à respecter, l'article 256 C du CGI prévoit que peuvent constituer un groupe TVA « les personnes assujetties (...) qui sont étroitement liées entre elles sur les plans financier, économique et de l'organisation » et définit successivement ces trois critères cumulatifs qui doivent lier les membres du groupe TVA de manière continue pendant toute la durée d'existence du groupe TVA. Si le critère des liens sur le plan financier rejoint la conception du contrôle prévue notamment par l'article L233-3 du Code de commerce⁵⁸⁰, le dispositif de l'assujetti unique va plus loin et exige des liens économiques et organisationnels entre les membres du groupe TVA. L'article 256 C considère ainsi « comme liés entre eux sur le plan économique les assujettis exerçant : a) soit une activité principale de même nature ; b) soit des activités interdépendantes, complémentaires ou poursuivant un objectif commun ; c) soit une activité réalisée en totalité ou en partie au bénéfice des autres membres » et « comme liés entre eux sur le plan de l'organisation les assujettis : a) qui sont en droit ou en fait, directement ou indirectement, sous une direction commune, ou, b) qui organisent leurs activités totalement ou partiellement en concertation ». Le groupe TVA est ainsi conçu de manière plus large que le groupe en droit des sociétés, les articles L233-3 et L233-16 du Code de commerce⁵⁸¹ se focalisant davantage sur la détention de droits de vote dans les assemblées générales au détriment des aspects économiques et organisationnels.

b. Un pas supplémentaire dans l'appréhension unitaire du groupe par le droit fiscal

365. Un dispositif supplémentaire en faveur des groupes de sociétés. En droit fiscal français et de manière générale, le régime du groupe TVA apparaît comme un dispositif introduit en faveur des groupes de sociétés permettant d'accentuer la neutralité de la TVA

⁵⁷⁹ Voir à ce titre *infra*, n°375 et suiv.

⁵⁸⁰ Article auquel il est souvent renvoyé pour conditionner l'applicabilité du dispositif en question

⁵⁸¹ L'article L233-16 du Code de commerce se singularise toutefois par la notion d'« influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires » permettant d'envisager plus largement des situations de contrôle.

dans le cadre des décisions des organes dirigeants relatives à l'organisation de ces derniers. Le droit fiscal propose en ce sens à nouveau un dispositif favorisant le fonctionnement des groupes par une appréhension unitaire de ces derniers. Ce nouveau régime optionnel, applicable depuis le 1^{er} janvier 2023, va en effet plus loin que le système en vigueur depuis 2012 de consolidation du paiement de la TVA⁵⁸² applicable uniquement aux groupes de sociétés relevant de la Direction des grandes entreprises (DGE) et excluant de ce fait la majorité des groupes du bénéfice de ce dispositif⁵⁸³. Le régime optionnel du « groupe TVA » instaure au contraire un dispositif général susceptible de s'appliquer à tous les groupes de sociétés indépendamment de leur importance économique et devrait avoir un effet positif sur la gestion de la trésorerie au sein des groupes dès lors que les flux intragroupe seraient considérés comme des opérations internes non soumises à la TVA. Le dispositif apparaît en ce sens attractif sur le plan interne et compétitif pour les groupes français confrontés de manière croissante à la concurrence internationale⁵⁸⁴.

366. Plus particulièrement, le dispositif du groupe TVA apparaît également comme une alternative au régime prévue par l'article 261 B du CGI prévoyant l'exonération des prestations de services rendues à ses membres par les groupements de moyens. En effet, compte tenu des nombreuses réserves formulées par la CJUE⁵⁸⁵ en la matière – cette dernière considérant que l'exonération ne concerne que les groupements dont les membres exercent une activité d'intérêt général – le régime d'exonération de l'article 261 B exclut notamment en pratique les sociétés du secteur de la banque et de l'assurance qui réalisent des opérations exonérées de la TVA et ne peuvent ainsi récupérer intégralement la TVA supportée sur leurs dépenses, ce qui représente un coût supplémentaire de 20 % (taux normal de la TVA) sur les opérations concernées. La constitution d'un groupe TVA devrait ainsi permettre de neutraliser les flux intragroupe n'ouvrant pas droit – ou faiblement – à déduction de la TVA.

⁵⁸² Loi n°2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificatives pour 2010

⁵⁸³ CGI, art. 1693 ter ; CGI, art. 1693 ter A

⁵⁸⁴ Voir *supra* n°24 et suiv. et n°227

⁵⁸⁵ CJUE, 4 mai 2017, aff. C-274-15 Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg ; CJUE, 21 septembre 2017, aff. C-326-15 DNB Banka ; CJUE, 21 septembre 2017, aff. C-605-15 Aviva ; CJUE, 21 septembre 2017, aff. C-616-15 Commission c/ Allemagne

367. Des flux internes en dehors du « système de la TVA ». En pratique, la mise en place d'un groupe TVA conduit en quelque sorte à « effacer » la qualité d'assujetti des sociétés et établissements stables membres dudit groupe TVA qui devient seul assujetti – assujetti unique – et dispose à ce titre d'un numéro individuel d'identification à la TVA. Les membres du groupe TVA n'ont donc plus la qualité d'assujetti au regard de l'article 256 A du CGI. Par conséquent et comme le précise la doctrine administrative, « les livraisons de biens et les prestations de services intervenant entre les membres de l'assujetti unique constituent des opérations internes à un même assujetti, étrangères au système de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)⁵⁸⁶ », à savoir que « ces flux restent sans incidence sur les droits à déduction de l'assujetti unique⁵⁸⁷ » ce qui fait de ce régime un dispositif attractif pour les groupes d'un point de vue pratique et interroge, avec le régime de l'intégration fiscale, sur le fondement de l'imposition unitaire du groupe d'un point de vue théorique.

⁵⁸⁶ BOI-TVA-AU-30, 25/10/2022, n°1

⁵⁸⁷ *Ibid.*, n°30

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE II

368. Le contexte de ces dernières années conduisant à renforcer les modalités de contrôle des flux intragroupe – dont la légitimité ne peut être contestée à notre sens face aux situations abusives découlant de certaines pratiques des groupes internationaux – ne remet pas en cause la volonté initiale du législateur de faciliter la circulation des flux au sein du groupe⁵⁸⁸, dont les sociétés membres restent toutefois, par principe, autonomes et indépendants. Les liens unissant les sociétés membres d'un même groupe rendent légitime l'existence de dispositifs spécifiques autorisant une gestion unifiée du groupe et atténuant en conséquence la théorie de l'autonomie juridique des personnalités morales composant le groupe. Les juges semblent par ailleurs aujourd'hui plus enclins à prendre en compte cette réalité persistante qu'est le groupe de sociétés pour légitimer certaines opérations qui seraient pourtant sanctionnées en l'absence d'appartenance à un groupe.

369. Ainsi, contrairement aux idées reçues, le droit français propose des dispositifs très attractifs en faveur des groupes de sociétés, aussi bien en matière juridique (à travers notamment l'admission expresse de la centralisation de la trésorerie intragroupe et le régime très singulier des actions de préférence de groupe) mais surtout en matière fiscale où l'approche unitaire et économique du groupe est largement mise en avant. En effet, les régimes fiscaux de quasi-exonération des distributions de dividendes ou des plus-values de cession de titres de participation apparaissent plus souples et, de manière plus générale, plus attractifs en droit français qu'en droit turc. Par ailleurs, d'autres dispositifs favorables à la gestion opérationnelle des groupes, en particulier celui de l'intégration fiscale, ne sont pas reconnus en droit turc bien qu'un système similaire à l'intégration fiscale fasse l'objet de débats doctrinaux sur son applicabilité en droit turc⁵⁸⁹. Ces dispositifs, instaurés par le législateur français et modifiés à plusieurs reprises sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, peuvent ainsi constituer une source alternative d'inspiration pour le droit turc

⁵⁸⁸ Dans un contexte national : le groupe est abordé dans le cadre de notre étude uniquement dans un cadre national [exclusion de l'étude des groupes « internationaux » ou des « entreprises multinationales » (EMN)]

⁵⁸⁹ Voir en ce sens les travaux de : BUZ F., *Grup Şirketler ve Grup Vergilendirme Rejimi*, Adalet, 2022 ; GEDİK G., *Grup Şirketlerinin Vergilendirilmesi Sistemleri ve Konsolidasyon (Amerika ve Hollanda Mevzuatları Bakımından Değerlendirmeler ve Türkiye için öneriler)*, On iki Levha, 2019 ; SİLAHŞÖR M., *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Şirketler Topluluğunun Vergilendirilmesi*, Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.

dans sa recherche de « performance » juridique et fiscale, ce dernier préférant généralement s'orienter – en raison de liens historiques et culturels mais également dans un souci de cohérence – en direction des dispositifs en vigueur en droit allemand.

370. L'approche unitaire mise en avant par le droit fiscal français, qui va jusqu'à proposer une imposition unitaire du groupe de sociétés, invite à rechercher un fondement à cette imposition unitaire dans un contexte national⁵⁹⁰. Ce fondement devrait servir à justifier en droit les dispositifs existants mais également à légitimer de potentiels nouveaux régimes appréhendant le groupe de manière globale comme une seule et même entité.

⁵⁹⁰ Rappelons que le groupe est abordé dans le cadre de notre étude uniquement dans un cadre national [exclusion de l'étude des groupes « internationaux » ou des « entreprises multinationales » (EMN)]

Chapitre II. A la recherche d'un fondement à l'imposition unitaire du groupe de sociétés

371. La recherche d'un fondement à l'imposition unitaire du groupe de sociétés nous semble nécessaire pour une construction cohérente du droit en matière de fiscalité des groupes. Plusieurs fondements apparaissent possibles à ce titre et méritent d'être envisagés : certains d'entre eux seront rejetés (**Section 1**), un autre peut être retenu (**Section 2**).

Section 1. Les fondements rejetés

372. Deux potentiels fondements doivent être rejetés : la personnalité fiscale (§1) et le patrimoine « de groupe » (§2).

§1. La personnalité fiscale

373. Avant d'envisager la question de savoir si le groupe serait titulaire *a minima* d'une personnalité fiscale – à défaut de personnalité juridique – qui permettrait de fonder une imposition unitaire du groupe de sociétés (B), il convient au préalable de voir ce que l'on entend par la notion de « personnalité fiscale », cette dernière faisant l'objet d'une appréhension variable au sein de la doctrine (A).

A. La personnalité fiscale, une notion non consensuelle

374. La notion de personnalité fiscale ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine. Si cette notion renvoie davantage à la question de la transparence fiscale (1), elle peut être abordée sous un autre angle comme étant l'émanation de la personnalité juridique (2).

1. Personnalité fiscale et transparence fiscale

375. La notion de personnalité fiscale apparaît traditionnellement en parallèle avec les notions relatives à la « transparence » ou la « semi-transparence » fiscale. A la différence des sociétés dites « opaques » soumises à l'impôt sur les sociétés et considérées à ce titre comme des contribuables à part entière⁵⁹¹, les sociétés sont dites « transparentes » lorsque les revenus dégagés par ces dernières sont directement imposés entre les mains des associés au

⁵⁹¹ L'article 206 du CGI prévoit notamment que « sont passibles de l'impôt sur les sociétés, quel que soit leur objet, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée n'ayant pas opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes ».

prorata de leurs droits dans la société, soit à l'impôt sur le revenu (cas des associés personnes physiques), soit à l'impôt sur les sociétés lorsque l'associé en question (nécessairement une personne morale) relève de cet impôt.

376. Transparence pure. La transparence fiscale pure (et non la semi-transparence) vise en réalité les sociétés immobilières de copropriété pour lesquelles le CGI prévoit un article spécifique 1655 *ter* stipulant que lesdites sociétés sont réputées « ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application des impôts directs, des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière ». Si la personnalité morale de ces sociétés ne fait pas débat dès lors qu'elles sont bien immatriculées, elles ne devraient pas, à notre avis et compte tenu de ce qui précède, disposer d'une personnalité fiscale dans la mesure où tout se passe comme si la société n'existait pas sur le plan fiscal. Le droit fiscal ignore dans ce cas la personnalité juridique de la société et se focalise sur ses associés. Au contraire, une succursale qui, par définition, ne dispose pas de la personnalité juridique, doit au contraire et notamment pour l'application des conventions fiscales internationales, disposer de la personnalité fiscale. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a eu l'occasion de reconnaître l'existence d'intérêts entre une succursale et son siège dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 57 du CGI relatif aux prix de transfert⁵⁹², et ce dans la mesure où chaque « entité » (siège d'une part, et succursale d'autre part) dispose de sa propre personnalité fiscale malgré l'unicité de leur personnalité morale au plan juridique⁵⁹³.

377. Semi-transparence fiscale. Si les sociétés immobilières de copropriété sont soumises au régime de la « transparence fiscale », la plupart des sociétés à risque illimité sont en réalité soumises au régime de la « semi-transparence fiscale ». Sont concernées principalement les sociétés de personnes visées à l'article 8 et suivants du CGI⁵⁹⁴ dont le traitement fiscal a été

⁵⁹² CE, 9^{ème} et 10^{ème} ss-sect., 9 nov. 2015, n° 370974, *Sté Sodirep textiles SA-NV* : JurisData n° 2015-026400 ; Dr. fisc. 2016, n° 24, comm. 377, concl. NICOLAZO DE BARMON M.-A., note SILBERZTEIN C., GRANEL B., CALLOUD A. et VALETEAU M. ; RJF 2/2016, n° 121

⁵⁹³ A noter néanmoins qu'une décision du Conseil d'Etat en date du 10 juillet 2019 (CE, 3^{ème} et 8^{ème} ch., 10 juill. 2019, n° 418108, *SA BNP Paribas I* : JurisData n° 2019-012342), privilégiant l'unicité de la personnalité morale au plan juridique, considère que seul le siège (et non la succursale) peut être considéré comme étant le débiteur des intérêts.

⁵⁹⁴ Il s'agit pour l'essentiel des sociétés à risque illimité suivantes : sociétés civiles, sociétés civiles professionnelles, sociétés civiles de moyens, sociétés civiles immobilières, société en nom collectif et société en commandite simple (pour la part des bénéficiaires qui revient aux commandités), sociétés en participation et sociétés créées de fait (à noter que ces deux dernières sociétés ne disposent pas de la personnalité juridique).

qualifié de « sac d'embrouilles⁵⁹⁵ » par le Professeur COZIAN, à l'exclusion des sociétés de capitaux à risque limité qui font écran avec les associés⁵⁹⁶. À noter à ce titre que le Conseil d'Etat a reconnu, pour l'application des conventions fiscales internationales, la personnalité fiscale aux sociétés de personnes⁵⁹⁷. La particularité de la semi-transparence tient au fait qu'elle présente aussi bien des éléments de l'opacité que de la transparence fiscale. Ainsi, de la même manière que les sociétés opaques, le résultat des sociétés semi-transparentes est calculé au niveau de ces dernières. L'imposition effective du bénéfice réalisé par la société s'effectue toutefois, comme dans les sociétés purement transparentes, au niveau de chaque associé à proportion des droits qu'ils détiennent dans les bénéfices sociaux⁵⁹⁸. En ce sens, existerait une personnalité fiscale des sociétés semi-transparentes qui ici atténuerait leur personnalité juridique. La personnalité morale serait finalement essentiellement prise en compte pour le calcul du résultat réalisé. Néanmoins, la société semi-transparente n'est ici pas envisagée comme un contribuable, notion qui, pour un auteur, doit être mise en avant pour déterminer la personnalité fiscale d'une quelconque entité.

⁵⁹⁵ COZIAN M., DEBOISSY F., CHADEFaux M., *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, coll. Précis Fiscal, 46^{ème} éd., 2022, n°1012, p.375

⁵⁹⁶ La « transparence » s'oppose ainsi à « l'écran » sociétaire. Dans ce dernier cas, la personne morale créée, sauf exception (cf. fictivité de la personne morale), un écran entre le patrimoine de la société et ses associés. Au contraire, dans le cadre de la théorie de la transparence, aucun écran (ou aucune barrière) n'existe entre les associés de la société transparente et les créanciers de cette dernière.

⁵⁹⁷ CE 11 juillet 2011, n°317024, *Sté Quality Invest* : Dr. Fisc. 2011, n°36, comm. 496, concl. OLLEON L., note DEROUIN Ph. La décision est importante dans la mesure où elle considère que les sociétés de personnes (de droit français) doivent être considérées comme résidentes de France au sens des conventions fiscales bilatérales (en l'occurrence franco-norvégienne) en faisant abstraction de la résidence des associés de ladite société de personnes. En l'absence de dispositions particulières, l'Etat de résidence des associés d'une société de personnes importe donc peu pour une imposition en France du bénéfice réalisé par une société de personnes (article 7 de la convention modèle OCDE : « *les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé* »). Le droit d'imposer le bénéfice réalisé reviendrait en ce sens à la France y compris lorsque l'associé de la société de personnes est fiscalement résident de l'autre pays contractant. Les associés non résidents de France de sociétés de personnes ne peuvent en conséquence se prévaloir des dispositions conventionnelles.

⁵⁹⁸ A noter que sur le plan fiscal, l'imposition a lieu ici dès lors qu'un bénéfice est réalisé à la clôture de l'exercice social, y compris si ce bénéfice n'est pas matériellement appréhendé par les associés de la société de personnes transparente ou semi-transparente.

2. *Personnalité fiscale, émanation de la personnalité juridique*

378. Une approche différente. Le Professeur DE BISSY adopte une approche de la personnalité fiscale bien différente de celle envisagée précédemment et renvoyant à la notion de transparence fiscale⁵⁹⁹. Selon ce dernier, la personnalité fiscale doit être analysée comme étant « l'émanation fiscale de la personnalité juridique⁶⁰⁰ », cette dernière étant elle-même étroitement liée à la notion de patrimoine selon une conception classique développée par AUBRY et RAU⁶⁰¹. En ce sens, dès lors que la personnalité juridique est fortement liée à la notion de patrimoine, il y aurait selon le Professeur DE BISSY personnalité fiscale du groupe de sociétés s'il est d'abord démontré l'existence d'un patrimoine commun aux sociétés membres du groupe. En plus de cet aspect fondamental relatif au patrimoine, deux autres critères devraient également, selon l'auteur, être analysés pour déterminer l'existence d'une éventuelle personnalité fiscale du groupe de sociétés.

379. Il conviendrait en ce sens de se poser trois questions pour déterminer l'éventuelle personnalité fiscale du groupe. Ce triple questionnement est formulé par le Professeur DE BISSY de la manière suivante : « en premier lieu, la personnalité est traditionnellement rattachée au patrimoine ; fiscalement, il sera donc exigé un patrimoine commun au groupe dont la variation constituera l'assiette fiscale (dès lors, une première question : existe-t-il un impôt de groupe ?). En second lieu, puisque la personnalité est également définie comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, c'est le groupe qui devra être le débiteur de l'impôt de groupe (dès lors, une deuxième question : le groupe est-il le débiteur de l'impôt ?). Enfin, il ne saurait être question de considérer le groupe comme une simple entité financière ; si l'on veut qu'un groupe puisse être assimilé à une personne, il est nécessaire qu'il possède une "âme", un "*affectio societatis* de groupe" en quelque sorte (dès lors, une troisième question : existe-t-il un intérêt commun entre ses membres, c'est-à-dire un intérêt de groupe ?)⁶⁰² ». Des éléments de réponse à ces trois questions sont apportés par l'auteur

⁵⁹⁹ DE BISSY A., *La personnalité fiscale du groupe en question(s) – Réflexion à propos de l'intégration fiscale et de la TVA consolidée*, in *La Personnalité Juridique*, sous la direction de BIOY X., Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 233 et suiv.

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 235

⁶⁰¹ AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français, Traduit de l'allemand de ZACHARIAE*, t. 6, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 4^{ème} éd., 1873

⁶⁰² DE BISSY A., *La personnalité fiscale du groupe en question(s) – Réflexion à propos de l'intégration fiscale et de la TVA consolidée*, op. cit, p. 235

qui envisage l'existence ou non de la personnalité fiscale du groupe tant au regard du régime de l'intégration fiscale que du régime de la consolidation du paiement de la TVA⁶⁰³.

B. La personnalité fiscale du groupe en question

380. Si la notion de « personnalité fiscale » ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine⁶⁰⁴, nous la renvoyons ici à la question de savoir si le groupe de sociétés peut être considéré comme un contribuable à part entière, autrement dit un sujet de droit fiscal (même sans personnalité juridique) au même titre qu'une personne physique ou morale. Nous reprendrons pour ce faire les critères énoncés par le Professeur DE BISSY bien que le dernier critère relatif à l'*affectio societatis* du groupe nous semble assez discutable. En effet, même dans le cadre d'une société prise isolément, la jurisprudence estime que l'*affectio societatis* n'est pas une cause de dissolution s'il n'empêche pas le fonctionnement de la société⁶⁰⁵. Ce critère de l'*affectio societatis* est par ailleurs surtout pris en compte dans le cadre des sociétés de personnes qui se caractérisent par un fort *intuitu personae*. Si l'intention de s'associer apparaît essentiel dans les sociétés de personnes, elle est beaucoup moins marquée dans les sociétés de capitaux qui constituent souvent, en pratique, l'essentiel des sociétés membres des groupes opérationnels. Compte tenu de ces éléments, le critère de l'*affectio societatis* devrait à notre sens être considéré comme un critère accessoire qui viendrait seulement appuyer les deux premiers critères (patrimoine de groupe, groupe redevable). Le groupe aurait ainsi la personnalité fiscale s'il est possible de caractériser un patrimoine de groupe et s'il est le redevable de l'impôt.

381. Premier critère relatif au patrimoine de groupe (assiette commune). Selon le Professeur DE BISSY, le premier critère serait rempli au regard du régime de l'intégration fiscale. Il existerait en effet une assiette commune au groupe et donc un patrimoine de groupe au regard du régime de l'intégration fiscale⁶⁰⁶. L'auteur justifie sa position par le fait que le résultat du groupe – qui sert d'assiette commune – n'est pas seulement constitué de la somme

⁶⁰³ A ne pas confondre avec le nouveau régime de « groupe TVA » (régime de l'assujetti unique) applicable depuis le 1^{er} janvier 2023.

⁶⁰⁴ BINTY DIOP N. et SALVADOR M.-L., *La transparence des personnes morales en droit fiscal*, in *La Personnalité Juridique*, sous la direction de X. BIOY, Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 265 et suiv.

⁶⁰⁵ Cass. Com. 8 mars 2011, *Sté BNP Paribas*, Bull. Joly sociétés, juin 2011, § 259, note LUCAS F.-X.

⁶⁰⁶ DE BISSY A., *La personnalité fiscale du groupe en question(s) – Réflexion à propos de l'intégration fiscale et de la TVA consolidée*, op. cit, p. 235

des résultats individuels réalisés par les sociétés membres du groupe intégré mais également par des retraitements obligatoires à effectuer en vue de neutraliser certaines opérations intragroupe⁶⁰⁷. Le régime de l'intégration fiscale se démarque en ce sens du celui de la consolidation comptable, cette dernière étant véritablement une « comptabilité de groupe⁶⁰⁸ » dans la mesure où il est fait abstraction des opérations internes pour apporter une image fidèle de la situation financière et patrimoniale du groupe, tandis que le régime de l'intégration fiscale nécessite au contraire des retraitements afin de neutraliser certaines opérations internes.

382. Deuxième critère relatif au redevable de l'impôt. Pour que le groupe soit considéré comme un véritable contribuable et qu'il puisse disposer d'une personnalité fiscale, le Professeur DE BISSY considère qu'il doit en plus être redevable de l'impôt⁶⁰⁹. Or, le groupe appréhendé dans son ensemble n'ayant pas de personnalité juridique, c'est la société mère tête de groupe qui est le redevable légal de l'impôt. Néanmoins et ainsi que le relève l'auteur, dans la mesure où il est question d'une « dette fiscale unique » et que la loi consacre une solidarité entre sociétés membres du groupe intégré dans le paiement de l'IS – et bien que cette solidarité soit limitée pour chaque société au montant des sommes dues par chaque société si elle n'était pas membre du groupe – toutes les sociétés du groupe pourront être amenées à payer l'impôt pour le groupe⁶¹⁰. En effet, « en pratique, l'administration fiscale doit d'abord s'adresser au redevable légal (la société mère) puis à ses filiales (en émettant un nouveau rôle ou un avis de mise en recouvrement). C'est exactement ce qui se passe lorsqu'un créancier d'une société de personnes (société à risque illimité), dont nul ne discute la personnalité morale si elle est immatriculée, agit en recouvrement de sa dette contre ses associés après avoir vainement actionné la société⁶¹¹ ». Ainsi, bien que chacune des sociétés du groupe intégré peuvent être *in fine* impliquée dans le paiement de l'impôt du groupe (en cas de défaut de paiement de la société mère, redevable légal), il apparaît difficile d'admettre que c'est le groupe, envisagé comme un tout, qui est redevable de l'impôt.

⁶⁰⁷ Pour plus de détails concernant la neutralisation des flux intragroupe (et l'abandon de la neutralisation de certains flux intragroupe), voir *supra* n°356 et suiv.

⁶⁰⁸ DE BISSY A., *La personnalité fiscale du groupe en question(s) – Réflexion à propos de l'intégration fiscale et de la TVA consolidée*, op. cit, p. 235

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 238

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 238

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 238

383. Dernier critère relatif à l'existence d'un *affectio societatis* de groupe. Dernier critère à prendre en considération selon le même auteur, la personnalité fiscale du groupe nécessiterait enfin un « *affectio societatis* de groupe⁶¹² » qui contribuerait à l'émergence d'un intérêt commun du groupe en matière fiscale. Tel n'est pas le cas en droit positif malgré certains assouplissements de la jurisprudence fiscale, notamment en matière d'acte anormal de gestion dans le cadre des avances intragroupe⁶¹³, afin de tenir compte de la spécificité économique du groupe de sociétés L'intérêt de groupe n'est pas reconnu au plan fiscal, et ce peu importe l'existence de régime spécifique comme l'intégration fiscale appréhendant le groupe de manière unitaire.

384. Conclusion. En somme, au regard du régime de l'intégration fiscale et des critères retenus par le Professeur DE BISSY, il apparaît difficile d'admettre une quelconque personnalité fiscale du groupe, faute pour ce dernier d'être le redevable légal de l'impôt et de disposer d'un *affectio societatis* de groupe qui ferait à son tour émerger un intérêt de groupe. Finalement, seul le premier critère – le plus important à notre sens – à savoir celui relatif au patrimoine de groupe, est rempli ici dès lors qu'il existe véritablement une assiette commune dans le régime de l'intégration fiscale. A défaut de personnalité fiscale, il existerait donc *a minima*, à travers ce régime, un patrimoine de groupe⁶¹⁴ qui pourrait fonder une imposition unitaire du groupe de sociétés.

§2. Le patrimoine « de groupe »

385. La notion de patrimoine de groupe n'est pas totalement étrangère au droit. Bien qu'exceptionnelle, nous retrouvons des traces de cette notion dans la jurisprudence fiscale ou dans la doctrine juridique (A). Il apparaît toutefois difficile de reconnaître cette notion comme fondement d'une imposition unitaire du groupe de sociétés (B).

⁶¹² « *Affectatio societatis* de groupe » qui renverrait à une intention de « s'associer » dans un cadre de groupe

⁶¹³ Voir *supra*, n°309

⁶¹⁴ Si l'on apprécie ces mêmes critères à l'aune du régime du groupe TVA en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023, le deuxième critère (groupe redevable) serait également rempli. Rappelons que ce nouveau régime, qui va beaucoup plus loin que celui de la consolidation du paiement de la TVA en vigueur depuis 2012, instaure un dispositif général susceptible de s'appliquer à tous les groupes de sociétés indépendamment de leur importance économique, et non seulement aux groupes relevant de la Direction des Grandes Entreprises (DGE). Le régime du groupe TVA permet de considérer les flux intragroupe comme des opérations internes non soumises à la TVA et conduit finalement à « effacer » la qualité d'assujetti des sociétés et établissements stables membres dudit groupe TVA, ce dernier devenant seul assujetti – assujetti unique – et dispose à ce titre d'un numéro individuel d'identification à la TVA. Le groupe est en ce sens le redevable légal de la TVA dans le cadre de ce régime.

A. L'affirmation exceptionnelle de la notion de patrimoine de groupe

386. En matière fiscale, il est possible de citer une décision jurisprudentielle consacrant indirectement, sans le dire expressément, cette notion (1). Au-delà du droit fiscal, la conception de la propriété retenue par un auteur pourrait renvoyer à la notion de patrimoine de groupe en matière de droits de sociétés (2).

1. *En matière fiscale*

387. Affirmation indirecte et exceptionnelle de la notion de « patrimoine de groupe » par la jurisprudence fiscale. Une décision rendue par la Cour administrative d'appel de Paris en date du 1^{er} octobre 1998 mérite une attention particulière dès lors qu'elle proposait « une solution d'équilibre entre la naturelle interdépendance des sociétés groupées et leur indispensable autonomie patrimoniale⁶¹⁵ ». Cette décision, permettant de « faire avancer le droit des groupes⁶¹⁶ », était relative à la déductibilité ou non d'un abandon de créance consenti par une société mère au profit de sa filiale qui se trouvait en difficultés financières⁶¹⁷. En effet, l'administration fiscale avait contesté la déductibilité, au niveau des résultats positifs de la société mère, d'un montant correspondant à un abandon de créance consenti par cette dernière au profit d'une de ses filiales en difficultés financières. Les juges du fond ont estimé au contraire qu'il ne pouvait être caractérisé aucun acte anormal de gestion dans cette situation dès lors que « l'appauvrissement de la mère-créancière née de cette opération est intégralement compensé par une prise de valeur des droits sociaux qu'elle possède sur les actifs de sa filiale⁶¹⁸ ». Les juges du fond ont ainsi retenu une approche globale du groupe sans tenir compte de la séparation et de l'autonomie des patrimoines des sociétés concernées, à

⁶¹⁵ CAA Paris, 2^{ème} ch., 1^{er} oct. 1998, req. 962307, SA Office d'annonces, RTD Com., 1999 p. 894, note CHAMPAUD Cl. et DANET D.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ Les aides consenties par les sociétés sont désormais réglementées par la loi. Ainsi, depuis les exercices clos à partir du 4 juillet 2012, l'article 39, 13 du CGI prévoit que sont désormais « exclues des charges déductibles pour l'établissement de l'impôt les aides de toute nature consenties à une autre entreprise, à l'exception des aides à caractère commercial ». Toutefois le deuxième alinéa de cet article précise que les aides sont systématiquement déductibles, y compris en l'absence de contrepartie pour la société qui consent l'aide, lorsqu'elles sont consenties « en application d'un accord constaté ou homologué dans les conditions prévues à l'article L. 611-8 du code de commerce » (procédure de conciliation) et consenties « aux entreprises pour lesquelles une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte ». Ces dispositions légales ne font aucune exception aux aides consenties entre sociétés membres d'un même groupe. Ainsi, le principe reste la nécessaire obtention d'une contrepartie de la part de la société bénéficiaire de l'aide au profit de la société qui consent l'aide. Cette contrepartie doit nécessairement bénéficier à la société qui consent l'aide : la jurisprudence exclut par principe une contrepartie qui bénéficierait au groupe dans son ensemble.

⁶¹⁸ CAA Paris, 2^{ème} ch., 1^{er} oct. 1998, req. 962307, SA Office d'annonces, op. cit.

savoir de la société mère créancière et de la filiale débitrice, ce qui fait dire aux Professeurs CHAMPAUD et DANET que se « profile ainsi une notion de « *patrimoine du groupe* » qui se superposerait au patrimoine des sociétés groupées, le réalisme économique l'emportant sur l'idéalisme juridique » avant d'« approuver une analyse qui fait prévaloir les réalités entrepreneuriales de notre temps sur une idéologie juridique du XIX^{ème} siècle⁶¹⁹ ».

388. Si cette solution paraît bien isolée aujourd'hui et est en tout état de cause inapplicable à ce jour du fait de l'encadrement législatif des « aides de toute nature⁶²⁰ », elle reste une source d'inspiration pour une évolution du droit des groupes en faveur d'une prise en compte accrue de la notion de « patrimoine de groupe » afin de corriger les dysfonctionnements émanant du principe d'autonomie juridique des sociétés groupées. A défaut d'une reconnaissance pleine et entière d'un patrimoine de groupe au plan juridique – qui remettrait alors totalement en cause le principe d'autonomie juridique et patrimoniale des sociétés groupées – la question se pose de savoir si cette notion de patrimoine de groupe pourrait fonder certains dispositifs fiscaux ou certaines opérations. Cette notion serait favorable au groupe, comme c'était le cas en l'espèce dans la décision du 1^{er} octobre 1998, mais servirait également dans certaines situations, *a contrario*, à mettre plus facilement en cause la responsabilité de la société mère en sa qualité de société contrôlée⁶²¹.

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ CGI, art. 39, 13

⁶²¹ Un dernier aspect pourrait en outre démontrer l'émergence d'une notion de patrimoine de groupe, à savoir dans le cadre de procédures collectives. La question est la suivante : la présence d'actions de préférence de groupe – autorisant donc l'exercice de droits particuliers dans une structure autre que celle dans laquelle le titulaire desdites actions est associé – serait-elle susceptible de caractériser une confusion de patrimoines et légitimer ainsi une extension de procédure ? Plus précisément, la création d'actions de préférence de groupe assortis de droits particuliers, et notamment de droits financiers (droit à distribution par exemple) est-elle de nature à caractériser des relations financières anormales, caractéristiques de la confusion de patrimoines ? S'il y a confusion de patrimoines entre deux sociétés, en l'occurrence entre la société émettrice et la société d'exercice, les deux patrimoines formeront un patrimoine unique « de groupe ». Il ressort néanmoins de la jurisprudence relative à la confusion de patrimoines que si la présence de telles actions de préférence pourrait effectivement constituer un indice de confusion de patrimoines, il semble difficile de pouvoir caractériser une confusion de patrimoines sur la seule base de l'existence d'actions de préférence de groupe (sauf cas abusifs conduisant par exemple à détourner les actifs de la société d'exercice), la jurisprudence adoptant par ailleurs une approche restrictive de la confusion de patrimoines. (Sur ce point, voir : ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°1182 et suiv.)

389. L'associé de la société mère, un « subpropriétaire » du patrimoine de groupe ? Selon une doctrine très minoritaire, l'associé conserverait la propriété sur les biens qu'il a – pourtant – apporté (en numéraire ou en nature principalement) au profit d'une société et qui composent le patrimoine de cette dernière. Il s'agit de la théorie de la subpropriété développée par D. R. MARTIN⁶²². Dans le cadre des groupes de sociétés et si l'on poursuit ce raisonnement, les associés de la société du sommet (la société mère) seraient ainsi (sub)propriétaires du patrimoine de la société mère mais également de l'ensemble des patrimoines des sociétés du dessous (filiales figurant à l'actif de la société mère en titres de participation, voire sous-filiales figurant elles-mêmes à l'actif des filiales). Ces associés de la société mère disposeraient *in fine*, selon cette théorie, d'un patrimoine de groupe à concurrence des droits qu'ils détiennent dans ladite société mère.

390. La théorie du Professeur D. R. MARTIN va ainsi à l'encontre de la théorie classique et prédominante des apports. En effet, l'apport conduit, comme la cession, à un transfert de propriété des biens apportés au profit de la société, cette dernière constituant une personne juridique distincte de l'apporteur. L'apporteur perçoit en contrepartie, en rémunération de son apport, des titres de la société bénéficiaire de l'apport. L'apporteur, alors associé de la société, devient ainsi bien propriétaire mais uniquement des titres reçus en contrepartie de son apport et non des actifs de la société en question à hauteur de sa participation. A moins de remettre en cause les grands principes gouvernant le droit positif des sociétés, l'approche retenue par le Professeur D.R. MARTIN ne peut être transposée à notre sens au contexte des groupes. Elle conduirait par ailleurs à ignorer purement et simplement la personnalité morale des sociétés membres. La notion de patrimoine de groupe apparaît également en totale rupture avec la conception traditionnelle du patrimoine. En ce sens et malgré une évolution législative relativement récente remettant en cause la théorie subjective du patrimoine, il convient à notre avis de rejeter la notion de « patrimoine de groupe » comme fondement de l'imposition du groupe de sociétés.

⁶²² MARTIN D. R., *Valeurs mobilières : défense d'une théorie*, D. 2001, p. 1228 ; MARTIN D.R., *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, D. 1995, chron. P. 47

B. Le rejet du « patrimoine de groupe » comme fondement de l'imposition unitaire du groupe

391. L'impossible « patrimoine de groupe » au regard de la théorie subjective du patrimoine. La notion même de patrimoine apparaît en contradiction avec la qualification de « patrimoine de groupe ». La théorie classique et subjective du patrimoine, développée par AUBRY et RAU⁶²³, rattache en effet le patrimoine à la personne. Autrement dit, traditionnellement, le patrimoine est analysé comme indissociable de la personne juridique qui en est titulaire : toute personne a nécessairement un et un seul patrimoine, ce dernier étant entendu comme « l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit ». Plus encore, selon cette conception, le patrimoine est un, indivisible et inaliénable, ce qui empêcherait donc toute « cession de patrimoine⁶²⁴ ». Si chaque personne a un patrimoine et un seul patrimoine, encore faut-il constater l'existence d'une personne. Le groupe n'ayant ni la personnalité morale⁶²⁵, ni la personnalité fiscale⁶²⁶, il apparaît en ce sens impossible qu'il soit titulaire d'un quelconque patrimoine. En d'autres termes, à défaut d'être titulaire d'une personnalité juridique ou fiscale, le groupe ne peut donc disposer d'un patrimoine de groupe.

392. De l'impossible patrimoine commun au groupe à un patrimoine « global » de la société mère ? Puisque le groupe ne peut avoir un patrimoine de groupe faute de personnalité, serait-il toutefois possible de considérer que c'est la société mère, société dominante du groupe – qui elle dispose, au contraire, de la personnalité morale – qui serait titulaire d'un patrimoine de groupe. L'évolution récente du droit autorise une telle réflexion. Nous observons en effet depuis plus d'une dizaine d'années une remise en cause légale de l'unicité du patrimoine, et plus largement un détachement du patrimoine de la personne juridique. Les choses ont en effet bien évolué depuis la consécration en droit français du « patrimoine d'affectation », d'abord par une loi du 19 février 2007 instituant la fiducie⁶²⁷,

⁶²³ AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français, Traduit de l'allemand de ZACHARIAE*, op. cit.

⁶²⁴ Voir à cet égard la thèse du Professeur JULLIAN qui remet en cause la conception subjective du patrimoine et développe une approche renouvelée de ce dernier : JULLIAN N., *La cession de patrimoine*, thèse Rennes, 2016

⁶²⁵ Selon le Professeur PAILLUSSEAU, la personnalité morale est « une technique juridique qui consiste à considérer, sous certaines conditions et dans certaines limites, une entité (...) comme une personne juridique, un sujet de droit, lui permettant ainsi de « vivre la vie juridique », c'est-à-dire d'avoir une identité, une nationalité, d'être titulaire de droits, d'exercer des activités, d'être assujettie à des obligations et d'avoir un patrimoine » (PAILLUSSEAU J., *Mais qu'est-ce que la personnalité morale ?*, op.cit., n°2).

⁶²⁶ Voir *supra* n°373 et suiv.

⁶²⁷ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie et reconnaissant notamment le patrimoine fiduciaire

ensuite par une loi en date du 15 juin 2010 qui avait institué l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL)⁶²⁸, ce dernier ayant récemment disparu au profit d'un statut unique de l'Entrepreneur Individuel (EI) par une loi du 14 février 2022⁶²⁹. Ces réformes démontrent qu'une même personne juridique peut donc avoir plusieurs patrimoines confirmant ainsi le détachement du patrimoine unique de la personne juridique et dépassant à ce titre la théorie d'unicité du patrimoine d'AUBRY et RAU. Le Professeur JULLIAN estime en ce sens que « le patrimoine ne serait ainsi pas une émanation de la personne et les principes d'unité, d'indivisibilité et d'inaliénabilité devraient faire l'objet d'un réexamen⁶³⁰ ».

393. Dans le contexte des groupes de sociétés et dans la lignée de l'évolution législative précédemment exposée, serait-il possible de tendre vers une analyse fiscale qui consisterait à appréhender la société mère comme propriétaire d'un patrimoine « global » composé de plusieurs patrimoines affectés, dépassant ainsi son cadre sociétaire pour s'étendre aux patrimoines des filiales, et ce afin de fonder une imposition unitaire du groupe ? Ainsi que le souligne un auteur, « la question la plus fondamentale n'est-elle pas aujourd'hui de se demander si l'on doit toujours passer par une pluralité de personnes morales dans le cadre d'un groupe, ou si l'on pourrait parfois se contenter d'une personnalité unique susceptible d'abriter une pluralité de patrimoines⁶³¹ ? ». Dans notre cas, serait-il envisageable de concevoir, d'un point de vue fiscal⁶³², le groupe de sociétés avec une société mère qui serait titulaire d'un patrimoine « propre⁶³³ » et d'autant de patrimoines « d'affectation » qu'il existerait de filiales, ce qui reviendrait donc *a contrario* à ignorer la personnalité fiscale de ces dernières⁶³⁴ ? Chaque patrimoine d'affectation serait affecté, d'un point de vue fiscal, à

⁶²⁸ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 LOI n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) : une personne pouvait donc à ce titre avoir deux patrimoines, l'un étant affecté à l'activité professionnelle de l'entrepreneur individuel

⁶²⁹ Une récente loi du 14 février 2022 (loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante), modifiant le statut de l'entrepreneur individuel, a supprimé l'EIRL tout en poursuivant la logique de fractionnement du patrimoine. Désormais, tout entrepreneur individuel dispose nécessairement et automatiquement de deux patrimoines, le premier étant personnel, le second professionnel. Pour plus de détails à ce sujet, voir en particulier : HAMELIN J.-F., JULLIAN N. (Sous la dir. de), *La réforme du statut de l'entrepreneur individuel, Analyse et commentaires de la loi du 14 février 2022 et des décrets du 28 avril et 14 juin 2022*, Ed. LGDJ, 2022

⁶³⁰ JULLIAN N., *La cession de patrimoine*, op. cit., n°11

⁶³¹ BORGA N., *Autonomie de la personne morale et traitement des difficultés des sociétés*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Coll. Thèmes et commentaires, Sous-coll. Actes, Ed. Dalloz, 2023, n°3 p.26

⁶³² Et uniquement en matière fiscale à l'exclusion notamment du droit des sociétés et du droit de la responsabilité civile

⁶³³ Celui « contenu » dans sa propre personnalité morale

⁶³⁴ La personnalité morale de chacune des sociétés groupées serait en tout état de cause maintenue.

l'activité de « sa » société membre. Le patrimoine affecté à l'exercice de l'activité d'une société membre serait donc lié à l'intérêt social de cette société et non à la personne morale rattachée à ladite société⁶³⁵. Dans cette optique, le patrimoine n'est plus rattaché à la personne juridique mais à un intérêt spécifique qui peut également apparaître comme un élément fédérateur⁶³⁶. Il serait en ce sens plus pertinent de parler de patrimoine « global » de la société mère, en lieu et place de « patrimoine de groupe » ou de « patrimoine commun » au groupe. Ledit patrimoine global de la société mère – comprenant son patrimoine propre et les patrimoines d'affectation – serait ainsi fractionné, à l'image du groupe.

394. Une conception à exclure. Cette analyse se heurte toutefois à des limites importantes. En particulier, rappelons que le patrimoine est appréhendé comme une universalité de droit et ce point semble faire consensus au sein de la doctrine⁶³⁷. Le patrimoine est envisagé en ce sens comme un tout, un ensemble cohérent qui peut être appréhendé « comme une chose indépendamment des choses contenues⁶³⁸ ». Or, en matière de groupe de sociétés, la société mère peut très bien ne détenir qu'une fraction des droits de sa filiale (et non l'intégralité), ce qui est très souvent le cas et ce qui reviendrait finalement dans cette situation à accepter l'idée que la société mère ne détiendrait qu'un « morceau » de patrimoine de sa filiale qu'elle aurait elle-même affecté. Si une même personne peut avoir plusieurs patrimoines, il nous paraît difficile d'admettre qu'une société mère puisse disposer d'une fraction de patrimoine à hauteur de la quote-part des droits qu'elle détient dans sa filiale.

395. En somme et compte tenu de ces éléments, le patrimoine de groupe ou l'éventuel patrimoine « global » de la société mère ne peut à notre sens être retenu comme le fondement d'une imposition unitaire du groupe de sociétés. Le fondement de cette imposition unitaire doit être recherché directement dans la matière fiscale. Une notion revient à ce titre très souvent en matière de fiscalité des groupes mais n'a pas fait, jusqu'à récemment, d'une attention particulière. Il s'agit de l'objectif de neutralité fiscale poursuivi,

⁶³⁵ Néanmoins, d'un point de vue juridique, chaque société groupée serait par principe traitée de manière isolée notamment en cas de mise en cause de la responsabilité de ces dernières (voir *infra*, partie II).

⁶³⁶ Voir à ce titre en particulier la thèse du Professeur JULLIAN (JULLIAN N., *La cession de patrimoine*, op.cit., n°31 et suiv).

⁶³⁷ JULLIAN N., *La cession de patrimoine*, op.cit., n°61

⁶³⁸ *Ibid.*, n°59

plus ou moins expressément, par de nombreux dispositifs fiscaux et en particulier ceux conçus pour les groupes de sociétés.

Section 2. La neutralité fiscale : potentiel fondement de l'imposition unitaire du groupe de sociétés

396. Notion. Pour comprendre la notion de neutralité en matière fiscale – appréhendée dans un contexte national⁶³⁹, il convient au préalable d'accepter l'idée de départ selon laquelle l'impôt, et de manière générale les prélèvements sociaux, influencent le comportement des agents économiques, entreprises ou particuliers. Ce faisant, la fiscalité apparaît souvent comme un instrument de politique économique visant notamment à orienter les dépenses et les investissements. Le droit fiscal n'est donc pas neutre en ce sens. L'objectif de neutralité du droit fiscal renvoie donc à l'idée contraire en ce sens qu'il ne doit pas inciter ou influencer le comportement du contribuable à travers des dispositifs particuliers. Autrement dit, et s'agissant du monde des entreprises, les décisions de gestion de l'entrepreneur ne doivent pas être influencées par les dispositifs fiscaux en vigueur, notamment concernant les opérations relatives à l'organisation interne de son activité. L'objectif de neutralité fiscale rejoint de ce point de vue les objectifs d'attractivité et de compétitivité du droit dans un contexte international et fortement concurrentiel. Idéalement, l'instauration d'une parfaite neutralité fiscale conduirait l'entrepreneur à prendre ses décisions au regard de considérations purement économiques, à l'exclusion des aspects fiscaux qui n'auraient par conséquent aucune influence dans sa prise de décision. Tel n'est bien entendu pas le cas dans la plupart des situations où la fiscalité joue un rôle important, si ce n'est prépondérant, dans la prise de décisions des dirigeants sociaux.

397. Une appréhension du groupe comme une entité unique sous l'angle de l'entreprise.

La neutralité du droit fiscal n'est donc pas absolue, elle est relative et partielle dès lors que seuls certains dispositifs sont en réalité concernés par cet objectif. En ce sens, la neutralité n'apparaît pas véritablement comme un principe général du droit fiscal. Il est plutôt question

⁶³⁹ Il est question ici d'envisager la notion de neutralité fiscale dans un contexte national, à l'exclusion des aspects liés aux groupes internationaux ou « multinationales » disposant d'une ou plusieurs filiales à l'étranger. Dans ce dernier cas, le Professeur CASTAGNEDE considère que la neutralité « conduit à prohiber toute sorte de mesures protectionnistes ou discriminatoires, le soutien fiscal aux exportations ou la pénalisation des importations, les dispositions en faveur du déploiement extérieur des entreprises nationales, ou au contraire, celles tendant à renforcer l'attractivité du territoire » (CASTAGNEDE B., *Précis de fiscalité internationale*, PUF, coll. Fiscalité, 2^{ème} éd., p.18)

d'un objectif poursuivi plus ou moins expressément par le législateur dans le cadre de certains régimes fiscaux. L'objectif de neutralité visant à instaurer des dispositifs fiscaux assurant une certaine liberté à l'entrepreneur dans la gestion interne de son entreprise, il est alors question, s'agissant plus spécifiquement du groupe de sociétés, d'envisager ce dernier comme une entité unique appréhendé sous l'angle de l'entreprise bien que fractionnée en sociétés sur le plan juridique. Il s'agit de tenir compte davantage de sa réalité économique, de sa « substance » plutôt que de sa forme ou de son organisation interne. Si l'on poursuit cet objectif de neutralité, les opérations internes au groupe doivent pouvoir être traitées de manière globale et de manière plus souple comme si le groupe ne forme qu'une seule et même entreprise. S'agissant des opérations de restructurations qui visent les fusions⁶⁴⁰ et opérations assimilées, à savoir les scissions⁶⁴¹, apports partiels d'actifs⁶⁴², et autres opérations entraînant ou non « échange⁶⁴³ » de titres sociaux, elles doivent de la même manière être appréhendées chacune comme une seule et même opération, les étapes pour y parvenir constituant des « opérations intercalaires » au plan fiscal.

398. Au-delà des dispositifs étudiés dans le cadre du précédent chapitre (intégration fiscale, régime de groupe TVA en particulier) qui poursuivent de manière implicite cet objectif de neutralité, bien que parfois de manière incomplète, il en va autrement des régimes fiscaux relatifs aux opérations de restructuration, et notamment des dispositifs qui visent les fusions internes au groupe dont l'objectif principal est d'assurer une pleine neutralité fiscale dès lors que lesdites opérations ne dégagent en soi et par principe aucun flux financier. Nous

⁶⁴⁰ Le premier alinéa de l'article L236-1 du Code de commerce prévoit qu'« une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent ». L'opération de fusion consiste ainsi en une agrégation de deux ou plusieurs personnes morales, de telle sorte qu'il ne subsiste, à l'issue de l'opération, qu'un seul patrimoine là où il en existait plusieurs initialement. L'opération de fusion se traduit en particulier par la dissolution de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine au profit de la société absorbante ou nouvellement créée.

⁶⁴¹ Le premier alinéa du nouvel article L236-18 du Code de commerce prévoit qu'« une société peut, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles ». L'opération de scission est en quelque sorte l'inverse de la fusion : il y a bien transmission universelle de patrimoine comme en matière de fusion mais dans un sens inverse, à savoir de la société scindée (qui a vocation à disparaître) au profit des sociétés issues de la scission qui recevront une fraction du patrimoine de la société scindée.

⁶⁴² L'apport partiel d'actifs peut être considérée comme l'opération par laquelle une société apporte tout ou partie de ses actifs à une autre société préexistante ou créée à cet effet. En contrepartie de cet apport, la société apporteuse reçoit des titres de la société bénéficiaire de l'apport. L'apport partiel d'actifs est ainsi une technique de filialisation par le bas. Ledit apport peut par exemple porter sur des titres de sociétés inscrits à l'actif de la société apporteuse ou encore sur un ensemble d'éléments d'actifs et de passifs constitutif d'une branche complète d'activité.

⁶⁴³ Le terme d'« échange », employé à plusieurs reprises par le législateur, nous semble maladroite dans la mesure où il peut prêter à confusion avec le régime de l'échange prévu aux articles 1702 et suivants du Code civil (permutation des biens entre copermutant). En matière de fusion, les titres de la société dissoute disparaissent et il est attribué aux associés de cette société, en substitution, de nouveaux titres de la société absorbante.

envisagerons ainsi, dans un premier temps, la recherche de la neutralité fiscale par le législateur à travers l'exemple des fusions simplifiées sous contrôle commun⁶⁴⁴ (§1) avant d'aborder, de manière plus générale, la question de savoir si l'objectif de neutralité peut constituer le fondement d'une imposition unitaire du groupe dans un cadre national (§2).

§1. Un objectif particulièrement recherché dans le cadre des opérations de restructurations intragroupe : l'exemple des fusions simplifiées sous contrôle commun

399. Les évolutions constantes du marché nécessitent l'adaptation des groupes de sociétés et rend souvent nécessaire la réalisation d'opérations de restructuration juridique. Tout ou partie du patrimoine d'une société membre est alors transféré au profit d'une autre structure membre du même groupe. En pratique, la tenue des assemblées générales ordinaires annuelles des différentes sociétés du groupe est souvent l'occasion de « mettre à plat » l'organigramme du groupe afin d'apprécier l'opportunité de procéder à de telles opérations de restructurations. Une fusion peut ainsi être réalisée pour diverses raisons qui peuvent être tout à fait légitimes : rationaliser les coûts de structure, limiter les « frottements » fiscaux engendrés par des flux intragroupe, renforcer les capitaux propres d'une structure, parvenir à une « taille » plus importante pour faire face à un marché toujours plus concurrentiel etc.

400. Un objectif de neutralité affirmé ponctuellement de manière plus ou moins explicite. Malgré son importance théorique et pratique, l'objectif de neutralité n'apparaît pas souvent de manière assez explicite en droit interne français. Il est à ce titre assez surprenant que le terme ne figure pas dans la loi s'agissant des régimes concernés par la neutralité, en particulier s'agissant du régime de sursis d'imposition dans le cadre des fusions et opérations assimilées (CGI, art. 210 A et art. 210 B) où la neutralité est pourtant bien l'objectif principal poursuivi. Il convient toutefois de nuancer ce propos dans la mesure où le Conseil constitutionnel est souvent amené à interpréter des dispositions législatives à l'aune des objectifs poursuivis par le législateur. Ce dernier a ainsi pu considérer, s'agissant notamment des dispositions du troisième alinéa du point 1 de l'article 121 du CGI⁶⁴⁵ (qui renvoie à l'article 210 A du CGI) que

⁶⁴⁴ Il sera ici question d'envisager ici les aspects fiscaux liés à la recherche de neutralité du législateur mais également de certains aspects juridiques et comptables relatifs à la fusion intragroupe démontrant la faveur du législateur pour ce type d'opération. Précisions toutefois d'emblée que le régime de faveur en matière fiscale ne peut bénéficier aux fusions et opérations assimilées ayant comme objectif principal ou comme un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale (Clause anti-abus : CGI, art. 210-0 A, III ; BOI-IS-FUS-10-20-20, n°193).

⁶⁴⁵ Relatif à l'apport partiel d'actif par une société étrangère et placé sous un régime fiscal comparable au régime de l'article 210 A du CGI

ces « dispositions (...) ont pour objet d'assurer la neutralité fiscale⁶⁴⁶ ». Il apparaît par ailleurs dans certains cas de manière plus visible notamment dans les directives de l'Union européenne. Il en va ainsi de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 qui prévoit « que les regroupements de sociétés (...) ne doivent pas être entravés par des restrictions, des désavantages ou des distorsions particuliers découlant des dispositions fiscales des États membres ; qu'il importe, par conséquent, d'instaurer pour ces regroupements des règles fiscales neutres au regard de la concurrence afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international⁶⁴⁷ ».

401. Si l'objectif de neutralité est essentiellement fiscal, le droit comptable poursuit également cet objectif s'agissant des fusions sous contrôle commun (A). Marqué par la volonté du législateur de faciliter ce type d'opération au sein des groupes, la neutralité fiscale s'accompagne, au plan juridique, d'un allègement considérable du déroulement des fusions dites sous contrôle commun (B).

A. Une neutralisation sur le plan comptable et fiscal

402. Dans le cadre des opérations sous contrôle commun qui visent en particulier les fusions intragroupe, les apports sont valorisés en droit français à la valeur comptable, ce qui peut apparaître comme une forme de neutralité comptable (1) au même titre que la neutralité fiscale (2).

1. La valorisation des apports à la valeur comptable en droit français

403. Principes applicables en vertu des règles comptables. L'article 740-1 du Plan Comptable Général (PCG) ne laisse plus le choix concernant la méthode de valorisation des apports à retenir dans le cadre d'opérations de restructuration entre sociétés de droit français⁶⁴⁸. Ce texte dispose que « les apports sont évalués à la valeur comptable ou à la valeur

⁶⁴⁶ Cons. constit., 15 nov. 2019, décision n° 2019-813 QPC

⁶⁴⁷ Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents

⁶⁴⁸ A noter qu'en présence d'opérations transfrontalières, le choix de la méthode de valorisation des apports est libre (valeur comptable ou réelle), le PCG ne contenant aucune réglementation sur ce sujet. Selon le Recueil des normes comptables de l'ANC (commentaire IR 2 sous l'article 720-1 du PCG), la méthode de valorisation ne peut être imposée à l'entité étrangère dès lors que cette dernière n'est pas soumise à la réglementation française : « Comme le traité d'apport résulte d'un accord entre les parties dont l'une n'est pas soumise à la réglementation comptable française, les règles de valorisation des actifs et des passifs (...) ne peuvent donc pas être imposées à

réelle, selon la situation de contrôle au moment de l'opération et le sens de l'opération ». La méthode à retenir dépend donc de la définition de la notion de contrôle et de ce que l'on entend par le sens de l'opération.

404. *Notion de contrôle à prendre en compte.* Afin de déterminer l'existence d'une situation de contrôle ou non au moment de l'opération, le droit comptable retient la définition du contrôle exclusif envisagée notamment par l'article 233-16 du Code de commerce⁶⁴⁹ relatif à l'établissement des comptes consolidés. L'article 741-1 du PCG précise à ce titre que « pour chaque opération, il convient de déterminer, s'il s'agit, à la date de réalisation juridique de l'opération :

- d'opérations impliquant des entités sous contrôle commun, i.e. une des entités participant à l'opération contrôle préalablement l'autre de manière exclusive ou les deux entités sont préalablement sous le contrôle commun d'une même entité mère ;
- d'opérations impliquant des entités sous contrôle distinct, i.e. aucune des entités participant à l'opération ne contrôle préalablement l'autre de manière exclusive ou ces entités ne sont pas préalablement sous le contrôle commun d'une même entité mère⁶⁵⁰ ».

405. *Sens de l'opération impactant la méthode de valorisation à retenir en cas d'opération sous contrôle distinct.* Généralement, les opérations de fusions sous contrôle commun sont réalisées à la valeur comptable tandis que les opérations de fusions sous contrôle distinct sont réalisées à la valeur réelle. Il convient toutefois de prendre en compte le sens de l'opération pour déterminer la méthode de valorisation à retenir dans le cadre des opérations sous contrôle distinct. Le PCG définit précisément ce qu'il entend par le sens de l'opération. Une société mère qui absorberait sa filiale ne constitue pas nécessairement, sur le plan comptable, une fusion dite « à l'endroit ». De même, la situation selon laquelle une filiale qui absorberait

cette dernière. Toutefois, en l'absence de réglementation relative à la valorisation des apports dans le pays où est établie l'entité étrangère, il conviendrait de déterminer les valeurs d'apports selon les mêmes modalités que pour les opérations réalisées entre entités établies en France. De plus, les opérations de fusions et opérations assimilées présentant des caractéristiques comparables devraient être traitées de manière identique ».

⁶⁴⁹ Article 233-16 du Code de commerce complété par l'article 211-3 du Règlement ANC n°2020 relatif aux comptes consolidés

⁶⁵⁰ A noter que des règles spécifiques s'appliquent en cas de contrôle conjoint ou aboutissant à un contrôle conjoint (PCG, art. 743-2)

sa société mère n'est pas considéré comme une fusion dite « à l'envers » au regard de la réglementation comptable. Les articles 742-1 et 742-2 définissent respectivement ces deux notions (fusion à l'endroit/à l'envers) et opèrent une distinction au regard de la situation de contrôle à l'issue de l'opération. Ainsi, d'un point de vue comptable, lorsqu'à l'issue de l'opération, l'actionnaire majoritaire de la société absorbante maintient son pouvoir de contrôle, il s'agit d'une fusion à l'endroit. Dans le cas contraire, à savoir si cette dernière perd le contrôle à l'issue de l'opération et que c'est l'actionnaire de la société absorbée qui prend le contrôle de la société absorbante, il est question de fusion à l'envers. Cette distinction n'a pas d'incidences particulières lorsqu'il est question de sociétés sous contrôle commun. Dans cette hypothèse, les valeurs sont dans tous les cas comptabilisés à la valeur comptable⁶⁵¹. En revanche, en présence d'opérations entre sociétés sous contrôle distinct, la distinction opérée entre fusion « à l'endroit » et « fusion à l'envers » a un impact sur la méthode de valorisation à retenir : seule la valorisation des apports des fusions dite à l'envers (à l'exclusion des fusions à l'endroit) est réalisée selon la valeur comptable.

406. Application en matière fiscale des règles comptables de valorisation des apports.

Selon l'administration fiscale, aucune disposition ne permettant de déroger aux règles de transcription des apports fixées par l'Autorité des normes comptables, les règles comptables de transcription des apports s'imposent également sur le plan fiscal⁶⁵². L'administration fiscale précise en outre qu'une opération de fusion étant fiscalement assimilée à une cessation d'entreprise⁶⁵³, les éléments d'actif et passif devraient en principe être évalués à la valeur réelle à la date de l'opération de fusion. Elle admet cependant que si l'ensemble des apports sont transcrit à la valeur comptable sur le plan comptable, ces mêmes valeurs puissent être retenues sur le plan fiscal sous réserve que l'opération soit placée sous le régime de faveur des fusions en matière d'IS et que « la société bénéficiaire des apports reprenne à son bilan les écritures comptables de la société apporteuse (valeurs d'origine, amortissements, dépréciations) et continue de calculer les dotations aux amortissements à partir de la valeur d'origine qu'avaient les biens dans les écritures de la société apporteuse⁶⁵⁴ ».

⁶⁵¹ A l'exception des hypothèses d'opérations transfrontalières où la méthode de valorisation des apports est en principe libre.

⁶⁵² BOI-IS-FUS-30-20, 15/04/2020, n° 1

⁶⁵³ CGI, art. 201 ; A noter qu'il serait question d'une cessation partielle pour un apport partiel d'actif.

⁶⁵⁴ BOI-IS-FUS-30-20, 15/04/2020, n° 10

407. En imposant le recours à la valorisation des apports à la valeur comptable dans le cadre des opérations de restructuration sous contrôle commun, telles que les fusions intragroupe, le législateur considère ainsi implicitement le groupe de sociétés comme une seule et même entité dès lors que les valeurs figurant au bilan de la société absorbée sont reprises à l'identique dans les comptes de l'absorbante. C'est en ce sens que nous parlons ici de neutralisation comptable dans la mesure où le droit comptable fait abstraction de la valeur réelle des actifs transmis à l'absorbante dans le cadre d'une opération de fusion sous contrôle commun. L'opération est en quelque sorte envisagée comme une continuité de l'activité sous une autre personnalité morale au sein d'un même groupe, envisagé comme une seule et même entité. Un rapprochement peut à cet égard être effectué avec l'établissement des comptes consolidés, ces derniers visant en effet à présenter la situation financière et patrimoniale du groupe comme s'il ne formait qu'une seule et même entité⁶⁵⁵.

2. Une neutralisation sur le plan fiscal

408. Il convient de distinguer ici le droit français qui instaure une neutralisation totale en la matière (a) et le droit turc qui ne permet qu'une neutralisation partielle (b).

a. En droit français : une neutralisation totale

409. Des régimes de faveur assurant la neutralité fiscale (CGI, art. 210 A, 210 B et 210 C du CGI). Rappelons en premier lieu que, par principe, la fusion s'analyse, pour la société absorbée, comme une cessation d'entreprise⁶⁵⁶ et entraîne les conséquences d'une dissolution, ce qui emporte notamment l'imposition immédiate des résultats, des provisions (et comptes assimilés) et des plus-values jusqu'ici latentes⁶⁵⁷. Toutefois, afin de faciliter les regroupements de sociétés ou du moins ne pas entraver les restructurations juridiques qui peuvent s'avérer nécessaire à la réorganisation ou au développement d'un groupe de sociétés, le législateur a instauré des régimes spéciaux, issus d'une directive européenne du 23 juillet 1990⁶⁵⁸, conduisant à considérer lesdites opérations comme des opérations

⁶⁵⁵ OUDENOT P., *Fiscalité des sociétés et des restructurations*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2020, n° 1324 et suiv., ex n°254.

⁶⁵⁶ CGI, art. 201

⁶⁵⁷ En pratique, une déclaration de résultat doit être déposée par la société absorbée dans les 60 jours suivant la réalisation définitive de la fusion (dans les faits, dans les 60 jours de la première publication dans un journal d'annonces légales).

⁶⁵⁸ Ces dispositifs spéciaux découlent d'une directive européenne du 23 juillet 1990, recodifiée par une directive n°2009/133/CE du 19 octobre 2009, visant en particulier les fusions transfrontalières entre sociétés issues de pays

intercalaires ne déclenchant ainsi aucune imposition immédiate. Ces régimes de faveur sont susceptibles de s'appliquer aussi bien aux fusions « classiques » avec échange de titres qu'aux opérations similaires sans échange de titres mais entraînant transmission universelle de patrimoine, telle que les dissolutions par confusion de patrimoine (TUP), l'absorption d'une filiale détenue à 100 %, ou encore les fusions entre sociétés sœurs détenues par une même société mère.

410. Conditions d'application du régime de faveur. Les conditions d'application du régime de faveur sont peu contraignantes. Tout d'abord, l'application du régime de faveur implique que l'opération en cause produise les effets d'une fusion, à savoir une dissolution sans liquidation de la société absorbée, la transmission universelle de son patrimoine à l'absorbante, et éventuellement l'attribution aux associés de l'absorbée des titres de l'absorbante. C'est la raison pour laquelle le régime de faveur des fusions bénéficie notamment aux opérations de fusions simplifiées (fusion-absorption d'une filiale dont les titres sont détenus à hauteur d'au moins 90 % par la société mère ou encore fusion entre sociétés sœurs dont les titres sont détenus à hauteur d'au moins 90 % par une même société mère⁶⁵⁹) et aux dissolutions par confusion de patrimoine (détention intégrale des titres de l'absorbée par l'absorbante)⁶⁶⁰.

Deuxième condition, toutes les sociétés parties à l'opération doivent être soumises à l'IS. À noter qu'il est tout à fait possible pour une société qui serait soumise au régime des sociétés de personnes (IR) avant l'opération de fusion d'opter en faveur de son assujettissement à l'IS afin de bénéficier du régime de faveur des fusions. Enfin, en présence d'une soulte versée aux associés de la société absorbée, celle-ci ne doit pas excéder 10 % de la valeur nominale des titres attribués.

membres de l'ancienne Communauté européenne. Le législateur français a « surtransposé » la directive dès 1991 en énonçant des règles visant les opérations de fusions de manière générale, qu'il s'agisse d'opérations purement internes ou internationales (y compris extracommunautaires). Ce faisant, la CJUE a considéré que la directive « fusions » peut être invoquée pour des opérations de fusions purement interne qui ne concerneraient donc que des sociétés membres d'un même Etat membre (CJCE, 17 juillet 1997, aff. 28/95, Leur-Bloem : RJF 10/97 n°1002). A noter par ailleurs qu'une ordonnance n° 2023-393 du 24 mai 2023 « portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales » est venue transposer une directive 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 (modifiant la directive (UE) 2017/1132) s'agissant des opérations de transformations, fusions et scissions transfrontalières.

⁶⁵⁹ CGI, art. 210-0 A, III

⁶⁶⁰ CGI, art. 210-0 A ; BOI-IS-FUS-10-20-10, n°50

À noter par ailleurs que le régime de faveur des fusions ne peut bénéficier aux fusions et opérations assimilées ayant comme objectif principal ou comme un de leurs objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale. L'administration précise à ce titre qu'« une opération est regardée comme telle, sauf preuve contraire, lorsqu'elle n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération⁶⁶¹ ».

411. Effets de l'application du régime de faveur. Sous réserve de respecter les conditions envisagées ci-avant, le régime de faveur emporte de nombreuses conséquences, notamment en matière d'IS et de droits d'enregistrement.

En matière d'impôt sur les sociétés, la fusion se traduit par une neutralité fiscale au moment de la fusion, c'est-à-dire que l'opération ne se traduit pas par une imposition immédiate au niveau de la société absorbée : en particulier et sans exhaustivité, les plus-values en sursis d'imposition, les provisions (qui conservent leur objet), les subventions d'équipement en état d'étalement ne sont pas imposées immédiatement lors de la fusion. Par ailleurs, les déficits reportables de la société absorbée peuvent être transférés à la société absorbante sous certaines conditions qui varient notamment en fonction du montant des déficits reportables (supérieur ou inférieur à 200.000 euros)⁶⁶².

En matière de droits d'enregistrement, les actes constatant les fusions et opérations assimilées placées sous le régime de faveur sont enregistrés gratuitement conformément à l'article 816 du CGI.

b. En droit turc : une neutralisation partielle

412. Une distinction claire entre les fusions imposables et les fusions non imposables. Le droit fiscal turc distingue littéralement « les fusions avec impôts » (« *Vergili Birleşme* ») prévues à l'article 18 de la loi relative à l'impôt sur les sociétés et « les fusions sans impôts » (« *Vergisiz Birleşme* » dit aussi « *Devir* ») prévues à l'article 19 de la même loi. Le législateur turc propose ainsi le choix aux praticiens entre l'application de ces deux régimes. Dans le cadre du régime instauré par l'article 18 (fusions imposables), le législateur analyse la fusion, du

⁶⁶¹ BOI-IS-FUS-10-20-20, n°193

⁶⁶² Voir *supra* n°257 et suiv.

point de vue de la société absorbée, comme la cessation d'activité de cette dernière en raison de sa dissolution sans liquidation et la transmission universelle de son patrimoine à l'absorbante. En conséquence, il y a lieu à imposition immédiate, notamment des bénéfices et des plus-values, ce qui explique le recours fréquent au régime de l'article 19 à condition bien entendu d'en respecter les conditions⁶⁶³.

413. Conditions d'application du régime des fusions non imposables. Les conditions à respecter pour bénéficier du régime avantageux des fusions non imposables (article 19) sont assez proches de celles prévues en droit français. Ainsi, comme en droit français, l'opération doit produire les effets d'une fusion caractérisée en particulier par la transmission universelle du patrimoine (*Külli Halefiyet*) de la société absorbée au profit de la société absorbante et la dissolution sans liquidation (*Tasfiyesiz İnfisah*) de la société absorbée. Par ailleurs et dans le même esprit que le droit français, la société absorbante doit reprendre à son bilan l'ensemble des éléments d'actif et de passif de la société absorbée à leur valeur enregistrée (« *kayıtlı değer* ») correspondant à la valeur comptable, sans prise en compte des éventuelles plus-values latentes sur les éléments d'actifs qui seront éventuellement réalisées – et constatées à ce titre – en cas de sortie de la société absorbante.

En outre, à titre de condition déterminante au bénéfice du régime des fusions non imposables, l'article 20 de la loi turque relative à l'impôt sur les sociétés exige l'accomplissement de certaines formalités. Tout d'abord, ledit article (art. 20 a) prévoit ainsi que dans les 30 jours suivant la publication dans le « Journal du Registre du Commerce » (*Ticaret Sicili Gazetesi*) de la réalisation définitive de la fusion, une déclaration de résultat signée conjointement par les représentants de l'absorbée et de l'absorbante doit être déposée auprès de l'administration fiscale de la société absorbée⁶⁶⁴ (*kıst dönem beyannamesinin müştereken imzalanması şartı*). Ensuite, le point b) de l'article 20 prévoit en substance que la société absorbante doit

⁶⁶³ Voir à ce sujet : EROĞLU O., KURTULUŞ AYDIN F., *Şirketlerde Birleşmeye Yönelik Vergisel Avantajlar* (« *Tax advantages for merger in companies* »), KOCATEPEİİBF Dergisi, Haziran 2020, 22 (1), 74-88 ; KARLI D., *Kurumlar Vergisi Kanunu Kapsamında Şirketlerde Birleşme ve Devir*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020

⁶⁶⁴ L'objectif étant qu'il soit procédé au paiement de l'impôt relatif au bénéfice réalisé par la société absorbée pour la période allant de l'exercice en cours jusqu'à la réalisation définitive de la fusion (particularité du droit turc par rapport au droit français).

s'engager par écrit à satisfaire les obligations fiscales et autres obligations de la société absorbée (*taahüt şartı*).

À noter enfin que contrairement au droit français qui s'inscrit dans le cadre du droit de l'Union européenne et notamment de la « directive fusion » du 23 juillet 1990⁶⁶⁵, le droit turc exige que la fusion soit réalisée entre sociétés ayant toutes leur siège social en Turquie, autrement dit entre sociétés résidentes de Turquie (*Tam Mükellef*), point qui devrait faire l'objet d'une modification législative dans l'hypothèse – qui semble encore lointaine à ce jour – d'une intégration du pays au sein de l'Union européenne.

414. Effets de l'application du régime des fusions non imposables. En cas de respect des conditions ci-dessus, le principal avantage fiscal consiste dans le sursis d'imposition des plus-values latentes sur les éléments d'actifs, ces dernières pourront être ultérieurement imposées en cas de cession, ou plus généralement en cas de sortie de la société absorbante. Les principes sont, en ce sens, les mêmes qu'en droit français. Toutefois, contrairement au droit français, les bénéfices réalisés par la société absorbée pour la période allant de l'exercice en cours jusqu'à la réalisation définitive de la fusion sont immédiatement imposés en vertu du droit turc. La neutralisation fiscale n'est en ce sens que partiellement réalisée. À noter enfin que, de la même manière que le droit français, le droit turc autorise également, sous certaines conditions strictes, la transmission des déficits reportables de la société absorbée au profit de la société absorbante dans le cadre d'une fusion⁶⁶⁶.

B. De la neutralisation fiscale à la simplification juridique : l'allégement sous conditions du déroulement des fusions sous contrôle commun

415. Une fusion est une opération complexe à mettre en œuvre nécessitant d'avancer étape par étape suivant un calendrier préalablement établi, souvent dans un souci de respect d'un certain nombre de conditions et de délais essentiels afin d'aboutir à sa réalisation définitive. Qu'il s'agisse du droit français ou du droit turc, les différents régimes de fusion simplifiée allègent considérablement le formalisme de l'opération (2) dans certaines situations intragroupe qu'il convient de préciser (1).

⁶⁶⁵ Recodifiée par une Directive n°2009/133/CE du 19 octobre 2009

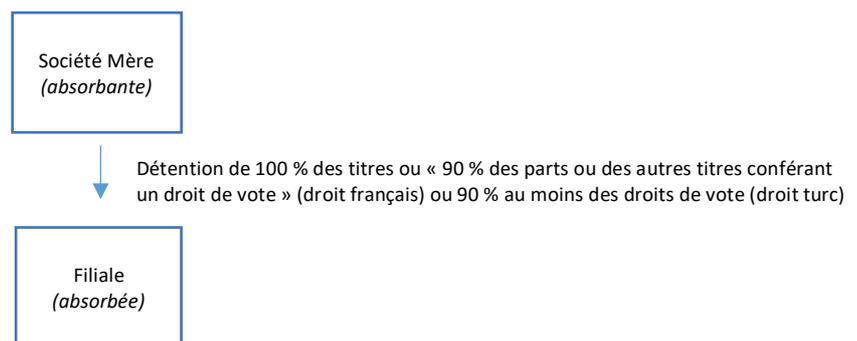
⁶⁶⁶ Pour plus de détails sur ce point, voir *supra* n°253 et suiv.

1. Les fusions intragroupe concernées par les régimes simplifiés

416. Deux types de fusions intragroupe sont susceptibles de bénéficier du régime des fusions simplifiées : la fusion-absorption d'une filiale par une société mère (a) et la fusion entre sociétés sœurs détenues par une même société mère (b).

a. La fusion-absorption d'une filiale par une société mère

417. Opérations concernées. La première opération pouvant bénéficier d'un régime de fusion simplifiée est la fusion-absorption d'une filiale dont les titres (pour le droit français) ou les droits de vote (pour le droit turc) sont intégralement détenus par sa mère⁶⁶⁷. Sont également concernées les fusions entre une société mère et sa filiale dont les « parts » ou les « titres conférant un droit de vote » (pour le droit français) ou les droits de vote (pour le droit turc) sont détenus à hauteur d'au moins 90 % par la société mère⁶⁶⁸. Le schéma se présente de la manière suivante :



418. Sociétés concernées. S'agissant du droit français, il convient de préciser que le régime des fusions simplifiées s'applique à la plupart des formes de société en cas de fusion entre une société mère et sa filiale détenue à 100 %. Au-delà des sociétés par actions, précisons par

⁶⁶⁷ Le droit français précise à cet égard que la détention intégrale des titres de la filiale doit être continue entre la date de dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et la date de réalisation définitive de la fusion sur le plan juridique (Art. L236-11 Com.).

⁶⁶⁸ A noter qu'en droit français, une fusion simplifiée était initialement une fusion entre une société mère et sa filiale détenue à 100 %. Ce n'est que postérieurement, par une loi n°2011-525 du 17 mai 2011 dite de « simplification et d'amélioration de la qualité du droit », publiée au Journal Officiel le 18 mai 2011, que la fusion simplifiée a été étendue aux opérations entre société mère et filiale dont les droits de vote sont détenus à hauteur d'au moins 90 % par la mère et à celles entre sociétés sœurs dont les droits de vote sont détenus à hauteur d'au moins 90 % par une même société mère (ancien article L236-11-1 du Code de commerce). Le nouvel article L236-12 du Code de commerce, issu de l'ordonnance n°2023-393 du 24 mai 2023, prévoit toutefois que le seuil de 90 % ne s'apprécie plus en termes de « droits de vote » mais en « parts ou autres titres conférant un droit de vote ». L'appréciation doit donc se faire désormais - s'agissant des fusions dont le projet est déposé au greffe du tribunal de commerce à compter du 1^{er} juillet 2023 - en titres de capital qui confère un droit de vote, ce qui semble exclure les titres privés du droit de vote du calcul du seuil de 90 %.

ailleurs que la loi dite « Soilihi » du 19 juillet 2019⁶⁶⁹ a étendu le bénéfice du régime des fusions simplifiées à 90 %⁶⁷⁰ aux sociétés civiles en créant un nouvel article 1854-1 au sein du Code civil. A noter par ailleurs que le régime des fusions simplifiées à 90 % a plus récemment été étendu aux SARL par le nouvel article L236-8 du Code de commerce issu de l'ordonnance 2023-393 du 24 mai 2023⁶⁷¹.

419. *S'agissant du droit turc*, les régimes de fusion simplifiée prévus aux articles 155 et 156 du CCT s'applique à toutes les sociétés de capitaux (à l'exclusion des sociétés de personnes). Les sociétés de capitaux (*sermaye şirketleri*) sont expressément visées à l'article 124 du même code : il s'agit des sociétés anonymes (*anonim şirket*), des sociétés à responsabilité limitée (*limited şirket*) et des sociétés en commandite par actions (*sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket*). Lesdites formes sociales peuvent donc bénéficier des régimes de fusion simplifiée en droit turc.

b. Les fusions entre sociétés sœurs détenues par une même société mère

420. Opérations concernées. La deuxième opération pouvant bénéficier d'un régime de fusion simplifiée est la fusion entre sociétés sœurs dont les titres (pour le droit français) ou les droits de vote (pour le droit turc) de chaque société participante sont détenus à 100 % par une même société mère. Contrairement au droit turc, le droit français prévoit également un régime de fusion simplifiée en cas de fusion entre sociétés sœurs dont les titres des deux sociétés participantes sont détenus à hauteur d'au moins à 90 % par la société mère⁶⁷². Les

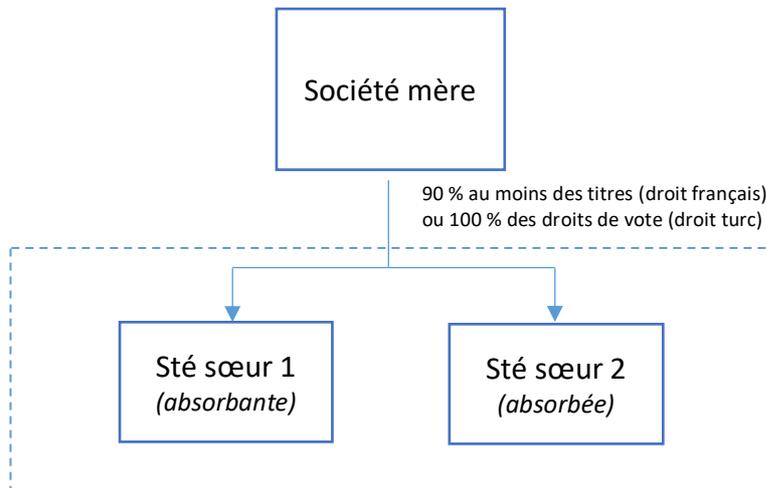
⁶⁶⁹ Loi n° 2019-744 dite « Soilihi » du 19 juillet 2019 « de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés », publiée au Journal Officiel le 20 juillet 2020.

⁶⁷⁰ L'extension du bénéfice du régime des fusions simplifiées ne concerne que les fusions entre une société mère et une filiale dont les droits de vote sont détenus à hauteur d'au moins 90 % par la société mère « depuis le dépôt du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de l'opération » (C.civ. art. 1854-1). L'extension ne vise pas le régime des fusions simplifiées à 100 % dès lors qu'une société civile ne peut par principe être intégralement détenue par un seul associé (minimum de deux associés).

⁶⁷¹ Avant l'ordonnance n°2023-393 du 24 mai 2023 « portant réforme du régime des fusions, scissions, apports partiels d'actifs et opérations transfrontalières des sociétés commerciales », lorsqu'il était question de la fusion-absorption d'une filiale dont les droits de vote étaient détenus à 90 % par la société mère, le régime des fusions simplifiées s'appliquait uniquement aux sociétés par actions - à l'exclusion notamment des sociétés à responsabilité limitée - dès lors qu'aucun renvoi n'était opéré à l'ancien article L236-11-1 du Code de commerce (relatif au régime des fusions simplifiées à 90 %) par l'ancien article L236-23 du même code (relatif aux fusions entre sociétés à responsabilité limitée).

⁶⁷² Le régime des fusions simplifiées avait dans un premier temps été étendu par la loi n°2019-744 dite « Soilihi » du 19 juillet 2019 aux fusions entre sociétés sœurs détenues à 100 % par une même société mère et aux fusions entre sociétés sœurs dont les droits de vote étaient détenus à hauteur d'au moins 90 % par la société mère (ancien article L236-11-1 du Code de commerce). Ces opérations ne bénéficiaient pas du formalisme allégé avant l'entrée en vigueur de cette loi. L'article L236-11-1 du Code de commerce a toutefois été récemment remplacé par l'article L236-12 du même code issu de l'ordonnance n°2023-393 du 24 mai 2023. Ce nouvel article prend désormais en

fusions entre sociétés sœurs concernées sont donc celles dont les deux entités, société absorbante et société absorbée, sont sous la détention intégrale d'une même société mère, ou dont les titres sont détenus à hauteur d'au moins à 90 % par la société mère (cette dernière hypothèse ne concernant que le droit français). Le schéma se présente de la manière suivante :



421. Sociétés concernées. *S'agissant du droit français*, le régime des fusions simplifiées entre sociétés sœurs ne concernent que les sociétés de capitaux, à l'exclusion des sociétés civiles. De la même manière que l'hypothèse précédente⁶⁷³, le régime des fusions simplifiées entre sociétés sœurs dont les titres sont détenus à hauteur d'au moins 90 % par la société mère s'applique également en présence d'une société à responsabilité limitée.

422. *S'agissant du droit turc*, qui, rappelons-le, envisage uniquement le cas des fusions entre sociétés sœurs dont les droits de vote sont détenus intégralement par la société mère (et non à hauteur d'au moins 90 %), le régime des fusions simplifiées s'applique à toutes les sociétés de capitaux, à l'exclusion des sociétés de personnes, de la même manière que la première hypothèse⁶⁷⁴. Le droit turc apparaît en ce sens relativement explicite s'agissant du champ d'application des régimes de fusions simplifiées.

considération, pour l'appréciation du seuil de 90 %, les « parts » ou « autres titres conférant un droit de vote » (voir à ce titre la note de bas de page n°668 *in fine*).

⁶⁷³ Fusion entre une société mère et sa filiale détenue à hauteur d'au moins 90 %

⁶⁷⁴ Fusion entre une société mère et sa filiale dont les droits de vote sont détenus à 100 % par la société mère

423. En droit français, la réécriture récente des textes relatifs aux fusions (et autres opérations de restructuration) à travers l'ordonnance n°2023-393 du 24 mai 2023 offre un cadre plus clair en réduisant les renvois nuisant à la clarté de la norme, ce qui permet ainsi une meilleure lisibilité, source de sécurité juridique et d'attractivité du droit.

2. Un allègement considérable du formalisme juridique

424. Qu'il s'agisse du droit français ou du droit turc, les régimes de fusions simplifiées allègent considérablement le déroulement des fusions intragroupe dès lors que les conditions sont respectées (a). Le droit français se distingue toutefois par un dispositif encore plus souple que les fusions simplifiées, à savoir les opérations de dissolutions par confusion de patrimoine, dit « TUP » en pratique pour transmission universelle de patrimoine (b).

a. Un allègement considérable du formalisme juridique aussi bien en droit français qu'en droit turc

425. Le régime des fusions simplifiées prévoit une procédure allégée du déroulement de la fusion se traduisant en pratique par l'absence d'établissement d'un rapport des organes de direction, l'absence d'intervention d'un commissaire à la fusion ou d'un commissaire aux apports, et l'absence de tenue d'une assemblée générale approuvant la réalisation définitive de la fusion. Des dispenses similaires, sur lesquelles nous ne reviendrons pas, sont prévues en droit turc⁶⁷⁵. Les développements suivants concernent exclusivement le droit français.

426. Absence de rapport des organes de direction et d'intervention d'un commissaire à la fusion ou d'un commissaire aux apports. Les dispositions prévues aux articles L236-11 et L236-12 du Code de commerce dispensent les organes dirigeants des sociétés parties à la fusion de l'établissement d'un rapport destiné à être remis à la disposition des associés. Sauf exception particulière⁶⁷⁶, les fusions simplifiées sont également dispensées de nommer un commissaire à la fusion ou un commissaire aux apports (et donc des rapports à établir en principe par ces derniers). À noter cependant que s'agissant des fusions à 90 %, la dispense d'établissement du rapport des organes de direction et des rapports du commissaire à la fusion ou du commissaire aux apports est conditionnée à la proposition de rachat des titres

⁶⁷⁵ Article 156 du CCT

⁶⁷⁶ La nomination d'un commissaire aux apports reste obligatoire en cas d'émission de valeurs mobilières donnant accès au capital de la société absorbée.

des associés minoritaires de la société absorbée. En effet, ces derniers doivent avoir été en mesure de se faire racheter leurs titres par la société absorbante préalablement à la fusion⁶⁷⁷.

427. Absence d'assemblée générale approuvant la réalisation définitive de la fusion.

Conformément aux dispositions des articles L236-11⁶⁷⁸ et L236-12 du Code de commerce⁶⁷⁹, les fusions simplifiées réalisées entre sociétés dont l'une détient au minimum 90 % des titres de l'autre, ou les fusions simplifiées entre sociétés sœurs dont les titres sont détenus à hauteur d'au moins 90 % par une même société mère, ne sont pas soumises à la tenue d'une assemblée générale en vue d'approuver la réalisation de la fusion. Lesdites dispositions précisent que « toutefois, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion ». En raison de l'absence d'exigence – sauf exception précédente – de la tenue d'une telle assemblée générale⁶⁸⁰, le traité de fusion doit prévoir une date de réalisation définitive sur le plan juridique. A défaut de date indiquée, il semble néanmoins concevable en pratique de mentionner que la fusion simplifiée deviendra définitive au lendemain du terme du délai d'opposition de trente jours des créanciers⁶⁸¹.

428. Allègement du contenu du traité de fusion. Le régime des fusions simplifiées permet également d'alléger considérablement le contenu du traité de fusion. En effet, certaines mentions, obligatoires dans le cadre d'une fusion non simplifiée, n'ont pas lieu de figurer dans le cadre des fusions simplifiées notamment lorsque l'opération n'entraîne aucun échange de titres. Il en va notamment des mentions relatives aux modalités de remise des titres, du rapport d'échange desdits titres, de la date à laquelle les titres donnent droit aux bénéficiaires, du montant de la soulte et de la prime de fusion.

⁶⁷⁷ S'agissant d'une société absorbée non cotée, la valorisation des titres se fait selon les conditions prévues par l'article 1843-4 du Code civil (à dire d'expert si contestation des minoritaires). S'agissant d'une société absorbée cotée, la valeur des titres est déterminée dans le cadre d'une offre publique initiée dans le respect du règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

⁶⁷⁸ Pour les fusions entre société mère et filiale détenue à 100 % ou entre sociétés sœurs détenues intégralement par une même société mère

⁶⁷⁹ Pour les fusions entre société mère et filiale détenue à 90 %

⁶⁸⁰ A noter que la société absorbante conserve la possibilité de tenir une assemblée générale en vue d'approuver la réalisation définitive de la fusion et de préciser une date d'effet de ladite fusion sur le plan juridique (possibilité de prévoir une date d'effet rétroactif sur le plan comptable et fiscal).

⁶⁸¹ En pratique, dans un souci de faciliter certaines déclarations, notamment sur le plan social, il apparaît judicieux de retenir une date qui correspond au dernier jour du mois.

b. La particularité des « TUP » en droit français : un formalisme juridique encore plus souple que les fusions simplifiées

429. Le régime de fusion simplifiée entre une société mère et sa filiale détenue à 100 % fait l'objet de la concurrence d'un autre dispositif très utilisé en pratique en droit français du fait d'un formalisme juridique encore plus allégé que celui applicable dans le cadre d'un régime de fusion simplifiée. Il s'agit de l'opération de dissolution par confusion de patrimoine (dit aussi « dissolution-confusion » ou, en pratique, « TUP » pour transmission universelle de patrimoine) qui est l'opération par laquelle la société mère (absorbante) décide, en tant qu'associée unique de sa filiale (détenue donc à 100 %), la dissolution sans liquidation de cette dernière et par conséquent la transmission universelle du patrimoine de sa filiale à son profit. Le schéma se présente de la même manière que pour une fusion entre une société mère et sa filiale détenue à 100 %.

430. Cette opération se caractérise par un formalisme très allégé puisque celle-ci résulte d'une simple décision unilatérale de la société mère en tant qu'associée unique de la filiale, sans nécessité par définition d'établir un traité de fusion, ce qui explique le recours fréquent à cette opération de restructuration en pratique au détriment notamment de l'opération de fusion-absorption d'une filiale détenue à 100 % envisagée précédemment⁶⁸². Ce dispositif prévu à l'article 1844-5 du Code civil permet ainsi d'aboutir au même résultat qu'une fusion simplifiée. Le recours au régime de la fusion simplifiée conserve toutefois son intérêt dans une telle situation de détention à 100 % notamment afin de bénéficier d'une date d'effet rétroactif sur le plan comptable, impossible dans le cadre d'une dissolution par confusion de patrimoine (TUP)⁶⁸³.

431. En somme, au-delà d'un formalisme juridique allégé, mais également d'un traitement comptable simplifié s'agissant en particulier des fusions entre sociétés sœurs détenues à

⁶⁸² La dissolution-confusion ne doit donc pas être confondue avec la fusion-absorption d'une filiale détenue à 100 % prévue à l'article L236-11 du Code de commerce : le formalisme lié à la dissolution-confusion est encore plus allégé dans le cadre d'une dissolution-confusion que dans le cadre d'une fusion-absorption d'une filiale détenue à 100 %.

⁶⁸³ A noter qu'aucune rétroactivité n'est possible sur le plan juridique, et ce qu'il s'agisse d'une fusion s'inscrivant dans un régime simplifié (C. Com. Art. L236-11, L236-12 et L236-4) ou dans le cadre d'une dissolution par confusion de patrimoine (C. Civ. Art. 1844-5). En revanche, le régime de fusion simplifiée autorise sous certaine condition une rétroactivité d'un point de vue comptable et fiscal tandis que le régime applicable en cas de dissolution par confusion de patrimoine envisage seulement une rétroactivité sur le plan fiscal (et non comptable).

100 % par une même société mère⁶⁸⁴, le législateur consacre une neutralisation comptable et fiscale des opérations de restructurations sous « contrôle commun », cet objectif de neutralité pouvant plus largement être analysé comme le fondement d'une imposition unitaire⁶⁸⁵ du groupe de sociétés.

§2. La neutralité fiscale, fondement de l'imposition unitaire du groupe ?

432. Les groupes de sociétés, principaux bénéficiaires de la neutralité fiscale. La fiscalité des groupes constitue le terrain privilégié de l'objectif de neutralité puisqu'il implique de faire abstraction – de manière plus ou moins marquée – de la personnalité juridique des sociétés membres. Ainsi que l'affirme M. BOMMIER dans sa thèse consacrée à la matière, l'objectif de neutralité « appelle à suspendre dans certains cas les effets attachés à la personnalité juridique⁶⁸⁶ ». Il ajoute que « l'objectif de neutralité garantit en ce sens une égalité de traitement entre les différentes formes d'organisation juridique de l'entreprise et confère, corrélativement, une certaine liberté dans la structuration juridique de cette dernière⁶⁸⁷ ». Il rejoint « les enjeux de structuration des groupes⁶⁸⁸ ». Le groupe étant amené à évoluer dans le temps, le droit fiscal ne doit pas être un frein à la nécessaire adaptation du groupe face à un environnement concurrentiel qui l'exige. Les restructurations internes doivent donc pouvoir se passer de manière assez souple sans contraintes fiscales, ce qui est le cas du droit français, moins du droit turc où la neutralité fiscale apparaît partielle en matière de fusion⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ *S'agissant du traitement comptable au niveau de la société absorbante de l'actif net apporté par la société absorbée* : la fusion entre sociétés sœurs détenues à 100 % par une même société mère ne donnant pas lieu à un échange de titres de la société absorbante contre des titres de la société absorbée et dans la mesure où il n'y a pas d'augmentation de capital chez la société absorbante, les écritures comptables à passer sont simplifiées. L'article 746-1 du PCG prévoit que l'actif net apporté par la société absorbée au profit de la société absorbante doit être inscrit en report à nouveau dans les comptes de l'entité absorbante. A noter dans ce cas que si l'actif net apporté est négatif, la capacité de distribution de la société absorbante sera diminuée suite à la réalisation définitive de la fusion.

S'agissant du traitement comptable au niveau de la société mère de la disparition des titres de la société absorbée suite à la fusion, les écritures comptables au niveau de la société mère détentrice de l'intégralité des titres des sociétés parties à la fusion sont également très simplifiées. En effet, l'article 746-2 du PCG prévoit qu'il convient simplement d'ajouter, suite à la réalisation définitive de la fusion, la valeur brute (et les éventuelles dépréciations) des titres de la société absorbée à la valeur brute (et aux éventuelles dépréciations) des titres de la société absorbante.

⁶⁸⁵ Voir à cet égard : BOMMIER L., *L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise*, Coll. Thèse, Sous-coll. Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité - t.73, Ed. LGDJ, 2021

⁶⁸⁶ *Ibid.*, n°31

⁶⁸⁷ *Ibid.*, n°51

⁶⁸⁸ *Ibid.*, n°42

⁶⁸⁹ Voir *supra*, n°412 et suiv.

433. Au-delà de l'objectif de neutralité qui apparaît comme l'objectif premier des opérations de restructurations et notamment des fusions intragroupe, cet objectif est également recherché – sans être totalement affirmé et assumé – par la plupart des dispositifs fiscaux relatifs aux groupes de sociétés et notamment des régimes de consolidation comme l'intégration fiscale. La question est donc celle de savoir si la neutralité peut faire l'objet d'une consécration plus globale en matière de fiscalité des groupes et constituer le fondement de l'imposition unitaire du groupe, ce qui suppose de voir les caractéristiques de cette notion (A) et de définir plus précisément les conditions nécessaires à son applicabilité (B).

A. La caractérisation de la neutralité fiscale au sein des groupes

434. Neutralisation des opérations intragroupe. L'objectif de neutralité au sein du groupe consiste en premier lieu à neutraliser les opérations intragroupe afin de faire ressortir l'entité d'ensemble qu'est le groupe, et ce par une appréhension unitaire de ce dernier. La neutralisation des opérations intragroupe renvoie à l'idée que ces opérations doivent être considérées comme réalisées au sein d'une même entité et donc ne pas entraîner de conséquences particulières au plan fiscal. En particulier, l'objectif de la neutralité fiscale renvoie ici à celui de l'élimination des doubles impositions au sein du groupe. C'est l'objectif du régime de l'intégration fiscale qui, en plus de compenser les résultats positifs et négatifs des sociétés membres intégrées, vise à neutraliser l'essentiel des flux financiers et d'exploitation bien que la neutralisation de certains de ces flux a été récemment abandonnée par le législateur⁶⁹⁰. Si la neutralité se reflète donc par la neutralisation des opérations internes au groupe, M. BOMMIER estime qu'elle se caractérise également par un transfert de la qualité de redevable, en l'occurrence d'une structure membre à une autre structure du même groupe⁶⁹¹.

435. Transfert de la qualité de redevable. L'auteur relève en effet que le transfert de la qualité de redevable apparaît dans plusieurs dispositifs fiscaux relatifs aux groupes de sociétés, et notamment dans le cadre du régime de faveur de l'article 210 A du CGI visant les fusions et le régime de l'intégration fiscale prévue à l'article 223 A du CGI.

⁶⁹⁰ Voir à ce titre *supra*, n° 356 et suiv.

⁶⁹¹ BOMMIER L., *L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise*, op. cit., n°63

436. Fusion. Dans la première hypothèse, le redevable de l'impôt devient la société absorbante (société bénéficiaire du patrimoine de l'absorbée) du seul fait de la fusion qui emporte, rappelons-le, transmission universelle de patrimoine de la société absorbée. Ce transfert de la qualité de redevable – de la société absorbée qui est dissoute suite à la réalisation définitive de la fusion – à la société absorbante se manifeste par un sursis d'imposition et donc par une absence d'imposition immédiate chez l'absorbée. L'imposition est en quelque sorte suspendue jusqu'à la réalisation d'un évènement chez l'absorbante et c'est cette dernière qui devient redevable à l'issue de la réalisation définitive de la fusion. Si ces principes s'appliquent pour toutes les fusions placées sous le régime de l'article 210 A du CGI, la neutralité est accentuée dans le cadre des fusions intragroupe sous contrôle commun. La fusion sous contrôle commun implique en effet de reprendre à l'identique, sur le plan comptable, l'ensemble des écritures de l'absorbée dans les comptes de l'absorbante. La fusion intragroupe entre une société mère et sa filiale ou encore entre deux sociétés sœurs détenues par une même société mère⁶⁹² impose en effet de retenir les valeurs comptables des éléments apportés dans le cadre des dites opérations⁶⁹³, et non les valeurs vénales (réelles) qui au contraire auraient conduit à constater des plus-values latentes imposables. La neutralité est en ce sens aussi bien comptable que fiscal dans le cadre des fusions sous contrôle commun.

437. Intégration. Dans la seconde hypothèse, le redevable de l'impôt devient la société mère tête de groupe, cette dernière étant titulaire d'une « dette fiscale unique ». Lorsqu'une société membre intègre un groupe intégré au plan fiscal, sa qualité de redevable de l'IS est donc transférée à la société tête de groupe. La filiale intégrée n'est plus le redevable légal bien que la loi consacre une solidarité entre sociétés membres du groupe intégré dans le paiement de l'IS en cas de défaillance de la société mère⁶⁹⁴ et bien que les filiales doivent continuer d'établir une déclaration individuelle⁶⁹⁵. Le principe de base reste celui posé par le premier alinéa de l'article 223 A du CGI, à savoir que la société mère devient « seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe ».

⁶⁹² Dans les conditions envisagées *supra*, n°415 et suiv.

⁶⁹³ Voir *supra* n°402 et suiv.

⁶⁹⁴ Cette solidarité est toutefois limitée pour chaque société intégrée au montant des sommes dues par chaque société si elle n'était pas membre du groupe : voir *supra* n°352.

⁶⁹⁵ CGI, art. 46 quater-0 ZK

438. En somme et ainsi que le résume M. BOMMIER, « le redevable d'ensemble est alors la société tête de groupe dans le régime de l'intégration fiscale, l'associé dans le régime de la transparence, la société bénéficiaire ou absorbante dans le régime des fusions et opérations assimilées⁶⁹⁶ ».

439. La neutralisation des opérations intragroupe et le transfert de la qualité de redevable constituent en quelque sorte les « reflets » de la neutralité fiscale, autrement dit ses conséquences ou ses effets particulièrement visibles dans le cadre des groupes. Le bénéfice de cette neutralité fiscale implique toutefois le respect de certaines conditions qui peuvent paraître très variables selon les différents dispositifs en question mais qui renvoient en réalité à deux principales questions.

B. Les conditions de la neutralité fiscale

440. Des conditions « d'unité » et de « permanence » de l'entreprise. A première vue, les conditions à respecter permettant de bénéficier de la neutralité fiscale varient en fonction du dispositif en question. Si les conditions à respecter ne sont pas nécessairement les mêmes d'un dispositif à un autre, elles renvoient en réalité toutes à deux conditions principales. Le bénéfice de la neutralité fiscale dans les différents dispositifs fiscaux implique ainsi une structuration du groupe reflétant une certaine unité. M. BOMMIER fait ressortir à ce titre deux conditions essentielles pour bénéficier de la neutralité fiscale dans le cadre de certaines opérations ou certains dispositifs : l'unité (1) et la permanence (2) de l'entreprise⁶⁹⁷.

1. *L'unité*

441. La condition d'unité de l'entreprise est appréhendée de manière assez proche dans le régime de l'intégration fiscale et dans celui du sursis d'imposition en matière de fusion.

442. Intégration fiscale. Comme indiqué dans nos développements précédents, la neutralité du droit fiscal apparaît en matière d'intégration fiscale dès lors qu'il est également question ici d'appréhender le groupe comme une seule et même entité en procédant à

⁶⁹⁶ BOMMIER L., *L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise*, op. cit., n°1249

⁶⁹⁷ « Comme pour les autres régimes de consolidation, le bénéfice du régime de la neutralité des fusions et opérations assimilées se trouve subordonné à des conditions d'unité et de permanence de l'entreprise » (BOMMIER L., *L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise*, op. cit., n°426)

l'addition des résultats individuels des sociétés membres intégrés – pour ensuite effectuer des retraitements fiscaux en vue de déterminer le résultat d'ensemble – tout en faisant abstraction de la personnalité juridique de ces dernières. Les conditions d'unité et de permanence sont ici respectées lorsque les conditions d'application de l'intégration fiscale sont également remplies. S'agissant de la première condition relative à l'unité de l'entreprise, en l'occurrence du groupe, la neutralité fiscale se fonderait ici selon M. BOMMIER sur une triple unité des sociétés membres intégrées : « l'unité de régime fiscal » (assujettissement obligatoire à l'IS de l'ensemble des sociétés intégrées), « l'unité de gouvernance⁶⁹⁸ » (détention d'au moins 95 % des droits de vote et droits financiers des filiales intégrées) et « l'unité d'exercice » (alignement des dates de clôture des exercices sociaux)⁶⁹⁹. Le respect de cette triple condition caractérise la première condition globale d'unité de l'entreprise.

443. Fusion. Qu'il soit question de réunir au sein d'une même personne morale deux patrimoines pour n'en former qu'un seul (fusion) ou au contraire de scinder une société membre du groupe pour cloisonner une activité particulière (scission ou apport partiel d'actifs), la fiscalité doit appréhender ce type d'opération comme une seule et même opération et éviter ainsi des doubles impositions qui seraient lourdes et non justifiées d'un point de vue économique⁷⁰⁰. La fiscalité apparaît en ce sens attractive lorsqu'elle autorise la réalisation de telles opérations en pleine neutralité à l'intérieur du groupe. S'agissant des opérations de fusions, les conditions d'unité et de permanence seraient présumées respectées selon M. BOMMIER du fait de la transmission universelle de patrimoine⁷⁰¹

⁶⁹⁸ Le critère de « l'unité de gouvernance » renvoyant ici seulement au pourcentage de droits de vote et de droits financiers détenus par la société mère, il conviendrait plutôt de parler « d'unité de contrôle » à notre sens.

⁶⁹⁹ BOMMIER L., *L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise*, op. cit., n°390

⁷⁰⁰ S'agissant par exemple des fusions, l'opération se traduit au plan juridique par une dissolution de la société absorbée, d'une part, et la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante, d'autre part. En l'absence de neutralité fiscale, l'opération de fusion ne présenterait pas grand intérêt d'un point de vue fiscal puisque ces deux étapes déclencherait de multiples impositions. La neutralité fiscale invite à considérer qu'il s'agit ici d'une opération intercalaire justifiant des mécanismes de sursis d'imposition.

⁷⁰¹ A noter à cet égard que la transmission universelle de patrimoine apparaît comme une exception, le principe étant, conformément aux dispositions de l'article 1844-8 du Code civil, la liquidation de la société. L'article 1844-8 du Code civil prévoit en effet que « la dissolution de la société entraîne sa liquidation, hormis les cas prévus à l'article 1844-4 [qui vise notamment les opérations de fusion] et au troisième alinéa de l'article 1844-5 [réunion de toutes les parts sociales en une seule main – absence de dissolution de plein droit] ».

inhérente auxdites opérations⁷⁰². L'unité serait ici caractérisée selon l'auteur en raison de l'assujettissement à l'IS des sociétés parties à l'opération de fusion.

444. A notre avis, la condition d'unité peut être considérée comme étant caractérisée à l'intérieur d'un groupe du seul fait de la réalisation de l'opération de fusion simplifiée au sein d'un même groupe, d'une même entreprise. L'unité peut par ailleurs être considérée comme réalisée dès lors que la fusion (y compris non simplifiée) aboutit à la réunion de deux patrimoines pour n'en former *in fine* qu'une seule, sans renvoyer spécifiquement à la question de l'assujettissement à l'IS des sociétés parties à l'opération de fusion mais davantage à la continuité d'une activité au sein d'une nouvelle personne morale à l'intérieur du groupe appréhendé comme une seule et même entreprise. L'unité peut également renvoyer plus simplement à la continuité, au niveau de la société absorbante, de la personne morale de la société absorbée. Cette dernière conception rejoint la position récente de la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière pénale. Dans un arrêt du 25 novembre 2020⁷⁰³, la Cour de cassation fonde en effet son analyse « sur le principe de continuité économique et fonctionnelle de la personne morale dont elle reconnaît qu'il conduit à ne pas considérer la société absorbante comme étant distincte de la société absorbée⁷⁰⁴ ». La société absorbante n'étant ici appréhendée que comme le prolongement de la société absorbée, l'unité est caractérisée du seul fait de la réalisation de l'opération de fusion⁷⁰⁵.

2. La permanence

445. Intégration fiscale. Quant à la condition de permanence de l'entreprise, celle-ci serait respectée selon M. BOMMIER à travers l'obligation pour les filiales d'exercer une option formelle, valable pour une durée minimale de 5 années, pour accéder au régime de l'intégration fiscale⁷⁰⁶. Cette condition relative à la permanence de l'entreprise pour

⁷⁰² BOMMIER L., *L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise*, op. cit., n°429

⁷⁰³ Cass. Crim. 25 nov. 2020, n°18-86.955 : Dr. pén. 2021, comm. 2, note CONTE P. : JCP G 2021

⁷⁰⁴ CHAVENT-LECLERE A.-S., *Responsabilité pénale et opérations de restructuration des entreprises (fusions et opérations assimilées)*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Coll. Thèmes et commentaires, Sous-coll. Actes, Ed. Dalloz, 2023, p.113 et suiv., et spéc. p. 123

⁷⁰⁵ Ce qui justifie qu'une société absorbante puisse être condamnée au plan pénal en raison de la commission d'une infraction par une société absorbée avant la réalisation définitive de la fusion (Cass. Crim. 25 nov. 2020, n°18-86.955 : op. cit.)

⁷⁰⁶ BOMMIER L., *L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise*, op. cit., n°408

bénéficiaire de la neutralité fiscale apparaît à cet égard assez discutable. Si elle est justifiée dans le cadre des opérations de restructurations dès lors qu'elle se traduit à notre avis par la continuité de l'activité (par exemple au sein de la société absorbante), elle ne présente pas le même intérêt s'agissant du régime de l'intégration fiscale où la question de la continuité de l'activité de la société intégrée ne se pose pas véritablement. Le respect de la seule condition relative à l'unité de l'entreprise suffirait ainsi à notre sens à justifier le bénéfice de la neutralité fiscale dans le cadre du régime de l'intégration fiscale. Autrement dit, contrairement à la condition d'unité qui constitue la condition fondamentale à respecter pour bénéficier de la neutralité fiscale en matière d'intégration, la condition relative à la permanence ne devrait pas à notre avis être considérée comme une condition indispensable au bénéfice de cette neutralité.

446. Fusion. En matière de fusion, la permanence de l'entreprise implique d'identifier l'activité transférée avant et après la réalisation définitive de la fusion. Si aucune condition de délai – et donc de permanence – n'est nécessaire dans l'hypothèse où la société absorbante « reçoit » une activité bénéficiaire, il en va autrement lorsque cette dernière est déficitaire. En effet, dans ce dernier cas et ainsi que nous l'avons analysé dans nos développements précédents, le transfert des déficits à la société absorbante nécessite de maintenir l'activité en question pendant une durée minimale de trois ans⁷⁰⁷. Il s'agit de la question de la stabilité de l'activité transférée. Plus précisément, rappelons que lorsque les déficits sont supérieurs à 200 000 euros, l'activité à l'origine des déficits (dont le transfert est demandé) ne doit pas avoir fait l'objet de changement significatif⁷⁰⁸ par la société absorbée pendant la période au titre de laquelle ces déficits ont été constatés. Surtout, ladite activité à l'origine des déficits devra être poursuivie par la société absorbante pendant une période d'au moins trois ans, et ce, sans faire l'objet de changement significatif à son tour pendant cette période, cette dernière condition pouvant par ailleurs être difficile à respecter en pratique⁷⁰⁹. En d'autres termes, outre l'exigence de stabilité de l'activité chez la société absorbée avant la fusion, le transfert des déficits dans le cadre d'une fusion est subordonné à la continuité de ladite activité – la même activité exercée initialement chez l'absorbée – chez la société absorbante

⁷⁰⁷ Voir *supra*, n°257 et suiv.

⁷⁰⁸ « Notamment en termes de clientèle, de moyens d'exploitation effectivement mis en œuvre, de nature et de volume d'activité » (CGI, art. 209, II 1-b)

⁷⁰⁹ Voir à ce sujet *supra*, en particulier nos développements n°259.

et ce pendant une certaine durée. Dans ces conditions et dans le contexte des fusions, la condition de la permanence de l'entreprise renvoie finalement à la question de la continuité de l'activité⁷¹⁰ au sein d'une nouvelle personne morale mais toujours au sein de la même entreprise organisée sous forme de groupe.

447. Ce critère de la continuité de l'activité pouvant être rattaché à la condition d'unité de l'entreprise, il conviendrait à notre avis de retenir uniquement la condition relative à l'unité de l'entreprise pour conditionner le bénéfice de la neutralité fiscale. La condition relative à la permanence ne semble pas utile puisque celle de l'unité englobe l'idée de permanence qui renvoie en réalité elle-même à l'idée de continuité de l'activité.

448. Objectif plus ou moins clairement affirmé dans les textes, la neutralité fiscale devrait en ce sens faire l'objet d'une consécration législative globale en matière de fiscalité des groupes de sociétés. Nous partageons en ce sens la thèse de M. BOMMIER, à savoir que l'objectif de neutralité peut constituer le fondement d'une imposition unitaire des groupes de sociétés, et ce dès lors que ces derniers sont les principaux concernés et que la neutralité constitue « l'essence des régimes de groupe⁷¹¹ ». Toutefois, il conviendrait à notre avis de retenir uniquement le critère relatif à l'unité de l'entreprise, en l'occurrence du groupe, comme condition du bénéfice de la neutralité, à l'exclusion donc de l'idée de permanence. Cette dernière renvoie parfois à la même idée d'unité du groupe – notamment en matière de fusion à travers le critère de la continuité de l'activité au sein d'une autre personne morale du même groupe – ou à des critères liés à la durée qui ne justifient pas en soi l'exclusion du bénéfice de la neutralité. Si l'objectif de neutralité fiscale peut ainsi constituer le fondement

⁷¹⁰ Pour une critique de la théorie de la continuité de l'entreprise ou de l'activité, voir : RAFFRAY R., *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Ed. Dalloz, 2011, spéc. n°62 : « si la doctrine s'accorde pour fonder la transmission universelle du patrimoine des personnes morales sur la continuité d'entreprise ou d'activité, cette analyse bute sur l'impossibilité de retenir l'intérêt de l'entreprise ou la seule activité comme fondements de l'autonomie du patrimoine social. La continuité de l'entreprise et de l'activité peuvent assurément être une conséquence de l'opération de transmission universelle, mais n'en constituent pas le fondement. En revanche, en appréciant l'effet de l'opération de transmission universelle sur l'affectation réalisée par le ou les associés, on peut expliquer la transmission universelle du patrimoine social. En s'en tenant à la fusion, il peut être démontré que la transmission universelle peut procéder d'une modification ou d'une cessation de l'affectation réalisée par le ou les associés. La modification de l'affectation caractérise les opérations de fusion-absorption et de fusion par création d'une société nouvelle, opérations par lesquelles les associés de la société absorbée font apport du patrimoine social. En revanche, c'est la cessation de l'affectation réalisée par la société mère qui explique la fusion simplifiée, opération par laquelle la société mère réintègre, sans liquidation, les biens et les dettes filialisés ».

⁷¹¹ BOMMIER L., *L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise*, op. cit., n°385

de l'imposition unitaire du groupe de sociétés, cette neutralité doit elle-même trouver son fondement dans la condition d'unité de l'entreprise que constitue le groupe, sans autre condition particulière. La consécration d'un principe général de neutralité en matière de groupe de sociétés permettrait par ailleurs d'assouplir considérablement l'appréciation de l'acte anormal de gestion au sein des groupes dès lors que les opérations réalisées à l'intérieur de ceux-ci (dans un contexte national) seraient considérées comme étant effectuées au sein d'une seule et même entité qu'est le groupe. L'appréciation assouplie de l'acte anormal de gestion serait alors fondée sur le principe de neutralité fiscale, à défaut de reconnaissance de l'intérêt de groupe en matière fiscale.

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE II

449. Les différents dispositifs autorisant une imposition unitaire du groupe nécessitent de trouver un fondement commun dans un souci de cohérence et de stabilité du droit. Certains fondements doivent à cet égard être exclus. Il en va notamment des concepts de personnalité fiscale et de patrimoine de groupe.

450. La personnalité fiscale, notion dont l'appréhension est variable au sein de la doctrine, renverrait à notre sens à la possibilité de reconnaître le groupe comme un sujet fiscal à part entière au même titre qu'une personne morale. La personnalité fiscale entendue comme « l'émanation fiscale de la personnalité juridique » – cette dernière renvoyant elle-même à la notion de patrimoine – devrait ainsi être caractérisée *a minima* par un patrimoine commun au groupe qui se reflèterait par une assiette commune au sein du groupe, ce qui peut se vérifier dans le cadre de certains dispositifs fiscaux comme celui de l'intégration fiscale. La personnalité fiscale impliquerait néanmoins également que le groupe soit lui-même redevable de l'impôt, ce qui, au contraire, n'est pas envisageable dès lors que c'est au mieux la société mère qui serait le redevable légal de l'impôt et non le groupe appréhendé comme une entité unique.

451. Se pose alors la question du patrimoine de groupe comme fondement de l'imposition unitaire du groupe. Le patrimoine étant étroitement lié à la personne, il conviendrait dans cette hypothèse que le groupe dispose d'une personnalité juridique ou fiscale, ce qui fait défaut dans les deux cas. Compte tenu des évolutions législatives récentes remettant en cause la conception traditionnelle d'unicité du patrimoine développée par AUBRY et RAU, l'idée qui pourrait être avancée est celle d'un patrimoine « global » détenu par la société mère. Ce patrimoine global serait composé du patrimoine « propre » de la société mère mais également des patrimoines qui seraient considérés comme affectés à l'activité des filiales. Le patrimoine ne serait dans ce cas plus rattaché à la personne mais à un intérêt spécifique. Toutefois, cette analyse qui conduit à « morceler » le patrimoine nous incite à rejeter le concept de « patrimoine de groupe » ou de « patrimoine global » de la société mère comme fondement de l'imposition unitaire du groupe.

452. Reste alors un dernier fondement qui nous semble le plus à même de constituer le fondement de l'imposition unitaire du groupe de sociétés, à savoir l'objectif de neutralité fiscale. La neutralité fiscale renvoie à l'idée selon laquelle les opérations intragroupe doivent être réalisées sans contraintes fiscales particulières et pouvoir être traitées de manière globale comme si le groupe ne forme qu'une seule et même entreprise. Cet objectif de neutralité est aujourd'hui poursuivi, plus ou moins expressément, par la plupart des régimes fiscaux afférents aux groupes de sociétés et mériterait en ce sens une reconnaissance globale plus ferme du législateur dans un souci de stabilité et de cohérence du droit, gage de sécurité juridique pour les entreprises et les praticiens. Ce faisant, le bénéfice de la neutralité fiscale serait assuré et systématisé dès lors qu'un dispositif reconnaît, y compris de manière implicite – sans l'affirmer expressément – le groupe comme une seule et même entité juridique.

CONCLUSION DU TITRE II

453. Qu'il s'agisse de la circulation des capitaux au sein du groupe, du transfert de titres de participation, ou de transmission de patrimoines intragroupe à travers des opérations de restructurations simplifiées, les législateurs français et turc manifestent clairement leur volonté respective de promouvoir et d'encourager la gestion opérationnelle des groupes de sociétés. Ceux-ci apparaissent en effet comme des espaces de circulation facilitée des flux intragroupe mais également comme des entités disposant d'un cadre juridique idéal à la transmission du patrimoine d'une société membre à une autre appartenant au même groupe. Il est dès lors possible de constater des atteintes plus ou moins marquées au principe d'autonomie juridique et patrimoniale des sociétés groupées, atteintes justifiées et légitimées par un souci de réalisme économique et d'attractivité du droit au profit des groupes.

454. Si les différents dispositifs en vigueur sont relativement proches en droit français et en droit turc, à l'exception de certains régimes spécifiques au droit français, ce dernier apparaît de manière générale plus attractif que le droit turc. Les groupes de sociétés bénéficient en effet d'un cadre juridique, et surtout fiscal, particulièrement souple et avantageux en droit français. Il serait en ce sens opportun pour le droit turc de s'inspirer des dispositifs prévus en droit français pour assouplir les conditions d'application et libéraliser davantage les régimes fiscaux à destination des groupes turcs – voire même de consacrer une réglementation fiscale spécifique aux groupes au même titre que la réglementation autonome existant en matière de droit des sociétés – l'objectif étant de favoriser le fonctionnement unitaire de ces derniers malgré la division juridique et patrimoniale qui continue malgré tout de régner comme principal fondamental en la matière.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

455. A travers les différents dispositifs consacrés aussi bien en droit des sociétés qu'en matière fiscale, le législateur, et parfois le juge, participent à favoriser un fonctionnement unitaire des groupes de sociétés, très souvent recherché par les sociétés mères et leurs dirigeants, ce qui suppose un décloisonnement juridique des entités du groupe par une approche souple du principe d'autonomie juridique des sociétés membres.

456. Ce fonctionnement unitaire du groupe passe par une gestion opérationnelle et globale du groupe. De nombreux régimes spécifiques, principalement en matière fiscale, permettent d'assurer cette gestion unitaire du groupe lorsque celui-ci est appréhendé dans un cadre interne, hors contexte international. Rappelons en effet que les groupes internationaux ou d'envergure internationale, entendus comme ceux dont l'une des sociétés au moins a son siège à l'étranger, sont au contraire davantage sujets aux dispositifs anti-abus, la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale s'étant considérablement accentuée ces dernières années sous l'impulsion des instances internationales telles que l'OCDE et des directives de l'Union européenne.

457. La faveur du législateur pour le fonctionnement unitaire du groupe se traduit également par des dispositifs tendant à assurer une certaine souplesse dans l'organisation du pouvoir au sein du groupe à travers notamment la mise en place d'une direction unifiée des sociétés groupées, et ce, afin de rendre pleinement effectif l'exécution d'une politique et d'une stratégie commune élaborée par la société mère contrôlaire. Cette dernière, agissant souvent en qualité de holding animatrice – notion prépondérante en matière fiscale – joue à cet égard un rôle important dans l'élaboration et l'instauration de la politique commune à l'échelle du groupe.

458. Le groupe de sociétés apparaît alors comme une entité unifiée sous l'égide la société mère contrôlaire, véritable détentrice du pouvoir au sein du groupe. Cette dernière, bien que disposant du pouvoir intragroupe, est pourtant, par principe, irresponsable du fait de ses filiales : le principe d'autonomie juridique bénéficie en effet aussi bien aux filiales dépendantes qu'à la société mère malgré son statut particulier de société dominante. Mais

« qu'est-ce qu'un pouvoir sans responsabilité ou une responsabilité sans pouvoir ? ⁷¹² ». Face à ce décalage persistant entre le droit et le fait conduisant à des situations parfois paradoxales et injustes, il est impératif de rééquilibrer la balance entre pouvoir et responsabilité par une responsabilisation accrue de la société mère.

⁷¹² BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2014, n°169

PARTIE II. RESPONSABILISER LA SOCIETE MERE

459. Les différents régimes juridiques et fiscaux favorisant l'organisation et le développement des groupes de sociétés doivent, dans un esprit de cohérence du droit et face aux attentes légitimes de la société civile, nécessairement s'accompagner de solides dispositifs visant à responsabiliser la société contrôlée ou contrôlante qu'est la société mère. En effet, ainsi que le soulignait déjà un auteur il y a une trentaine d'années, « l'important n'est pas le groupe : c'est l'actionnaire de contrôle. Et, plutôt que de parler du droit des groupes, mieux vaudrait traiter des devoirs du majoritaire⁷¹³ ». Véritable détentrice du pouvoir, les agissements de la société mère sont en effet susceptibles de nuire aux différents intérêts en présence dans le contexte des groupes. La société mère doit ainsi faire l'objet d'une responsabilisation accrue aussi bien dans ses rapports internes au groupe, en particulier à l'égard des associés minoritaires (**Titre I**), que dans ses rapports externes à l'égard des tiers (**Titre II**).

TITRE I. RESPONSABILISER LA SOCIETE MERE A L'EGARD DES MINORITAIRES

TITRE II. RESPONSABILISER LA SOCIETE MERE A L'EGARD DES TIERS

⁷¹³ DIDIER P., *Droit commercial*, tome 2, 3^{ème} éd., PUF, 1993

Titre I. Responsabiliser la société mère à l'égard des minoritaires (*relations internes au groupe*)

460. L'étendue de la responsabilité de la société mère, en sa qualité de dirigeante et/ou d'associée⁷¹⁴ majoritaire de la filiale, à l'égard des associés minoritaires de la même filiale se mesure par le degré de protection de ces derniers au sein des groupes de sociétés. Au regard de leur situation particulière, il s'agit en premier lieu de protéger les associés minoritaires des filiales⁷¹⁵ qui subissent très généralement la politique du groupe élaborée par la société mère, celle-ci pouvant s'avérer néfaste pour la filiale, et donc porter indirectement atteinte à leurs intérêts. Il ressort de l'analyse du droit français et du droit turc un écart important entre ces derniers dans le degré de protection des minoritaires intragroupe (**Chapitre 1**).

461. Le constat d'une protection relativement limitée des minoritaires en droit français nous conduira à proposer une approche renouvelée accentuant la responsabilisation de la société mère à l'égard des minoritaires de la filiale, tout en préservant la prééminence au sein du groupe de la première sur les seconds (**Chapitre 2**).

⁷¹⁴ A noter que nous utiliserons de manière générale le terme « associé » pour qualifier le statut de la société mère dans le contexte du groupe, sans nécessairement se référer à la notion d'« actionnaire » qui ne s'appliquerait qu'aux situations dans lesquelles la société mère est actionnaire d'une société par actions (et non aux SARL notamment). Le terme « associé » peut à notre sens être utilisé plus largement, y compris dans le cadre des sociétés par actions, dès lors que le législateur lui-même qualifie expressément « d'associé » l'actionnaire de la SAS qui, pourtant, est bien une société par actions.

⁷¹⁵ Et non les associés de la société mère bien que ces derniers puissent également subir la politique du groupe, par exemple si la société mère décide de prendre en charge (en principe sous réserve d'une contrepartie) les dettes d'une ou plusieurs de ses filiales.

Chapitre I. Une protection à géométrie variable des minoritaires au sein du groupe (*de lege lata*)

462. Les droits français et turc n’offrent pas le même degré de protection des minoritaires au sein du groupe : si cette protection est relativement limitée en droit français (**Section 1**), elle apparaît au contraire davantage renforcée et plus satisfaisante en droit turc (**Section 2**).

Section 1. Une protection limitée des minoritaires en droit français

463. Qu’il s’agisse des droits dont disposent les minoritaires en vue de prévenir les conflits d’intérêts et les atteintes à l’intérêt social de la filiale (§1) ou des actions en responsabilité dont ils peuvent avoir recours contre la société mère ou les dirigeants (§2), ces dispositifs n’apparaissent pas suffisamment dissuasifs pour la société mère qui reste fortement susceptible de porter atteinte aux intérêts de sa filiale, et indirectement, aux associés minoritaires de cette dernière.

§1. Des droits limités en vue de prévenir les conflits d’intérêt et les atteintes à l’intérêt social de la filiale

464. Les droits des minoritaires apparaissent relativement limités dans le contexte des groupes de sociétés : certains droits spécifiques sont seulement accordés aux associés de la société mère (A) bien qu’ils mériteraient d’être étendus aux minoritaires des filiales. D’autres sont plus larges et bénéficient également aux associés minoritaires des filiales (B).

A. Des droits spécifiques accordés aux seuls associés de la société mère

465. Contrairement aux associés minoritaires de la filiale qui sont pourtant les principaux acteurs qui mériteraient une attention particulière et une protection renforcée, seuls les associés de la société mère bénéficient d’un droit d’information sur le périmètre et l’activité du groupe (1) et sont susceptibles de faire une demande d’expertise de gestion au niveau du groupe (2).

1. Un droit d’information sur le périmètre et l’activité du groupe profitant aux seuls associés – y compris minoritaires – de la société mère

466. Un droit d’information spécifique reconnu aux associés de la société mère sur les prises de participation de cette dernière et l’activité des sociétés du groupe. Conformément aux dispositions de l’article L232-1 du Code de commerce, les dirigeants de société sont tenus,

à la clôture de chaque exercice social, d'établir un rapport de gestion devant être soumis aux associés préalablement à la tenue de l'assemblée générale ordinaire annuelle qui doit intervenir six mois au plus tard après la clôture de l'exercice social⁷¹⁶. Un certain nombre d'informations doivent figurer dans ledit rapport⁷¹⁷. En particulier, le rapport de gestion établi par les dirigeants de la société mère doit mentionner des informations relatives aux prises de participations et à l'activité des sociétés contrôlées au cours de l'exercice écoulé. L'article L233-6 du Code de commerce précise à cet égard que « lorsqu'une société a pris, au cours d'un exercice, une participation dans une société ayant son siège social sur le territoire de la République française représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers ou de la moitié du capital de cette société ou s'est assuré le contrôle d'une telle société, il en est fait mention dans le rapport présenté aux associés sur les opérations de l'exercice et, le cas échéant, dans le rapport des commissaires aux comptes ». Le second alinéa du même article poursuit en précisant que « le conseil d'administration, le directoire ou le gérant d'une société rend compte dans son rapport de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société, des filiales de la société et des sociétés qu'elle contrôle par branche d'activité. Lorsque cette société établit et publie des comptes consolidés, le rapport ci-dessus mentionné peut être inclus dans le rapport sur la gestion du groupe mentionné à l'article L. 233-26 » du même code.

467. Obligation pour les dirigeants de la société mère d'établir un rapport sur la gestion du groupe en présence de comptes consolidés. L'article L233-26 du Code de commerce prévoit également une obligation d'établir un rapport de groupe lorsque la société en question est tenue d'établir des comptes consolidés. Cet article dispose que ledit rapport doit exposer « la situation de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la

⁷¹⁶ A noter que depuis une loi n° 2018-727 du 10 août 2018 « pour un Etat au service d'une société de confiance », les sociétés commerciales répondant à la définition des petites entreprises sont, sauf exceptions, dispensées de l'obligation d'établir un rapport de gestion (art. 55 IV et V, Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 ; art. L232-1 du Code de commerce), ce qui ne signifie toutefois pas l'interdiction pour les sociétés concernées d'établir volontairement ledit rapport. Il est précisé à ce titre que les « petites entreprises » sont les sociétés qui ne dépassent pas, à la clôture de l'exercice, deux des trois seuils suivants : total du bilan : 4 millions d'euros / montant net du chiffre d'affaires : 8 millions d'euros / nombre moyen de salariés : 50.

⁷¹⁷ Sans être exhaustif, le rapport de gestion doit notamment exposer la situation financière de la société, mentionner la nature des principales activités exercées, l'évolution prévisible de la société ou les perspectives d'avenir, les événements importants survenus au cours de l'exercice écoulé et entre la clôture de l'exercice et la date d'établissement du rapport, les activités en matière de recherche et développement, les dividendes distribués au cours des trois derniers exercices, les succursales existantes, décrire les principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée etc.

consolidation, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice de consolidation et la date à laquelle les comptes consolidés sont établis ainsi que ses activités en matière de recherche et de développement. Ce rapport peut être inclus dans le rapport de gestion mentionné à l'article L. 232-1 », à savoir sur le rapport de gestion relatif aux comptes sociaux (comptes individuels de la société).

468. Si ce droit à l'information bénéficie à tous les associés, il est une source d'information importante en pratique pour les minoritaires dans la mesure où ces derniers sont très généralement éloignés de la gestion de la société, et plus généralement des affaires sociales. Toutefois, en raison du principe d'autonomie juridique des sociétés membres, seuls les associés minoritaires de la société mère peuvent avoir accès à ces informations relatives au périmètre et l'activité du groupe de sociétés. Le principe d'indépendance juridique des personnes morales empêche les associés minoritaires d'une filiale d'obtenir ces informations de la même manière qu'ils ne peuvent solliciter une expertise de gestion sur les actes de gestion réalisés par les dirigeants de la société mère ou obtenir la désignation d'un administrateur provisoire en remplacement de ces derniers.

2. L'expertise de gestion « de groupe »

469. Une reconnaissance partielle de l'unité du groupe dans le cadre des sociétés par actions. L'expertise de gestion, dit aussi expertise de « minorité », est prévue en droit français pour les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées⁷¹⁸ et les sociétés à responsabilité limitée⁷¹⁹. Toutefois, seul l'article L225-231 du Code de commerce, relatif aux sociétés par actions, prend partiellement en compte la réalité économique du groupe en prévoyant la possibilité pour les actionnaires d'une société mère de solliciter une expertise de gestion sur les opérations réalisées par les dirigeants des sociétés contrôlées au sens de l'article L233-3 du Code de commerce⁷²⁰. En revanche, cette possibilité n'est pas reconnue en sens inverse, ainsi que le rappelle la Cour de cassation⁷²¹, à savoir pour les minoritaires de filiales qui souhaiteraient mettre en œuvre la procédure d'expertise de gestion pour les opérations réalisées par les dirigeants de la société mère de ladite filiale. Précisons par ailleurs

⁷¹⁸ C. Com., Art. L225-231 (sur renvoi de l'article L227-1 du même code pour les SAS)

⁷¹⁹ C. Com., Art. L223-37

⁷²⁰ Sur la notion de contrôle, voir *supra* n°37 et suiv.

⁷²¹ Cass. Com., 21 mars 2018, n°16-20.879

que cette expertise ne peut porter que sur les opérations de gestions réalisées par les dirigeants – et non sur les décisions prises par les associés dans le cadre de l'assemblée générale⁷²² – et qu'une présomption d'irrégularité de ladite opération de gestion doit en principe être démontrée afin que les juges puissent apprécier le caractère sérieux ou non de la demande d'expertise⁷²³. Ce n'est en outre qu'à défaut de réponse ou d'éléments de réponse satisfaisants à une question posée préalablement par un ou plusieurs associés que la demande d'expertise de gestion peut être recevable.

470. Une appréciation au regard de l'intérêt de groupe. L'article L225-231 du Code de commerce, profondément modifié par une loi du 15 mai 2001⁷²⁴, prévoit en ce sens qu'« un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3. Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe. La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes, s'il en existe. A défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ». Par ce texte, le législateur fait expressément référence à « l'intérêt du groupe » sans toutefois donner plus de précisions sur ce qu'il entend par cette expression. En l'absence d'indication sur la définition de l'intérêt de groupe, il conviendrait à notre sens de retenir par défaut l'approche consacrée en matière pénale à travers la célèbre jurisprudence « Rozenblum »⁷²⁵.

471. Le législateur considère par ailleurs que c'est la demande – et non la réponse de l'organe dirigeant – qui doit être appréciée au regard de cet intérêt du groupe, ce qui peut paraître surprenant. Un auteur estime ainsi, si l'on s'en tient à la lettre du texte, que le dirigeant pourrait ne pas répondre à la question du (ou des) minoritaire(s) s'il considère que

⁷²² Cass. Com., 25 sept. 2012, n°11-18312

⁷²³ Cass. Com., 11 oct. 2005, n°03-15.448

⁷²⁴ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 ayant modifié notamment les conditions de détention du capital (abaissement du seuil à 5 % du capital) pour solliciter l'expertise de gestion et instaurant une procédure de question écrite préalablement à la demande d'expertise.

⁷²⁵ Voir *supra*, n°163 et suiv.

l'opération de gestion se justifie par l'intérêt du groupe⁷²⁶. Il serait alors tentant, pour les dirigeants sociaux, de refuser systématiquement de répondre aux questions émanant des minoritaires en justifiant leur absence de réponse par l'existence d'un intérêt de groupe. Ce refus de réponse des dirigeants sociaux pourrait d'autant plus être facilité dès lors que la notion d'intérêt de groupe n'est pas définie par la loi, ce qui autoriserait les dirigeants sociaux à retenir une approche large et vague de cette notion indépendante de la définition précise donnée par la jurisprudence « Rozenblum ». Cette conception très critiquable reviendrait *in fine* à vider de toute substance le dispositif d'expertise de gestion « de groupe ». La logique commanderait donc, ainsi que le relève le même auteur, que ce soit la réponse du dirigeant qui soit donnée au regard de l'intérêt du groupe : cet intérêt de groupe servirait ainsi de fait justificatif au dirigeant qui aurait réalisé une opération de gestion conforme à la politique du groupe mais contraire à l'intérêt social d'une société contrôlée⁷²⁷. C'est cette dernière position qui doit à notre sens être retenue bien qu'elle ne soit pas conforme à la lettre du texte. Chaque opération de gestion, prise individuellement (et non les opérations de gestion prises de manière globale) doit pouvoir être justifiée par les dirigeants sociaux par l'intérêt social, ou à défaut, par l'intérêt de groupe au sens de la jurisprudence « Rozenblum ». *A contrario*, l'intérêt de groupe ne peut permettre de légitimer globalement l'ensemble des opérations de gestion qui impacterait les sociétés membres. Toutefois, et ainsi que le relève le Professeur PAGNUCCO⁷²⁸, la jurisprudence – peu abondante sur la question – semble prendre en compte l'intérêt du groupe afin d'apprécier « le caractère satisfaisant ou non de la réponse » donnée par le dirigeant ainsi qu'il ressort d'une décision de cour d'appel⁷²⁹. Compte tenu des interprétations divergentes, une clarification des Hauts magistrats serait la bienvenue aussi bien sur cette dernière question que s'agissant de la définition à retenir quant à la notion d'intérêt de groupe en la matière.

⁷²⁶ CERATI-GAUTHIER A., *La nouvelle expertise de gestion assure-t-elle une meilleure information aux actionnaires minoritaires*, LPA 5 avril 2002, n°PA200206901 p.4

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ PAGNUCCO J.-Ch., *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, *Dr. sociétés*, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, Juin 2017, n°13

⁷²⁹ CA Limoges, ch. Civ., sect. 1, 4 mai 2005 : JurisData n°2005-286768

B. Des dispositifs au champ d'application plus large bénéficiant également aux minoritaires des filiales

472. Si certains dispositifs ne profitent qu'aux associés de la société mère, d'autres ont un champ d'application plus large et bénéficient également aux minoritaires de la filiale : il en va en particulier de l'expertise *in futurum* et de la procédure judiciaire de désignation d'un administrateur provisoire permettant notamment aux minoritaires d'une filiale d'agir contre les dirigeants de la société mère (1). La procédure de contrôle des conventions réglementées a également pour vocation de protéger les minoritaires des éventuels abus des dirigeants et des associés significatifs, notamment de la société mère associée majoritaire. Cette procédure apparaît toutefois trop complexe et peu efficace à la prévention des conflits d'intérêt au sein du groupe (2).

1. *L'expertise in futurum et la procédure judiciaire de désignation d'un administrateur provisoire*

473. L'expertise *in futurum* à défaut de l'expertise de gestion réservée aux associés de la société mère. Contrairement à l'expertise de gestion qui est spécifique aux sociétés par actions et aux sociétés à responsabilité limitée, l'expertise *in futurum* est d'applicabilité plus large puisqu'elle concerne tous types de sociétés. Cette dernière peut en outre être sollicitée par les associés minoritaires des filiales contrairement à l'expertise de gestion qui est réservée aux associés de la société mère et dont les conditions sont plus exigeantes. L'article 145 du Code de procédure civile dispose à ce titre que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». Les conditions d'application de ce dispositif étant plus souple que l'expertise de gestion prévu à l'article L225-231 du Code de commerce, les associés minoritaires peuvent se fonder sur l'article 145 du Code de procédure civile aux fins d'obtention d'informations sur les opérations de gestion. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer la possibilité pour un minoritaire d'agir sur le terrain de l'article 145 du Code de procédure civile lorsqu'il ne respecte pas les conditions d'applications de l'article L225-231 du Code de commerce, notamment lorsque la demande d'expertise de gestion concerne une société dans laquelle le minoritaire n'est pas associé⁷³⁰. Il a en outre été jugé que « qu'une

⁷³⁰ Cass. Com., 21 septembre 2004, n°00-21.601 : JurisData n°2004-025035

mesure d'instruction ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile ne revêt aucun caractère subsidiaire par rapport à l'expertise de gestion prévue à l'article L225-231 du Code de commerce⁷³¹ ». Il est donc possible pour les minoritaires de préférer le recours à l'expertise *in futurum* même si les conditions d'application de l'expertise de gestion sont respectées.

474. La question est alors celle de savoir si les minoritaires d'une filiale peuvent espérer obtenir des informations sur des opérations de gestion afférentes à la société mère dès lors que lesdites opérations sont susceptibles d'avoir un impact sur l'activité de leur propre société, filiale de la mère. La jurisprudence semble aller en faveur de cette possibilité. En effet, si la recevabilité de la demande d'expertise *in futurum* est en principe conditionnée à la qualité pour agir ainsi qu'à la justification d'un motif légitime par le minoritaire demandeur⁷³², la Cour de cassation a pu considérer que « l'intérêt personnel des demandeurs qui, en l'espèce, caractérisait leur qualité pour agir (...) se confondait avec le motif légitime au sens de l'article 145 du NCPC⁷³³ ». Dans cet arrêt, la Cour a estimé que les conditions d'application de l'expertise *in futurum* étaient respectées bien que les minoritaires n'étaient pas associés de la société en question. Ainsi que le souligne le Professeur PAGNUCCO, la condition essentielle à l'applicabilité de l'expertise *in futurum* paraît ainsi être la possibilité d'un litige⁷³⁴. La demande d'expertise sur le terrain de l'article 145 du Code de procédure civile semble ainsi recevable lorsque des minoritaires d'une filiale souhaitent obtenir des informations sur des opérations de gestion réalisées par les dirigeants de la société mère, voire d'une société sœur, dès lors que l'objectif est de conserver la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un éventuel litige ultérieur. A défaut de pouvoir solliciter une expertise de gestion, les minoritaires de filiales disposent ainsi d'un moyen alternatif pour obtenir des informations sur des opérations de gestion émanant des dirigeants de la société mère.

475. La procédure judiciaire de désignation d'un administrateur provisoire. La procédure judiciaire de désignation d'un administrateur judiciaire ne fait pas l'objet d'une réglementation légale ou réglementaire. Il s'agit d'une création prétorienne permettant à

⁷³¹ Cass. Com., 18 octobre 2011, n°10-18.989 : JurisData n°2011-022317

⁷³² Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-11.819 : JurisData n° 2009-047519

⁷³³ Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1992, n° 91-11.127 : JurisData n° 1992-003104

⁷³⁴ PAGNUCCO J.-Ch., *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°14

toute personne qui se prévaut d'un intérêt légitime de demander le remplacement, à titre ponctuel, d'un dirigeant de société en raison de dysfonctionnements des organes sociaux ou dans un contexte de grave crise exposant la société à un péril imminent⁷³⁵. Il s'agit en ce sens d'une mesure exceptionnelle et ne peut en théorie servir de moyen aux minoritaires pour contester la politique du groupe élaborée par la société mère et mise en œuvre par les organes dirigeants des filiales. L'existence d'une grave crise menaçant l'intérêt social d'une filiale et exposant cette dernière à un péril imminent doit en principe être démontrée pour espérer la nomination d'un administrateur provisoire.

476. *L'admission exceptionnelle de la désignation d'un administrateur provisoire à l'échelle des sociétés du groupe.* Si les minoritaires de la filiale sont ainsi en mesure de solliciter une demande de désignation d'un administrateur provisoire dans le cadre de leur propre société, la possibilité de demander un administrateur provisoire en remplacement du dirigeant de la société mère, voire d'une société sœur, paraît peu probable au regard du principe d'autonomie juridique des sociétés groupées qui transcende, de manière générale, les dispositifs relatifs aux groupes de sociétés. Néanmoins et ainsi que le relève le Professeur PAGNUCCO⁷³⁶, il convient de souligner que les juges ont pu admettre la nomination d'un administrateur provisoire, en remplacement du dirigeant d'une société poursuivi sur le plan pénal, avec des attributions pouvant s'étendre à l'échelle des sociétés du groupe dès lors que le dirigeant poursuivi a été considéré comme le « principal animateur » de l'ensemble du groupe⁷³⁷. Cette jurisprudence semble être la seule à reconnaître une telle extension des attributions de l'administrateur provisoire à l'échelle du groupe mais ne reconnaît pas en soi la possibilité à des minoritaires d'une filiale de solliciter la désignation d'un administrateur provisoire en remplacement des dirigeants de la société mère.

477. La situation inverse a toutefois été admise par un arrêt de la Cour d'appel de Caen qui a estimé de manière assez souple que « l'action en nomination d'un administrateur provisoire ne faisant l'objet d'aucune réglementation, la qualité à agir ne souffre d'aucune restriction et seul l'intérêt à agir est nécessaire à la recevabilité de l'action. Les dysfonctionnements d'une

⁷³⁵ Cass. 3^{ème} civ., 21 nov. 2000, n° 1542 : RJDA 2001, n° 321 ; Cass. com., 7 janv. 2004 : RJDA 2004, n° 559 ; Cass. com., 25 janv. 2005, n° 00-22.457

⁷³⁶ PAGNUCCO J.-Ch., *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°17

⁷³⁷ Cass. com., 5 févr. 1985, n° 82-15.119 : JurisData n° 1985-700250 ; Bull. civ. IV, n° 44 ; JCP E 1985, II, 14534 ; JCPG 1985, 20492, note VIANDIER A.

société filiale étant susceptibles de porter atteinte à la société mère, et par voie de conséquence aux associés de cette dernière, l'un de ces associés égauxitaires a un intérêt légitime à demander la nomination d'un administrateur provisoire dans la société filiale⁷³⁸ ». Dans cette affaire, c'est bien la demande d'un associé de la société mère (et non d'une filiale) qui sollicitait le remplacement d'un dirigeant d'une filiale qui a été acceptée par les juges du fond. L'arrêt est intéressant puisqu'il s'affranchit du principe traditionnel d'indépendance juridique des sociétés groupées.

478. Pour une consécration législative de l'admission de la désignation d'un administrateur provisoire à l'échelle du groupe. Dans un souci de rééquilibrage des rapports de force au sein du groupe, une décision dans le même esprit serait souhaitable à notre sens dans l'hypothèse inverse d'une demande d'un minoritaire d'une filiale de remplacer provisoirement un dirigeant de la société mère en raison d'un contexte de grave crise politique exposant la filiale à un péril imminent. La solution retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 5 février 1985 attribuant à l'administrateur provisoire désigné des attributions pouvant s'étendre à l'échelle des sociétés du groupe constitue une avancée mais apparaît insuffisante en l'état. L'élaboration d'un droit des groupes juste et équilibré, qui suppose nécessairement de s'affranchir du principe d'autonomie juridique des sociétés groupées, impliquerait à notre avis une consécration législative autorisant sans ambiguïté – sous réserve du respect de la condition d'un intérêt légitime à agir – la désignation d'un administrateur provisoire à l'échelle du groupe qui jouerait dans les deux sens : cette consécration législative permettrait ainsi, d'une part, à des minoritaires d'une société mère de solliciter la désignation d'un administrateur provisoire en remplacement du dirigeant d'une filiale et surtout, d'autre part, à des minoritaires d'une filiale (plus exposés aux risques d'abus des dirigeants de la société mère) de solliciter la désignation d'un administrateur provisoire en remplacement des dirigeants de la société mère.

2. La prévention des conflits d'intérêts au sein du groupe par la procédure des conventions réglementées

479. Objectif et intérêt de la procédure des conventions réglementées. L'objectif de la procédure des conventions réglementées est de protéger la société, et donc indirectement

⁷³⁸ CA Caen, 10 avril 2008 : JurisData n°2008-366332 (décision citée par : PAGNUCCO J.-Ch., *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°18).

ses associés et notamment les minoritaires⁷³⁹, en prévenant les situations de conflit d'intérêts entre ladite société et ses dirigeants ou principaux associés à travers une procédure de contrôle des organes sociaux. Il s'agit dans une autre approche d'encadrer les opérations réalisées avec « soi-même⁷⁴⁰ » dès lors que « si l'on fait fi un instant de cette fiction qu'est la personnalité morale, il y a tout lieu de penser que l'opération est une opération avec *soi-même* : l'associé majoritaire ou encore l'associé unique conclut un contrat, réalise une opération, avec une personne distincte de lui, la société, mais une personne qui est en partie lui, un autre soi⁷⁴¹ ». Dans l'esprit, il est question d'éviter que ceux qui détiennent le pouvoir dans une société, à savoir en particulier les associés majoritaires et les dirigeants, profitent de leur situation ou de leur fonction pour conclure à leur profit et au détriment de la société des conventions qui seraient néfastes aux intérêts sociaux. Il apparaît en ce sens comme un moyen pour les minoritaires de contrôler la légitimité des conventions conclues par les détenteurs du pouvoir dans la société, ou plus largement au sein du groupe.

480. La procédure de contrôle des conventions réglementées varie en fonction de la forme sociale de la société⁷⁴². Les associés concernés ne pourront dans certains cas participer au vote dans le cadre de l'assemblée générale amenée à statuer sur la convention⁷⁴³ et leurs titres ne seront pas pris en compte dans le calcul de la majorité. Les minoritaires de la filiale seront ainsi en mesure de désapprouver la résolution visant la convention conclue notamment par la société mère⁷⁴⁴. Ce contrôle ne s'effectue toutefois pas pour toutes les conventions.

⁷³⁹ Une convention qui porterait atteinte à l'intérêt social de la filiale pourrait contribuer à diminuer la valeur vénale de cette dernière et donc des titres détenus par ses associés.

⁷⁴⁰ JULLIAN N., *Autonomie de la personne morale et opération avec soi-même*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Coll. Thèmes et commentaires, Sous-coll. Actes, Ed. Dalloz, 2023, p.49 et suiv.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 53-54

⁷⁴² La principale différence réside dans la nécessité d'une autorisation préalable ou non. Dans les SA, les dirigeants ou associés concernés par la convention ont l'obligation de demander l'autorisation préalable du conseil d'administration tandis qu'une autorisation similaire n'est pas prévue dans le cadre des SARL.

⁷⁴³ Sous réserve de quelques exceptions visant les sociétés unipersonnelles (SASU et EURL), un rapport spécial doit être établi préalablement à l'assemblée générale par les dirigeants ou le commissaire aux comptes afin que les associés soient en mesure de statuer sur les conventions concernées.

⁷⁴⁴ Dans cette hypothèse (convention non approuvée par l'assemblée générale), il convient de distinguer les SARL des SA. Dans le cadre des SARL, la convention continuera de produire ses effets. Toutefois, la personne intéressée par la convention devra supporter les conséquences préjudiciables de la convention pour la société. Dans les SA, si le conseil d'administration n'a pas donné son autorisation à la convention, cette dernière encourt la nullité, étant précisé que cette nullité est facultative et ne pourra être demandée que si la convention entraîne des conséquences préjudiciables pour la société. Si c'est l'assemblée générale qui n'approuve pas la convention, cette dernière reste efficace (pas de nullité). Les conséquences préjudiciables de la convention seront alors à la charge de la personne concernée.

Une distinction est opérée entre les conventions dites libres, celles interdites et celles qui sont réglementées.

481. Une distinction entre conventions libres, interdites et réglementées. Sont considérées comme des conventions libres au sens de la loi les « conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales⁷⁴⁵ ». Ces conventions peuvent à ce titre être conclues librement par les dirigeants et ne seront pas soumises à la procédure de contrôle. A l'inverse, les conventions qui ne répondent pas à cette définition seront considérées comme des conventions réglementées soumises au contrôle⁷⁴⁶, en particulier des associés minoritaires de la filiale soucieux de préserver les intérêts de la société contre certaines conventions conclues par leur dirigeant contraint – en droit ou en fait – d'appliquer la politique du groupe élaborée par la société mère (associée majoritaire), ladite politique pouvant s'avérer néfaste pour la filiale.

482. Une appréciation jurisprudentielle au regard de l'intérêt social. L'appréciation de la nature « libre » de la convention dépend en réalité des circonstances de l'espèce. La jurisprudence de la Cour de cassation considère à ce titre que les opérations courantes sont celles qui sont effectuées dans le cadre de l'activité ordinaire de la société, ou du moins, celles « arrêtées à des conditions suffisamment usuelles » et qui doivent donc être appréciées comme des opérations habituelles⁷⁴⁷. Afin d'apprécier le caractère courant ou non d'une opération, les juges vérifient notamment la conformité de l'opération à l'objet social⁷⁴⁸ et la répétition d'opérations de même nature par la société⁷⁴⁹. Cette répétition de l'opération pourra alors constituer un indice de son caractère courant. Toutefois, il a par exemple été jugé qu'une opération habituelle dans le cadre d'une profession mais réalisée à une seule reprise dans une société ne peut être considérée une opération courante⁷⁵⁰. L'appréciation

⁷⁴⁵ Art. L225-39 et L225-87 du Code de commerce

⁷⁴⁶ S'il n'est pas question de conventions interdites visées notamment aux articles L225-43 et L223-21 du Code de commerce. Il en va notamment lorsque la société consent à ses dirigeants ou principaux associés un prêt sous n'importe quelle forme ou un compte courant débiteur, ce dernier pouvant par ailleurs constituer un abus de biens sociaux sur le plan pénal. Il en est de même lorsqu'il est question pour ces personnes de se faire cautionner ou avaliser par la société des engagements envers les tiers. Dans ces cas de figure, les conventions conclues seront sanctionnées par la nullité et les personnes bénéficiaires desdites conventions engageront leur responsabilité civile, voire pénale.

⁷⁴⁷ Cass. Com. 1^{er} oct. 1996 : RJDA 1/97 n°65

⁷⁴⁸ CA Paris, 4 juin 2003, n° 02-4255

⁷⁴⁹ Cass. com. 21-4-1977 : Bull. civ. IV, n°105

⁷⁵⁰ Cass. com. 11-3-2003 n° 454 : RJDA 6/03 n° 607

de la nature libre ou réglementée d'une convention étant principalement une question de fait, elle peut parfois être source de difficultés notamment au sein des groupes de sociétés.

483. *Une appréciation par les instances professionnelles prenant en considération la logique de groupe.* Si, ainsi que le relève un auteur, « la notion d'intérêt de groupe reste fondamentalement absente du dispositif⁷⁵¹ » de contrôle des conventions réglementées, certains organismes ou instances professionnelles adoptent une approche plus large prenant en compte la spécificité du groupe pour apprécier le caractère courant ou non d'une convention. L'étude réalisée en 2014 par la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC)⁷⁵² considère en ce sens que certaines opérations méritent d'être appréciées comme étant courantes du fait de la seule appartenance de la société à un groupe. En particulier, certaines conventions telles que les conventions de trésorerie, les conventions de mise à disposition de personnel intragroupe, les conventions d'assistances techniques intragroupe devraient être considérées comme des conventions courantes au sein des groupes et donc ne pas faire l'objet de la procédure des conventions réglementées dès lors qu'elles sont conclues à des conditions normales⁷⁵³. Il convient toutefois de souligner que cette étude, bien qu'elle constitue une référence pratique pour les professionnels du droit, n'a aucune force légale et la jurisprudence, peu abondante en la matière, ne fournit pas une ligne directrice claire dans le contexte des groupes de sociétés. En effet, ainsi que l'affirme le même auteur, « rien ne saurait garantir, dans le silence de la loi, que les critères retenus [par la CNCC] seraient validés en cas de contentieux⁷⁵⁴ ». Une insécurité juridique règne de ce fait en la matière et mériterait l'intervention du législateur afin d'apporter les précisions nécessaires sur l'appréciation à retenir quant au caractère courant ou non d'une convention, voire pour l'instauration d'un régime nouveau protégeant plus efficacement la société – et

⁷⁵¹ PARACHKEVOVA-RACINE I., *Les conventions réglementées dans les groupes de sociétés : appel à une réforme*, Rev. Sociétés 2021, p.487, n°3

⁷⁵² CNCC, *Les conventions réglementées et courantes*, février 2014 : <https://doc.cncc.fr/docs/etude-sur-les-conven/attachments/conventions-reg-fev2014>

⁷⁵³ A titre d'exemple, le renoncement à la perception d'intérêts par une société prêteuse constituerait une convention conclue dans des conditions anormales. Cette convention devrait ainsi faire l'objet de la procédure de contrôle des conventions réglementées.

⁷⁵⁴ PARACHKEVOVA-RACINE I., *Les conventions réglementées dans les groupes de sociétés : appel à une réforme*, op. cit., n° 23

donc indirectement ses associés, notamment minoritaires – des situations de conflit d'intérêt⁷⁵⁵.

§2. Les actions en responsabilité des minoritaires contre la société mère et les dirigeants intragroupe

484. Deux types d'actions en responsabilité peuvent être exercées par les minoritaires : la première sur le fondement de l'abus de majorité à l'encontre de la société mère agissant en qualité d'associée majoritaire (A), la seconde à travers l'action sociale *ut singuli* contre les dirigeants de droit (B).

A. L'action en responsabilité des minoritaires contre la société mère, associée majoritaire, sur le fondement de l'abus de majorité

485. Si la société mère, associée majoritaire d'une filiale, est en principe libre d'exercer ses droits de vote dans le cadre des assemblées générales, elle ne peut l'exercer de manière totalement discrétionnaire et abuser de ce droit au risque de caractériser un abus de majorité sanctionnable par la nullité de la décision concernée. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, la question qui se pose en premier lieu est celle de l'appréciation de cet abus de majorité et en particulier de savoir si la société mère peut justifier et légitimer sa décision au regard de l'intérêt de groupe lorsque sa décision est contraire à l'intérêt social de la filiale (1). Une réponse positive réduirait l'invocabilité de l'abus de majorité par les minoritaires et limiterait ainsi leur protection, d'autant plus que le sens des actions sur ce fondement apparaît relativement limité (2).

1. L'appréciation de l'abus de majorité dans le contexte des groupes de sociétés

486. Une appréciation de l'abus de majorité au regard de la contrariété à l'intérêt social.

La jurisprudence estime de manière constante, et ce depuis un arrêt rendu en 1961 par la Cour de cassation, que l'abus de majorité est caractérisé lorsque la décision adoptée par la société mère majoritaire (et de manière générale par le ou les associés majoritaires) est contraire à l'intérêt social de la filiale et a été prise dans l'unique dessein de favoriser les

⁷⁵⁵ D'application beaucoup trop large, la procédure des conventions réglementées est jugée trop complexe à mettre en œuvre et ne permet pas un contrôle suffisant des conflits d'intérêt au sein du groupe. Le droit français apparaissant dans ce domaine isolé au regard des standards internationaux, certains auteurs proposent purement et simplement la suppression du dispositif actuel de contrôle des conventions réglementées pour le remplacer par une procédure de contrôle des « transactions avec les parties liées » qui consiste notamment à ne retenir dans le champ d'application de la procédure de contrôle que les transactions importantes.

membres de la majorité au détriment des autres associés minoritaires⁷⁵⁶. C'est donc au regard de la contrariété à l'intérêt social que l'abus de majorité est en principe caractérisé bien que certains arrêts semblent en réalité se contenter de l'inutilité de l'opération pour la société et caractérisent l'abus de majorité car la rupture d'égalité entre les associés « ne trouve aucune justification dans les exigences de la gestion sociale⁷⁵⁷ ». S'agissant toutefois de critères cumulatifs, la seule contrariété à l'intérêt social ne suffit pas : il faut en outre que la décision adoptée par le majoritaire ait été prise dans l'unique dessein de le favoriser au détriment des minoritaires, ce qui suppose la démonstration d'un préjudice par ces derniers pour espérer obtenir l'annulation de la décision litigieuse⁷⁵⁸. La jurisprudence le rappelle régulièrement. A titre d'exemple, dans un arrêt relativement récent, la Cour de cassation rappelle que la mise en réserve systématique des bénéfices ayant pour effet de priver un minoritaire du versement des dividendes ne suffit pas à caractériser un abus de majorité. Il est nécessaire d'établir la preuve que la décision a été prise dans l'unique dessein de favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires⁷⁵⁹. La caractérisation d'un abus de majorité nous paraît d'ailleurs ici d'autant plus discutable que la mise en réserve de bénéfices profite indirectement à tous les associés dès lors que cette mise en réserve entraîne une augmentation des capitaux propres de la société et donc une hausse de la valeur des titres détenus par les associés. Les minoritaires pourraient à ce titre céder leurs titres en réalisant une plus-value plus importante⁷⁶⁰.

487. Une appréciation exceptionnelle de l'abus de majorité au regard de l'intérêt de groupe. De rares décisions jurisprudentielles semblent avoir retenu, sans l'affirmer expressément, l'intérêt du groupe pour justifier une décision majoritaire pouvant paraître abusive à travers une appréciation traditionnelle au regard de la contrariété à l'intérêt

⁷⁵⁶ Cass. com. 18 avril 1961 n° 59-11.394 : Bull. civ. III n° 175 ; Cass. com. 30 mai 1980 n° 78-13.836 : Bull. civ. IV n° 223 ; Cass. com. 24 janv. 1995 n° 93-13.273 : RJDA 4/95 n° 439 ; Cass. com. 30 nov. 2004 n° 01-16.581 : RJDA 3/05 n° 263

⁷⁵⁷ Cass. Com., 18 mars 2020, n°17-27150, F-D : BJS sept. 2020, Obs. GUEGAN E., *Abus de majorité : retour sur le critère de la contrariété à l'intérêt social*. Le Professeur GUEGAN cite en particulier pour exemple un arrêt de 2015 (Cass. 3^{ème} civ. 8 juillet 2015, n°13-14348 : BJS déc. 2015, n°114h1, p.643, note HOVASSE H.) qui concerne l'annulation d'une décision d'augmentation de capital du fait de l'inutilité pour la société de ce financement et dès lors que l'opération avait uniquement pour objet la dilution de la participation détenue par le minoritaire.

⁷⁵⁸ Cass. 3^{ème} civ. 18 juin 1997 : RJDA 11/97 n° 1360

⁷⁵⁹ Cass. Com., 10 juin 2020, n°18-15.614, F-D : JurisData n°2020-008252

⁷⁶⁰ Il pourrait cependant être objecté que la société pourrait rapidement utiliser tout ou partie des bénéfices mis en réserve pour les investir dans de nouveaux projets, ce qui est susceptible de nuire aux intérêts des minoritaires, du moins à court terme et en cas d'échec de l'investissement.

social⁷⁶¹. Dans d'autres arrêts, les juges ont au contraire refusé de prendre en considération l'intérêt de groupe⁷⁶². L'état actuel de la jurisprudence ne permet donc pas d'affirmer que les juges retiennent l'intérêt de groupe comme fait justificatif de l'abus de majorité. Ainsi que le relève le Professeur PAGNUCCO, « dans un groupe de sociétés, et depuis le fameux arrêt *Rozenblum*, l'intérêt de groupe peut excuser un abus de biens sociaux... mais pas un abus de majorité⁷⁶³ ». Comme souvent en matière de groupe, l'intérêt social prime, ce qui fait dire au même auteur que la présence de minoritaires au sein d'un groupe est « un véritable facteur de risque pour toute véritable politique de groupe⁷⁶⁴ ». Ainsi, face au constat global d'une protection limitée des minoritaires au sein du groupe en droit français, le choix d'une appréciation de l'abus de majorité au regard de la contrariété à l'intérêt social – et non du groupe – participe au contraire à maintenir une certaine protection des minoritaires sur ce terrain. Néanmoins, cette protection apparaît davantage théorique : l'abus de majorité est en effet rarement caractérisé en pratique par les juges et les éventuelles indemnités accordées aux minoritaires sur le fondement de l'abus de majorité apparaissent souvent insuffisantes et peu dissuasives pour la société mère majoritaire⁷⁶⁵. L'exécution par les dirigeants d'une filiale de la politique du groupe élaborée par la société mère justifie une protection des minoritaires de ladite filiale, ces derniers étant susceptibles de subir une politique qui va à l'encontre des intérêts de leur société, et donc indirectement, de leurs propres intérêts. Cette protection apparaît d'autant plus nécessaire que les minoritaires d'une filiale ne peuvent demander la nullité des décisions abusives prises uniquement au niveau de leur propre société.

2. Le sens de l'invocation de l'abus de majorité dans le contexte des groupes de sociétés

488. L'abus de majorité invoqué par les minoritaires d'une filiale contre la société mère associée majoritaire. L'abus de majorité ne peut en principe être invoqué par le ou les minoritaires d'une société que contre le ou les majoritaires d'une même société. Cela signifie que les minoritaires d'une filiale ne peuvent en principe agir sur le fondement de l'abus de

⁷⁶¹ Cass. Com., 12 nov. 1973, n°72-12.881 ; CA Paris, 1^{ère} ch., 7 juin 1989, Bull. Joly Sociétés 1989, p. 702 ; T. Com. Paris, 16 mars 1992, Bull. Joly Sociétés 1992, p.527, note JEANTIN

⁷⁶² Cass. Com., 29 mai 1972, *SA Ets Pernot c/ Krucker* : JurisData n° 1972-097164 ; JCP G 1973, II, 17337, note GUYON Y.

⁷⁶³ PAGNUCCO J.-Ch., *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, op. cit, n°11

⁷⁶⁴ *Ibid.*

⁷⁶⁵ Voir en ce sens : Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant le droit de retrait des minoritaires de sociétés non-cotées, 26 mars 2018, p. 8

majorité que contre la société mère associée majoritaire de la même structure. Autrement dit, il faut être associé de la même structure pour pouvoir invoquer l'abus de majorité, et ce, du fait du principe d'autonomie juridique des sociétés groupées. Les juges ont toutefois curieusement admis qu'un nouveau dirigeant puisse invoquer l'abus de majorité contre l'ancien dirigeant et la société mère majoritaire⁷⁶⁶. Cette décision isolée reste exceptionnelle, la jurisprudence exigeant par principe l'appartenance des minoritaires et des majoritaires dans la même société.

489. L'abus de majorité invoqué par les minoritaires de la société mère contre les majoritaires de cette dernière. L'abus de majorité peut donc, de la même manière, être invoqué par les minoritaires de la société mère contre le ou les majoritaires de cette dernière dès lors qu'ils appartiennent à la même structure. Les juges ont ainsi accueilli favorablement la demande en nullité – sollicitée par les associés minoritaires d'une société mère – d'une décision litigieuse prise dans le cadre d'une assemblée générale de la société mère au bénéfice de la filiale puisque cette décision visait à prendre en charge les dettes de cette dernière⁷⁶⁷. La prise en charge des dettes de la filiale appauvrissant de fait la société mère, les associés minoritaires de cette dernière apparaissent en effet légitimes à agir sur le fondement de l'abus de majorité. Dans une autre affaire, l'abus de majorité invoqué par des minoritaires d'une société mère a été retenu dans le cadre d'un montage de sous-filialisation permettant *in fine* aux majoritaires de la société mère d'arbitrer librement l'affectation du résultat de la filiale devenue sous-filiale⁷⁶⁸.

490. L'absence d'élargissement de l'invocabilité de l'abus de majorité par les minoritaires au-delà des frontières de la société. Toujours en raison du principe d'indépendance juridique des sociétés groupées, les minoritaires d'une filiale ne peuvent demander la nullité d'une décision prise au niveau d'une société dans laquelle ils ne sont pas associés, notamment de la société mère. La situation inverse, à savoir celle où les minoritaires d'une société mère solliciteraient l'annulation d'une décision prise au niveau d'une filiale n'est pas non plus

⁷⁶⁶ Cass. Com., 21 janvier 1997, n°94-18.883 : JurisData n°1997-000211 ; Bull. Joly Sociétés, p. 312, note LE CANNU P.

⁷⁶⁷ Cass. Com., 29 mai 1972, *SA Ets Pernot c/ Krucker* : JurisData n° 1972-097164 ; JCP G 1973, II, 17337, note GUYON Y. (jurisprudence citée par le Professeur PAGNUCCO J.-Ch., in *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, Droit des sociétés, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, Juin 2017, n°7)

⁷⁶⁸ Cass. Com., 30 nov. 2004, n°01-16.581 : JurisData n°2004-026236 ; Bull. Joly Sociétés 2005, p.254 (jurisprudence citée par le Professeur PAGNUCCO J.-Ch., *ibid*, n°8)

concevable en l'état du droit positif. Ainsi que l'affirme le Professeur PAGNUCCO, « même appartenant au même ensemble économique que constitue le groupe, même liées entre elles par des comptes consolidés ou par un régime fiscal de faveur, sociétés-mères et filiales demeurent des personnes juridiques distinctes⁷⁶⁹ » empêchant de fait une invocabilité élargie de l'abus de majorité au sein du groupe de sociétés qui serait libérée des contraintes de l'autonomie juridique des personnes morales.

491. À noter par ailleurs que la demande en nullité par les minoritaires des décisions majoritaires s'inscrit nécessairement dans l'exercice du droit de vote dans les assemblées générales, excluant en conséquence la responsabilité sur le terrain de l'abus de majorité des dirigeants, notamment de fait⁷⁷⁰. En conséquence, si la décision litigieuse qui émane de la société mère majoritaire n'a pas été prise dans le cadre de l'exercice de son droit de vote – en qualité d'associée – il ne sera pas possible pour les minoritaires d'invoquer un quelconque abus de majorité en l'état du droit positif. Or, le pouvoir exercé par la société mère majoritaire ne se résume pas seulement à l'exercice de son droit de vote dans le cadre des assemblées générales de ses filiales. En effet, très souvent en pratique, les dirigeants de filiales suivent de manière informelle les orientations et les directives de la société mère majoritaire, et ce dès lors que cette dernière détient un pouvoir de contrôle-directorial⁷⁷¹ lui permettant de révoquer les dirigeants de la filiale. Du fait de son statut particulier de société contrôlaire, et notamment lorsqu'elle agit en qualité de holding animatrice, la société mère majoritaire exerce en réalité un pouvoir indirect de décision qui lui permet *a minima* d'orienter les décisions prises au niveau de sa filiale, voire de s'immiscer dans la gestion de cette dernière qui autoriserait à notre sens une qualification de direction de fait⁷⁷². En tout état de cause, la conception actuelle de l'abus de majorité empêche à ce jour de sanctionner une décision prise par une société mère majoritaire en dehors de l'exercice de son droit de vote.

492. Néanmoins, un « abus de majorité », au sens littéral, est susceptible de se manifester à notre avis en dehors de l'exercice du droit de vote à condition que la décision émanant de la société mère majoritaire soit contraire à l'intérêt social de la filiale et que cette décision

⁷⁶⁹ PAGNUCCO J.-Ch., *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°10

⁷⁷⁰ HEINICH J., PATRIZIO F., *La protection des actionnaires minoritaires – Etat des lieux et perspectives*, JCP E 2018, 1185, n°24

⁷⁷¹ Voir *supra*, n°68

⁷⁷² Voir en ce sens notre position *infra*, n°585 et suiv.

favorise la société mère majoritaire au détriment des minoritaires. La difficulté réside toutefois ici dans la preuve de l'origine de la décision litigieuse : à défaut de résolution votée par la société mère majoritaire et retranscrite dans un procès-verbal d'assemblée générale, il sera difficile pour les minoritaires d'apporter la preuve concrète que la décision litigieuse émane bien de ladite société mère. Le domaine d'application de l'abus de majorité apparaît en ce sens assez limité pour une protection efficace des minoritaires dans le contexte des groupes de sociétés.

493. A défaut de pouvoir agir efficacement sur le terrain de l'abus de majorité, l'action sociale *ut singuli* permettrait-elle d'aboutir à un meilleur résultat pour les minoritaires ?

B. L'action en responsabilité des minoritaires contre les dirigeants du groupe à travers l'action sociale *ut singuli*

494. A travers l'action individuelle, les minoritaires peuvent engager une action en justice pour obtenir la réparation d'un préjudice qui leur serait personnel et distinct de celui de la société. Face à la difficulté de démontrer un préjudice dissociable de celui de la société, cette action est rarement engagée en pratique. Au contraire, l'action sociale *ut singuli* permet aux associés et en particulier aux minoritaires d'agir au nom et pour le compte de la société pour préserver les intérêts de cette dernière – et donc indirectement leurs propres intérêts – en cas d'inaction du dirigeant de droit⁷⁷³. Elle permet donc aux associés de représenter et de défendre les intérêts de la société contre le dirigeant négligeant qui est d'ailleurs souvent celui que les associés accusent. Néanmoins, malgré un champ d'application élargi à toutes les sociétés, l'action sociale *ut singuli* comporte certaines limites dans le cadre d'une société prise isolément (1). Son champ d'application est encore plus réduit dans un contexte intragroupe (2).

⁷⁷³ A noter que l'action sociale devrait en principe être exercée par les dirigeants de la société pour réparer le préjudice subi par la société qu'ils dirigent (action *ut universi*) mais une telle hypothèse est inconcevable en pratique lorsque lesdits dirigeants occupent toujours leurs fonctions de direction. C'est l'intérêt de l'action sociale *ut singuli* qui permet aux associés de se substituer aux dirigeants pour engager une telle action. Pour une étude approfondie sur la question, voir la thèse du Professeur PAGNUCCO : PAGNUCCO J-Ch., *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, Fondation de Varenne, diff. LGDJ, coll. des thèses, 2006

1. *L'action sociale ut singuli : un champ d'application élargi mais limité au dirigeant de droit*

495. Un dispositif d'ordre public progressivement étendu à toutes les sociétés. L'action *ut singuli* était initialement prévue uniquement pour les SA et les SARL. S'agissant des SA, l'article L225-252 du Code de commerce dispose à ce titre qu'« outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit en se groupant (...), intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués ». Le troisième alinéa de l'article L223-23 du même code prévoit un texte similaire en cas d'inaction des gérants de SARL. Ce dispositif a finalement été étendu à toutes les sociétés par l'article 1843-5 du Code civil qui prévoit par ailleurs et de manière complémentaire qu'« est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action ». L'action *ut singuli* étant ainsi considérée comme étant d'ordre public, il n'est pas possible de retirer, par voie contractuelle ou par tout autre moyen, ce droit dont bénéficient les associés et en particulier les minoritaires. Encore faut-il, ainsi que le rappelle un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation, que l'associé conserve cette qualité au moment de l'action sociale⁷⁷⁴, voire même selon les juges du fond et cela paraît très contestable⁷⁷⁵, que cette qualité d'associé perdure tout au long de l'instance⁷⁷⁶.

496. Une action exercée par les minoritaires au nom et pour le compte de la société. L'action sociale *ut singuli* permet aux minoritaires, et plus largement à tous les associés, d'engager une procédure au nom et pour le compte de la société qu'ils représentent à cette occasion en lieu et place du dirigeant négligent. En conséquence, s'ils obtiennent gain de cause, c'est la société qui serait directement indemnisée et non eux-mêmes à titre personnel. Néanmoins, le coût de cette procédure devra être supporté par les associés demandeurs. Des auteurs préconisent à ce titre la prise en charge par la société concernée des frais de justice

⁷⁷⁴ Cass. Com., 24 juin 2020, n°18-17.338

⁷⁷⁵ CA Paris, ch. 5-9, 10 mars 2022, n°13/18511, note J.-Ch. PAGNUCCO, *Action ut singuli et perte de la qualité d'actionnaire en cours d'instance*, Bull. Joly Sociétés, Juin 2022

⁷⁷⁶ CA Caen, 31 mars 2022, n°16/02837 ; CA Paris, ch. 5-9, 10 mars 2022, n°13/18511

engagés par les associés dans le cadre de l'action sociale⁷⁷⁷. Cette prise en charge serait toutefois subordonnée à une autorisation judiciaire afin de limiter les actions aléatoires et fantaisistes⁷⁷⁸.

497. Une action impossible contre les dirigeants de fait et les tiers. Autre limite importante de l'action sociale *ut singuli*, elle n'est possible que contre un dirigeant de droit, ce qui signifie en particulier l'impossibilité pour des associés d'engager une action sociale contre un dirigeant de fait⁷⁷⁹, et en particulier contre une société mère qui agirait de fait comme le dirigeant de la filiale. La jurisprudence va même plus loin puisqu'elle a eu l'occasion de préciser que l'action sociale *ut singuli* n'est pas non plus ouverte aux associés lorsqu'elle s'adresse à un liquidateur amiable⁷⁸⁰. Plus largement, l'action sociale *ut singuli* des associés semble irrecevable à l'encontre de tiers⁷⁸¹. Son efficacité est en ce sens considérablement réduite dans le cadre d'un groupe de sociétés.

2. Un champ d'application réduit dans un contexte intragroupe

498. L'appréciation de la faute du dirigeant au regard de l'intérêt social et non de l'intérêt du groupe. En l'état actuel du droit français, pour être recevable, l'associé ou les associés qui engagent la procédure de l'action sociale *ut singuli* doivent nécessairement avoir cette qualité d'associé au sein de la société victime de la faute du dirigeant de cette même société. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, l'action des minoritaires contre le dirigeant de « leur » société serait donc recevable puisqu'ils sont bien membres de la même structure. La question qui se pose est alors celle de l'appréciation de la faute du dirigeant : les minoritaires d'une filiale peuvent-ils reprocher à leur dirigeant d'avoir appliqué les décisions prises par la société mère majoritaire lorsque ces décisions sont contraires à l'intérêt social de la filiale ? Autrement dit, le dirigeant de la filiale peut-il s'exonérer en invoquant l'intérêt du groupe, ou beaucoup plus discutable encore, celui de la société mère ? Il apparaît difficile à ce jour d'admettre le fondement de l'intérêt de groupe dès lors qu'il ne fait l'objet d'aucune consécration juridique

⁷⁷⁷ JULLIAN N., *Réflexion sur la pertinence d'un élargissement de l'action ut singuli*, Dr. sociétés n°11, pp. 1-2, Novembre 2022 ; SCHMIDT D., *De quelques règles procédurales régissant l'action en responsabilité civile contre les dirigeants de sociétés cotées in bonis*, in « Etudes de droit privé offertes à Paul Didier » : Economica, 2008, p. 383

⁷⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁷⁹ Cass. Com., 29 mars 2017, n°16-10.016

⁷⁸⁰ Cass. Com., 6 déc. 2017, n°16-21005 ; Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 2019, n°18-26.102

⁷⁸¹ Cass. Com., 19 mars 2013, n°12-14.213

à l'exception de la matière pénale, raison pour laquelle le dirigeant fautif ne peut à notre sens se contenter d'invoquer un intérêt supérieur de groupe pour justifier son choix d'appliquer des décisions de la société mère majoritaire qui seraient contraires à l'intérêt social de la filiale. L'intérêt social de la filiale prime donc, renforçant de fait la protection des minoritaires mais uniquement lorsque ces derniers agissent contre « leur » propre dirigeant. Ce dirigeant de la filiale est ainsi régulièrement susceptible d'être confronté à un dilemme. Etant de fait « condamné » à exécuter la politique du groupe élaboré par la société mère majoritaire à son propre niveau, à savoir au niveau de la filiale qu'il représente, le dirigeant peut ainsi se trouver dans une position délicate et devoir choisir entre refuser d'exécuter la décision prise par la société mère majoritaire et risquer ainsi sa révocation par cette dernière, ou bien, appliquer cette décision et faire face à l'éventualité d'une action sociale engagée par les minoritaires.

499. L'irrecevabilité de l'action sociale *ut singuli* intragroupe impliquant des minoritaires d'une autre société du groupe. Si les dirigeants d'une société sont ainsi susceptibles de faire l'objet d'une action sociale *ut singuli* émanant des associés de cette même société, les associés d'une filiale ne peuvent en principe engager cette action à l'encontre des dirigeants de la société mère. En sens inverse, les associés minoritaires d'une société mère ne peuvent de la même manière engager l'action sociale *ut singuli* contre les dirigeants d'une filiale. La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler assez récemment⁷⁸². Certes, ces minoritaires conservent la possibilité d'agir comme des tiers sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle prévue par l'article 1240 du Code civil. Néanmoins, cette voie est rarement empruntée en pratique puisque les chances d'aboutir sont minces en raison de la difficulté pour les minoritaires de démontrer un préjudice personnel et distinct de celui de la société. Par ailleurs, rechercher la responsabilité des dirigeants sur le terrain de la faute de gestion de ces derniers paraît d'autant plus difficile qu'il conviendra d'établir la preuve d'une faute du dirigeant détachable ou séparable de ses fonctions sociales, preuve particulièrement difficile à apporter en raison de l'approche très restrictive retenue par la jurisprudence⁷⁸³.

⁷⁸² Com., 13 mars 2019, n°17-22.128 : Rev. Sociétés, n°6 – juin 2019, note HEINICH J., *La difficile application de l'action ut singuli dans les groupes de sociétés* ; BJS juin 2019, note GAUDEMET A., *Action sociale en réparation exercée ut singuli et groupe de sociétés* ; CA Lyon, 3^{ème} ch. civ., 19 fév. 2004 : JurisData n°2004-238535

⁷⁸³ Sur ce point, voir *infra* n°635 et suiv.

500. La persistance de l'autonomie juridique des sociétés groupées au détriment d'une approche globale retenant la logique de groupe. En somme, en l'état du droit positif français, l'action sociale *ut singuli* ne peut être engagée par les minoritaires uniquement à l'encontre de dirigeants de droit d'une société dont ils sont nécessairement associés. Autrement dit et ainsi que l'affirme un auteur, les minoritaires « ne peuvent agir ni à l'encontre des dirigeants de droit d'une société du groupe dont ils ne sont pas eux-mêmes directement actionnaires, ni à l'encontre du dirigeant de fait d'une société dont ils sont bien actionnaires !⁷⁸⁴ ». Si l'on met de côté la question de l'exclusion des dirigeants de fait pour le moment⁷⁸⁵, cette approche juridique tient encore une fois aux conséquences du principe d'autonomie ou d'indépendance des sociétés liées, et plus généralement des structures disposant d'une personnalité juridique – et donc d'un intérêt social – propre. Le constat global d'une protection mitigée des minoritaires au sein d'un groupe devrait conduire le législateur et la jurisprudence à retenir davantage une approche globale plus proche de la réalité économique des groupes conduisant trop souvent les minoritaires intragroupe à subir une politique de groupe qui peut s'avérer très pénalisante pour ces derniers.

501. Sur ces questions, le droit français pourrait s'inspirer des dispositifs mis en place par le droit turc qui reprend pour l'essentiel l'esprit de la réglementation allemande relative aux groupes de sociétés.

Section 2. Une protection renforcée des minoritaires en droit turc

[§1. La responsabilité de la société mère et de ses dirigeants en cas d'immixtion dans la gestion de la filiale \[CCT, art. 202 \(1\)\]](#)

502. Le droit turc permet expressément aux associés minoritaires d'une filiale d'agir directement contre les dirigeants d'une société mère lorsque cette dernière a causé, et est donc à l'origine, d'une perte subie par la filiale. Cette possibilité d'action des minoritaires contre les dirigeants de la société mère est toutefois subordonnée à certaines conditions, et en premier lieu à l'absence de compensation effectuée par la société mère au profit de la filiale : les minoritaires bénéficient en ce sens d'une première protection puisqu'ils profitent

⁷⁸⁴ HEINICH J., *La difficile application de l'action ut singuli dans les groupes de sociétés*, Rev. Sociétés, n°6 – juin 2019, note sous Cass. Com., 13 mars 2018, n°17-22.128

⁷⁸⁵ Sur ce point, voir *infra* n°587 et suiv.

indirectement du droit à compensation des pertes subies par la filiale dont ils sont les actionnaires (A). Ce n'est qu'à défaut d'une telle compensation, ou en cas de compensation considérée comme insuffisante, que les minoritaires – mais également les créanciers⁷⁸⁶ – de la filiale peuvent engager une action en justice contre la société mère et éventuellement ses dirigeants en vue d'obtenir une indemnisation de la filiale, ou encore solliciter le rachat de leurs titres (B).

A. Un droit à compensation en cas de pertes subies par la filiale

503. Contrairement à ce que pourrait laisser entendre le texte de l'article 202 (1) du CCT, le législateur turc n'interdit pas en pratique à la société mère de « causer » des pertes chez sa filiale à condition toutefois qu'elle accepte de compenser – et compense effectivement – lesdites pertes subies par la filiale. Autrement dit, elle doit assumer les conséquences de son comportement à l'égard de sa filiale en la dédommageant de ses pertes. Dans le cas contraire et comme indiqué ci-avant, les actionnaires minoritaires de la filiale pourront intenter une action en justice contre la société mère et ses dirigeants afin d'obtenir une indemnisation. Cette action en justice est donc conditionnée à la constatation d'une perte chez la filiale (1) non compensée par la société mère (2).

1. *La notion de perte*

504. L'exercice « illégal » du contrôle par la société mère entraînant une perte chez sa filiale. Le point a) de l'article 202 (1) du Code de commerce turc dispose en substance que la société dominante ne peut par principe « utiliser » (entendue au sens de « profiter de ») sa position dominante de manière à causer une perte chez sa filiale. Afin d'engager la responsabilité de la société mère sur ce fondement, la société mère doit nécessairement s'immiscer, d'une manière ou d'une autre, dans la gestion de la filiale en utilisant par exemple les actifs de cette dernière dans un intérêt autre que celui de la filiale, entraînant ainsi une perte chez cette dernière. Le législateur turc prévoit à ce titre, de manière non exhaustive, une liste d'actes ou de faits pouvant conduire à caractériser une perte au niveau de la filiale. Il en va notamment en cas de transfert, de la filiale vers la société mère ou d'une autre société du groupe, d'actifs ou de personnels, de minoration ou de transfert des bénéfices et plus largement de transfert du patrimoine de la filiale vers la société mère. Bien entendu, il n'est

⁷⁸⁶ Voir *infra*, n°672 et suiv.

pas question d'interdire ces opérations dans le cadre des groupes de sociétés. Si lesdites opérations sont réalisées dans les conditions de marché, à savoir dans des conditions similaires aux relations entre sociétés non liées (hors groupe), aucune perte – entendue au sens de l'article 202 (1) – ne pourra être caractérisée. En réalité et ainsi que l'affirme un auteur, l'article 202 (1) du Code de commerce turc n'interdit pas l'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale mais offre, sous certaines conditions, aux actionnaires (ainsi qu'aux créanciers) de la filiale, la possibilité d'intenter une action en responsabilité contre la société mère (et éventuellement contre ses dirigeants) si cette dernière utilise sa « puissance » au détriment de l'intérêt de sa filiale⁷⁸⁷.

505. L'objectif du mécanisme de compensation prévu en droit turc est de remettre la filiale dans la situation où elle aurait dû se retrouver si elle était indépendante. En d'autres termes, l'objectif est d'éliminer les conséquences négatives pour la filiale des opérations ou faits émanant de la société mère. Le mécanisme de la compensation assure ainsi l'équilibre des différents intérêts en présence au sein du groupe de sociétés et permet la mise en œuvre de la politique générale du groupe tout en prévoyant un cadre juridique protégeant les intérêts de la filiale, cette dernière étant sous la dépendance économique de sa mère et donc en situation de faiblesse. En ce sens, le fait que des pertes – en principe temporaires – soient constatées au niveau des filiales et résultent de la mise en œuvre des plans à moyen ou long terme du groupe n'est pas contraire à l'esprit du droit turc du fait de l'existence même du mécanisme de compensation. Autrement dit, le système de compensation existe parce que des pertes seront très probablement constatées chez la filiale en raison du contrôle exercé par la société mère, et plus largement de l'existence du groupe. Il ressort de l'exposé des motifs de l'article 202 du CCT qu'à travers ce mécanisme de compensation, le droit turc offre une certaine souplesse dans la mise en œuvre de la politique du groupe par la société mère⁷⁸⁸.

506. A notre avis, bien que le mécanisme de compensation puisse, au contraire, s'avérer lourd à mettre en œuvre en pratique, l'instauration d'un tel mécanisme a le mérite de lever toute ambiguïté sur le « mensonge » de l'indépendance juridique de la filiale. Autrement dit, par une approche réaliste des groupes, le droit turc reconnaît explicitement, en droit,

⁷⁸⁷ ÇAMOĞLU E., *Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, Temmuz 2013, s. 19

⁷⁸⁸ Gerekçe, TTK m. 202 (1)

l'indépendance économique des sociétés contrôlées et en tire les conséquences sur le plan juridique à travers le mécanisme de compensation. Les règles étant clairement prévues par les textes de loi, le droit turc propose globalement un régime lisible et cohérent, source de sécurité juridique et appréciable des praticiens du droit. C'est à notre sens ce qui manque le plus dans le cadre du droit français.

507. Une notion large entendue au sens de l'atteinte à l'intérêt social de la filiale. Le législateur turc a volontairement fait le choix d'un terme large en retenant la notion de « perte » en lieu et place de celle de « dommage » entendue au sens du droit des obligations⁷⁸⁹. Ainsi, toute activité ou transaction réduisant ou mettant en péril les actifs ou la rentabilité de la filiale est considérée comme génératrice d'une perte⁷⁹⁰. En ce sens, une perte n'implique pas nécessairement une diminution des actifs de la filiale. Priver une filiale d'une occasion de bénéficier d'un avantage particulier, lui faire perdre la possibilité de générer des revenus futurs ou empêcher son développement peuvent également être considérés comme une perte au sens large pour ladite filiale⁷⁹¹. Le fait par ailleurs pour une filiale de ne pas répondre à un appel d'offres ou de s'abstenir délibérément de remplir les conditions d'un appel d'offres en raison du comportement de la société mère pourrait également être considéré comme une perte, en l'occurrence d'opportunité commerciale⁷⁹².

508. La perte causée à la filiale par la société mère en raison de l'exercice de sa position dominante peut, ainsi qu'il ressort des dispositions de l'article 202 (1) du CCT, résulter aussi bien d'opérations juridiques (transfert d'actifs, de bénéfices, de trésorerie, de créances, de personnel etc.) ou de faits matériels (blocage ou perturbation de l'activité de la filiale par la société mère, limitation sans raison valable des investissements nécessaires au maintien ou au développement de la filiale etc.). Par ailleurs et de manière plus générale, pour qu'il y ait perte, il n'est pas nécessaire que l'instruction donnée par la société mère soit d'une certaine importance ou encore qu'elle prévoie diverses sanctions à l'encontre de la filiale en l'absence d'agissement de cette dernière conformément à l'instruction de la société mère. En somme,

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op. cit., s. 228

⁷⁹¹ Gerekçe, TTK m. 202 (1)

⁷⁹² *Ibid.*

la notion de perte apparaît très large et assure en ce sens une compensation élargie des pertes de la filiale selon diverses conditions et modalités qu'il convient d'envisager.

2. *Les conditions et modalités de la compensation*

509. La mesure de la perte. Afin que la société mère puisse procéder à la compensation de la perte subie par la filiale, encore faut-il que ladite perte soit mesurable ou quantifiable. Comme en droit allemand, la perte à compenser par la société mère est celle afférente à chaque acte ou fait préjudiciable et non celle relative à la gestion globale. Le montant de la perte subie par la filiale – en raison de l'activité ou de la transaction réalisée du fait de l'orientation de la société dominante – doit être déterminé en fonction de ce qu'aurait été le résultat pour la filiale si cette dernière avait réalisée ladite activité ou transaction de manière totalement indépendante⁷⁹³. Ainsi que le prévoit le point d) de l'article 202 (1) du CCT, il convient, pour la détermination de la perte, de prendre en compte le comportement des dirigeants d'une société indépendante qui, dans des circonstances identiques ou similaires, auraient poursuivi de bonne foi les intérêts de la société et agit avec la diligence d'un gestionnaire avisé.

510. Dans la situation où l'ampleur de la perte ne peut être déterminée et quantifiée, la société mère ne pourra compenser cette perte de manière précise. En particulier, la compensation des pertes découlant de faits matériels, tels que la suspension de la participation de la filiale à un appel d'offres ou l'empêchement par la société mère d'un investissement d'amélioration, ne peut faire l'objet de calculs précis et de mesures concrètes. Dans cette hypothèse, la responsabilité de la société mère pourra toutefois être engagée par les minoritaires s'ils considèrent que la perte n'a pas été intégralement compensée. À noter par ailleurs que dans cette hypothèse (impossibilité de mesurer avec précision la perte subie par la filiale), dès lors qu'il semble difficile de procéder à une indemnisation appropriée de la filiale, les minoritaires seraient fondés à demander leur retrait de la filiale *via* le rachat par la société mère des titres qu'ils détiennent dans ladite filiale⁷⁹⁴.

511. Les méthodes de compensation. L'article 202 (1) du CCT prévoit deux méthodes pour la compensation de la perte de la filiale : soit la société mère procède à une compensation

⁷⁹³ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topuluğu Hukuku*, op. cit., s. 253

⁷⁹⁴ Voir à ce sujet *infra*, n°522

effective de la perte, soit elle accorde un droit de créance (ou « droit à réclamation ») au profit de la filiale.

512. La compensation effective peut prendre diverses formes selon la nature de la perte mais doit en principe être réalisée au cours de l'exercice social de la survenance de la perte. Si elle peut se faire en numéraire, la compensation peut également être réalisée par la fourniture d'un service en contrepartie de la perte. Par exemple, si la perte consiste en une diminution des actifs de la filiale, cette diminution peut être compensée par le versement de fonds au profit de la filiale. Si la perte s'est produite sous la forme d'une perte d'opportunité d'exercer une activité pour la filiale, une autre opportunité commerciale équivalente peut être proposée par la société mère au profit de ladite filiale⁷⁹⁵. La compensation peut également consister dans une concession de licences ou de droits d'utilisation d'une marque, la fourniture gratuite de services de recherche et de développement, l'offre de formations au personnel, le bénéfice d'un réseau de commercialisation, le transfert d'un bien immobilier etc⁷⁹⁶. Dans tous les cas, l'objectif doit être celui de rétablir la filiale dans sa situation antérieure à la survenance de la perte.

513. La seconde méthode de compensation envisagée par l'article 202 (1) du CCT est la possibilité pour la société mère d'octroyer un droit de créance ou un droit à réclamation (de la compensation) à la filiale. Dans cette hypothèse, la société mère peut prendre l'engagement de compenser la perte subie par la filiale en précisant la date et les modalités de compensation. Cette méthode permet à la société mère de reporter la compensation de la perte à un exercice social ultérieur et il s'agit là de la seule différence avec la première méthode de compensation évoquée ci-avant (compensation nécessairement au cours de l'exercice social au cours duquel la perte a été causée). Toutefois, si l'article 202 (1) du CCT exige l'indication de la date à laquelle la compensation devra être effectivement réalisée⁷⁹⁷, se pose toutefois la question du respect d'un éventuel délai maximal pour l'exécution effective de ladite compensation. Il pourrait en effet être tentant pour la société mère de reporter excessivement l'exécution effective de la compensation de la perte. Sur ce point,

⁷⁹⁵ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op. cit., s. 285

⁷⁹⁶ Gerekçe, TTK m. 202 (1)

⁷⁹⁷ Il est néanmoins admis qu'il n'est pas nécessaire de spécifier un jour précis pour la réalisation effective de la compensation. Il peut notamment être prévue que l'exécution de la compensation aura lieu au plus tard à une date visée ou au moment de la survenance d'un évènement.

l'exposé des motifs de l'article 202 (1) du CCT précise néanmoins que l'utilisation de la seconde méthode de compensation ne doit pas conduire à reporter la compensation effective de la perte sur une période trop longue⁷⁹⁸. Autrement dit, un délai raisonnable d'exécution doit être respecté, le respect de ce délai raisonnable relevant de l'appréciation des juges en cas de contentieux.

514. Un pouvoir discrétionnaire de la société mère quant au contenu de la compensation. Outre les questions de mesurabilité de la perte et les méthodes de compensation, la loi ne précise pas qui, de la société mère ou de la filiale ayant subie la perte, décide du contenu de la compensation à effectuer, à savoir de la prestation à fournir en compensation de la perte de la filiale. Cette dernière peut-elle refuser une prestation proposée par la société mère en guise de compensation de la perte qu'elle a subie ? Son accord est-elle nécessaire ? Le droit turc étant muet sur la question, les auteurs turcs sont tournés vers le droit allemand. Selon la doctrine majoritaire en droit allemand, la société mère devrait pouvoir décider seul du contenu de la compensation compte tenu du droit accordé à cette dernière d'orienter les activités de la filiale et, par conséquent, de causer éventuellement des pertes à ladite filiale⁷⁹⁹. L'accord de la filiale sur le contenu de la compensation est donc indifférent. Si la majorité des auteurs turcs s'est rallié à cette position permettant à la société mère de choisir librement le contenu de la compensation en prenant en compte ses propres intérêts⁸⁰⁰, elle devra en pratique nécessairement tenir compte de l'intérêt de la filiale et recueillir au moins son avis (à défaut de son accord) sur le contenu de la compensation, et ce, compte tenu de l'objectif du mécanisme de compensation et de la possibilité d'une action en justice contre la société mère s'il est considéré que la compensation n'est pas appropriée ou insuffisante⁸⁰¹.

515. Une obligation d'établir un rapport de dépendance informant les minoritaires de la réalisation effective ou non de la compensation. L'exécution de la compensation est une obligation pesant sur la société mère. Pour ce faire, les dirigeants de la filiale doivent établir

⁷⁹⁸ Gereke, TTK m. 202 (1)

⁷⁹⁹ GÜRBÜZ USLU, A. E., *Şirketler Topluluğunda Denkleştirme*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, s. 319

⁸⁰⁰ Voir en ce sens notamment : OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op. cit., s. 289-290 ; AKIN I., *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*, Seçkin, 2014, s. 320

⁸⁰¹ GÜRBÜZ USLU, A. E., *Şirketler Topluluğunda Denkleştirme*, op. cit., s. 319

chaque année, dans les trois premiers mois de l'exercice en cours, un « rapport de dépendance⁸⁰² » retraçant les opérations de la filiale avec sa société mère et ses sociétés sœurs au cours de l'exercice social précédent et mentionner ses pertes – au sens de l'article 202 (1) du CCT – résultant de ces relations. Plus spécifiquement, ce rapport de dépendance, prévu à l'article 199 (1) du CCT, doit notamment préciser les transactions ou opérations réalisées – et plus généralement toutes les mesures prises ou évitées – en faveur de la société mère et/ou des sociétés sœurs sur instruction de la société mère⁸⁰³. Autrement dit, toutes les interactions actives et passives entre la filiale en question et la société mère et les autres filiales (sociétés sœurs), ainsi que leurs conséquences pour la filiale, doivent être expliquées en détail dans le contenu du rapport de dépendance⁸⁰⁴.

516. Cependant, il convient de préciser que ce rapport de dépendance n'est pas soumis à l'assemblée générale de la filiale dans son intégralité. Seule la partie conclusive de ce rapport, indiquant brièvement si une perte a été subie par la filiale au cours de l'exercice social passé et, le cas échéant, si elle a été compensée, doit être jointe au rapport de gestion annuel destiné à l'ensemble des actionnaires de la filiale, et donc à la société mère majoritaire et aux autres actionnaires minoritaires⁸⁰⁵. L'objectif principal du rapport de dépendance est de fournir les informations nécessaires aux actionnaires de la filiale, en particulier aux minoritaires, afin que ces derniers puissent notamment constater la réalisation effective ou non de la compensation des pertes, en vue, le cas échéant, d'engager une action en responsabilité contre la société mère et ses dirigeants. En ce sens, certains auteurs estiment qu'il serait plus opportun de communiquer l'intégralité du rapport de dépendance aux actionnaires minoritaires – et non seulement la partie conclusive – afin de leur apporter un éclaircissement global sur les relations intragroupe de la filiale, ce qui renforcerait considérablement l'étendue des informations communiquées et donc *in fine* leur niveau de

⁸⁰² A ne pas confondre avec le « rapport de domination » à établir par la société mère : sur ce point, voir *supra* n°141 et suiv.

⁸⁰³ BORA S., *Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Ocak 2014, s. 99-102

⁸⁰⁴ ÖZDİN F., *Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 197, Ocak 2021, s. 325-327

⁸⁰⁵ *Ibid.*

protection⁸⁰⁶. Néanmoins et en tout état de cause, en l'absence de compensation, les minoritaires ont la faculté d'engager la responsabilité de la société mère et de ses dirigeants.

B. Les recours des minoritaires à défaut de compensation des pertes subies par la filiale

517. A défaut de compensation des pertes subies par la filiale du fait de l'exercice du contrôle de la société mère, les minoritaires peuvent demander l'indemnisation du préjudice subi par la filiale (1) ou encore solliciter le rachat de leurs titres (2).

1. *L'indemnisation du préjudice subi par la filiale*

518. Nature de la responsabilité de la société mère. Conformément aux dispositions du point b) de l'article 202 (1) du CCT, en l'absence de compensation effective, chaque actionnaire de la filiale peut intenter une action en responsabilité contre la société mère et ses dirigeants à l'origine de la décision ayant causée une perte chez la filiale aux fins d'indemnisation du « dommage » ou du « préjudice⁸⁰⁷ » subi par cette dernière⁸⁰⁸. La doctrine est toutefois partagée sur la nature de ce cas de responsabilité. Selon le Professeur TEKINALP, s'il ne fait pas de doute qu'il convient d'appliquer les principes et règles de la responsabilité contractuelle lorsque la relation entre la société dominante et la société dominée émane d'un contrat de domination (très rare dans la pratique turque), l'auteur estime qu'en l'absence d'un tel contrat de domination, la responsabilité de la société mère est nécessairement de nature délictuelle dès lors que les parties doivent être considérées comme se trouvant dans une position de tiers l'une envers l'autre⁸⁰⁹. Tel n'est pas l'avis du Professeur OKUTAN NILSSON qui considère qu'en l'absence de contrat de domination, il existe malgré tout une relation juridique spécifique entre la société mère et sa filiale qui tire sa source de la loi et se matérialise notamment par l'obligation de la filiale d'établir chaque année un rapport de dépendance⁸¹⁰. Compte tenu de ce lien particulier entre la société mère et sa filiale, l'auteur estime que les parties doivent faire preuve d'une attention particulière dans leurs relations et

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ A noter que contrairement au point a) de l'article 202 (1) du Code de commerce turc qui vise expressément les pertes (*Kayıp*), le législateur emploie le terme « dommage » (*Zarar*) s'agissant de la mise en cause de la responsabilité de la société mère.

⁸⁰⁸ Il s'agit bien d'indemniser le dommage subi par la filiale et non directement le(s) minoritaire(s) titulaire(s) de l'action en responsabilité contre la société mère.

⁸⁰⁹ TEKINALP Ü., *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2013, s.580

⁸¹⁰ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op. cit., s. 322-326

qu'il est ici question d'une responsabilité de nature particulière située entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Dans certaines situations, il serait donc possible de faire application des règles de la responsabilité contractuelle⁸¹¹. Dans tous les cas, plusieurs conditions doivent être réunies pour engager la responsabilité de la société mère et en particulier démontrer l'existence d'une perte subie par la filiale en raison de « l'orientation » de la société mère.

519. Une perte subie en raison de « l'orientation » de la société dominante – lien de causalité. Afin que la responsabilité de la société mère soit engagée, l'acte ou le fait à l'origine du préjudice subi par la filiale doit être réalisé du fait de « l'orientation » (*Yönlendirme*) de la société dominante. En effet, cette dernière ne saurait être systématiquement tenue responsable de toutes les conséquences néfastes des affaires ou transactions conclues par la filiale. Il convient de déterminer que la société mère est bien à l'origine du préjudice subi par la filiale, par exemple dans la mesure où elle aurait, d'une manière ou d'une autre, « ordonné » à la filiale d'exécuter un acte ou une transaction quelconque lui ayant causé préjudice, ou au contraire, en lui interdisant de conclure un acte qui lui aurait été profitable. Bien qu'aucune forme particulière ne soit envisagée pour caractériser l'orientation de la filiale par la société mère, une forme de pression émanant de cette dernière sur la première doit être démontrée⁸¹². Ce qui importe donc, c'est que le comportement de la société mère conduise la filiale à percevoir de manière objective une sorte d'injonction et qu'elle agisse en conséquence. A ce titre, il est précisé que des actes positifs – pouvant prendre diverses formes – sont nécessaires pour caractériser l'orientation de la filiale par la société mère⁸¹³. A *contrario*, le silence ou l'absence d'agissement de la société mère ne devrait pas en principe conduire à engager sa responsabilité. Si par ailleurs et en tout état de cause, la filiale aurait tout de même réalisé la transaction même en l'absence de contexte de groupe et d'influence d'une société dominante, la responsabilité de la société mère ne pourra pas, en toute logique, être engagée.

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² YİĞİTOĞLU Z. Ö., *Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası*, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Haziran 2015, s. 156

⁸¹³ G. OKUTAN NILSSON, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op. cit., s. 270

520. La preuve de l'orientation de la filiale par la société dominante. Afin de prouver l'orientation de la filiale par la société mère, il devra être démontré l'existence d'une transaction ayant causé une perte du fait de l'orientation de la société mère, cette orientation devant se matérialiser – ainsi que nous l'avons précisé ci-avant – par des actions positives de la société mère et par une certaine pression exercée par cette dernière sur la filiale. Néanmoins, si la transaction à l'origine de la perte procure un avantage à la société mère, à d'autres filiales ou au groupe de sociétés dans son ensemble, elle sera présumée effectuer sous l'orientation de la société mère⁸¹⁴. Dans tous les cas, le moyen de preuve le plus important à cet égard sera le rapport de dépendance qui doit être préparé par le conseil d'administration de la filiale, conformément aux dispositions de l'article 199 du CCT. Rappelons en effet que ce rapport décrit les relations entre les filiales et la société mère ainsi que les conséquences de ces relations, y compris les pertes et les bénéfices qui en découlent.

521. Limite générale à la responsabilité de la société mère. Le point d) de l'article 202 (1) du CCT prévoit qu'« aucune indemnité n'est accordée (sous-entendue par la société mère) s'il est prouvé que la transaction à l'origine de la perte (sous-entendue subie par la filiale) aurait pu être effectuée ou évitée par les membres du conseil d'administration d'une société indépendante (placés) dans des circonstances identiques ou similaires, agissant avec la diligence d'un dirigeant honnête et prudent qui observe les intérêts de (ladite) société conformément à la règle de l'honnêteté ». Autrement dit, une comparaison doit être opérée avec le comportement hypothétique d'un dirigeant honnête et prudent d'une société indépendante placé dans les mêmes conditions factuelles et juridiques que la filiale⁸¹⁵. Ainsi, si le dirigeant honnête et prudent d'une société indépendante, se trouvant dans les mêmes conditions de fait et de droit que la filiale, accomplit l'acte ou effectue la transaction qui cause une perte à la filiale, la société mère ne pourra être tenue responsable même si cet acte ou cette transaction est effectué sur instruction de cette dernière et cause une perte à la filiale. Dans cette hypothèse, la société mère ne sera donc pas tenue d'indemniser la filiale.

⁸¹⁴ *Ibid.*, s. 278

⁸¹⁵ *Ibid.*, s. 262

2. La sortie éventuelle des minoritaires via le rachat de leurs titres (droit de retrait)

522. Une alternative à l'indemnisation de la filiale. L'article 202 (1) du CCT prévoit enfin qu'en lieu et place de l'indemnisation de la filiale, les minoritaires peuvent solliciter le rachat – par la société mère – des titres qu'ils détiennent dans la filiale dans les conditions énoncées au point (2) du même article⁸¹⁶. Cependant, ce droit n'est pas automatique : il reviendra au juge d'apprécier si la demande de rachat des titres des minoritaires est équitable ou non. La règle étant en premier lieu la réparation du dommage subi par la filiale, le juge devra en effet d'abord privilégier la voie de l'indemnisation de la filiale⁸¹⁷. Toutefois, l'exposé des motifs de l'article 202 (1) du CCT précise qu'il existe des situations où la justice commande de procéder par voie de rachat des titres des minoritaires⁸¹⁸ : certaines circonstances particulières peuvent ainsi justifier le rachat des titres minoritaires. En particulier et ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, lorsqu'il n'est pas possible de mesurer avec précision la perte subie par la filiale et qu'il semble ainsi impossible de procéder à une indemnisation appropriée de ladite filiale, le juge pourrait dans ce cas accéder à la demande des minoritaires souhaitant se retirer de la filiale *via* le rachat par la société mère des titres qu'ils détiennent dans la filiale⁸¹⁹. En fonction des circonstances de l'espèce, l'article 202 (1) du CCT prévoit en outre que le juge puisse recourir à d'autres solutions plus appropriées en vue de satisfaire les minoritaires tout en veillant à garder un certain équilibre entre les intérêts de ces derniers et ceux de la société mère majoritaire.

523. Un pouvoir d'appréciation large du juge pour trouver la solution la plus appropriée. Lorsque ni l'indemnisation de la filiale ni le rachat par la société mère des titres des minoritaires n'apparaissent comme des solutions satisfaisantes, le juge peut proposer d'autres solutions qui lui semble plus appropriées. Dans l'exposé des motifs de l'article 202 (1) du CCT, des exemples sont proposés tels que la possibilité d'une distribution complémentaire de dividendes, voire même des modifications statutaires de la filiale en vue d'instaurer des mécanismes visant à protéger les minoritaires extérieurs au groupe⁸²⁰. Le juge dispose en ce sens d'un important pouvoir d'appréciation afin de proposer la solution la plus

⁸¹⁶ Pour plus de précisions sur les modalités pratiques de ce rachat de titres par la société mère, voir *infra* n°535 et suiv.

⁸¹⁷ YİĞİTOĞLU Z. Ö., *Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası*, op. cit., s. 173

⁸¹⁸ Gerekçe, TTK m. 202 (1)

⁸¹⁹ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op. cit., p. 383

⁸²⁰ Gerekçe, TTK m. 202 (1)

appropriée au regard des faits de l'espèce. Finalement, la rigidité de la procédure de compensation, qui apparaît relativement lourde à mettre en œuvre en pratique, s'équilibre à notre avis avec la souplesse dont bénéficie le juge pour proposer une solution alternative et efficace tenant compte des différents intérêts en présence au sein du groupe.

§2. La responsabilité de la société mère en sa qualité d'actionnaire majoritaire dans le cadre de décisions significatives prises en assemblée générale de la filiale [CCT, art. 202(2)]

524. Le droit turc s'éloigne du droit allemand en prévoyant un cas spécifique de responsabilité de la société mère majoritaire qui se rapproche du concept d'abus de majorité prévu en droit français. Cette action en responsabilité réservée aux seuls minoritaires – et non aux créanciers de la filiale⁸²¹ – dispose d'un champ d'application relativement large (A) permettant ainsi aux minoritaires d'une filiale d'agir en justice en vue d'obtenir une indemnisation de leur préjudice personnel⁸²² ou le rachat de leurs titres par la société mère (B).

A. Un champ d'application relativement large

525. L'article 202 (2) du CCT turc offre la possibilité aux associés minoritaires d'une filiale d'engager la responsabilité de la société mère majoritaire suite à l'adoption de certaines décisions prises dans le cadre d'une assemblée générale de la filiale⁸²³. Ce droit est reconnu aux minoritaires dans de nombreuses hypothèses entraînant des changements radicaux au niveau de la filiale (1) mais sous réserve de respecter certaines conditions (2).

1. Des opérations expressément visées mais non exhaustives

526. Des hypothèses expressément visées par la loi. Toutes les décisions prises par la société mère – en tant qu'associée majoritaire de la filiale – ne sont pas susceptibles d'être remises en cause par les minoritaires de la filiale. Le législateur turc ne reconnaît ce droit aux minoritaires de la filiale seulement dans des cas impactant radicalement la filiale. Il en va notamment ainsi, aux termes de l'article 202 (2) du CCT, s'agissant des opérations de fusion,

⁸²¹ Contrairement aux dispositions de l'article 202 (1) du CCT qui ouvre une action en responsabilité aussi bien aux actionnaires minoritaires qu'aux créanciers de la filiale.

⁸²² Il s'agit, contrairement à l'indemnisation prévue dans le cadre de l'article 202 (1) du CCT, d'indemniser le préjudice personnel subi par le minoritaire, distinct de celui subi par la filiale.

⁸²³ A noter que les minoritaires peuvent engager la responsabilité des dirigeants sur le fondement de l'article 202 (2) du CCT lorsque, s'agissant des décisions ou opérations envisagées par ce texte, les compétences de l'assemblée générale ont été « transférées » aux dirigeants.

de scission, de changements de forme sociale, de dissolutions et de certaines modifications importantes des statuts. S'agissant de ce dernier cas et à titre d'exemple, un auteur estime que les modifications statutaires relatives au quorum requis pour la tenue d'une assemblée générale devraient rentrer dans le cadre des modifications importantes de statuts prévues par l'article 202 (2) du CCT⁸²⁴.

527. Au regard de la nature de ces opérations, le législateur turc estime qu'il convient de protéger les minoritaires de la filiale lorsque l'opération en cause est réalisée sans « raison justifiable clairement compréhensible pour la société filiale⁸²⁵ ». Un auteur cite notamment pour exemple le cas d'une fusion entre sociétés sœurs comprenant une société absorbante bénéficiaire et une société absorbée structurellement déficitaire⁸²⁶. Dans cette situation, les minoritaires de la filiale bénéficiaire (absorbante) n'ont pas intérêt à ce que la filiale dont ils sont actionnaires fusionne avec la société déficitaire (absorbée) dès lors que la valeur de leurs titres se retrouverait dépréciée du fait de la fusion. Sous réserve de certaines conditions à respecter que nous verrons ci-après, les minoritaires de la filiale bénéficiaire pourraient dans cette hypothèse demander une indemnisation à concurrence de la perte de valeur de leurs titres ou encore solliciter le rachat de leurs titres.

528. L'absence d'exhaustivité des cas prévus par la loi. Les opérations ou décisions énumérées par l'article 202 (2) du CCT ne sont pas limitatives. Si l'opération ou la décision litigieuse n'est pas expressément prévue par la loi, il reviendra au juge d'apprécier le caractère significatif ou non de ladite opération ou décision litigieuse pour déterminer la recevabilité de l'action des minoritaires de la filiale. Autrement dit, la détermination du caractère significatif ou non de l'opération ou de la décision litigieuse relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, de la même manière que le dispositif prévu à l'article 202 (1) du CCT⁸²⁷, le juge dispose ici également d'un large pouvoir d'appréciation afin de proposer une solution équilibrée tenant compte des différents intérêts en présence.

⁸²⁴ ÇAMOĞLU E., *Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları*, op. cit., s. 27

⁸²⁵ CCT, art. 202 (2)

⁸²⁶ OKUTAN NILSSON G., *Şirketler Topluluğu* (Konferans-Seminer), *Bankacılar Dergisi*, Sayı 79, Aralık 2011, s. 100

⁸²⁷ Voir à cet égard *supra*, n°523

2. Des conditions souples

529. L'absence de raison justifiable clairement compréhensible pour société filiale. Les opérations visées par l'article 202 (2) du CCT ne sont bien entendu pas interdites en soi dans le cadre d'un groupe de sociétés. Pour que les minoritaires puissent engager la responsabilité de la société mère en tant qu'associée majoritaire, ils doivent apporter la preuve que l'opération ou la décision litigieuse émane de l'exercice du contrôle – et plus largement de la domination (*Hâkimiyet*) – de la société mère et qu'elle est dépourvue de « raison justifiable clairement compréhensible pour la société filiale ». La question qui se pose est alors celle de savoir au regard de quel intérêt – celui du groupe ou celui de la filiale en question – l'opération ou la décision litigieuse doit être justifiée. Autrement dit, la décision prise par la société mère majoritaire doit elle nécessairement être appréciée au regard de l'intérêt social de la filiale ou peut-elle être justifiée par l'intérêt du groupe ? Selon un auteur, l'opération en cause n'est pas justifiée lorsqu'elle n'est pas nécessaire pour le groupe et en particulier pour la filiale concernée⁸²⁸. En d'autres termes et selon le même auteur, l'absence de raison justifiable clairement compréhensible signifie que l'opération envisagée n'apportera aucun avantage à la filiale, qu'elle causera très probablement un préjudice à cette dernière et qu'il n'existe aucune nécessité pour le groupe de réaliser une telle opération⁸²⁹. Un autre auteur considère plus explicitement que l'intérêt de groupe ne saurait légitimer une décision de la société mère majoritaire qui serait non justifiée au regard de l'intérêt de la filiale⁸³⁰. Cette dernière position nous paraît davantage conforme à l'esprit du texte dès lors que l'objectif du législateur turc est de protéger les minoritaires en raison d'opérations préjudiciables à la filiale décidées par la société mère majoritaire : le fait que lesdites opérations soient conformes à l'intérêt du groupe devrait ainsi rester indifférent dès lors que ce fait justificatif réduirait considérablement la possibilité d'action des minoritaires et renforcerait au contraire le pouvoir de la société mère majoritaire.

530. D'autres auteurs estiment par ailleurs qu'en plus de l'intérêt social de la filiale, doit également être pris en compte, pour apprécier la justification de l'opération ou de la décision

⁸²⁸ ÇAMOĞLU E., *Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları*, op. cit., s. 28

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ GÖKTÜRK K., *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)*, Adalet, 2022, s. 403

de la société mère majoritaire, l'impact de la décision de cette dernière sur l'intérêt personnel des actionnaires minoritaires de la filiale⁸³¹. Cette position, qui pourrait se justifier dès lors qu'il est question d'indemniser un préjudice personnel au minoritaire de la filiale, semble toutefois minoritaire au sein de la doctrine turque. En réalité, l'impact de la décision de la société mère majoritaire sur l'intérêt personnel des minoritaires serait indirectement reconnu par la perte de valeur des titres détenus par ces derniers en raison de l'opération ou la décision litigieuse adoptée par la société mère⁸³².

531. L'exigence d'une manifestation d'opposition des minoritaires préalable à l'action en justice. L'article 202 (2) du CCT prévoit que s'agissant des opérations et décisions visées ci-avant entraînant des changements radicaux au niveau de la filiale, les actionnaires minoritaires qui votent contre les résolutions de l'assemblée générale afférentes aux décisions concernées et « l'enregistrent sur le procès-verbal ou s'opposent par écrit aux décisions du conseil d'administration sur ces questions et questions similaires » peuvent intenter une action en justice en vue d'obtenir une indemnisation ou demander le rachat de leurs titres. Les actionnaires minoritaires qui souhaitent intenter une action sur le fondement de l'article 202 (2) du CCT doivent donc au préalable prouver qu'ils ont manifesté de manière expresse leur opposition aux décisions sur les opérations significatives envisagées. En l'absence d'opposition manifeste préalable, la demande en justice d'indemnisation ou de rachat des titres des minoritaires serait irrecevable⁸³³. En somme, les conditions pour mettre en cause la responsabilité de la société mère sur le fondement de l'article 202 (2) du CCT apparaissent relativement souples.

B. Les actions des minoritaires contre la société mère

532. Deux possibilités d'actions s'ouvrent aux minoritaires sur le fondement de l'article 202 (2) du CCT : l'indemnisation du préjudice subi par ces derniers d'une part (1), et la demande de rachat de leurs titres par la société mère majoritaire d'autre part (2).

⁸³¹ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op. cit., s. 310

⁸³² Voir à ce sujet *infra*, n°533

⁸³³ A noter par ailleurs qu'il existe un délai de prescription de deux ans à compter de la date de la décision prise en assemblée générale.

1. *L'indemnisation des minoritaires par la société mère*

533. L'indemnisation d'un préjudice personnel. La perte de valeur des titres détenus par les minoritaires en raison de l'opération ou la décision litigieuse envisagée dans le cadre de l'article 202 (2) du CCT est considérée par certains auteurs comme constitutive d'un préjudice personnel et distinct de celui subi par la filiale⁸³⁴. Il s'agit en conséquence d'indemniser directement les minoritaires et non la filiale⁸³⁵. Contrairement aux dispositions de l'article 202 (1) du CCT, il n'est pas prévu dans le cadre de l'article 202 (2) du même code un système de compensation de la filiale qui permettrait d'indemniser la filiale et éviter ainsi indirectement la perte de valeur des titres détenus par les minoritaires.

534. La réparation d'un préjudice indirect. La responsabilité de la société mère majoritaire découlant de l'article 202 (2) du CCT vise à réparer le préjudice subi par les actionnaires minoritaires en raison de décisions significatives de l'assemblée générale. Une partie de la doctrine turque estime à cet égard que ledit article autorise l'indemnisation des actionnaires minoritaires aussi bien au titre du préjudice direct que pour le préjudice indirect subi par ces derniers, à savoir celui découlant de la perte générée au niveau de la filiale. Il s'agit notamment de la position du Professeur OKUTAN NILSSON qui estime qu'à défaut de précisions à ce sujet sur le plan de la rédaction de l'article 202 (2) du CCT, il convient de retenir une approche extensive et admettre la possibilité pour les minoritaires de demander la réparation de leur préjudice indirect⁸³⁶. Si plusieurs auteurs sont du même avis⁸³⁷, il convient de souligner néanmoins que d'autres estiment au contraire que seul le préjudice direct subi par les minoritaires serait indemnisable⁸³⁸, ce qui réduirait considérablement l'étendue de l'action des minoritaires à l'encontre de la société mère majoritaire. Une décision jurisprudentielle sur la question serait ainsi la bienvenue.

⁸³⁴ OKUTAN NILSSON G., *Şirketler Topluluğu* (Konferans-Seminer), op. cit., s. 100

⁸³⁵ *Ibid.*

⁸³⁶ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op. cit., s. 404-407

⁸³⁷ GÖKTÜRK K., *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)*, op. cit., s. 304-305

⁸³⁸ ÇAMOĞLU E., *Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları*, op. cit., s. 23-28

2. Le rachat des titres des minoritaires par la société mère

535. La détermination de la valeur des titres des minoritaires. L'article 202 (2) du CCT prévoit la possibilité pour les minoritaires de demander à ce que la société mère majoritaire rachète leurs actions « au moins à la valeur boursière s'il y en a une, ou s'il n'y en a pas, ou encore si la valeur boursière n'est pas équitable, à la valeur réelle ou à une valeur à déterminer selon une méthode généralement (usuellement) acceptée. Pour la détermination de la valeur, les données à la date la plus proche de la décision de justice sont prises comme base. L'action en dommages-intérêts ou en achat d'actions se prescrit par deux ans à compter de la date de la résolution de l'assemblée générale ou de l'annonce de la résolution du conseil d'administration ». Ce faisant, le législateur prévoit plusieurs méthodes alternatives de détermination du prix des actions détenues par les minoritaires.

536. La première méthode vise les sociétés cotées sur un marché réglementé et consiste à prendre en compte la valeur boursière de l'action « à la date la plus proche de la décision de justice ». Cependant, au regard de la lettre de la loi, il semble toujours possible d'opter pour une autre méthode – y compris lorsqu'il est question d'une société cotée – si l'adoption de la première méthode aboutit à un résultat considéré comme inéquitable. Il convient alors de retenir une méthode qui reflèterait la valeur réelle de la filiale, et donc des titres de la filiale. Pour ce faire, deux méthodes principales de valorisation peuvent trouver lieu à s'appliquer, à savoir l'approche patrimoniale consistant à retenir l'actif net comptable corrigé (capitaux propres réévalués) de la filiale ou encore l'approche fondée sur la rentabilité et notamment la capacité de la société à dégager des bénéfices. En pratique, afin de tenir compte des différents intérêts en présence, il serait à notre sens plus pertinent de retenir plusieurs méthodes et de calculer une moyenne des résultats ainsi obtenus pour déterminer la valeur de la filiale, et par suite, des titres détenus par les minoritaires. Le recours obligatoire à un expert indépendant – à rajouter dans la lettre de l'article 202 (2) du CCT à notre sens – permettrait d'aboutir à une valorisation juste et équitable au regard des parties.

537. La date de valorisation des titres à retenir pour la détermination du prix des titres. L'article 202 (2) du CCT prévoit que la détermination de la valeur des titres est réalisée sur la base « des données à la date la plus proche de la décision de justice ». L'application à la lettre de cette disposition peut toutefois être source d'injustice pour les minoritaires sollicitant le

rachat de leurs titres dans la mesure où la valeur de la filiale a pu se dégrader du fait de la décision – injustifiée selon minoritaires – prise par la société mère en tant qu’associée majoritaire de ladite filiale⁸³⁹. Il conviendrait au contraire de retenir la valeur de la filiale avant la décision litigieuse⁸⁴⁰, ou du moins retenir une valorisation faisant abstraction de la perte subie par la filiale en raison de la décision litigieuse. En ce sens, la valorisation de la filiale devrait s’opérer sur la base de comptes sociaux établis antérieurement à la décision litigieuse ou alors sur des comptes retraités de la perte de la filiale du fait de ladite décision de la société mère.

538. Un droit au rachat synonyme d’obligation de sortie pour les minoritaires ? Si le législateur accorde expressément au profit des minoritaires un droit de rachat de leurs titres *via* l’article 202 (2) du CCT, la question se pose de savoir si ces derniers doivent nécessairement demander le rachat de l’intégralité des actions qu’ils détiennent dans la filiale lorsqu’ils se fondent sur ledit article. S’ils souhaitent se retirer complètement de la filiale, il est évident qu’ils doivent nécessairement céder l’intégralité de leurs titres à la société mère. Le droit au rachat se traduit alors par un droit de retrait des minoritaires bien qu’aucune précision en ce sens ne figure sur l’exposé des motifs de l’article 202 (2) du CCT⁸⁴¹. Néanmoins, les minoritaires peuvent-ils se prévaloir des dispositions de l’article 202 (2) du CCT en sollicitant le rachat d’une fraction seulement des titres qu’ils détiennent dans la filiale ? Autrement dit, le droit de rachat dont ils disposent est-il synonyme d’obligation de sortie de la filiale ? En raison de l’absence d’élément en ce sens⁸⁴², la doctrine estime que les minoritaires peuvent demander le rachat d’une partie seulement de leurs titres, et donc ne pas solliciter nécessairement le rachat de l’ensemble de leurs titres en conservant par exemple des actions de préférence qu’ils détiendraient éventuellement dans ladite filiale⁸⁴³, hypothèse qui ne devrait cependant pas se rencontrer fréquemment en pratique.

⁸³⁹ ÖZCANLI F.-B., *Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 417

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ Gerekçe, TTK m. 202 (2)

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op.cit., s. 406 ; GÖKTÜRK K., *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)*, op. cit., s. 413-416 ; AKIN I., *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*, Seçkin, 2014, s. 417

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE I

539. Droit français. Le droit français se caractérise par des dispositions ponctuelles et disparates globalement insuffisamment protectrices des minoritaires intragroupe. En effet, qu'il s'agisse des droits dont ils disposent en vue de prévenir les atteintes à l'intérêt social de la filiale dans laquelle ils sont associés ou des actions en responsabilité dont ils peuvent avoir recours contre la société mère ou les dirigeants intragroupe (de « leur » filiale ou de la société mère associée majoritaire), ces dispositifs apparaissent en somme peu dissuasifs pour la société mère qui reste fortement susceptible de porter atteinte aux intérêts de sa filiale, et donc indirectement, aux associés minoritaires de cette dernière. L'inexistence d'un encadrement autonome des groupes de sociétés, dont l'introduction serait l'occasion de proposer des droits et actions spécifiques aux minoritaires intragroupe, nuit par ailleurs à la clarté du droit et donc à la sécurité juridique. La frontière est parfois difficile à tracer entre les opérations qui seraient non susceptibles d'être remises en cause et celles qui seraient au contraire sanctionnables sur divers fondements. Le droit turc apparaît au contraire plus lisible et plus protecteur des intérêts des minoritaires intragroupe.

540. Droit turc. A travers le système de compensation des pertes subies par la filiale et des différents régimes de responsabilité de la société mère – et éventuellement des dirigeants de cette dernière, le droit turc offre un cadre légal assurant une protection renforcée des minoritaires au sein du groupe. Néanmoins, ainsi que le relève un auteur⁸⁴⁴, les notions de « perte » et de « compensation » sont des concepts larges et abstraits qui peuvent être source de difficultés en pratique. Il semble en effet difficile de démontrer et de déterminer l'étendue d'une perte entendue au sens de la loi turque. Le contenu de la compensation accordée par la société mère pour réparer la perte subie par la filiale pourra également toujours faire l'objet de discussion quant à son caractère suffisant ou non pour couvrir la perte, en particulier dans les hypothèses de compensation d'une opportunité (par exemple commerciale) manquée par la filiale en raison d'une contrainte - et plus largement d'une action - de la société mère. A défaut de compensation des pertes subies par la filiale, les minoritaires de cette dernière disposent de recours efficaces contre la société mère et leurs dirigeants. Ils peuvent en effet

⁸⁴⁴ ÇAMOĞLU E., *Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları*, op.cit., s. 23

demander l'indemnisation du préjudice subi par la filiale ou encore solliciter le rachat de leurs titres. Ce faisant, le droit turc a le mérite de poser des règles claires, ayant, au-delà de son côté protecteur des minoritaires de la filiale, un caractère dissuasif à l'égard de la société mère, cette dernière ne pouvant ignorer la probabilité de mise en cause de sa responsabilité en cas de méconnaissance des règles en vigueur.

Chapitre II. Pour une responsabilité accentuée de la société mère et des dirigeants intragroupe à l'égard des minoritaires en droit français (*de lege ferenda*)

541. Deux axes permettent à notre sens de responsabiliser davantage la société mère et les dirigeants intragroupe à l'égard des associés ou actionnaires minoritaires : d'une part, en renforçant les droits et recours des minoritaires intragroupe (**Section 1**), et, d'autre part, en reconnaissant dans certaines hypothèses une présomption de responsabilité de la société mère au profit desdits minoritaires (**Section 2**).

Section 1. Pour un renforcement des droits et actions des minoritaires intragroupe

542. Le renforcement des droits et actions des minoritaires intragroupe passe tout d'abord par une extension, notamment au profit des minoritaires des filiales, des dispositifs déjà existants en droit positif (§1) mais également par la consécration d'un droit général de retrait qui permettrait aux minoritaires de se retirer du groupe en cas de justes motifs (§2).

§1. L'extension des dispositifs existants permettant aux minoritaires d'agir contre les dirigeants du groupe

543. Deux types de dispositifs devraient pouvoir bénéficier d'une extension de leur champ d'application dans un souci de rééquilibrage des rapports de force intragroupe, à savoir le dispositif de demande d'expertise de gestion dans le cadre des groupes (A) ainsi que le mécanisme de l'action *ut singuli* dont l'étendue nous paraît trop limitée à ce jour (B).

A. L'extension de la demande d'expertise de gestion « de groupe »

544. Cette extension devrait se faire avant tout au profit des minoritaires des filiales (1) et ne devrait pas se limiter aux seules sociétés par actions (2).

1. *Pour une extension de l'expertise de gestion « de groupe » aux minoritaires de filiales*

545. Une extension partielle et partielle de l'expertise de gestion aux minoritaires de la société mère par la loi NRE du 15 mai 2001⁸⁴⁵. Nous l'avons dit dans nos développements précédents, l'article L225-231 du Code de commerce reconnaît la possibilité aux actionnaires

⁸⁴⁵ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

d'une société mère de solliciter une expertise de gestion sur les opérations réalisées par les dirigeants des sociétés contrôlées au sens de l'article L233-3 du Code de commerce⁸⁴⁶ mais ce droit n'est pas reconnu, sans raison évidente à notre sens, en sens inverse. La Cour de cassation considère en effet que les minoritaires de filiales ne peuvent mettre en œuvre la procédure d'expertise de gestion pour les opérations réalisées par les dirigeants de la société mère⁸⁴⁷.

546. Si le recours à l'expertise *in futurum* pourrait éventuellement permettre aux minoritaires d'obtenir des informations sur des opérations de gestion décidées par les dirigeants de la société mère⁸⁴⁸, il nous paraît en tout état de cause incohérent de limiter le recours à l'expertise de gestion « de groupe » aux seuls actionnaires de la société mère. Les minoritaires de la société mère, s'ils sont bien en situation de minorité dans leur propre société, ne subissent néanmoins pas – ou du moins de manière moins marquée⁸⁴⁹ – une politique de groupe qui leur serait néfaste, contrairement aux minoritaires de filiales plus exposés au risque d'atteinte aux intérêts de la filiale en question. En pratique, la politique du groupe profite souvent à la société mère – et indirectement à ses associés – puisque c'est elle qui élabore cette politique et détermine les orientations de ses filiales, raison pour laquelle il nous paraît justifié d'étendre le dispositif de l'expertise de gestion aux minoritaires des filiales. À noter à ce titre que la « loi modèle européenne en droit des sociétés »⁸⁵⁰ comporte une disposition en ce sens⁸⁵¹ autorisant un associé minoritaire à demander une enquête concernant les décisions de la société mère, enquête qui doit cependant être limitée aux décisions de la société mère ayant directement impacté la filiale en question.

547. Pour une extension intégrale reconnaissant pleinement l'unité économique du groupe. Dans un souci de cohérence et d'équilibre des pouvoirs au sein du groupe de sociétés, il est légitime que les minoritaires de filiales puissent recourir à l'expertise de gestion pour les

⁸⁴⁶ Sur la notion de contrôle au sens de l'article L233-3 du Code de commerce, voir *supra* n°44 et suiv.

⁸⁴⁷ Cass. Com., 21 mars 2018, n°16-20.879

⁸⁴⁸ Non confirmée par la jurisprudence

⁸⁴⁹ Par exemple, une société mère pourrait décider de prendre à sa charge les dettes de sa filiale (sous réserve en principe d'obtenir une contrepartie de cette dernière au risque de caractériser un acte anormal de gestion sur le plan fiscal en particulier), ce qui nuirait aux intérêts des minoritaires de la société mère.

⁸⁵⁰ Le texte final de la « loi modèle européenne en droit des sociétés » (« *European Model Company Act* ») a été rendu public en mars 2017 et est publié en anglais sur le site internet du Social Science Research Network (SSRN).

⁸⁵¹ Section 15.14 « Right of shareholders to Request a Special Investigation » : “*The shareholders of a subsidiary can request a special investigation in the parent company in relation to a decision which has affected that subsidiary (...)*”.

opérations de gestion réalisées par les dirigeants de la société mère. Si le législateur est capable d'aller au-delà du principe d'autonomie juridique des sociétés groupées pour consacrer une expertise de gestion « de groupe » au profit des minoritaires de la société mère, il est tout à fait concevable d'aller dans le même sens en faveur des minoritaires de filiales qui méritent à notre sens une protection renforcée en raison de leur position de faiblesse et du fort risque d'atteinte aux intérêts de la filiale dont ils sont associés.

548. L'état du droit positif, refusant donc l'extension de l'expertise gestion « de groupe » aux minoritaires de filiales, doit toutefois être nuancé par la possibilité dont dispose l'expert d'étendre ses investigations au-delà de la société concernée, et donc à plusieurs sociétés membres du groupe et notamment à la société mère⁸⁵² ainsi que le relève le Professeur PAGNUCCO⁸⁵³. Dans cette situation, c'est toutefois bien l'expert – et non les minoritaires – qui apprécie l'extension de l'expertise aux sociétés membres ou non. Ce droit reconnu à l'expert n'est toutefois pas de nature à compenser le droit qui serait consacré aux minoritaires de filiales de solliciter une expertise de gestion sur les opérations décidées par les dirigeants de la société mère.

2. Pour une extension du régime de l'expertise gestion « de groupe » à l'ensemble des formes sociales

549. Une extension particulièrement nécessaire aux associés de SARL. L'expertise de gestion « de groupe » est en outre applicable uniquement dans les SA et les SAS⁸⁵⁴. L'expertise de gestion est possible dans les SARL⁸⁵⁵ mais uniquement s'agissant des opérations internes à la société en question (et non sur les opérations de gestion des sociétés contrôlées par la SARL). S'agissant d'une forme sociale très utilisée en pratique dans le cadre des groupes de sociétés au même titre que les SAS, le régime de l'expertise de gestion de groupe applicable aux SA et SAS devrait à notre sens être transposé *a minima* en matière de SARL qui, comme la SA et SAS, est une société commerciale mais à mi-chemin entre la société de personnes et la société de capitaux. Cette dernière se caractérise en effet par un encadrement légal de son

⁸⁵² Cass. Com., 15 juillet 1987, n°86-13.644 ; Cass. Com., 20 déc. 1988, n°87-14.767 et n°87-15.693

⁸⁵³ PAGNUCCO J.-Ch., *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, op. cit., n°13 (note de bas de page n°9)

⁸⁵⁴ Par renvoi de l'article L227-1 du Code de commerce à l'article L225-231 du même code applicable aux SA

⁸⁵⁵ Com. Art. 223-37

organisation et de son fonctionnement interne et par des règles parfois contraignantes visant à protéger en particulier les associés minoritaires⁸⁵⁶.

550. En ce sens, il serait cohérent d'étendre le régime de l'expertise de gestion de groupe dans le cadre des SARL aussi bien au profit des minoritaires de SARL contrôlante (société mère) que des associés minoritaires des SARL contrôlées (filiales). Bien que la différence de nature de ces deux formes sociales (société de capitaux pour les SAS, société dite « mixte » pour les SARL) justifie l'application de nombreuses règles différentes entre les SAS et les SARL, aucune explication ne semble justifier l'absence de consécration de l'expertise de groupe au sein des SARL. En effet, s'il est vrai qu'en pratique les groupes d'une certaine importance ont tendance à privilégier la forme sociale des SAS afin de bénéficier notamment du régime des valeurs mobilières (possibilité notamment d'émettre des actions de préférence, y compris dont les droits peuvent s'exercer au niveau d'autres structures du groupe⁸⁵⁷) qui justifierait le régime de l'expertise de gestion de groupe pour les SAS, de nombreux autres groupes, notamment ceux ayant un caractère familial, sont composés de SARL. Le souci de renforcement de la protection des minoritaires intragroupe et de rééquilibrage des rapports de force à l'intérieur du groupe devrait à notre sens l'emporter sur la différence de nature entre ces deux formes sociales.

551. Une extension plus générale à l'ensemble des formes sociales. Plus généralement, il serait souhaitable d'étendre le régime de l'expertise de gestion à l'ensemble des formes sociales, y compris aux sociétés civiles dès lors qu'il est question de rétablir un équilibre général qui penche trop en faveur des associés majoritaires en l'état du droit positif français. Dans un souci de construction d'une cohérence générale « d'un droit des groupes », il serait opportun que l'ensemble des formes sociales puisse bénéficier des mêmes règles dans le contexte des groupes, sauf cas particuliers qui justifierait un encadrement particulier, qu'il s'agisse du régime de l'expertise de gestion de groupe ou d'autres dispositifs similaires.

B. L'extension de l'action sociale *ut singuli*

552. Dans le cadre du renforcement de la protection des minoritaires et de la responsabilisation en parallèle de la société mère majoritaire, l'action sociale *ut singuli*, qui,

⁸⁵⁶ Au contraire, la SAS se caractérise par sa grande souplesse et sa liberté d'organisation et de fonctionnement

⁸⁵⁷ Pour plus de détails sur les actions de préférence dit « de groupe », voir *supra* n°315 et suiv.

rappelons-le, permet aux associés d'agir au nom et pour le compte de la société pour préserver les intérêts de cette dernière en cas d'inaction du dirigeant de droit, pourrait faire l'objet d'une double extension : d'abord à l'encontre des dirigeants de fait (1), ensuite au profit des minoritaires intragroupe (2).

1. *Pour une extension de l'action sociale ut singuli à l'encontre des dirigeants de fait*

553. Une extension opportune. Ainsi que nous l'avons souligné dans nos développements précédents, l'action sociale *ut singuli* n'est recevable en droit français que lorsque qu'il est dirigé à l'encontre d'un dirigeant de droit – et non de fait – d'une société dans laquelle le demandeur est lui-même associé⁸⁵⁸. Dans un cadre intragroupe, cela signifie notamment l'impossibilité pour des associés minoritaires d'engager une action sociale contre une société mère majoritaire agissant comme un dirigeant de fait⁸⁵⁹. Des auteurs préconisent ainsi une extension légale de l'action sociale *ut singuli* à l'égard des dirigeants de fait⁸⁶⁰.

554. Un argument plaide en particulier en faveur de cette extension. Le droit spécial des procédures collectives reconnaît expressément cette possibilité en cas d'ouverture d'une procédure collective dans le cadre de la mise en cause de la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif⁸⁶¹. L'article L651-2 du Code de commerce dispose en ce sens en son alinéa premier que « lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion ». Si le législateur prévoit explicitement un recours possible contre les dirigeants de fait dans le cadre d'une procédure collective, pourquoi ne pas étendre ce recours à la société *in bonis* et autoriser notamment les minoritaires à agir contre les dirigeants de fait lorsque la société en question se trouve en bonne santé financière, ou du moins pas (encore) en état de cessation de paiement ? Ainsi que le souligne le même auteur,

⁸⁵⁸ Voir *supra*, n°497.

⁸⁵⁹ Cass. Com., 29 mars 2017, n°16-10.016

⁸⁶⁰ HEINICH J., *La difficile application de l'action ut singuli dans les groupes de sociétés*, Rev. Sociétés, n°6 – juin 2019, note sous Cass. Com., 13 mars 2018, n°17-22.128

⁸⁶¹ Voir *infra*, n°637.

« faudrait-il alors attendre que la société tombe en procédure collective pour que le liquidateur puisse engager la responsabilité du dirigeant de fait (...) ?⁸⁶² ».

555. Hors procédure collective, le dirigeant de fait apparaît ainsi dans une situation plus sécurisante que le dirigeant de droit susceptible de faire l'objet d'une action sociale *ut singuli* émanant des associés. Dans un souci de cohérence mais également de prévention, il serait opportun de modifier les textes⁸⁶³ afin d'étendre l'action sociale *ut singuli* à l'encontre des dirigeants de fait, en particulier à la société mère agissant de fait comme la dirigeante de ses filiales.

556. Un risque d'accroissement de contentieux non justifié. L'élargissement du champ d'application de l'action sociale *ut singuli* à l'encontre des dirigeants de fait suscite toutefois quelques réserves. En effet, l'appréciation de la qualité de dirigeant de fait est une question d'espèce qui peut prêter à discussion dans certaines situations. La frontière est parfois délicate entre l'exercice du contrôle par une société mère et son immixtion fautive dans la gestion de ses filiales pouvant conduire à caractériser une direction de fait⁸⁶⁴. L'extension de l'action sociale *ut singuli* à l'encontre des dirigeants de fait pourrait conduire les minoritaires à recourir à cette action dans des circonstances inopportunes dans le seul but de nuire à la société mère majoritaire et non dirigeante de droit⁸⁶⁵. Le coût d'une telle procédure, à prendre en charge par les minoritaires et non par la société, devrait néanmoins limiter un recours systématique des minoritaires à l'action *ut singuli* pour des raisons non justifiées. L'objectif, à travers une extension de l'action sociale *ut singuli* à l'encontre des dirigeants de fait, n'est bien entendu pas d'encourager le contentieux mais de dissuader l'immixtion intempestive de la société mère dans la gestion de ses filiales. Cette dissuasion pourrait être renforcée en cas d'extension de l'action *ut singuli* au profit des minoritaires intragroupe qui autoriserait notamment les minoritaires d'une filiale à agir contre les dirigeants de la société mère.

⁸⁶² HEINICH J., PATRIZIO F., *La protection des actionnaires minoritaires – Etat des lieux et perspectives*, op. cit., n°24

⁸⁶³ Art. L225-252 du Code de commerce pour les SA, art. L223-23 du même code pour les SARL, et art. 1843-5 du Code civil pour les autres sociétés.

⁸⁶⁴ Voir à ce titre notre position, *infra* n°597 et suiv.

⁸⁶⁵ JULLIAN N., *Réflexion sur la pertinence d'un élargissement de l'action ut singuli*, op. cit.

2. Pour une extension de l'action sociale *ut singuli* au profit des minoritaires intragroupe

557. Pour une admission de l'action sociale *ut singuli* des minoritaires de la société mère contre les dirigeants de la filiale. Rappelons qu'en raison du principe d'autonomie des sociétés membres d'un groupe, les associés minoritaires d'une société mère ne peuvent engager l'action sociale *ut singuli* contre les dirigeants d'une filiale, ce que la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises⁸⁶⁶. Les auteurs soulignent toutefois que cette irrecevabilité de l'action sociale dans un tel contexte est en contradiction avec la possibilité offerte aux associés minoritaires de la société mère de solliciter une expertise de gestion qui porte précisément sur les opérations de gestion réalisées au sein de la filiale⁸⁶⁷. Rappelons également que les associés de la société mère portent un droit de regard sur l'activité des sociétés du groupe⁸⁶⁸. Ainsi, une évolution législative du droit français consacrant une action sociale « de groupe », le rapprochant de fait des *double derivative actions* prévu en droit américain⁸⁶⁹, permettant aux minoritaires de la société mère d'engager une action sociale contre les dirigeants de filiales serait souhaitable de la même manière que la loi NRE du 16 mai 2001⁸⁷⁰ a consacré l'expertise de gestion « de groupe » alors qu'elle était systématiquement refusée par la jurisprudence aux mêmes minoritaires de la société mère avant cette loi⁸⁷¹.

558. Pour une admission de l'action sociale *ut singuli* des minoritaires de la filiale contre les dirigeants de la société mère majoritaire. Il faudrait à notre sens aller encore plus loin et tirer toutes les conséquences d'une éventuelle admission de l'action sociale au profit des minoritaires de la société mère surpassant les frontières de cette dernière et altérant ainsi le fractionnement sociétaire purement juridique des groupes de sociétés. Pour les mêmes raisons que la situation précédemment évoquée, rappelons que le droit positif français n'autorise pas non plus les minoritaires d'une filiale à engager une action sociale *ut singuli* ni à l'encontre de la société mère majoritaire agissant comme un dirigeant de fait, ni à l'encontre

⁸⁶⁶ Com., 13 mars 2019, n°17-22.128 : Rev. Sociétés, n°6 – juin 2019, note HEINICH J., *La difficile application de l'action ut singuli dans les groupes de sociétés* ; BJS juin 2019, note GAUDEMET A., *Action sociale en réparation exercée ut singuli et groupe de sociétés* ; CA Lyon, 3^{ème} ch. civ., 19 fév. 2004 : JurisData n°2004-238535

⁸⁶⁷ Voir en particulier ce sens : PAGNUCCO J.-Ch., *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, Droit des sociétés, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, Juin 2017, n°22

⁸⁶⁸ Voir *supra*, n°466 et suiv.

⁸⁶⁹ JULLIAN N., *Réflexion sur la pertinence d'un élargissement de l'action ut singuli*, op. cit.

⁸⁷⁰ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

⁸⁷¹ Cass. Com., 14 déc. 1993, n°92-21.225 : JurisData n°1993-002709

des dirigeants de droit de ladite société mère. Ce sont pourtant bien ces minoritaires (de la filiale) qui sont dans la moins bonne situation à l'intérieur du groupe puisqu'ils sont à tous moments susceptibles de subir l'influence potentiellement négative exercée par la société mère au niveau de la filiale dans laquelle ils sont associés. La valeur des titres qu'ils détiennent dans le capital social de la filiale peut ainsi se trouver dépréciée. Or, nous savons que la jurisprudence refuse d'admettre la dépréciation de la valeur des titres comme constitutive d'une faute permettant la mise en cause de la responsabilité du dirigeant sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle⁸⁷².

559. En l'absence de dispositifs spécifiques permettant de « compenser » la perte subie par la filiale comme en droit turc qui lui-même s'inspire du droit allemand – et de manière plus générale l'atteinte à l'intérêt social de la filiale – ou de dispositifs accordant aux minoritaires un droit de retrait de la filiale se traduisant par la possibilité de vendre les titres qu'ils détiennent dans la filiale, il serait opportun de donner la possibilité aux minoritaires de la filiale d'agir en responsabilité contre les dirigeants de la société mère, ou contre la société mère agissant comme un dirigeant de fait, afin d'équilibrer les pouvoirs au sein du groupe, et en particulier de dissuader ces derniers de certains comportements abusifs nuisibles aux intérêts de la filiale et indirectement de ses associés minoritaires. Une présomption de responsabilité de la société mère à l'égard des minoritaires de la filiale devrait même à notre sens être instaurée dans certains cas particuliers⁸⁷³. L'objectif n'est bien entendu pas d'encourager le contentieux mais de responsabiliser la société mère et leurs dirigeants vis-à-vis de leurs filiales et leurs minoritaires.

560. Dans le même esprit et pour les mêmes raisons, la consécration d'un droit général de retrait au profit des minoritaires de la filiale, évoqué ci-avant, serait la bienvenue en droit français dès lors que l'indemnisation proposée auxdits minoritaires en cas de conflits entre associés pourrait se révéler insuffisante.

⁸⁷² Cass. Com., 1^{er} avril 1997, n°94-18.912 ; Cass. Crim., 13 déc. 2000, n°99-80.387 : JurisData n°2000-008065

⁸⁷³ Voir *infra*, n°585 et suiv.

§2. La consécration d'un droit de retrait au profit des minoritaires de la filiale

561. Un droit de retrait accordé aux minoritaires de la filiale se traduirait par une obligation, du côté de la société mère majoritaire, de racheter les titres desdits minoritaires si ce rachat est bien entendu justifié par des circonstances particulières. En l'absence de reconnaissance d'un tel droit général de retrait en l'état du droit positif français, ce dernier apparaît relativement bien isolé en la matière. En effet, au-delà du droit turc et du droit allemand, de nombreux autres systèmes juridiques reconnaissent un droit de retrait au profit des minoritaires en droit comparé (A). Le droit français pourrait s'inspirer de ces différents dispositifs pour consacrer à son tour et sans plus tarder un droit général de retrait au profit des minoritaires, et ce, toujours dans le même souci de rééquilibrer les rapports de force à l'intérieur du groupe et responsabiliser davantage le comportement de la société mère majoritaire à l'égard de ses filiales (B).

A. Un dispositif largement admis en droit comparé non reconnu en droit positif français

562. Bien qu'il ait été envisagé par le passé d'introduire un droit de retrait au profit des minoritaires de sociétés non cotées dans le passé (2), la France ne reconnaît pas, à ce jour, un droit général de retrait au profit des minoritaires de sociétés commerciales qui est pourtant admis dans de nombreux systèmes juridiques plus ou moins proches du droit français (1).

1. *Un dispositif largement admis en droit comparé*

563. Rappel du droit positif français. En France, s'il existe quelques cas spécifiques reconnaissant un droit de retrait, et notamment un droit de retrait reconnu aux associés minoritaires de sociétés civiles en raison notamment du fort *intuitu personae* caractérisant ces structures⁸⁷⁴, les minoritaires de sociétés commerciales ne bénéficient pas d'un tel droit, à l'exception notamment du cas spécifique des sociétés à capital variable⁸⁷⁵ et, dans certaines

⁸⁷⁴ L'article 1869 dispose que « sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice. A moins qu'il ne soit fait application de l'article 1844-9 (3ème alinéa), l'associé qui se retire a droit au remboursement de la valeur de ses droits sociaux, fixée, à défaut d'accord amiable, conformément à l'article 1843-4 ».

⁸⁷⁵ L'article L231-6 du Code de commerce prévoit que « chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable à moins de conventions contraires et sauf application du premier alinéa de l'article L. 231-5. Il peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société. L'associé qui cesse de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, reste tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite ».

situations, des minoritaires de sociétés anonymes cotées sur un marché réglementé⁸⁷⁶. Légalement donc, le droit français ne consacre nullement un général droit de retrait au profit des minoritaires de sociétés commerciales. Ainsi, à défaut d'une clause statutaire ou d'un pacte d'associés extrastatutaire prévoyant un droit exprès de retrait au profit des minoritaires, il n'est pas possible pour ces derniers de se retirer de la société s'ils ne trouvent pas un ou plusieurs acquéreurs potentiels de leurs titres. Le droit français apparaît en ce sens isolé par rapport à de nombreux autres systèmes juridiques qui consacrent un droit général de retrait des minoritaires. Nous nous contenterons d'évoquer ci-après les dispositifs en vigueur en droit belge, de tradition civiliste et proche du droit français en général, le droit anglais (*Common law*) et le droit canadien qui emprunte des éléments juridiques issus aussi bien de la *Common law* que d'autres éléments issus de pays à tradition civiliste.

564. Droit belge. L'article 340 du Code des sociétés belge prévoit que « tout associé peut, pour de justes motifs, demander en justice que les associés à l'origine de ces justes motifs, reprennent toutes ses parts ». Le droit de retrait des minoritaires – et plus généralement de tout associé ou actionnaire⁸⁷⁷ – est ainsi subordonné à la justification de « justes motifs », expression que les juges devront apprécier au regard des circonstances d'espèces. S'agissant d'une procédure visant avant tout à régler les conflits entre associés, l'appréciation souveraine des juges du fond des « justes motifs » se fait non seulement en tenant compte de l'intérêt des associés mais également en prenant en considération l'intérêt social⁸⁷⁸. La jurisprudence belge considère à ce titre qu'une mésentente entre associés peut être considérée comme un juste motif⁸⁷⁹. Cependant et ainsi qu'il ressort de l'article 340 précité, le droit de retrait ne sera accordé aux minoritaires que si ces derniers ne sont pas à l'origine de la mésentente.

565. Royaume-Uni (*Common law*). Le droit de retrait des minoritaires s'exerce principalement en droit anglais dans le cadre de la procédure du « préjudice injuste » (*unfair*

⁸⁷⁶ Article L433-4 du Code monétaire et financier ; Articles 237-1 et 237-14 et suivants du Règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers (RGAMF).

⁸⁷⁷ Régime similaire prévu pour les actionnaires de sociétés par actions (article 642 et suiv. du Code des sociétés belge)

⁸⁷⁸ Annexes du Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant le droit de retrait des minoritaires de sociétés non-cotées, 26 mars 2018, p. 29-30

⁸⁷⁹ *Ibid.*

prejudice)⁸⁸⁰. A ce titre, lorsqu'un actionnaire estime que la société est dirigée dans un sens qui lui est « injustement préjudiciable », ou plus spécifiquement lorsqu'un acte (ou une omission) lui est préjudiciable, il peut agir en justice en vue d'une réparation qui pourra finalement se traduire en pratique par l'obligation de la société mère majoritaire de racheter les actions du minoritaire⁸⁸¹. Cette action nécessite ainsi le respect de deux conditions : le comportement du majoritaire doit être contraire et dommageable aux intérêts du minoritaire d'une part, et être injuste d'autre part. Si le respect de ces conditions, et notamment du caractère « injuste », relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui procèdent à une analyse objective au regard d'un standard raisonnable⁸⁸², ces derniers ont notamment reconnu l'existence d'un préjudice en cas de distribution de dividendes disproportionnés au profit de l'actionnaire majoritaire, ou encore en cas de cession d'actifs à des conditions contestables au profit d'une autre société dans laquelle le majoritaire détient une participation⁸⁸³.

566. Droit canadien. Le droit canadien se présente comme une combinaison d'éléments juridiques relatifs à la *Common law* et d'éléments issus de systèmes juridiques de tradition civiliste comme la France ou la Belgique. L'article 241 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions⁸⁸⁴ ainsi que les articles 450 et suivants de la Loi québécoise⁸⁸⁵ sur les sociétés par actions reconnaissent indirectement au profit des minoritaires un droit de retrait à travers un recours dit « en oppression » ou recours de demande en cas d'abus⁸⁸⁶. Aux termes de l'article 450 visé ci-avant, « un demandeur peut s'adresser au tribunal en vue d'obtenir une ordonnance visant à redresser la situation lorsque, de l'avis du tribunal, la société ou une personne morale du même groupe agit abusivement ou s'apprête à agir abusivement à l'égard des détenteurs de valeurs mobilières de la société ou à l'égard de ses administrateurs ou de

⁸⁸⁰ Dans des cas plus extrêmes, un actionnaire peut demander, dans des conditions similaires à la procédure du « préjudice injuste » (*unfair prejudice*), la dissolution de la société pour sortir de cette dernière, ce qui est rarement retenue en pratique dès lors que d'autres solutions sont possibles (Voir en sens l'Annexes du Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant le droit de retrait des minoritaires de sociétés non-cotées, 26 mars 2018, p. 25)

⁸⁸¹ Annexes du Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant le droit de retrait des minoritaires de sociétés non-cotées, 26 mars 2018, p. 25

⁸⁸² *Ibid.*, p.25

⁸⁸³ *Ibid.*, p. 25 et p. 38

⁸⁸⁴ Accès disponible sur le lien suivant : <https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-44/page-26.html#h-108806>

⁸⁸⁵ Accès disponible sur le lien suivant : <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/S-31.1>

⁸⁸⁶ Annexes du Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant le droit de retrait des minoritaires de sociétés non-cotées, 26 mars 2018, p. 23-24

ses dirigeants, ou qu'elle se montre injuste ou s'apprête à se montrer injuste à leur égard en leur portant préjudice : 1° soit en raison de son comportement ; 2° soit par la façon dont elle exerce, a exercé ou s'apprête à exercer ses activités ou par la façon dont elle conduit, a conduit ou s'apprête à conduire ses affaires internes ; 3° soit par la façon dont les administrateurs exercent, ont exercé ou s'apprêtent à exercer leurs pouvoirs ». Il est admis que les minoritaires peuvent se fonder sur ces dispositions générales pour solliciter le rachat de leurs titres par le majoritaire. Plus spécifiquement et plus expressément, la Loi québécoise sur les sociétés par actions consacre un chapitre entier au « droit au rachat d'actions » figurant aux articles 372 et suivants de ladite loi⁸⁸⁷. En substance, lorsqu'un minoritaire (et plus largement tout actionnaire) vote contre une résolution relative à une décision particulière⁸⁸⁸, il peut dans certains cas « exiger » le rachat de ses titres.

2. Une tentative d'introduction par le passé

567. Rapport Marini de 1996. Dans le passé, la question de l'introduction en France d'un droit de retrait au profit des minoritaires de sociétés non cotées s'est pourtant déjà posée. En effet, dès 1996, le sénateur Philippe MARINI, en faveur par ailleurs de la création d'un droit spécifique et autonome des groupes de sociétés, a proposé de consacrer un droit de retrait au profit des minoritaires des sociétés commerciales non cotées en insistant notamment sur le fait que ce dispositif existe en droit français au profit des minoritaires de sociétés cotées afin de leur offrir une « porte de sortie⁸⁸⁹ » dans certaines situations alors que le risque d'illiquidité est plus faible dans ces dernières que dans les sociétés non cotées⁸⁹⁰. En l'absence de dispositif similaire au profit des minoritaires de sociétés commerciales non cotées, ces derniers « risquent donc de rester prisonniers de sociétés dans lesquelles ils ne souhaitent

⁸⁸⁷ L'article 190 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions prévoit un « droit à la dissidence » proche du régime du « droit au rachat d'actions » prévu dans la loi québécoise sur les sociétés par actions.

⁸⁸⁸ L'article 372 de la loi québécoise sur les sociétés par actions visent notamment les cas suivants : « 1° la résolution ordinaire qui autorise la société à procéder à une expulsion d'actionnaires ; 2° la résolution spéciale qui autorise une modification aux statuts pour y ajouter, modifier ou supprimer une restriction aux activités de la société ou au transfert d'actions de celle-ci ; 3° la résolution spéciale autorisant une aliénation de biens de la société lorsque, par suite de cette aliénation, elle ne peut poursuivre des activités substantielles ; 4° la résolution spéciale autorisant la société à permettre l'aliénation des biens de sa filiale ; 5° la résolution spéciale approuvant une convention de fusion ; 6° la résolution spéciale autorisant la continuation d'une société sous le régime de la loi d'une autre autorité législative que le Québec ; 7° la résolution par laquelle le consentement à la dissolution de la société est rétracté lorsque, par suite de l'aliénation de ses biens entreprise au cours de sa liquidation, elle ne peut poursuivre des activités substantielles ».

⁸⁸⁹ MARINI Ph., *Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées*, LPA 4 nov. 1998, n°PA199813203, p.27

⁸⁹⁰ Rapport Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, La Documentation française, 1996

plus rester, ce qui risque d'entraîner une dramatisation des conflits, une perturbation du fonctionnement social, et une tentation pour les uns et les autres de recourir à des voies judiciaires extrêmes⁸⁹¹ ». La reconnaissance d'un droit de retrait au profit des minoritaires de sociétés non cotées serait ainsi pleinement justifiée selon le sénateur mais cantonnée à trois hypothèses.

568. Un droit de retrait envisagé par le passé mais limité à trois hypothèses. Le rapport Marini envisageait trois cas permettant aux minoritaires d'une société non cotée de demander le rachat de leurs titres. La première hypothèse, objective et générale, consistait à offrir cette possibilité de rachat des titres lorsque la société mère majoritaire (et plus largement un associé ou un groupe d'associés) détient directement ou indirectement 95 % des titres ou des droits de vote de la société⁸⁹². Il s'agissait ainsi de rapprocher le régime prévu dans le cadre de sociétés cotées au profit des minoritaires des sociétés non cotées. Les deux autres hypothèses visaient des situations particulières. Il était à ce titre envisagé d'accorder en deuxième lieu un droit de retrait au profit des minoritaires des sociétés non cotées lorsque l'associé majoritaire propose de soumettre au vote de l'assemblée générale une modification significative des statuts tel qu'un changement de forme sociale. Enfin, un droit de retrait des minoritaires était également prévu lorsque l'associé majoritaire décide de transférer, par voie de cession ou d'apport, les principaux actifs de la société à une autre société ou lorsqu'il décide de réorienter l'activité de la société ou encore lorsqu'il décide de supprimer toute rémunération des titres (absence de distribution de dividendes) pendant plusieurs exercices successifs tandis que la société en a la possibilité sur le plan financier.

569. Dans cette lignée, le Sénat avait finalement proposé d'introduire, lors de l'examen d'une loi en date du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier⁸⁹³, un droit de retrait pour les minoritaires de sociétés commerciales non cotées dans le cadre de la première hypothèse évoquée ci-avant⁸⁹⁴, en cas de transformation d'une société

⁸⁹¹ MARINI Ph., *Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées*, op. cit.

⁸⁹² A noter qu'en contrepartie de ce droit, il était prévu un dispositif inverse permettant au majoritaire, détenant 95 % des droits de vote de la société pendant une période d'au moins 6 mois, d'exclure les minoritaires sous réserve que ledit majoritaire justifie le rachat des titres des minoritaires par de justes motifs.

⁸⁹³ Loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (DDOEF)

⁸⁹⁴ En cas de détention par le majoritaire de 95 % des titres ou des droits de vote de la société

anonyme (SA) en société en commandite simple (SCS) ou par actions (SCA)⁸⁹⁵, mais également en cas de « comportement fautif et dommageable » du majoritaire, et ceci notamment en vue d'apporter une solution aux abus de majorité⁸⁹⁶. Cependant, ces propositions n'ont jamais été traduites en textes de loi.

570. Une protection renforcée des minoritaires en vue d'encourager les investissements dans les PME. L'objectif affiché était alors de favoriser « les apports de capitaux en direction des petites et moyennes entreprises (PME)⁸⁹⁷ » en renforçant les droits des minoritaires qui sont en effet susceptibles d'apporter les fonds nécessaires au développement de ces derniers et donc participer au développement des PME qui constituent un pilier important du tissu économique français. Les investisseurs minoritaires seraient ainsi assurés de pouvoir céder leurs titres dans les hypothèses visées ci-avant et donc ne pas rester « prisonniers » de leurs titres. En ce sens, l'objectif premier n'était pas de renforcer les droits des minoritaires en vue de rééquilibrer les rapports de force entre associés, notamment au sein des groupes de sociétés, mais d'abord et avant tout de favoriser le développement des PME. Le sénateur Philippe MARINI indique en ce sens que cette réforme « aurait eu le mérite de favoriser l'investissement dans les PME. En effet, il est plus attractif d'entrer au capital d'une société dont on sait à l'avance que l'on ne risque pas d'en rester prisonnier contre son gré. Ménager de telles portes de sortie facilitera et encouragera l'entrée de nouveaux investisseurs dans le capital des sociétés non cotées, qui sont aujourd'hui les plus grosses créatrices d'emplois en France⁸⁹⁸ ».

571. Si la reconnaissance d'un droit de retrait au profit des minoritaires de sociétés non cotées comporte effectivement un volet d'attractivité des investisseurs au bénéfice des sociétés françaises, il conviendrait à notre sens, face au constat de l'insuffisance de protection des minoritaires intragroupe, de prendre davantage en considération ce dernier aspect et légiférer avant tout dans un souci de rééquilibrage des rapports de force existants au sein des groupes de sociétés entre société mère et minoritaires des filiales. Il importe à ce titre de

⁸⁹⁵ Et non plus largement en cas de « modifications significatives » (plus large que la seule opération de transformation de forme sociale)

⁸⁹⁶ MARINI Ph., *Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées*, op. cit.

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*

déterminer l'étendue du régime du droit de retrait des minoritaires à consacrer en droit français.

B. L'étendue de la consécration d'un droit de retrait en droit français

572. La consécration d'un droit général de retrait au profit des minoritaires de sociétés non cotées permettrait de rééquilibrer les rapports de forces entre associés majoritaires et minoritaires, et plus spécifiquement dans le cadre de notre étude, entre société mère majoritaire et minoritaire(s) de la filiale. Afin de parvenir à cet objectif, il serait souhaitable de prévoir un régime suffisamment large permettant de résoudre les éventuels conflits entre la société mère majoritaire et les minoritaires de la filiale (1). Même sans mise en œuvre effective, un tel régime aurait un effet dissuasif pour la société mère majoritaire et un effet de prévention des intérêts de la filiale, et donc, indirectement, de ses minoritaires (2).

1. Pour une consécration large : le fait générateur du droit de retrait

573. L'opportunité de la consécration de deux dispositifs distincts. Il serait efficace à notre sens d'autoriser deux cas permettant aux minoritaires de la filiale de demander le rachat de leurs titres par la société mère majoritaire : le premier, qui serait applicable de plein droit si les conditions sont respectées, est celui envisagé dans le rapport Marini en cas de détention par la société mère de la quasi-totalité des titres ou des droits de vote de sa filiale. Le second, plus général et sans condition de détention d'un certain seuil du capital ou de droits de vote, serait applicable en cas d'atteinte à l'intérêt social de la filiale et de mésentente entre associés de cette dernière. Contrairement au premier cas, la seconde hypothèse ne s'appliquerait donc pas automatiquement et nécessiterait la démonstration de justes motifs dans le même esprit que ce qui est proposé en droit belge.

574. Une consécration opportune mais insuffisante d'un droit de retrait en cas de détention de la quasi-totalité des titres ou des droits de vote de la filiale par la société mère.

Afin que les minoritaires d'une société non cotée puissent demander le rachat de leurs titres, le rapport Marini préconisait de retenir notamment l'hypothèse dans laquelle le majoritaire détenait directement ou indirectement 95 % des titres ou des droits de vote de la société⁸⁹⁹. Le seuil de 95 % était retenu afin d'aligner le régime prévu pour les minoritaires de sociétés

⁸⁹⁹ MARINI Ph., *Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées*, op. cit.

non cotées à celui prévu pour les minoritaires de sociétés cotées. Par ailleurs, en parallèle de ce droit reconnu aux minoritaires, il était envisagé de consacrer au profit du majoritaire détenant 95 % des droits de vote de sa filiale, le mécanisme du « squeeze out », à savoir la possibilité, par exemple pour une société mère majoritaire, d'exclure les minoritaires de la filiale en rachetant leurs titres sans nécessité d'obtenir leur consentement dès lors qu'il était démontré de justes motifs.

575. En plus des raisons invoquées dans le rapport Marini (favoriser les investissements dans les PME, solution face à l'illiquidité des titres des sociétés non cotées)⁹⁰⁰, l'hypothèse du droit de retrait des minoritaires en cas de détention par le majoritaire de 95 % des titres ou des droits de vote de la société doit à notre sens – et contrairement à l'avis formulé par le Groupe de travail du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP)⁹⁰¹ qui a rendu un rapport en la matière⁹⁰² – être effectivement consacrée en droit français, sans autres conditions et notamment nécessité de justes motifs, dans la mesure où les minoritaires ne détiennent dans ce cas que d'une fraction minimale du capital ou des droits de vote de la société et ne disposent ainsi très généralement d'aucun pouvoir dans le fonctionnement de la société. Dans un souci de rééquilibrage des rapports de force au sein du groupe, ce régime qui serait applicable de plein droit, à savoir dès lors qu'une société mère détient 95 % du capital ou des droits de vote de sa filiale, offrirait une voie de sortie facilitée des minoritaires. Il serait même possible d'imaginer un seuil de détention moins élevé, de 90 % par exemple, afin de permettre aux minoritaires d'une filiale de se retirer de cette dernière en proposant un prix de rachat de ses titres. A défaut d'acceptation par le majoritaire du prix proposé par les minoritaires, la détermination de ce prix se ferait à dire d'expert dans les conditions de l'article 1843-4 du Code civil.

576. Cependant, limiter la possibilité des minoritaires de se retirer d'une société uniquement dans cette hypothèse de détention de la quasi-totalité des titres de cette dernière ne serait pas suffisant à rééquilibrer les relations entre associés. En plus de ce régime, il serait en effet souhaitable d'instaurer un régime plus général applicable dans toutes les

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ En raison notamment de l'effet de seuil provoqué ce type de disposition

⁹⁰² Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant le droit de retrait des minoritaires de sociétés non cotées, 26 mars 2018

autres situations où le majoritaire ne détient pas la quasi-totalité des titres ou des droits de vote de la société.

577. La nécessité d'une consécration plus générale en cas de violation de l'intérêt social de la filiale et de mésententes entre les minoritaires et la société mère majoritaire. Si la proposition de consacrer un droit de retrait des minoritaires dans l'hypothèse de détention de 95 % des titres ou des droits de vote de la société n'a pas emportée une forte adhésion des membres du Groupe de travail du HCJP en raison notamment de l'effet de seuil provoqué par ce type de disposition⁹⁰³, il en va autrement de la consécration d'un « droit de retrait comme mode de règlement des conflits » entre associés⁹⁰⁴. Il serait en effet nécessaire de consacrer un droit général de retrait des minoritaires afin de solutionner les éventuels conflits entre associés, et en particulier les différends pouvant exister dans le contexte des groupes de sociétés où les intérêts sociaux de la filiale sont très souvent susceptibles d'être négligés au profit de ceux de la société mère majoritaire.

578. Une réponse efficace à l'abus de majorité. En ce sens, la consécration d'un droit de retrait en cas d'atteinte à l'intérêt social de la filiale et de mésententes entre les minoritaires et la société mère majoritaire serait opportune. Cette consécration générale permettrait d'englober de nombreuses situations et notamment celles relatives aux abus de majorité dans la mesure où cet abus est caractérisé lorsque la décision adoptée par la société mère majoritaire est contraire à l'intérêt social de la filiale et a été prise dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des autres associés minoritaires⁹⁰⁵. En cas d'abus de majorité, il y a donc nécessairement violation de l'intérêt social et une mésentente entre les minoritaires et les majoritaires. Ainsi, au-delà d'être une alternative à la dissolution de la société en cas de mésententes graves entre associés paralysants le fonctionnement normal de la société, ce droit de retrait accordé aux minoritaires serait ainsi une réponse efficace en cas d'abus de majorité. Parallèlement à ce droit de retrait accordé aux minoritaires en présence d'abus de majorité, le rapport du Groupe de travail de la HCJP estime qu'il

⁹⁰³ Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant le droit de retrait des minoritaires de sociétés non-cotées, op. cit.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 8 et suiv.

⁹⁰⁵ Cass. com. 18 avril 1961 n° 59-11.394 : Bull. civ. III n° 175 ; Cass. com. 30 mai 1980 n° 78-13.836 : Bull. civ. IV n° 223 ; Cass. com. 24 janv. 1995 n° 93-13.273 : RJDA 4/95 n° 439 ; Cass. com. 30 nov. 2004 n° 01-16.581 : RJDA 3/05 n° 263

conviendrait, de manière symétrique, d'accorder un droit d'exclusion au profit du majoritaire en cas d'abus de minorité⁹⁰⁶, ce qui apporterait effectivement un bon équilibre dans les relations entre associés et surtout une réponse concrète et dissuasive aussi bien pour les majoritaires (en cas d'abus de majorité) que pour les minoritaires (en cas d'abus de minorité).

579. *Une réponse efficace plus largement en cas de violation de l'intérêt social et de mésententes entre associés.* En dehors du cas de l'abus de majorité, le droit de retrait ainsi envisagé permettrait d'aller plus loin en reconnaissant ce droit aux minoritaires de la filiale dès lors qu'il y a violation de l'intérêt social de la filiale et mésententes entre associés, y compris en l'absence d'abus de majorité et lorsque la mésentente ne conduit pas nécessairement à la paralysie de la société. Dans cette hypothèse et ainsi que le préconise le Groupe de travail de la HCJP, il serait nécessaire de justifier le retrait des minoritaires – dans le même esprit que ce qui est prévu dans le cadre des sociétés civiles en droit français et de manière plus large en droit belge – par de justes motifs caractérisés notamment par le comportement fautif du majoritaire⁹⁰⁷. Afin d'éviter les abus, le droit de retrait serait par ailleurs conditionné comme en droit belge à ce que la mésentente ne soit pas à l'origine du comportement des minoritaires.

580. Cette consécration législative permettrait, même en l'absence de mise en œuvre par les minoritaires de la filiale, de créer un effet dissuasif et préventif réajustant les rapports de force intragroupe.

2. Un effet dissuasif et préventif réajustant les rapports de force entre société mère majoritaire et minoritaires de la filiale

581. Un effet dissuasif. La consécration d'un droit de retrait au profit des minoritaires provoquerait un effet dissuasif à l'encontre de la société mère majoritaire dès lors qu'elle saurait à l'avance que les minoritaires pourraient solliciter le rachat de leurs titres si elle agit de manière contraire aux intérêts de la filiale et crée de ce fait une mésentente avec lesdits minoritaires. Ainsi que l'affirme le Professeur SCHILLER, « un tel dispositif demeure entièrement à la main de l'actionnaire majoritaire, ce qui évitera tout abus. En effet,

⁹⁰⁶ Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant le droit de retrait des minoritaires de sociétés non-cotées, op. cit., p. 10

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 12

l'actionnaire majoritaire restera constamment en situation de maîtriser le processus de retrait. Il peut décider de laisser une réelle autonomie à sa filiale pour qu'elle se développe pleinement dans le cadre des orientations stratégiques qu'il a fixées. Il peut aussi choisir de ne plus lui laisser cette autonomie pour favoriser sa propre stratégie. Dans ce cas, il devra nécessairement racheter les titres de l'actionnaire minoritaire⁹⁰⁸ » si ce choix emporte, dans le contexte des groupes de sociétés, violation de l'intérêt social de la filiale et crée une mésentente entre société mère majoritaire et minoritaires de la filiale.

582. Un effet préventif. La consécration d'un tel droit au profit des minoritaires aurait par ailleurs un effet de prévention des atteintes à l'intérêt social de la filiale. En effet, dans l'hypothèse où la société mère majoritaire n'a pas l'intention de racheter les titres des minoritaires compte tenu notamment du prix desdits titres qu'elle aurait préalablement évalué, elle se retrouverait dans l'obligation de fait de discuter sa politique, et d'adapter si nécessaire celle-ci, afin d'éviter de prendre des décisions pouvant mettre en péril les intérêts sociaux de la filiale. En ce sens, la simple existence d'un droit général de retrait en faveur des minoritaires permettrait de réajuster les rapports de force à l'intérieur du groupe de sociétés. La société mère devra ainsi davantage prendre en considération l'intérêt social de la filiale en présence de minoritaires dans ladite filiale.

583. Dans le même esprit, le Groupe de travail de la HCJP estime que « l'obligation pour les majoritaires d'acquiescer les titres des minoritaires en cas de violation de l'intérêt social permettrait de dissuader les actionnaires majoritaires d'adopter de tels comportements et, à titre de sanction, de créer une véritable contrainte financière. La menace d'un tel droit pourrait par ailleurs favoriser le dialogue entre les majoritaires et minoritaires puisque les premiers devraient, pour décider de certaines mesures non souhaitées par les minoritaires, évaluer l'impact de cette décision sur le coût d'investissement comprenant, le cas échéant, le rachat de la participation minoritaire⁹⁰⁹ ». En effet, si la société mère majoritaire décide malgré tout de suivre une politique de groupe qui serait néfaste à l'intérêt social de la filiale et donc, indirectement, aux intérêts des minoritaires de ladite filiale, elle devra assumer les

⁹⁰⁸ SCHILLER S., PATRIZIO F., *Un rééquilibrage nécessaire des relations entre majoritaires et minoritaires dans les sociétés non cotées*, op. cit., n°22

⁹⁰⁹ Rapport du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) concernant le droit de retrait des minoritaires de sociétés non-cotées, op. cit., p. 8

conséquences de son acte en rachetant les titres des minoritaires. Notons par ailleurs que du côté de la société mère, ce rachat des titres des minoritaires pourrait lui être bénéfique sur le long terme dès lors qu'elle pourrait alors se retrouver en qualité d'associée unique de la filiale (si elle rachète l'intégralité des titres détenus par les minoritaires) et donc suivre sa politique sans contestation de la part de minoritaires.

584. En somme, le droit de retrait serait un moyen efficace de dissuader les comportements abusifs de la société mère majoritaire. Combiné à cela, et toujours dans l'objectif de rééquilibrer les rapports de force à l'intérieur du groupe, une présomption de responsabilité de la société mère pourrait être envisagé dans certaines situations.

Section 2. Pour la reconnaissance d'une présomption de responsabilité de la société mère animatrice au profit des minoritaires

585. Dans le cadre d'un groupe de sociétés et en l'état actuel du droit français, l'action sociale *ut singuli* ne permet pas aux associés minoritaires d'une filiale d'engager la responsabilité de la société mère majoritaire agissant comme un dirigeant de fait⁹¹⁰. Si des auteurs préconisent une extension légale de l'action sociale *ut singuli* à l'égard des dirigeants de fait⁹¹¹, se pose la question de sa caractérisation et de sa démonstration. Afin de dissuader certains comportements abusifs de la société mère agissant de fait comme la dirigeante de ses filiales, il peut être envisagé de consacrer un cas spécifique de présomption de responsabilité de la société mère du fait des pertes subies par la filiale. Cette présomption de responsabilité serait applicable uniquement en présence d'une société mère intervenant en qualité de holding animatrice (§1). S'agissant d'une présomption simple, c'est cette dernière qui devrait apporter la preuve de son irresponsabilité (§2).

[§1. Une présomption de responsabilité en raison du caractère animateur de la société mère](#)

586. Du fait de la difficulté de caractériser une direction de fait dans le contexte des groupes de sociétés en droit positif (A), la présomption de responsabilité que nous envisageons s'appliquerait à la société mère animatrice en raison de son statut particulier d'animateur de ses filiales (B).

⁹¹⁰ Cass. Com., 29 mars 2017, n°16-10.016

⁹¹¹ Voir notamment en ce sens : HEINICH J., *La difficile application de l'action ut singuli dans les groupes de sociétés*, op. cit.

A. La difficile caractérisation de la direction de fait dans le contexte des groupes de sociétés en droit positif

587. La doctrine et la jurisprudence ont élaboré certains critères généraux permettant de caractériser un dirigeant de fait (1). Dans le contexte des groupes de sociétés, les juges adoptent toutefois une approche qui nous paraît trop restrictive pour retenir la qualification de dirigeant de fait de la société mère (2).

1. Les critères de la direction de fait

588. Absence de définition légale – dispositions éparses. Si le dirigeant de fait n'est pas défini par la loi, plusieurs dispositions légales le visent expressément et étendent ainsi au dirigeant de fait les sanctions prévues pour le dirigeant de droit. Au-delà du Code de commerce qui prévoit en son article L241-9 que « les dispositions des articles L. 241-2 à L. 241-7⁹¹² sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal », le deuxième alinéa de l'article 223-15-2 du Code pénal dispose que « lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende ». Dans le même esprit, l'article L231-7-1 du Code monétaire et financier prévoit qu'« est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 750 000 euros le fait, pour un dirigeant de fait ou de droit d'un organisme de placement collectif immobilier ou d'un organisme professionnel de placement collectif immobilier, de procéder au placement de parts ou d'actions de cet organisme sans que celui-ci ait été agréé ou s'il poursuit son activité malgré un retrait d'agrément ». En matière fiscale, le point V de l'article 1754 du Code Général des Impôts fait également expressément référence au dirigeant de fait. Il est également possible de citer l'article L218-18 du Code de l'environnement relatif « aux rejet polluants des navires » qui prévoit que « les peines prévues (...) sont applicables soit au propriétaire, soit à l'exploitant ou à leur représentant légal ou dirigeant de fait s'il s'agit d'une personne morale, soit à toute autre personne que le capitaine exerçant, en droit ou en fait, un pouvoir de contrôle ou de

⁹¹² Dispositions pénales concernant les sociétés à responsabilité limitée

direction dans la gestion... ». De nombreux autres textes font expressément référence à la notion de dirigeant de fait⁹¹³. Néanmoins, il n'existe ni définition légale ni régime propre à celle-ci, contrairement à ce qui est notamment prévu pour les commerçants de fait⁹¹⁴.

589. Une définition doctrinale reprise par la jurisprudence. En l'absence de définition prévue par la loi, un auteur considère que le dirigeant de fait est « celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction⁹¹⁵ ». Cette définition qui pose ainsi deux critères essentiels à la caractérisation de la direction de fait, à savoir une activité positive de gestion et de direction d'une part, et la souveraineté et l'indépendance d'autre part, est aujourd'hui régulièrement reprise par la jurisprudence⁹¹⁶.

590. Le critère de l'activité positive de gestion et de direction. Le critère principal permettant de caractériser une direction de fait est celui de l'exercice d'une activité positive de gestion et de direction dans les affaires de la société en question. La preuve de ce critère doit être apportée par un faisceau d'indices. L'activité positive de gestion et de direction impliquant nécessairement l'accomplissement d'actes de gestion, les auteurs considèrent que l'abstention ou le simple silence ne peuvent permettre de caractériser un dirigeant de fait⁹¹⁷. La régularité ou la répétition des actes de gestion est également prise en compte pour apprécier l'existence d'une direction de fait, un acte isolé ne pouvant suffire à la démontrer. Si ces actes de gestion doivent bien entendu concerner les affaires sociales, la jurisprudence semble également retenir le comportement du dirigeant (de fait) vis-à-vis des tiers pour apprécier l'existence d'une action positive. A ce titre, les juges considèrent qu'il y a exercice d'une activité positive de gestion et de direction lorsqu'une personne – qui n'est pas le dirigeant de droit – se présente comme le véritable employeur⁹¹⁸, et plus largement comme

⁹¹³ Voir not. les articles suivants : L. 5263-4 du Code des transports ; L6362-7 du Code de travail etc.

⁹¹⁴ Article L123-8 et suiv. du Code de commerce

⁹¹⁵ RIVES-LANGE J.-L., *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967* : D. 1975, p. 41

⁹¹⁶ Pour des arrêts récents, voir not. Cass. Com., 19 mai 2021, n°19-25.286 et n°20-14.112 ; Cass. Com., 21 nov. 2018, n°17.22.433

⁹¹⁷ HEINICH J., WAUTRIN L., *Le dirigeant de fait*, Synthèse JurisClasseur, Sociétés Traité, fasc. 45-20, n°8 et suiv. ; NOTTE G., *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, JCP CI 1980, 8560, n°6

⁹¹⁸ Cass. Com., 6 oct. 2009, n°08-15378 : BJS mars 2010, n°57, p. 251, note LE CORRE P.-M.

le véritable dirigeant de la société, notamment auprès de ses clients⁹¹⁹ ou des autorités fiscales⁹²⁰.

591. Les critères de la souveraineté et de l'indépendance. L'exercice d'une activité positive de gestion et de direction ne suffit pas à caractériser la direction de fait. Encore faut-il que l'exercice de cette action positive soit réalisé en toute souveraineté et indépendance. Autrement dit, le dirigeant de fait ne doit pas être soumis à une « puissance extérieure⁹²¹ » pour être considéré comme tel : ses décisions doivent s'imposer et ne pas pouvoir être remises en cause par une autre personne, ce qui suppose une « défaillance⁹²² » du dirigeant de droit. En conséquence, les personnes qui agissent en vertu d'un mandat ou d'une délégation donnée par le dirigeant de droit ne peuvent répondre au critère d'indépendance et ne peuvent en principe être qualifiées de dirigeant de fait⁹²³.

2. Une appréciation restrictive de la qualité de dirigeant de fait de la société mère en droit positif

592. L'insuffisance du simple exercice du contrôle des filiales par la société mère. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, il est largement admis que l'exercice du contrôle des filiales par une société mère majoritaire ne peut suffire à caractériser une direction de fait de la part de cette dernière. En effet, contrôler ne signifie pas diriger : le simple exercice du contrôle par la société mère ne remplit pas à lui seul la condition d'exercice d'une activité positive de gestion et de direction, y compris lorsque la mère détient, directement ou indirectement, l'intégralité ou la quasi-totalité des titres de sa filiale ou sous-filiale. La jurisprudence rappelle à ce titre que la détention de 99 %⁹²⁴ voire de 100 %⁹²⁵ des titres d'une filiale n'est pas de nature à entraîner automatiquement la qualification de dirigeant de fait de la société mère. À noter par ailleurs que n'est pas non plus suffisant à caractériser une direction de fait le fait que le dirigeant de la société mère soit également dirigeant de sa filiale, de la même manière qu'un salarié de la mère qui est également dirigeant d'une filiale ne permet pas en soi de

⁹¹⁹ Cass. Com., 20 avril 2017, n°15-23.600 : JurisData n°2017-011244

⁹²⁰ CA Versailles, 11 sept. 2018, n°17/08735 : JurisData n°2018-015665

⁹²¹ HEINICH J., WAUTRIN L., *Le dirigeant de fait*, op. cit., n°12.

⁹²² LE NOACH G., *L'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale* : BJS Sept. 2020, p. 54-64, n°13

⁹²³ *Ibid.*

⁹²⁴ Cass. Com., 2 nov. 2005, n°02-15895 : BJS avril 2006, p.469, note LUCAS F.-X.

⁹²⁵ Cass. Com., 11 oct. 2016, n°14-26901 : BJS janv. 2017, p.40, note MOUIAL-BASSILANA E.

caractériser une direction de fait⁹²⁶. Dans un arrêt dit « *Molex* » du 11 octobre 2016, la chambre commerciale de la Cour de cassation retient que le « contrôle normal, [par la société mère], de l'activité de ses filiales et sous-filiales, [est] inhérent à l'existence d'un groupe de sociétés⁹²⁷ ». *A contrario*, l'arrêt laisse sous-entendre qu'un contrôle de la société mère qui serait anormal ou abusif permettrait éventuellement de retenir la qualification de dirigeant de fait. En ce sens, une immixtion de la société mère dans la conduite des affaires de sa filiale pourrait permettre de retenir la qualité de dirigeant de fait de la société mère.

593. La question est alors celle de savoir ce que l'on entend par la notion d'immixtion ainsi que le degré d'immixtion pouvant conduire à la qualification de dirigeant de fait de la société mère. L'immixtion peut être envisagée comme « toute intervention sans titre dans les affaires d'autrui⁹²⁸ ». En ce sens et ainsi que l'affirme un auteur, « l'emploi de l'expression « sans titre » révèle un aspect fondamental de l'immixtion. La société mère doit aller au-delà de ce que l'autorisent ses prérogatives d'associé⁹²⁹ ». Par ailleurs, si l'immixtion ponctuelle de la société mère n'est pas de nature à caractériser une direction de fait, faute de répétition d'actes positifs de gestion, l'immixtion intempestive de la mère dans la gestion et la direction de sa fille devrait au contraire permettre de la démontrer.

594. L'insuffisance de l'élaboration d'une politique de groupe par la société mère en droit positif. La jurisprudence considère par ailleurs que l'établissement de la politique du groupe par la société mère n'est pas non plus de nature à lui attribuer la qualité de dirigeant de fait. Dans un arrêt remarqué, la chambre commerciale de la Cour de cassation estime en effet que « la notion de groupe de sociétés implique des relations croisées entre ses membres, un contrôle d'ensemble, une unité de décision et une stratégie commune impulsée par la société mère⁹³⁰ ». Dans le même esprit, dans l'arrêt « *Molex* » précité, les Hauts magistrats considèrent que « la spécialisation de la production organisée par la société *Molex* [société mère] dans le groupe ne conduisait pas celle-ci à déterminer les prix d'achat et de vente (...) et que les dirigeants de la société *MAS* [sous-filiale] sont restés maîtres de la gestion de leur

⁹²⁶ CA Versailles, 2^{ème} ch. sect. 1, 7 janv. 2010, n°08/07984

⁹²⁷ *Ibid.*

⁹²⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 14^{ème} éd., 2022 : définition citée par LE NOACH G., *L'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale* : BJS Sept. 2020, p. 54, n°8

⁹²⁹ LE NOACH G., *L'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale*, op. cit. p. 54, n°8

⁹³⁰ Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-28.367, affaire *Métaleurop* : JurisData n° 2013-026258 ; BJE 2014, n° 1, p. 18, obs. LE MESLE L.; Bull. Joly Sociétés 2014, n° 2, p. 103, note PELLETIER N.

entreprise dans le cadre de la politique du groupe »⁹³¹. Autrement dit, si la société mère était bien à l'origine de l'élaboration de la politique de groupe et notamment de la spécialisation de l'activité de sa sous-filiale, elle n'est pas allée jusqu'à mettre en œuvre elle-même, au niveau de sa sous-filiale, cette politique de groupe. Dans le cas contraire et de manière plus générale, si une société mère procède elle-même à la mise en œuvre de la politique de groupe au sein de ses filiales, autrement dit lorsqu'elle s'immisce dans la gestion de sa filiale par des actes positifs de gestion et de direction ainsi que nous l'avons évoqué ci-avant, la jurisprudence actuelle estime alors que la société mère agit comme un dirigeant de fait.

595. En somme, la holding animatrice qui, d'un point de vue fiscal, est celle qui a pour activité principale, outre la gestion d'un portefeuille de participations, la participation active à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales⁹³², n'est *a priori* pas considérée sur le plan du droit des sociétés et en l'état du droit positif comme dirigeante de fait sous réserve qu'elle ne mette pas elle-même en œuvre la politique du groupe au niveau de la filiale concernée. Sauf exception, la jurisprudence de la Cour de cassation refuse donc d'attribuer la qualité de dirigeant de fait à la société mère animatrice. Cette approche relativement restrictive nous semble toutefois assez éloignée de la réalité économique : y compris en l'absence d'actes positifs caractérisant la mise en œuvre de la politique du groupe au niveau de la filiale par la société mère, c'est bien cette dernière qui est à l'origine de la politique du groupe – établie souvent sans discussion avec les organes dirigeants des filiales – et participe, d'une manière ou d'une autre, directement ou indirectement, à sa conduite et à sa mise en œuvre. La position retenue par la jurisprudence nous paraît ainsi discutable au regard de la réalité des rapports de force intragroupe. En tout état de cause, même en l'absence de caractérisation d'une direction de fait, le statut particulier de la société mère animatrice devrait *a minima* être reconnu de manière non équivoque au-delà du droit fiscal, et ce afin d'ouvrir la voie à une présomption de responsabilité de cette dernière à l'égard des minoritaires.

⁹³¹ Cass. Com., 11 oct. 2016, n°14-26901 : BJS jan. 2017, p.40, note MOUIAL-BASSILANA E.

⁹³² Et le cas échéant et à titre purement interne, la fourniture de services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers.

B. Pour une reconnaissance générale et non équivoque du statut particulier de la société mère majoritaire animatrice

596. Bien que le droit positif refuse par principe de reconnaître la qualité de dirigeant de fait à la société mère, la définition de la holding animatrice reflète davantage à notre sens une « sur-direction » de la filiale par la société mère (1). En tout état de cause, qualifier la société mère animatrice de dirigeante de fait de sa filiale conduirait naturellement à l'application du régime de responsabilité de droit commun des dirigeants, régime qui exige la preuve d'une faute détachable ou séparable de l'exercice des fonctions sociales du dirigeant. Or, cette preuve est très rarement apportée en pratique en raison de l'appréciation très restrictive opérée par la jurisprudence sur cette notion de faute séparable ou détachable⁹³³. En d'autres termes, même si l'on retient la qualité de dirigeant de fait de la holding animatrice, sa responsabilité sera concrètement très difficilement mise en cause, ce qui, en somme, est insatisfaisant au regard de notre objectif d'accentuation de la responsabilité de la société mère. C'est la raison pour laquelle il nous semble nécessaire de reconnaître plus généralement, au-delà du droit fiscal, le statut particulier de la société mère agissant en qualité de holding animatrice. Cette reconnaissance du statut particulier de la société mère, majoritaire et animatrice à la fois, légitimerait la consécration d'une présomption de responsabilité (par définition sans faute) de cette dernière vis-à-vis des minoritaires (2).

1. La holding animatrice, dirigeante de fait par définition ?

597. Rappel de la définition de la holding animatrice. La notion de holding animatrice est une notion qui s'est développée de manière progressive en matière fiscale et dont les contours continuent de se préciser par la jurisprudence. La doctrine fiscale administrative opère à ce titre une distinction entre les holdings passives « qui ne font qu'exercer les prérogatives usuelles d'un actionnaire (exercice du droit de vote et prises de décisions lorsque l'importance de la participation le permet, et exercice des droits financiers) » et les holdings « animatrices effectives de leur groupe qui participent activement à la conduite de sa politique et au contrôle des filiales et rendent, le cas échéant et à titre purement interne au groupe, des services spécifiques administratifs, juridiques, comptables, financiers ou immobiliers⁹³⁴ ».

⁹³³ Voir *infra*, n°641 et suiv.

⁹³⁴ BOI-PAT-IFI-30-10-40, 08/06/2018, n°130

Cette définition confirmée par la jurisprudence du Conseil d'Etat⁹³⁵ et de la Cour de cassation⁹³⁶ fait ressortir plusieurs conditions pour caractériser une holding animatrice et notamment le contrôle des filiales ainsi que la conduite de la politique du groupe par cette dernière⁹³⁷.

598. Une définition de la holding animatrice impliquant un comportement allant nécessairement au-delà des prérogatives classiques d'un associé. S'agissant de conditions cumulatives, la holding animatrice doit, en plus d'exercer un contrôle sur la filiale, participer à la conduite de la politique du groupe. En d'autres termes, si « animer un groupe consiste en effet, d'une part, à gérer et, d'autre part, à contrôler les sociétés qui le composent⁹³⁸ », l'exercice des seules prérogatives classiques d'un associé (exercice du droit à l'information et du droit de vote notamment) ne suffit pas à reconnaître le statut de holding animatrice à la société mère. La holding animatrice, pour être caractérisée comme telle, « doit aller au-delà de ce que l'autorisent ses prérogatives d'associé⁹³⁹ ». Un auteur affirme en ce sens que « le droit fiscal incite [par conséquent] à l'ingérence, par exemple lorsqu'il accepte de soumettre les associés des sociétés mères à un régime de faveur si la holding peut être qualifiée d'animatrice⁹⁴⁰ ». En ce sens, à défaut de s'inscrire dans ses prérogatives d'associés, la participation à la conduite de la politique du groupe par la holding consiste nécessairement pour cette dernière à exercer des pouvoirs similaires à ceux dévolus par principe à un dirigeant.

599. De ce point de vue, si la société mère animatrice n'est pas dirigeante de droit, ce qui est possible dans certaines situations⁹⁴¹, elle devrait en toute hypothèse, en raison de son caractère animateur, pouvoir être considérée comme dirigeante de fait y compris lorsqu'elle ne met pas elle-même en œuvre la politique du groupe au niveau de sa filiale. En effet, ainsi que l'affirme très justement des auteurs « l'institution d'un groupe fait presque

⁹³⁵ CE plén., 13 juin 2018, n°395495

⁹³⁶ Cass. Com. 19 juin 2019, n°17-20.559 et n°17-20.560

⁹³⁷ Pour plus de précisions sur la notion d'animation, voir *supra* n°100 et suiv.

⁹³⁸ COZIAN M., DEBOISSY F., CHADEFAUX M., *Précis de fiscalité des entreprises*, op. cit., n°2433

⁹³⁹ LE NOACH G., *L'immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale*, op. cit., p. 54, n°8

⁹⁴⁰ COUPET C., *L'adjonction d'un patrimoine complémentaire par un mécanisme de responsabilité : la responsabilité des sociétés mères du groupe*, in « Groupe de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ? », op. cit., p. 66

⁹⁴¹ Une société mère peut par exemple être nommée Présidente d'une filiale SAS.

inéluçtablement de la société mère un dirigeant de ses filiales⁹⁴² ». Un autre auteur considère par ailleurs qu'« il faut reconnaître que dans tout groupe un tant soi peu intégré, la société mère s'implique dans la gestion de ses filiales⁹⁴³ ». À notre sens, même si la société mère animatrice ne s'immisce pas dans la gestion quotidienne de sa filiale, elle agit « au titre » de sa qualité d'animatrice du groupe et détermine la politique, la stratégie et les grandes orientations à suivre (attributions qui dépassent les pouvoirs d'un associé classique) et doit pouvoir à ce titre, être considérée comme dirigeante de fait, ou du moins comme assurant une sorte de « sur-direction » par le haut de fait de ses filiales (détermination des grandes orientations et de la stratégie à suivre par les filiales). Les organes dirigeants des filiales ne font que suivre, dans leur gestion quotidienne, les orientations et les directives de la société du haut.

600. Dans la mesure où les critères jurisprudentiels de la direction de fait évoqués ci-avant ne permettent pas de qualifier, en l'état actuel du droit et sauf exception, la société mère dirigeante de fait de sa filiale et pour les raisons évoquées ci-avant d'inopportunité pratique de reconnaître une telle direction de fait⁹⁴⁴, il serait légitime de reconnaître le statut particulier de la holding animatrice en la distinguant clairement d'un associé ordinaire qui ne ferait au contraire qu'exercer ses prérogatives classiques d'associé. Dès lors qu'elle agit en qualité de société mère animatrice, elle est nécessairement un associé à part entière ou extraordinaire au sens littéral du terme. Au-delà du droit fiscal qui a consacré la notion d'animation, une reconnaissance plus générale de la singularité de la holding animatrice permettrait de fonder une présomption de responsabilité de cette dernière à l'égard des minoritaires⁹⁴⁵.

⁹⁴² GRELON B., DESSUS-LARRIVE C., *La confusion de patrimoines au sein d'un groupe*, rev. Sociétés, 2006, p.281, n°27

⁹⁴³ COUPET C., *L'adjonction d'un patrimoine complémentaire par un mécanisme de responsabilité : la responsabilité des sociétés mères du groupe*, in « Groupe de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ? », op. cit., p. 66

⁹⁴⁴ Dans la mesure où cette qualification pourrait conduire à l'application du régime de responsabilité de droit commun des dirigeants, à savoir la nécessité pour engager la responsabilité de la société mère animatrice d'une faute séparable de l'exercice des fonctions sociales de cette dernière, très rarement retenue en pratique.

⁹⁴⁵ Dans tous les cas, s'agissant d'une présomption simple et ainsi que nous le verrons dans nos développements ultérieurs, la preuve contraire pourrait bien entendu être apportée par la société mère animatrice.

2. Pour une reconnaissance générale du statut particulier de la société mère animatrice : à la recherche d'un fondement

601. La théorie du « risque profit » comme fondement à la reconnaissance du statut particulier de la société mère animatrice. Une reconnaissance générale du statut de la holding animatrice serait à notre sens la bienvenue en droit français afin de tenir compte de la réalité de l'organisation du pouvoir au sein du groupe et de l'unité de direction qui résulte du statut de la société mère animatrice. Cette reconnaissance serait fondée sur la théorie du « risque profit » développée par L. JOSSERAND et R. SALEILLES à la fin du 19^{ème} siècle. En effet, selon ces auteurs, deux types de risques peuvent être distingués : le « risque crée » et le « risque profit ». Très favorable aux victimes de dommages, la théorie du « risque créé », dit aussi du « risque danger », consiste à considérer qu'une personne engage sa responsabilité dès lors qu'elle a une activité dommageable qui génère un risque. Quant à la théorie du « risque profit », dit aussi du « risque activité » et qui nous intéresse plus particulièrement ici, elle consiste à considérer qu'une personne qui tire profit d'une activité doit en contrepartie en assumer les risques et supporter la charge de réparer les éventuels dommages causés.

602. Une théorie transposable au contexte des groupes. Si cette théorie du risque profit fonde aujourd'hui certains régimes de responsabilité de plein droit dans le cadre de la responsabilité civile extracontractuelle, et notamment celle des commettants du fait de leurs préposés, elle semble pleinement transposable dans un contexte de groupe. En effet, une société mère tire inéluctablement profit de son appartenance au groupe. Si l'on raisonne uniquement sur le plan financier, une politique de distribution massive et régulière des résultats positifs dégagés par les filiales ne peut que bénéficier à la société mère et indirectement à ses associés qui bénéficient d'une augmentation de la valeur réelle de leurs titres. A ce titre, une société mère, qu'elle soit d'ailleurs animatrice ou non, tire nécessairement profit du fait de sa position dominante et de sa qualité d'associée majoritaire.

603. Dans le cadre plus spécifique de la holding animatrice, les bénéfices ne s'arrêtent pas là puisque les associés de la société mère animatrice bénéficient à leur tour de régimes de faveur en raison du caractère animateur de ladite société mère. Parmi lesdits régimes de faveur applicable aux holdings animatrices, rappelons notamment le dispositif d'abattement à hauteur de 75 % sur les transmissions à titre gratuit (par donation ou succession) de titres

de société ayant fait l'objet d'un engagement dans le cadre d'un « Pacte Dutreil »⁹⁴⁶, le dispositif de réduction d'impôt sur le revenu de 18 % (voire 25 %) des souscriptions au capital des PME⁹⁴⁷, les dispositifs d'abattement, de droit commun (jusqu'à 65 %) ou renforcé (jusqu'à 85 %), pour durée de détention des titres sur les plus-values de cession de valeurs mobilières⁹⁴⁸ etc. En définitive, de nombreux avantages résultent de la qualification de la société mère en holding animatrice. Face à ces avantages substantiels dont profitent, ou sont susceptibles de profiter, aussi bien à la société mère qu'aux associés de cette dernière, il paraît légitime et équilibré que ce soit la société mère animatrice – à l'exclusion des holdings pures – qui assume en contrepartie les pertes subies par les filiales. Certes, le principe d'autonomie juridique de la société mère est atteint. Mais il s'agit là d'un moindre mal nécessaire afin de rééquilibrer les rapports de force à l'intérieur du groupe lorsque la société mère prend une part active dans la gouvernance générale du groupe. C'est l'esprit de la présomption de responsabilité de la société mère animatrice que nous envisageons au profit des minoritaires.

§2. Le régime de la responsabilité de la société mère animatrice à l'égard des minoritaires de la filiale

604. Le statut particulier de la société mère animatrice justifie la mise en place d'une présomption de responsabilité de cette dernière (A). S'agissant d'une présomption simple, la société mère pourra notamment s'exonérer en apportant la preuve de l'autonomie réelle de sa filiale par l'absence d'exécution de la politique du groupe (B).

A. Une responsabilité sans faute de la société mère majoritaire et animatrice à l'égard des minoritaires de la filiale

605. Pour engager la responsabilité de la société mère animatrice, encore convient-il d'apporter au préalable la preuve, ou du moins un commencement de preuve, du caractère animateur de cette dernière (1). La responsabilité de la société mère animatrice pourra alors être engagée, sans nécessité de prouver une faute spécifique de cette dernière, dès lors que la perte subie par la filiale résulte de l'application de la politique du groupe et des directives de la société mère animatrice (2).

⁹⁴⁶ CGI, art. 787 B ; BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10, 21/12/2021, n°50

⁹⁴⁷ CGI, art. 199 terdecies-0 A ; BOI-IR-RICI-90-10-20-10, 13/01/2014, n°20

⁹⁴⁸ CGI, art. 150 D ; BOI-RPPM-PVBMI-20-30-10, 20/12/2019, n°250 (abattement renforcé)

1. *La nécessité d'apporter un commencement de preuve du caractère animateur de la holding*

606. Un commencement de preuve du caractère animateur à travers la production du rapport de gestion communiqué aux associés. Si l'on reconnaît le statut particulier de la société mère animatrice, il incombera néanmoins aux minoritaires d'apporter la preuve du caractère animateur de la holding. Cette preuve pourra en particulier être apportée par les associés minoritaires de la filiale par la production en justice du rapport de gestion préparé par les dirigeants de droit de ladite filiale et communiqué aux associés préalablement à la tenue de l'assemblée générale ordinaire annuelle de la société⁹⁴⁹. En effet, ce rapport de gestion comporte généralement des informations sur le contenu et les modalités de mise en œuvre effective de la politique du groupe au sein des filiales. A titre d'exemple, il arrive souvent que le rapport de gestion de la filiale contienne une section intitulée « animation et directives de la société mère⁹⁵⁰ » et qui expose de manière plus ou moins détaillée les modalités d'exécution de l'animation au sein de la filiale, voire l'assistance de la société mère dans la gestion et la direction de la filiale⁹⁵¹. Bien que ces informations ne soient pas obligatoires dans les rapports de gestion, elles sont en pratique très souvent mentionnées par les organes dirigeants afin de constituer des éléments de preuve du caractère animateur de la société mère, et ce, en cas de contentieux avec l'administration fiscale qui exige des éléments concrets et précis pour retenir la qualification de holding animatrice⁹⁵². Ces éléments constituent ainsi de sérieux indices à la qualification de holding animatrice de la société mère, ou du moins peuvent être considérés comme un commencement de preuve du caractère animateur de la société mère.

⁹⁴⁹ Par ailleurs, si rapport de gestion « de groupe » (obligatoire dans les groupes d'une certaine importance) est communiqué aux associés de la société mère, et bien qu'il n'existe à ce jour aucun statut « d'associé de groupe », ce rapport de gestion « de groupe » devrait pouvoir être sollicité par les minoritaires des filiales dès lors que ces derniers sont susceptibles d'être indirectement impactés par les décisions de gestion prises par les organes dirigeants de la société mère. Ce rapport de gestion « de groupe » pourrait contenir des informations utiles à la démonstration du caractère animateur de la société mère.

⁹⁵⁰ La formulation de l'intitulée pouvant bien entendu varier. Ces informations relatives à l'animation du groupe peuvent par ailleurs apparaître sous d'autres sections ou paragraphes du rapport de gestion annuel.

⁹⁵¹ Il peut par exemple être mentionné que la société mère a, au cours de l'exercice social écoulé, défini la politique commerciale du groupe et participé à mettre en œuvre cette politique au niveau de la filiale, qu'elle a mis en place une stratégie de communication par l'établissement de plaquette de présentation, la participation à des salons etc.

⁹⁵² Rappelons à ce titre que la simple conclusion d'une « convention d'animation » n'est pas suffisante à établir la qualité de holding animatrice de la société mère. Sur ce point, voir *supra* n°100 et suiv.

607. Des éléments alternatifs permettant de renforcer la preuve du caractère animateur de la société mère. D'autres indices pourraient conduire à considérer que la société mère est bien une holding animatrice. Une convention d'animation est généralement conclue entre la société mère et ses filiales. Il peut également arriver qu'une société mère demande elle-même un rescrit de l'administration fiscale sur sa propre situation afin de savoir si elle peut prétendre à la qualification de holding animatrice ou non. La société mère a pu par ailleurs faire l'objet, dans le passé, d'un contentieux fiscal remettant en cause sa qualité de holding animatrice, contentieux au terme duquel elle aurait finalement obtenu gain de cause et pu justifier de sa qualité de holding animatrice. Tous ces éléments pourraient constituer des éléments de nature à justifier le caractère animateur de la société mère. Toutefois, contrairement au rapport de gestion qui doit obligatoirement être communiqué aux associés, les éléments visés ci-avant restent difficile d'accès pour les minoritaires de la filiale. En effet, ils ne sont généralement pas mentionnés dans les rapports de gestion, à l'exception de la convention d'animation, et le cas échéant de la convention de prestations de services de la société mère au profit de la filiale, qui sont généralement mentionnées dans le rapport spécial sur les conventions réglementées préparé par les dirigeants et communiqué à l'ensemble des associés.

608. Une présomption de responsabilité de la société mère animatrice bénéficiant aux seuls associés minoritaires de la filiale. Finalement, le commencement de preuve du caractère animateur de la société mère par les minoritaires reposerait essentiellement sur les éléments mentionnés dans le rapport de gestion préparé par les dirigeants de filiales et communiqué aux associés. *A contrario*, les tiers, et notamment les créanciers des filiales, n'ont pas accès à ces informations⁹⁵³. Il serait donc difficile en pratique, pour les créanciers d'une filiale, et plus généralement pour les tiers externes au groupe, de démontrer le caractère animateur de la société mère. C'est notamment pour cette raison que nous pensons qu'il

⁹⁵³ En effet, les tiers n'ont pas accès, contrairement aux associés ou actionnaires de la filiale, aux documents juridiques internes et notamment aux rapports de gestion qui contiennent les informations utiles à la démonstration du caractère animateur de la holding. Les minoritaires, en leur qualité d'associé (entendue de manière large), disposent à ce titre d'un droit à l'information afin de participer en toute connaissance de cause aux décisions collectives. Comme indiqué ci-avant, les rapports de gestion communiqués aux associés, aussi bien à ceux de la société mère qu'aux associés des filiales, contiennent généralement les informations pertinentes permettant d'apporter un début de preuve du caractère animateur de la société mère, ce qui n'est pas le cas des tiers et notamment des créanciers de la filiale.

convient de réserver ce recours au profit des minoritaires de la filiale et non au tiers de manière générale.

609. En outre et surtout, les minoritaires intragroupe ne devraient pas être considérés comme de véritables tiers vis-à-vis du groupe comme les créanciers de la filiale. S'il n'existe juridiquement pas de statut « d'associé de groupe », il peut toutefois être tenu compte de la configuration sous forme de groupe de sociétés de l'entreprise à laquelle fait partie intégrante l'associé de l'une de ses structures. Sont envisagées ici les relations internes au groupe contrairement aux créanciers de filiales qui sont dans une relation externe vis-à-vis du groupe. Même s'il a généralement peu d'influence, l'associé minoritaire participe à la politique des sociétés du groupe par l'exercice du droit de vote et plus largement par sa participation aux décisions collectives, dans l'une ou plusieurs structures membre de ce groupe. En ce sens, il ne doit pas être considéré comme un tiers classique dès lors que l'on appréhende le groupe sous un angle réaliste et davantage économique plutôt que structurel.

2. L'indemnisation des pertes subies par la filiale en raison de l'application de la politique de groupe

610. Un statut particulier nécessitant un régime particulier : une responsabilité liée au statut particulier de la société mère animatrice. Les minoritaires de la filiale pourront engager la responsabilité de la société mère animatrice en raison de la perte survenue dans « leur » filiale dès lors que cette perte résulte de l'exécution, au niveau de ladite filiale, de la politique du groupe élaborée par la société mère. La question est donc celle de la réparation de la perte subie par la filiale du fait de la société mère animatrice. Les règles applicables en droit turc, qui reprennent pour l'essentiel les dispositifs prévus en droit allemand, peuvent constituer une source d'inspiration pour le droit français. Une acceptation large de la notion de perte pourrait ainsi être retenue, celle-ci allant au-delà des simples pertes financières et pouvant être générée par toute activité ou transaction réduisant ou mettant en péril les actifs ou la rentabilité de la filiale⁹⁵⁴. Rappelons également à ce titre que la réparation de la perte de la filiale peut se faire en droit turc (et allemand) de deux manières, à savoir *via* un système de compensation, ou à défaut, c'est-à-dire en l'absence de compensation ou de compensation insuffisante, par un recours en justice des minoritaires contre la société mère.

⁹⁵⁴ Sur la notion de « perte » en droit turc, voir *supra* n°504 et suiv.

611. L'inopportunité de l'introduction en droit français d'un système de compensation. Le système de compensation prévue en droit turc et allemand consiste à remettre la filiale dans la situation où elle aurait dû se retrouver si elle était indépendante. L'objectif n'est pas véritablement de sanctionner la société mère en l'obligeant à compenser les pertes subies par la filiale. La logique est différente dans la mesure où en instaurant un tel mécanisme de compensation, les législateurs turcs et allemands prennent acte du « mensonge » de l'autonomie juridique des personnes morales dans le contexte des groupes de sociétés, et donc de la forte probabilité qu'une filiale puisse subir des pertes en raison de son appartenance au groupe et du contrôle – et plus – exercé par la société mère. De ce point de vue, le système de compensation n'est pas de nature à empêcher la mise en œuvre de la politique générale du groupe. Il s'agit de prévoir un cadre juridique qui permet de protéger les intérêts des filiales dès lors que ces dernières sont sous la dépendance de fait de la société mère. Le système de compensation assure en ce sens un certain équilibre des différents intérêts en présence au sein du groupe de sociétés. Si par ailleurs, l'introduction d'un mécanisme de compensation aurait le mérite de reconnaître légalement la dépendance économique des filiales en droit des sociétés⁹⁵⁵ et de clarifier les relations intragroupe entre société mère et filiales, ce mécanisme de compensation peut être lourd à mettre en pratique⁹⁵⁶. C'est la raison pour laquelle il nous semble inopportun d'introduire un tel dispositif en droit français. La perte subie par la filiale ne sera dès lors pas automatiquement réparée par la société mère. Il appartiendra alors aux minoritaires de la filiale d'intenter une action en justice en vue d'une indemnisation de la société dans laquelle ils sont associés.

612. L'indemnisation de la filiale en cas de recours des minoritaires. Chaque associé de la filiale serait en droit d'intenter une action en responsabilité contre la société mère animatrice dès lors que la perte subie par la filiale résulte de l'exécution de la politique du groupe élaborée par la société mère animatrice. Cette dernière sera ainsi présumée responsable si les minoritaires réussissent au préalable à apporter un début de preuve du caractère animateur de la société mère, principalement à travers la production du rapport de gestion ou d'activité exposant par écrit les directives issues de la mère et les modalités de mise en œuvre de l'animation au sein de la filiale. Autrement dit, cela signifie qu'ils n'auront pas besoin

⁹⁵⁵ Droit qui s'intéresse à la structure et non à la substance qui relève davantage du droit économique (droit de la concurrence en particulier)

⁹⁵⁶ Sur les modalités pratiques de la compensation, voir *supra* n°509 et suiv.

d'apporter la preuve d'une quelconque faute de la société mère animatrice pour engager sa responsabilité. Il s'agit en ce sens de consacrer une responsabilité de plein droit de la société mère, très favorable aux minoritaires de la filiale mais justifiée en particulier face à certaines pratiques de la société mère portant atteinte à l'intérêt social des filiales opérationnelles.

613. Chaque procédure ayant un coût qui devra être supporté par le ou les minoritaires agissant en justice (et non par la filiale), le risque de recours systématiques par ces derniers ne paraît pas réaliste. L'objectif n'est pas d'encourager le contentieux mais d'instaurer un certain équilibre dans les rapports de force entre la société mère majoritaire et animatrice et les minoritaires de la filiale. Les agissements de la société mère à l'égard de la filiale seront ainsi davantage réfléchis et mesurés dès lors que la société mère aura conscience du possible recours des minoritaires en cas de pertes subies par « leur » filiale. En outre, s'il y a effectivement une perte subie par la filiale en raison de l'application de la politique du groupe, la société mère animatrice pourrait dans les faits préférer indemniser ladite filiale, avant tout recours des minoritaires, et ce dans un souci de conserver et de confirmer sa qualité de holding animatrice. L'introduction d'une présomption de responsabilité de la société mère animatrice du fait des pertes subies par sa filiale permettrait en ce sens d'instaurer un dialogue permanent entre la société mère majoritaire et les minoritaires de la filiale, l'objectif étant d'éviter le contentieux aussi bien pour la société mère que pour les minoritaires de la filiale (procédure souvent longue et coûteuse).

614. Néanmoins, dans la mesure où il est question d'instaurer une présomption simple ou réfragable de responsabilité de la société mère animatrice, cette dernière pourra en tout état de cause s'exonérer de toute responsabilité en apportant la preuve de l'autonomie effective de sa filiale, cette autonomie se traduisant dans les faits par une politique indépendante de celle élaborée par la société mère pour le groupe.

B. L'irresponsabilité de la société mère en cas d'inexécution de la politique du groupe par la filiale

615. Au-delà de la force majeure qui constitue une cause d'irresponsabilité totale, la preuve de l'irresponsabilité de la société mère serait apportée en cas d'inexécution de la politique du groupe par la filiale (1). Il convient par ailleurs de s'interroger sur d'autres causes qui

permettraient éventuellement d'exonérer, du moins partiellement, la société mère animatrice (2).

1. La caractérisation d'une politique autonome de la filiale, indépendante de celle élaborée par la société mère pour le groupe

616. L'application d'une politique autonome de la filiale, principale cause d'irresponsabilité de la société mère. Lorsqu'une filiale adopte une politique autonome et indépendante de celle élaborée par la société mère pour l'ensemble du groupe, cette dernière ne peut être tenue responsable des pertes subies par ladite filiale. En effet, lorsque les pertes résultent des décisions prises par les dirigeants de la filiale dans un sens contraire à la politique du groupe élaborée par la société mère, ces décisions dommageables prises au niveau des filiales ne peuvent être imputées à la société mère. Ces décisions – prises par les organes dirigeants de la filiale – ne trouvant pas leur source dans l'exécution de la politique générale du groupe et n'émanant pas des directives de la société mère, il serait illégitime dans cette hypothèse que la société mère supporte les conséquences des décisions « libres » des dirigeants de la filiale, cette dernière s'étant en quelque sorte affranchie de la tutelle de sa mère.

617. Une politique indépendante de la filiale empêchant la qualification de holding animatrice de la société mère. Par ailleurs, si la filiale ne met pas en œuvre la politique élaborée par la société mère, cette dernière ne pourra en tout état de cause bénéficier du statut de la holding animatrice. En effet, la société mère animatrice est tenue de contrôler l'exécution de la politique et de la stratégie du groupe au niveau de ses filiales. Si l'établissement de la politique du groupe n'est pas suivi d'effet, et si la filiale entreprend une politique autonome et indépendante de celle élaborée par la société mère, l'administration fiscale remettra certainement en cause le caractère animateur de la société mère en cas de contrôle sur ce point. En effet, l'absence de mise en œuvre de la politique du groupe par la filiale reflète une absence d'intégration de ladite filiale au sein du groupe. L'autonomie de la filiale signifiant alors l'absence de caractère animateur de la société mère, et s'agissant alors d'une holding pure, il est logique que cette dernière ne soit pas tenue responsable du fait de sa filiale. En effet, rappelons que notre proposition d'instaurer une présomption de responsabilité ne vise que les sociétés mères animatrices.

618. Une politique autonome de la filiale difficilement envisageable en pratique.

Toutefois, en pratique, il apparaît peu concevable qu'une filiale adopte une politique autonome et indépendante de celle élaborée par la société mère. En effet, cette hypothèse apparaît assez hypothétique en pratique dès lors que la société mère majoritaire dispose du pouvoir de révoquer à tout moment les organes dirigeants d'une filiale qui serait hostile à la politique du groupe. La présomption de responsabilité de la société mère animatrice se traduirait dans les faits comme une quasi-responsabilité de plein droit de cette dernière du fait de sa filiale. D'autres hypothèses susceptibles d'exonérer la société mère animatrice méritent toutefois d'être évoquées, à savoir la faute de gestion du dirigeant de la filiale et ou encore le recours par la société mère à la notion d'intérêt de groupe.

2. La faute de gestion et l'intérêt de groupe : causes exonératoires de la responsabilité de la société mère ?

619. L'indifférence de l'absence de faute de la société mère animatrice. Rappelons tout d'abord que l'absence de faute de la société mère ne peut être une cause d'irresponsabilité de cette dernière. Il s'agit là de l'essence même des responsabilités objectives de plein droit. La présomption de responsabilité de la société animatrice que nous proposons est une responsabilité du fait d'autrui (de la filiale) sans nécessité pour le minoritaire de la filiale d'apporter une faute particulière de la société mère. Cependant, se pose la question de la faute commise, non pas par la société mère, mais par la filiale. Cette faute de la filiale, représentée par ses organes dirigeants, permettrait-elle d'exonérer, au moins partiellement, la société mère animatrice ?

620. La faute séparable ou détachable du dirigeant de la filiale comme cause exonératoire de la responsabilité de la société mère animatrice. Si la société mère animatrice apporte la preuve que la perte subie par sa filiale résulte d'une faute séparable ou détachable des fonctions sociales du dirigeant de ladite filiale, dans ce cas, la société mère ne pourra être tenue responsable de la perte en question. Rappelons à cet égard que les conséquences d'une faute de gestion doivent avant tout être assumées par la société (filiale) et non par le dirigeant de cette société. Le dirigeant ne peut être tenu responsable uniquement si les juges caractérisent une faute détachable ou séparable de l'exercice des fonctions sociales. Cette notion de faute détachable est difficile à caractériser en pratique dès lors qu'elle nécessite la réunion de trois conditions cumulatives, à savoir, une faute intentionnelle, d'une particulière

gravité et incompatible avec l'exercice des fonctions sociales. En raison de l'appréciation très restrictive opérée par la jurisprudence, la société mère animatrice ne pourrait se fonder sur la faute séparable pour s'exonérer que dans des circonstances particulièrement graves. Elle ne pourrait d'autant plus invoquer l'intérêt de groupe pour justifier la perte subie par sa filiale et échapper à l'indemnisation de cette dernière en cas de recours des minoritaires de la filiale.

621. L'intérêt de groupe, fait justificatif exonérant la société mère animatrice ? L'intérêt du groupe ne peut servir de fait justificatif pour exonérer la société mère animatrice à l'égard des minoritaires de la filiale. La présomption de responsabilité de la société animatrice que nous proposons n'aurait en effet pas grand intérêt si cette dernière pouvait se fonder sur la notion d'intérêt de groupe. En effet, les pertes subies par la filiale pourraient alors, d'une manière ou d'une autre, être justifiées par un intérêt supérieur de groupe, n'apportant ainsi qu'une protection très limitée des minoritaires intragroupe.

622. En droit positif, cette notion d'intérêt de groupe n'a qu'une portée limitée et est essentiellement applicable en matière pénale pour légitimer une opération intragroupe qui serait de prime abord contraire à l'intérêt propre d'une des sociétés membres⁹⁵⁷. Rappelons en effet que, selon la jurisprudence « Rozenblum », l'intérêt de groupe apparaît comme un fait justificatif d'abus de biens sociaux à l'intérieur de groupe. L'aide financière apportée par une société d'un groupe à une autre du même groupe doit être dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe. Cependant, cette aide ne doit pas être dépourvue de contrepartie au profit de la société qui en supporte la charge, ou ne doit pas rompre les engagements respectifs entre les différentes sociétés concernées, et ne doit pas excéder les possibilités financières de la société versante. Cette jurisprudence est toutefois uniquement applicable, à ce jour, en matière pénale. En matière civile, l'intérêt de groupe n'occupe qu'une place mineure, quasi-inexistante, au profit de l'intérêt social. Si la notion d'intérêt de groupe devrait prospérer dans les hypothèses où la société mère détient l'intégralité des titres et des droits de ses filiales dans la mesure où, dans cette situation, il n'existe par définition aucun minoritaire à protéger⁹⁵⁸, l'intérêt de groupe ne doit pas, au contraire, servir à justifier les

⁹⁵⁷ Sur la notion d'intérêt de groupe, voir *supra* n°165 et suiv.

⁹⁵⁸ Voir à cet égard notre position, *supra* n°172 et suiv.

pertes subies par une filiale qui comporte un ou plusieurs associés minoritaires dès lors que l'objectif recherché ici est de renforcer leur protection.

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE I

623. Accentuer la responsabilité de la société mère vis-à-vis des associés minoritaires de la filiale passe en premier lieu par un renforcement des droits de ces derniers, et notamment par une extension des dispositifs existants en droit positif français. En plus de l'expertise de gestion « de groupe » dont le champ d'application devrait être étendu aux minoritaires des filiales pour les opérations de gestion réalisées par les dirigeants de la société mère, c'est surtout à travers l'action sociale *ut singuli* qu'il convient à notre sens de responsabiliser davantage la société mère majoritaire. Cette action, qui permet aux associés d'agir au nom et pour le compte de la société pour préserver les intérêts de cette dernière en cas d'inaction du dirigeant de droit, devrait en effet, dans un souci de cohérence avec le droit spécial des procédures collectives (responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif), faire l'objet d'une extension à l'encontre des dirigeants de fait. Il nous semble par ailleurs essentiel de retenir une approche davantage économique du groupe et surpasser le principe d'autonomie juridique des sociétés groupées pour étendre l'action *ut singuli* au profit des minoritaires de la filiale, et ce afin que ces derniers puissent agir en responsabilité directement contre la société mère majoritaire agissant comme un dirigeant de fait.

624. Plus encore, il serait légitime d'instaurer une présomption de responsabilité de la société mère à l'égard des minoritaires de la filiale lorsque la première intervient en qualité de holding animatrice. Une connexion peut à ce titre être établie entre le droit fiscal et le droit des sociétés. Le statut particulier de la société mère animatrice devrait être reconnu de manière plus large, au-delà de la matière fiscale, et permettre de faciliter le recours des minoritaires de la filiale en cas de pertes subies par cette dernière du fait de l'exécution de la politique du groupe élaborée par la société mère animatrice. Il serait alors question d'une responsabilité de plein droit de la société mère animatrice (et non de l'ensemble des sociétés mères) bénéficiant aux minoritaires de filiales (et non à l'ensemble des tiers). La société mère ne pourrait s'exonérer que dans des hypothèses rares, essentiellement en démontrant que la perte subie par la filiale résulte d'une politique autonome appliquée par cette dernière.

625. Enfin et toujours dans un souci de responsabiliser la société mère tout en renforçant les droits des minoritaires, il serait opportun de consacrer en droit français un droit général de retrait des minoritaires filiale qui se traduirait, du côté de la société mère majoritaire, par

une obligation de racheter les titres desdits minoritaires si ce rachat est bien entendu justifié par des circonstances particulières.

CONCLUSION DU TITRE I

626. Les droits français et turc n'abordent pas la question de la responsabilité de la société mère à l'égard des minoritaires intragroupe de la même manière. Le droit français propose en effet des dispositions ponctuelles qui apparaissent souvent insuffisamment protectrices des minoritaires intragroupe et peu dissuasifs pour la société mère. Au contraire, le droit turc, à travers une réglementation d'ensemble des groupes de sociétés, accorde une importance particulière à la protection des minoritaires : ces derniers bénéficient en effet d'une double protection, indirectement d'abord *via* le système de compensation des pertes subies par la filiale, puis de manière plus directe, à défaut de compensation ou de compensation insuffisante, par la faculté qui leur est offerte d'intenter une action en indemnisation du préjudice subi par la filiale ou encore en demandant à la société mère majoritaire de racheter les titres qu'ils détiennent dans la filiale. Le droit turc propose ainsi un droit davantage protecteur des intérêts de la filiale et de ses minoritaires, et parallèlement, et instaure un cadre plus dissuasif à l'égard de la société mère.

627. Face à ce constat, le droit français doit évoluer en faveur des intérêts des sociétés dominées et de ses associés minoritaires, finalement doublement en position de faiblesse. Cette évolution consisterait essentiellement en l'extension, au profit des minoritaires de la filiale, de dispositifs existants (expertise de gestion « de groupe » en sens inverse, reconnaissance de l'action sociale *ut singuli* des minoritaires de la filiale contre la société mère dirigeante de fait) et par la consécration d'un droit de retrait en cas de justes motifs. L'évolution des droits et recours des minoritaires en droit des sociétés passerait également par la notion fiscale de holding animatrice. Les sociétés mères animatrices feraient ainsi l'objet d'un traitement particulier à l'égard des minoritaires de la filiale dès lors que les pertes subies par ladite filiale seraient présumées être le résultat de la mise en œuvre de la politique du groupe élaborée par la société mère animatrice.

628. Ces évolutions permettraient de responsabiliser fortement les sociétés mères en dissuadant ces dernières de certains comportements nuisibles aux intérêts de la filiale, et indirectement à ceux des associés minoritaires, et ainsi de rééquilibrer les rapports de force intragroupe tout en préservant la prééminence de la société mère sur ses filiales. Une logique similaire doit à notre sens être retenue au profit des tiers.

Titre II. Responsabiliser la société mère à l'égard des tiers (*relations externes au groupe*)

629. Un principe d'irresponsabilité atténuée de la société mère à l'égard des tiers.

Rappelons que le groupe de sociétés ne dispose pas de la personnalité juridique et n'est à ce titre titulaire d'aucun droit et obligation. S'agissant d'un « non-être juridique ⁹⁵⁹», le groupe, pris comme un ensemble, est insaisissable et ne peut ainsi être tenu responsable du fait de ses membres : seule une structure membre du groupe (la société mère et/ou la filiale) peut, le cas échéant, être jugée responsable. Le principe fondamental de l'autonomie juridique des personnes morales joue par ailleurs en faveur de la société mère dominante, cette dernière n'étant par principe pas responsable des entités qu'elle « contrôle » au sens de la loi⁹⁶⁰. Autrement dit, il n'existe à ce jour aucune responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales. Il en résulte ainsi une irresponsabilité de principe de la société mère du fait de ses membres sous réserve de certaines exceptions prévues par les textes ou dégagées par les juges plus ou moins protectrices des tiers et notamment des créanciers de la filiale (Chapitre 1).

630. Pour une approche renouvelée. Si l'irresponsabilité de principe de la société mère découle du dogme de l'autonomie de la personnalité morale, il est souvent accompagné d'un autre principe, fondamental également en droit des sociétés, qui est celui de la responsabilité limitée des associés⁹⁶¹. En effet, la société mère étant l'associée de sa filiale (hypothèse d'une société à risque limité), la première n'est responsable qu'à hauteur de ses apports en capital de la seconde. Un auteur résume cette situation en affirmant que « le groupe est une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés⁹⁶² ». Sans vouloir remettre totalement en cause ces principes qui constituent, aussi bien en droit français qu'en droit turc, les piliers du droit des sociétés⁹⁶³, principes

⁹⁵⁹ DESSOUTER V., *La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Aktiengesetz allemande et le droit français des groupes*, Lyon III, Peter Lang, 2012, n° 12.

⁹⁶⁰ Sur la notion de contrôle, voir *supra* n°37 et suiv.

⁹⁶¹ BISMUTH R., *La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire*, in SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 429-447.

⁹⁶² HANNOUN Ch., *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991, n°193

⁹⁶³ LE GOFF P., *Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? Apport et critique de l'analyse américaine du droit des sociétés*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51, n°3, Juillet Septembre 1999. p. 593-617

encourageant l'investissement et l'entrepreneuriat, nous chercherons des fondements alternatifs responsabilisant davantage la société mère du fait de ses filiales en essayant de parvenir à un juste équilibre entre les impératifs économiques justifiant la constitution des groupes et la nécessaire instauration d'une justice sociale vis-à-vis des créanciers « involontaires » d'un membre de ces derniers⁹⁶⁴ (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Une protection variable des créanciers de la filiale (*de lege lata*)

Chapitre 2. A la recherche de fondements alternatifs responsabilisant la société mère (*de lege ferenda*)

⁹⁶⁴ Notre étude traite de la question de la responsabilité délictuelle et envisage donc essentiellement les situations extracontractuelles, à savoir celles dans lesquelles la société mère ne s'est pas volontairement engagée, par la voie contractuelle, en faveur du créancier de la filiale en cas de défaut de paiement de cette dernière (cautionnement, lettre d'intention, garantie autonome etc.). Il est également question d'aborder ici la question de la protection des victimes en dehors de tout contrat. Il s'agit donc d'aborder principalement la situation des créanciers « involontaires » (sur cette notion, voir : GRIMONPREZ B., *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, Rev. des Sociétés 2009, p.715, n°23 et suiv.) qui se retrouvent face à une filiale qui serait insolvable. Notre étude se concentre par ailleurs sur la responsabilité des sociétés mères en tant qu'associée majoritaire ou plus généralement en situation de « contrôle » au sens de la loi (sur cette notion, voir *supra*, n°37 et suiv.), dans le cadre de relations entre sociétés à risque limité, et vise essentiellement les aspects de fond sans évoquer les points procéduraux relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité.

Chapitre I. Une protection variable des créanciers de la filiale (*de lege lata*)

631. De la même manière que s'agissant de la protection des minoritaires intragroupe, le droit français et le droit turc n'offrent pas le même degré de protection des créanciers de la filiale : si les fondements permettant d'engager la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale nous paraissent insuffisants en droit français (**Section 1**), le droit turc propose des dispositifs spécifiques accentuant la responsabilité de la société mère (**Section 2**).

Section 1. L'insuffisance des fondements responsabilisant la société mère du fait de sa filiale en droit français

632. L'insuffisance des fondements permettant d'engager la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale s'observe aussi bien en l'absence (§1) qu'en présence (§2) d'une procédure collective ouverte à l'encontre de cette dernière.

§1. L'insuffisance des fondements traditionnels responsabilisant la société mère du fait de sa filiale *in bonis*

633. Avant d'aborder en détail les différentes hypothèses permettant d'engager la responsabilité de la société mère pour les faits de sa filiale, il convient d'emblée de préciser que l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale n'a, en soi, rien d'anormal aux yeux des juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation tant que l'autonomie de cette dernière est préservée. La jurisprudence considère à ce titre que « la notion de groupe de sociétés implique par elle-même et nécessairement des relations croisées entre ses membres, un contrôle d'ensemble, une unité de décision et une stratégie commune impulsée par la société mère⁹⁶⁵ ». Ainsi, le seul critère de l'immixtion, considérée comme non fautive en soi, apparaît aujourd'hui insuffisant pour engager la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale en droit français.

634. Il ressort de la jurisprudence en la matière, très abondante, que ce critère de l'immixtion est aujourd'hui pris en compte par les juges pour accentuer ou confirmer les autres fondements sur lesquels ils se basent pour condamner la société mère (faute et apparence trompeuse pour l'essentiel). En l'absence de régimes législatifs spécifiquement

⁹⁶⁵ Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-28.367, Bull. Joly Sociétés 2014, p. 103 ; LE NOACH G., *L'immixtion de la société mère dans sa gestion de la filiale*, Bull. Joly Sociétés 2020, p. 54

conçus pour responsabiliser la société mère du fait de sa filiale *in bonis* en droit français, il est en effet revenu à la jurisprudence de préciser les fondements sur lesquels peuvent se baser les créanciers de la filiale pour atteindre la société mère. Deux hypothèses doivent alors être distinguées : la responsabilité de la société mère peut en effet être recherchée au titre de sa qualité de dirigeante de la filiale (A) ou, à défaut, en sa simple qualité d'associée de cette dernière (B).

A. L'engagement de la responsabilité de la société mère en sa qualité de dirigeante de la filiale

635. La faute détachable ou séparable de l'exercice des fonctions sociales. La société mère peut être théoriquement tenue responsable en sa qualité de dirigeante, de droit ou de fait. En premier lieu, rappelons que le droit français offre dans certaines hypothèses la possibilité de nommer une société mère dirigeante de la filiale. En particulier et à la différence des SARL, la liberté contractuelle qui caractérise le régime de la SAS autorise cette dernière à nommer sa société mère Présidente de la SAS (seul organe de direction obligatoire pour les SAS). En tant qu'organe dirigeant de droit de sa filiale, la société mère est ainsi soumise au régime de responsabilité de droit commun des dirigeants envers leur société, les associés ou les créanciers⁹⁶⁶. La société mère peut à ce titre être théoriquement tenue responsable dans le cadre de ses fonctions de direction de droit. Le principe est le même lorsqu'est caractérisée une direction de fait de la société mère. Encore faut-il réussir à caractériser cette direction de fait de la société mère qui s'avère difficile en pratique en l'état actuel de la jurisprudence⁹⁶⁷.

636. La mise en cause de la responsabilité de la société mère, en sa qualité de dirigeante de droit ou de fait, est possible lorsqu'est apportée la preuve d'une « faute détachable ou séparable de l'exercice des fonctions sociales⁹⁶⁸ ». Rechercher la responsabilité de la société mère sur ce fondement de la faute détachable s'avère toutefois difficile à mettre en œuvre en pratique. Il importe de rappeler à cet égard que les conséquences d'une faute de gestion doivent avant tout être assumées par la société (filiale) et non par la dirigeante (société mère) : cette dernière ne peut être tenue responsable envers les tiers uniquement si les juges

⁹⁶⁶ Responsabilité des dirigeants prévue par les articles L223-22 (pour les SARL) et L225-251 du Code de commerce (SA).

⁹⁶⁷ Sur la caractérisation de la direction de fait de la société mère dans le contexte des groupes en droit positif : voir *supra*, n°587 et suiv. Sur notre position à cet égard : voir *supra*, n°592 et suiv. (spéc. n°597 et suiv.)

⁹⁶⁸ Cass. Com. 8 mars 1982 et Cass. Com. 4 mai 1982, rev. soc. 1983, p. 573, note GUYON Y.

caractérisent une faute détachable ou séparable de l'exercice des fonctions sociales, notion qui nécessite la réunion de trois conditions cumulatives, à savoir, une faute intentionnelle, d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice des fonctions sociales. Ainsi, il a été jugé qu'un dirigeant commun à deux sociétés d'un groupe omettant volontairement de déclarer l'existence du compte courant de la filiale dans la procédure de la société mère commet une faute détachable ou séparable de ses fonctions sociales⁹⁶⁹. Néanmoins, ces hypothèses sont rares en pratique. En effet, au regard de l'appréciation très restrictive opérée par la jurisprudence, cette preuve est difficile à apporter dans les faits dans un contexte hors procédure collective (société *in bonis*). Ce régime doit être comparé avec celui applicable dans le cadre d'une liquidation judiciaire, à savoir celui de la faute de gestion ayant « contribué » à l'insuffisance d'actif qui apparaît plus facile à caractériser.

637. Une simple faute de gestion ayant « contribué » à l'insuffisance d'actif dans le cadre d'une liquidation judiciaire⁹⁷⁰. Dans le cadre d'une liquidation judiciaire, la caractérisation de la faute de gestion étant plus facile à opérer, la société mère, dirigeante de droit ou de fait⁹⁷¹, peut plus facilement faire l'objet d'une action pour insuffisance d'actif (action en comblement de passif)⁹⁷². Pour mettre en œuvre cette action – qui ne peut être engagée que postérieurement à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire par le liquidateur ou par le Ministère Public – et engager la responsabilité de la société mère dirigeante, il suffit, aux termes de l'article L651-2 du Code de commerce, d'apporter la preuve que la faute de gestion ait « contribué » à l'insuffisance d'actif de la filiale⁹⁷³. Aucune condition relative à

⁹⁶⁹ Cass. com., 27 mai 2014, n° 12-28.657 : JurisData n° 2014-011476 ; Act. proc. coll. 2014, comm. 212, obs. PAGNUCCO J.-Ch.

⁹⁷⁰ Bien que ces développements soient rattachables à notre second paragraphe relatif à la responsabilité de la société mère dans le cadre des procédures collectives, nous la traitons ici à titre de comparaison avec le régime de la faute détachable ou séparable précédemment étudié, et ce afin de faire ressortir une différence de traitement – à notre sens injustifiée – selon que l'action s'inscrive ou non dans le cadre d'une procédure collective (cf. nos développements ultérieurs n°638).

⁹⁷¹ L'action pour insuffisance d'actif vise à sanctionner aussi bien les dirigeants de droit que les dirigeants de fait, à savoir selon GRIMONPREZ B. « *le comportement de la personne qui, sans titre légitime, a directement ou indirectement exercé une activité positive et indépendante dans l'administration de la société* ».

⁹⁷² L'article L651-2 du Code de commerce prévoit à ce titre que « *lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. Toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la personne morale, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée* ».

⁹⁷³ A noter à ce titre que l'insuffisance d'actif imputable au dirigeant doit toutefois s'apprécier sans prendre en considération la situation des autres sociétés du groupe. En effet, selon un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, « il résulte de l'article L. 651-2 du code de commerce que l'insuffisance d'actif d'une société

l'intention et la gravité de la faute n'est requise, ce qui distingue nettement ce régime de celui applicable dans le cadre du droit commun de la responsabilité des dirigeants. La société mère dirigeante est ainsi davantage exposée à la mise en cause de sa responsabilité – à raison de l'exercice de ses fonctions dirigeantes – dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire de sa filiale⁹⁷⁴.

638. Pour un rapprochement des régimes de responsabilité de la société mère dirigeante.

Cette situation est critiquable dans la mesure où elle aboutit à une différence de traitement non justifiée selon que la société (dirigée par la société mère) est *in bonis* ou en procédure de liquidation. En effet, en l'état actuel, la société mère dirigeante est finalement mieux traitée vis-à-vis des tiers lorsque la société dont elle dirige est en bonne santé financière⁹⁷⁵ que lorsqu'elle est en procédure de liquidation. Si l'on se place du côté du créancier, est-il légitime que ce dernier attende que la société mère dirigeante tombe en procédure de liquidation pour espérer être désintéressé ? Compte tenu de cette situation incohérente et du statut particulier de la société mère contrôlée, il serait souhaitable à notre avis d'abandonner purement et simplement, dans un contexte de groupe de sociétés, le régime très restrictif de la responsabilité du dirigeant pour faute détachable, régime qui ne serait donc plus applicable à la société mère dirigeante de droit ou de fait⁹⁷⁶. Ce dispositif, qui ne conduit en pratique que très rarement à condamner la société mère dirigeante, pourrait être remplacé par un autre

holding, qui peut être mise à la charge de son dirigeant, s'apprécie au regard de son actif et de son passif propre, sans référence aux comptes consolidés du groupe (Cass. Com., 18 mai 2016, n° 14-16.895 : JurisData n° 2016-2016-011556 ; Dr. sociétés 2016, comm. 151, note LEGROS J.-P.; Rev. sociétés 2016, p. 621, note MORELLI N.)

⁹⁷⁴ A noter par ailleurs que l'article L512-17 du Code de l'environnement, s'inspirant de la faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif prévue à l'article L651-2 du Code de commerce, prévoit que « *lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'Etat dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de réhabilitation du ou des sites en fin d'activité* ». Il convient toutefois de relever que, contrairement au régime de l'article L651-2 du Code de commerce qui vise la « faute de gestion », le texte de l'article L512-17 du Code de l'environnement exige la preuve d'une « faute caractérisée », notion imprécise mais qui exigerait une certaine gravité si l'on s'en tient à la volonté du législateur de restreindre l'application de ce texte dans un souci de conservation de l'attractivité du droit français. En effet, le projet initial prévoyait de retenir « une faute commise par la société mère », puis la « faute intentionnelle » pour enfin retenir définitivement la « faute caractérisée ». En tout état de cause, le dispositif prévu en matière environnementale apparaît peu dissuasif pour responsabiliser la société mère.

⁹⁷⁵ Dans la mesure où les conditions permettant la mise en cause de sa responsabilité sont difficiles à réunir en pratique.

⁹⁷⁶ Ce régime de responsabilité du dirigeant pour faute détachable des fonctions sociales resterait toutefois applicable dans les autres situations, à savoir dans toutes les autres hypothèses où le dirigeant n'est pas une société mère contrôlante au sens de l'article L233-3 du Code de commerce.

régime plus souple de responsabilité de la société mère dirigeante fondée sur une faute de gestion de cette dernière ayant contribué à la perte de la filiale (finalement proche de la faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif). Outre le rapprochement des régimes assurant une certaine cohérence, cette évolution permettrait dans les faits de dissuader les sociétés mères dirigeantes de certains comportements abusifs entraînant des pertes chez les sociétés qu'elles dirigent, et ce dès lors que leur responsabilité serait plus facilement mise en cause par les tiers.

B. L'engagement de la responsabilité de la société mère en sa qualité d'associée de la filiale

639. La responsabilité de la société mère en sa qualité d'associée de la filiale peut être recherchée sur le terrain de la faute (1). En dehors de la faute, d'autres cas spécifiques permettent d'engager la responsabilité de la société mère (2).

1. La faute

640. Sur le terrain de la faute délictuelle. Le droit commun de la responsabilité civile permet au créancier d'une filiale d'agir en justice contre la société mère sur le fondement de la faute délictuelle visée à l'article 1240 du Code civil. Il ressort en effet de la jurisprudence que les juges se fondent régulièrement sur ce texte pour caractériser la faute de la société mère. A titre d'exemple, si ne constitue pas une faute le fait pour une société mère de ne pas accorder un soutien financier à une filiale en difficulté⁹⁷⁷, et ce, en raison de l'absence de principe de solidarité intragroupe, la faute de la société mère a notamment été retenue en cas de décisions de la société mère ne profitant qu'à cette dernière et aggravant la situation économique - déjà compliquée - de sa filiale⁹⁷⁸. De même, la faute a été retenue dans l'hypothèse d'une transmission par la société mère d'informations erronées à un sous-traitant concernant la situation financière de sa filiale contractante⁹⁷⁹, ou encore dans le cas d'une société mère à l'origine de la rupture brutale, sans motif légitime ni délai de préavis, d'un contrat de distribution conclu par sa filiale⁹⁸⁰. Plus généralement, il apparaît que les juges

⁹⁷⁷ CA Paris, 13 janv. 1998, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 321, note DAIGRE J-J.

⁹⁷⁸ Cass. soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.845 et n°13-15.573, RJDA 2014, n° 841, Rev. sociétés 2014, p. 709, note COURET A. et SCHRAMM M.-P. ; Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881, JCP E 2018, 1434 et 1573, RJDA 2018, n° 839, Rev. Sociétés 2018, p. 604, obs. COURET A., BJS 2018, p. 522 et 658, JCP G 2018, 672, note DEDESSUS-LE-MOUSTIER G.

⁹⁷⁹ Cass. com., 18 mars 2008, n° 07-10.934, BJS 2008, p. 606, note HANNOUN Ch., RJDA 2008, n°805

⁹⁸⁰ CA Angers, 27 sept. 2016, n°15/00008, JCP E 2016, 894

caractérisent une faute dès lors que l'immixtion de la société mère se traduit par un dépassement de pouvoir de cette dernière et une absence d'autonomie financière de la filiale⁹⁸¹. Les Professeurs DONDERO et LE CANNU affirment en ce sens que « l'autonomie juridique ne serait que pure fiction si elle ne s'accompagnait pas d'une autonomie financière. En ce sens, il semble que la jurisprudence s'oriente vers une remise en question de l'autonomie juridique chaque fois que l'autonomie financière n'est plus respectée⁹⁸² ».

641. Sur le terrain de la faute séparable. En outre, un arrêt important en date du 18 février 2014 a transposé le régime de la faute séparable ou détachable des fonctions sociales (applicable aux dirigeants sociaux) aux associés de sociétés⁹⁸³. Ainsi, la responsabilité de la société mère contrôlaire, en sa qualité d'associée de la filiale, peut également être engagée si une faute détachable ou séparable de la qualité d'associé, à savoir une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, est caractérisée⁹⁸⁴.

2. Les cas spécifiques de l'apparence trompeuse et du coemploi

642. Le cas spécifique de l'apparence trompeuse. La responsabilité de la société mère peut être engagée en droit français sur le fondement de l'apparence conduisant à tromper le cocontractant de sa filiale, ce dernier ayant légitimement pu croire que la société mère prenait part à l'engagement de la filiale⁹⁸⁵. Cette apparence trouve donc sa source dans l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale avec son cocontractant, immixtion qui n'est en soi pas condamnée par la jurisprudence récente mais qui peut entraîner dans l'esprit du créancier de la filiale une certaine confusion sur la personne du débiteur. Dans ce dernier cas, la société mère pourrait être tenue d'assumer les engagements contractuels de sa filiale à titre d'exception au principe de l'effet relatif des contrats. Ce principe selon lequel « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties » est énoncé par le nouvel article 1199 du Code civil

⁹⁸¹ Cass. com., 5 févr. 1991, n° 89-12.232, D. 1992, jur., p.27, note CHARTIER

⁹⁸² DONDERO B., LE CANNU P., *Droit des sociétés*, op.cit., n°1530

⁹⁸³ Cass. com., 18 févr. 2014, n° 12-29.752, arrêt n° 197 : JurisData n° 2014-002810 ; JCP E 2014, 1160, note DONDERO B. ; D. 2014, p. 764, note FAVARIO T. ; Bull. inf. C. cass. 802, 15 mai 2014, n° 882 ; RJDA 2014/7, n° 628, p. 577 ; BJS 2014/6, p. 382, note FAGES B. ; D. 2014, p. 2439, obs. HALLOUIN J.-C. ; Gaz. Pal. 16-17 avr. 2014, n° 106-107, p. 13-14, note BLANC N., *La faute détachable des prérogatives attachées à la qualité d'associé*).

⁹⁸⁴ Voir *supra*, n°637

⁹⁸⁵ Cass. Com. 5 fév. 1991 : RJDA 4/91 n° 303 ; Cass. Ass. Plén. 9 oct. 2006 n°542 : RJDA 1/07 n°50 ; Cass. Com. 12 juin 2012 n°11-16 : RJDA 11/12 n°968

issu de l'ordonnance du 10 février 2016⁹⁸⁶. L'ancien article 1165 du Code civil prévoyait dans le même esprit que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers... » et n'ont donc, en principe, aucun effet à l'égard de la société mère.

643. La théorie de l'apparence peut ainsi venir au secours du créancier d'une filiale contractante en lui permettant d'engager la responsabilité de la société mère afin que cette dernière assume les engagements contractuels de sa filiale. La jurisprudence reconnaît à ce titre la responsabilité de la société mère sur le fondement de la théorie l'apparence lorsque cette dernière laisse croire au créancier de la filiale qu'elle participait étroitement aux activités de la filiale, ladite filiale ne disposant en réalité d'aucune autonomie propre⁹⁸⁷. Il en va de même lorsque la société mère et la filiale disposent d'un même Président, d'une même adresse de siège social, des mêmes coordonnées, d'un même site internet, outre l'importance des flux de trésorerie entre les deux structures et la reprise des activités de la filiale par la société mère⁹⁸⁸. La responsabilité de la société mère est également admise sur le fondement de l'apparence lorsqu'elle laisse croire au créancier de la filiale qu'elle se substituerai à cette dernière au stade de l'exécution du contrat notamment pour le paiement de la dette⁹⁸⁹ ou encore lorsqu'elle agit de manière à donner une apparence d'unité des sociétés du groupe conduisant à tromper le créancier de la filiale, celui-ci ne pouvant s'apercevoir qu'il était en contact avec deux sociétés distinctes⁹⁹⁰. Dans tous les cas, le créancier de la filiale doit être en mesure de justifier l'apparence de confusion entre la société mère et la filiale juridiquement cocontractante⁹⁹¹ sans besoin d'apporter la preuve d'une faute délictuelle de la société mère.

⁹⁸⁶ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

⁹⁸⁷ Cass. Com. 5 fév. 1991, n°89-12.232 : RJDA 4/91 n°303

⁹⁸⁸ Cass. Com. 26 fév. 2008, n°06-20.310 : RJDA 7/08 n°803

⁹⁸⁹ Cass. Com. 3 fév. 2015, n°13-24.895 : RJDA 5/97 n°653

⁹⁹⁰ Cass. 1ère civ., 13 déc. 1967, n° 64-10.573, n°65-11.636 et n°66-11.665 ; Cass. com., 15 nov. 1977, n° 76-12.232 ; Cass. com., 5 fév. 1991, n° 89-12.232, BRDA 1991, n° 9, p. 8, BJS 1991, p. 391; Cass. com., 17 oct. 1995, n° 93-16.354, BRDA 1995, n° 21, p. 7 ; Cass. com., 4 mars 1997, n° 95-10.624

⁹⁹¹ Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-20.587, Bull. civ. IV, n° 182 ; Cass. com., 18 juin 1991, n° 89-17.269, BRDA 1991, no 18, p. 13 ; T. com. Bobigny, 20 nov. 1990, Dr. sociétés 1991, no 239 ; CA Amiens, 12 mars 1996, Caja Laboral Popular. c/SARL Masy, Dr. sociétés 1996, no 198, obs. BONNEAU ; Cass. com., 20 janv. 1998, n°94-21.811, Bull. Joly Sociétés 1998 p. 474, note DOM.

À noter à ce titre que la théorie de l'apparence a été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016⁹⁹² en insérant un nouvel article 1156 au Code civil.

644. Le cas spécifique du coemploi en matière de droit social. Le coemploi est une construction jurisprudentielle permettant de tenir co-responsable une société (souvent la société mère) dès lors que cette dernière doit être considérée comme le coemployeur du salarié d'une filiale du groupe. Il est considéré pour un auteur comme « une forme d'hérésie (...) au regard du principe d'autonomie juridique des sociétés, s'agissant tant de leur patrimoine que de leur organisation⁹⁹³ ». Les conditions très restrictives à respecter pour caractériser le coemploi doivent toutefois conduire à notre sens à nuancer ces propos. En effet, la jurisprudence considérait initialement que la caractérisation du coemploi nécessitait la démonstration d'une triple confusion. Un arrêt du 2 juillet 2014 précise à ce titre que « hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière⁹⁹⁴ ».

645. Toute la question porte ainsi sur le degré d'immixtion pouvant caractériser une telle confusion d'intérêts, d'activités et de direction. Si cet arrêt pouvait initialement laisser penser que de nombreux groupes pouvaient être concernés et que de nombreuses sociétés mères pouvaient être ainsi être considérées comme employeurs en raison du flou entourant la triple confusion d'intérêts, d'activités et de direction, la jurisprudence ultérieure a opté pour une appréciation très restrictive de cette triple confusion⁹⁹⁵. Ainsi, la centralisation du pouvoir au niveau de la société à travers notamment les conventions d'animation ou de management⁹⁹⁶, les conventions de la trésorerie⁹⁹⁷ ou encore l'exercice par un salarié de la société mère des

⁹⁹² Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

⁹⁹³ SCHLUMBERGER E., *Le coemploi vu du droit des sociétés*, BJT 12/21, p.23

⁹⁹⁴ Cass. Soc. 2 juillet 2014, n°13-15.208 P : JCP S 2014, 1311, note LOISEAU G. : Sem. Soc. Lamy 2014, n°1645, note AUZERO G.

⁹⁹⁵ Pour des illustrations relativement récentes, voir notamment : Cass. Soc. 9 oct. 2019, n°17-28.150 P. ; Cass. Soc. 14 déc. 2017, n°16-21.316 D.

⁹⁹⁶ Voir *supra*, n°199 et suiv.

⁹⁹⁷ Voir *supra*, n°286 et suiv.

fonctions de direction au sein d'une filiale⁹⁹⁸ ne peuvent en soi caractériser une situation de coemploi. Ce faisant, la notion de coemploi s'inscrit dans la conception retenue par la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui relève que « la notion de groupe de sociétés implique par elle-même et nécessairement des relations croisées entre ses membres, un contrôle d'ensemble, une unité de décision et une stratégie commune impulsée par la société mère⁹⁹⁹ ».

646. Plus récemment en ce sens, plusieurs arrêts rendus le 25 novembre 2020 ont fait évoluer les critères du coemploi¹⁰⁰⁰. Le critère de la triple confusion n'est plus expressément mentionné et semble abandonné. Ce qui importe désormais, c'est le degré d'immixtion de la société mère dans la gestion économique et sociale de sa filiale, cette immixtion devant être « permanente » et entraîner une « perte totale d'autonomie d'action » de la filiale. En réalité, comme en matière de droit des sociétés, il est question à travers le coemploi de responsabiliser la société mère dans des situations véritablement pathologiques conduisant à l'absence totale d'autonomie de la filiale. Le droit social s'aligne finalement sur le droit des sociétés en reconnaissant et légitimant l'immixtion de la société mère dans la gestion de ses filiales dès lors que cette immixtion n'est pas permanente et qu'il est possible de relever une certaine autonomie de la filiale.

[§2. L'insuffisance des fondements responsabilisant la société mère du fait de sa filiale en procédure collective](#)

647. Si les fondements traditionnels prévus par le droit des entreprises en difficulté nous paraissent insuffisants (A), la prise en compte progressive de l'unité économique du groupe en la matière constitue une première avancée mais reste également pour l'heure insatisfaisante dès lors qu'elle n'est pas suivie d'une accentuation de la responsabilité de la société mère (B).

⁹⁹⁸ Voir *supra*, n°219 et suiv.

⁹⁹⁹ Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-28.367, BJS 2014, p. 103

¹⁰⁰⁰ Cass. Soc. 25 nov. 2020, n°18-13.769 P ; n°18.13.770 D ; n°18-13.771 D ; Dr. Soc. 2021. 365, note BAUGARD D. : Sem. Lamy 2021, n°1936, note AUZERO G. ; Cass. Soc. 14 avr. 2021, n°19-18.738 à 19-18.750

A. L'insuffisance des fondements traditionnels prévus par le droit des entreprises en difficulté

648. En principe, lorsqu'une société membre d'un groupe fait l'objet d'une procédure collective (procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation), cette procédure ne vise que la société en question et ne peut toucher les autres sociétés du groupe *in bonis*. Dans la même logique et en raison du principe d'autonomie juridique des personnes morales composant le groupe, si plusieurs sociétés membres font face à des difficultés, elles seront par principe traitées de manière distincte : une procédure unique pour l'ensemble des sociétés du groupe en difficulté n'est en principe pas envisageable en droit positif. Cependant, par exception, deux fondements prévus par l'article L621-2 du Code de commerce¹⁰⁰¹ permettent l'extension d'une procédure collective à la société mère, à savoir la fictivité (1) et la confusion de patrimoines (2) où il est question en réalité d'un abus de la personnalité morale reconnue aux sociétés concernées, soit « en mélangeant leurs biens, soit en ne constituant qu'une apparence de sociétés¹⁰⁰² ». L'extension de procédure entraîne alors une procédure unique, basée sur un patrimoine commun reconstitué¹⁰⁰³, et aboutit donc à une solution unique pour l'ensemble des sociétés concernées¹⁰⁰⁴.

1. *La fictivité*

649. Une entreprise unique dissimulée. Une société fictive peut être constituée au sein d'un groupe de sociétés dans une volonté de cacher les agissements de la société mère. La jurisprudence fait également référence à la notion de société « façade » dès lors que la société en question est créée dans l'objectif de dissimuler le véritable maître de l'affaire qui est souvent la société mère mais qui peut également être une autre société du groupe, et

¹⁰⁰¹ Article issu de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. A noter toutefois que la jurisprudence reconnaissait déjà, préalablement à l'entrée en vigueur de ladite loi, les notions de fictivité et de confusion de patrimoine.

¹⁰⁰² HOUIN-BRESSAND C., MONSERIE-BON M.-H., SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Coll. Précis Domat, Sous-coll. Privé, 13^{ème} éd., 2022, n°437

¹⁰⁰³ La reconstitution du patrimoine commun signifie qu'il n'existera, aux yeux des juges et tout au long de la procédure unique, qu'un seul actif et un seul passif formant donc un patrimoine commun aux sociétés concernées par l'extension de la procédure. L'extension de la procédure avec reconstitution de ce patrimoine commun n'est toutefois pas accompagnée d'une disparation de la personnalité morale des sociétés concernées dont les patrimoines sont confondus. De même, il n'y a pas consécration d'une nouvelle personne morale pour l'ensemble des sociétés concernées.

¹⁰⁰⁴ En cas d'extension de procédure, une seule solution doit être retenue par la juridiction saisie de la procédure « sous patrimoine commun ». Cette solution sera donc applicable à l'ensemble des sociétés dont les patrimoines sont considérés comme confondus.

notamment une société sœur¹⁰⁰⁵. Dans la plupart des cas, la constitution d'une filiale purement artificielle, caractérisée par l'absence d'éléments essentiels du contrat de société (absence d'*affectio societatis* en particulier), pourrait conduire le juge à rechercher la responsabilité de la société mère afin que cette dernière exécute les engagements de la filiale considérée dès lors comme fictive. La notion de fictivité permet ainsi au juge de faire émerger l'entreprise unique dissimulée à travers l'existence purement formelle de deux sociétés distinctes, l'une d'entre elles étant en réalité purement fictive.

650. Caractérisation de la fictivité d'une société. Afin de solliciter l'extension de la procédure à la société mère, il importe d'apporter la preuve de l'absence d'activité propre, ou d'autonomie décisionnelle, commerciale ou financière, ou encore de patrimoine propre de la filiale. A titre d'exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé qu'une société dépourvue d'autonomie décisionnelle doit être considérée comme fictive¹⁰⁰⁶. Cependant, la fictivité n'est pas caractérisée lorsque deux sociétés ont des dirigeants en commun, le même siège social et le même sigle¹⁰⁰⁷. De manière plus générale, des auteurs estiment qu'il y a fictivité lorsque « la société est une façade, un prête-nom, une apparence de société. Elle n'a pas d'existence propre parce qu'elle est au service d'une autre personne. La fictivité est l'utilisation de la personnalité morale juridique dans l'intérêt d'une autre société¹⁰⁰⁸ ». La fictivité consiste en ce sens en « une négation¹⁰⁰⁹ » de la personnalité morale et n'est que très rarement soulevée en pratique contrairement à la notion de confusion de patrimoines qui semble plus simple à caractériser.

2. La confusion de patrimoines

651. Une confusion de comptes ou des relations financières anormales. Contrairement à la notion de fictivité qui ne vise que les personnes morales, la notion de confusion de patrimoines peut concerner aussi bien les personnes morales que les personnes physiques. La confusion de patrimoines peut tout d'abord être établie en cas de confusion de comptes, à savoir lorsqu'il y a imbrication des éléments d'actif et de passif du patrimoine de chacune des

¹⁰⁰⁵ CA Paris, 3ème ch. A, 16 nov. 1993 : JurisData n° 1993-024339 ; RJDA 1994/4, n° 703, p. 558

¹⁰⁰⁶ Cass. com., 15 oct. 2013, n° 12-24.389, arrêt n° 965, F-D : JurisData n° 2013-022884 ; Dr. sociétés 2014, comm. 131, note LEGROS J.-P.

¹⁰⁰⁷ Cass. com., 27 oct. 1998, n° 96-13.277 : JurisData n° 1998-004069 ; Bull. civ. IV, n° 265

¹⁰⁰⁸ HOUIN-BRESSAND C., MONSERIE-BON M.-H., SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°439

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

sociétés concernées de sorte que les patrimoines respectifs ne peuvent être distingués¹⁰¹⁰. Elle peut également résulter de « flux financiers anormaux » ou de « relations financières anormales¹⁰¹¹ » entre plusieurs sociétés, en particulier entre la société mère et une ou plusieurs de ses filiales. En tout état de cause et comme en matière de fictivité, le fait que deux sociétés disposent des mêmes dirigeants, la même adresse de siège social ou encore des mêmes sigles ne peut suffire à caractériser une confusion de patrimoines¹⁰¹². L'anormalité se caractérise notamment par des mouvements financiers incompatibles ou des obligations contractuelles réciproques anormales. Plus précisément, afin de caractériser l'anormalité des relations financières, la jurisprudence semble exiger un déséquilibre significatif et volontaire faisant apparaître une absence de contrepartie pour l'une des sociétés.

652. Appréciation de l'anormalité dans le cadre d'un groupe de sociétés. Si la notion d'anormalité fait l'objet d'un débat doctrinal¹⁰¹³, il ressort de l'analyse de la jurisprudence en la matière que l'anormalité réside essentiellement dans l'absence systématique de contrepartie ou l'absence d'obligations liant les sociétés concernées et justifiant les flux financiers. Dans le cadre d'un groupe de sociétés, les juges ont estimé dans la célèbre affaire « Metaleurop » que la mise en place d'une convention de trésorerie, des échanges de personnel et des avances de fonds révèlent des relations financières normales dans un groupe à défaut d'indices supplémentaires justifiant l'anormalité¹⁰¹⁴. La jurisprudence considère ainsi qu'il convient de prouver en quoi lesdites relations financières seraient anormales dans un groupe de sociétés. De même, il n'y a aucune anormalité en cas d'avances en compte courant entre filiales dans le cadre d'une convention de trésorerie dès lors que la contrepartie réside dans la facturation d'intérêts¹⁰¹⁵. La jurisprudence considère toutefois qu'il y a confusion de patrimoines en raison de relations financières anormales lorsqu'une SCI réduit puis renonce à percevoir des loyers qui constituent sa principale ressource, et ce afin de retarder l'état de

¹⁰¹⁰ Cass. Com., 24 oct. 1995, n°93-11.322

¹⁰¹¹ Les dernières décisions semblent davantage viser les « relations financières anormales » ou simplement « les relations anormales » entre sociétés membres d'un groupe, permettant ainsi de caractériser une confusion de patrimoines y compris en l'absence de flux financiers, par exemple lorsqu'une société membre d'un groupe (une SCI par exemple) renonce à percevoir des loyers en contrepartie d'une mise en location.

¹⁰¹² PAGNUCCO J.-Ch., *Le couple SCI/société d'exploitation*, Rev. proc. Coll. 2013, dossier 14, n° 12

¹⁰¹³ GRELON B. et DESSUS-LARRIVE C., *La confusion de patrimoine au sein d'un groupe*, Revue des Sociétés, p. 281-303, 10 juillet 2006

¹⁰¹⁴ Cass. Com., 19 avril 2005, n°05-10.094, arrêt dit « Metaleurop »

¹⁰¹⁵ CA Versailles, 6 fév. 2003, n°02-3584 : RJDA 3/04 n°335

cessation des paiements d'une autre société¹⁰¹⁶, ou encore lorsque les comptes sociaux de deux sociétés sont tellement imbriqués que le dirigeant est dans l'incapacité d'imputer les paiements effectués par l'une ou l'autre, d'autant plus que l'une des sociétés réalise des avances de trésorerie sans contrepartie¹⁰¹⁷.

653. De manière générale, il est possible d'affirmer que le fait de formaliser les relations financières entre une filiale et sa mère – en recontextualisant le cadre des opérations et en prévoyant une contrepartie pour chaque société – et de les comptabiliser de manière régulière réduit considérablement les risques d'extension d'une procédure collective à la société mère pour confusion de patrimoines. En effet, un degré d'intégration poussé au sein d'un groupe ne signifie nullement l'existence d'une confusion de patrimoine ainsi que le sous-entend l'arrêt « Metaleurop¹⁰¹⁸ ».

654. Il ressort ainsi de la jurisprudence que le fondement de la confusion de patrimoines permet d'étendre une procédure collective à la société mère dans des hypothèses rares caractérisées par une gestion totalement désordonnée d'une entreprise organisée sous forme de groupe de sociétés. A l'exception de ces cas pathologiques, il apparaît ainsi difficile de responsabiliser une société mère sur le fondement de la confusion de patrimoines « d'autant plus que la mesure de cette confusion est difficile à cerner et la jurisprudence a souvent manqué de clarté, notamment, en matière de groupe de sociétés¹⁰¹⁹ ». En somme, la fictivité et la confusion de patrimoines, seuls fondements en droit positif permettant de responsabiliser la société mère par l'extension d'une procédure collective ouverte à l'encontre d'une de ses filiales, n'apportent pas de solutions satisfaisantes à notre sens visant à dissuader certains comportements allant à l'encontre des intérêts des filiales, et donc des différentes parties prenantes de ces dernières, et notamment des créanciers. La fictivité et la confusion de patrimoine visent en réalité uniquement à sanctionner des situations extrêmes et pathologiques. Le principe d'autonomie des personnes morales prédomine en ce sens le droit

¹⁰¹⁶ Cass. Com., 5 mars 2002, n°99-13.302

¹⁰¹⁷ Cass. Com., 3 avril 2001, n°719 : RJDA 8-9/01 n°874

¹⁰¹⁸ Cass. Com., 19 avril 2005, n°05-10.094. A noter toutefois que la confusion de patrimoine ne peut être déduite du seul défaut de paiement des loyers (Cass. Com., 19 fév. 2013 n°12-11.546 : RJDA 5/13 n°434)

¹⁰¹⁹ HOUIN-BRESSAND C., MONSERIE-BON M.-H., SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°437

des entreprises en difficulté¹⁰²⁰. Une prise en considération progressive de l'unité économique des groupes de sociétés pourrait toutefois, à terme, aller dans le sens d'un élargissement des fondements responsabilisant la société mère, ce qui n'est pas le cas en l'état du droit actuel.

B. Une prise en compte progressive de l'unité économique du groupe non suivie d'une accentuation de la responsabilité de la société mère en droit positif

655. L'évolution récente du droit des entreprises en difficulté permet de constater une certaine avancée qui vise à davantage prendre en considération l'unité économique des groupes de sociétés dans un souci d'efficacité et de cohérence. Cette évolution législative (1) et jurisprudentielle (2) n'est toutefois pas suivie à ce jour d'une accentuation de la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale en procédure collective.

1. Une prise en considération légale par une approche globale de la procédure

656. Une appréciation des conditions d'ouverture d'une procédure collective sans prise en compte du contexte de groupe. Rappelons tout d'abord que les conditions d'ouverture d'une procédure collective d'une société – qu'il s'agisse d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire – doivent s'apprécier sans tenir compte de la situation des autres sociétés du groupe. La Cour de cassation indique en ce sens que « la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient¹⁰²¹ ». En effet, une procédure collective peut tout à fait être ouverte à l'encontre d'une société alors que d'autres sociétés du même groupe sont en bonne santé financière et seraient en mesure de désintéresser les créanciers de la première société en procédure collective. Aucune solidarité intragroupe ne pèse sur les sociétés membres. Néanmoins, l'existence d'un groupe de sociétés semble davantage être pris en compte par le législateur ces dernières années sur d'autres aspects.

¹⁰²⁰ Voir notamment en ce sens : BORGA N., *Autonomie de la personne morale et traitement des difficultés des sociétés*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Coll. Thèmes et commentaires, Sous-coll. Actes, Ed. Dalloz, 2023, p.25 et suiv., spéc. n°11 p.28

¹⁰²¹ Cass. Com. 26 juin 2007, n°06-20.820, RDC oct. 2007, 1224, obs. LUCAS F.-X.

657. Une centralisation des procédures dans un contexte de groupe de sociétés. En particulier, la loi dite « Macron » du 6 août 2015¹⁰²² a introduit en droit français un dispositif procédural visant directement les groupes de sociétés et applicable depuis le 1^{er} mars 2016. Ce dispositif consiste à regrouper l'ensemble des procédures sous une même juridiction lorsqu'un tribunal est saisi de l'ouverture d'une procédure collective d'une société membre d'un groupe. Plus précisément et hors compétence du Tribunal de Commerce Spécialisé (TCS) institué par la loi Macron du 6 août 2015 pour les entreprises d'une certaine taille¹⁰²³, le tribunal qui est saisi de l'ouverture de la première procédure sera compétent pour l'ensemble des autres procédures (ouvertes postérieurement) visant les autres sociétés groupées. Le premier alinéa de l'article L662-8 du Code de commerce prévoit à cet égard que « le tribunal est compétent pour connaître de toute procédure concernant une société qui détient ou contrôle, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, une société pour laquelle une procédure est en cours devant lui. Il est également compétent pour connaître de toute procédure concernant une société qui est détenue ou contrôlée, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, par une société pour laquelle une procédure est en cours devant lui ». Par renvoi à l'article L233-3 du Code de commerce relatif à la notion de contrôle, le législateur prend ainsi en considération le groupe de sociétés afin de centraliser les procédures dès lors que plusieurs sociétés membres d'un même groupe font l'objet d'une procédure collective.

658. La désignation d'organes communs aux sociétés membres d'un même groupe. Dans le même sens, l'article L662-8 du Code de commerce prévoit en son deuxième alinéa que le tribunal « peut désigner un administrateur judiciaire et un mandataire judiciaire communs à l'ensemble des procédures ». Il est question à travers ce nouveau dispositif de désigner un

¹⁰²² Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 233

¹⁰²³ Le TCS est compétent lorsque les seuils prévus à l'article L721-8 du Code de commerce sont atteints. Cet article prévoit notamment à cet égard que « des tribunaux de commerce spécialement désignés connaissent, lorsque le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale : 1° Des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire (...) lorsque le débiteur est : a) Une entreprise dont le nombre de salariés est égal ou supérieur à 250 et dont le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 20 millions d'euros ; b) Une entreprise dont le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 40 millions d'euros ; c) Une société qui détient ou contrôle une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que le nombre de salariés de l'ensemble des sociétés concernées est égal ou supérieur à 250 et que le montant net du chiffre d'affaires de l'ensemble de ces sociétés est d'au moins 20 millions d'euros ; d) Une société qui détient ou contrôle une autre société, au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3, dès lors que le montant net du chiffre d'affaires de l'ensemble de ces sociétés est d'au moins 40 millions d'euros ...»

deuxième organe, cette désignation pouvant même dans certains cas être obligatoire¹⁰²⁴. Depuis 2015, le groupe de sociétés est donc davantage pris en compte par le législateur dans un souci d'efficacité et de cohérence générale des procédures collectives ouvertes à l'encontre des sociétés groupées. Toutefois, ces nouveaux dispositifs n'aboutissent pas à une unification patrimoniale du groupe.

659. Une centralisation des procédures n'aboutissant pas à une unification patrimoniale du groupe. Cette centralisation des procédures sous une même juridiction n'emporte pas la création d'une procédure unique et n'aboutit pas *in fine* à une solution unique qui serait applicable à l'ensemble des sociétés du groupe. Contrairement au cas de fictivité et de confusion de patrimoines¹⁰²⁵, il n'est pas question ici de reconstituer un patrimoine commun et d'étendre une procédure à une autre société pour en faire une procédure unique. Au contraire, chaque société conserve ici son autonomie patrimoniale et fait l'objet d'une procédure distincte mais une seule juridiction sera compétente pour toutes les sociétés du groupe en procédure collective. Il est donc simplement question de rattacher l'ensemble des procédures afférentes aux sociétés du groupe en procédure collective à une même juridiction. Finalement, ainsi que le relève un auteur « on constate que la concentration des compétences ne conduira pas à une unification patrimoniale du groupe. Au contraire, c'est tout l'intérêt de la technique choisie : maintenir l'autonomie patrimoniale de chacune des sociétés faillies tout en harmonisant les solutions¹⁰²⁶ ». En effet, l'objectif des dispositifs envisagés ci-avant est simplement de faciliter un « traitement unitaire des différentes procédures¹⁰²⁷ » pour le cas particulier des groupes de sociétés, ce qui constitue malgré tout à notre sens une avancée législative – certes encore insuffisante pour responsabiliser pleinement les groupes – d'autant plus que la jurisprudence récente qui semble aller dans le même sens.

¹⁰²⁴ L'article L621-4-1 du Code de commerce impose à cet égard la désignation d'un administrateur judiciaire ou d'un mandataire judiciaire dans de nombreuses hypothèses.

¹⁰²⁵ Voir *supra* n°648 et suiv.

¹⁰²⁶ VALLANSAN J., *L'articulation des procédures en droit interne*, in « Groupe de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées », LexisNexis, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise (F.N.D.E.), T. 34, 2018, p.80

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 84

2. *Une prise en considération jurisprudentielle invitant à une appréciation globale dans un souci pratique de cohérence*

660. Une approche globale dans un souci de cohérence. Si le droit des entreprises en difficulté peine à prendre en considération la réalité économique des groupes de sociétés sous réserve des hypothèses de fictivité et de confusion de patrimoines et des rares exceptions légales évoquées ci-avant, un certain infléchissement de la jurisprudence est constaté qui tend à surpasser le principe de l'autonomie juridique des sociétés groupées dans certains cas. Un arrêt rendu le 19 décembre 2018 par la chambre commerciale de la Cour de cassation s'inscrit dans ce mouvement. Dans cet arrêt, les juges ont en effet considéré que « si le principe de l'autonomie de la personne morale impose d'apprécier séparément les conditions d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de chacune des sociétés d'un groupe, rien n'interdit au tribunal, lors de l'examen de la solution proposée pour chacune d'elles, de tenir compte, par une approche globale, de la cohérence du projet au regard des solutions envisagées pour les autres sociétés du groupe¹⁰²⁸ ». Dans ce contexte, l'arrêt du 19 décembre 2018 évoque la possibilité d'apprécier la situation globale du groupe afin de proposer des solutions réalistes et cohérentes à l'échelle du groupe de sociétés.

661. En l'espèce, un tribunal de commerce avait ouvert plusieurs procédures de redressement judiciaire pour des sociétés appartenant à un même groupe comprenant une société mère et plusieurs filiales sous forme de SCI. Le tribunal en question a établi un plan de redressement pour la société mère mais a parallèlement prononcé la liquidation judiciaire d'une des SCI du groupe. Ladite SCI a alors contesté cette différence de traitement et interjeté appel avant de se pourvoir en cassation. Elle considérait que l'appréciation des chances de redressement des sociétés appartenant à un même groupe – et faisant l'objet de procédures simultanées de redressement judiciaire – doit se faire non seulement au regard de la capacité et la situation de chacune des sociétés prises individuellement mais également des chances de redressement du groupe dans son ensemble. Plus concrètement, la filiale SCI soulève le fait que les juges du fond n'ont pas apprécié globalement la situation et que sa liquidation

¹⁰²⁸ Cass. com., 19 déc. 2018, n° 17-27.947 : JurisData n° 2018-023706 ; Act. proc. coll. 2019, comm. 37, obs. PAGNUCCO J.-Ch.; JCP E 2019, 1206, n° 8, obs. PETEL P. ; JCP E 2019, 1131, obs. CERATI-GAUTHIER A.; Dr. sociétés 2019-3, comm. 55, obs. LEGROS J.-P.; Gaz. Pal. 16 avr. 2019, p. 68, obs. GIORGINI G. C. ; BJE mars 2019, p. 27, obs. SAINTOURENS B. ; 2019 BJE mars 2019, p. 23, obs. HENRY L.-C.; LEDEN 2019-2, p. 2, obs. PELLETIER N. ; BJS 2019-2, p. 38, obs. MOUIAL-BASSILANA E. ; Gaz. Pal. 29 janv. 2019, n° 4, p. 23, obs. FARHI S. ; Rev. sociétés 2019, p.222, obs. HENRY L.-C. ; Dalloz actualité 23 janvier 2019, obs. DELPECH X.

pouvait nuire à la santé de l'ensemble du groupe. En substance, la Cour de cassation estime en ce sens qu'il convient d'« harmoniser les solutions adoptées pour les membres du groupe tout en préservant l'indépendance de leur personnalité juridique lors de l'ouverture de la procédure collective¹⁰²⁹ ».

662. Une avancée timide n'accentuant pas la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale en procédure collective. Néanmoins, si cet arrêt retient une approche globale du groupe afin d'apporter des solutions cohérentes aux différentes sociétés groupées faisant l'objet d'une procédure collective, il n'est pas question d'étendre les fondements permettant d'accentuer la responsabilité de la société mère. L'apport de cet arrêt consiste seulement à appréhender le groupe économique dans son ensemble afin d'apporter des solutions satisfaisantes sur le plan juridique, ce qui va dans le bon sens mais reste toujours insatisfaisant à ce stade. A travers cet arrêt, si la Cour reste sur une position traditionnelle s'agissant des conditions d'ouverture d'une procédure collective qui doivent être appréciées au niveau de la seule société prise isolément (et non du groupe)¹⁰³⁰, elle incite toutefois à tenir compte des autres sociétés du groupe afin d'apporter une solution appropriée et dans un souci de cohérence. La formulation retenue par la Cour ne permet toutefois pas d'en déduire un caractère impératif. Aucune obligation n'est imposée aux juges du fond. En effet, si la Cour retient que « rien n'interdit au tribunal (...) de tenir compte, par une approche globale, de la cohérence du projet au regard des solutions envisagées pour les autres sociétés du groupe », elle ne l'exige pas. Il est question *a priori* d'une simple faculté pour le tribunal. Il s'agit alors à notre sens d'une légère avancée autorisant une légère entorse au dogme de l'autonomie juridique des sociétés groupées qui continue de dominer le droit relatif aux groupes de sociétés.

663. En somme, ainsi que le reconnaît un auteur, « il en résulte un droit difficilement lisible pour les groupes de sociétés désireux d'adopter une organisation prudente, sans pour autant que la situation des créanciers ne s'en trouve nettement améliorée. La responsabilité ne

¹⁰²⁹ FARHI S., *Réalité juridique versus réalité économique : le groupe en procédure collective*, Gaz. Pal. 29 janv. 2019, n° 340v9, p. 23

¹⁰³⁰ Ainsi, une filiale peut faire l'objet d'une procédure de sauvegarde bien que les autres sociétés du groupe sont en mesure d'apporter un soutien financier à la première : voir en ce sens Cass. Com. 26 juin 2007, n°06-17.821

remplit alors ni sa fonction préventive, ni sa fonction indemnitaire¹⁰³¹ ». Prenant acte du « mensonge » de l'indépendance de la filiale dans un contexte de groupe de sociétés, le droit turc propose, à la différence du droit français, des dispositifs spécialement conçus pour les groupes qui apparaissent au contraire plus lisibles et accentuant la responsabilité de la société dominante qu'est la société mère.

Section 2. Des dispositifs spécifiques accentuant la responsabilité de la société mère en droit turc

664. De la même manière que les minoritaires d'une filiale, le droit turc permet également aux créanciers de la filiale d'agir, sous certaines conditions, directement contre la société mère lorsque cette dernière a causé une perte chez ladite filiale¹⁰³². En revanche, deux dispositifs particuliers renforçant la responsabilité de la société mère bénéficient seulement aux créanciers de la filiale : le premier dispositif vise à renforcer la protection des créanciers d'une filiale dont les titres et les droits de vote sont détenus intégralement, directement ou indirectement, par une société mère (§1), le second, plus général et plus original, instaure une responsabilité de la société mère « fondée sur la confiance » (§ 2).

§1. Une protection spécifique des créanciers de la filiale détenue à 100 % par sa société mère

665. Lorsque les titres et les droits de vote d'une filiale sont détenus directement ou indirectement par une société mère, il n'existe pas de minoritaires extérieurs au groupe qui justifieraient une protection spécifique de ces derniers. Un encadrement spécial est néanmoins prévu en vue de protéger les créanciers de la filiale. Afin d'assurer cette protection, les créanciers d'une filiale détenue intégralement par sa société mère peuvent intenter, sous certaines conditions, une action directement contre cette dernière (A). La loi prévoit toutefois des possibilités d'exonération de la société mère (B).

¹⁰³¹ COUPET C., *L'adjonction d'un patrimoine complémentaire par un mécanisme de responsabilité : la responsabilité des sociétés mères du groupe*, in « Groupe de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées », LexisNexis, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise (F.N.D.E.), T. 34, 2018, p.67

¹⁰³² Voir à ce titre nos développements *supra*, n°502 et suiv.

A. De l'irresponsabilité des dirigeants de la filiale à la responsabilisation de la société mère en cas de détention de l'intégralité des titres et des droits de vote de la filiale

666. Les hypothèses de détention intégrale des titres et des droits de vote de la filiale conduisent à un principe d'irresponsabilité des dirigeants de la filiale en cas de pertes de celle-ci résultant des instructions données par la société mère (1), et inversement, à la responsabilisation de cette dernière du fait desdites instructions (2).

1. Un principe d'irresponsabilité des dirigeants de la filiale en raison des pertes résultant des instructions données par la société mère

667. Un droit exprès reconnu à la société mère de donner des instructions à sa filiale dont les titres et les droits de vote sont détenus directement ou indirectement à 100 %. Rappelons tout d'abord que le Code de commerce turc, en son article 203, accorde à la société mère le droit de donner des instructions à sa filiale dont elle détient l'intégralité des titres et des droits de vote¹⁰³³. Cet article précise expressément que les instructions peuvent être données par la société mère, y compris lorsqu'elles sont susceptibles de causer une perte chez la filiale. Les dirigeants de la filiale doivent en principe suivre ces instructions sous réserve de quelques exceptions posées par l'article 204 du CCT, lesdites exceptions visant en réalité à préserver la continuité de l'activité de la filiale et éviter ainsi la ruine de cette dernière¹⁰³⁴.

668. Un principe d'irresponsabilité des dirigeants de la filiale qui ont suivi les instructions de la société mère. Dans la mesure où ils se trouvent en situation de subordination – de droit – de la société mère, l'article 205 du CCT prévoit que les dirigeants de la filiale sont par principe irresponsables vis-à-vis de la société (filiale) et des actionnaires (en cas de détention indirecte à 100 %) du fait de l'application des instructions données par la société mère¹⁰³⁵. Néanmoins, en l'absence d'indications contraires, il semble à première vue qu'ils restent responsables vis-à-vis des créanciers de la filiale dans les conditions de droit commun, à savoir dans le cadre des dispositions de l'article 553 du CCT. Cet article dispose que si les dirigeants d'une société « violent par leur faute les obligations découlant de la loi et des statuts, ils sont responsables des dommages qu'ils causent à la société, aux actionnaires et aux créanciers de la société ». Il

¹⁰³³ Voir pour plus de détails : *supra*, n°125 et suiv.

¹⁰³⁴ Aux termes de l'article 204 du CCT, la société mère ne peut donner des instructions à sa filiale lorsque cela conduit « à excéder sa capacité de paiement, à mettre en danger son existence ou est susceptible de conduire à la perte d'actifs importants ».

¹⁰³⁵ CCT, art. 205

serait alors question d'une responsabilité pour faute des dirigeants de société, y compris d'une filiale. Cependant, un auteur estime qu'au regard des objectifs poursuivis par le législateur, les dirigeants de la filiale ne devraient pas être tenus responsable, aussi bien vis-à-vis des actionnaires et de la filiale, mais également à l'égard des créanciers dès lors que la perte de la filiale résulte des instructions de la société mère, instructions qu'elle était en droit de donner conformément à l'article 203 du CCT¹⁰³⁶.

669. L'étendue de l'irresponsabilité des dirigeants de filiale en raison d'une perte résultant des instructions de la société mère. L'article 205 du CCT prévoit que les dirigeants de la filiale ne peuvent être tenus responsables en raison de l'apparition d'une perte liée à l'application par ces derniers des instructions données par la société dominante « conformément aux dispositions des articles 203 et 204 du même code ». Compte tenu du renvoi opéré par l'article 205 du CCT à l'article 204 du même code (qui vise les cas où la société mère ne peut donner des instructions à la filiale dans certaines situations), se pose la question de savoir si les dirigeants de la filiale sont toujours irresponsables, y compris lorsqu'ils ont suivi des instructions de la société mère allant au-delà du cadre légal de l'article 203. Autrement dit, les dirigeants de filiale bénéficient-ils d'une irresponsabilité y compris lorsqu'ils ont suivi des instructions que la société mère ne pouvait légalement donner ? Selon une partie de la doctrine turque, la réponse à cette question serait négative¹⁰³⁷. Le renvoi effectué par l'article 205 du CCT à l'article 204 du même code serait, selon cette conception, une erreur de rédaction¹⁰³⁸. En effet, les dirigeants de la filiale n'étant pas tenus de suivre les instructions de la société mère conduisant à la ruine de la filiale conformément à l'article 204 du CCT, ils ne pourraient se prévaloir des dispositions de l'article 205 (consacrant leur irresponsabilité) lorsqu'ils ont suivi – à tort – des instructions de la société mère que cette dernière ne pouvait légalement donner.

670. Selon cette position, la responsabilité des dirigeants de la filiale pourrait donc être engagée s'ils suivent des instructions de la société mère conduisant à la ruine de « leur »

¹⁰³⁶ YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 42, Nisan 2020, s. 370

¹⁰³⁷ KENDİGELEN A., *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, On İki Levha, 2012, s. 188 ; YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 42, Nisan 2020, s. 369-370

¹⁰³⁸ *Ibid.*

société. Toutefois, en réalité, il apparaît peu concevable que les dirigeants de la filiale s'opposent aux instructions de la société mère dès lors que cette dernière détient le pouvoir de les révoquer¹⁰³⁹. Dans les faits, l'hypothèse la plus probable est celle où les dirigeants de la filiale suivent malgré tout les instructions de la société mère que cette dernière ne pouvait pourtant légalement donner. Par conséquent, dans cette hypothèse et selon cette conception, les dirigeants de la filiale pourraient voir leur responsabilité engagée s'ils suivent des instructions « illégales » de la société mère.

671. A notre sens et compte tenu de ce constat, il serait plus juste que les dirigeants de filiales ne soient pas tenus responsables dès lors qu'ils ne font que suivre les instructions de la société mère, y compris lorsqu'ils ont suivi des instructions que la société mère ne pouvait donner (instructions conduisant à la « ruine » de la filiale). En effet, si l'on adopte une approche purement factuelle, la décision contraire aux intérêts de la filiale – prise par les dirigeants de cette dernière sur instruction « illégale » de la société mère – peut s'analyser comme une décision forcée des dirigeants de la filiale en raison du pouvoir de révocation dont dispose la société mère majoritaire.

2. Une responsabilisation de la société mère du fait de ses instructions ayant conduit à la survenance d'une perte chez sa filiale détenue à 100 %

672. Une condition préalable : l'absence de compensation des pertes de la filiale. L'article 206 (1) du CCT précise que la responsabilité de la société mère et de ses dirigeants ne peut être engagée qu'en l'absence de compensation effective au cours de l'exercice social de la réalisation de la perte¹⁰⁴⁰ ou, à défaut, en l'absence d'octroi d'un « droit à réclamation » accordé à la filiale sur les modalités de compensation de la perte en cours d'exercice social¹⁰⁴¹. Rappelons à ce titre que le mécanisme de la compensation a pour objectif de réparer l'intégralité de la perte causée à la filiale en raison des instructions données par la société mère. L'objectif du mécanisme de la compensation est en ce sens d'éliminer complètement la perte et d'amener la filiale à la position dans laquelle elle se serait retrouvée en l'absence de rapport de domination, autrement dit si elle était indépendante. Ce système de compensation

¹⁰³⁹ YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı*, op. cit., s. 370

¹⁰⁴⁰ Compensation à réaliser par la société mère au profit de sa filiale détenue, directement ou indirectement, à 100 %

¹⁰⁴¹ Les modalités de la compensation devant notamment préciser la date et la manière (quand et comment) de compenser la perte de la filiale.

est similaire à celui prévu dans le cadre des situations de domination partielle, à savoir en l'absence de détention par la société mère de l'intégralité des titres de sa filiale¹⁰⁴². Néanmoins, à la différence du mécanisme de compensation prévue dans le cadre des hypothèses de détention partielle, la compensation à effectuer par la société mère au profit de sa filiale détenue à 100 % ne concerne pas l'ensemble des pertes réalisées par ladite filiale du fait de l'orientation de la société mère, mais uniquement les pertes résultant des instructions données dans le cadre de l'article 203 du CCT¹⁰⁴³. Ainsi, si les instructions données par la société mère ne s'inscrivent pas dans le cadre de l'article 203 du CCT, à savoir si elles ne sont pas conformes à la politique effective du groupe, ou si elles dépassent clairement la solvabilité de la filiale, mettent en danger son existence ou lui font perdre ses actifs importants¹⁰⁴⁴, il n'y aura pas lieu – au regard de l'article 206 du CCT – de compenser les pertes subies par la filiale¹⁰⁴⁵.

673. Une responsabilité large liée au pouvoir de donner des instructions. Les créanciers de la filiale peuvent engager la responsabilité de la société mère en raison de la perte survenue dans la filiale détenue à 100 % par la société mère dès lors que ladite perte résulte des instructions de cette dernière. Dans ce cas de figure, il est précisé qu'il importe peu – contrairement à ce qui est prévu dans le cadre du système de compensation – que les instructions données par la société mère s'inscrivent dans le cadre des dispositions de l'article 203 (droit général de donner des instructions) ou de celles de l'article 204 du CCT (situations dans lesquelles il est interdit à la société mère de donner des instructions à sa filiale). Dans tous les cas, les créanciers de la filiale pourront intenter une action en indemnisation contre la société mère ayant donné les instructions à sa filiale détenue à 100 %.

674. Une indemnisation de la filiale ou directement des créanciers ? Encore faut-il néanmoins que le créancier ait subi un préjudice du fait de la perte survenue chez la filiale. Il convient de préciser à cet égard que, contrairement aux règles prévues en matière de

¹⁰⁴² Voir *supra*, n°503 et suiv.

¹⁰⁴³ GEÇGEL E., *Şirketler Topluluğunda Tam Hâkimiyet ve Hâkim Şirketin Sorumluluğu*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 13, Ocak 2016, s.85

¹⁰⁴⁴ Ces trois dernières hypothèses, prévues à l'article 204 du Code de commerce turc, sont des exceptions au droit de la société mère de donner des instructions à sa filiale détenue directement ou indirectement à 100 %

¹⁰⁴⁵ GÜRBÜZ USLUEL, A. E., *Şirketler Topluluğunda Denkleştirme*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, s.302-303

domination partielle où il est question d'indemniser la filiale¹⁰⁴⁶ – et non directement les créanciers ou les minoritaires de la filiale – des pertes qu'elle a subie en raison de « l'orientation » de la société mère¹⁰⁴⁷, ni le texte de l'article 206 du CCT, ni les commentaires explicatifs de la loi n'apportent des précisions sur le fait de savoir s'il est ici question d'indemniser la filiale ou directement les créanciers de la filiale¹⁰⁴⁸. Les auteurs turcs sont divisés sur cette question importante. Le Professeur OKUTAN NILSSON considère que l'article 206 du CCT vise à indemniser directement les créanciers de la filiale en l'absence de compensation effectuée par la société mère¹⁰⁴⁹ tandis que d'autres auteurs estiment au contraire que cette réglementation vise avant tout à indemniser la filiale et donc, seulement de manière indirecte, les créanciers de cette dernière¹⁰⁵⁰. La question n'étant pas tranchée sur la plan doctrinal, une décision jurisprudentielle permettrait de lever le doute en la matière.

675. À notre sens, le souci de protection renforcée des créanciers de la filiale détenue à 100 % par sa société mère, clairement mis en avant par le législateur turc¹⁰⁵¹, devrait l'emporter et conduire à considérer que l'indemnisation doit s'opérer directement au profit des créanciers de la filiale. En effet, bien que la perte soit effectivement subie par la filiale, cette dernière est sous contrôle total (directement ou indirectement à hauteur de 100 %) de sa société mère et il n'existe par définition aucun minoritaire « extérieur » au groupe à protéger qui justifierait en pratique l'indemnisation de la filiale, et donc indirectement des minoritaires extérieurs au groupe. L'indemnisation de la filiale n'a alors de sens et n'est efficace en pratique que si elle permet de désintéresser directement les créanciers.

676. L'incidence de l'état de la filiale sur la possibilité d'action en justice des créanciers contre la société mère. Un autre débat doctrinal consiste à déterminer s'il est nécessaire ou non que la filiale soit en état de « faillite » pour que ses créanciers puissent intenter une action contre la société mère. Si pour certains auteurs, l'action des créanciers contre la société mère n'est pas subordonnée à la « faillite » de la filiale (ils peuvent ainsi intenter une action contre

¹⁰⁴⁶ Voir *supra*, n°518.

¹⁰⁴⁷ CCT, art. 202 (1)

¹⁰⁴⁸ YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı*, op. cit., s. 375

¹⁰⁴⁹ OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, op. cit., p. 434

¹⁰⁵⁰ YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı*, op. cit., s. 376-377 ; ÖZCANLI F.-B., *Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017, s. 379

¹⁰⁵¹ Gerekçe, m. 206

la société mère bien que la filiale soit – toujours – *in bonis*), d'autres estiment au contraire que la faillite de la filiale est nécessaire à l'action des créanciers contre la société mère. Ce débat résulte de l'absence de renvoi exprès de l'article 206 du CCT au point c) de l'article 202 (1) du même code qui précise expressément que les créanciers (ou les minoritaire) peuvent agir « même si la filiale n'est pas en faillite ». Malgré cette absence de précision s'agissant du texte de l'article 206 du CCT, un auteur considère tout de même que la condition de la « faillite » est indifférente en raison de l'esprit de la réglementation¹⁰⁵². Pour un autre auteur, dès lors que la filiale reste en mesure de payer ses dettes et que les créanciers ne subissent de ce fait aucun préjudice direct, la faillite de la filiale devrait être une condition nécessaire à la possibilité pour les créanciers d'intenter une action en justice contre la société mère¹⁰⁵³.

677. Une position intermédiaire peut à notre sens être retenue dans un souci de réalisme économique. En effet, tant que la filiale est en mesure d'honorer ses dettes à l'égard de ses créanciers, la question de l'engagement de la responsabilité de la société mère ne se pose pas. En revanche, si la filiale n'est pas en situation de faillite mais renonce – ou retarde – malgré tout l'exécution de ses engagements vis-à-vis de ses créanciers, ces derniers devraient à notre sens pouvoir engager la responsabilité de la société mère sans conditionner ce recours des créanciers à la faillite de la filiale, ce qui rejoindrait par ailleurs les règles applicables en matière de domination partielle prévues à l'article 202 (1) du CCT.

B. Des possibilités légales d'exonération de la société mère

678. La société mère peut s'exonérer de sa responsabilité en se fondant soit sur le cas général posé par l'article 202 (1) du CCT (1), soit sur le cas spécifique envisagé par l'article 206 (2) du même code (2).

1. Le cas général par renvoi de l'article 206 (1) à l'article 202 (1) du CCT : le devoir de diligence des dirigeants de la filiale

679. Limite générale à la responsabilité de la société mère. L'article 206 (1) du CCT prévoit que « les défendeurs », à savoir la société mère et/ou les dirigeants de cette dernière, peuvent

¹⁰⁵² GÜREL M., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s.142

¹⁰⁵³ GÖKTÜRK K., *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından)*, Adalet, 2022, s. 296

se prévaloir des dispositions du point d) de l'article 202 (1) du CCT. Le point d) de l'article 202 (1) du CCT prévoit qu'« aucune indemnité n'est accordée¹⁰⁵⁴ s'il est prouvé que la transaction à l'origine de la perte¹⁰⁵⁵ aurait pu être effectuée ou évitée par les membres du conseil d'administration d'une société indépendante [placés] dans des circonstances identiques ou similaires, agissant avec la diligence d'un dirigeant honnête et prudent qui observe les intérêts de [ladite] société conformément à la règle de l'honnêteté¹⁰⁵⁶ ». En d'autres termes et ainsi qu'il a été déjà précisé¹⁰⁵⁷, une comparaison doit être opérée avec le comportement hypothétique d'un dirigeant honnête et prudent d'une société indépendante placé dans les mêmes conditions que le dirigeant d'une filiale.

680. Ainsi, si la société mère apporte la preuve que l'opération à l'origine de la perte par la filiale aurait pu être réalisée dans des circonstances identiques ou similaires par un dirigeant d'une société indépendante, agissant avec la diligence d'un gestionnaire prudent qui observe les intérêts de la société conformément à la règle de l'honnêteté, la société mère ne pourra être tenue responsable et ne sera donc pas tenue d'indemniser la filiale ou directement les créanciers de cette dernière.

681. L'appréciation du comportement du dirigeant indépendant et diligent. Pour apprécier le comportement d'un dirigeant d'une société indépendante, la question n'est pas de savoir la manière dont aurait agit ledit dirigeant de manière générale face à une situation de fait mais plutôt de déterminer si ce dirigeant indépendant et diligent aurait eu le même comportement que celui de la filiale en situation de dépendance dans les faits vis-à-vis de la société mère¹⁰⁵⁸. En effet, il apparaît en pratique difficile de déterminer le comportement d'un dirigeant diligent face à une quelconque situation. S'il apparaît qu'il aurait eu le même comportement que le dirigeant de la filiale, ce dernier sera irresponsable. La société mère sera alors considérée comme responsable en raison des instructions données à sa filiale et de la perte subie par cette dernière du fait de l'exécution desdites instructions.

¹⁰⁵⁴ Sous-entendue par la société mère

¹⁰⁵⁵ Sous-entendue subie par la filiale

¹⁰⁵⁶ Comparable à la règle de bonne foi en droit français

¹⁰⁵⁷ Voir *supra*, n°521

¹⁰⁵⁸ YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı*, op. cit., s. 379

2. Un cas spécifique d'exonération prévu à l'article 206 (2) du CCT

682. Un cas spécifique visant les « créances nées d'un crédit ou de causes similaires ».

L'article 206 (2) du CCT prévoit un cas spécifique d'exonération de la responsabilité de la société mère et de ses dirigeants dans certaines situations. Cet article dispose que « les défendeurs¹⁰⁵⁹ peuvent être exonérés de leur responsabilité s'agissant des créances nées d'un crédit ou de causes similaires en prouvant que le demandeur¹⁰⁶⁰ s'est engagé dans la relation donnant lieu à ladite créance tout en sachant que la compensation n'était pas effectuée ou que le droit de réclamation n'était pas octroyé¹⁰⁶¹, ou qu'il aurait dû connaître cette situation en raison de la nature de l'activité ». L'expression « créances nées d'un crédit ou de causes similaires » n'est pas clairement expliquée dans l'exposé des motifs de l'article 206 du CCT¹⁰⁶² et crée de ce fait une incertitude sur le contenu et le champ d'application de cette expression. Un auteur estime à ce titre qu'à défaut de précisions sur cette expression et notamment sur la notion de « crédit » et dès lors que la loi ne vise pas spécifiquement les crédits bancaires, et plus largement les crédits accordés par les établissements de crédit, il convient d'adopter une acception large de cette notion¹⁰⁶³. Par ailleurs, les prêts accordés à la filiale aussi bien par les établissements de crédit que par d'autres organismes ne relevant pas du droit bancaire rentreraient ainsi dans le champ d'application de l'article 206 du CCT¹⁰⁶⁴. Selon un autre auteur, la notion de crédit ne vise par ailleurs pas uniquement les contrats de prêt bancaire mais également les opérations à terme et notamment les contrats de vente à tempérament (achat à crédit)¹⁰⁶⁵.

683. La connaissance du créancier de la filiale de l'absence de compensation de la perte subie par la filiale (ou de l'absence d'octroi d'un droit à réclamation au profit de la filiale).

Conformément aux dispositions de l'article 206 du CCT, la société mère doit apporter la preuve que le créancier de la filiale savait ou aurait dû savoir que la société mère n'allait effectuer – et n'a finalement effectuée – aucune compensation de la perte subie par la filiale

¹⁰⁵⁹ Société mère et éventuellement tout ou partie de ses dirigeants

¹⁰⁶⁰ Créancier de la filiale détenue à 100 % par sa société mère

¹⁰⁶¹ Au profit de la filiale

¹⁰⁶² Gerekçe, m. 206

¹⁰⁶³ GÖKTÜRK K., *Tam Hâkimiyette Denkleştirme Yapılmadığına İlişkin Bilginin Sorumluluğa Etkisi*, Baş ÜHFD Y.2015, C.1, S.1, s. 308

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı*, op. cit., s. 380

ou accorder aucun droit à réclamation au profit de cette dernière. Ainsi, dans la mesure où la société mère peut effectuer une telle compensation (ou accorder un droit à réclamation au profit de la filiale) tout au long de l'exercice social, le créancier de la filiale doit attendre jusqu'à la fin de cet exercice social pour savoir si, *in fine*, la société mère a procédé à une telle compensation ou non. C'est la raison pour laquelle deux conditions préalables sont nécessaires pour que la société mère soit exonérée de sa responsabilité : d'une part, le fait générateur de la perte subie par la filiale (en raison de l'instruction donnée par la société mère) doit nécessairement survenir avant la conclusion du prêt accordé à la filiale et, d'autre part, le créancier de la filiale (par exemple une banque) doit examiner la situation de la filiale concernant les aspects relatifs à la compensation effective ou non de la perte subie par cette dernière. Si le créancier de la filiale avait connaissance (ou était en mesure d'avoir connaissance) que la compensation de la perte de la filiale n'était pas effectuée par la société mère, il ne pourra engager la responsabilité de cette dernière. Ainsi, l'article 206 (2) du CCT vise à empêcher que les créanciers de la filiale (et notamment les établissements de crédit) se fondent exclusivement sur l'existence du mécanisme de compensation pour accorder un prêt à la filiale sans se soucier de la solvabilité de cette dernière indépendamment de la puissance économique de la société mère.

684. Un dispositif lourd et inéquitable pour les créanciers de la filiale. Ainsi que le relève un auteur, à chaque fois qu'un créancier (en particulier un établissement de crédit) souhaite établir une relation juridique avec une filiale dont les titres et les droits de vote sont détenus directement ou indirectement par une société mère, il devrait ainsi vérifier l'existence d'une perte ou non subie par ladite filiale en raison d'instructions données par la société mère, et si telle est le cas, si cette perte a été compensée ou non par la société mère¹⁰⁶⁶. La mise en œuvre pratique d'une telle procédure de vérification apparaît en ce sens très lourde du côté des créanciers de la filiale. Par ailleurs, l'article 206 (2) du CCT ne permet pas seulement à la société mère de s'exonérer de sa responsabilité mais a également pour effet d'éliminer son obligation de compenser la perte subie par la filiale¹⁰⁶⁷. En effet, si, ainsi qu'il ressort de l'article 206 (2) du CCT, la société mère ne remplit pas son obligation de compensation et que les créanciers sont au courant de l'absence de ladite compensation, la responsabilité de la

¹⁰⁶⁶ YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı*, op. cit., s. 380

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

société mère ne peut être engagée par les créanciers de filiale. Sans obligation de compensation et sans recours des créanciers de la filiale contre la société mère, le dispositif prévu à l'article 206 (2) va en ce sens à l'encontre du principe de protection des actifs de la filiale, et indirectement des minoritaires et des créanciers de la filiale au cœur de la réglementation d'ensemble des groupes de sociétés en droit turc. Le dispositif prévu à l'article 206 (2) conduit ainsi à s'interroger sur l'opportunité de conserver un tel dispositif protégeant de manière inéquitable la société mère¹⁰⁶⁸.

§2. L'originalité de la responsabilité de la société mère fondée sur la confiance

685. Face aux insuffisances de la responsabilité civile, la responsabilité fondée de la société mère fondée sur la confiance se présente comme un dispositif original de création prétorienne en droit suisse (A). Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs de l'article 209 du CCT qui consacre ce nouveau cas de responsabilité, le droit turc est le premier système juridique à avoir érigé la responsabilité fondée sur la confiance en texte de loi. Largement inspiré du droit suisse, ses conditions d'application présentent néanmoins quelques particularités (B).

A. Une création prétorienne des juges suisses

686. La responsabilité fondée sur la confiance est issue d'une décision suisse dont l'application suppose le respect de conditions strictes (1). Il s'agit d'une responsabilité autonome distincte de celle résultant de la pratique des lettres d'intention (2).

1. Une jurisprudence fondatrice, des conditions strictes

687. La décision fondatrice « Swissair » de 1994. L'arrêt *Swissair* en date du 15 novembre 1994 a consacré en droit suisse un nouveau cas de responsabilité que le Tribunal fédéral a qualifié de « responsabilité fondée sur la confiance »¹⁰⁶⁹. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a reconnu la responsabilité d'une société mère (*Swissair*) en raison de la confiance créée chez un créancier de la filiale (*Wibru* – demanderesse) suite aux déclarations publicitaires réalisées par ladite filiale (*IGR*). En l'espèce, le Tribunal fédéral souligne en effet que les propos publicitaires de la filiale (*IGR*), qui indiquaient que « partout où se trouve [*IGR*], elle bénéficie

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ ATF 120 II 331

de l'appui de Swissair », étaient de nature à établir une relation spéciale de confiance entre la société mère et le cocontractant de la filiale.

688. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral considère expressément que ni la responsabilité contractuelle¹⁰⁷⁰ ni la responsabilité délictuelle¹⁰⁷¹ ne permettraient d'engager la responsabilité de la société mère au regard des circonstances d'espèces. Par ailleurs, n'étant pas question en l'espèce d'un abus de la personnalité morale de la filiale par la société mère, le Tribunal ne se fonde pas non plus sur la notion de fictivité et sur la théorie de la levée du voile social pour condamner la société mère¹⁰⁷². Afin de tenir responsable la société mère, le Tribunal « découvre » un nouveau fondement qu'est la « responsabilité fondée sur la confiance ». En réalité, il ressort également de la jurisprudence ultérieure¹⁰⁷³ que le Tribunal fédéral se base sur le principe de « *culpa in contrahendo* » découlant de l'article 2 du Code civil suisse¹⁰⁷⁴ et qui consacre la notion d'abus (ou de violation) du principe de bonne foi. Un auteur considère à cet égard que « dès lors qu'une société de groupe engendre par son comportement - actif ou passif - un climat de confiance dont découlent légitimement des attentes précises de la part de tiers qui traitent avec d'autres sociétés du groupe, la déception de ces attentes d'une manière contraire à la bonne foi engendre une responsabilité pour le dommage qui en résulte¹⁰⁷⁵ ».

689. Une responsabilité exceptionnelle soumise à des conditions strictes. Au regard des conditions relativement strictes exigées par la jurisprudence suisse, la responsabilité fondée sur la confiance apparaît comme une voie de recours exceptionnelle pour les créanciers de la filiale ne pouvant trouver application que dans des circonstances bien particulières. A l'occasion d'un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a notamment estimé que « le partenaire commercial d'une filiale doit en principe évaluer lui-même la solvabilité de cette dernière et ne peut pas simplement répercuter le risque de solvabilité globalement sur la société mère.

¹⁰⁷⁰ Absence de contrat conclu entre la société mère et le créancier de la filiale

¹⁰⁷¹ Insuffisance des circonstances d'espèces pouvant caractériser une faute de la société mère sur le terrain délictuel

¹⁰⁷² CHAPPUIS, Ch. *La responsabilité fondée sur la confiance*, La Semaine judiciaire, 1997, vol. 119, no. 10, p. 167

¹⁰⁷³ ATF 123 III 220, consid. 4.e (« *Omni Holding-Fall* »)

¹⁰⁷⁴ L'article 2 du Code civil suisse dispose que « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi ».

¹⁰⁷⁵ HENRY P., *La responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés*, in *La responsabilité fondée sur la confiance : journée de la responsabilité civile 2000* (sout la dir. de CHAPPUIS Ch., WINIGER B.), Zurich, Schulthess, 2001, 288 p. 57-58

La société mère ne doit pas répondre en l'état du résultat de la filiale, et, en cas de faillite de cette dernière, elle ne répond pas systématiquement envers les partenaires commerciaux des éventuels dommages que ceux-ci ont subis de cette faillite. Celui qui est une simple victime de sa propre imprudence ou de la réalisation de risques commerciaux généraux ne mérite pas d'être protégé, contrairement à celui dont la confiance légitime a été abusée. Une responsabilité n'existe que si la société mère suscite, de par son comportement, certaines attentes au niveau de son attitude et de sa responsabilité au niveau du groupe, mais qu'elle déçoit par la suite de manière déloyale¹⁰⁷⁶ ». Dans cet arrêt ainsi que dans les décisions ultérieures ayant confirmé et précisé les contours de ce nouveau régime de responsabilité fondée sur la confiance, le Tribunal fédéral exige le respect de plusieurs conditions strictes pour engager la responsabilité de la société mère sur ce fondement et en particulier :

- l'existence d'une relation spéciale de confiance entre la société mère et le créancier de sa filiale¹⁰⁷⁷ impliquant un comportement (actif ou passif) préalable créateur de confiance de la société mère et suscitant des attentes légitimes suffisamment concrètes de la part du créancier de la filiale¹⁰⁷⁸ ;
- la nécessité de décisions prises par le créancier de la filiale en raison de la confiance créée par la société mère¹⁰⁷⁹, étant précisé que la confiance est considérée comme légitime lorsque le créancier de la filiale a agi de bonne foi et qu'il a fait preuve de la diligence nécessaire dans le cadre des affaires commerciales ;

¹⁰⁷⁶ ATF 4A_306/2009, consid. 5.1.

¹⁰⁷⁷ La simple appartenance d'une filiale à un groupe de sociétés ne suffit pas à caractériser un lien spécial entre la société mère de cette filiale et les créanciers de cette dernière. Dans l'affaire Swissair, la relation spéciale de confiance entre la société mère (Swissair) et le créancier de la filiale (Wibru) était établie selon le Tribunal fédéral compte tenu des propos publicitaires tenus par la filiale (IGR) faisant notamment état de l'appartenance de cette dernière au groupe Swissair et mentionnant clairement que « partout où se trouve [IGR], elle bénéficie de l'appui de Swissair ». Se fiant à « la solidité financière et à la bonne réputation du groupe Swissair », le Tribunal fédéral estime que la relation spéciale de confiance était établie.

¹⁰⁷⁸ Dans l'affaire Swissair, le Tribunal fédéral a estimé que la publicité de la filiale (IGR) pouvait entraîner des « espoirs légitimes », à savoir des attentes concrètes du créancier de la filiale dès lors que le créancier de la filiale (Wibru) pouvait légitimement espérer que la société mère (Swissair) procède aux vérifications nécessaires concernant l'exactitude des informations communiquées par sa filiale et qu'elle mettent par ailleurs l'ensemble des moyens financiers nécessaires à la réussite de l'activité de sa filiale.

¹⁰⁷⁹ La confiance suscitée par la société mère doit donc avoir un impact sur le comportement du créancier de la filiale

- la déception des attentes créées contraire à la relation de confiance (déception de la confiance de manière déloyale)¹⁰⁸⁰.

2. Une responsabilité autonome distincte de celle résultant de la pratique des lettres d'intention

690. Fondement. « A mi-chemin entre le contrat et le délit¹⁰⁸¹ », la responsabilité fondée sur la confiance est située dans une « zone grise¹⁰⁸² » entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Ainsi, bien qu'aucun fondement contractuel ou délictuel ne puisse y être rattaché, la responsabilité fondée sur la confiance de la société mère peut être engagée lorsque cette dernière a suscité, du fait de ses agissements, des attentes auprès des créanciers de sa filiale et qu'elle les déçoit en raison d'un comportement déloyal. La notion de « confiance » apparaît en ce sens comme un fondement propre de responsabilité¹⁰⁸³ et doit notamment être distinguée du régime de responsabilité découlant de la pratique des lettres d'intention, très fréquente dans le cadre des groupes de sociétés.

691. Un dispositif proche mais différent du régime juridique applicable aux lettres d'intention (responsabilité contractuelle). Rappelons qu'une lettre d'intention (dit également lettre de confort) est un document par lequel son souscripteur exprime à un créancier son intention de soutenir un débiteur et de faire en sorte que celui-ci soit en mesure de remplir ses engagements. À noter que la pratique des lettres d'intention a conduit le législateur français à consacrer un article 2322 au sein du Code civil définissant la lettre d'intention comme « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier¹⁰⁸⁴ ». Néanmoins, bien avant cette consécration légale, la Cour de cassation avait reconnu sa validité dès 1987 estimant que « malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon

¹⁰⁸⁰ Les attentes suscitées chez le créancier de la filiale doivent être déçues par la société mère. En l'espèce, le Tribunal fédéral relève que la société mère Swissair avait, dans les faits, employé des moyens financiers suffisants au profit de sa filiale notamment démarrer le projet dans de bonnes conditions. Cette première attente légitime du créancier de la filiale n'était donc pas déçue par la société mère en l'espèce. Cependant, le Tribunal considère que la seconde attente du créancier de la filiale qui concernait la vérification par la société mère de l'exactitude des informations données par sa filiale a été déçue dans la mesure où, notamment, les informations communiquées par la filiale à ses membres étaient trop optimistes et cachaient les difficultés concrètes rencontrées par la filiale pour réaliser son projet.

¹⁰⁸¹ CHAPPUIS Ch., *La responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon*, op. cit. p. 27-28

¹⁰⁸² OKUTAN NILSSON G., *Şirketler Topluluğunda Givenden Doğan Sorumluluk*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, Temmuz 2013, s. 36

¹⁰⁸³ *Ibid.*

¹⁰⁸⁴ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, art. 7

ses termes, [...] constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, même si elle ne constitue pas un cautionnement¹⁰⁸⁵ ».

692. D'origine anglo-saxonne, la pratique des *letter of comfort* est fréquente dans le cadre des groupes de sociétés et constitue même un terrain privilégié de son application, raison pour laquelle il nous semble important de distinguer son régime de celui de la responsabilité fondée sur la confiance. Une banque peut en effet s'engager à accorder un prêt à une filiale sous réserve que la société mère s'engage également par la signature d'une lettre d'intention au profit de la banque. Plus largement, un créancier peut subordonner la conclusion d'un contrat avec une filiale à l'octroi à son profit d'une garantie d'exécution des engagements souscrits par la filiale. En réalité, la portée juridique de la lettre d'intention dépend de son contenu, à savoir des termes employés sur le document en question signé par le dirigeant de la société mère. En particulier, s'il est indiqué, de manière claire et non équivoque, que la société mère désintéressera le créancier en cas de défaillance de sa filiale, elle s'engage contractuellement à l'égard du créancier (obligation de résultat). Sa responsabilité contractuelle pourra dans cette hypothèse être facilement engagée en cas de défaillance de la filiale sans nécessité de prouver une quelconque faute de la société mère¹⁰⁸⁶. En ce sens, son régime s'éloigne de celui applicable dans le cadre de la responsabilité fondée sur la confiance dès lors que, dans ce dernier cas, la société mère ne s'engage pas contractuellement à l'égard du créancier de la filiale¹⁰⁸⁷. Dans le cadre de la responsabilité fondée sur la confiance, c'est bien la filiale qui s'engage auprès du créancier mais sans garantie de la société mère. En outre, cette dernière suscite, en raison de son comportement, des attentes auprès dudit créancier (de sa filiale) et le déçoit du fait d'un comportement considéré comme déloyal¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ Com. 21 déc. 1987, n° 85-13.173

¹⁰⁸⁶ Cependant, dans le cas où les termes utilisés dans la lettre d'intention ne permettent pas d'établir l'existence d'une obligation de résultat au profit du créancier (obligation de moyen dans ce cas), ce dernier devra prouver une faute de la société mère pour espérer engager sa responsabilité sur le terrain délictuel

¹⁰⁸⁷ Si tel est le cas, à savoir si la société mère s'engage contractuellement à l'égard du créancier de la filiale, la responsabilité fondée sur la confiance n'est pas applicable. Seules les règles relatives à la responsabilité contractuelle doivent être prises en considération.

¹⁰⁸⁸ En conséquence, la demande adressée par le créancier de la filiale à la société mère ne doit pas être l'exécution par cette dernière des engagements contractuels souscrits par la filiale. En d'autres termes, l'action en justice intentée par le créancier de la filiale sur le terrain de la responsabilité fondée sur la confiance est une action en réparation des dommages causés par le comportement de la société mère. Bien que la société mère ne soit pas

693. Si, dans un tel contexte, la faute de la société mère est souvent difficilement caractérisable pour engager sa responsabilité sur le terrain délictuel, la responsabilité fondée sur la confiance peut être une voie alternative élargissant les moyens d'action des créanciers de la filiale contre la société mère. Compte tenu de ses conditions d'application strictes, la mise en cause effective de la responsabilité de la société mère sur le fondement de la « confiance » suscitée (et déçue par la suite) apparaît toutefois rare en pratique en droit suisse. La mise en œuvre de ce cas de responsabilité apparaît encore moins probable en droit turc dans la mesure où des conditions d'applications supplémentaires et spécifiques doivent être remplies.

B. Des conditions supplémentaires limitant la mise en œuvre de la responsabilité de la société mère fondée sur la confiance en droit turc

694. L'article 209 du CCT dispose que « la société dominante est responsable de la confiance suscitée par l'utilisation de sa réputation dans les cas où la réputation du groupe atteint un niveau qui donne confiance à la société¹⁰⁸⁹ ou aux consommateurs ». Ce faisant, en sus des critères retenus en droit suisse, le droit turc se distingue de la jurisprudence suisse en conditionnant l'applicabilité de la responsabilité fondée sur la confiance à la nécessité pour le groupe en question de disposer d'une certaine réputation (1) et d'utiliser cette réputation (2).

1. La nécessité de caractériser la réputation d'un groupe ayant atteint un niveau suffisant inspirant confiance à la société civile ou aux consommateurs

695. La difficile caractérisation juridique de la réputation du groupe ayant atteint un niveau inspirant confiance. S'il peut être admis que la notion de réputation renvoie aux notions de « prestige » et de « respectabilité » du groupe, la condition de réputation du groupe ayant atteint un niveau inspirant confiance à la société civile ou aux consommateurs n'est pas évidente à apprécier et crée des incertitudes s'agissant de sa mise en œuvre. L'article 209 du CCT fait en premier lieu référence à la « réputation du groupe » sans reconnaître le fractionnement sociétaire du groupe et sans autre précision à cet égard. Si la réputation du groupe s'entend des sociétés appartenant au groupe, est-il nécessaire de caractériser en particulier celle de la société mère dominante ? Par ailleurs, le fait que seule la réputation de

partie au contrat, si le créancier s'attend légitimement à ce que cette dernière agisse et soutienne la filiale d'une certaine manière, une action en indemnisation fondée sur la non-réalisation de cette attente pourra être intentée par le créancier de la filiale contre la société mère.

¹⁰⁸⁹ Entendue au sens de la population (civile)

la société mère (et non des filiales du groupe) atteigne un niveau suffisant inspirant confiance est-il suffisant ? S'il ne fait pas doute que la réputation du groupe sera caractérisée (pour l'ensemble du groupe) si c'est uniquement la société mère qui atteint une réputation inspirant confiance¹⁰⁹⁰, la question se pose de manière moins évidente lorsqu'il s'agit de la réputation d'une autre société du groupe qui est caractérisée et non celle de la société mère. Il ne semble pas légitime dans cette hypothèse de parler de « réputation du groupe » au sens de l'article 209 du CTT dès lors que l'objectif de ce dispositif consiste à mettre en cause la responsabilité de la société mère.

696. La question de savoir si la réputation d'un groupe a atteint ou non un niveau qui donne confiance à la société civile ou aux consommateurs conduit par ailleurs à se poser celle des modalités d'appréciation de cette réputation et du « niveau de confiance » suscitée par cette dernière. Le texte de l'article 209 du CCT n'apporte en effet aucune précision à ce titre. Ainsi, au-delà de savoir s'il est nécessaire de recourir à un expert pour apprécier la réputation d'un groupe, la réputation d'un groupe et le niveau de confiance qu'elle procure doivent-ils s'apprécier au niveau du territoire national ou de manière plus locale au sein d'un territoire plus restreint (région ou ville par exemple)¹⁰⁹¹ ? La réputation du groupe et le niveau de confiance doivent-ils s'établir sur une certaine durée¹⁰⁹² ?

697. Notion de société civile et de consommateurs. En outre, de la même manière que la notion de réputation du groupe, il convient d'apporter des précisions sur la signification des notions de « société » et de « consommateur » mentionnées à l'article 209 du CTT. Ledit article prévoit en effet que la société mère est susceptible d'engager sa responsabilité lorsque l'utilisation de la réputation du groupe atteint un niveau qui donne confiance à la « société » ou aux « consommateurs ». Au regard des circonstances d'espèces, la réputation doit donc inspirer confiance alternativement soit à la société civile soit aux consommateurs. La notion de « consommateur » pouvant se rattacher au droit de la consommation, elle ne pose pas de problèmes particuliers si l'on rattache celle-ci à la définition prévue en la matière¹⁰⁹³, ce qui

¹⁰⁹⁰ AKER H., *Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum : Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu (TTK Tasarısı m. 209) : İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında bir Değerlendirme*, AÜHFD 2008, C.57 Sa.4, s.69

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ Entendue dans le sens d'acquéreurs, d'utilisateurs ou encore plus largement de bénéficiaires d'un bien ou d'un service

n'est toutefois pas certain en l'absence de précisions à ce sujet. Néanmoins, s'agissant de la notion de « société civile », il est possible de se poser la question de savoir s'il convient de retenir l'ensemble de la population civile ou seulement une fraction de celle-ci, consommateur ou non.

698. Critiques de la condition de réputation. Compte tenu des nombreuses incertitudes découlant de la notion de réputation de groupe, l'engagement de la responsabilité de la société mère fondée sur la confiance apparaît délicat en pratique. Son champ d'application est par ailleurs considérablement réduit puisque toutes les réputations ne se valent pas. Les groupes dont la réputation n'atteint pas un niveau inspirant confiance étant hors du champ d'application du dispositif de l'article 209 du CCT, la responsabilité de la société mère ne pourra être engagée sur ce terrain. Cela peut être considéré comme inéquitable dès lors que la société mère d'un groupe moins important et moins reconnu, peut tout à fait, en raison de son comportement, créer une confiance et susciter des attentes légitimes chez le créancier de sa filiale. Une modification de l'article 209 du CCT, prônée par certains auteurs turcs¹⁰⁹⁴, serait ainsi souhaitable en vue de supprimer la condition de la réputation ayant atteint un niveau suffisant de confiance exigée en l'état du droit positif.

2. La nécessité d'utiliser la réputation du groupe pour engager la responsabilité de la société mère

699. Les modalités d'utilisation de la réputation du groupe. Aux termes de l'exposé des motifs de l'article 209 du CCT, l'utilisation de la réputation est la « condition centrale » de la responsabilité de la société mère fondée sur la confiance¹⁰⁹⁵. En effet, le fait que la réputation du groupe ait atteint un niveau digne de confiance ne suffit pas à engager la responsabilité de la société mère. Cette utilisation de la réputation peut apparaître de différentes manières en pratique. Elle peut consister en des déclarations et des actes effectués par – ou attribuables à¹⁰⁹⁶ – la société mère. Cependant, il est précisé que la simple utilisation du nom commercial ou d'un logo n'est pas suffisante pour entraîner la responsabilité de la société mère au titre de l'article 209 du CCT, ce qui est pleinement justifié puisqu'il s'agit là d'une pratique

¹⁰⁹⁴ Voir en particulier : AKER H., *Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum : Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu (TTK Tasarısı m. 209) : İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında bir Değerlendirme*, op. cit., s.92

¹⁰⁹⁵ Gerekçe, m. 209

¹⁰⁹⁶ Le créancier de la filiale devra en principe prouver que la société mère connaissait ou, à tout le moins, n'a pas empêché les actions entreprises par sa filiale et l'utilisation de la réputation du groupe.

quotidienne des groupes non pas en vue de tromper les tiers mais de marquer l'unité économique du groupe.

700. La protection d'une confiance « concrète ». L'article 209 du CCT ne protège pas la confiance « abstraite et générale » que la société ou les consommateurs ont s'agissant du groupe de sociétés et ne fonde pas la responsabilité de la société mère sur cette confiance abstraite¹⁰⁹⁷. En effet, l'article 209 du CCT prévoit que la société mère est « responsable de la confiance suscitée par l'utilisation de cette réputation ». Par conséquent, l'objectif est de protéger la « confiance concrète » découlant de « l'utilisation de cette réputation », et non la confiance abstraite créée par des groupes de sociétés connus et réputés¹⁰⁹⁸. Ainsi, il convient d'apprécier au regard des circonstances d'espèce, la manière dont les déclarations, les actes et, plus largement, le comportement de la société mère – ou les déclarations et actes à sa connaissance et avec son acceptation – doivent être interprétés par les tiers, et ce, à la lumière de la règle de la bonne foi.

701. Il s'agira ensuite de déterminer si l'attente du tiers d'un comportement spécifique de la société mère est justifié ou non, sachant que le tiers doit être de bonne foi et avoir fait preuve de la diligence que l'on peut attendre de lui. La confiance suscitée doit dans tous les cas être digne de protection. En effet, l'article 209 du CCT ne doit pas être un moyen pour les tiers leur permettant d'imposer à la société mère les conséquences économiques de leur négligence ou inexpérience dans la vie économique¹⁰⁹⁹. En ce sens, l'article 209 du CCT ne consacre nullement une responsabilité sans faute de la société mère du fait de ses filiales. La société mère n'est pas automatiquement responsable des engagements contractuels des filiales et ne peut être considérée de manière générale comme le garant de ces dernières et être solidairement responsable avec elles.

¹⁰⁹⁷ OKUTAN NILSSON G., *Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk*, op. cit., s. 47-48

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹⁹ AKER H., *Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum : Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu (TTK Tasarısı m. 209) : İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında bir Değerlendirme*, op. cit., s.73

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE II

702. Droit français. Contrairement au droit turc, le droit français ne dispose pas de textes spécifiques et autonomes relatifs aux groupes de sociétés permettant aux créanciers d'une filiale d'engager la responsabilité de la société mère. Ces derniers peuvent néanmoins se tourner vers le droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle et démontrer l'existence d'une faute délictuelle de la société mère. Ils peuvent également se fonder sur la notion de faute détachable ou séparable des fonctions sociales pour mettre en cause la responsabilité de la société mère lorsqu'elle agit, en droit ou en fait, en qualité de dirigeante de la filiale. Toutefois, l'approche restrictive retenue par la jurisprudence pour retenir la faute délictuelle ou détachable de la société mère ne permet pas, très souvent, d'aboutir à un résultat satisfaisant pour les créanciers de la filiale. Dans le cadre d'une procédure collective, les fondements traditionnels de la fictivité et de la confusion de patrimoines apparaissent également insuffisants pour responsabiliser la société mère malgré son statut particulier de société contrôlée. Si, dans un souci d'efficacité et de cohérence, l'évolution récente de la jurisprudence et de la loi reflète une approche renouvelée prenant davantage en considération la réalité économique du groupe de sociétés, cette évolution n'est toutefois pas accompagnée, en l'état du droit positif français, d'un réel renforcement de la responsabilité de la société mère.

703. Droit turc. A l'opposé du droit français, le droit turc propose au contraire des dispositifs spécifiques permettant d'accentuer la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales. En premier lieu, les créanciers – comme les minoritaires – de la filiale ont la possibilité d'agir directement contre la société mère lorsque cette dernière est à l'origine d'une perte chez la filiale et en l'absence de compensation réalisée par la première au profit de la seconde. Le législateur turc a par ailleurs introduit des dispositifs spécifiques visant spécialement à protéger les créanciers de la filiale et accentuer la responsabilité de la société mère. Un régime particulier de responsabilité est ainsi prévu lorsque la société mère détient l'intégralité des titres et des droits de vote de sa filiale. Inspiré du droit suisse mais disposant de critères propres à son application, en particulier à travers la notion de « réputation », le droit turc reconnaît en outre une responsabilité de la société dominante fondée sur « la confiance

suscitée par l'utilisation de sa réputation ». Ce régime original apparaît toutefois difficile à mettre en œuvre en pratique.

704. Face à ce constat mitigé, il nous paraît nécessaire de rechercher de fondements alternatifs responsabilisant davantage la société mère.

Chapitre II. A la recherche de fondements alternatifs responsabilisant la société mère

705. Au-delà de la faute qui reste le fondement traditionnel permettant d’engager la responsabilité de la société mère, d’autres fondements permettraient de faciliter la mise en cause de cette responsabilité. Si l’opportunité de la consécration d’un système général de responsabilité objective de plein droit et *ex-post*¹¹⁰⁰ de la société mère du fait de ses filiales reste très discutable (**Section 1**), une accentuation de la responsabilité *ex-ante*¹¹⁰¹ de la société mère, s’inscrivant dans le cadre de l’évolution de la RSE, serait souhaitable (**Section 2**).

706. Précisons d’emblée que la logique retenue ici n’est pas la même que pour les minoritaires. Contrairement à ces derniers, les créanciers de la filiale, et plus largement les tiers, ne s’inscrivent pas dans les relations internes au groupe. Ils ne peuvent à ce titre engager une responsabilité contre la société mère en se fondant sur le rôle joué par cette dernière et, plus largement, sur le fonctionnement interne du groupe de sociétés.

Section 1. L’opportunité discutée de la consécration générale d’une responsabilité sans faute *ex-post* de la société mère

707. S’il ne fait pas de doute à notre sens que la consécration d’un régime de responsabilité de plein droit de la société mère du fait de sa filiale serait l’aboutissement d’un système plus juste à l’égard des tiers et conforme à l’idéologie de réparation qui domine le droit commun de la responsabilité civile délictuelle (§1), cette consécration apparaît difficilement envisageable en pratique (§2).

§1. Un régime juste conforme à l’esprit du droit commun de la responsabilité civile délictuelle

708. L’instauration d’un régime de responsabilité de plein droit – sans faute – de la société aurait le mérite de s’inscrire parfaitement dans la logique de l’évolution du droit de la responsabilité civile (B), ce qui suppose toutefois d’accepter au préalable de surpasser certains principes fondamentaux guidant le droit positif des groupes de sociétés (A).

¹¹⁰⁰ Locution latine correspondant à l’*a posteriori* (postérieur aux faits) et qui renvoie à l’idée d’une réaction ou d’une réponse à une situation réalisée dans le passé.

¹¹⁰¹ Locution latine qui désigne l’*a priori* (antérieur aux faits) et qui renvoie à l’appréhension d’une situation avant que cette dernière se réalise.

A. Un régime surpassant les principes traditionnels gouvernant le droit positif des groupes de sociétés

709. Le « droit¹¹⁰² » positif relatif aux groupes de sociétés reste aujourd'hui largement dominé par deux principes fondamentaux : le principe d'autonomie juridique en premier lieu (1) et celui de la responsabilité limitée des sociétés groupées¹¹⁰³ (2). La consécration d'une responsabilité de plein droit de la société mère impacterait considérablement ces deux principes.

1. Un régime surpassant le principe d'autonomie juridique des sociétés groupées

710. Un principe directeur fortement écorné. Le principe prédominant en matière de groupe de sociétés est celui de l'autonomie ou de l'indépendance juridique des sociétés groupées. En vertu de ce principe et ainsi que nous l'avons constaté tout au long de la présente étude, chaque société membre est par principe considérée sur le plan juridique comme un sujet de droit à part entière dès lors que chacune d'entre elle dispose d'une personnalité morale distincte. Chaque structure membre a donc un intérêt propre qui devrait, par principe et en l'état du droit positif, primer sur celui du groupe appréhendé dans son ensemble¹¹⁰⁴. Chaque intérêt étant distinct, la société mère, bien qu'elle soit dominante au sein du groupe, ne répond pas du fait des entités qu'elle contrôle. Chaque société assume personnellement sa responsabilité à l'égard des tiers, sous réserve de certains cas spécifiques que nous avons eu l'occasion de détailler¹¹⁰⁵. La consécration législative d'une responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales conduirait à rendre sans effets le principe d'autonomie juridique à l'égard de la société mère dans la mesure où le dommage causé par sa filiale lui serait automatiquement imputable, dès lors qu'il ne serait pas nécessaire d'apporter une faute de la société mère pour engager sa responsabilité.

711. Un principe négligé mais justifié par un souci de justice sociale. L'objectif d'une telle consécration serait de rendre conforme le juridique au fait économique, de concilier pouvoir et responsabilité de la dominante ou contrôlante, et ce dans un souci de justice afin de rendre

¹¹⁰² Par l'expression « droit des groupes des sociétés », nous entendons l'ensemble des dispositions, ponctuelles et éparses en droit français, visant, de près ou de loin, les groupes de sociétés.

¹¹⁰³ Dans l'hypothèse, bien entendu, où les sociétés groupées – et notamment la société mère – ont opté pour une forme sociale limitant la responsabilité des associés à hauteur de leurs apports respectifs.

¹¹⁰⁴ Sur la notion d'intérêt de groupe, voir *supra* n°163 et suiv.

¹¹⁰⁵ Voir chapitre précédent

responsable le véritable maître de l'affaire. A ce titre, le droit de la concurrence, droit économique qui s'intéresse davantage à la substance qu'à la structure, retient également une approche conduisant à rendre responsable de plein droit la société mère du fait de sa filiale. En effet, le droit de la concurrence préfère la notion d'entreprise à celle de sociétés et considère le groupe de sociétés comme une seule et même entité¹¹⁰⁶. La structuration interne de l'entreprise, composée de sociétés distinctes au regard du droit des sociétés, ne saurait ainsi être un argument valable pour la société mère qui souhaiterait s'exonérer de sa responsabilité. Au-delà de cette branche du droit qui reste minoritaire, la question est alors celle d'une extension de la responsabilité de plein droit de la société mère, voire d'une consécration générale d'une responsabilité de plein droit de cette dernière du fait de ses filiales. Si la légitimité d'une telle consécration nous paraît difficilement contestable dès lors qu'il s'agit d'imputer la responsabilité au véritable détenteur du pouvoir au sein du groupe, il est ici question de faire abstraction du principe d'autonomie des sociétés groupées qui reste à ce jour, et malgré les exceptions apportées par la jurisprudence, le principe directeur en matière de groupe de sociétés. Une telle consécration ne s'arrêterait par ailleurs pas seulement à nier l'autonomie juridique des personnes morales, il s'agirait également de remettre en cause le principe de responsabilité limitée de la société mère, dès lors que cette dernière est associée d'une filiale sous forme de société à responsabilité limitée (SA, SAS et SARL pour l'essentiel).

2. Un régime surpassant la responsabilité limitée de la société mère, associée de la filiale

712. Une double protection injustifiée. La question ne se pose que s'agissant des sociétés dites à responsabilité limitée, ce qui exclut par définition les sociétés à responsabilité illimitée. En effet, dans cette dernière hypothèse, la responsabilité des associés n'est pas limitée au montant de leurs apports : elle est au contraire indéfinie. En revanche, les associés de sociétés à risque limité ne peuvent par principe être tenus responsables au-delà de leurs apports. Dans un contexte de groupe de sociétés, cette limitation de la responsabilité peut également jouer

¹¹⁰⁶ En droit de la concurrence, la notion « d'entreprise » est définie comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement » (CJCE C-41/90 du 23 avril 1991, *Höfner et Elser*). En ce sens, une entreprise peut visée le groupe dans son ensemble composé d'une pluralité de sociétés. La CJCE précise en effet à cet égard que la notion d'entreprise « doit 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 » (CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm*, aff. 170/83, att. n°11).

lorsque c'est la société mère qui est à l'origine de la constitution de sa filiale : la société mère effectue par exemple un apport en numéraire de mille euros et devient associée unique de sa filiale. En plus du principe d'autonomie juridique qui prévaut également dans les hypothèses de détention intégrale des titres et des droits de vote et qui protège ainsi une première fois la société mère en cas de difficultés de sa filiale, la société mère sera doublement protégée dès lors que sa responsabilité ne pourra être engagée qu'à hauteur de son apport en numéraire de mille euros qui constitue le gage général des créanciers. Se pose alors la question des effets d'une consécration générale d'une responsabilité de plein droit de la société mère du fait de sa filiale. Une telle consécration conduira-t-elle à faire abstraction du principe de responsabilité limitée des associés de la filiale ? En réalité, l'objectif étant de voir condamner la société mère, très souvent plus solvable que sa filiale, il pourrait être également question de nier le principe de responsabilité limitée des associés au même titre que celui de l'autonomie juridique des personnes morales. Passer outre ce principe de responsabilité limitée des associés est même souhaité par certains auteurs dans la mesure où ce principe, essentiel aujourd'hui en matière de droit des sociétés, devrait être considéré comme un « accident de l'histoire ».

713. « Un accident de l'histoire ». Selon une doctrine qui reste très minoritaire, la question de la suppression des sociétés à risque limité mérite d'être posée¹¹⁰⁷ dès lors que lesdites sociétés ne seraient que l'aboutissement d'un « accident de l'histoire »¹¹⁰⁸. En effet, la constitution de sociétés par actions, à risque limité, n'était possible dans le passé que de manière exceptionnelle pour la réalisation de certaines activités considérées comme étant d'intérêt général. La constitution de telle société était ainsi très rare en pratique car subordonnée à l'accord de l'Etat qui procédait à une profonde analyse de la condition d'utilité publique¹¹⁰⁹. La limitation de la responsabilité des associés dans le cadre des sociétés par actions réalisant des missions d'intérêt public dérivait alors « de l'irresponsabilité de la puissance publique car des acteurs privés ne (faisaient) que se substituer à l'Etat¹¹¹⁰ ». Les

¹¹⁰⁷ LE GOFF P., *Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? Apport et critique de l'analyse américaine du droit des sociétés*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51, n°3, Juillet-Septembre 1999, p. 593-617

¹¹⁰⁸ BISMUTH R., *La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire*, in SFDI, « L'entreprise multinationale et le droit international », Paris, Pedone, 2017, p. 429-447

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 439 et note de bas n°40

¹¹¹⁰ *Ibid.*

conditions nécessaires à la constitution de sociétés par actions se sont toutefois progressivement assouplies. C'est ainsi qu'en France, une loi du 24 juillet 1867 a supprimé la nécessité d'obtention d'une autorisation préalable pour la création de sociétés par actions à responsabilité limitée¹¹¹¹ qui apparaît toutefois comme une exception, une « faveur »¹¹¹². En effet, ainsi que le relève un auteur¹¹¹³, il ressort de l'exposé des motifs du projet de loi du 16 mai 1862 sur les sociétés à responsabilité limitée que « c'est par dérogation au droit commun, par une faveur spéciale, que la responsabilité est limitée aux sommes formant l'ensemble des mises sociales. Mais cette exception s'explique par cette considération que l'autorité publique, protectrice des intérêts généraux, s'est assurée que la société est loyalement constituée, qu'elle a un capital suffisant et qu'elle n'a en vue que des opérations honorables¹¹¹⁴ ». Quelques années plus tard, la jurisprudence a confirmé qu'il n'existait aucune règle interdisant à ce qu'une société disposant d'une personnalité morale soit elle-même associée d'une autre société¹¹¹⁵, confirmant ainsi la possibilité de constituer les groupes de sociétés telles que nous les connaissons aujourd'hui, composés très majoritairement dans les faits de sociétés à risque limité. Compte tenu de ces éléments historiques, il serait nécessaire de revisiter aujourd'hui la légitimité de la limitation de la responsabilité des associés dans les sociétés dites à responsabilité limitée¹¹¹⁶.

714. Certains auteurs français se basent par ailleurs sur les travaux d'auteurs américains qui estiment que le principe de responsabilité limitée des associés manque d'efficacité et soulignent le « caractère injuste à l'égard des victimes de dommages causés dans le cadre d'une responsabilité délictuelle de la société¹¹¹⁷ ». Il conviendrait par conséquent selon certains auteurs américains de supprimer purement et simplement les sociétés à risque limité, en généralisant donc les sociétés à risque illimité¹¹¹⁸, dès lors qu'elle empêche l'émergence

¹¹¹¹ *Ibid.* p. 440

¹¹¹² HAMELIN J.-F., *La responsabilité civile des sociétés mères*, in « Les éventuelles évolutions de la responsabilité civile et le droit des sociétés », *Rev. Lexbase Affaires*, 10 déc. 2020

¹¹¹³ *Ibid.*

¹¹¹⁴ Cité par HAMELIN J.-F., note préc., note de bas de page n°20 : Exposé des motifs du projet de loi sur les sociétés à responsabilité limitée du 16 mai 1862, in *Annales du Sénat et Corps législatifs*, Session 1862, *Moniteur universel*, 1862, p. 249

¹¹¹⁵ Cass. req. 10 déc. 1878, D, 1879, I, p. 5 et suiv., note BEUDANT Ch.

¹¹¹⁶ HAMELIN J.-F., *La responsabilité civile des sociétés mères*, op. cit.

¹¹¹⁷ BISMUTH R., *La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire*, op. cit., p. 440

¹¹¹⁸ HANSMANN H. et KRAAKMAN R., *Toward Unlimited Liability for Corporate Torts*, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1881

d'une véritable responsabilité de l'entreprise¹¹¹⁹. La consécration d'une responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales serait en ce sens l'occasion de supprimer le principe de responsabilité limitée dans le contexte des groupes de sociétés. La société mère, associée fondatrice de sa filiale, ne pourrait ainsi bénéficier d'une double protection découlant aussi bien du principe d'autonomie juridique des personnes morales que de celui de la responsabilité limitée des associés de sociétés à risque limité.

715. Si la consécration d'une responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales remettrait en cause ces principes traditionnels d'autonomie juridique des personnes morales et de responsabilité limitée des associés, une telle consécration s'inscrirait cependant dans la lignée de l'évolution du droit de la responsabilité civile axé vers la protection des victimes.

B. Un régime s'inscrivant dans la continuité de l'évolution de la responsabilité civile délictuelle de droit commun

716. L'introduction d'un régime de responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales s'inscrirait dans la continuité des régimes de responsabilité objective consacrés par la jurisprudence dans le cadre du droit commun de la responsabilité civile délictuelle (1) dans un souci prioritaire d'indemnisation des victimes (2).

1. L'extension progressive des régimes de responsabilité objective de plein droit

717. La consécration jurisprudentielle d'un régime général du fait des choses. La responsabilité sans faute de la société mère du fait de sa filiale ne serait rien d'autre que l'application aux groupes de sociétés d'un régime du fait d'autrui reconnu par la jurisprudence de la Cour de cassation dans le cadre du droit commun de la responsabilité civile délictuelle sur le fondement de l'ancien article 1384 du Code civil, devenu aujourd'hui l'article 1242 du même code. En effet, cet article comporte un premier alinéa disposant qu'« on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». Bien que les rédacteurs du Code civil envisageait simplement ce premier alinéa comme un préambule – sans véritable portée juridique – introduisant les régimes

¹¹¹⁹ BISMUTH R., *La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire*, op. cit., p. 438

particuliers prévus par les alinéas suivants, les juges ont d'abord établi, et progressivement construit, un principe général de responsabilité du fait des choses à travers les fameux arrêts dit « Teffaine¹¹²⁰ » et surtout « Jean d'Heur¹¹²¹ ». Cette dernière jurisprudence instaure une « présomption de responsabilité » du gardien d'une chose, expression remplacée par la jurisprudence ultérieure par « responsabilité de plein droit » dès lors que la responsabilité du gardien de la chose peut être engagée sans qu'il soit nécessaire de prouver sa faute. Le gardien de la chose ne peut alors s'exonérer de sa responsabilité qu'en apporter la preuve d'un cas de force majeure.

718. La consécration jurisprudentielle d'un « régime général » du fait d'autrui. Dans le même esprit, quelque temps plus tard, a été consacré un « principe général » de responsabilité du fait d'autrui avec l'arrêt dit « Blicek¹¹²² » rendu en 1991. Plus précisément, les Hauts magistrats n'ont en réalité pas consacré un principe général du fait d'autrui, comme cela fut le cas pour la responsabilité du fait des choses, mais la Cour de cassation s'est accordé la faculté de dégager au cas par cas de nouveaux cas de responsabilité du fait d'autrui. Ce « régime général » de responsabilité du fait d'autrui subsiste ainsi aujourd'hui en parallèle avec les cas spécifiques de responsabilité du fait d'autrui prévus par l'article 1242 du Code civil, en particulier de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants¹¹²³ et de celle des commettants du fait de leurs préposés¹¹²⁴, qui ne constituent donc pas une liste limitative du fait de la jurisprudence « Blicek ».

719. La jurisprudence postérieure à l'arrêt « Blicek » a notamment admis la possibilité d'engager la responsabilité d'une association du fait de ses membres dès lors que ladite association a pour mission « d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ses membres¹¹²⁵ ». L'introduction en droit français d'une responsabilité de la société mère du fait de ses filiales pourrait précisément s'inscrire dans cette lignée. En effet, une société mère n'organise, ne dirige et ne contrôle-t-elle pas l'activité de ses membres, à savoir de ses filiales ? Très souvent dans les faits, une société mère fait plus que « contrôler » ses filiales

¹¹²⁰ Cass. Civ., 16 juin 1896, *Teffaine*

¹¹²¹ Cass. Ch. réunies. Civ., 13 févr. 1930, *Jand'heur*

¹¹²² Cass. Ass. Plén., 29 mars 1991, n°89-15231, *Blicek*

¹¹²³ C.civ., art. 1242 al. 4

¹¹²⁴ C.civ., art. 1242 al. 5

¹¹²⁵ Civ. 2e, 22 mai 1995, n°92-21.197 et n°92-21.871 ; Cass. Ass. Plén., 29 juin 2007, n°06-18141

notamment lorsqu'elle agit en qualité de « holding animatrice¹¹²⁶ ». Par définition, la holding animatrice, pour être qualifiée ainsi, doit en effet, en plus d'exercer un contrôle sur la filiale, participer à la conduite de la politique du groupe, et donc nécessairement « organiser » l'activité de ses filiales. La question est plus délicate s'agissant de la condition de direction posée par les arrêts postérieurs à l'arrêt « Blicek ». A notre avis, une direction de fait de la société mère agissant en qualité de holding animatrice doit être présumée *de lege ferenda*¹¹²⁷. En somme, il serait légitime à notre sens dans l'hypothèse évoquée ci-avant, à savoir lorsque la société mère agit en qualité de holding animatrice, de se fonder sur la jurisprudence postérieure à l'arrêt « Blicek » pour engager la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales, et ce sans la nécessité d'introduire un cas spécifique de responsabilité de la société mère du fait de ses filiales. La consécration d'une telle responsabilité de la société mère du fait de ses filiales disposerait toutefois d'un champ d'application plus large car applicable à toutes les sociétés mères – et non uniquement à celles agissant en qualité de holding animatrice – et serait, de manière plus générale, conforme à l'évolution du droit de la responsabilité civile dont la priorité est, rappelons-le, l'indemnisation des victimes.

2. Un régime conforme à l'évolution du droit de la responsabilité civile et à l'idéologie de la réparation

720. Un mouvement de responsabilité objective fondée sur la théorie du risque. La responsabilité civile se présentait à l'époque des rédacteurs du Code civil comme un système moralisateur et individualiste : chacun doit assumer les conséquences de ses actes et répondre des fautes qu'il a pu commettre. Autrement dit, une personne engage sa responsabilité du fait de son comportement considéré comme illicite. Le fondement historique et classique était donc la faute en matière de responsabilité civile délictuelle. Il s'agissait alors essentiellement d'une responsabilité subjective. Face à l'insuffisance de ce fondement en raison de la difficulté, dans certaines situations, de prouver la faute de l'auteur du dommage dans le contexte de la révolution industrielle accompagnée d'une hausse significative des accidents du travail, d'autres fondements se sont développés, notamment celui basé sur le risque, dans un souci de protection des victimes. C'est dans ce contexte

¹¹²⁶ Sur la notion d'animation, voir *supra* n°100 et suiv.

¹¹²⁷ Pour plus de précisions sur notre position sur la question (applicable toutefois uniquement au profit des associés minoritaires de la filiale), voir *supra* n°597 et suiv.

qu'apparaissent les régimes de responsabilité objective de plein droit, du fait des choses et du fait d'autrui, évoqués ci-avant.

721. La théorie du risque a été proposée par deux auteurs à la fin du 19^{ème} siècle, à savoir par L. JOSSERAND et R. SALEILLES. Selon ces auteurs, deux types de risques doivent être distingués : le « risque créé » et le « risque profit ». Très favorable aux victimes de dommages, la théorie du « risque créé », dit aussi du « risque danger », consiste à considérer qu'une personne engage sa responsabilité dès lors qu'elle a une activité dommageable qui génère un risque. Quant à la théorie du « risque profit », dit aussi du « risque activité » et qui nous intéresse plus particulièrement ici, elle consiste à considérer qu'une personne qui tire profit d'une activité doit en contrepartie en assumer les risques et supporter la charge de réparer les éventuels dommages causés. La consécration d'une responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales reposerait sur cette théorie du « risque profit ». En effet, si l'on considère que la société mère tire profit de l'activité exercée par sa filiale¹¹²⁸, elle devrait en contrepartie répondre des dommages causés par cette dernière.

722. De la théorie du risque à celle de l'autorité. Au-delà de la théorie du risque, et plus particulièrement du « risque profit » qui justifierait l'application de la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales, une autre théorie orientée sur l'autorité de la première sur les secondes permettrait également de justifier ce régime de responsabilité de plein droit de la société mère. L'idée repose sur le fait qu'une personne doit répondre du fait d'autrui en raison de l'autorité qu'elle a sur ce dernier. La responsabilité de la société mère reposerait ainsi sur la relation d'autorité existant entre elle et ses filiales. À noter par ailleurs que contrairement à la théorie du risque, la théorie de l'autorité justifie en réalité toutes les hypothèses de responsabilité du fait d'autrui. La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales apparaît donc finalement fondée juridiquement aussi bien au regard de la théorie du « risque profit » qu'au regard de celle de l'autorité exercée par la mère sur ses filiales, et plus largement sur les entités qu'elle contrôle au sens de l'article L233-3 du Code de commerce¹¹²⁹. Ainsi que l'énonce un auteur « toutes les responsabilités bâties sur l'article 1384 du Code civil consistent à faire assumer par une personne les agissements d'une autre

¹¹²⁸ Le profit retiré par la société mère est facilement justifiable notamment en présence d'une politique de distribution massive et régulière des résultats bénéficiaires réalisés par les filiales.

¹¹²⁹ Sur la notion de contrôle au sens de l'article L233-3 du Code de commerce, voir *supra* n°44 et suiv.

personne, placée sous sa garde ou son contrôle. La future responsabilité des sociétés mères ne serait ni plus ni moins que l'application de ce modèle théorique¹¹³⁰ ». Entre la théorie et la pratique, il existe toutefois un pas qui nous paraît difficile à franchir.

§2. De la difficulté pratique de consacrer une responsabilité de plein droit à la recherche d'une responsabilité fondée sur une faute alléguée de la société mère

723. La consécration d'une responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales, envisagée en particulier par un avant-projet préparé par une partie de la doctrine, ne semble plus être d'actualité en droit français compte tenu des potentiels risques que cette consécration pourrait induire au plan économique (A). L'alternative consisterait à proposer un régime de responsabilité subjective, subordonné donc à la faute de la société mère dont la démonstration serait toutefois alléguée (B).

A. Une consécration juridique abandonnée en raison de potentiels risques économiques

724. Une partie de la doctrine a proposé dans le passé l'introduction en droit français d'une responsabilité de plein droit de la société mère qui n'a toutefois pas donné suite sur le plan législatif (1), et ce en raison de réels risques d'ordre économique – au delà des critiques purement juridique – que cette consécration induirait (2).

1. Le projet dit « Catala » : un projet ambitieux resté lettre morte

725. Projet dit « Catala ». Un premier avant-projet de réforme « des obligations et de la prescription » en date du 22 septembre 2005 a été préparé par un groupe de travail dirigé par les Professeurs P. CATALA et G. VINEY¹¹³¹. Cet avant-projet dit « Catala », remis garde des Sceaux de l'époque, prévoyait en son article 1360 une disposition consacrant une responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales. Ce projet d'article prévoyait en effet qu' « 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

¹¹³⁰ GRIMONPREZ B., *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, Rev. des Sociétés 2009, p.715, n°21

¹¹³¹ CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription - Rapport au ministre de la Justice*, La documentation française, 2006

concessionnaires ». Dans l'exposé des motifs, il est précisé que « ce cas de responsabilité serait tout à fait nouveau, mais (...) extrêmement utile pour ajuster le droit de la responsabilité aux transformations qui ont affecté les structures économiques, aussi bien dans le secteur de la production que dans celui de la distribution. Il permettrait en effet de faire peser une part des responsabilités encourues à la suite des dommages causés à l'occasion des activités économiques sur les véritables décideurs, ce qui serait à la fois plus juste vis à vis des professionnels en situation de dépendance et plus protecteur des victimes¹¹³² ». L'objectif était donc clair : rendre responsable ceux qui ont le pouvoir, et notamment ceux qui ont le « contrôle » dans le contexte des groupes. La structure juridique interne du groupe de sociétés est alors inopposable aux tiers, la société mère devant répondre du fait de sa filiale dès lors que l'ensemble doit finalement être appréhendé comme une entreprise unique, dans le même esprit de ce qui ressort du droit de la concurrence.

726. Exclusion de tout régime de responsabilité spécifique de la société mère dans la proposition de loi du 29 juillet 2020. Notons par ailleurs que d'autres projets de réformes ont vu le jour depuis 2005, et notamment celui élaboré à partir de 2008 par un groupe de travail sous la direction du Professeur F. TERRE (avant-projet « Terré »), mais ce dernier ne proposait pas de consacrer, comme dans le cadre de l'avant-projet « Catala », une responsabilité de plein droit de la société mère. L'avant-projet « Terré » propose en effet une responsabilité subjective de la société mère nécessitant d'apporter la preuve d'une faute de cette dernière pour engager sa responsabilité. En tout état de cause, l'avant-projet rédigé cette fois-ci par la Chancellerie et présenté le 13 mars 2017 n'a retenu aucune des propositions formulées, ni par l'avant-projet « Catala », ni par l'avant-projet « Terré ». Néanmoins, s'il est à noter que cet avant-projet de la Chancellerie prévoyait malgré tout une disposition (article 1242-1) prévoyant que « la faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement », cette disposition n'a finalement pas été retenue dans la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile déposée le 29 juillet 2020 par les Sénateurs BIGOT, REICHARDT et BAS¹¹³³. En somme, toute disposition relative à la possibilité d'invoquer la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales a été supprimée

¹¹³² *Ibid.* p. 147

¹¹³³ Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile : texte n°678 (2019-2020) déposé au Sénat le 29 juillet 2020 par les Sénateurs BIGOT, REICHARDT et BAS et plusieurs de leurs collègues. Consultable sur le site suivant : <https://www.senat.fr/leg/ppl19-678.html>

et n'apparaît pas dans la proposition (finale) de loi, y compris les propositions prévoyant une responsabilité subjective de la société mère qui nécessiterait en conséquence d'établir la faute de la société mère, et qui ne présenterait pas les mêmes potentiels risques sur le plan économique que la proposition initiale prévu par l'avant-projet « Catala ». Cet avant-projet « Catala » qui prévoyait au contraire une responsabilité de plein droit a fait l'objet de vives réactions, en particulier de la part des milieux professionnels.

2. De potentiels risques au plan économique au-delà des critiques d'ordre juridique

727. Rapport d'information du Sénat invoquant un risque de dépaysement des holdings domiciliées en France. Si certaines associations de défense des consommateurs se sont prononcées en faveur de la proposition de l'avant-projet « Catala » d'introduire en droit français une responsabilité de plein droit de la société mère, un rapport d'information du Sénat datant de 2009 souligne que cette proposition n'a pas été favorablement accueillie par une large partie du monde des affaires. En effet, au-delà des critiques d'ordre purement juridique (remise en cause du principe d'autonomie juridique des sociétés groupées pour l'essentiel), le MEDEF estime qu'une telle consécration serait « dangereuse (...) pour l'attractivité de la France¹¹³⁴ » et qu'il existerait de sérieux risques de délocalisations de certaines activités dans le but « d'échapper à des mises en jeu de responsabilité¹¹³⁵ ». Dans le même sens, il est soutenu que la consécration d'une responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales serait dangereuse « au point de receler en germe des risques de dépaysement de holdings implantées en France et plus généralement de délocalisation des fonctions de direction et de contrôle de certains pans de l'économie¹¹³⁶ », ce qui aurait des conséquences en termes d'emplois en France, impactant notamment des cadres. La solution proposée par l'avant-projet « Catala » serait ainsi trop extrême selon les acteurs dirigeants du monde des affaires.

728. Soulignons par ailleurs qu'en présence d'un élément d'extranéité dans le contexte des groupes internationaux composés de filiales situées à l'étranger (et dans l'hypothèse où le siège social de la société mère serait situé en France), les règles du droit international privé se

¹¹³⁴ Rapport d'information du Sénat n°558, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile, par ANZIANI A. et BETEILLE L., 15 juillet 2009, p. 66

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ *Ibid.*, position du groupe de travail de la Cour de cassation prévisé par SARGOS P.

trouverait alors applicable. Or, en matière délictuelle, il importe de prendre en compte le lieu du délit pour déterminer la loi du pays applicable (*lex loci delicti*). Si le dommage survient alors à l'étranger, c'est la loi dudit pays étranger qui serait applicable et non le droit français. La mise en cause de la responsabilité de plein droit ou non de la société mère serait alors fonction des règles applicables dans le système juridique du lieu du délit. Or, les systèmes juridiques étrangers reconnaissant une responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales apparaissent très rares à travers le monde. En ce sens, dès lors que les différents systèmes juridiques n'adoptent pas la même politique de responsabilité de plein droit des sociétés mères, ce qui paraît très difficilement envisageable en pratique, il existerait en effet un réel risque de délocalisation des centres de décisions au profit de pays tiers, et finalement un risque de fuite des capitaux.

729. Une remise en cause du mode d'organisation des entreprises sous forme de groupe de sociétés sur le plan national. La consécration d'un régime de responsabilité objective de la société mère du fait de ses filiales pourrait en outre aller jusqu'à remettre en cause le mode d'organisation des entreprises sous forme de groupe de sociétés dès lors que ce type d'organisation est principalement justifié par une volonté de limiter les risques, chaque structure étant – seule – responsable de ses activités. Serait-il toujours autant intéressant de constituer des groupes de sociétés, du moins sur le territoire national, si le principe fondamental en la matière, à savoir si l'autonomie juridique des personnes morales des sociétés groupées ne produit pas ses effets à l'intérieur du groupe, du moins pas dans le cadre des relations verticales entre la société mère et ses filiales ? A notre avis, le cloisonnement des activités au sein de filiales distinctes conserverait son intérêt dès lors qu'il s'agit ici de responsabiliser uniquement la société mère – et non les autres entités du groupe et notamment les sociétés sœurs qui continueront de bénéficier des effets du principe d'autonomie. Le principe d'autonomie juridique ne serait donc pas totalement remis en cause à l'intérieur du groupe.

730. Néanmoins, en raison de ce blocage – peut-être également d'ordre psychologique – empêchant toute consécration d'une responsabilité de plein droit de la société mère, l'alternative serait de retourner au fondement de la faute pour responsabiliser cette dernière. L'objectif étant de faciliter la mise en cause de la responsabilité de la société mère, la démonstration de cette faute devrait toutefois être allégée.

B. L'alternative d'une responsabilité de la société mère fondée sur une appréciation particulière de la faute

731. Une proposition du projet « Terré ». L'article 7 du projet « Terré » prévoit que « la faute de la personne morale résulte de l'acte fautif de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement. Une personne morale ne répond du dommage causé par une autre personne morale qu'elle contrôle ou sur laquelle elle exerce une influence notable que si, par une participation à un organe de cette personne morale, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle a contribué de manière significative à la réalisation du dommage. Il en va de même lorsqu'une personne morale crée ou utilise une autre personne morale dans son seul intérêt et au détriment d'autrui ». A travers cette proposition de texte, et contrairement au projet « Catala » qui envisage une responsabilité de plein droit de la société mère, le projet « Terré » propose l'introduction en droit français d'une responsabilité pour faute de la société mère du fait de ses filiales¹¹³⁷. Ainsi, la responsabilité de la société mère contrôlaire ne serait engagée que si une faute est commise par cette dernière. En ce sens, le texte envisagé renvoyant au fondement de la faute, il ne semble pas, à première vue, apporter une responsabilité particulière de la société mère du fait de ses filiales. La particularité de la proposition du projet « Terré » tient en réalité à la définition de la faute de la personne morale contrôlaire dans le contexte des groupes de sociétés.

732. Une définition particulière de la faute dans le contexte des groupes de sociétés. Rappelons à cet égard qu'en droit positif, la mise en cause de la responsabilité de la société mère contrôlaire, en sa qualité d'associée de la filiale, suppose d'établir la preuve d'une faute détachable ou séparable de la qualité d'associé, à savoir une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, preuve très difficile à établir en pratique en raison de l'approche très restrictive adoptée par la jurisprudence en la matière¹¹³⁸. L'article 7 du projet « Terré » a la particularité de prévoir plusieurs types de fautes qui permettraient d'engager plus facilement la responsabilité de la société mère contrôlaire. Tenant compte de la singularité de la structure

¹¹³⁷ La question est abordée de manière plus large par le texte puisque sont visées toutes les structures dotées de la personnalité morale (société, association, GIE etc.) et non seulement les « sociétés » mères. A noter par ailleurs qu'au-delà de la notion de contrôle, le texte retient également celle de « l'influence notable » exercée par une personne morale sur une autre afin d'engager la responsabilité de la première. Le texte retient ainsi une approche proche de celle proposée par l'article L233-16 du Code de commerce qui prend notamment en compte la notion « d'influence dominante ».

¹¹³⁸ Voir *supra*, n°637.

contrôlante, qui ne peut en effet être assimilée à un associé ordinaire, le texte précise notamment que la faute peut être constituée par une instruction, une immixtion et même une abstention de la société mère « dans la gestion » de sa filiale, lorsque cela contribue de manière significative à la réalisation du dommage. Autrement dit, pour engager la responsabilité de la société mère contrôlaire, la victime du dommage doit apporter la preuve que cette dernière a contribué de manière significative à la réalisation du fait dommageable (imputable en principe à la filiale), et ce, par sa faute qui peut prendre la forme d'une instruction, ou d'une immixtion, voire une d'abstention de la société mère dans la gestion de sa filiale¹¹³⁹.

733. Une appréciation particulière de la faute justifiée par le statut particulier de la société mère. Par cette appréciation particulière de la faute de la société mère, le projet « Terré » s'éloigne du droit positif. Si l'immixtion peut, dans certaines hypothèses, constituer une cause de responsabilité de la société mère en l'état actuel du droit français, l'abstention de la société mère dans la « gestion » de la filiale n'est par principe pas sanctionnée. En outre, contrairement au droit positif, le projet « Terré » part du principe que la société mère assume de fait la gestion de la filiale. En d'autres termes, la société mère contrôlaire est ici considérée comme dirigeante de fait de la filiale, ce qui expliquerait ainsi qu'elle ne puisse s'abstenir de gérer sa filiale. Par ailleurs, la gestion de la filiale passant nécessairement par une certaine immixtion de la société mère dans la gestion de sa filiale, il semble en ce sens incohérent de sanctionner à la fois l'abstention de la société mère dans la gestion de la filiale, d'une part, et l'immixtion de la société mère d'autre part. Toutefois, l'introduction d'une telle responsabilité pour faute (appréciée spécifiquement dans le cadre des groupes de sociétés) de la société mère contrôlaire serait opportune en droit. En effet, n'étant pas question d'instaurer une responsabilité générale de plein droit de la société mère, cette dernière ne verra pas sa responsabilité engagée pour tous les faits de ses filiales. Ainsi, dans le contexte des groupes de sociétés, la faute de la société mère devrait pouvoir être plus facilement apportée. Le champ d'application du régime de la faute séparable ou détachable de la qualité d'associé, plus difficile à caractériser en pratique, serait ainsi réduit aux associés personnes physiques et associées personnes morales non contrôlaire qui exercent les prérogatives classiques d'un

¹¹³⁹ Il n'est pas nécessaire en ce sens de prouver une quelconque faute de la filiale, c'est bien la faute de la société mère dont il est question pour engager sa responsabilité.

associé et ne serait au contraire pas applicable à la société mère contrôlaire du fait de son statut particulier.

734. Ce statut particulier de la société mère permettrait également de justifier une accentuation de la responsabilité *ex-ante* de la société mère par la voie de la responsabilité sociale ou sociétale des entreprises (RSE).

Section 2. La nécessaire accentuation d'une responsabilisation *ex-ante* de la société mère par la voie de la RSE

735. La RSE est devenue ces dernières années une préoccupation majeure, aussi bien en France que dans le cadre de l'Union européenne, afin d'inciter les entreprises à prendre en considération les préoccupations liées aux enjeux sociaux, environnementaux et éthiques. Bien qu'elle ait été pensée essentiellement pour les grands groupes de sociétés et notamment pour les « entreprises multinationales » (ENM), la RSE concerne en réalité toutes les entreprises. Elle vise en particulier à responsabiliser les sociétés contrôlaire que sont les sociétés mère vis-à-vis de leurs relations avec les différentes parties prenantes, internes (associés minoritaires et salariés) ou externes au groupe (créanciers, sous-traitants, clients, concurrents, Etats etc.). La question que nous envisageons ici est celle de la possibilité pour un tiers de rechercher la responsabilité d'une société mère du fait de ses filiales en raison de l'inobservation par ces dernières des normes s'inscrivant dans le cadre de la RSE. Si l'on constate ces dernières années un durcissement de la RSE développant des règles contraignantes, s'inscrivant progressivement dans le droit dur (*hard law*), et offrant à ce titre de potentiels nouveaux cas de responsabilité de la société mère (§1), il conviendrait à notre sens d'aller plus loin en conditionnant notamment certains régimes de faveur à l'engagement volontaire des sociétés mères d'endosser la responsabilité imputable en principe à leurs filiales (§2).

[§1. De la *soft law* à la *hard law* pour responsabiliser les groupes](#)

736. La RSE apparaît comme « un nouvel espace de normativité où le droit dur cohabite avec le droit mou¹¹⁴⁰ ». La RSE se traduit en effet aujourd'hui par un droit souple de source privée fondé sur l'intégration volontaire des entreprises (A) mais également par l'élaboration

¹¹⁴⁰ MOREAU M.-A., *L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, D. Soc., 2017, p.792

progressive – qui reste toutefois relativement timide à ce jour à notre sens – d’un cadre législatif étatique dans le cadre du droit dur de source publique (B).

A. Un droit souple (*soft law*) fondé sur l’intégration volontaire des entreprises

737. Un concept extra-juridique. La RSE est initialement est un concept extra-juridique renvoyant davantage à l’éthique des affaires. Le concept de « *Corporate Social Responsibility* » semble apparaître pour la première fois aux Etats-Unis dans les années 1950-1960¹¹⁴¹. Elle se développe à partir de cette période dans la littérature anglophone qui oppose notamment les « *shareholders* » (détenteurs de titres sociaux) des « *stakeholders* », à savoir « tout groupe d’individus ou tout individu qui peut affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs organisationnels¹¹⁴² » (collaborateurs, fournisseurs, clients, Etats etc.), et ce, afin de sensibiliser aux impacts sociaux et environnementaux de l’activité des entreprises dans une approche outrepassant l’unique recherche de rentabilité économique. Elle peut être définie comme « l’intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes », ou de manière plus générale comme « la contribution des entreprises aux enjeux de développement durable »¹¹⁴³, ou encore et de manière plus large selon la Commission européenne, comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu’elles exercent sur la société¹¹⁴⁴ ».

738. La RSE consiste ainsi pour une société ou un groupe de sociétés à mettre en œuvre une politique visant prendre en compte les enjeux essentiels de notre époque (sociaux, environnementaux, éthiques etc.) au-delà même du cadre légal qui leur est imposé, et ce, par divers moyens tels que la mise en place de bonnes pratiques (promotion de la diversité au sein des collaborateurs, égalité homme-femme), voire la remise en cause d’un certain *business model* afin de rendre compatible l’activité de l’entreprise avec les enjeux sociaux et environnementaux (réduction par exemple de l’utilisation de certaines énergies, gestion attentive des ressources etc.). Le terrain privilégié de la RSE réside ainsi principalement et

¹¹⁴¹ BOWEN H., *Social Responsibilities of the Businessman*, 1953 (republication le 01/12/2013, Ed. University of Iowa Press) ; GOYDER G., *The Responsible Corporation*, 1961

¹¹⁴² FREEMAN E., *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Boston Pitman, 1984

¹¹⁴³ Définitions données par le Ministère de l’Economie et des Finances sur le site suivant : <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/responsabilite-societale-entreprises-rse>

¹¹⁴⁴ Communication de la Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l’UE pour la période 2011-2014*, Bruxelles, 25 octobre 2011

traditionnellement dans le droit mou et l'engagement volontaire des entreprises. Ces engagements volontaires peuvent notamment se refléter à travers l'adhésion de l'entreprise à des chartes éthiques ou tout simplement s'apparenter à des engagements unilatéraux de l'entreprise dont les parties prenantes pourraient demander l'exécution effective. En ce sens, les engagements unilatéraux seraient dotés d'une force contraignante obligeant ceux qui les expriment¹¹⁴⁵.

739. Les engagements volontaires pris en compte pour responsabiliser les entreprises.

L'absence d'exécution des engagements pris par une société peut être source de responsabilité pour cette dernière, c'est ce qu'il ressort notamment d'un arrêt en date du 25 septembre 2012 de la chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹⁴⁶, confirmé par un arrêt plus récent du 20 novembre 2019 de la chambre commerciale de la même Cour de cassation¹¹⁴⁷. Dans ces arrêts, la Cour de cassation a en effet reconnu la possibilité de mettre en cause la responsabilité pénale et civile d'une société en « transformant » l'engagement volontaire de la société en obligation juridique contraignante. Si l'engagement volontaire de la société reste toujours le domaine traditionnel d'une éventuelle mise en cause de sa responsabilité sur le fondement de la RSE, une construction légale inscrivant progressivement la RSE dans le droit dur voit le jour depuis un certain nombre d'années.

B. L'élaboration timide d'un cadre juridique contraignant sans consécration de régimes spécifiques de responsabilité

740. Les pratiques qui étaient initialement basées sur le volontariat des sociétés semblent progressivement se transformer en obligations légales. En inscrivant le concept de RSE dans un cadre légal, le droit français apparaît comme un droit précurseur en matière de RSE (1) bien que les dispositifs liés à la RSE ne soient à ce jour pas véritablement accompagnés de régimes spécifiques de responsabilité. Le devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre, introduit en droit français en 2017 et qui vise spécifiquement certains groupes de sociétés, en est un exemple marquant (2).

¹¹⁴⁵ RUSSO E., TIBERGHIEU P., *RSE : les bonnes intentions obligent désormais ceux qui les expriment*, LexisNexis, La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires, n°23, 9 juin 2022, p.24

¹¹⁴⁶ Cass. crim. 25 sept. 2012, n°10-82.938 (arrêt dit "Erika") : JurisData n°2012-021445

¹¹⁴⁷ Cass. Com. 20 nov. 2019, n°18-12.817 : JurisData n°2019-020767

1. Le droit français, un droit précurseur en matière de RSE

741. Déclaration de performance extra-financière, déclaration de durabilité. La RSE s'est en premier lieu manifestée dans le droit dur à travers une obligation de « reporting extrafinancier » qui consiste à mesurer la performance des sociétés en matière de développement durable. Le champ d'application de cette obligation ainsi que le contenu du reporting extrafinancier n'ont fait que se développer ces dernières années. En effet, dès le début des années 2000, une obligation de reporting extrafinancier a été introduit en droit français imposant aux sociétés cotées la publication dans le rapport de gestion annuel d'informations relatives aux effets sociaux et environnementaux de leurs activités¹¹⁴⁸. Une ordonnance du 19 juillet 2017¹¹⁴⁹, transposant une directive européenne « NFRD » pour *Non Financial Reporting Directive* du 22 octobre 2014¹¹⁵⁰, a modifié certains aspects mais le principe reste le même, à savoir la publication d'une « déclaration de performance extra-financière » (DPEF) dans le rapport de gestion annuel de certaines sociétés¹¹⁵¹. Cette déclaration de performance extra-financière visait aussi bien les sociétés cotées que les sociétés non cotées, notamment lorsque ces dernières réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 20 millions (pour les sociétés cotées) ou 500 millions d'euros (pour les sociétés non cotées) et comptent plus de 500 salariés.

742. Depuis le 1^{er} janvier 2022 et suite à l'adoption du règlement « Taxonomie¹¹⁵² », le contenu des informations devant être déclarées a été renforcé par l'obligation faite à certaines sociétés de publier des « indicateurs de durabilité ». Dernièrement, la directive 2022/2464 du Parlement et du Conseil du 14 décembre 2022 étend l'obligation de publication des informations en matière de durabilité à toutes les sociétés cotées sur un marché réglementé. Cette évolution démontre l'ascension de la RSE dans le droit dur aussi bien dans un cadre européen que sur le plan interne français bien qu'aucun régime spécifique de responsabilité ne soit associé à ces obligations de reporting extrafinancier. Au-delà du

¹¹⁴⁸ Loi n°2001-420 dite « NRE » du 15 mai 2001, art. 116, relative aux « nouvelles régulations économiques »

¹¹⁴⁹ Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises

¹¹⁵⁰ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014, modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes

¹¹⁵¹ C. Com, art. L225-102-1, I

¹¹⁵² Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088

reporting extrafinancier, l'inscription du concept de RSE au sein du Code civil français caractérise également cette ascension.

743. Loi Pacte. La loi dite « Pacte » du 22 mai 2019¹¹⁵³, qui est également issue d'une directive européenne¹¹⁵⁴, a modifié l'article 1833 du Code civil¹¹⁵⁵. Cet article, qui prévoyait avant la loi « Pacte » que « toute société doit (...) être constituée dans l'intérêt commun des associés », dispose désormais que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». En plus de son intérêt social, le législateur considère que la société doit donc nécessairement prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux. Ainsi, suite à cette évolution législative, les décisions prises par les organes sociaux d'une société doivent en principe mesurer les conséquences desdites décisions et leurs impacts sociaux et environnementaux.

744. Cette modification législative importante n'a toutefois pas été suivie d'un régime spécifique de responsabilité en cas de manquement à ces nouvelles dispositions. En effet, bien qu'il ne soit à ce jour – toujours – pas question d'introduire un régime général de responsabilité liée à la RSE, certains auteurs considèrent néanmoins que le nouveau texte de l'article 1833 du Code civil permettrait, dans le cadre du droit commun de la responsabilité civile fondée sur la faute, d'engager la responsabilité d'une société si cette dernière ne prend pas en « considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

745. La mesure de la performance de la RSE à travers l'adoption d'une méthode alternative de comptabilité. Cette évolution nous semble toutefois insuffisante face à l'urgence de la situation climatique¹¹⁵⁶. Des acteurs préconisent d'aller plus loin en faisant évoluer les règles de la comptabilité financière pour y intégrer les enjeux de la préservation écologique, et ce dès lors que les règles actuelles ne permettent pas de rendre compte des conséquences de l'activité des entreprises sur l'environnement. Il s'agit des méthodes

¹¹⁵³ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises

¹¹⁵⁴ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013

¹¹⁵⁵ A noter par ailleurs que la Loi Pacte est également à l'origine des « sociétés à mission » considérés comme un « label légal » et non comme une nouvelle forme sociale.

¹¹⁵⁶ Voir à ce titre les rapports du GIEC (groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat) qui ne font que confirmer la situation catastrophique de la planète. La synthèse du sixième rapport d'évaluation du GIEC, publiée le lundi 20 mars 2023, indique notamment un réchauffement climatique à un rythme sans précédent et prévoit en conséquence une aggravation et une multiplication des risques climatiques et non climatiques. Le GIEC préconise ainsi des mesures fortes et massives, dans tous les domaines d'activités, en vue de limiter le réchauffement à 1,5°C et 2°C.

alternatives de comptabilité et notamment de la méthode « CARE » (*Comprehensive Accounting in Respect of Ecology* ou Comptabilité Adaptée au Renouvellement de l'Environnement) qui consiste à appliquer les principes et règles comptables traditionnelles applicable pour le capital financier aux capitaux naturels et humains. L'idée est notamment de comptabiliser au passif du bilan de la société un « capital naturel » de départ et de suivre son évolution par la comptabilisation de dépenses liées à la conservation de ce dernier¹¹⁵⁷. La dégradation du capital naturel de départ serait à ce titre clairement visible directement à travers la comptabilité dans les comptes sociaux¹¹⁵⁸. Cette méthode s'inscrirait ainsi en cohérence avec le nouvel article 1833 du Code civil qui prend désormais en compte les enjeux sociaux et environnementaux pour la gestion de toute société.

746. En tout état de cause, l'article 1833 modifié du Code civil n'envisage la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux que dans le cadre d'une société isolée, sans référence à la notion de groupe, contrairement à la loi du 27 mars 2017 qui a instauré en droit français un devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

2. Le devoir de vigilance visant spécifiquement les groupes de sociétés : un dispositif renvoyant au droit commun de la responsabilité civile

747. Présentation générale du dispositif. La loi du 27 mars 2017 a consacré en droit français un devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre afin de prévenir les atteintes graves envers les droits humains, les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes et l'environnement¹¹⁵⁹. Prévues aux articles L225-102-4 et L225-102-5 du Code de commerce, cette loi s'inscrit parfaitement dans la RSE dès lors qu'il est question de prendre en considération les impacts humains, sociaux et environnementaux, mais ne vise en réalité que certaines sociétés mères, à savoir celles membres des groupes d'une certaine importance. L'article L225-102-4 du Code de commerce prévoit en effet à cet égard que « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou

¹¹⁵⁷ Voir notamment à ce sujet : STOFFEL J.-N., *Droit comptable, éthique et impact sociétal*, in « *Ethique et Entreprise* », Revue Droit et Patrimoine, n°326, Juillet-Août 2022

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ». Plus simplement, le devoir de vigilance n'est donc applicable à ce jour qu'aux sociétés mères employant au moins 5.000 salariés en France ou 10.000 salariés dans le monde. À noter toutefois que sur le plan de l'Union européenne, une proposition de directive publiée par la Commission européenne le 23 février 2022¹¹⁶⁰ prévoit des seuils bien inférieurs à ceux prévus par le droit français¹¹⁶¹. Le devoir de vigilance pourrait en ce sens viser plus de sociétés mères et s'appliquer à un nombre beaucoup plus important de groupes de sociétés.

748. Les sociétés mères ainsi concernées (par le droit français) doivent établir et mettre en œuvre un plan de vigilance dont le contenu est délimité par la loi¹¹⁶². Il ne s'agit donc pas seulement d'élaborer et de suivre le plan de vigilance mais également de l'appliquer « de manière effective », ce qui nécessite *a priori* de documenter l'exécution du plan en particulier par des rapports d'audits ou de visites, des évaluations de tiers, des formations etc. Néanmoins, et il s'agit ici d'un aspect très critiquable, le suivi et le contrôle du plan de vigilance est effectué par la même société et non par un organisme extérieur. S'il ne prévoit pas un régime de responsabilité spécifique, l'absence de mise en pratique des objectifs contenus dans le plan de vigilance élaboré par la société mère, éventuellement « en association avec les parties prenantes¹¹⁶³ », serait toutefois susceptible d'engager la responsabilité de cette dernière sur le plan civil.

¹¹⁶⁰ Projet de directive accessible sur le site suivant : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52022PC0071>

¹¹⁶¹ L'article 2 du projet de directive prévoit notamment que le devoir de vigilance s'appliquerait notamment à toutes les sociétés à responsabilité limitée de l'UE employant plus de 500 personnes et réalisant un chiffre d'affaires net supérieur à 150 millions d'euros à l'échelle mondiale (Groupe 1), ainsi qu'à d'autres sociétés à responsabilité limitée exerçant des activités dans des secteurs à fort impact, qui n'atteignent pas les deux seuils du Groupe 1, mais emploient plus de 250 personnes et réalisent un chiffre d'affaires net de 40 millions d'euros et plus à l'échelle mondiale (Groupe 2).

¹¹⁶² Aux termes de l'article L225-102-4 du Code de commerce, ce plan de vigilance doit comporter « les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ».

¹¹⁶³ Si l'article L225-102-4 du Code de commerce prévoit que « le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale », le Conseil constitutionnel a considéré que ce texte n'avait qu'une portée incitative et donc non obligatoire.

749. Une responsabilité pour faute par renvoi au droit commun de la responsabilité civile.

L'article L225-102-5 du Code de commerce prévoit que le manquement aux obligations relatives au devoir de vigilance « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ». Le même article précise que l'action en responsabilité s'inscrit dans le cadre des dispositions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, à savoir dans le cadre du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle fondée sur la faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. En ce sens, le droit français ne consacre pas, à travers le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, une responsabilité de plein droit de la société mère du fait d'autrui, ce que le Conseil constitutionnel a confirmé¹¹⁶⁴, dès lors qu'il est nécessaire d'apporter la preuve d'une faute commise par la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre¹¹⁶⁵. La faute consiste ici dans le manquement aux obligations de vigilance, à savoir essentiellement dans l'absence ou dans la défaillance d'élaboration ou de mise en œuvre effective du plan de vigilance dès lors que le dommage subi aurait pu être évité, ou du moins minimisé, si les obligations de vigilance avaient été régulièrement exécutées par la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre.

750. Néanmoins, il ressort des dispositions des articles L225-102-4 et L225-102-5 du Code de commerce que seuls les dommages d'une certaine gravité sont susceptibles d'être réparés sur le fondement du devoir de vigilance dans la mesure où il est question, à travers le plan de vigilance, d'identifier et de prévenir « les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement », ce qui réduit considérablement le domaine d'application et de responsabilité des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre. En tout état de cause, dès lors que la loi relative au devoir de vigilance n'introduit aucune obligation de résultat, la société mère peut dans tous les cas, afin de s'exonérer de sa responsabilité, apporter la preuve qu'elle a élaboré un plan de vigilance comportant toutes les mesures raisonnables pour identifier les risques et prévenir les atteintes graves, et surtout qu'elle a engagé tous les

¹¹⁶⁴ Conseil constitutionnel, Décision n°2017-750 DC du 23 mars 2017

¹¹⁶⁵ A noter toutefois que le projet initial prévoyait de consacrer une présomption de responsabilité de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre

moyens nécessaires pour mettre effectivement en œuvre son plan de vigilance (obligation de moyen).

751. Un dispositif « contreproductif » ? Par ailleurs, dans la mesure où l'article 1833 du Code civil intègre désormais les enjeux sociaux et environnementaux – expression large qui intègre les aspects visés par le devoir de vigilance relatif aux droits humains, aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement¹¹⁶⁶ – un auteur estime qu'il serait « contreproductif, voire dangereux¹¹⁶⁷ » de maintenir le dispositif spécial prévu aux articles L225-102-4 et L225-102-5 du Code de commerce relatif au devoir de vigilance. Selon cet auteur, ce maintien conduirait à traiter les sociétés mères de manière plus souple que les autres actionnaires qui participent, d'une manière ou d'une autre, à la direction de la société¹¹⁶⁸. En effet, l'article 1833 du Code civil, qui comporte indirectement un devoir de vigilance¹¹⁶⁹, s'applique de manière générale à toutes les sociétés¹¹⁷⁰ et pourrait conduire à sanctionner tout type de manquement aux enjeux sociaux et environnementaux à travers une action en responsabilité civile fondée sur la faute, et ce, sans nécessairement prouver un dommage d'une certaine gravité, contrairement au dispositif du devoir de vigilance qui exige cette gravité. Le spécial l'emportant sur le général, le dispositif spécifique relatif au devoir de vigilance qui s'applique exclusivement à certaines sociétés mères permettrait à ce titre d'exclure l'application de l'article 1833 du Code civil bien que cela soit discutable. Le même auteur considère ainsi que le dispositif du devoir de vigilance « constitue de manière contradictoire depuis la loi PACTE un îlot potentiel de protection (des sociétés mères). L'article 1833 alinéa 2nd du Code civil pourrait transformer le régime de vigilance du Code de commerce

¹¹⁶⁶ DUCHESNE T., *La responsabilité pour faute de l'actionnaire*, Thèse Université Paris-Panthéon-Assas, 2022, n°735 et suiv. (voir en particulier, n°737)

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, n°740

¹¹⁶⁸ L'auteur considère à ce titre que « l'obligation imposée par l'article 1833 alinéa 2nd est consubstantielle à l'exercice d'un pouvoir juridique au sein de la société. Dès lors, outre le fait que cet article devrait s'appliquer à tout actionnaire dans le cadre de son pouvoir de vote, il devrait s'appliquer a fortiori pour l'actionnaire de contrôle-directorial qui participe, par son pouvoir spécifique, de la direction de la société » (DUCHESNE T., *La responsabilité pour faute de l'actionnaire*, op. cit. n°738).

¹¹⁶⁹ L'auteur considère que « la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux impose une vigilance substantielle et générale à leur égard ». Il ajoute par ailleurs à cet égard que « de même que l'article 1833 alinéa 2nd pose une obligation de gestion, le devoir légal de vigilance fait figure de norme de gestion » (DUCHESNE T., *La responsabilité pour faute de l'actionnaire*, op. cit. n°738).

¹¹⁷⁰ L'article 1833 du Code civil faisant abstraction des conditions posées par le dispositif du devoir de vigilance

en un régime qui ne serait pas craint des grands groupes – objectif initial – mais qui leur serait favorable¹¹⁷¹ ».

752. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le devoir de vigilance des sociétés mères instauré par le droit français – et peut-être bientôt sur le plan de l'Union européenne – reste malgré tout, à notre avis, une avancée non négligeable bien que critiquable sur de nombreux aspects. S'il conduit, ainsi que l'affirme très justement un auteur, « à lever le voile de la personnalité morale pour évaluer des risques dont on a longtemps estimé qu'ils ne regardaient pas les sociétés mères et/ou donneuses d'ordre¹¹⁷² », il reste néanmoins insuffisant pour responsabiliser véritablement les groupes de sociétés. Un pas doit en ce sens être franchi, ce qui suppose un cadre juridique repensé.

[§2. Un cadre juridique à repenser pour une responsabilisation effective de la société mère de lege feranda](#)

753. Le droit fiscal peut être un moyen incitatif afin de responsabiliser davantage les groupes de sociétés. L'application de certains régimes de faveur pourrait notamment être conditionnée à l'engagement de la société mère d'endosser volontairement la responsabilité de sa filiale (A). Au-delà du seul contexte des groupes de sociétés, le mouvement actuel s'inscrivant dans le cadre de la RSE et qui s'accompagne d'un renforcement des droits des associés pose la question de l'opportunité de consacrer une responsabilité générale pour faute – et non de plein droit – de l'actionnaire, et ce peu importe que ce dernier soit une société mère ou non, qu'il soit majoritaire ou non (B).

A. De la contrainte juridique à l'incitation fiscale : pour l'instauration d'un régime spécifique de responsabilité volontaire de la société mère

754. La responsabilité de la société mère que nous préconisons se caractérise par deux éléments essentiels : il s'agit d'une responsabilité reposant sur un engagement unilatéral de

¹¹⁷¹ DUCHESNE T., *La responsabilité pour faute de l'actionnaire*, op. cit., n°743

¹¹⁷² FAVARIO T., *Autonomie de la personnalité morale et devoir de vigilance*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Coll. Thèmes et commentaires, sous-coll. Actes, Ed. Dalloz, 2023, p.106, n°10. L'auteur précise à ce titre que « le devoir de vigilance, comme contrainte légale externe, transperce l'écran de la personnalité morale et impose la transparence ; il permet d'aller au-delà de celle-ci » (*ibid*, n°4).

volonté de la société mère (1) en vue d'éviter la perte du bénéfice d'un ou plusieurs régime(s) de faveur (2).

1. Un engagement unilatéral de volonté de la société mère, source de l'imputation à cette dernière de la responsabilité de ses filiales

755. Une démarche s'inscrivant dans le cadre du mouvement de durcissement de la RSE.

L'engagement volontaire de la société mère d'assumer les conséquences néfastes résultant du comportement de ses filiales s'inscrirait pleinement dans une démarche RSE du groupe de sociétés. Cette démarche aurait le mérite d'apporter une crédibilité certaine et constituerait une preuve du caractère sérieux et non purement commercial de l'engagement du groupe en faveur de la RSE¹¹⁷³. Cet engagement unilatéral de volonté de la société mère, générateur d'obligation¹¹⁷⁴, nous semble tout à fait concevable vis-à-vis des créanciers « involontaires », n'ayant aucun lien contractuel avec l'une des sociétés membres du groupe, mais victimes d'un dommage causé par une des filiales. L'idée générale est la suivante : la société mère s'engage auprès des créanciers involontaires, au moyen d'une déclaration publique et préalablement à tout contentieux, à se substituer à sa filiale en cas de condamnation financière et en cas d'insolvabilité de cette dernière.

756. Une déclaration publique, ferme, précise et éclairée. Il s'agit pour la société mère d'affirmer « noir sur blanc », par une déclaration écrite et publique, éventuellement enregistrée auprès d'un organisme spécifique afin de donner date certaine à ladite déclaration, qu'elle assumera les conséquences des dommages subis par les tiers en raison de l'inapplication, par l'une de ses filiales, des règles et/ou principes tirant leur source de la RSE. Cette déclaration publique devra être le fruit d'une volonté ferme, précise et éclairée et ainsi être dépourvue de toute ambiguïté concernant la volonté de la société mère de s'engager envers les tiers. Un modèle type de déclaration serait à ce titre fortement utile afin d'éviter le recours à certaines formules ou expressions volontairement abstraites ou imprécises de la société mère.

¹¹⁷³ La RSE étant souvent instrumentalisée à des fins marketing et de publicité des groupes de sociétés.

¹¹⁷⁴ Au même titre que la jurisprudence sociale reconnaissant que l'engagement unilatéral pris par un employeur envers ses salariés l'oblige (Cass. Soc. 25 nov. 2003, n°01-17.501).

757. À noter à cet égard que l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹¹⁷⁵ a introduit un article 1100-1 au Code civil consacrant expressément l’engagement unilatéral de volonté comme source génératrice d’obligation produisant des effets juridiques. L’article en question prévoit en effet en son alinéa premier que « les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ». Le rapport au Président de la République relatif à cette ordonnance¹¹⁷⁶ prévoit à cet égard que le texte de l’article 1100-1 du Code civil, « en précisant que l'acte juridique peut être conventionnel ou unilatéral, inclut l'engagement unilatéral de volonté, catégorie d'acte unilatéral créant, par la seule volonté de son auteur, une obligation à la charge de celui-ci ». L’efficacité juridique d’une telle déclaration unilatérale de volonté de la société mère serait ainsi pleinement assurée au regard du droit français.

758. L’étendue de l’engagement unilatéral de volonté de la société mère. L’étendue de l’engagement unilatéral de volonté de la société mère – et donc de sa responsabilité – doit être délimité. La responsabilité de la société mère envisagé ici ne concerne que les aspects relatifs à la RSE et en particulier ceux visés par le dispositif actuel du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre consacré par la loi du 27 mars 2017 et prévu aux articles L225-102-4 et L225-102-5 du Code de commerce afin de prévenir les atteintes graves envers les droits humains, les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes et l’environnement¹¹⁷⁷. En effet, il est question ici de domaines particulièrement sensibles qui justifient pleinement à notre sens une responsabilisation accrue de la société mère.

759. Un renforcement de fait du contrôle de l’activité des filiales en vue de minimiser les risques de mise en cause de la responsabilité de la société mère. Cet engagement unilatéral de volonté aurait ainsi pour conséquence de renforcer factuellement le contrôle – entendu dans son sens courant – des filiales par la société mère afin de prévenir une mise en cause de

¹¹⁷⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

¹¹⁷⁶ Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

¹¹⁷⁷ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre

la responsabilité de cette dernière. Le contenu du plan de vigilance à établir par les sociétés mères (concernées par le dispositif) serait ainsi volontairement élargi dans un réel souci de prendre en compte un maximum de précaution afin de minimiser les risques de mise en cause de la responsabilité de plein droit de la société mère. Contrairement au dispositif relatif au devoir de vigilance actuellement en vigueur, il serait alors question d'une obligation de résultat pour la société mère : cette dernière ne pourrait pas s'exonérer de sa responsabilité en apportant la preuve qu'elle a élaboré un plan de vigilance raisonnable pour identifier les risques et prévenir les atteintes graves et qu'elle a engagé tous les moyens nécessaires pour mettre effectivement en œuvre son plan de vigilance. Dans tous les cas, dès lors qu'elle s'est volontairement engagée à assumer les conséquences résultant du comportement de ses filiales auprès des tiers, la société mère devra effectivement y répondre sans pouvoir opposer un quelconque prétexte, sauf les cas de force majeure. S'agissant des sociétés mères non tenues légalement d'établir un plan de vigilance, leur engagement volontaire d'assumer la responsabilité du fait de leurs filiales les conduirait de fait à instaurer au minimum une politique de vigilance – à défaut d'établissement d'un véritable plan de vigilance – vis-à-vis de leurs filiales.

760. L'engagement d'une société mère d'assumer la responsabilité en principe imputable à sa filiale ne va pas de soi. En effet, il apparaît peu probable qu'une société mère choisisse d'elle-même d'assumer une telle responsabilité. L'organisation des entreprises sous forme de groupe de sociétés s'explique d'ailleurs très souvent par un souci de limiter les risques afférents à chaque activité volontairement isolée dans des structures différentes. Compte tenu de ces éléments et dans un souci de réalisme et d'efficacité, il nous paraît nécessaire d'inciter les sociétés mères à engager volontairement leur responsabilité du fait de leurs filiales, et de manière plus large, des entités qu'elles contrôlent.

2. Un engagement volontaire recherché : un choix à opérer entre la perte de certains régimes de faveur et l'engagement volontaire de la société mère

761. À la recherche d'un compromis. Afin d'inciter les sociétés mères à s'engager unilatéralement auprès des créanciers involontaires et assumer la responsabilité de leurs filiales à l'origine de dommages subis par lesdits créanciers, il est possible d'envisager l'inapplication de certains régimes de faveur en l'absence d'engagement volontaire de leur part. Autrement dit, certains dispositifs de faveur, notamment en matière fiscale, seraient

conditionnés à l'engagement volontaire de la société mère d'endosser la responsabilité de sa filiale. Il s'agirait ainsi de laisser le choix aux groupes de sociétés d'une certaine taille¹¹⁷⁸ d'opérer un choix entre, soit le maintien des effets découlant du principe d'autonomie juridique des personnes morales (et donc l'irresponsabilité de principe de la société mère du fait de sa filiale), soit le bénéfice de l'application des régimes de faveur (et donc l'application d'un régime de responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales appartenant au périmètre de consolidation). Il s'agit de faire un choix sur l'une ou l'autre des options. Si la société mère opte pour le maintien du principe d'autonomie juridique des sociétés membres, elle ne pourrait plus bénéficier de certains régimes de faveur. Si elle souhaite au contraire continuer de bénéficier des dispositifs de faveur, elle devra nécessairement s'engager à assumer les conséquences dommageables de ses filiales.

762. La limitation des effets du principe d'autonomie juridique aux sociétés mères non tenues d'établir des comptes consolidés. En restreignant ce nouveau régime de responsabilité volontaire aux sociétés mères tenues d'établir des comptes consolidés, l'idée serait de limiter les effets du principe d'autonomie juridique des personnes morales à la phase de développement des groupes de sociétés jusqu'à ce que ces derniers parviennent à une certaine taille. Ainsi, tant que la société mère n'est pas tenue d'établir des comptes consolidés¹¹⁷⁹, la question de l'engagement volontaire unilatéral de cette dernière ne se poserait pas. En revanche, lorsqu'elle est tenue d'établir des comptes consolidés au regard des critères retenus par la loi, critères harmonisés sur le plan de l'Union européenne¹¹⁸⁰, cela signifie que le groupe en question a atteint une certaine puissance économique. Dès lors, il nous paraît raisonnable de conditionner certains régimes de faveur, dont les conditions d'application sont souvent très souples, à certains engagements de la société mère, en

¹¹⁷⁸ En l'occurrence à ceux dont la société mère est tenue d'établir des comptes consolidés (groupes de sociétés qui dépassent globalement 2 des 3 seuils suivants : 24 millions d'euros de total de bilan, 48 millions d'euros de chiffre d'affaires, 250 salariés (Art. R233-16 du Code de commerce)

¹¹⁷⁹ L'établissement des comptes consolidés devient obligatoire lorsque deux des trois seuils suivants, appréciés au niveau de l'ensemble des sociétés du groupe, sont dépassés au titre des deux derniers exercices sociaux : un bilan supérieur à 24 millions d'euros, un chiffre d'affaires supérieur à 48 millions d'euros et un effectif supérieur à 250 personnes.

¹¹⁸⁰ Les dispositions relatives aux comptes consolidés prévues par l'article L233-16 du Code de commerce découlent d'une directive européenne (Directive 2013/34/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil), raison pour laquelle il apparaît pertinent de choisir ce critère harmonisé sur le plan de l'Union européenne.

l'occurrence celui d'assumer la responsabilité de sa filiale – en matière de RSE – lorsque cette dernière est insolvable. En effet, la société mère a pu profiter de ses filiales tout au long de la vie du groupe. Les différents dispositifs, en particulier fiscaux, ont permis d'accompagner ce développement du groupe. Il est donc légitime qu'une fois arrivé à un certain stade de développement, le législateur exige une contrepartie dans un souci d'équité et de rééquilibrage des rapports de force entre les différentes parties prenantes.

763. En lieu et place d'un régime de responsabilité de plein droit qui s'appliquerait automatiquement du fait de l'existence d'une loi spécifique en ce sens, il apparaît plus souple et plus acceptable d'inciter les sociétés mères à s'engager unilatéralement d'elles-mêmes auprès des tiers. Certes, s'il peut paraître de prime abord comme un choix forcé de la société mère, l'engagement volontaire unilatéral de la société mère doit s'analyser comme une condition d'application des régimes de faveur en question. Le régime spécifique de responsabilité de la société mère que nous envisageons ici nécessiterait donc seulement de modifier les conditions d'applications des régimes de faveur en question.

764. Les régimes de faveur fiscaux qui seraient susceptibles d'être concernés. Un tel projet ne serait pas envisageable dans le seul territoire national français en raison du risque de délocalisation des sociétés mères qui constituent généralement les centres de décisions. Il serait beaucoup plus opportun d'envisager d'introduire ce régime spécifique de responsabilité volontaire de la société mère dans un cadre international, et en particulier celui de l'Union européenne. Rappelons que c'est d'ailleurs la raison pour laquelle il nous semble pertinent de ne viser que les sociétés mères tenues d'établir des comptes consolidés, les critères d'application étant harmonisés par une directive européenne.

765. Dans le même esprit, si la grande majorité des systèmes modernes connaît un régime similaire au régime dit « mère-fille » applicable en France¹¹⁸¹, ce dispositif découle en réalité également d'une directive européenne¹¹⁸². Les conditions d'application de ce régime sont relativement souples même si elles peuvent légèrement varier d'un Etat membre à un

¹¹⁸¹ Pour plus de détails sur ce dispositif, voir *supra* n°236 et suiv.

¹¹⁸² Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents (refonte)

autre¹¹⁸³. L'objectif principal est néanmoins toujours le même, à savoir éviter la double imposition des bénéfices réalisés par les filiales. Ce régime, dont bénéficie en pratique l'essentiel des sociétés mères soumises à l'IS et qui favorise la circulation des bénéfices au sein du groupe, pourrait faire l'objet d'une révision dans un cadre européen et dans une perspective de durcissement de la RSE. La directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 pourrait à ce titre être modifiée par le rajout d'une condition supplémentaire. Il est ici question – dans un souci d'efficacité qui doit désormais primer à notre sens – de faire évoluer les objectifs de la directive mère-fille : au-delà de l'objectif primaire d'élimination des doubles impositions au sein du groupe, il s'agirait d'introduire parmi les objectifs les aspects liés à la responsabilisation des sociétés mères. Ainsi, s'agissant (uniquement) des sociétés mères tenues d'établir des comptes consolidés, et en plus des conditions actuelles d'application du régime « mère-fille », la société mère devra, pour continuer à bénéficier de ce dispositif de faveur, s'engager unilatéralement à assumer les dettes de sa filiale lorsque cette dernière est à l'origine de dommages subis par un tiers du fait de la méconnaissance des règles et/ou principes de la RSE. En pratique, les groupes de sociétés qui adoptent une politique de distribution massive de dividendes auront à notre avis tendance à accepter cet engagement volontaire de la société mère. À noter par ailleurs qu'une telle politique de distribution massive peut conduire à l'insolvabilité des filiales distributrices.

766. Une corrélation légitime entre risque et profit – rééquilibrage d'une balance trop en faveur de la société mère contrôlaire. Il apparaît en ce sens justifié d'imputer la responsabilité de la fille à la mère qui « absorbe » la totalité ou la quasi-totalité des bénéfices de sa filiale. La responsabilité suivrait en ce sens et généralement le flux de trésorerie de la filiale vers la mère¹¹⁸⁴, ce qui permettrait de rétablir la balance entre risque et profit au sein du groupe. Un auteur s'interrogeait en effet de la manière suivante : « celle qui a allègrement profité des bénéfices dégagés par sa filiale ne devrait-elle pas assumer les risques de son activité ?¹¹⁸⁵ ». Le régime que nous proposons, à savoir l'engagement volontaire et unilatéral de la société

¹¹⁸³ La France se caractérise notamment par un régime très attractif, plus souple que les critères posés par la directive européenne applicable en la matière.

¹¹⁸⁴ Y compris lorsque la décision de distribuer n'est pas suivie d'un réel flux de trésorerie (inscription en compte courant d'associé au profit de la mère).

¹¹⁸⁵ COUPET C., *L'adjonction d'un patrimoine complémentaire par un mécanisme de responsabilité : la responsabilité des sociétés mères du groupe*, in « Groupe de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées », op. cit. p.63.

mère d'assumer les conséquences financières ou extrafinancières résultant du comportement de ses filiales vis-à-vis des tiers, répond positivement à cette question et s'apparente ainsi comme une alternative crédible et réaliste à l'instauration d'une responsabilité de plein droit générale et automatique de la société mère. Le régime proposé se veut comme une solution de compromis nécessaire compte tenu des enjeux actuels et des attentes légitimes de la société civile.

B. De l'incitation fiscale à la consécration d'une responsabilité pour faute de l'associé ?

767. L'irresponsabilité de principe de l'actionnaire en question. L'évolution du droit des sociétés tend vers une redéfinition de l'associé dont les droits ne font que se renforcer depuis plusieurs années notamment en termes de droit à l'information, bien qu'il conviendrait à notre sens d'aller plus loin en tirant toutes les conséquences de l'appartenance de l'associé à un groupe afin de tendre plus encore vers un éventuel statut « d'associé de groupe¹¹⁸⁶ ». Parallèlement à ce renforcement de droits, il apparaît légitime d'instaurer en parallèle des nouveaux devoirs incombant à l'associé. Or, en l'état du droit positif, l'associé dispose d'une forme d'immunité empêchant de lui imputer une quelconque responsabilité, sauf cas exceptionnels. Un député affirmait en ce sens que « si l'actionnaire a certes des droits, nombreux, que la loi détaille amplement, il a également des devoirs, dont il est révélateur de ne pas voir la trace dans les manuels de droit des sociétés qui consacrent souvent, *a contrario*, de larges développements aux droits¹¹⁸⁷ ». L'extension relativement récente de la responsabilité pour faute détachable du dirigeant à l'associé¹¹⁸⁸ ne fait en réalité que renforcer l'irresponsabilité de ce dernier dès lors que cette forme de responsabilité est en pratique très difficile à caractériser. La responsabilité de l'associé réside en réalité à ce jour autour des cas d'abus de vote (abus de majorité, de minorité, voire d'égalité), qui reste également difficile à caractériser en pratique¹¹⁸⁹.

768. Vers l'émergence d'une responsabilité générale de l'actionnaire, au-delà de la responsabilité de la société mère majoritaire ? Au-delà de nos propositions tendant à

¹¹⁸⁶ Voir *supra* n°338 et suiv.

¹¹⁸⁷ HOUILLOON Ph., Avis n°772 présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi, adopté par le Sénat (n°719), de sécurité financière, AN, 8 avril 2003, p. 10

¹¹⁸⁸ Voir *supra* n°641 et suiv.

¹¹⁸⁹ Pour l'abus de majorité, voir *supra* n°485 et suiv.

renforcer la responsabilité de la société mère du fait de son statut particulier en tant qu'associée majoritaire contrôlante, un auteur va plus loin et estime que l'évolution précédemment décrite du droit des sociétés en faveur du renforcement des droits de l'associé justifierait la consécration et la systématisation d'une responsabilité générale pour faute de l'actionnaire, que ce dernier soit majoritaire ou minoritaire, société mère personne morale ou personne physique. La consécration d'une telle responsabilité commune à tout actionnaire nécessiterait alors de rechercher un tronc commun adapté aux différentes situations qui pourraient se présenter, et plus largement à trouver un fondement nouveau à cette responsabilité générale. L'auteur résume la problématique de la manière suivante : « la responsabilité d'un actionnaire minoritaire peut-elle être appréhendée de la même façon qu'un actionnaire de contrôle ? (...). En somme, une responsabilité cohérente de l'actionnaire peut-elle émerger ? Dans quelle mesure peut-elle trouver un socle commun à tout actionnaire ?¹¹⁹⁰ ». L'auteur considère à juste titre que la responsabilité limitée de l'actionnaire et les autres principes traditionnels qui fondent aujourd'hui le droit des sociétés (interdiction de l'augmentation des engagements des associés, irresponsabilité face aux dettes sociales, autonomie juridique de la personne morale) n'empêchent pas la consécration d'une responsabilité pour faute de l'actionnaire. Ce dernier resterait irresponsable tant qu'il agit dans le cadre de l'intérêt social de la société, intérêt social récemment élargi par la nouvelle rédaction de l'article 1833 du Code civil. L'auteur considère ainsi qu'au-delà de la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle à l'égard des autres actionnaires, l'actionnaire doit être considéré comme socialement responsable tant à l'égard de la société que vis-à-vis de l'environnement qui l'entoure¹¹⁹¹, ce qui impliquerait un certain comportement attendu de l'actionnaire se traduisant par un devoir général de vigilance de ce dernier¹¹⁹².

769. Bien qu'elle s'inscrive dans le cours de l'évolution du droit des sociétés et plus largement dans un mouvement de moralisation de la vie des affaires, la consécration d'une telle responsabilité générale pour faute de l'actionnaire, qui serait donc applicable à tout actionnaire, majoritaire, égalitaire ou minoritaire, nous semble inopportune en pratique malgré son intérêt théorique. L'accent doit à notre sens être porté sur l'actionnaire de

¹¹⁹⁰ DUCHESNE T., *La responsabilité pour faute de l'actionnaire*, op. cit., n°25

¹¹⁹¹ *Ibid.*, n°761

¹¹⁹² *Ibid.*, n°763

contrôle – la société mère dominante dans le contexte des groupes – véritable détenteur du pouvoir au sein de la société. Si l'attractivité d'un système juridique ne se résume pas aux questions de responsabilité (la fiscalité jouant notamment un rôle essentiel), la consécration d'une responsabilité générale pour faute de l'actionnaire resterait néanmoins un très mauvais signal pour les investisseurs étrangers. Une telle consécration serait éventuellement concevable à notre sens que si la plupart des systèmes juridiques européens se rallient à cette démarche, ce qui apparaît difficile en pratique à moins d'agir dans un cadre européen dans un souci d'efficacité. Bien que les impératifs économiques ne puissent à notre sens justifier une incohérence juridique persistante entraînant à son tour une injustice non justifiable sauf par des arguments économiques, il conviendrait *a minima* de trouver une solution de compromis entre impératif économique et cohérence juridique. En ce sens, si la consécration d'une responsabilité générale pour faute de tout actionnaire permettrait de rétablir une cohérence perdue et de s'inscrire dans un mouvement actuel de responsabilisation des acteurs économiques, il nous paraît plus prudent de responsabiliser la seule société mère majoritaire en raison de son statut particulier de société contrôlée. Nous nous satisferons d'une telle évolution qui peine toujours à se réaliser mais dont le temps est venu.

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE II

770. « De *lege feranda* nous persistons à estimer souhaitable que l'exercice du contrôle entraîne une responsabilité pécuniaire personnelle des contrôleurs¹¹⁹³ ». Le Professeur CHAMPAUD affirmait ces propos en 1967. Plus d'un demi siècle plus tard, la question fait toujours débat. Si elle nous semble effectivement plus juste et conforme à l'évolution du droit commun de la responsabilité civile dominée par l'idéologie de la réparation, l'introduction d'une responsabilité générale de plein droit – sans faute – de la société mère n'apparaît pas opportune en raison de potentiels impacts négatifs sur le plan économique. Les risques de délocalisation massive des holdings pour échapper à la mise en cause de leur responsabilité sont bien réels. Un tel régime général de responsabilité remettrait par ailleurs en cause le mode d'organisation des entreprises sous forme de groupe de sociétés, l'intérêt principal recherché par la constitution des groupes étant très souvent la limitation des risques par le cloisonnement des activités dans des structures différentes. Par principe, la responsabilité de la société mère doit donc continuer à être basée sur le fondement classique de la faute. Cette faute devrait toutefois pouvoir être appréciée de manière plus souple dans le contexte des groupes de sociétés, et ce, en raison du statut particulier de la société mère contrôlée, l'objectif étant bien entendu d'accentuer et de faciliter la mise en cause de la responsabilité de cette dernière.

771. Par exception, dans certaines situations s'agissant des domaines visés par la RSE et plus particulièrement en cas d'atteinte grave aux droits humains, aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement, il nous paraît légitime de consacrer un régime de responsabilité de plein droit de la société mère contrôlée. Pour ce faire, il est possible d'envisager de conditionner l'application de certains régimes de faveur en matière fiscale (et en particulier ceux découlant des directives de l'Union européenne comme le régime dit « mère-fille ») à l'engagement unilatéral de la société mère d'endosser la responsabilité par principe imputable à sa filiale. Afin de continuer de bénéficier desdits dispositifs de faveur, et notamment lorsqu'il est appliqué une politique de distribution massive au profit de la société mère, cette dernière serait ainsi souvent contrainte d'accepter

¹¹⁹³ CHAMPAUD Cl., *Les méthodes de groupement des sociétés*, RTD Com., 1967, p.1003, n°19

d'elle-même et de répondre des dommages causés aux tiers par sa filiale. Cet engagement unilatéral de la société mère contrôlaire d'assumer la responsabilité de sa filiale doit simplement être analysé, de notre point de vue, comme la contrepartie des dispositifs de faveur existants en particulier en matière fiscale et spécialement conçus pour les groupes, au bénéfice très souvent de la société mère. La société mère tire profit de l'existence et du développement du groupe, ce développement étant encouragé par le législateur. Il appartient en conséquence à la société mère contrôlaire d'assumer en contrepartie, dans un souci d'équité, les risques liés à l'activité des sociétés qu'elle contrôle.

CONCLUSION DU TITRE II

772. En droit français, la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale n'est reconnue que de manière exceptionnelle. S'agissant du droit turc, des dispositifs légaux spécialement conçus par le législateur permettent dans certaines situations de faciliter la mise en jeu de la responsabilité de la société mère par les tiers. Cependant, qu'il s'agisse du droit français ou du droit turc, le cadre juridique général nous paraît insuffisant, raison pour laquelle il est nécessaire d'envisager de nouveaux cas de responsabilité plus que de simples correctifs des régimes déjà existants. Cette responsabilisation accrue de la société mère passe par la recherche de fondements alternatifs qui légitimerait l'imputation à la société mère des faits de sa filiale.

773. Bien qu'elle s'inscrive dans la lignée de l'évolution du droit commun de la responsabilité civile, marquée par l'idéologie de la réparation, la consécration d'un régime général de responsabilité objective de plein droit – sans faute – de la société mère n'apparaît pas opportune compte tenu de ses impacts potentiellement négatifs d'un point de vue économique. Toutefois, à titre exceptionnel, certains domaines particulièrement importants justifieraient de passer outre le principe d'autonomie juridique des sociétés membres. Les domaines visés en particulier par la RSE légitimerait à notre sens l'introduction d'un régime spécial de responsabilité de plein droit de la société mère. Cette responsabilité aurait toutefois la particularité de s'appliquer uniquement en cas d'engagement unilatéral et volontaire de la société mère d'assumer la responsabilité de sa filiale. Pour inciter fortement les sociétés mères à prendre cet engagement, il est proposé de conditionner l'application de certains régimes de faveur fiscaux, en particulier le régime mère-fille, et ce en faisant évoluer les objectifs de la directive européenne applicable en la matière en prenant en considérations les enjeux liés à la RSE. Les sociétés mères devront ainsi prendre position : accepter d'être responsable pour l'ensemble des filiales qu'elles contrôlent en cas d'atteinte grave s'agissant des sujets relatifs à la RSE ou, à défaut, renoncer au bénéfice de certains régimes de faveur. Cette proposition, tenant compte des enjeux sociaux et environnementaux de notre époque, participerait ainsi à introduire des éléments relatifs à l'éthique et à la moralisation de la vie des affaires dans la pratique des groupes de sociétés.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

774. Bien que le groupe de sociétés soit souvent appréhendé comme une entité unifiée à travers des dispositifs spécifiques favorables au fonctionnement de ces derniers et en particulier à la société mère, le principe d'autonomie juridique des personnes morales conduit à l'éclatement du groupe et à l'irresponsabilité, sauf exception, de la société mère du fait de ses filiales. En d'autres termes, le groupe apparaît uni dans le cadre de son fonctionnement mais divisé lorsqu'il est question de mettre en jeu la responsabilité de la société « du haut » qui détient pourtant, *in fine*, le pouvoir au sein du groupe.

775. Face à cette incohérence et ce déséquilibre, très marquant en droit français, il est légitime d'accentuer la responsabilité de la société mère, aussi bien dans ses rapports internes qu'externes au groupe de sociétés. Dans ses rapports internes, outre la question des salariés non traitée en détail dans la présente étude¹¹⁹⁴, la responsabilisation de la société mère passe par un renforcement des droits et recours des associés minoritaires (extension de certains dispositifs aux minoritaires des filiales, consécration d'un droit de retrait, introduction d'une présomption de responsabilité de la société mère à l'égard des minoritaires dans certaines situations etc.). De la même manière, il apparaît nécessaire de renforcer les droits des tiers afin de responsabiliser davantage la société mère. Ce renforcement de dispositifs permettant d'engager plus facilement la responsabilité de la société mère aurait à notre avis un effet préventif dissuadant cette dernière de certains comportements nuisibles aux intérêts des minoritaires et des tiers. Si la société mère conserverait malgré tout sa domination juridique sur les structures contrôlées, les rapports de force intragroupe seraient néanmoins, de fait, moins déséquilibrés. Qu'il s'agisse de ses relations avec les minoritaires ou de celles avec les tiers, la responsabilité de la société mère serait davantage connectée à son pouvoir effectif au sein du groupe, permettant ainsi de rétablir la balance entre pouvoir et responsabilité, risque et profit, au sein du groupe.

¹¹⁹⁴ Voir *supra* nos développements relatifs à la notion de coemploi, n°644 et suiv.

CONCLUSION GENERALE

776. Le groupe de sociétés est une réalité que le droit ne peut ignorer. S'il n'est pas nécessairement encadré par une réglementation spécifique et autonome, il est essentiellement appréhendé en droit des sociétés à travers la notion de « contrôle », notion vaste qui tient compte de nombreuses situations de droit et de fait. Bien que d'autres branches du droit retiennent des notions concurrentes, plus ou moins larges en fonction de la finalité recherchée, la notion de contrôle apparaît comme le point de référence pour l'application de nombreux dispositifs relatifs aux groupes de sociétés. Très souvent donc, il y a groupe de sociétés lorsqu'une société en contrôle une autre. A partir de cette hypothèse, le droit retient un principe fondamental, à savoir celui de l'autonomie juridique des personnes morales composant le groupe. Chaque société composant le groupe est, sur le plan juridique, considérée comme indépendante vis-à-vis des autres et est donc censée d'abord et avant tout poursuivre son propre intérêt social. Si ce principe reste prédominant en la matière, de nombreux dispositifs juridiques et fiscaux, tenant compte de l'intérêt du groupe, ou du moins de la « logique » du groupe, favorisent le fonctionnement unitaire du groupe de sociétés dépassant ainsi son fractionnement sociétaire. Le groupe est ainsi souvent appréhendé comme une entité unique afin de faciliter son organisation interne et d'encourager son développement économique.

777. Unité de direction. Ce fonctionnement unitaire du groupe passe en premier lieu par une certaine unité dans l'organisation du pouvoir sous l'égide de la société mère et l'établissement d'une unité de direction au sein du groupe. L'objectif est de faciliter l'instauration et l'exécution d'une politique commune au sein du groupe. Les droits turc et français adoptent à cet égard une approche très différente.

778. Droit turc. Contrairement au droit français, le droit turc comporte des dispositifs légaux visant expressément à consacrer cette unité de direction au sein du groupe. Est ainsi reconnu au profit de la société mère un droit de donner des instructions à ses filiales. Il en va en particulier lorsque la société mère détient, directement ou indirectement, la totalité des titres et des droits de vote de ses filiales ou encore en cas de conclusion d'un contrat de domination. Dans les autres hypothèses, à savoir en cas de détention partielle des titres ou des droits de

vote de la filiale et/ou en l'absence de contrat de domination, ce droit de donner des instructions est indirectement reconnu à travers le système de compensation des pertes subies par la filiale. Les dirigeants de la filiale étant légalement tenus de suivre lesdites instructions émanant de la société mère, le législateur turc reconnaît l'altération de l'autonomie juridique des sociétés « du bas » et admet, en droit, la subordination de fait des dirigeants de filiales tout en maintenant la division patrimoniale au sein du groupe.

En plus de ce droit général reconnu à la société mère de donner des instructions à ses filiales, d'autres dispositifs plus spécifiques sont également prévus en vue de favoriser ou de rétablir l'unité de direction au sein du groupe. Les dirigeants et les associés de la société mère disposent notamment, *via* le rapport de domination établi par la société mère, d'un droit renforcé à l'information sur l'activité des filiales. La société mère a en outre la possibilité, en cas de détention d'au moins 90 % des titres et de droits de vote de sa filiale, d'évincer les minoritaires en rachetant leurs titres, notamment lorsque ces derniers empêchent le fonctionnement normal de la filiale en question. Ce droit au rachat forcé des titres des minoritaires apparaît comme une solution efficace et dissuasive face aux situations pathologiques qui peuvent perdurer au sein d'un groupe. Plus généralement, les différents dispositifs prévus par le droit turc offrent à la société mère les moyens de réaliser l'unité de direction au sein du groupe.

779. *Droit français.* Le droit français ne comporte pas de tels dispositifs et adopte une conception relativement stricte du principe d'autonomie juridique des sociétés groupées, ce qui n'autorise pas la subordination juridique des dirigeants de filiales à ceux de la société mère. L'instauration d'une unité de direction au sein du groupe apparaît en ce sens plus difficile en droit français. En l'absence de système de compensation des pertes subies par la filiale comme en droit turc, chaque société groupée doit en effet avant tout poursuivre son propre intérêt social. Le concept d'intérêt de groupe, bien qu'il soit issu de la jurisprudence française, n'occupe à ce jour qu'une place mineure en dehors de la matière pénale. Ce qui prime en matière de groupe en droit français, c'est donc bien l'intérêt propre et particulier de chaque membre malgré un certain infléchissement jurisprudentiel. La Cour de cassation a récemment consacré en ce sens un devoir de loyauté intragroupe des administrateurs, sanctionnant les comportements allant à l'encontre de la politique commune, devoir de loyauté qui pourrait par ailleurs être étendu à l'avenir à d'autres acteurs du groupe.

Il convient néanmoins de souligner que même en l'absence de dispositifs spécifiques reconnus en droit français, dans la mesure où la société mère contrôlaire dispose du pouvoir de nommer et de révoquer les dirigeants de ses filiales, ces derniers n'ont souvent pas d'autres choix que de suivre, dans les faits, les directives de la société mère, ce qui permet finalement l'exécution au niveau des filiales de la politique du groupe élaborée par la société mère. La souplesse offerte par la liberté contractuelle accentue par ailleurs les possibilités d'aménagement du pouvoir au sein du groupe. Les conventions d'animation, les conventions de gestion (de « management fees »), ou encore les conventions de délégation de pouvoir participent à favoriser l'établissement et l'exécution de la politique commune à l'échelle du groupe. La société mère, agissant en qualité de holding animatrice – notion prépondérante en matière fiscale – joue à cet égard un rôle important dans l'élaboration et l'instauration de la politique commune à l'échelle du groupe. Elle bénéficie également de nombreux dispositifs qui tendent à assurer une gestion opérationnelle et globale du groupe.

780. Unité de gestion. Le fonctionnement unitaire du groupe implique en effet également une gestion opérationnelle et globale du groupe dépassant les frontières de la société prise isolément. Cette gestion unitaire est assurée par de nombreux régimes spécifiques prévus en particulier en matière fiscale et visant principalement à faciliter la circulation des flux internes ainsi que la transmission de patrimoines à l'intérieur du groupe.

781. Droit français. Le système français propose à cet égard des dispositifs très compétitifs souvent créés et adaptés dans le temps dans un souci assumé d'attractivité des centres de décisions et des activités à haute valeur ajoutée sur le territoire français. Le droit français offre ainsi un cadre très favorable à la circulation des bénéfices à travers le régime dit « mère-fille » dont les conditions d'application sont très souples, plus souples que celles envisagées par la directive européenne applicable en la matière et de nombreux autres Etats membres de l'Union européenne. Même s'il présente certains risques qu'il convient de maîtriser, le droit français prévoit également une exception notable au monopole bancaire en admettant la réalisation d'opération de trésorerie au sein des groupes et la mise en commun de cette trésorerie au profit d'une structure centralisatrice qui est très souvent la société mère. Il se singularise également par son régime fiscal très favorable de quasi-exonération des plus-values de cession de titres de participation ainsi que par d'autres dispositifs fiscaux, comme le régime de l'intégration fiscale ou du nouveau régime de groupe TVA spécialement conçus

pour une gestion efficace du groupe de sociétés appréhendé ainsi comme une seule et même entité juridique. Compte tenu de cette approche unitaire, il est possible de constater des atteintes plus ou moins marquées au principe d'autonomie juridique des sociétés groupées, atteintes justifiées et légitimées par un souci de réalisme économique et d'attractivité du droit au profit des groupes. En particulier, à travers son régime des actions de préférence dissociées dit « de groupe », le droit français démontre sa capacité à surpasser certains principes et notions traditionnels du droit des sociétés (autonomie juridique des sociétés membres, notion d'associé, droit de vote etc.) qui en ressortent finalement affaiblis au profit de la logique des groupes, ce qui participe ainsi à faire avancer la construction d'un droit des groupes en invitant notamment à rechercher, au plan fiscal, un fondement à l'imposition unitaire du groupe de sociétés. Si les notions de personnalité fiscale et de « patrimoine de groupe » ne peuvent à notre sens constituer un tel fondement, il en va autrement de l'objectif de neutralité largement poursuivi en matière de fiscalité des groupes.

782. *Droit turc.* Les différents dispositifs facilitant la circulation des capitaux et des titres sont relativement proches en droit français et en droit turc, la Turquie ayant entrepris une série de réformes en vue de reprendre les acquis communautaires dans son droit interne rapprochant ainsi le droit turc du droit français. Les régimes de quasi-exonération des dividendes et des plus-values de cession de titres de participation ainsi que les dispositifs de restructurations sous contrôle commun, permettant la transmission universelle du patrimoine d'une société au profit d'une autre structure membre du groupe, sont relativement proches en droit turc et en droit français. Ce dernier apparaît toutefois, de manière générale, plus attractif que le droit turc en raison de conditions d'application plus souples. Il comporte par ailleurs des régimes particuliers, à l'instar de l'intégration fiscale, qui n'existent pas dans le système turc à ce jour. Ces dispositifs, modifiés à plusieurs reprises sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, peuvent ainsi constituer une source alternative d'inspiration pour le droit turc dans sa recherche de « performance juridique », ce dernier préférant généralement s'orienter – en raison de liens historiques et culturels mais également dans un souci de cohérence – en direction de la réglementation en vigueur en droit allemand. Qu'il s'agisse du droit français ou du droit turc, l'objectif reste néanmoins le même, à savoir celui d'offrir aux entreprises organisées sous forme de groupe de sociétés un cadre juridique et fiscal efficace

s'inscrivant dans leur recherche de compétitivité et leur permettant de s'adapter facilement aux évolutions constantes du marché.

783. Responsabilisation de la société mère. L'appréhension unitaire du groupe ne s'accompagne toutefois pas, en ce qui concerne le droit français, d'un régime de responsabilité de la société mère du fait de ses filiales. La loi, et surtout la jurisprudence, ont apporté certains correctifs mais aucun régime d'ensemble n'est prévu en droit français contrairement au droit turc. En plus des dispositions visant à favoriser le fonctionnement unitaire des groupes de sociétés, le droit turc prévoit en effet en parallèle des règles visant à responsabiliser la société mère aussi bien à l'égard des minoritaires que des créanciers. Le système de compensation des pertes subies par la filiale permet ainsi de protéger indirectement les minoritaires et les créanciers de la filiale. A défaut de compensation réalisée par la société mère ou en cas de compensation insuffisante, le droit turc prévoit au profit des minoritaires et des créanciers de la filiale des recours efficaces permettant d'engager la responsabilité de la société mère à l'origine des pertes subies par la filiale. Au-delà de son côté protecteur, le droit turc propose ainsi un cadre relativement dissuasif à l'égard de la société mère, cette dernière ne pouvant ignorer la probabilité de mise en cause de sa responsabilité en cas de méconnaissance des règles applicables dans le contexte des groupes.

Le droit français pourrait s'inspirer des dispositifs prévus en droit turc en vue de prévoir de nouveaux cas de responsabilité tout en maintenant la prééminence de la société mère et la logique majoritaire au sein du groupe, l'objectif étant avant tout de rééquilibrer la balance entre pouvoir et responsabilité par une responsabilisation accrue de la société mère. Ce déséquilibre manifeste entre pouvoir et responsabilité, caractéristique du droit français, nécessite d'être réajusté par une responsabilisation accrue de la société mère aussi bien vis-à-vis de ses relations internes au groupe qu'à l'égard des tiers externes au groupe. Le type de relation n'étant pas la même dès lors que les acteurs internes, et en particulier les associés minoritaires en ce qui nous concerne notre étude, disposent d'informations (certes insuffisantes à notre sens) que les tiers externes au groupe n'ont pas nécessairement, la responsabilisation de la société mère doit prendre une forme différente selon le type de lien entretenu par la société mère.

784. *A l'égard des minoritaires.* S'agissant des relations internes entre la société mère et les minoritaires intragroupe – qui ne doivent pas, à notre sens, être considérés comme de véritables tiers à l'égard de la société mère – plusieurs voies de responsabilisation de la société mère sont possibles. Il s'agit en premier lieu d'étendre certains dispositifs, souvent applicable uniquement au niveau d'une structure isolée, à l'espace du groupe de sociétés. Il en va notamment de l'action sociale *ut singuli* qui ne peut, en l'état actuel du droit français, être exercée uniquement par les associés d'une société à l'encontre du dirigeant de droit de cette même société. L'objectif serait notamment d'aboutir à rendre possible l'action exercée par les minoritaires d'une filiale contre une société mère agissant comme un dirigeant de fait de ladite filiale. Il est également question d'étendre d'autres dispositifs qui, bien qu'ils tiennent compte de l'insertion de la société dans un groupe, ne fonctionnent que dans un seul sens, généralement de « haut en bas ». C'est le cas en particulier de l'expertise de gestion « de groupe » qui ne profite qu'aux associés de la société mère concernant les actes de gestion réalisés par les dirigeants des sociétés contrôlées. Dans un souci de responsabilisation de la société mère – cette responsabilisation se traduisant par un renforcement des droits et actions des minoritaires intragroupe – ces dispositifs doivent également fonctionner en sens inverse, de « bas en haut », à savoir au profit des minoritaires de la filiale contre la société mère majoritaire.

Outre l'extension des dispositifs existants, nous proposons par ailleurs la consécration en droit français d'un droit de retrait des minoritaires. Ce droit de retrait se traduirait par une obligation de la société mère majoritaire de racheter les titres des minoritaires de la filiale, à condition que ce rachat soit justifié par des circonstances particulières. Enfin, il nous semble opportun et légitime de faciliter le recours des minoritaires contre la société mère par la reconnaissance d'une présomption simple de responsabilité de la société mère lorsque cette dernière agit en qualité de holding animatrice. Ainsi, en cas de pertes subies par la filiale du fait de l'exécution de la politique du groupe élaborée par la société mère animatrice, les minoritaires de la filiale pourraient agir en responsabilité contre la société mère en apportant la preuve, ou du moins un commencement de preuve, *via* les informations contenues dans le rapport de gestion (précisant très souvent les aspects relatifs à l'animation de la filiale), du caractère animateur de cette dernière. S'agissant d'une présomption simple, la société mère serait exonérée si elle parvient à démontrer que la perte subie par la filiale ne résulte pas de

l'exécution de la politique du groupe mais au contraire d'une politique autonome, et donc indépendante de celle élaborée par la société mère.

785. *A l'égard des tiers.* Les relations de la société mère avec les tiers externes au groupe nécessitent à notre sens une approche différente. En dehors des créanciers volontaires engagés dans une relation contractuelle avec une société membre d'un groupe qui peuvent (et doivent à notre sens) avoir une connaissance au moins synthétique de l'organisation interne du groupe, les tiers n'ont généralement pas connaissance de cette organisation interne des groupes. La présomption de responsabilité de la société mère animatrice que nous envisageons ci-avant au profit des minoritaires de la filiale nous semble difficile à mettre en œuvre au profit des tiers externes au groupe au regard de la difficulté pour ces derniers d'apporter la preuve du caractère animateur de la société mère. En effet, le rapport de gestion de la filiale sur lequel devront se baser ses associés minoritaires pour apporter un commencement de preuve du caractère animateur de la société mère n'est en principe pas accessible aux tiers externes au groupe.

Il convient alors d'envisager de nouveaux cas de responsabilité de la société mère à l'égard des tiers. La discussion porte à cet égard sur l'opportunité de consacrer un régime général de responsabilité de plein droit de la société mère du fait de ses filiales. Sauf cas extrême de force majeure, la société mère serait ainsi systématiquement responsable sans nécessité d'apporter la preuve d'une faute commise par cette dernière. Le projet de réforme dit « Terré » du droit de la responsabilité civile l'avait envisagé quelques années auparavant. Cette consécration, qui s'inscrirait pleinement dans le mouvement d'indemnisation des victimes dans le cadre de l'idéologie dominante de la réparation en droit de la responsabilité civile, n'est pas d'actualité à ce jour. Elle nous paraît en effet trop général car applicable à toutes les situations de groupe dès lors qu'il y a contrôle d'une société par une autre.

Dans un souci de réalisme économique et face aux risques de délocalisation des sociétés mères, il serait plus opportun à notre sens de limiter un tel régime de responsabilité de plein droit de la société mère à certains domaines jugés fondamentaux au regard des enjeux de notre époque. Les domaines visés par la RSE, et plus particulièrement par le devoir de vigilance instauré en France par la loi du 27 mars 2017, peuvent à ce titre être retenus. Dans ce cadre limité donc essentiellement aux enjeux relatifs aux droits humains, à la sécurité des personnes

et à l'environnement, nous proposons de conditionner l'application de certains dispositifs fiscaux bénéficiant aux groupes, et plus particulièrement à la société mère, à l'engagement unilatéral de cette dernière d'assumer la responsabilité qui est en principe imputable à sa filiale. L'idée serait d'inciter les sociétés mères à déclarer publiquement et à s'engager unilatéralement auprès des tiers à assumer la responsabilité de leurs filiales sur les enjeux liés à la RSE, à défaut de quoi elles perdront le bénéfice d'un ou plusieurs dispositifs fiscaux qui leur sont très favorables. La RSE ne pourrait en ce sens être qu'un simple outil de communication instrumentalisé par certains groupes. Cette responsabilisation des groupes passerait ainsi par le droit fiscal à travers la modification des conditions d'application d'un ou plusieurs régimes spécifiques visant directement les groupes, et notamment par le régime dit « mère-fille », ce qui nécessiterait au préalable une révision au niveau du droit de l'Union de la directive européenne applicable en la matière. Ce changement ne se limiterait donc pas au seul droit français mais serait harmonisé avec les autres Etats membres de l'UE, ce qui apparaît nécessaire afin d'éviter le risque de délocalisation des sociétés mères, du moins dans le cadre de l'espace de l'Union européenne.

786. Finalement, en raison de l'absence de réglementation autonome spécifique aux groupes de sociétés, réglementation dont l'objet est traditionnellement la protection des minoritaires et des créanciers, le droit français ne comporte pas un ensemble cohérent de dispositifs tenant compte de la logique des groupes de sociétés et de la situation de dépendance économique de la filiale. Les dispositifs disparates que l'on retrouve dans de nombreuses branches du droit, dans les textes ou dans la jurisprudence, nuisent à la clarté et à la prévisibilité du droit. Le droit turc assure au contraire un certain équilibre entre le nécessaire fonctionnement unitaire du groupe et la protection renforcée des minoritaires et des tiers, et ce à travers l'instauration d'un véritable droit des groupes, cohérent, claire et prévisible. Du « mensonge » de l'autonomie juridique des sociétés groupées découle des règles visant à responsabiliser la société dominante qu'est la société mère contrôlaire afin d'équilibrer au mieux les rapports de force intragroupe.

787. Ainsi, au-delà des propositions formulées tout au long de cette étude et qui porte sur le fond du droit, il nous semble également important de s'attarder sur la forme et inscrire expressément en droit français, par une construction cohérente d'ensemble, le fait économique des groupes de sociétés. Un titre entier consacré aux « groupes de sociétés » qui

serait inséré dans le Code de commerce apporterait une plus grande lisibilité, facteur de sécurité juridique et d'attractivité du droit. Une approche similaire pourrait être retenue en matière fiscale à travers la consécration d'un titre entier traitant des groupes de sociétés et réunissant en son sein l'ensemble des dispositifs visant ces derniers. Les évolutions que nous proposons en la matière, essentiellement afin d'accentuer la responsabilité de la société mère, pourraient ainsi s'accompagner d'une refonte globale des différentes dispositions touchant directement ou indirectement les groupes de sociétés.

BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie intègre des ouvrages et diverses contributions qui n'ont pas été nécessairement mentionnés dans notre étude mais dont la lecture a pu éclairer l'auteur de la présente thèse.

Les références bibliographiques seront présentées, en distinguant le droit français et le droit turc, de la manière suivante :

I. Traités, ouvrages généraux, cours

II. Thèses, ouvrages spéciaux et monographies

III. Articles, chroniques, fascicules, colloques et conférences

IV. Rapports et avis

V. Table chronologique des décisions de justice

DROIT FRANÇAIS

I. TRAITES, OUVRAGES GENERAUX, COURS

ABEL Q., BARDE C., BROM B., CABRERA M., FAYET E., LEDUC G., MACQUERON J.-M., MAGNIER V., OBLIN V., PREEL C., SIAC F., WURTZ A., *avec notamment la collaboration de CHARVERIAT A., COURET A., GILBERT F. (pour la partie juridique), et de BEETSCHEN A., CLEMENT Ch., FENALAGUENY E., GOUTHIERE B., GUTMANN D., JULIENNE V. et RUAULT F. (pour la partie fiscale), Mémento Groupe de sociétés*, éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique Francis Lefebvre, 2019

ABEL Q., CLAUDE-FENDT S., DARBON V., DE BUTLER S., FAYET E., GUIGOURES C., JORET B., MASSIOT M.-A., MULLER P., OBLIN V., QUINEY C., RIBREAU C., SIAC F., VELIN V. et WURTZ A., *avec notamment la collaboration de DONDERO B. (pour la partie groupe de sociétés), Mémento Sociétés commerciales*, éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique Francis Lefebvre, 2023

AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français, Traduit de l'allemand de ZACHARIAE*, t. 6, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 4^{ème} éd., 1873

AUDIT M., BOLLEE S., CALLE P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, coll. Précis Domat, 3^{ème} éd., 2019

BADTS D., BEAUNE I., CHAVAROT M.-P., CHICHA M.-B., DUMAS J., DUPRE J.-P., GINOUX S., GLOGOWSKI S., JACQ V., KERSALE D., KONCINA S., LARCHER I., LARZUL G., MENEGOZ L., MATCHIE P., MILAN P., MINATO M.-P., MULLER P., NEULAT G., OBLEKOWKI P., POSSAMAÏ G., SEGAUD S., TRANG J., VIEL Cl., VIUTTI S., *Mémento Fiscal*, éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique Francis Lefebvre, 2023

BORGA N., JACQUEMONT A., MASTRULLO T., *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Manuels, 12^{ème} éd., 2022

CABRILLAC R. (sous la dir. de), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 14^{ème} éd., 2023

CACHARD O., *Droit du commerce international*, LGDJ, coll. Manuel, 3^{ème} éd., 2018

CASIMIR J.-P., GERMAIN M., *Dirigeants de sociétés – juridique, fiscal, social*, Groupe Revue Fiduciaire, 7^{ème} éd., 2022

CASTAGNÈDE B., *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 6^{ème} éd., 2019

COLLET M., *Droit fiscal*, PUF, coll. Thémis droit, 11^{ème} éd., 2023

COZIAN M., *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 4^{ème} éd. (réédition), 2016

COZIAN M., DEBOISSY F., CHADEFAX M., *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, coll. Précis Fiscal, 47^{ème} éd., 2023

COZIAN M., DEBOISSY F., VIANDIER A., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 36^{ème} éd., 2023

DE LA MARDIERE Ch., *Droit fiscal de l'entreprise*, Bruylant, coll. Paradigme, 1^{ère} éd., 2022

DIDIER P., *Droit commercial*, tome 2, *L'entreprise en société, les groupes de sociétés*, PUF, coll. Thémis droit privé, 3^{ème} éd., 1999

DIDIER P., DIDIER Ph., *Les sociétés commerciales*, tome 2, Economica, coll. Corpus Droit privé, 2011

DONDERO B., *Droit des sociétés*, Dalloz, coll. Hypercours, 7^{ème} éd., 2021

FERRAN E., *Company law and corporate finance*, Oxford, 1999

GERMAIN M., MAGNIER V., *Traité de droit des affaires*, tome 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, coll. Traités, 23^{ème} éd., 2022

GEST G. et TIXIER G., *Manuel de droit fiscal*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1986

GOUTHIERE B., *Les impôts dans les affaires internationales*, 16^{ème} édition Francis Lefebvre, 2022

GUTMANN D., *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, coll. Précis Domat, 14^{ème} éd., 2023

GUYON Y., *Droit des affaires*, tome 1, *Droit commercial général et Sociétés*, Economica, 12^{ème} éd., 2003

GUYON Y., (sous la dir. de J. Ghestin), *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 5^{ème} éd., 2002

HEMARD J., TERRE F., MABILAT P., *Sociétés commerciales*, tome 1, Dalloz, 1972, tome 2, Dalloz, 1974 et tome 3, Dalloz, 1978

HOUIN-BRESSAND C., MONSERIE-BON M.-H., SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, Coll. Précis Domat, Sous-coll. Privé, 13^{ème} éd., 2022

JEANTIN M., *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1998

KENFACK H., *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. Memento, 8^{ème} éd., 2023

LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Dalloz, coll. Cours, 1^{ère} éd., 2009

LE CANNU P., DONDERO B., *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Précis Domat, 10^{ème} éd., 2023

MAGNIER V., *Droit des sociétés*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2022

MAITROT de la MOTTE A., *Droit fiscal de l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 3^{ème} éd., 2022

MERLE P., FAUCHON A., *Droit commercial. Sociétés commerciales, 2019-2020*, Dalloz, coll. Précis, 23^{ème} éd., 2019

MENJUCQ M., *Droit international et européen des sociétés*, LGDJ, coll. Précis Domat, 6^{ème} éd., 2021

MOULIN J.-M., *Droit des sociétés et des groupes*, Gualino, 2013

OUDENOT P., *Fiscalité approfondie des sociétés*, LexisNexis, coll. Précis Fiscal, 6^{ème} éd., 2022

OUDENOT P., *Fiscalité des sociétés et des restructurations*, LexisNexis, coll. Précis Fiscal, 4^{ème} éd., 2018

PERIN-DUREAU A., *Précis de droit fiscal international et de l'Union européenne*, LexisNexis, coll. Précis Fiscal, 1^{ère} éd., 2022

RACINE J.-B. & SIIRIAINEN F., *Droit du commerce international*, Dalloz, coll. Cours, 3^{ème} éd., 2018

REBATTET P., *Fiscalité internationale du patrimoine*, LexisNexis, coll. Précis Fiscal, 1^{ère} éd., 2016

RIPERT G., ROBLOT R., GERMAIN M. (sous la dir. de), MAGNIER V. (avec le concours de), *Traité de droit commercial*, tome 1, vol 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 18^{ème} éd., 2002

SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Précis Domat, 13^{ème} éd., 2022

SERLOOTEN P., DEBAT O., *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 22^{ème} éd., 2023

TERRE F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, Coll. Précis, 15^{ème} éd., 2023

VOGEL L., *European Business Law*, Bruylant, Collection Lawlex, 3^{ème} éd., 2020

II. THESES, OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES

ALLAIN T., *Les actions de préférence dans les groupes de sociétés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille - P.U.A.M., coll. Institut de Droit des Affaires, 2014

ATLAN L., BAUDESSON T., BOERINGER C.-H., SAVOURE J.-C., TROCHON Y., *Les conflits d'intérêts dans l'entreprise*, Edition LexisNexis, Collection Droit & Professionnels, 2016

AZARIAN H., *La société par actions simplifiée*, LexisNexis, coll. Droit et Professionnels, 4^{ème} éd., 2017

BARUCHEL N., *La personnalité morale en droit privé*, éléments pour une théorie, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 410, 2004

BENNINI A., *Le voile de l'intérêt social*, Thèse Université de Cergy Pontoise, 2010

BLAISE H., *L'apport en société*, thèse Rennes, 1953

BERR C., *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, Sirey, coll. Bibl. de droit commercial, 1961

BERTHET K., *L'évolution de la lutte contre les paradis fiscaux – Europe, Etats-Unis*, Larcier, 2015

BERTREL J.-P., JEANTIN M., *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, Litec, 2^{ème} éd., 1991

BIENVENUE A., *Les conventions de trésorerie dans les groupes de sociétés*, Ed. LexisNexis, Collection F.N.D.E, 2012

BODE M., *Le groupe international de sociétés : le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Peter Lang, Publications universitaires européennes, 2012

BOMMIER L., *L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise*, Coll. Thèse, Sous-coll. Bibliothèque Finances Publiques et Fiscalité - t.73, éd. LGDJ, 2021

BOUINAN SONIA YUBO L., *La lex societatis en droit international des affaires*, Thèse Bordeaux, 2015

BRIGNON B., GROSSI I. (Sous la dir. de), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Edition Joly, Lextenso, 2018

CASIMIR E., *Les catégories d'actionnaires*, thèse Paris 2, 2015

CASTRES SAINT-MARTIN-DRUMMOND F., *Les sociétés dites « holdings »*, thèse Paris 2, 1993

CAUSSADE T., *La stratégie fiscale de l'entreprise : entre optimisation et fraude*, thèse, Toulouse 1, 2017

CHADEFAUX M., *Les fusions de sociétés*, Groupe Revue Fiduciaire, 8^{ème} éd. 2016

CHADEFAUX M., DEBOISSY F., DE LA MARDIERE Ch., (sous la dir. de), *Ecrits de fiscalité des entreprises : études à la mémoire du Professeur Maurice COZIAN*, Litec/LexisNexis, 2009

CHAMPAUD Cl., *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, coll. Bibl. de droit commercial, 1962

CHAMPAUD Cl., DANET D., *Les stratégies judiciaires de l'entreprise*, Dalloz, 2006

CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU A.-L., *Les abus de majorité, de minorité et d'égalité, Étude comparative des droits français et américain des sociétés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010

COLLARD C., ROQUILLY Ch., *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, 2010

COTIGA-RACCAH A. & SANTONI-LAGUIONIE L., *Le nouveau droit européen des faillites internationales*, Ed. Bruylant, Collection Europe, 2018

COQUELET M.-L., *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse Paris X, 1994

COURET A. & MARTIN D., *Les sociétés holdings, Que-sais-je- ?, PUF, 2^{ème} éd., 1997*

DAMMANN R., SENECHAL M., *Le droit de l'insolvabilité internationale*, Joly éditions, Collection Pratique des affaires, Juin 2018

DAIGRE J.-J., (sous la dir. de), *La modernisation du droit des sociétés, premières réflexions sur le rapport Marini*, Joly, coll. Pratique des affaires, 1997

DAVID R., *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Sirey, 1928

DESBUQUOIS J.-F., *Holding animatrice de groupe et fiscalité patrimoniale*, Ed. Formation Entreprise (EFE), 2023

DESPAX M., *L'entreprise et le Droit*, LGDJ., coll. Bibliothèque de droit privé, tome 1, 1957

DONDERO (B.), *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, Contribution à la théorie de la personnalité morale*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2006

DOUVILLE T., *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Institut Universitaire de Varenne, coll. des thèses, 104, 2014

DE BISSY A., *La notion de dividende – aspects juridiques et fiscaux*, thèse, Toulouse 1, 1994

DEVAUX C., *La fabrique du droit du commerce international*, Ed. Bruylant, 2019

DIALLO Y., *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives*, Edition L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, 2019

DOM J.-P., *Les montages en droit des sociétés*, thèse, Bordeaux, 1994, Pratique des affaires, Joly

DOUET F., *Fiscalité 2.0 – Fiscalité du numérique*, 4^{ème} édition Lexis Nexis, Collection Précis Fiscal, 2023

DUCHESNE T., *La responsabilité pour faute de l'actionnaire*, Thèse Université Paris-Panthéon-Assas, 2022

EICKE R., *Tax Planning with Holding Companies*, Kluwer Law International, 2009

ESTRABAUD B., *Les groupes de sociétés en droit de la concurrence et en droit fiscal*, Mémoire réalisé en 2014 sous la direction des professeurs IDOT L. & DELAUNAY B., Université Paris II

GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, coll. Droit civil, 1985

GASTINEAU P., *La fiscalité des groupes de sociétés - l'intégration fiscale*, Edition LexisNexis, Collection Litec Fiscal, 2003

GAUTHIER T., *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Litec, 2002

GERMAIN M., PARIENTE M. : *Groupe de sociétés*, Rép. sociétés Dalloz, Recueil ; V° sociétés

GERMAIN M., PERIN P.-L., *La société par actions simplifiée*, Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 5^{ème} éd., 2013

GEST G.G., *Droit fiscal international*, PUF, Collection Droit Fondamental, 1990

GHARBI N., *Le contrôle fiscal des prix de transfert*, Paris, L'Harmattan, 2005

GHENIM E., HANNOUN Ch., HENRIOT P., PESKINE E., FIODOR R., VERNAC S. (Sous la direction de), *Groupes de sociétés et droit du travail*, Ed. Dalloz, Avril 2019

GREVAIN-LEMERCIER K., *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, PUAM, coll. Institut de droit des affaires, 2013

HAMIAUT M., *La réforme des sociétés commerciales*, vol. 1, 2, 3, Dalloz, 1966

HANNOUN Ch., *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 2016

HEDDA M., *La réception des groupes de sociétés par le droit du travail : interrogation sur la position du droit du travail à l'égard de la structuration des rapports de travail et la protection des salariés à l'intérieur des groupes de sociétés*, Thèse Université Paris 1, 2014

HMODA F., *La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés*, Thèse Université de Franche-Comté, 2013

HU X., *Le groupe de sociétés en droit français et en droit chinois*, Thèse Angers, 2010

JULLIAN N., *La cession de patrimoine*, thèse Rennes, 2016

KRUGER H., *La gestion fiscale des holdings*, Groupe Revue Fiduciaire, coll. Pratiques d'experts, 6^{ème} éd., 2022

LE CORRE P.-M. (Sous la direction de), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficultés*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2019

LE CORRE P.M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 12^{ème} éd., 2022

LE DOLLEY E. (Sous la direction de), *Les concepts émergents en droit des affaires*, Edition LGDJ, Collection Droit et Economie, 2010

LE NABASQUE H., *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit d'entreprise*, thèse Rennes 1, 1986

LECOURT B., *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 331, 2000

MASSON A., (sous la dir. de), *Les stratégies juridiques de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, coll. Droit, Management et Stratégies, 2009

MELOT N., *Fiscalité et multinationales : les groupes de sociétés, ces enfants terribles*, in « Ecrits de Fiscalité des entreprises », Etudes à la mémoire du professeur Maurice Cozian, Litec, 2009

MELOT N., *Territorialité et mondialité de l'impôt*, thèse Paris 2 2002, Nouv. Bibl. de Thèses, Dalloz, 2004

MENJUCQ M., FAGES B., (Sous la dir. de), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010

MERLE P., CHEVALLIER-MERLE E., *L'application jurisprudentielle de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales*, Dalloz, 1976

MESTRE J., VELARDOCCHIO D., *Lamy sociétés commerciales*, Lamy, 2011

MICHOUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Deuxième partie, LGDJ, 2^{ème} éd. par Louis Trotabas, 1924

MORGENSTERN P., en coll. avec BACROT B., LECLERCQ L. et PILLOT J., *L'intégration fiscale*, Revue Fiduciaire, Coll. Pratiques d'Experts, 14^{ème} éd., 2022

- MORIN C., *Le groupe des sociétés au regard du droit social*, Thèse Toulon, 2000
- MORTIER R., *Le rachat par la société de ses droits sociaux*, Dalloz, coll. Nouv. bibl. de thèses, vol. 27, 2003
- MORTIER R., *Opérations sur capital social*, LexisNexis, coll. Droit et Professionnels, 3^{ème} éd., 2023
- MOUSSERON P., *Les conventions sociétaires*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2^{ème} éd., 2013
- OPPETIT B., *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963
- OUASSINI SAHLI M., *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales*, Thèse Université Paris Dauphine, 2014
- PAGNUCCO J.-Ch., *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, Fondation de Varenne, diff. LGDJ, coll. des thèses, 2006
- PAILLUSSEAU J., *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, 1967
- PARIENTE M., *Les groupes de sociétés, aspects juridiques, social comptable et fiscal*, Litec 1993
- PEGLOW K., *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2003
- PELLETIER N., *La responsabilité des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, LGDJ, 2013
- PERCEROU R., *La personne morale de droit privé, patrimoine d'affectation*, thèse Paris, 1951
- PERIN P.-L., *L'organisation des pouvoirs dans la société par actions simplifiée*, thèse Paris 2, 1999
- QUIEVY J.-F., *Anthropologie juridique de la personne morale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2009
- RAFFRAY R., *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Ed. Dalloz, 2011
- RANC S., *Organisations sociétaires et droit du travail*, Thèse Bordeaux, 2018
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951
- SCHMIDT D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éditions, 2004
- SCHMIDT D., *Les droits de la minorité dans les sociétés anonymes*, Sirey, coll. Bibl. de droit commercial, tome 21, Paris, 1970

SCHMIDT J., *L'entreprise devant l'impôt*, Bordas-Connaissance, 1972

TORTELLIER N., *La simplification du droit des sociétés à l'aune du cas Hongkongais*, L'Harmattan, 2017

URBAIN-PARLEANI I., CONAC P.-H. (sous la direction de), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Ed. Dalloz, 2018

VANHAECKE M., *Les groupes de sociétés*, LGDJ, 1968

VERNIER E., *Fraude fiscale et paradis fiscaux. Quand l'exception devient la règle*, Dunod, 2^{ème} éd., 2018

VIANDIER A., *La notion d'associé*, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, tome 156, 1978

WEILL A., *Le principe de la relativité des conventions*, Dalloz, 1939

WYMEERSH 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

III. ARTICLES, CHRONIQUES, FASCICULES, COLLOQUES ET CONFERENCES

ARNAUD-FARAUT F., OUTIN-ADAM A.-C., *Droit des affaires: enjeux d'attractivité internationale et de souveraineté*, Rapport de la CCI Paris Ile-de-France, 2015

AUSAULT J.-J., CAVIGLIOLI C., COUPET C., DUMONT M.-P., HOUIN-BRESSAND C., LE GUEUT T., LISANTI C., MONSERIE-BON M.-H., RAYNARD J., SAINT ALARY HOUIN C., SANTONIE-LAGUIONIE L. & VALLANSAN J., « *Groupes de sociétés et procédures collectives: de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ?* », Actes du colloque tenu le 2 juin 2017 à la Faculté de Droit et Science Politique de Montpellier, Edition LexisNexis, Collection F.N.D.E, T.34, 2018

BAILLY-MASSON C., *L'intérêt social, une notion fondamentale*, LPA, 9 nov.2001, n°224, p.6

BARRET O., *À propos de la transmission universelle de patrimoine d'une société ; perspectives du droit économique*, in « Dialogues avec Michel Jeantin, Perspectives du droit économique », Dalloz, 1999, p. 109

BERGEL J.-L., *Le mythe de la simplification du droit – approche méthodologique*, in « La simplification du droit, Recherches à la confluence de la légistique et de la pratique », sous la direction scientifique de BERT D., CHAGNY M., CONSTANTIN A., Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloques et Essais, 2015, p. 21

BINTY DIOP N. et SALVADOR M.-L., *La transparence des personnes morales en droit fiscal*, in La Personnalité Juridique, sous la direction de BIOY X., Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 265 et suiv.

BISMUTH R., *La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire*, in « SFDI, L'entreprise multinationale et le droit international », Paris, Pedone, 2017, p. 429-447

BORGA N., *Autonomie de la personne morale et traitement des difficultés des sociétés*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Ed. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Sous-coll. Actes, 2023, p.25 et suiv.

CAFFIN – MOI M., *La responsabilité pour faute de l'associé : une évolution à front renversé*, in « Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain », LexisNexis – Lextenso, 2015, p. 201

CERATI-GAUTHIER A., *La nouvelle expertise de gestion assure-t-elle une meilleure information aux actionnaires minoritaires*, LPA 5 avril 2002, n°PA200206901, p.4

CHAMPAUD Cl., *Le droit français des sociétés à l'aube du XXIème siècle*, Rev. sociétés 2000, p. 78

CHAVENT-LECLERE A.-S., *Responsabilité pénale et opérations de restructuration des entreprises (fusions et opérations assimilées)*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Coll. Thèmes et commentaires, Sous-coll. Actes, Ed. Dalloz, 2023, p.113-125

CONAC P.-H., *La réglementation des groupes de sociétés dans la loi modèle européenne en droit des sociétés (European Model Company Act ou EMCA)*, in « Mélanges en l'honneur du Jean-Patrice et Michel STORCK. Liber abicorum », éd. Dalloz, 2021, p. 195

CONSTANTIN A., *L'intérêt social : quel intérêt ?*, in *Mélanges Mercadal*, p. 317

CONSTANTIN A., *Réflexions sur la validité des conventions de vote* : Mél. J. Ghestin, LGDJ, 2001, p.255

COUPET C., *L'adjonction d'un patrimoine complémentaire par un mécanisme de responsabilité : la responsabilité des sociétés mères du groupe*, in « Groupe de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées », LexisNexis, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise (F.N.D.E.), T. 34, 2018, p.61-75

COURET A., *La gestion des conflits d'intérêts*, RLDA mai 2011, n° 60

COURET A., *Le gouvernement d'entreprise, La corporate governance*, D. 1995, p. 163

COURET A., *Le harcèlement des majoritaires*, Bull. Joly Sociétés 1996, p. 112

- COZIAN M., *Peut-on immoler une société à l'intérêt du groupe ?*, JCP E 1996, p. 45
- DAGOT M., MOULY C., *L'usage personnel du crédit social et son abus (repenser la fonction des personnes morales)*, Rev. des sociétés 1988, p. 1.
- DALSACE A., *L'actionnaire et l'assemblée générale de la société anonyme*, Rev. sociétés 1960, p. 258
- DE BISSY A., *La personnalité fiscale du groupe en question(s) – Réflexion à propos de l'intégration fiscale et de la TVA consolidée*, in *La Personnalité Juridique*, sous la direction de BIOY X., Presses universitaires de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2011, p. 233 et suiv.
- DIDIER P., *Le groupe, entité juridique ?*, Note sous Com. 4 mars 1997, Dalloz, Revue des sociétés 1997, p. 554
- DIEUX X., *Le groupe de sociétés : phénomène ou institution ? Illustration dans un droit frontalier (Belgique)*, RTDF N°3, 2017
- DOM J.-F., *Les dimensions du groupe de sociétés après la réforme de l'année 2001*, Dalloz, Revue des sociétés 2002, p.1
- DONDERO B., LE CANNU P., *Haro sur le groupe de sociétés*, RTD Com. 2009, p. 759
- DONDERO B., *Pas de distribution de dividendes par une AGO autre que celle approuvant les comptes !* : BJS janv. 2023, n° BJS201o3
- FAGES B. & MENJUCQ M. (Sous la direction de), *Actualités et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, Edition Dalloz, Collection Thèmes et commentaires, 2010
- FARHI S., *Réalité juridique versus réalité économique : le groupe en procédure collective*, Gaz. Pal. 29 janv. 2019, n° 340v9, p. 23
- FAVARIO T., *Autonomie de la personnalité morale et devoir de vigilance*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Ed. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, sous-coll. Actes, 2023, p. 103
- GERMAIN M., *L'abus du droit de majorité*, à propos de l'arrêt du 22 avril 1976, Gaz. Pal., 1977, doct., p. 157
- GOFFAUX-CALLEBAUT G., *La définition de l'intérêt social*, RTD civ. 2004, p. 35
- HAMEL J., *La personnalité morale et ses limites*, D. 1949, chron. p. 141
- HAMELIN J.-F., *La responsabilité civile des sociétés mères*, in « Les éventuelles évolutions de la responsabilité civile et le droit des sociétés », Rev. Lexbase Affaires, 10 déc. 2020

HEINICH J., PATRIZIO F., *La protection des actionnaires minoritaires – Etat des lieux et perspectives*, JCP E 2018, 1185

HOPT K.-J., *Le droit des groupes de sociétés; expériences allemandes, perspectives européennes*, Rev. sociétés, 1987, 376

HOVASSE H., *La taxation des plus-values sur droits sociaux et la restructuration des entreprises*, JCP E 2001, p. 363

JULLIAN N., *Autonomie de la personne morale et opération avec soi-même*, in « Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ? » (sous la dir. de VABRES R.), Journée d'études du DJCE de Lyon, Coll. Thèmes et commentaires, Sous-coll. Actes, Ed. Dalloz, 2023, p.49 et suiv.

LE CANNU P., *Les organes de groupe*, Les Petites affiches, 4 mai 2001, n°89, p.43

LE CANNU P., *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?*, Rev. sociétés 1999, p. 519

LECOURT B., *L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ?*, Rev. sociétés 2004, p. 223

LECOURT B., *Vers une reconnaissance européenne de l'intérêt du groupe de sociétés : rapport du Professeur Pierre-Henri CONAC au nom du groupe informel d'experts en droit des sociétés auprès de la Commission européenne (Informal Company Law Expert Group)*, Dalloz, Rev. sociétés 2017, p.115

LECOURT B., *Réflexions sur la simplification du droit des affaires*, RTD com. 2015, p. 1

LE GOFF P., *Faut-il supprimer les sociétés à risque limité ? Apport et critique de l'analyse américaine du droit des sociétés*, in Revue international de droit comparé, Vol. 51, n°3, Juillet-Septembre 1999. p. 593-617

LE NABASQUE H., *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD Com. 1999 p. 273

LE NABASQUE H., *Les actions de préférence « de groupe »*, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 1297

MALAURIE Ph., *La nature de la personnalité morale*, Defrénois 1990, p. 1068

MARINI Ph., *Le droit de retrait des actionnaires minoritaires dans les sociétés non cotées*, LPA 4 nov. 1998, p.27

MARTIN D.R., *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, D. 1995, chron. P. 47

MARTIN D. R., *Valeurs mobilières : défense d'une théorie*, D. 2001, p. 1228

MONSERIE-BON M.-H., *Filiales, participations et sociétés contrôlées – régime juridique*, LexisNexis, JurisClasseur Sociétés Traité, Fascicule 165-19, 20 février 2012

MORTIER R., *L'instrumentalisation de la personne morale*, in « La personne morale », Travaux de l'association H. Capitant, Journée nationales, La Rochelle, 2009, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 31

MORTIER R., *Naissance du devoir de loyauté intragroupe*, JCP E 2019, 1296

MORTIER R., *La distribution de réserves, primes ou report à nouveau, hors assemblée annuelle d'approbation* : BRDA 7/23, 1^{er} avril 2023

PAGNUCCO J.-Ch. (Sous la direction de), *Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ?*, Colloque en date du 18 novembre 2016 à la Faculté de Droit de Caen

PAGNUCCO J.-Ch., *Le pouvoir des minoritaires dans les groupes de sociétés*, Dr. sociétés, Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur, Juin 2017

PAILLUSSEAU J., *Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports*, D. 1999, chron. p. 165

PAILLUSSEAU J., *La logique organisationnelle dans le droit. La logique du droit des sociétés*, in *Études et Actualité, Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2004, p. 567

PAILLUSSEAU J., *La nouvelle société par actions simplifiée. Le big bang du droit des sociétés !*, D. 1999, p. 333

PAILLUSSEAU J., *Le droit moderne de la personnalité morale*, RTD civ. 1993, p. 705

PAILLUSSEAU J., *Mais qu'est-ce que la personnalité morale ?*, JCP E 2019, n°19, comm. 1224

PARACHKEVOVA-RACINE I., *Intérêt de groupe, où es-tu ?*, BJS mai 2019, n°119t0

PARIENTE M., *Les groupes de sociétés et la loi de 1966*, Dalloz, Revue des sociétés 1996, p. 465

PIROVANO A., *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, p. 189

PORACCHIA D., *Les groupes de sociétés*, in « Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966 (sous la dir. de URBAIN-PARLEANI I.) », Ed. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 253

PORRACHIA D., MARTIN D., *Regard sur l'intérêt social*, Rev. sociétés 2012, p. 475

RAFFRAY R., *La notion de groupe de sociétés en droit français, une réalité éclatée ?*, Dr. Sociétés 2017, dossier 8, in « *Les groupes de sociétés : quels pouvoirs ? Quelle responsabilité ?* », Colloque en date du 18 novembre 2016 à la Faculté de Droit de Caen - sous la direction de PAGNUCCO J.-Ch.

RANDOUX D., *Vers un droit commun des groupements*, JCP G 1996, I, 3982

RANDOUX D., *Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre*, Rev. sociétés 2000, p. 105

RIVES-LANGES J.-L., *L'abus de majorité*, RJ Com. 1991, no spécial « *La loi de la majorité* », p.65

RODRIGUEZ K., *L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés*, BJS 2004, p. 330

SCHILLER S., *L'extension du rôle de la jurisprudence en droit des affaires*, in « *La création du droit par le juge* », Arch. phil. dr. 2006, t. 50, p. 213

SCHLUMBERGER E., *Le coemploi vu du droit des sociétés*, BJT 12/21, p.23

SCHMIDT D., *De l'intérêt commun des associés*, JCP E 1994, chron. p. 404

SCHMIDT D., *De l'intérêt social*, JCP E, 1995, I. page 361

SCHMIDT D., *Essai de systématisation des conflits d'intérêts*, D. 2013, n° 7

TEICHMANN Ch., *Le pouvoir dans les sociétés en Allemagne*, in « *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française : Le pouvoir dans les sociétés, Journées chiliennes* », tome LXII, Bruylant et LB2V, 2012, p. 51

THOMASSIN N., *L'organisation du pouvoir de direction dans les SAS*, in « *La SAS : 25 ans après* » (Sous la dir. de PAGNUCCO J.-Ch.), LexisNexis, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise (F.N.D.E.), T. 37, 2019, p.35-54

VALLANSAN J., *L'articulation des procédures en droit interne*, in « *Groupe de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées* », LexisNexis, coll. Fédération Nationale pour le Droit de l'Entreprise (F.N.D.E.), T. 34, 2018, p.79-85

VIANDIER A., *Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans les groupes de sociétés : transparence des personnalités morales et opacité des responsabilités*, Rev. sociétés 1986, p. 557

IV. RAPPORTS ET AVIS

Rapport dit « Marini », *La modernisation du droit des sociétés*, La Documentation française, 1996

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, JORF, 30 juillet 2004

Rapport n°114 (2004-2005) de M. MARINI, fait au nom de la Commission des finances, 15 décembre 2004

Rapport d'information du Sénat n° 347 (2006-2007), *La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation*, fait au nom de la mission commune d'information centre de décision économique, par GAUDIN Ch., 22 juin 2007

Report of the Reflexion Group on the future of the EU Company Law, Bruxelles, 5 avril 2011, p. 60

Rapport de la CCI Paris Ile-de-France fait par DURANCE J.-Y. et OUTIN-ADAM A.-C., *Fuite des centres de décision, quelles réalités ?*, 2014

Rapport d'information du Sénat n°395 (2014-2015) fait au nom de la Commission des Lois, *Droit des entreprises : enjeux d'attractivité internationale et enjeux de souveraineté*, par DELABARRE M. et FRASSA C.-A., 8 avril 2015

Rapport du Club des juristes, *Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'Union européenne*, juin 2015

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Rapport d'information n°736 (2015-2016) fait au nom de la Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées par le groupe de travail sur la « *Turquie, puissance émergente, pivot géopolitique* », par MALHURET Cl., HAUT Cl. et AÏCHI L., Sénateurs, 29 juin 2016

Rapport du Professeur CONAC au nom du groupe informel d'experts en droit des sociétés (*Informal Company Law Expert Group - ICLEG*) auprès de la Commission européenne, 2017

Rapport du Haut Comité Juridique de la place financière de la place de Paris (HCJP), *Le droit de retrait des minoritaires de sociétés non-cotées*, 26 mars 2018

Rapport du Haut Comité Juridique de la place financière de la place de Paris (HCJP), *La responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale et examen des conséquences juridiques associés aux modifications apportées aux articles 1833 et 1835 du Code civil*, 19 juin 2020

V. TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS DE JUSTICE

Cass. Req. 10 déc. 1878, D, 1879, I, p. 5 et suiv., note BEUDANT Ch.

Trib. Corr. Seine, 11 mai 1955 : JCP 1955, éd. G., II, 8973, note BASTIAN ; D. 1956, 274, note AUTESSERRE ;

Cass. Com., 18 avril 1961, n°1416 : Bull. civ. 1961, III, n°175 ; D. 1961, jurispr. p. 661 ; S. 1961, p. 257, note DALSACE

Cass. com. 18 avril 1961 n° 59-11.394 : Bull. civ. III n° 175

Cass. 1ère civ., 13 déc. 1967, n° 64-10.573, n°65-11.636 et n°66-11.665

Trib. Corr. Seine, 26 nov. 1968 : Gaz. Pal. 1969, 1, 309 ; Rev. trim. Dr. Com. 1968, 1080, obs. Houin

Cass. Com., 29 mai 1972, *SA Ets Pernot c/ Krucker* : JurisData n° 1972-097164 ; JCP G 1973, II, 17337, note GUYON Y.

Cass. Com., 12 nov. 1973, n°72-12.881

Trib. corr. Paris, 11^{ème} Ch., 16 mai 1974, Gaz. Pal., 1974, 2, 886 ; JCP E, 1975, II, 11816, obs. LACOSTE

Cass. Com., 21 octobre 1974, n°74-14680, RJ com. 1975, p.387, note CHARTIER

Cass. Crim. 16 décembre 1975 : Bull. crim. N°279, p. 735 J.C.P. 1976, éd. G., II, 18476, note DELMAS-MARTY

Cass. Com. 22 décembre 1975 : Bull. civ. IV n°314

Cass. Com. 21 avril 1977 : Bull. civ. IV, n°105

Cass. Com., 15 nov. 1977, n° 76-12.232

CE, 24 février 1978, n°2372 : Dr. fisc. 1978, n° 30, comm. 1212, concl. RIVIERE P.

Cass. Com. 30 mai 1980 n° 78-13.836 : Bull. civ. IV n° 223

Cass. Com. 8 mars 1982, rev. soc. 1983, p. 573, note GUYON Y.

Cass. Com. 4 mai 1982, rev. soc. 1983, p. 573, note GUYON Y.

CJCE, 12 juillet 1984, *Hydrotherm*, aff. 170/83, att. n°11

Cass. Crim., 4 févr. 1985, Bull. crim., n° 54, JCP G, 1986, II, 20585, note JEANDIDIER W. ; D. 1985, p. 478, note OHL D. ;

Cass. Com., 5 févr. 1985, n° 82-15.119 : JurisData n° 1985-700250 ; Bull. civ. IV, n° 44 ; JCP E 1985, II, 14534 ; JCPG 1985, 20492, note VIANDIER A.

Cass. Crim. 3 janvier 1986 : D. 1987 p. 84 note BOULOC B.

Cass. Com., 15 juillet 1987, n°86-13.644

Com. 21 déc. 1987, n°85-13.173

Com. 31 mai 1988, n°87-10134

CE, 7 oct. 1988, n°50-256, RJF 12/88, n°1296

Cass. Com., 20 déc. 1988, n°87-14.767 et n°87-15.693

CA Paris, 1^{ère} ch., 7 juin 1989, BJS 1989, p. 702

Cass. Com., 5 févr. 1991, n° 89-12.232, BRDA 1991, n° 9, p. 8, BJS 1991, p. 391

Cass. Ass. Plén., 29 mars 1991, n°89-15231, *Blieck*

CJCE C-41/90 du 23 avril 1991, *Höfner et Elser*

Cass. Com., 28 mai 1991, n° 89-20.587, Bull. civ. IV, n° 182

Cass. Com., 18 juin 1991, n° 89-17.269, BRDA 1991, no 18, p. 13 ; T. com. Bobigny, 20 nov. 1990, Dr. sociétés 1991, n° 239

Cass. Soc., 2 oct. 1991, *Klaine*

T. Com. Paris, 16 mars 1992, BJS 1992, p.527, note JEANTIN

Cass. Com. 2 juin 1992, n°90-14.613

Cass. Com. 16 juin 1992, n°89-21.949

Cass. 1^{ère} civ., 16 décembre 1992, n° 91-11.127 : JurisData n° 1992-003104

CA Paris, 3^{ème} ch. A, 16 nov. 1993 : JurisData n° 1993-024339 ; RJDA 1994/4, n° 703, p. 558

Cass. Com., 14 déc. 1993, n°92-21.225 : JurisData n°1993-002709

Cass. Crim. 26 mai 1994 n°93-83.180 et 93-82.213 : RJDA 1/95 n°28

Cass. Com. 24 janv.1995 n° 93-13.273 : RJDA 4/95 n° 439

Cass. Crim. 7 février 1995 n°94.81-832 : RJS 6/95 n°657

CE 3 mai 1995 n° 122144 et 122145

Cass. Civ. 2e, 22 mai 1995, n°92-21.197 et n°92-21.871

Cass. Crim. 10 juill. 1995, n°94-82.665 : JurisData n° 1995-002400 ; Dr. sociétés 1995, comm. 249 note VIDAL D. ; JCP G 1996. II, 22572 ; Dr. et patrimoine, 1996, n° 36, p. 18, note BERTREL J.-P. ; RJDA, 1996, n° 5, p. 432, note LE NABASQUE H.

Cass. Com., 17 oct. 1995, n° 93-16.354, BRDA 1995, n° 21, p. 7

Cass. Com., 24 oct. 1995, n°93-11.322

Cass. Com., 3 janv. 1996, n° 93-20.406, *Lamone Laleu c/ Sté Imogene* : Dr. sociétés 1996, comm. 88 ; JCP E 1996, II, 808, note HOVASSE H. ; RJDA 4/96 n°512

Cass. Com., 27 févr. 1996, Bull. civ., IV, n°65 ; D., 1996, somm. p. 343, obs. HALLOUIN J.- Cl. ; jur., p. 518, note MALAURIE Ph. ; RTD civ., 1997, p. 114, obs. MESTRE J. ; JCP G, 1996, II, 22665, note GHESTIN J. ; JCP E, 1996, II, 838, note SCHMIDT D. et DION N. ; RD bancaire et bourse, janv.-févr. 1997, p.27, n°1, obs. GERMAIN M. et MARTIN D.R.; Defrénois, 1996, p.1205, note DAGORNE-LABBE Y.

CA Amiens, 12 mars 1996, *Caja Laboral Popular. c/SARL Masy*, Dr. sociétés 1996, no 198, obs. Bonneau

Cass. Com. 2 avr. 1996, n° 94-16.380, Rev. sociétés 1996. 573, note GAVALDA ;

Cass. Com. 1^{er} oct. 1996 : RJDA 1/97 n°65

Cass. Com., 21 janvier 1997, n°94-18.883 : JurisData n°1997-000211 ; BJS, p. 312, note LE CANNU P.

Cass. Com., 4 mars 1997, n° 95-10.624

Cass. Com., 1^{er} avril 1997, n°94-18.912

Cass. 3^{ème} civ. 18 juin 1997 : RJDA 11/97 n° 1360

CJCE, 17 juillet 1997, aff. 28/95, Leur-Bloem : RJF 10/97 n°1002

CA Paris, 13 janv. 1998, BJS 1998, p. 321, note DAIGRE J-J.

Cass. Com., 20 janv. 1998, n°94-21.811, BJS 1998 p. 474, note DOM

CA Paris, 1^{ère} ch., 20 fév. 1998, *Adam c/CGE*

Cass. Com., 24 févr. 1998, n°96-12.638, *Kopcio* : RTD Com. 1998, p. 612, note CHAMPAUD Cl. et DANET D. ; Rev. sociétés, 1998, p. 546, COQUELET M.-L. ; Bull. Joly 1998, p. 813, § 266, note PETIT B.

CAA Paris, 2^{ème} ch., 1^{er} oct. 1998, req. 962307, SA Office d'annonces, RTD Com., 1999 p. 894, note CHAMPAUD Cl. Et DANET D.

Cass. Com., 27 oct. 1998, n° 96-13.277 : JurisData n° 1998-004069 ; Bull. civ. IV, n° 265

Cass. Com., 9 févr. 1999, n° 96-17.661 : JurisData n° 1999-000568 ; Dr sociétés 1999, comm. 67 ; Rev. sociétés 1999, p. 81 , note LE CANNU P.

CE, 22 mars 1999, n°163282, *SA Alphamed*, RJF 1999, n°534

Cass. 3^{ème} civ., 21 nov. 2000, n° 1542 : RJDA 2001, n° 321

Cass. Crim., 13 déc. 2000, n°99-80.387 : JurisData n°2000-008065

Cass. Com., 3 avril 2001, n°719 : RJDA 8-9/01 n°874

Cass. Com., 6 juin 2001, n°98-16.390, note GROSSI I., Revue Lamy sociétés commerciales, mars 2002, n°144, p. 1

Cass. Com., 12 févr. 2002, Bull. civ., IV, n°32 ; Dr. Sociétés, juillet-aout 2002, n°146, note BONNEAU Th. ; JCP E 2002, n°851, p. 900, n°3, obs. VIANDIER A. et CAUSSAIN J.-J. ; Rev. Sociétés 2002, p. 702, note GODON L. ; Dr. et patrimoine, mai 2002, p.94, note PORACCHIA D.

Cass. Com., 5 mars 2002, n°99-13.302

CA Versailles, 5 Février 2003, n° 01-3572

CA Versailles, 6 fév. 2003, n°02-3584 : RJDA 3/04 n°335

Cass. Com. 11 mars 2003 n° 454 : RJDA 6/03 n° 607

CA Paris, 4 juin 2003, n° 02-4255

Cass. Com., 7 janv. 2004 : RJDA 2004, n° 559

CA Lyon, 3^{ème} ch. civ., 19 fév. 2004 : JurisData n°2004-238535

CE, 9e et 10^{ème} ss-sect., 1^{er} mars 2004, n° 237013, *Sté AS représentation* ; Note Dr. fisc. 2004, n° 37, comm. 699, concl. GOULARD G.

Cass. Com., 31 mars 2004, n°03-16.614, Bull. civ., IV, n°70

Cass. Com., 12 mai 2004, n°00-15.618, *Beley*

Cass. Com., 21 sept. 2004, n°00-21.601 : JurisData n°2004-025035

Cass. Com., 30 nov. 2004, n°01-16.581 : JurisData °2004-026236 ; BJS 2005, p.254

Cass. com., 25 janv. 2005, n° 00-22.457

Cass. Com., 22 fév. 2005, n°01-13.642

Cass. Com. 15 mars 2005 n°414 : RJDA 7/05 n°814

Cass. Com., 19 avril 2005, n°05-10.094

CA Limoges, Ch. Civ., sect. 1, 4 mai 2005 : JurisData n°2005-286768

Cass. Com., 11 oct. 2005, n°03-15.448

Cass. Com., 2 nov. 2005, n°02-15895 : BJS avril 2006, p.469, note LUCAS F.-X.

Cass. Ass. Plén. 9 oct. 2006, n°542 : RJDA 1/07 n°50

Cass. Com. 28 nov. 2006, n°04-17.486, D. 2006, p.3055, note LIENHARD A.; JCP E 2006, 1361, obs. DEBOISSY FI., WICKER G.

Cass. Crim. 15 mai 2007, n°06-84.318 : RJS 8-9/07 n°969

Cass. Crim. 23 mai 2007, n°06-87.590 : RJDA 3/08 n°276

Cass. Com. 26 juin 2007, n°06-17.821

Cass. Com. 26 juin 2007, n°06-20.820

Cass. Ass. Plén., 29 juin 2007, n°06-18141

Cass. Com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537 : JurisData n° 2007-041010 ; Dr sociétés 2007, comm. 219, note HOVASSE H. ; JCP E 2007, 2433, note VIANDIER A.

Cass. Com. 26 fév. 2008, n°06-20.310 : RJDA 7/08 n°803

Cass. Com., 18 mars 2008, n° 07-10.934, BJS 2008, p. 606, note HANNOUN Ch., RJDA 2008, n°805

CA Caen, 10 avril 2008 : JurisData n°2008-366332

CE, 10^{ème} et 9^{ème} ss-sect., 28 mars 2008, n°277521, SA *Clément* : Dr. Fisc. N°15, 10 avril 2008, comm. 256

Cass. Com., 17 mars 2009, n° 08-11.819 : JurisData n° 2009-047519

Cass. Soc. 23 sept. 2009, n°07-44.200 : Bull. civ. 2009, V, n°191

Cass. Com., 6 oct. 2009, n°08-15378 : BJS mars 2010, n°57, p. 251, note LE CORRE P.-M.

CA Versailles, 2^{ème} ch. sect. 1, 7 janv. 2010, n°08/07984

Cass. Crim., 10 févr. 2010, n° 09-83.691, F-D : JurisData, n° 2010-001541 ; SALOMON R., *Dr. sociétés*, n° 5, mai 2010, comm. 103

Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2010, n°08-13.060

Cass. Com. 14 sept. 2010, n°09-16084, *Sté Samo Gestion*

CE 20 oct. 2010 n° 314248, *Sté Hyper Primeurs* ; CE 20 octobre 2010 n° 314247, *Sté Alphaprim*

Cass. Com. 8 mars 2011, *Sté BNP Paribas*, BJS juin 2011, § 259, note LUCAS F.-X

Cass. Soc. 6 juillet 2011, n°10-17.119

CE 11 juillet 2011, n°317024, *Sté Quality Invest* : *Dr. Fisc.* 2011, n°36, comm. 496, concl. L. OLLEON, note DEROUIN Ph.

Cass. Crim. 20 juillet 2011, n°10-86.705 et n°10-87.348

Cass. Com., 18 oct. 2011, n°10-18.989 : JurisData n°2011-022317

Cass. Com. 17 janvier 2012, n° 10-24.811 : RJDA 4/12 n°405

CE, 12 mars 2012, n° 342295 ; CE 20 mai 2016, n° 392527

Cass. Com. 12 juin 2012 n°11-16 : RJDA 11/12 n°968

Cass. Com. 25 sept. 2012, n°11-18312

Cass. Crim. 25 sept. 2012, n°10-82.938, *Erika* : JurisData n°2012-021445

Cass. Com. 23 oct. 2012, n°11-23376, *SA Mécasonic*

Cass. Com. 10 déc. 2012, n°12-23.720

Cass. Soc. 16 janv. 2013, n°11-26.398 : Bull. Joly 2013, p. 275

Cass. Com., 19 mars 2013, n°12-14.213

CA Paris, 4 juillet 2013, n°11-06318

Cass. Com., 15 oct. 2013, n° 12-24.389, arrêt n° 965, F-D : JurisData n° 2013-022884 ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 131, note LEGROS J.-P.

Cass. Com., 13 nov. 2013, n° 12-28.367, BJS 2014, p. 103

Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-28.367, affaire *Métaleurop* : JurisData n° 2013-026258 ; BJE 2014, n° 1, p. 18, obs. LE MESLE L.; Bull. Joly Sociétés 2014, n° 2, p. 103, note PELLETIER N.

Cass. Com., 18 févr. 2014, n° 12-29.752, arrêt n° 197 : JurisData n° 2014-002810 ; JCP E 2014, 1160, note DONDERO B. ; D. 2014, p. 764, note FAVARIO T. ; Bull. inf. C. cass. 802, 15 mai 2014, n° 882 ; RJDA 2014/7, n° 628, p. 577 ; BJS 2014/6, p. 382, note FAGES B.; D. 2014, p. 2439, obs. HALLOUIN J.-C.; Gaz. Pal. 16-17 avr. 2014, n° 106-107, p. 13-14, note BLANC N.

Cass. Com. 6 mai 2014, n°13-11.420

Cass. Com., 27 mai 2014, n° 12-28.657 : JurisData n° 2014-011476

CE, 23 juin 2014, n°360708 et n°360709

Cass. Soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.845 et n°13-15.573, RJDA 2014, n° 841, Rev. sociétés 2014, p. 709, note COURET A. et SCHRAMM M.-P.

CA Lyon, 27 nov. 2014, n°13-01347

Cass. Com. 3 fév. 2015, n°13-24.895 : RJDA 5/97 n°653

Cass. Com., 10 fév. 2015, n°14-11760 : Gaz. Pal. 13 oct. 2015, n°243g2, p.28

Cass. 3^{ème} civ. 8 juillet 2015, n°13-14348 : BJS déc. 2015, n°114h1, p.643, note HOVASSE H.

CE, 9^{ème} et 10^{ème} ss-sect., 9 nov. 2015, n° 370974, Sté Sodirep textiles SA-NV : JurisData n° 2015-026400 ; Dr. fisc. 2016, n° 24, comm. 377, concl. NICOLAZO DE BARMON M.-A., note SILBERZTEIN C., GRANEL B., CALLOUD A. et VALETEAU M. ; RJF 2/2016, n° 121

Cass. Com., 24 novembre 2015, *TER-Regards*, n°14-19685, note LE CANNU P., JCP 2016, 1018 ; note DONDERO B., Rev. Sociétés 2016, p. 433

Cass. Com., 18 mai 2016, n° 14-16.895 : JurisData n° 2016-2016-011556 ; Dr. sociétés 2016, comm. 151, note LEGROS J.-P.; Rev. sociétés 2016, p. 621, note MORELLI N.

CA Angers, 27 sept. 2016, n°15/00008, JCP E 2016, 894

Cass. Com., 11 oct. 2016, n°14-26901 : BJS jan. 2017, p.40, note MOUIAL-BASSILANA E.

CE, 25 janv. 2017 n° 391057

Cass. Soc., 7 mars 2017, n°15-16865 : BJS mai 2017, n°116h5, p. 288, note MORVAN P.

Conseil constitutionnel, Décision n°2017-750 DC du 23 mars 2017

Cass. Com., 29 mars 2017, n°16-10.016

Cass. Com., 20 avril 2017, n°15-23.600 : JurisData n°2017-011244

CJUE, 4 mai 2017, aff. C-274-15 Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg

CJUE, 21 sept. 2017, aff. C-326-15 DNB Banka

CJUE, 21 sept. 2017, aff. C-605-15 Aviva ; CJUE, 21 septembre 2017, aff. C-616-15 Commission c/ Allemagne

Cass. Com., 6 déc. 2017, n°16-21005

CE, 8^{ème} et 3^{ème} ch., 20 déc. 2017, n°414974, *Sté Worms et Cie*

Cass. Com., 13 mars 2018, n°17-22.128, Rev. Sociétés, n°6 – juin 2019, obs. HEINICH J.

Cass. Com., 21 mars 2018, n°16-20.879

Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881, JCP E 2018, 1434 et 1573, RJDA 2018, n° 839, Rev. Sociétés 2018, p. 604, obs. COURET A., BJS 2018, p. 522 et 658, JCP G 2018, 672, note DEDESSUS-LE-MOUSTIER G.

CE Plén., 13 juin 2018, n°395495

CA Versailles, 11 sept. 2018, n°17/08735 : JurisData n°2018-015665

Cass. Com., 21 nov. 2018, n°17.22.433

Cass. Com., 12 déc. 2018, *Sequana*, n°16-15217, Dr. Sociétés 2019, n°46, obs. COUPET C.

Cass. Com., 19 déc. 2018, n° 17-27.947 : JurisData n° 2018-023706 ; Act. proc. coll. 2019, comm. 37, obs. PAGNUCCO J.-Ch.; JCP E 2019, 1206, n° 8, obs. PETEL P. ; JCP E 2019, 1131, obs. CERATI-GAUTHIER A.; Dr. sociétés 2019-3, comm. 55, obs. LEGROS J.-P.; Gaz. Pal. 16 avr. 2019, p. 68, obs. GIORGINI G. C. ; BJE mars 2019, p. 27, obs. SAINTOURENS B. ; 2019 BJE mars 2019, p. 23, obs. HENRY L.-C.; LEDEN 2019-2, p. 2, obs. PELLETIER N. ; BJS 2019-2, p. 38, obs. MOUIAL-BASSILANA E. ; Gaz. Pal. 29 janv. 2019, n° 4, p. 23, obs. FARHI S. ; Rev. sociétés 2019, p.222, obs. HENRY L.-C. ; Dalloz actualité 23 janvier 2019, obs. DELPECH X.

CE Plén. 21 déc. 2018, n°402006 : RJF 3/19 n°246

Com., 13 mars 2019, n°17-22.128 : Rev. Sociétés, n°6 – juin 2019, note HEINICH J. ; BJS juin 2019, note GAUDEMET A.

Cass. Com., 22 mai 2019, n°17-13.565, P+B+R : Juris-Data n° 2019-008473 ; JCP E 2019, 1296 MORTIER R. ; JCP G 2019, 774, note DONDERO B. ; BJS oct. 2019, n°120d0, p.8, note GAUDEMET A. ; Recueil Dalloz 2019, p. 1316, note SCHMIDT D.

Cass. Com. 19 juin 2019, n°17-20.559 et n°17-20.560

CE, 3^{ème} et 8^{ème} ch., 10 juill. 2019, n° 418108, *SA BNP Paribas 1* : JurisData n° 2019-012342

Cass. Com. 20 nov. 2019, n°18-12.817 : JurisData n°2019-020767

Cass. 3^{ème} civ., 5 déc. 2019, n°18-26.102

Cass. Com., 18 mars 2020, n°17-27150, F-D, Obs. GUEGAN E., BJS Sept. 2020

Cass. Com., 10 juin 2020, n°18-15.614, F-D : JurisData n°2020-008252

Cass. Com., 24 juin 2020, n°18-17.338

CAA Paris, 16 juillet 2020, n°19PA01183

Cass. Crim. 25 nov. 2020, n°18-86.955 : Dr. pén. 2021, comm. 2, note CONTE P. : JCP G 2021

CAA Lyon, 4 février 2021, n°19LY01879

CE, 2 avril 2021, n°429319, *Alliance Négoce*

Cass. Com., 19 mai 2021, n°19-25.286 et n°20-14.112

Cass. Com. 23 juin 2021, n°19-16.351

Cass. Com., Avis, 1^{er} déc. 2021, n°20-15.164, FS-D : RJDA 2/22 n°79 ; N° Lexbase : A63597GM

Cass. Civ. 3, 16 février 2022, n° 20-15.164, FS-B : RJDA 5/22 n°273 ; Note MORTIER R. et JULLIAN N., JCP E, 2022, 1000 ; MORTIER R., Dr. sociétés, fév. 2022, n°13

CA Paris, ch. 5-9, 10 mars 2022, n°13/18511, note PAGNUCCO J.-Ch., BJS Juin 2022

CA Caen, 31 mars 2022, n°16/02837

CE, 5 juillet 2022, n°463021

T. Com. Paris, 16^{ème} ch., 23 sept.2022, n°J2021000542

I. TRAITES, OUVRAGES GENERAUX, COURS

ÇAMOĞLU Ersin, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu*, 2010

KARAHAN S., *Şirketler Hukuku*, Mimoza, 2012

PULAŞLI H., *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt II, 3. Baskı, Ankara, 2018. (Şirketler Şerhi II)

PULAŞLI H., *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt III, 3. Baskı, Ankara, 2018. (Şirketler Şerhi III)

TAŞKAN Y.-Z., *Vergi Hukuku- Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi*, Ankara, Adalet, 2020

TEKİNALP Ü., ÇAMOĞLU E., *Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırılmalı 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat*, Güncelleştirilmiş, 2012.

TEKİNALP Ü., POROY R., ÇAMOĞLU E., *Ortaklıklar Hukuku I*, Vedat Kitapçılık, 2021

TEKİNALP Ü., POROY R., ÇAMOĞLU E., *Ortaklıklar Hukuku II*, Vedat Kitapçılık, 2021

TEKİNALP Ü., *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2020

II. THESES, OUVRAGES SPECIAUX ET MONOGRAPHIES

AK A., *Vergi Hukukunda İştirakler- Kurumların İştirakleri- Açıklamalı ve Uygulamalı*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2009

AKIN I., *Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku*, Seçkin, 2014

ATAKAN M.-C., *Şirketler Topluluğunda Hâkimiyet*, Aristo, 2021

AKBAY D., *TTK Tasarısına Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma Ve Karar Alma Esasları*, 2010

AKDAĞ GÜNEY N., *Anonim Şirket Yönetiminin Kurulu Üyelerin Sorumluluğu*, 2008

AKDAĞ GÜNEY N., *Anonim Şirketler Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, 2012

BUZ F., *Grup Şirketler ve Grup Vergilendirme Rejimi*, Adalet, 2022 ;

CAN M.-C., *Hakimiyet Sözleşmesi Anonim Şirketlerden Oluşan Şirketler Topluluğu Bakımından*, Adalet, 2020

CEYHAN D., *L'imposition des b n fices des entreprises en Turquie : entre modernisme et pr occupations internationales*, Th se Lyon 3, 2012

 EKER M., *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 2011

GEDİK G., *Grup Őirketlerinin Vergilendirilmesi Sistemleri ve Konsolidasyon (Amerika ve Hollanda Mevzuatları Bakımından Deęerlendirmeler ve Türkiye için  neriler)*, On iki Levha, 2019

GÖKTÜRK K., *Őirketler Topluluęunda Sorumluluk Esasları (Anonim Őirketlerden OluŐan Topluluklar Bakımından)*, Adalet, 2022

G REL M., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Őirketler Topluluęunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doęan Sorumluluk*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009

KARATAŐ DURMUŐ N., *Les principes applicables   la d ductibilit  des charges en fiscalit  des entreprises : approche compare France et Turquie*, Th se Paris I, 2013

KARLI D., *Kurumlar Vergisi Kanunu Kapsamında Őirketlerde BirleŐme ve Devir*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020

OKUTAN NILSSON G., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre Őirketler Topluluęu Hukuku*, On iki Levha, İstanbul, 2009

OKUTAN NILSSON G. (Editör), *KarŐılaŐtırmalı Őirketler Topluluęu Hukuku - 80. YaŐ Gününde Prof. Dr.  nal Tekinalp'e Saygı Konferansı*, On iki Levha, 2018

 ZCANLI F.-B., *Őirketler Topluluęunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017

 ZCANLI F.-B., *Őirketler Topluluęunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması*, On iki Levha, 2021

ÖZTÜRKMEN A., *Kurumlar Vergisi Kanununda İŐtirak Kazançları İstisnası ve İŐtirak Hissesi SatıŐ Kazançları İstisnası*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010

ÖZSU G., *Őirketler Topluluęunda Hukuki Sorumluluk*, Adalet, 2021

SİLAHŐÖR M., *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukukta Őirketler Topluluęunun Vergilendirilmesi*, Doktora Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021

UYGUN I.-D., *Őirketler Topluluęu Hukukunda Paysahiplięi Haklarına Dayalı Hâkimiyet*, On iki Levha, 2015

YILMAZ A., *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Őirketler Topluluęuna Güvenden Doęan Sorumluluk*, On iki Levha, 2010

III. ARTICLES, CHRONIQUES, FASCICULES, COLLOQUES ET CONFERENCES

AKER H., *Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: Hakim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında bir Değerlendirme*, AÜHFD 2008, C.57 Sa.4 [1-97].

AKGÜL H., *Peçelemenin Özellikleri, Unsurları ve Vergi Hukuku Bakımından Sonuçları*, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, Haziran 2016, Sayfa: 71-87

AKSU ÖZKAN R., *Anonim Şirkette Finansal Tablo Kavramı*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 162, Şubat 2020, Sayfa: 302-311

ALTAŞ S., *Yeni TTK' ya Gore Şirketler Hukukunda Neler Değişti ?*, Ankara, 2011

BAŞ K., *Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m. 198 Uyarınca Bildirim Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Mart 2020, Sayfa: 57-97

BAYRAM A. D. E., *Peçeleme ve Muvazaa Kurumları ile Bu Kurumların Karşılaştırılması*, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Ekim 2017, Sayfa: 13-68

BÖLTEN K., *Türk Hukukunda Birleşme*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 6, Kasım 2014, Sayfa: 305-336

BORA S., *Şirket Birleşmeleri ve Birleşme Sözleşmelerinde Ortaklıktan Çıkarma*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 124, Aralık 2016, Sayfa: 37-50

BORA S., *Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Ocak 2014, Sayfa: 93-113

CHAPPUIS Ch., *La responsabilité fondée sur la confiance*, SJ 1997, 165-176

ÇAMOĞLU E., *Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, Temmuz 2013, Sayfa: 19-33

ÇATALKAYA E., *Birleşme ve Devralmalarda Dava Hakkı*, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 1, Ocak 2020, Sayfa: 23-35

ÇEBİ H., *Hakimiyet Sözleşmesi*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 19, Ocak 2019, Sayfa: 83-105

ÇEBİ H., *Şirketler Arasında Yapılan İşletme Yönetimi Sözleşmesi*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 19, Ocak 2019, Sayfa: 107-127

ÇELEBİ A. E., *Şirketler Topluluğunda Hâkim Şirket Pay Sahiplerinin Bağlı Şirketler Hakkında Bilgi Alma Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, Temmuz 2018, Sayfa: 517-575

DAYANÇ KUZEYLİ N., *Sermaye Şirketlerinin Birleşmesinde Vergi Sorumluluğu*, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Haziran 2019, Sayfa: 129-158

DEĞİRMENCİOĞLU C., *Türk Vergi Sisteminde Peçeleme*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 121, Eylül 2016, Sayfa: 60-65

DEMİR A., *Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Alacakların Teminat Altına Alınması*, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Aralık 2014, Sayfa: 17-34

DİNÇ S., *6102 Sayılı Kanun'un Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümleri ile Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk (TTK m.209) Kavramının İncelenmesi*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 126, Şubat 2017, Sayfa: 14-41

EMİNOĞLU C., *Schutzmechanismen Des Neuen Türkischen Konzernrechts (Yeni Türk Şirketler Topluluğu Hukukunun Koruyucu Mekanizmaları)*, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Haziran 2012, Sayfa: 37-54

EMİNOĞLU C., *Tek Pay Sahipli Anonim Sirkette Genel Kurul*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt : 6, Sayı : 1, Yıl 2015

ERKUŞ H., ATES L., *Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar Ve 5520 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemenin İrdelenmesi*, Vergi Dünyası, 2007, Sayı: 310

EROĞLU O., KURTULUŞ AYDIN F., *Şirketlerde Birleşmeye Yönelik Vergisel Avantajlar (« Tax advantages for merger in companies »)*, KOCATEPEIIBF Dergisi, Haziran 2020, 22 (1), 74-88

GEÇGEL E., *Şirketler Topluluğunda Tam Hâkimiyet ve Hâkim Şirketin Sorumluluğu*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 13, Ocak 2016, Sayfa: 73-90

GÖKTÜRK K., *Tam Hâkimiyette Denkleştirme Yapılmadığına İlişkin Bilginin Sorumluluğa Etkisi*, Baş ÜHFD Y.2015, C.1, S.1

GÜÇLÜ F.-C., *Holding Ve Grup Şirketler Açısından 5520 Sayılı Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu Kapsamında Taşınmaz Ve İştirak Hissesi Satış Kazancı İstisnası*, Maliye Postası, 2006

GÜRBÜZ USLUEL A. E., *Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 1, Mart 2013, Sayfa: 141-169

GÜRBÜZ USLUEL A. E., *Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukuki Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 2, Haziran 2011, Sayfa: 123-153

GÜREL M., *Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK Madde 202.2'nin Gerekliliği Üzerine*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 2, Haziran 2016, Sayfa: 211-239

İNAN N., *Birleşme ve Devralma Kurallarının Temel Sorunları*, Rekabet Bülteni, Cilt: 1, Sayı: 2, Temmuz 1999, Sayfa: 29-35

KARATAŞ DURMUŞ N., *L'acte anormal de gestion dans le cadre de la déduction des charges des entreprises, approche comparée France Turquie*, Revue Gestion et Finances Publiques, N°9/10 Septembre Octobre 2015

KARATAŞ DURMUŞ N., *Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları*, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), S:2, 2015

KENDİGELEN A., *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, On İki Levha, 2012

KESKİN F., *Kurumların Taşınmaz Ve İştirak Hissesi Satışlarında Vergi İstisnaları*, Legal Yayıncılık, 2006

KUMKALE R., *Yurt İçi İştirak Kazançları İstisnası*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 148, Aralık 2018, Sayfa: 134-134

KUMKALE R., *Holding Şirketlerin Bağlı Şirketlerine Hizmet Sunmaları*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 15, Kasım 2007, Sayfa: 279-281

MANAVGAT Ç., *Örtülü Kazanç Aktarımının Ortaklıklar Topluluğu Düzenlemelerindeki Sınırları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 1, Mart 2015, Sayfa: 87-105

NARÇIN TOSUN Z., *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 105, Mayıs 2015, Sayfa: 89-103

NAS A., *Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Koşulları ve Hukuki Sonuçları*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 37, Ocak 2019, Sayfa: 25-49

OKUTAN NILSSON G., *Şirketler Topluluğunda Güvenden Doğan Sorumluluk*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, Temmuz 2013, Sayfa: 35-76

OKUTAN NILSSON G., *Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi 18 (2), 2012, Sayfa: 258-267

OKUTAN NILSSON G., *Türk Şirketler Topluluğu Hukukunun Hedefleri Bakımından İşlevsel Bir İnceleme ve Özellikle Hâkim Şirketin Bilgi Alma Hakkı*, in "Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı", Editör: OKUTAN NILSSON G., On İki Levha, İstanbul, 2018, s.35-49

ÖZCANLI F.B., *Şirketler Topluluğu Hukukuna İlişkin Avrupa'da Ortaya Çıkan Yeni Yaklaşımlar*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017, Sayfa: 355-387

ÖZDİN F., *Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 197, Ocak 2021, Sayfa: 319-364

ÖZDİN F., *Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulamasında Bağlı Şirket Yönetim Organının Sermayenin Korunması İlkesi Bağlamındaki Yükümlülükleri ve Sorumluluğu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Sermaye Şirketleri Hukukunda GüncelGelişmeler Sempozyumu, 19 Haziran 2019, İstanbul, Ocak 2020, s. 51-118

ŞAHİN A., *Bağlı Şirket Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 197, Ocak 2021, Sayfa: 159-203

SEVİ A. M., *Hâkim Şirket Yöneticilerinin Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 151, Mart 2019, Sayfa: 112-139

PULAŞLI H., *Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Dilingence*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2007, Sayfa: 203-235

PULAŞLI H., *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 2, Yıl 2012, s. 587-600

SCHMIDT K., *Evaluation of Turkish Corporate Group Law from a German Law Perspective*, in "Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku - 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı", Editör: OKUTAN NILSSON G., On iki Levha, İstanbul, 2018, s. 55-70

SEKMEN O., *Şirketler Hukukunda, TTK m.208 Hükmü ile Hâkim Şirkete Tanınan Satın Alma Hakkı (Squeeze-Out Right)*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 197, Ocak 2021, Sayfa: 29-93

SUSUZ K., *Anonim Şirketlerin Birleşmesinde Yönetim Kurulunun Hukuki Sorumluluğu*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 151, Mart 2019, Sayfa: 140-146

ŞAHİN M., *Ticaret Şirketlerinin Birleşmesinde Denkleştirme Davası; Devam Eden Tartışmalar, Tespitler ve Öneriler*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 199, Mart 2021, Sayfa: 575-607

TEKİNALP Ü., *Bağlı Yönetim Kurulunun "Kayıp"la İlgili Sorumluluğu*, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, 2017

ÜNLÜ U., *Sermaye Şirketlerinin Birleşmesi; Birleşme Türleri, Birleşme Nedenleri ve Kolaylaştırılmış Şekilde Birleşme*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 133, Eylül 2017, Sayfa: 107-116

ÜNLÜ U., *Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi ve Bölünmesi*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014, Sayfa: 323-330

ÜNLÜ U., *Şirketler Topluluğunda Hâkimiyet Ve Sorumluluk İlişkisi*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 122, Ekim 2016, Sayfa: 102-107

ÜNLÜ U., *Türk Ticaret Kanununa Göre Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi İşlemlerinin Kurumlar Vergisi Boyutu*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 104, Nisan 2015, Sayfa: 94-99

YALÇIN SIRAKAYA E., *Şirketler Topluluğu'nda Tam Hakimiyet Halinde Alacaklıların Dava Açma Hakkı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 42, Nisan 2020, Sayfa: 363-385

YAZICI A. H., *Lifting the Corporate Veil in Group of Companies: Would the Single Economic Unit Doctrine of EU Competition Law Set a Precedent ?*, Law and Justice Review, Cilt: 5, Sayı: 9, Aralık 2014, Sayfa: 127-172

YİĞİTOĞLU Z. Ö., *Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası*, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Haziran 2015, Sayfa: 149-180

YILDIZ S., *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, s. 224, Ankara 2004

YILMAZ A., *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 2, Haziran 2015, Sayfa: 99-128

INDEX

L'index alphabétique renvoie au numéro des paragraphes

A

Abandon de créance..... 313, 387

Abus

Abus de biens sociaux 165, 201, 301, 353

Abus de droit fiscal 24

Abus de la personnalité morale..... 649 et s.

Abus de majorité 299 et s., 485 et s.

Acte anormal de gestion..... 305 et s., 448, 546

Action sociale

Ut singuli 494 et s., 553 et s.

Ut universi 494

Actions de préférence "de groupe" ... 315 et s.

Administrateur provisoire 475

Affectio societatis..... 339, 380 et s.

Animation 101 et s., 204 et s., 597 et s.

Apparence trompeuse 642 et s.

Apport..... 389 et s.

Attractivité 315 et s.

Attractivité des holdings 268 et s.

Attractivité du droit (généralités)..... 26 et s.

Perte d'attractivité (intégration fiscale)..356

Perte d'attractivité (responsabilité de plein

droit de la société mère) 727 et s.

Régime des valeurs mobilières..... 315 et s.

Associé 315 et s.

Associé "de groupe" 338 et s.

Usufruitier (non) 327

Autonomie juridique des personnes morales

(principe) 23 et s.

B

Bénéfices..... 315 et s.

Distribution..... 320

Exonération des distributions..... 236 et s.

BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) 25

C

Coemploi 644

Compensation des pertes (droit turc)

Notion de pertes 504 et s.

Régime 509 et s.

Concentration économique..... 107 et s.

Confusion de patrimoines V. Patrimoine

Consolidation

Consolidation comptable . 56, 381, 467, 762

Consolidation "sauvage" 252

Consolidation du paiement de la TVA.... 365

Continuité

de la personne morale 407, 444

de l'activité 445 et s.

Contrôle

Contrôle-directorial 68, 185 et s., 491

Limites..... 74 et s.

Notion 37 et s.

Conventions intragroupe

Convention d'animation..... 208 et s.

Convention de management..... 199 et s.

Convention de trésorerie 286 et s.

Convention de vote..... 64

Délégation de pouvoir..... 212 et s.

D

Déficits

Consolidation "sauvage"V. Consolidation
Intégration fiscale 359
Transfert de déficits (fusion) 253 et s.

Devoir de loyauté des dirigeants

à l'égard des associés 188
à l'égard de la société 189
Devoir de loyauté intragroupe 191 et s.

Devoir de vigilance

Devoir général de vigilance 768
Loi du 27 mars 2017 747 et s.

Dirigeant

Dirigeant de fait 497, 553 et s., 588 et s.
Dirigeant "de groupe" 178 et s., 196

Dividendes..... 42

Distribution (régime mère-fille)..... 236 et s.
Politique de distribution massive ...602, 721

E

Effet relatif des contrats..... 642

Ethique 737 et s.

Expertise de gestion

Régime 469 et s.
Proposition d'extension 544 et s.

F

Fautes

Faute caractérisée .. 637 (*note de bas de page 974*)
Faute détachable/séparable 635 et s.
Faute de gestion 637 et s.
Proposition d'harmonisation..... 638

Fictivité..... 649 et s.

Filiales détenues à 100 %

Assouplissement du régime de l'intérêt de
groupe (proposition) 167 et s.
Droit de la société mère de donner des
instructions (droit turc)..... 24
Filiales à 100 % et succursale 131
Fusions simplifiées et TUP 417 et s.
Responsabilité de la société mère
(droit turc) 417 et s.

Fusion sous contrôle commun

Assouplissement juridique 424 et s.
Neutralité comptable 403 et s.
Neutralité fiscale 408 et s., 436, 443, 446
Opération intercalaire 257, 443

G

Groupe de sociétés

Approche économique 1
Approche juridique 2 et s.

H

Holding animatrice

Notion V. Animation
Responsabilité 585 et s.

Holding de rachat 360

I

**Indépendance juridique des personnes
morales** V. Autonomie juridique

Immixtion (de la société mère dans la gestion de la filiale)

Droit français ... 592 et s., 633, 645, 731 et s.
Droit turc 135, 502 et s.

Influence 42
Influence (dr.fiscal)..... 96 et s.
Influence dominante (dr.comptable). 45 et s.
Influence déterminante (dr.concurrence)108
Influence notable (dr.comptable) 45

Intégration fiscale..... 347 et s.

Intérêt de groupe

Absence de reconnaissance (dr.civil) 170
Absence de reconnaissance (dr.fiscal) ... 307
Assouplissement du régimeV. Filiales détenues à 100 %
Consécration (dr.pénal) 163 et s.
Intérêt de groupe et abus de majorité 487
Intérêt de groupe et conv. réglementées. 483
Intérêt de groupe et expertise de gestion 470
Intérêt de groupe et responsabilité de la société mère 621 et s.
Volonté de reconnaissance (dr.UE) ..10, 171

Intérêt social 159 et s., 299, 486, 498
Notion 159 et s.
Intérêt social et abus de majorité 299,486 et s.
Intérêt social et action *ut singuli* 498 et s.
Intérêt social et conv. réglementées 482
Intérêt social et droit de retrait des minoritaires 573

L

LBO (Leverage Buy Out)

et centralisation de la trésorerie 302
et intégration fiscale 360

Lettres d'intention..... 691

Liberté

de circulation 228
d'établissement 228
de gestion (dr.fiscal) 306

M

Mandataire social

Organe de direction V. Dirigeant
Salarié-mandataire social 219 et s.

Moralisation des affaires..... V. Ethique

N

Neutralité fiscale

Fondement 432 et s.
Notion 396 et s.

O

Objectif de neutralité fiscale V. Neutralité fiscale

Opération intercalaire V. Fusion

P

Participations réciproques..... 76 et s.

Patrimoine

Confusion de patrimoines 303, 651 et s.
Dissolution-confusion (TUP) 429 et s.
Patrimoine d'affectation 392 et s.
Patrimoine "de groupe" 385 et s.
Théorie subjective du patrimoine 391

Personnalité

morale 23, 119, 391 et s.
fiscale 373 et s.

Plus-values

Exonération des PVLT de cession de titres de participation 268 et s.
Notion 265

Politique commune du groupe 120

Procédures collectives 554, 647 et s.

Q

Quote-part de frais et charges (QPFC)

Abandon de la neutralisation de la QPFC des PVLT (intégration fiscale) 357,360
Régime mère-fille 240
Régime des PVLT de cession de titres de participation 271 et s.

R

Raison d'être 161

Rapports

- Rapport de dépendance..... 515 et s.
- Rapport de domination 140 et s.
- Rapport de gestion 606
- Rapport de gestion "de groupe" 467

Responsabilité..... 42

- environnementaleV. Faute caractérisée
du fait des choses 717
- du fait d'autrui 718
- pénale de la société absorbante..... 444
- présomption de responsabilité 585 et s.
- sociale des entreprises (RSE)..... 735 et s.

Retrait des minoritaires (droit de)

- Droit français (propositions)..... 561 et s.
- Droit turc 522 et s.

S

Salarié-mandataire social 219 et s.

Squeeze out..... 147 et s.

Succursale 131, 376

I

Théorie du risque 601 et s.

Titres sociaux

- Titres autodétenus..... 90 et s.
- Titres de placement96, 246
- Titres de participation..... 96 et s., 267 et s.

Transmission universelle de patrimoine

V. Patrimoine, Fusion

Transparence fiscale..... 375 et s.

Trésorerie.....V. Conventions intragroupe

U

Ut universi/singuli.....V. Action sociale

V

Valeurs mobilières..... 315 et s.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	15
PARTIE I. FAVORISER LE FONCTIONNEMENT UNITAIRE DU GROUPE DE SOCIETES	41
TITRE I. FAVORISER L'UNITE DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR AU SEIN DU GROUPE.....	43
<i>Chapitre I. L'acquisition du pouvoir : la recherche du contrôle des sociétés du groupe.....</i>	<i>45</i>
Section 1. La notion de contrôle.....	45
§1. L'évolution de la notion de contrôle.....	45
A. L'extension du contenu de la notion de contrôle	45
1. L'absence initiale de prise en compte des droits de vote dans les assemblées générales.....	46
2. Un contenu désormais très large	47
B. L'extension du champ d'application de la notion de contrôle.....	50
1. L'extension du champ d'application de la notion de contrôle prévue par l'article L233-3 du Code de commerce.....	50
2. L'application secondaire de l'article L233-16 du Code de commerce	52
§2. Les modalités d'exercice du contrôle.....	53
A. Des modalités de contrôle proches en droits français et turc	54
1. Un contrôle de droit ou de fait	54
2. Un contrôle résultant d'une action de concert ou du pouvoir de nommer ou révoquer les dirigeants	56
B. La particularité du contrôle résultant de la conclusion d'un contrat de domination en droit turc	57
Section 2. Les limites du contrôle.....	59
§1. Des limites structurelles : une liberté d'organisation du contrôle encadrée.....	59
A. Les participations réciproques	59
1. En droit français.....	59
2. En droit turc	62
B. L'autocontrôle.....	64
§2. Une limite notionnelle : la diversité des critères retenus par les autres branches en droit français.....	66
A. En matière fiscale	66
1. Une approche extensive du contrôle : le recours à la notion « d'influence »	67
2. Au-delà du contrôle, le recours à la notion « d'animation ».....	68
B. En matière économique et sociale.....	72
1. La prise en compte de « l'influence déterminante » pour caractériser le contrôle en droit des concentrations économiques.....	72
2. La prise en compte « des liens financiers et économiques » pour déterminer le périmètre du groupe en droit social.....	75
CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE I	79

Chapitre II. L'exercice du pouvoir : la recherche de la direction unifiée des sociétés du groupe	81
Section 1. La consécration légale de l'unité de direction en droit turc	82
§1. Un droit exprès et général de donner des instructions aux filiales	82
A. Dans les hypothèses de filiales détenues à 100 %	82
1. Le principe.....	82
2. Des exceptions rares.....	85
B. Dans les autres hypothèses.....	86
1. En cas de conclusion d'un contrat de domination	86
2. Un droit indirectement reconnu à travers le système de compensation des pertes subies par la filiale	88
§2. Des droits spécifiques renforçant ou rétablissant l'unité de direction intragroupe	89
A. Un droit renforcé à l'information sur les activités des filiales.....	89
1. Un rapport riche d'informations participant à l'instauration de l'unité de direction	90
2. L'articulation avec le principe d'égalité de traitement des actionnaires	92
B. La consécration d'un mécanisme de « squeeze out ».....	94
1. Un dispositif permettant de rétablir l'unité de direction en cas de détention par la société mère de 90 % des titres et des droits de vote de sa filiale	94
2. La nécessité de justifier le rachat des titres des minoritaires : l'appréciation large du comportement nuisible des minoritaires.....	96
Section 2. A la recherche de l'unité de direction en droit français	97
§1. L'absence légale d'unité structurelle de direction au sein du groupe	98
A. La prééminence de l'intérêt social au détriment de l'intérêt du groupe.....	98
1. La primauté de l'autonomie juridique et de l'intérêt social en droit français.....	98
2. La portée limitée de l'intérêt de groupe.....	100
B. Une absence d'unité structurelle de direction à nuancer.....	106
1. Les voies légales indirectes permettant l'instauration d'une relative unité de direction au sein du groupe	107
2. Une ouverture jurisprudentielle favorisant l'unité de direction au sein du groupe : le devoir de loyauté intragroupe du dirigeant	112
§2. L'élaboration conventionnelle de l'unité de direction au sein du groupe	116
A. La concentration du pouvoir au niveau de la société mère <i>via</i> les conventions de management (ou « management fees ») et l'effectivité de l'animation au sein du groupe	116
1. L'admission jurisprudentielle sous conditions des conventions de management ou de gestion	117
2. L'établissement de l'unité de direction via la holding animatrice et la mise en œuvre effective d'un contrat d'animation.....	119
B. La déconcentration du pouvoir au niveau de la filiale.....	123
1. La délégation de pouvoir intragroupe : des conditions de validité et d'efficacité assouplies dans le cadre des groupes de sociétés	123
2. Le statut hybride du salarié de la société mère mandataire social de la filiale	128
CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE I	131
CONCLUSION DU TITRE I	133

TITRE II. FAVORISER L'UNITE DANS LA GESTION OPERATIONNELLE DU GROUPE DE SOCIETES. 135

Chapitre I. Des dispositifs juridiques et fiscaux favorisant la circulation des flux intragroupe..... 137

Section 1. Des régimes proches en droits français et turc..... 137

§1. La circulation du résultat au sein du groupe 137

- A. Une circulation intragroupe des bénéfices en quasi-franchise d'impôt sur les sociétés 138
 - 1. En droit français : la circulation des bénéfices en quasi-franchise d'impôt via le régime dit « mère-fille »..... 138
 - 2. En droit turc (İştirak Kazançları İstisnası)..... 141
- B. Une circulation intragroupe des déficits dans le cadre de certaines opérations de restructuration..... 144
 - 1. En droit français..... 145
 - 2. En droit turc..... 147

§2. La circulation des titres au sein du groupe..... 149

- A. Un régime souple et attractif de quasi-exonération des plus-values de cession de titres de participation en droit français 149
 - 1. Une volonté assumée d'attractivité des holdings sur le territoire français 149
 - 2. Des conditions souples..... 151
- B. Des régimes stricts et moins attractifs en droit turc 154

Section 2. Des dispositifs spécifiques en droit français 156

§1. La circulation de la trésorerie au sein du groupe 156

- A. Une exception au monopole bancaire expressément reconnue en droit français 156
 - 1. L'absence d'un dispositif spécifique relatif à la circulation de la trésorerie en droit turc..... 157
 - 2. L'admission expresse de la circulation de la trésorerie au sein du groupe en droit français 159
- B. Un dispositif présentant des risques à maîtriser..... 161
 - 1. Abus de majorité, abus de biens sociaux et confusion de patrimoine..... 161
 - 2. L'acte anormal de gestion sur le plan fiscal 164

§2. Des dispositifs complémentaires consacrant l'approche unitaire du groupe..... 167

- A. Un dispositif juridique exceptionnel consacrant l'approche unitaire du groupe : la circulation intragroupe des droits attachés aux actions de préférence 168
 - 1. La diversité des droits particuliers « de toute nature » pouvant être attribués au profit de personnes n'ayant pas la qualité d'associé..... 169
 - 2. Vers un statut particulier d'« associé de groupe » ? 180
- B. Des dispositifs fiscaux optionnels consacrant l'imposition unitaire du groupe..... 184
 - 1. L'intégration fiscale en matière d'impôt sur les sociétés (IS)..... 184
 - 2. Le nouveau régime de groupe en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) 191

CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE II 197

Chapitre II. A la recherche d'un fondement à l'imposition unitaire du groupe de sociétés 199

Section 1. Les fondements rejetés..... 199

§1. La personnalité fiscale..... 199

- A. La personnalité fiscale, une notion non consensuelle..... 199
 - 1. Personnalité fiscale et transparence fiscale..... 199
 - 2. Personnalité fiscale, émanation de la personnalité juridique..... 202
- B. La personnalité fiscale du groupe en question 203

§2. Le patrimoine « de groupe » 205

- A. L'affirmation exceptionnelle de la notion de patrimoine de groupe 206
 - 1. En matière fiscale 206
 - 2. En droit des sociétés 208
- B. Le rejet du « patrimoine de groupe » comme fondement de l'imposition unitaire du groupe 209

Section 2. La neutralité fiscale : potentiel fondement de l'imposition unitaire du groupe de sociétés 212

§1. Un objectif particulièrement recherché dans le cadre des opérations de restructurations intragroupe : l'exemple des fusions simplifiées sous contrôle commun..... 214

- A. Une neutralisation sur le plan comptable et fiscal..... 215
 - 1. La valorisation des apports à la valeur comptable en droit français 215
 - 2. Une neutralisation sur le plan fiscal 218
- B. De la neutralisation fiscale à la simplification juridique : l'allègement sous conditions du déroulement des fusions sous contrôle commun 222
 - 1. Les fusions intragroupe concernées par les régimes simplifiés..... 223
 - 2. Un allègement considérable du formalisme juridique 226

§2. La neutralité fiscale, fondement de l'imposition unitaire du groupe ? 229

- A. La caractérisation de la neutralité fiscale au sein des groupes 230
- B. Les conditions de la neutralité fiscale 232
 - 1. L'unité 232
 - 2. La permanence 234

CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE II 239

CONCLUSION DU TITRE II 241

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE..... 243

PARTIE II. RESPONSABILISER LA SOCIETE MERE 245

TITRE I. RESPONSABILISER LA SOCIETE MERE A L'EGARD DES MINORITAIRES (RELATIONS INTERNES AU GROUPE)..... 247

Chapitre I. Une protection à géométrie variable des minoritaires au sein du groupe (de lege lata) 249

Section 1. Une protection limitée des minoritaires en droit français 249

§1. Des droits limités en vue de prévenir les conflits d'intérêt et les atteintes à l'intérêt social de la filiale 249

- A. Des droits spécifiques accordés aux seuls associés de la société mère 249
 - 1. Un droit d'information sur le périmètre et l'activité du groupe profitant aux seuls associés – y compris minoritaires – de la société mère 249
 - 2. L'expertise de gestion « de groupe » 251
- B. Des dispositifs au champ d'application plus large bénéficiant également aux minoritaires des filiales . 254
 - 1. L'expertise in futurum et la procédure judiciaire de désignation d'un administrateur provisoire 254
 - 2. La prévention des conflits d'intérêts au sein du groupe par la procédure des conventions réglementées 257

§2. Les actions en responsabilité des minoritaires contre la société mère et les dirigeants intragroupe 261

- A. L'action en responsabilité des minoritaires contre la société mère, associée majoritaire, sur le fondement de l'abus de majorité 261
 - 1. L'appréciation de l'abus de majorité dans le contexte des groupes de sociétés..... 261
 - 2. Le sens de l'invocation de l'abus de majorité dans le contexte des groupes de sociétés 263
- B. L'action en responsabilité des minoritaires contre les dirigeants du groupe à travers l'action sociale *ut singuli* 266
 - 1. L'action sociale *ut singuli* : un champ d'application élargi mais limité au dirigeant de droit 267
 - 2. Un champ d'application réduit dans un contexte intragroupe 268

Section 2. Une protection renforcée des minoritaires en droit turc	270
§1. La responsabilité de la société mère et de ses dirigeants en cas d’immixtion dans la gestion de la filiale [CCT, art. 202 (1)]	270
A. Un droit à compensation en cas de pertes subies par la filiale.....	271
1. La notion de perte	271
2. Les conditions et modalités de la compensation	274
B. Les recours des minoritaires à défaut de compensation des pertes subies par la filiale	278
1. L’indemnisation du préjudice subi par la filiale.....	278
2. La sortie éventuelle des minoritaires via le rachat de leurs titres (droit de retrait)	281
§2. La responsabilité de la société mère en sa qualité d’actionnaire majoritaire dans le cadre de décisions significatives prises en assemblée générale de la filiale [CCT, art. 202(2)]	282
A. Un champ d’application relativement large	282
1. Des opérations expressément visées mais non exhaustives.....	282
2. Des conditions souples.....	284
B. Les actions des minoritaires contre la société mère	285
1. L’indemnisation des minoritaires par la société mère.....	286
2. Le rachat des titres des minoritaires par la société mère.....	287
CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE I	289
Chapitre II. Pour une responsabilité accentuée de la société mère et des dirigeants intragroupe à l’égard des minoritaires en droit français (de lege ferenda)	291
Section 1. Pour un renforcement des droits et actions des minoritaires intragroupe	291
§1. L’extension des dispositifs existants permettant aux minoritaires d’agir contre les dirigeants du groupe	291
A. L’extension de la demande d’expertise de gestion « de groupe »	291
1. Pour une extension de l’expertise de gestion « de groupe » aux minoritaires de filiales.....	291
2. Pour une extension du régime de l’expertise gestion « de groupe » à l’ensemble des formes sociales	293
B. L’extension de l’action sociale <i>ut singuli</i>	294
1. Pour une extension de l’action sociale <i>ut singuli</i> à l’encontre des dirigeants de fait	295
2. Pour une extension de l’action sociale <i>ut singuli</i> au profit des minoritaires intragroupe.....	297
§2. La consécration d’un droit de retrait au profit des minoritaires de la filiale	299
A. Un dispositif largement admis en droit comparé non reconnu en droit positif français	299
1. Un dispositif largement admis en droit comparé.....	299
2. Une tentative d’introduction par le passé.....	302
B. L’étendue de la consécration d’un droit de retrait en droit français.....	305
1. Pour une consécration large : le fait générateur du droit de retrait	305
2. Un effet dissuasif et préventif réajustant les rapports de force entre société mère majoritaire et minoritaires de la filiale	308
Section 2. Pour la reconnaissance d’une présomption de responsabilité de la société mère animatrice au profit des minoritaires	310
§1. Une présomption de responsabilité en raison du caractère animateur de la société mère	310
A. La difficile caractérisation de la direction de fait dans le contexte des groupes de sociétés en droit positif	311
1. Les critères de la direction de fait.....	311
2. Une appréciation restrictive de la qualité de dirigeant de fait de la société mère en droit positif	313
B. Pour une reconnaissance générale et non équivoque du statut particulier de la société mère majoritaire animatrice.....	316
1. La holding animatrice, dirigeante de fait par définition ?.....	316
2. Pour une reconnaissance générale du statut particulier de la société mère animatrice : à la recherche d’un fondement	319

§2. Le régime de la responsabilité de la société mère animatrice à l'égard des minoritaires de la filiale	320
A. Une responsabilité sans faute de la société mère majoritaire et animatrice à l'égard des minoritaires de la filiale	320
1. La nécessité d'apporter un commencement de preuve du caractère animateur de la holding	321
2. L'indemnisation des pertes subies par la filiale en raison de l'application de la politique de groupe	323
B. L'irresponsabilité de la société mère en cas d'inexécution de la politique du groupe par la filiale	325
1. La caractérisation d'une politique autonome de la filiale, indépendante de celle élaborée par la société mère pour le groupe	326
2. La faute de gestion et l'intérêt de groupe : causes exonératoires de la responsabilité de la société mère ?	327
CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE I	331
CONCLUSION DU TITRE I	333
TITRE II. RESPONSABILISER LA SOCIETE MERE A L'EGARD DES TIERS (RELATIONS EXTERNES AU GROUPE)	335
Chapitre I. Une protection variable des créanciers de la filiale (de lege lata)	337
Section 1. L'insuffisance des fondements responsabilisant la société mère du fait de sa filiale en droit français	337
§1. L'insuffisance des fondements traditionnels responsabilisant la société mère du fait de sa filiale <i>in bonis</i>	337
A. L'engagement de la responsabilité de la société mère en sa qualité de dirigeante de la filiale	338
B. L'engagement de la responsabilité de la société mère en sa qualité d'associée de la filiale	341
1. La faute	341
2. Les cas spécifiques de l'apparence trompeuse et du coemploi	342
§2. L'insuffisance des fondements responsabilisant la société mère du fait de sa filiale en procédure collective	345
A. L'insuffisance des fondements traditionnels prévus par le droit des entreprises en difficulté	346
1. La fictivité	346
2. La confusion de patrimoines	347
B. Une prise en compte progressive de l'unité économique du groupe non suivie d'une accentuation de la responsabilité de la société mère en droit positif	350
1. Une prise en considération légale par une approche globale de la procédure	350
2. Une prise en considération jurisprudentielle invitant à une appréciation globale dans un souci pratique de cohérence	353
Section 2. Des dispositifs spécifiques accentuant la responsabilité de la société mère en droit turc	355
§1. Une protection spécifique des créanciers de la filiale détenue à 100 % par sa société mère	355
A. De l'irresponsabilité des dirigeants de la filiale à la responsabilisation de la société mère en cas de détention de l'intégralité des titres et des droits de vote de la filiale	356
1. Un principe d'irresponsabilité des dirigeants de la filiale en raison des pertes résultant des instructions données par la société mère	356
2. Une responsabilisation de la société mère du fait de ses instructions ayant conduit à la survenance d'une perte chez sa filiale détenue à 100 %	358
B. Des possibilités légales d'exonération de la société mère	361
1. Le cas général par renvoi de l'article 206 (1) à l'article 202 (1) du CCT : le devoir de diligence des dirigeants de la filiale	361
2. Un cas spécifique d'exonération prévu à l'article 206 (2) du CCT	363
§2. L'originalité de la responsabilité de la société mère fondée sur la confiance	365
A. Une création prétorienne des juges suisses	365
1. Une jurisprudence fondatrice, des conditions strictes	365
2. Une responsabilité autonome distincte de celle résultant de la pratique des lettres d'intention	368

B. Des conditions supplémentaires limitant la mise en œuvre de la responsabilité de la société mère fondée sur la confiance en droit turc	370
1. La nécessité de caractériser la réputation d'un groupe ayant atteint un niveau suffisant inspirant confiance à la société civile ou aux consommateurs	370
2. La nécessité d'utiliser la réputation du groupe pour engager la responsabilité de la société mère ..	372
CONCLUSION DU CHAPITRE I DU TITRE II	375
Chapitre II. A la recherche de fondements alternatifs responsabilisant la société mère	377
Section 1. L'opportunité discutée de la consécration générale d'une responsabilité sans faute ex-post de la société mère	377
§1. Un régime juste conforme à l'esprit du droit commun de la responsabilité civile délictuelle	377
A. Un régime surpassant les principes traditionnels gouvernant le droit positif des groupes de sociétés .	378
1. Un régime surpassant le principe d'autonomie juridique des sociétés groupées	378
2. Un régime surpassant la responsabilité limitée de la société mère, associée de la filiale	379
B. Un régime s'inscrivant dans la continuité de l'évolution de la responsabilité civile délictuelle de droit commun.....	382
1. L'extension progressive des régimes de responsabilité objective de plein droit	382
2. Un régime conforme à l'évolution du droit de la responsabilité civile et à l'idéologie de la réparation	384
§2. De la difficulté pratique de consacrer une responsabilité de plein droit à la recherche d'une responsabilité fondée sur une faute alléguée de la société mère	386
A. Une consécration juridique abandonnée en raison de potentiels risques économiques	386
1. Le projet dit « Catala » : un projet ambitieux resté lettre morte	386
2. De potentiels risques au plan économique au-delà des critiques d'ordre juridique	388
B. L'alternative d'une responsabilité de la société mère fondée sur une appréciation particulière de la faute	390
Section 2. La nécessaire accentuation d'une responsabilisation ex-ante de la société mère par la voie de la RSE	392
§1. De la <i>soft law</i> à la <i>hard law</i> pour responsabiliser les groupes	392
A. Un droit souple (<i>soft law</i>) fondé sur l'intégration volontaire des entreprises.....	393
B. L'élaboration timide d'un cadre juridique contraignant sans consécration de régimes spécifiques de responsabilité.....	394
1. Le droit français, un droit précurseur en matière de RSE	395
2. Le devoir de vigilance visant spécifiquement les groupes de sociétés : un dispositif renvoyant au droit commun de la responsabilité civile	397
§2. Un cadre juridique à repenser pour une responsabilisation effective de la société mère <i>de lege feranda</i>	401
A. De la contrainte juridique à l'incitation fiscale : pour l'instauration d'un régime spécifique de responsabilité volontaire de la société mère	401
1. Un engagement unilatéral de volonté de la société mère, source de l'imputation à cette dernière de la responsabilité de ses filiales	402
2. Un engagement volontaire recherché : un choix à opérer entre la perte de certains régimes de faveur et l'engagement volontaire de la société mère	404
B. De l'incitation fiscale à la consécration d'une responsabilité pour faute de l'associé ?	408
CONCLUSION DU CHAPITRE II DU TITRE II	411
CONCLUSION DU TITRE II	413
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	415
CONCLUSION GENERALE	417
BIBLIOGRAPHIE	426
INDEX	458

Titre : Contribution à la construction d'un droit des groupes de sociétés : aspects juridiques et fiscaux en droit comparé français et turc

Mots clés : groupe de sociétés, autonomie juridique de la personne morale, intérêt de groupe, pouvoir et responsabilité de la société mère, holding animatrice, RSE (Responsabilité Sociale des Entreprises)

Résumé : Le groupe de sociétés est une réalité économique que le droit ne peut ignorer. Juridiquement fragmenté en raison du principe d'autonomie juridique des personnes morales, l'unité du groupe est ponctuellement reconstruite par de nombreux dispositifs juridiques et fiscaux autorisant ainsi une certaine unité de direction et de gestion intragroupe. Malgré ce fonctionnement unitaire favorable à l'organisation et au développement des groupes, cette unité redisparaît du fait de la prédominance du principe d'autonomie, en particulier lorsqu'il est question de mettre en cause la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales. Le principe est donc, s'agissant du droit français et sauf exception, l'irresponsabilité de la société mère du fait de ses filiales.

Si le droit turc prend légalement acte du « mensonge » factuel de l'autonomie juridique des filiales afin de responsabiliser la société mère dominante, les correctifs apportés par le droit français apparaissent globalement insuffisants. Face à ce constat, il est impératif de rééquilibrer la balance entre pouvoir et responsabilité tout en maintenant la prééminence de la société mère et la logique majoritaire au sein du groupe. Par une approche comparative et transversale – essentiellement du droit des sociétés et du droit fiscal, il est possible de retenir une voie plus juste en vue de l'élaboration d'un droit cohérent des groupes de sociétés tenant compte des impératifs certes économiques, mais également sociaux et environnementaux de notre époque, impliquant ainsi une accentuation de la responsabilité de la société mère contrôlaire.

Title : Contribution to the construction of a corporate group Law : legal and tax aspects in comparative French and Turkish Law

Keywords : group of companies, legal autonomy of the legal entity, group interest, power and responsibility of the parent company, animating company, CRS (Corporate Social Responsibility)

Abstract : The group of companies is an economic reality that the Law cannot afford to disregard. Legally fragmented due to the principle of legal autonomy of legal entities, the unity of the group is occasionally rebuilt by numerous legal and tax provisions authorising unity of intra-group direction and management. Despite this unitary approach, which allows both the organisation and the development of the group of companies, this unity does not resist to major principle of autonomy, particularly when the issue of the liability of the parent company is raised for the acts of its subsidiaries. Therefore, the principle in French law is, unless otherwise stated, that the parent company is not liable for the acts of its subsidiaries.

While Turkish law legally acknowledges the « lie » of the legal autonomy of subsidiaries in order to allow the dominant parent company to incur liability, the corrective measures introduced by French law appear insufficient overall. Given this observation, it is essential to restore balance between power and responsibility while the pre-eminence of the parent company and the majority logic within the group should be maintained. Through a comparative and cross-disciplinary approach - essentially through Company Law and Tax Law - it is possible to adopt a fairer and more balanced approach with a view to drawing up a coherent law on groups of companies that takes into account imperatives, certainly economic, but also social and environmental of our time, that should involve an increase in the liability of the controlling parent company.