

Augsburger Studien zum Internationalen Recht

Band 11



La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale

Comparaison entre l'Aktiengesetz allemande
et le droit français des groupes

Vanessa Desoutter



PETER LANG Internationaler Verlag der Wissenschaften

Introduction

1. Le groupe est un phénomène en pleine expansion. Son rôle dans l'économie nationale et internationale n'a cessé de croître. Il est devenu un élément incontournable tant pour le juriste que pour l'économiste. L'omniprésence des groupes et leur poids économique ont rendu l'appréhension statistique du groupe en tant qu'identité économique et sociale indispensable à l'évaluation de certains phénomènes dont la révélation ne pouvait se faire en partant des sociétés prises individuellement. De sorte que depuis quelques dizaines d'années, les instituts nationaux d'évaluation statistique s'efforcent de retenir la perspective du groupe. Bien que le groupe soit en perpétuelle mouvance et donc, à ce titre, difficile à cerner, les données chiffrées concernant les groupes sont de plus en plus nombreuses.

Ainsi en est-il d'une étude de l'Insee sur les groupes en France s'appuyant sur des données chiffrées de 1999¹. Celle-ci atteste du poids économique joué par les groupes dans le paysage entrepreneurial français. Il en ressort en effet que sur 650 sociétés cotées à la bourse de Paris (activités financières non comptabilisées), la moitié d'entre elles sont des sociétés « têtes de groupe »² contrôlant 7000 filiales. L'organisation des entreprises sous forme de groupe n'est cependant pas l'apanage des sociétés cotées et de leurs filiales. En effet, selon cette étude, une entreprise sur 20 fait partie d'un groupe en France, deux tiers des entreprises de plus de 100 salariés appartiennent à un groupe. La puissance des groupes se reflète également au travers du nombre de salariés employés au sein des groupes avoisinant les 57% soit un total de 8 millions³. Par ailleurs, les entreprises des groupes produisent 60% de la valeur ajoutée et détiennent la majeure partie des immobilisations et 80% des actifs nets en France.

2. Les données statistiques de l'Insee attestent également que le groupe a profondément changé de morphologie. S'il y a quelques décennies le recours à une structure de groupe s'observait essentiellement parmi les grandes entreprises multinationales, ce phénomène s'est en quelque sorte popularisé et concerne également des entreprises de taille moyenne voire même de petite taille. En 1999, les microgroupes de la taille d'une Petite et Moyenne Entreprise (PME) employant moins de 500 salariés représentaient près de 85 % des groupes en France, ils employaient 900 000 personnes et réalisaient 14 % de la valeur ajoutée des entreprises des groupes⁴. Cette évolution se poursuit, si bien que ces chiffres peuvent être corrigés à la hausse. En Allemagne, une étude certes un peu ancienne indiquait déjà en 1993 que trois quart des sociétés par actions et 50 % des sociétés à responsabilité limitée allemandes (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung - GmbH*) appartenaient à un groupe⁵. Entre temps, ces pourcentages ont considérablement augmenté surtout concernant les *GmbH*, la forme juridique la plus fréquemment utilisée en Allemagne. La *GmbH* n'est pas seulement

1 A. SKALITZ, Au-delà des entreprises : les groupes, *Etude Insee*, n° 836, 2002.

2 Une société tête de groupe au sens de cette étude est une entreprise qui contrôle au moins une autre entreprise et qui n'est elle-même contrôlée par aucune autre entreprise, *Etude Insee*, n° 836, 2002.

3 *Etude Insee*, n° 36, février 2008.

4 A. SKALITZ, Au-delà des entreprises : les groupes, *Etude Insee*, n° 836, 2002.

5 À défaut de données plus récentes voir l'étude empirique sur le développement des groupes en Allemagne de H. GÖRLING, *Die Verbreitung zwei- und mehrstufiger Unternehmensverbindungen*, AG 1993, p. 538 et s.

une forme privilégiée des PME, elle rencontre également un franc succès auprès des grandes structures notamment lorsque des sociétés étrangères cherchent à mettre en place des filiales en Allemagne⁶.

En France comme en Allemagne, le phénomène de groupe touche tout type d'activité économique⁷. Les groupes apparaissent dans tous les secteurs. Ils continuent certes à jouer un rôle prépondérant dans les services aux entreprises, les biens intermédiaires et l'automobile mais les grandes activités financières et industrielles ne sont plus les seules concernées par le phénomène. Les groupes abondent également dans d'autres secteurs comme l'immobilier par exemple.

Parallèlement à cet essor, les structures des groupes se sont considérablement complexifiées passant du simple rapport mère-fille à des groupes composés de sous-groupes. Ces multiples ramifications conduisent parfois à des groupes tentaculaires aux organigrammes complexes⁸. L'ensemble des degrés de parenté peut y être représenté. C. Freyria évoque à propos de ces nouvelles structures de groupe le passage de la géométrie plane à une structure tridimensionnelle⁹.

À ces structures, parfois très complexes, vient s'ajouter la diversité des institutions susceptibles de participer au groupe. La société n'est plus la forme juridique exclusive au sein des groupes. En effet, les entrepreneurs, souvent pour des raisons fiscales, n'hésitent plus à se servir de la palette des formes juridiques que le législateur met à sa disposition, que ce soit l'association, la fondation, le Groupement d'Intérêt Économique (GIE) ou encore les fonds d'investissement et de placement.

L'importance grandissante de ce phénomène impose de s'y consacrer plus particulièrement. Une étude comparative entre l'appréhension du groupe par le droit allemand et par le droit français des sociétés de capitaux est d'autant plus intéressante que le droit allemand des sociétés par actions a introduit en la matière une codification partielle alors que le droit français des sociétés n'a consacré que de rares dispositions aux relations de groupe.

Une présentation sommaire des principales caractéristiques juridiques et économiques du groupe (**Section I**) permettra d'identifier les angles de comparaison privilégiés dans le cadre de cette étude (**Section II**).

Section I APERÇU DES CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES DU GROUPE

3. Le groupe constitue « *un ensemble de sociétés, qui ont chacune leur existence juridique propre, mais qui se trouvent unies entre elles par des liens divers sur la base desquels l'une*

⁶ M. FROMONT, *Le droit des affaires*, éd. Montchrestien Paris 2001, p. 222 : parmi les grandes sociétés recouvrant la forme de *GmbH*, cet auteur cite : Bosch, Edeka et de nombreuses filiales étrangères telle que Fujitsu etc.

⁷ H. GÖRLING, *Die Verbreitung zwei- und mehrstufiger Unternehmensverbindungen*, AG 1993, p. 538 et s.

⁸ H. GÖRLING, *Die Verbreitung zwei- und mehrstufiger Unternehmensverbindungen*, AG 1993, p. 539.

⁹ C. FREYRA, conclusion dans le cadre du colloque « *Groupe de sociétés* » du laboratoire d'étude contrats et responsabilités, éd. L.J.D.J. Paris 1994, p. 143.

d'entre elles, habituellement qualifiée de société mère, exerce un contrôle sur l'ensemble, faisant ainsi prévaloir une unité de décision économique »¹⁰.

Le groupe se caractérise principalement par le fait qu'il forme une unité économique tout en restant juridiquement transparent. Ces deux caractéristiques représentent à la fois tout l'intérêt du groupe et toute la difficulté de l'appréhension de ce phénomène économique sur un plan juridique. La singularité du groupe découle de sa dualité. D'un côté, il incarne l'entité de tête au sein de laquelle convergent les objectifs économiques de chacune des entités juridiques composant le groupe et au sein de laquelle se centralise le pouvoir de décision. Alors que de l'autre, malgré un déplacement du centre de décision vers l'entité de tête, chacune des entités juridiques présentes conservent, d'un point de vue juridique, son autonomie et son indépendance. Cette divergence entre l'approche économique et la détermination juridique du groupe constitue le cœur des difficultés suscitées par l'appréhension juridique du groupe.

La participation au capital des membres du groupe va permettre à l'entité de tête, de manière plus ou moins accentuée, en fonction de son importance et du choix de l'intégration recherchée, d'influencer leurs politiques décisionnelles, jusqu'à faire naître un ensemble suffisamment homogène pour former une unité économique. Cela se traduira dans les faits par la mise en place de structures et de dispositifs communs aux membres, par exemple la mise en commun de certains services ou encore la recherche de stratégies communes en vue de réaliser des économies d'échelle.

Le groupe n'étant pas doté d'une personnalité juridique propre, les incidences juridiques liées aux liens économiques et financiers existants entre les sociétés qui le composent resteront en principe cloisonnées au sein de chacune des sociétés participantes en vertu du principe de l'autonomie juridique de la personne morale (**§ 1**). Il n'en demeure pas moins que les stratégies économiques poursuivies affecteront la composition du groupe. À défaut de statut juridique imposé, les morphologies susceptibles d'être adoptées par un groupe se déclinent à l'infini (**§ 2**).

§ 1 *La dualité entre l'unité économique et la diversité juridique formée par le groupe*

4. La formation d'un groupe va permettre de mener une activité économique globale tout en morcelant juridiquement les activités et les risques qui y sont liés par autant de structures juridiques autonomes.

En cela, le groupe constitue un vecteur de développement économique privilégié par les entrepreneurs (**A**). Ses caractéristiques juridiques aussi propices à une activité économique élargie et diversifiée qu'elles soient, le rendent cependant difficile à appréhender par les juristes (**B**).

10 B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Droit des affaires – Les sociétés commerciales*, Memento pratique, éd. Francis Lefebvre Paris 1990, n° 3335.

A. LES RAISONS À L'ORIGINE DE LA CRÉATION DU GROUPE

5. Les justifications relatives à la création d'un groupe sont aussi nombreuses que variées. Les objectifs économiques tels que l'économie d'échelle, les synergies ou encore l'acquisition de nouveaux marchés sont généralement avancés pour justifier la formation d'un groupe. D'autres raisons peuvent également, si ce n'est déterminer la création d'un groupe, alors à tout le moins l'encourager fortement. Ainsi en est-il notamment d'une fiscalité attrayante ou encore des choix politiques, ou tout simplement pratiques tels que la simplification du fonctionnement de l'entreprise ou la redéfinition de la répartition des tâches et des responsabilités¹¹.

6. Le principal avantage présenté par le groupe repose sur le fait qu'en raison de l'absence de personnalité juridique propre, le groupe ne s'appréhende qu'au travers de chacune de ses entités en tant que telles. Le groupe n'a pas de personnalité juridique et n'a en conséquence aucune existence juridique. De même, en principe aucune solidarité entre les entités d'un même groupe n'est applicable sous réserve qu'elles ne l'aient expressément souhaité. Si bien que chaque entité est responsable de son propre passif et ne répond pas des dettes des autres. Cette absence de solidarité entre les différentes entités membres du groupe permet la mise en place dans le cadre d'une entité juridique particulière d'une activité risquée ou à tout le moins incertaine, sans pour autant faire retomber ce risque sur les autres entités du groupe¹².

7. Le groupe peut également être considéré comme un instrument de gestion. Une structure de groupe s'imposera ainsi lorsqu'une certaine taille critique aura été atteinte au-delà de laquelle une gestion unitaire devient trop lourde et la prise de risque trop importante. Nonobstant la taille même de l'entreprise, une structure de groupe va permettre d'optimiser la gestion de l'activité économique à mener que ce soit en créant des services communs au groupe ou en aménageant une gestion plus ou moins centralisée selon les besoins. La création de service commun va permettre une meilleure visibilité des finances, faciliter le financement intra-groupe (par exemple au travers de la création d'un pool de trésorerie), faire réaliser des économies d'échelle (par exemple au travers d'un service de recrutement ou d'un service informatique commun), faire réduire les coûts auprès des fournisseurs en passant des commandes groupées.

8. Avec le phénomène de la globalisation, le groupe s'est aussi internationalisé. Pour rester compétitives, les entreprises nationales ont été contraintes de réviser leur position purement nationale vers une perspective internationale. L'implantation à l'étranger est devenue vitale et déterminante pour la conquête de marchés étrangers. Or, la création de filiales à l'étranger implique nécessairement des structures juridiques adaptées aux exigences nationales qu'elles soient réglementaires ou économiques. Ce débordement des frontières par les groupes, à l'origine nationaux, n'a pas été sans conséquence juridique. Nombres de réglementations et de décisions jurisprudentielles ont été adoptées, plus particulièrement sur le plan de l'Union européenne, afin de tenir compte de l'internationalisation du groupe que

11 H. W. WAHLERS, Konzernbildungskontrolle durch die Hauptversammlung der Obergesellschaft, Carl Heymanns Bonn 1993, p. 1.

12 J. MESTRE, *LAMY Sociétés Commerciales*, éd. Lamy Paris 2010, note 1842 et s.

ce soit pour faciliter le développement transfrontalier du groupe ou pour mettre un garde-fou à l'indépendance juridique des entités du groupe en cas d'abus. Ainsi en est-il par exemple, concernant la gestion des ressources humaines avec la création d'un comité intra-groupe, l'expatriation du salarié au sein d'une société étrangère affiliée et les modalités du licenciement économique des salariés de filiale étrangère¹³.

9. Les périodes de crise soulignent également nettement l'avantage du groupe. La modification aisée de sa composition permet de réagir face aux mutations économiques et sociales. Le groupe s'adaptera au rythme des fluctuations économiques. Ainsi, une période de croissance se traduira par un mouvement de filialisation manifestant la volonté d'explorer de nouveaux marchés, de développer de nouvelles activités ou de renforcer celles déjà en place. On assistera à un phénomène de déconcentration de certains types d'activités tandis que d'autres seront nouvellement acquises. En période de récession, la mutabilité de la structure de groupe permettra une réaction rapide en se séparant par exemple de certains pans d'activité pour se concentrer sur un type particulier ou en désinvestissant dans des branches peu rentables et fortement touchées par la crise. Les règles relatives aux procédures collectives, tant sur le plan national que sur le plan de l'Union européenne, et les particularités retenues dans le cadre des rapports intra-groupe, seront amenées à jouer un rôle déterminant.

De sorte, le groupe s'est imposé comme la solution à de nombreuses situations économiques. Il est devenu un instrument économique incontournable pour les entrepreneurs en ce qu'il permet de diversifier, d'optimiser, de mettre en commun, de supprimer ou au contraire de créer de nouveaux types d'activités sans pour autant mettre en péril l'ensemble du groupe.

B. LES CARACTÉRISTIQUES JURIDIQUES PROPRES AU GROUPE

10. D'un point de vue juridique, le groupe n'est qu'une entité économique formée de plusieurs personnes morales juridiquement indépendantes. Ainsi, conformément aux principes fondamentaux du droit des sociétés, les sociétés appartenant à un même groupe sont chacune d'elles pourvues d'une personnalité morale propre et juridiquement indépendantes alors que le groupe lui-même n'a pas d'existence juridique. Cette absence d'existence juridique constitue tout l'intérêt du groupe puisque à défaut de personnalité morale celui-ci ne pourra être sujet de droit ou d'obligation quels qu'ils soient.

11. Le groupe n'en demeure pas moins un phénomène économique qui bien que n'ayant pas d'existence juridique propre, se doit d'être appréhendé juridiquement en tant que fait. Tant le droit allemand que le droit français reconnaissent la particularité juridique de ce phénomène. En effet, le groupe a des répercussions qui sont loin d'être anodines et son inexistence juridique ne saurait pour autant justifier un désintérêt du juriste à son égard. Le droit français et le droit allemand, certes avec bien moins d'empressement pour le premier, se sont attachés à appréhender juridiquement le phénomène de groupe de manière à tenir compte de ses effets politiques, économiques et sociaux. Que ce soit au travers

13 Voir à ce propos l'article de B. SOINNE, colloque « *Groupe de sociétés* » du laboratoire d'étude contrats et responsabilités, éd. L.J.D.J. Paris 1994.

d'une interprétation des textes existants ou au travers de nouvelles dispositions législatives voire de nouvelles constructions jurisprudentielles, les juristes se sont efforcés avec plus ou moins de succès à tenir compte de la réalité factuelle du groupe sans pour autant remettre en question les dogmes fondateurs du droit des sociétés que sont l'autonomie et l'indépendance des personnes morales.

12. Le groupe demeure par conséquent un non-être juridique. Son existence purement factuelle a néanmoins conduit le législateur et la jurisprudence à le viser indirectement en appréhendant la particularité des rapports intra-groupe. Il n'en demeure pas moins qu'à défaut d'existence juridique du groupe, son appréhension juridique reste peu aisée voire même risque de se retrouver en porte à faux avec les dogmes du droit des sociétés plus particulièrement le principe de l'autonomie de la personne morale. De sorte que le groupe a parfois été taxé de phénomène vivant en marge du droit. L'inexistence juridique du groupe et le flou juridique qui en découle confèrent au groupe un caractère nébuleux que renforce encore la diversité des formes sous lesquelles il apparaît.

§ 2 *La morphologie du groupe*

13. Le groupe est malléable à merci et en continue mouvance. L'entrepreneur le sculptera à l'image de son projet.

Les mouvements de concentration et de déconcentration seront fonction des objectifs poursuivis (**A**), de même que l'organisation sera déterminée par la politique directionnelle privilégiée par l'entreprise tête du groupe (**B**).

A. UNE TYPOLOGIE FONDÉE SUR LES OBJECTIFS DE CONCENTRATION RECHERCHÉS

14. La constitution d'un groupe répond à des fins stratégiques diverses. La malléabilité des structures de groupe permettra idéalement de choisir une structure organisationnelle appropriée aux objectifs recherchés. La composition du groupe évoluera et variera au rythme des stratégies privilégiées par la société dominante.

La formation d'un groupe peut découler de la volonté d'assurer le contrôle de l'ensemble des phases de production. Ce processus dit de *concentration verticale* permet à l'entreprise de maîtriser les activités situées en amont et en aval de sa propre activité principale. Ce type de concentration permettra à terme, le contrôle de l'ensemble de la chaîne de production. Ainsi de la société pétrolière qui va s'intéresser aussi bien au raffinage qu'à la transformation et la distribution.

Les dirigeants du groupe peuvent privilégier une *concentration horizontale*. L'objectif sera alors de contrôler plusieurs unités de même nature qui fabriquent un produit identique voire similaire. Cela permettra d'atteindre une position forte voire un quasi-monopole pour un produit déterminé.

Une tendance semble se diriger vers une troisième voie, celle du *conglomérat*. La stratégie recherchée consiste à acquérir des entreprises poursuivant des activités diverses, me-

nées en parallèle dans des domaines différents et non liés. En période de crise force est de constater que les entreprises ont tendance à se concentrer sur une activité phare plutôt que de se disperser.

15. Chacune de ces organisations a ses propres avantages. Une concentration verticale permet la maîtrise de l'ensemble de l'activité et évite les difficultés d'approvisionnement auprès des fournisseurs aussi bien qu'elle assure les débouchés. Une concentration horizontale permet en revanche de s'assurer une position dominante et d'écartier la concurrence alors que le conglomérat a l'avantage au travers la diversification qu'il induit, d'écartier les risques liés à une activité particulière que s'il s'avérait qu'une activité subisse une crise, il demeure loisible de se rattraper sur des activités plus fructueuses.

16. Au-delà du type de concentration privilégié par la direction du groupe, un choix va se porter sur l'organisation du groupe au travers de la répartition des participations entre les différentes entités du groupe.

B. UNE TYPOLOGIE FONDÉE SUR LES STRUCTURES RECHERCHÉES

17. De même qu'aux objectifs économiques poursuivis correspondra un type de concentration particulier, le mode d'organisation privilégié déterminera la structure du groupe. Le groupe recouvrera ainsi une structure plus ou moins complexe en fonction de la taille, de la diversité des activités pratiquées ou encore du mode de gestion ou d'administration du groupe.

18. En théorie il existe trois types principaux d'organisation structurelle: le groupe de type pyramidal, radial ou encore circulaire. En pratique il n'est pas rare qu'un groupe cumule plusieurs structures à la fois en son sein en fonction du niveau pris en considération dans le cadre de l'organigramme du groupe. Il convient de présenter tour à tour ces différents types d'organisation¹⁴ :

19. - Le groupe de type *pyramidal* est celui dans lequel une société, généralement appelée société tête de file, a des participations dans un certain nombre de sociétés qui, à leur tour en détiennent dans d'autres et ainsi de suite. L'avantage que présente ce type d'organisation est qu'elle permet à la société mère au travers de participations en échelle ou en cascade de contrôler un grand nombre de sociétés malgré une participation totale relativement faible et par conséquent proportionnellement peu coûteuse.

- L'autre type de structure alternative au groupe pyramidal est le groupe de type *radial* dans lequel une société possède des participations dans plusieurs autres sociétés lesquelles restent néanmoins financièrement isolées les unes des autres. L'ensemble forme par conséquent un cercle avec au centre la société autour de laquelle se trouvent les différentes sociétés dans lesquelles celle-ci détient des participations.

14 Voir en la matière les explications de J. MESTRE, *LAMY Sociétés Commerciales*, éd. Lamy Paris 2010, note 1846.

- Enfin il existe également le groupe de type *circulaire* composé de sociétés ayant chacune une participation dans l'autre sans que ces participations se croisent.

20. À la tête du groupe se trouve ce que l'on appelle généralement la société mère ou société tête de groupe. Le droit allemand des sociétés par actions privilégie l'expression d'entreprise dominante (*herrschende Unternehmen*)¹⁵. La société mère peut exister sous forme de société *holding*, son objet portera alors exclusivement sur la prise et la gestion des participations dans les autres sociétés membres du groupe¹⁶. Le rôle d'une holding est purement financier. Toutefois, rien interdit à la société tête de groupe ou la société dominante, en dehors de son rôle de contrôle des autres entités juridiques du groupe, d'exercer sa propre activité commerciale ou industrielle.

Il convient de retenir que la composition du groupe n'est jamais figée. Elle est en constante mutation, elle fluctue au rythme des évolutions politiques, économiques et juridiques ce qui ne rend son appréhension juridique que plus délicate encore.

Section II INTÉRÊT ET DÉLIMITATION DU SUJET

21. Le groupe est un phénomène en plein essor qui a subi de profondes mutations. Il s'est à la fois généralisé mais également complexifié. Le phénomène est par conséquent devenu un enjeu pour les juristes soucieux d'apporter des réponses en adhésion avec la réalité. Appréhender juridiquement un phénomène qui constitue un non-être juridique relève néanmoins de la gageure.

Confrontés aux difficultés pratiques soulevées par la présence des groupes, les juristes se sont efforcés d'apporter des réponses adéquates. L'exercice s'avère particulièrement délicat puisqu'il implique de faire le grand écart entre d'une part, le principe de l'autonomie juridique des membres du groupe et d'autre part, le concept de l'unité économique et sociale qu'incarne le groupe (§ 1). Avec la multiplication des structures de groupe, l'ensemble des disciplines juridiques s'est vu confronté aux difficultés soulevées par ce phénomène. Les systèmes juridiques allemand et français ont donc été amenés à prendre en considération la dimension du groupe. En raison de sa singularité et de son caractère précurseur, la réglementation du droit des groupes édictée dans le cadre du droit allemand des sociétés par actions servira de point de départ à l'analyse comparative (§ 2).

15 Ainsi le droit des groupes de la loi sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz – AktG*) repose sur la distinction entre l'entreprise dominante et la société dépendante. Voir plus particulièrement le § 17 *AkG* qui définit la notion de société dominante et de société dépendante.

16 Voir par exemple, Y. REINHARD, La holding familiale, *Defrenois* 2001, art. 37313.