

## La protection des créanciers de la filiale en cas de fictivité

**545.** Il n'est pas rare, dans le cadre de groupes de sociétés, qu'il existe une ou plusieurs filiales fictives, constituées dans le seul but de masquer les agissements de la société mère<sup>1041</sup>. Celle-ci, motivée par l'unité économique du groupe, tend souvent à atténuer le cloisonnement juridique entre ses filiales, considérant leur ensemble comme un réservoir global d'actifs, utilisable en fonction des nécessités économiques. Cette tendance est telle que certaines filiales n'apparaissent en réalité que comme une coquille vide dépourvue de toute autonomie, voire d'existence légale. Plusieurs avantages sont recherchés par la société mère, ainsi l'exercice d'une activité commerciale en se cachant derrière l'apparence de la filiale fictive, l'obtention d'un crédit bancaire au nom de cette dernière en évitant les poursuites de ses créanciers, ou le partage des risques financiers entre ses filiales réelles en remettant certains à la charge de la filiale fictive<sup>1042</sup>. Dans de telles situations, cette dernière n'est en effet qu'un "prête-nom" de la société-mère « qui entend exercer tous les pouvoirs en escomptant seulement retirer les avantages résultant, notamment sur le plan de la responsabilité, d'une interposition de personnes<sup>1043</sup> ». En ce sens une Cour d'appel<sup>1044</sup> a pu déclarer qu'une société apparaît fictive « lorsqu'elle est dépourvue de toute autonomie décisionnelle et notamment de la faculté de décider de sa liquidation ou de sa survie, cette faculté appartenant en fait au véritable maître de l'affaire».

**546.** Pour cette raison, le législateur, et pour une plus grande part la jurisprudence, ont voulu protéger cette réalité juridique en sanctionnant les atteintes. La société mère, associée majoritaire ou dirigeante de sa filiale, n'a à s'ingérer dans les affaires particulières de celle-ci que par l'intermédiaire de ses organes sociaux, en respectant, au demeurant, ses

---

<sup>1041</sup> Voir A. Martin-Serf, *Constitution de la société : consentement des parties. – Sociétés fictives et frauduleuses*, *JurisClasseur Commercial*, cote 05, 2012 : « Le chef d'entreprise qui décide de se mettre à l'abri derrière une société de façade est, entre autres motivations, désireux d'échapper aux conséquences d'une procédure collective en cas de cessation des paiements de son entreprise ».

<sup>1042</sup> Voir, S. Gannam, *op. cit.*, p.162.

<sup>1043</sup> Voir : J. Barthélémy et alter, *Le droit des groupes de sociétés*, *op.cit.*, n°12204, p.550 ; A. Lienhard, *Procédures collectives, prévention et conciliation, sauvegarde redressement judiciaire, liquidation judiciaire sanctions, procédure*, édition Delmas, 3e éd. 2009, n°717, p.144 : « Une société est fictive lorsque les personnes qui se présentent comme des associés ne sont des prête-noms ou les comparses du véritable maître de l'affaire. La société n'est qu'une façade masquant les agissements de celui qui se dissimule derrière elle, avec une intention frauduleuse » ; voir encore :F. Pérochon et R. Bonhomme, *(Entreprises en difficulté, instrument de crédit et de paiement, 8ièm éd, Lextenso édition, 2009, n°157, p.130)* qui ont écrit en définissant la notion de fictivité en générale «La notion de fictivité suppose une personne morale dont l'existence n'est qu'une façade d'un trompe-l'œil, cette personne dénuée d'activité et de volonté propre agissant comme le simple exécutant des directives qui lui sont données par le maître de l'affaire ».

<sup>1044</sup> Voir l'affaire *Metaleurop*, CA Douai, 2 oct. 2003, D. 2003.2571, obs. Lienhard.

prérogatives juridiques et l'intérêt social de la filiale. Depuis longtemps, la Chambre commerciale de la Cour de cassation confirma les juges du fond qui étendirent la faillite prononcée contre la société à ses associés et dirigeants sur fondement de la fictivité de celle-ci. C'était bien antérieur à la sanction particulière d'extension de faillite aux dirigeants créée pour la première fois par le décret-loi du 8 août 1935 (C. com. art. 446 abrogé). Un arrêt du début du siècle (rendu le 29 juin 1908) paraît en effet en être le premier maillon<sup>1045</sup>. Également, dans le cadre des groupes de sociétés, la même Chambre a eu plusieurs occasions<sup>1046</sup> pour approuver l'analyse des juges du fond qui étendirent la faillite prononcée contre une filiale à sa mère ou à d'autres sociétés de son groupe en se fondant sur la fictivité de la filiale. Elle constatait que les dirigeants étaient les mêmes, les activités étaient exercées dans les mêmes locaux, le personnel était commun, et la comptabilité était unique pour toutes les sociétés. Autrement dit, la filiale en cause était dénuée de toute existence juridique à l'égard des autres sociétés.

**547.** Cependant, il doit être souligné que, comme dans la confusion de patrimoine, la seule appartenance d'une société à un groupe n'est pas en soi de nature à imputer à celle-ci la qualification de fictive. Selon un arrêt de la Cour de cassation, le fait que, outre la similitude des sigles et l'identité des dirigeants et du siège social, une société a été incapable d'assumer son rôle financier de holding à l'égard de sa filiale dont elle dépendait totalement, ne suffit pas à caractériser la fictivité de cette société<sup>1047</sup>.

Néanmoins, la fictivité peut, dans le cadre de groupes de sociétés, prendre deux formes : fictivité de la filiale elle-même (première section) et fictivité de l'action du/des dirigeant(s) de la filiale (seconde section).

---

<sup>1045</sup> Cf. *Cass. req.*, 29 juin 1908 : *DP 1910, I*, p. 233, note *J. Percerou*. Plus récemment (Cf. *A. Martin-Serf, Constitution de la société, op. cit.*, n°173), l'ancien article 446 du Code de commerce (*rédaction 1955*) « permettait de déclarer la faillite d'une société commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, avait fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme des siens propres. ».

<sup>1046</sup> Voir à titre d'exemple, *Cass. com.* 29 janv. 1968 : *Bull. civ.* 1968, IV, n° 43. – *Cass. com.*, 26 juin 1968 : *Bull. civ.* 1968, IV, n° 209 ; *Cass. com.* 15 juin 1971 : *Bull. civ.* 1971, IV, n° 171. – *Cass. com.*, 7 mars 1972 : *Rev. soc.* 1973, p. 339, note *J.-P. Sortais*. – *Cass. com.* 28 mars 1977 : *Rev. soc.* 1978, p. 119, note *J.-P. Sortais*.

<sup>1047</sup> *Cass. Com.* 27 oct. 1998 : *RJDA* 1/99 n°42.

## **Section I : La protection des créanciers en cas de fictivité de la filiale elle-même**

**548.** La fictivité engendre des conséquences sur la personne morale de la filiale qui s'avère, totalement ou partiellement, irréaliste. Dans certains cas, c'est l'ensemble de cette personne qui apparaît fictif, au point que ses créanciers ne trouvent plus aucun actif social. Dans d'autres cas, la fictivité ne frappe qu'une seule partie des attributs de la filiale, si bien que le gage de ses créanciers devient limité. L'analyse de ces deux types de fictivité doit viser, en définitive, la protection des créanciers de la filiale fictive par la saisie de la responsabilité de la société mère fondatrice, associée ou dirigeante de cette filiale.

### **Sous-section I : La protection des créanciers de la filiale totalement fictive**

**549.** Comme nous l'avons souligné, l'article L. 621-2 du Code de commerce français prévoit que la procédure collective ouverte à l'encontre d'une personne morale peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de fictivité de celle-ci. L'application de ce texte trouve un terrain favorable dans le cadre de groupes de sociétés où la société mère pourrait procéder à la création d'une ou plusieurs filiales, non pour leur accorder l'exercice d'une activité particulière, mais en vue de se soustraire à la vue de ses créanciers, en se plaçant derrière leur apparence virtuelle. C'est pour cette raison que les juges du fond ne cessent de prononcer l'ouverture d'une procédure collective à la fois contre la société mère et contre sa filiale lorsque celle-ci est purement fictive, « soit que son capital appartînt entièrement à la société mère, soit que la filiale n'ait été créée que pour faire échapper la société mère aux aléas de l'entreprise, soit que l'actif et le passif de deux sociétés fussent confondus ou étroitement imbriqués<sup>1048</sup> ». Comme l'a démontré M-M. Berairie<sup>1049</sup>, la jurisprudence ne se convainc pas de la simple réunion des conditions formelles nécessaires à l'acquisition de la personnalité morale, puisque cette dernière est en lien indissociable avec l'existence d'un intérêt collectif supérieur et différent de celui de chaque associé. Lorsque cet intérêt n'est en réalité qu'un faux semblant, créé par la société mère pour échapper à ses obligations, les tribunaux doivent confronter cet artifice au fait concret, en permettant à ceux qui ont contracté avec la filiale fictive de se retourner contre la société

---

<sup>1048</sup> Cass. Req. 13 mai 1929, DP 1930.1.128; Cass. com. 4 janv. 1956, Bull. Civ. III, no 6, RTD com. 1956.513; 19 mars 1957, Bull. Civ. III, no 106; CA Paris, 23 juill. 1936, S 1937.2.4; 15 nov. 1938, S. 1939.2.12; CA Angers, 13 juill. 1956, JCP 1956. II. 9514, obs. M. P., RTD com. 1956.728.

<sup>1049</sup> M-M. Berairie, *La personnalité morale de la société commerciale, les conditions de son acquisition et les limites de son allégation, étude comparée en droit égyptien, français et anglais, Daresfekrealarabie*, 1985, p.174.

mère.

**550.** Par ailleurs, différemment de la confusion de patrimoine, la fictivité prive la filiale en cause de la personnalité morale<sup>1050</sup>. Cette privation a créé dans la doctrine et la jurisprudence des difficultés quant aux conséquences qui devaient être tirées de la fictivité. Traditionnellement, la société fictive était considérée comme une société inexistante : elle n'est pas seulement nulle. L'action en déclaration de fictivité était alors assimilable à une action en déclaration d'inexistence<sup>1051</sup>. D'autres doctrines et jurisprudences plus récentes estiment que la fictivité provoque la nullité de la société, et non son inexistence. Une société fictive est une société nulle du fait de l'absence d'un ou plusieurs éléments constitutifs de son contrat. L'importance de cette distinction découle en effet des conséquences qui en résultent. D'une part, la nullité d'une société induit les mêmes effets qu'une dissolution et n'opère pas rétroactivité. D'autre part, à l'inverse de l'inexistence, la nullité peut être couverte jusqu'à ce que le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si elle résulte de l'illicéité de l'objet social. En troisième lieu, l'action en nullité se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue, alors que l'action en déclaration d'inexistence serait prescriptible par trente ans, voire imprescriptible.

**551.** Néanmoins, la nullité d'une filiale peut trouver sa cause dans l'absence d'une ou de plusieurs conditions constitutives du contrat social. Il peut s'agir d'abord de l'absence de consentement, traduit dans la doctrine par *l'affectio societatis*. Fondatrice de sa filiale, la société mère n'a pas la volonté de s'engager dans les statuts de celle-ci, ou de s'impliquer véritablement dans une entreprise réelle par des participations au capital mais elle fait semblant. De plus, dans les pratiques les plus constatées, la fictivité résulte de l'absence de pluralité d'associés ou d'une pluralité fictive ; c'est-à-dire, l'hypothèse de la filiale de façade dissimulant, grâce à la complaisance de prête-noms, associés fictifs, l'activité du véritable maître de l'affaire, la société-mère. *M. Cozian et alter*<sup>1052</sup> notent en ce sens qu'« une société

---

<sup>1050</sup> Voir, P-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2009-2010, n°213.44, p.264.

<sup>1051</sup> Voir en ce sens A. Martin-Serf, *Constitution de la société*, op. cit., n°173 : « L'ancien article 446 du Code de commerce (rédaction 1955) permettait de déclarer la faillite d'une société commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, avait fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme des siens propres. Mais il arrivait déjà à cette époque que les règles sur l'extension de la faillite sociale fussent écartées par la jurisprudence en présence d'une société purement fictive qui n'avait possédé en réalité ni personnalité ni patrimoine distincts de ceux du maître de l'affaire. La faillite pouvait alors être prononcée directement contre ce dernier, sans mise en faillite préalable de la société (Cass. com., 5 déc. 1949 : JCP G 1950, II, 5829, note J. Larguier. – Cass. com., 23 juin 1954 : Bull. civ. 1954, III, n° 223) ».

<sup>1052</sup> Voir M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2011, n°152, p.85.

fictive est nulle faute de pluralité d'associés et faute d'*affectio societatis*<sup>1053</sup> ».

**552.** Par ailleurs, l'absence de pluralité peut se constater *a posteriori* de la création de filiale, au cours de la vie de celle-ci par une réunion de ses parts ou actions dans les mains de sa mère. Cette absence amène à se demander si elle peut entraîner la fictivité de la filiale en cause. Selon *M-M. Berairie* la personnalité morale prend fin et la filiale obéit alors aux mêmes principes inhérents à la société fictive dès l'origine. La raison en est qu'on se trouve au cas échéant en présence d'une seule personne exerçant un projet particulier derrière une personnalité fictive. Cette personne ne peut en effet échapper à sa responsabilité illimitée qu'en régularisant les conditions défectueuses. *M-M. Berairie* ne semble cependant pas s'en tenir aux règles adoptées en la matière<sup>1054</sup>, car la réunion des parts ou des actions aux mains d'un associé unique n'est pas, à elle-seule, suffisante pour aboutir à la dissolution immédiate et automatique de la société dont la personnalité morale demeure pendant la durée de la régularisation légalement accordée à cet associé. La dissolution nécessite également qu'une décision judiciaire demandée à l'initiative de tout intéressé y soit prononcée, d'où la persistance de la personnalité pendant la période antérieure à cette décision. Pourtant, il doit être souligné que le droit français, à l'inverse du droit libyen, reconnaît depuis l'année 1985 la société unie-personnelle, telle l'EUURL, la SASU, SELARL<sup>1055</sup> et SELAS<sup>1056</sup>. Dorénavant, il n'y plus lieu de parler d'une absence d'*affection societatis* ou d'une absence de pluralité d'associés, ce qui exclut par le fait la fictivité de ce type social.

**553.** De surcroît, la fictivité peut être déduite, non de l'absence d'un élément constitutif de la filiale, mais de l'absence d'autonomie de cette filiale à l'égard de sa mère. En effet, les dirigeants de la filiale peuvent parfois ne jouir que d'une petite marge de manœuvre en raison de l'ingérence de la société-mère dans leurs prérogatives. Dans un arrêt d'appel de Paris<sup>1057</sup>, la Cour a considéré comme fictives trente-deux SARL créées pour gérer, dans le cadre d'une franchise, l'enseigne d'hôtel «*FORMULE 1*» ; les gérants ne disposaient en effet d'aucune autonomie d'action, les moindres décisions leur étant dictées par le

---

<sup>1053</sup> Mais il faut se rendre compte que la simple détention par la société mère de l'essentiel du capital de sa filiale n'est pas en soi suffisante pour caractériser la fictivité. Comme l'ont relevé *M. Cozian* et ses coauteurs (ibidem n°154, p.87) « on pourrait annuler comme fictives les très nombreuses sociétés dont le capital appartient à plus de 99% à une seule personne qu'elle soit physique ou morale. La déclaration de fictivité demeure exceptionnelle ».

<sup>1054</sup> L'article 1844-5 du Code civil français prévoit que « la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société ».

<sup>1055</sup> SELARL : Société d'Exercice Libéral à Responsabilité Limitée.

<sup>1056</sup> SELAS : Société d'Exercice Libéral par Actions Simplifiées.

<sup>1057</sup> CA. Paris, 7 juin 2001, *RJDA* 1/2002, n°41.

franchiseur (*ACCORD*). De même, l'immixtion de la société mère peut se remarquer dans l'exécution des contrats conclus par la filiale, ce qui, pour les créanciers de cette dernière, les amène, derrière cette apparence trompeuse à croire que la société mère était partie prenante dans ces contrats. Dans un arrêt récent<sup>1058</sup>, la Cour de cassation a déclaré qu'une société mère peut avoir à répondre de la rupture d'un contrat conclu par sa filiale. Il s'agit dans cette affaire d'un agent commercial qui avait demandé réparation de la rupture de son contrat d'agence à son mandant, une société, ainsi qu'à la société mère de cette dernière. Une cour d'appel avait déclaré la société mère solidairement responsable des condamnations prononcées contre la filiale, ayant déduit des éléments suivants que la société mère s'était immiscée dans les relations de sa filiale avec l'agent : elle avait directement adressé à l'agent, au lieu et place de la filiale, de nombreuses correspondances concernant le contrat, certaines étant rédigées sur un papier à en-tête mentionnant les sigles des deux sociétés mais signées par le seul dirigeant de la société mère ; d'une manière générale, toutes les discussions relatives à la renégociation du contrat avaient été menées par la société mère, à l'initiative de son dirigeant.

La Cour d'appel avait ajouté que la société mère avait disposé d'une autorité de fait sur les responsables de la filiale en raison de l'influence prédominante qu'elle avait exercée sur elle et du fait qu'elle avait agi en étroite interdépendance avec elle. L'arrêt d'appel a été censuré : il ne ressortait pas de ces motifs que l'immixtion de la société mère avait été de nature à créer pour l'agent une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant. La Cour de cassation sous-entend dès lors que le cocontractant de la filiale peut agir contre la société mère en réparation des dommages causés par la rupture du contrat si celle-ci a créé une apparence trompeuse propre à faire croire au cocontractant qu'elle a été partie au contrat. Cette jurisprudence semble aller à l'encontre de deux principes généraux, à savoir : celui de l'effet relatif du contrat (C. civ. art. 1165) et celui de l'autonomie des personnes morales (ch. C. civ. art. 1840). En effet, l'application de ces principes devrait normalement interdire au cocontractant d'une filiale de demander à la société mère l'exécution du contrat ou la réparation des dommages causés par son inexécution. Mais, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a toutefois précisé que ces principes doivent être écartés s'il est prouvé que la société mère s'est immiscée dans l'exécution du contrat de façon à créer pour le cocontractant une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que

---

<sup>1058</sup> *Cass. com. 12 juin 2012 n° 11-16.109 (n° 691 FS-PB), Sté PCAS c/ Sté Markinter.*

cette société était aussi partie au contrat<sup>1059</sup>. C'est cette règle qui est appliquée ici par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Il ne suffit pas de démontrer l'immixtion de la société mère dans l'exécution du contrat conclu par sa filiale comme a pu le juger la chambre commerciale dans un arrêt rendu quelques jours avant celui de l'assemblée plénière<sup>1060</sup>. Il faut aussi que les juges caractérisent en quoi le cocontractant a pu légitimement penser que la société mère était aussi son cocontractant : c'est peut-être ce que jugera la cour d'appel de renvoi.

**554.** Par ailleurs, la fictivité de la filiale peut provenir de l'absence d'apport ou d'apport fictif de la société mère ou de l'absence d'activité de la filiale. Dans un arrêt rendu le 7 janvier 2013, la Cour d'appel de Bordeaux<sup>1061</sup> a considéré comme fictive une SARL qui, constituée entre deux personnes avec seulement un montant de 100 € du capital, « n'eut pas d'activité de son immatriculation jusqu'en mai 2011, dont l'un des associés et gérant s'est manifestement désintéressé dès sa création ».

**555.** Toutefois, quelle que soit la cause de fictivité, l'objectif recherché dans la doctrine et la jurisprudence est de dépasser le statut simulé pour atteindre le véritable débiteur. En l'absence de sociétés réelles, le groupe se réduit à une seule société. On pourrait dans ce cas s'interroger sur la possibilité d'étendre la procédure collective de la filiale fictive à la société fondatrice. D'emblée, la réponse paraît être négative, car il n'existe aucune personne morale apte à supporter l'action judiciaire et ainsi la procédure de liquidation ou de redressement. Le seul débiteur qui doit assumer la responsabilité est celui qui exerce l'activité économique : la société-mère. Cependant, le législateur et la jurisprudence ne semblent pas être convaincus par cette affirmation. Comme indiqué précédemment, l'article L. 621-2 du Code de commerce français permet au tribunal d'étendre la procédure collective d'une société fictive à son fondateur, ce qui explique, qu'à coup sûr, il accepte l'ouverture de la procédure initiale contre cette société en dépit de son existence virtuelle. Lorsqu'il s'agit d'une filiale fictive protégeant des intérêts particuliers de sa mère, la procédure collective peut être ouverte à son encontre et étendue à celle-ci. Cette filiale disparaît en s'absorbant dans le patrimoine de sa mère qui l'avait créée<sup>1062</sup>. De même, la procédure judiciaire ouverte à l'égard d'une filiale fictive n'est pas seulement applicable à la société-mère ès qualité de fondatrice, mais également en tant qu'associée

---

<sup>1059</sup> *Cass. plén.* 9-10-2006 n° 542: *RJDA* 1/07 n° 50.

<sup>1060</sup> *Cass. com.* 3-10-2006, n° 1143 : *RJDA* 2/07 n° 129.

<sup>1061</sup> *CA Bordeaux ch.civ.* 02 - 12/00622 - 07 janv. 2013.

<sup>1062</sup> *T. Gautier, Les dirigeants et les groupes de sociétés, op.cit., n°800, p.490.*

unique, majoritaire ou dirigeante de cette filiale. Il est en effet envisageable que la filiale soit réellement constituée, mais devienne plus tard fictive par l'absence d'un élément constitutif de son contrat ou par la perte de son indépendance juridique. Ses créanciers peuvent alors réclamer l'extension de procédure contre la société-mère, associée ou dirigeante de droit ou de fait<sup>1063</sup>.

**556.** En revanche, comme la procédure collective ne vise que la remise des obligations de la filiale fictive à la charge de sa mère, celle-ci peut être poursuivie pour la faute personnelle d'avoir créé une filiale fictive (C. civ. art.1382). Les tiers, qui se sont fiés à l'apparence de la régularité, peuvent demander à la société-mère des dommages-et-intérêts en plus de l'exécution des engagements inhérents à la procédure collective. Cette faute est bien caractérisée par l'utilisation frauduleuse de règles relatives à la personnalité morale (abus de personnalité morale). La faute de gestion peut encore être recherchée à l'encontre de la société-mère dirigeante de sa filiale qui, utilisant abusivement le patrimoine de celle-ci, lui a fait perdre son existence juridique. Mais établir sa responsabilité sur la faute de gestion implique que la filiale fictive soit au départ existante et qu'elle disparaisse à la suite d'une direction défectueuse de la part de sa mère. Ainsi, si elle était fictive dès l'origine, la société-mère ne peut être poursuivie que du chef de sa faute personnelle, prévue à l'article 1382 du Code civil français (C.civ. lib. art.166). Mais, il n'y a pas de raison d'éliminer la responsabilité des dirigeants de celle-ci, fondée sur leur faute de gestion reposant sur la création d'une filiale fictive. L'utilisation fautive des biens de la société qu'ils dirigent est susceptible de caractériser leur faute de gestion et ainsi retenir leur responsabilité vis-à-vis de ceux qui se sont fiés à l'apparence de la filiale fictive. La faute de gestion ne leur est donc pas imputée en qualité de dirigeants de la filiale-façade, mais en tant que tels pour la société-mère.

**557.** De plus, la faute personnelle pourrait être invoquée à l'encontre des associés de la société mère qui ont laissé la situation de fictivité s'installer sans faire obstacle aux assemblées générales, ou qui se sont déterminés, par leur pouvoir de contrôle, à commettre une telle fraude pour sauver leur société des poursuites judiciaires. Il n'est en effet pas impossible qu'ils se voient revêtus de la qualification de dirigeants de fait et soient ainsi poursuivis pour leurs omissions dans la constitution de la filiale fictive<sup>1064</sup>.

---

<sup>1063</sup> Infra, La notion de dirigeant de fait, n° 585 et ss.

<sup>1064</sup> Voir sur la responsabilité des associés en général : L. Godon, *Affirmation de la faute personnelle de l'associé, distincte de la faute de l'organe social dont il est membre. Précisions quant au critère de la faute personnelle et quant au fondement juridique de la condamnation*, Note sous Cour de cassation (com.) 22 nov.

## **Sous-section II : La protection des créanciers en cas de fictivité partielle de la filiale**

**558.** Bien que liée à son groupe, la filiale dispose d'une personnalité morale distincte de toute autre société. En conséquence, elle jouit d'un patrimoine. Au-delà de ce patrimoine, ses créanciers n'ont, en principe, aucun recours à l'encontre des autres sociétés du groupe<sup>1065</sup>. Il leur importe peu qu'elle fasse ou non partie d'un groupe composé de plusieurs sociétés. Bien au contraire, cette appartenance pourrait être à l'origine d'une coexistence de plusieurs intérêts qui auront conduit à sacrifier celui de la filiale débitrice.

Le capital de la filiale revêt dès lors une importance cruciale au regard de la réalité des groupes. Les législateurs français et libyen ont introduit en la matière plusieurs règles impératives ayant pour effet de garantir son intangibilité et d'offrir aux créanciers une certaine marge de sécurité vis-à-vis des organes sociaux. Il s'agit pour ces règles de l'interdiction à la société des agissements suivants : le rachat de ses propres actions ; les participations réciproques au capital avec d'autres sociétés et l'autocontrôle.

### **I- L'interdiction de rachat par la filiale de ses propres actions**

**559.** Le principe est bien affirmé dans les droits français et libyen. Selon l'article 225-206 du Code de commerce français (L. n°66-537, du 24 juill. 1966 art. 217), « la souscription et l'achat par la société de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agissant en son nom propre, mais pour le compte de la société, sont interdites ».

On trouve également cette même interdiction dans l'article 120 du Code de commerce libyen selon lequel « le rachat par la société de ses propres actions est interdit sauf autorisation particulière de l'assemblée générale ordinaire et à condition que la contrepartie du rachat soit réglée en totalité par les profits sociaux nets ».

La raison de l'interdiction repose sur l'idée que la société ne peut logiquement être son propre actionnaire et ainsi créancier et débitrice d'elle-même<sup>1066</sup>. En effet, les actions ne sont pas exactement des biens ordinaires : elles représentent des droits sur la société elle-même plutôt que des droits pour la société elle-même<sup>1067</sup>. De plus, le rachat entraîne un risque majeur pour l'intangibilité du capital social, mettant en doute sa réalité concrète.

---

2005 (2 arrêts).

<sup>1065</sup> T. Gauthier, *op. cit.*, n°772, p. 478 : « le capital social représente le gage des créanciers, au sens de garantie, de sécurité, plus qu'au sens de gage ».

<sup>1066</sup> P. Merel, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 15e éd. 2012, n°279, p.331.

<sup>1067</sup> P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n°1061, p. 673.

L'interdiction vise alors à protéger le gage des créanciers en évitant l'existence d'une fictivité partielle relativement importante dans le capital.

**560.** Par ailleurs, même si la règle est claire pour le rachat d'actions, la question se pose néanmoins s'agissant de la validité des promesses de ce rachat. On peut signaler qu'avant la loi de 1966, ce type de convention était fréquent et parfaitement valable. Dans un arrêt rendu le 24 janvier 1934, la chambre des requêtes de la Cour de cassation valida une clause des statuts aux termes de laquelle les actions de garantie d'un directeur lui seraient remboursées par la société (et ce pour leur montant nominal) en cas de cessation de fonctions par démission ou pour toute autre cause<sup>1068</sup> ». Plus récemment, la Cour de cassation<sup>1069</sup> (en application de l'article 217-9 de la loi n°66-537, du 24 juillet 1966<sup>1070</sup>) désapprouva la Cour d'appel de Grenoble<sup>1071</sup> pour avoir validé l'engagement par une société de racheter ses propres actions à l'un de ses actionnaires. La promesse de rachat, conclue le 17 mai 2001, stipulait en effet qu'en cas de dénonciation du contrat par la SA, celle-ci rachèterait ou ferait racheter les actions possédées par l'actionnaire. La Cour de cassation constata dans cette formule contractuelle une violation de l'article L.225-207 du Code de commerce et ainsi déclaré « qu'en statuant (...) qu'en vertu de l'article L.225-206 du Code de commerce, le rachat par une société anonyme de ses propres actions n'est autorisé que dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L.225-207 à L.225-217 du même Code, dispositions impératives parmi lesquelles ne figure pas la situation dans laquelle la société anonyme se serait engagée envers un actionnaire à lui racheter des actions, la cour d'appel qui ne pouvait imposer aux actionnaires de mettre en œuvre l'une des procédures prévues a violé les textes susvisés<sup>1072</sup> ».

**561.** Néanmoins, considérant les avantages que peut présenter le rachat de ses propres actions par une société, les législateurs français et libyen ont prévu un certain nombre de dérogations au principe d'interdiction. D'une part, outre sa fonction classique, le

---

<sup>1068</sup> Req. 24 janv. 1934. *Journ. Sociétés* 1935. 545 ; S. 1935.1.17, note P. Esmein.

<sup>1069</sup> Cass. com. 1er civ. 15 nov. 2010, F-D, n°09-69.308.

<sup>1070</sup> Selon cet article « Une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers ».

<sup>1071</sup> Cour d'appel de Grenoble, 23 juin 2009.

<sup>1072</sup> Voir R. Mortier, *Nullité de promesse de rachat d'actions propres*, note sous Cour de cassation (1re civ.) 15 nov. 2010, F-D, n° 09-69.308, Ballereau c/ Clinique Saint-Charles, rev. soc. 2011, p. 168. Selon l'auteur « la solution mérite l'entière approbation, car l'article L. 225-206 du Code de commerce, texte visé par la Cour de cassation, dispose en effet que l'achat par une société de ses propres actions est autorisé dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L. 225-207 à L. 225-217 du même Code ». Il ajoute qu'« Au-delà de la tonalité libérale du texte, il faut lire : « n'est autorisé que » dans les conditions... Le texte est bien d'ordre public, et oblige la société, pour racheter ses actions, à se couler dans le moule de la loi ».

rééquilibrage capitalistique d'une société déficitaire, le rachat d'actions peut présenter l'avantage pour une filiale disposant d'une trésorerie excédentaire de diminuer le nombre de ses titres en circulation par l'augmentation de valeur des titres non rachetés. Cette opération se concrétise par la technique du regroupement des actions consistant, comme nous l'avons vu plus haut<sup>1073</sup>, à changer un nombre déterminé d'actions existantes contre une action nouvelle. D'autre part, le rachat est également intéressant pour la société mère actionnaire majoritaire de sa filiale, qui en tire profit pour se stabiliser et se protéger contre des prises de contrôle inamicales. Cet avantage paraît du reste compréhensible lorsque les actions de la filiale sont admises aux négociations sur un marché réglementé car la société mère, dirigeante de droit ou de fait de sa filiale, est à même de contrôler le marché public de cette dernière afin d'éviter l'existence en son sein d'autres personnes, étrangères à son groupe. De plus, ce mécanisme permet à la filiale d'acheter ses propres actions pour les attribuer à ses salariés ou à ceux de son groupe dans le cadre de plans d'options d'achat d'actions<sup>1074</sup>, ou pour les recéder aux autres personnes actionnaires ou non, plus en concordance avec sa mère.

**562.** Considérant ces avantages, les législateurs français et libyen ont introduit plusieurs textes dérogatoires au principe d'interdiction, ainsi : l'article L.225-205, relatif à la réduction de capital non motivée par des pertes sociales ; l'article L.225-209, relatif au rachat par la société de ses propres actions dans le cadre d'un programme de rachat d'actions, et l'article L.225-210, relatif au rachat par la société de ses propres actions. Dans la première hypothèse, la modalité de la réduction du capital peut prendre plusieurs formes, y compris le rachat d'actions. L'assemblée générale extraordinaire qui décide une réduction du capital non motivée par des pertes peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à acheter un nombre déterminé d'actions pour les annuler (C. com. art. L. 225-207 et R. 225-153). En vue de conserver les droits des créanciers, cet article prévoit que « les représentants de la masse des obligations et les créanciers dont la créance est antérieure à la date de dépôt au greffe du procès-verbal de délibération peuvent former opposition à la réduction dans le délai fixé par décret en Conseil d'état ». La protection est assurée pendant le délai d'opposition, voire *a posteriori*, puisque le troisième alinéa interdit à la société d'exécuter la résolution de réduction de son capital avant que le juge de la première instance ne statue sur cette opposition.

---

<sup>1073</sup> Cf. supra n° p.179.

<sup>1074</sup> Voir, H. Al-masrie, *La liberté de se rejoindre et de se retirer de la société, étude exhaustive des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux, Dar al-fekr al-arabie, 1985, n°69, p.136 et s.*

Dans le deuxième cas, l'article L. 225-209 du Code de commerce (issu de la loi du 2 juillet 1998) autorise le rachat par une société cotée de ses propres actions dans la limite de 10% du capital social. Le rachat doit être autorisé ou décidé par l'assemblée générale ordinaire, laquelle définit la finalité et la modalité de l'opération. Cette finalité peut consister en plusieurs objectifs, ainsi : « débouclage de participations croisées, utilisation d'un excédent de trésorerie, achat en vue d'une remise en paiement dans le cadre d'une opération de fusion, de scission ou d'apport<sup>1075</sup> ».

**563.** Après avoir eu l'autorisation ou après décision de l'assemblée générale, il incombe au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de procéder au rachat aux date et conditions qui lui paraissent opportunes. Il est en mesure de déléguer l'exécution du rachat au directeur général ou au président du directoire. Les actions achetées peuvent être ultérieurement cédées ou annulées. Dans cette dernière hypothèse, l'annulation, aboutissant à une réduction de capital, doit remplir trois conditions : être autorisée par l'assemblée générale extraordinaire, respecter le taux du 10% du capital social, et se réaliser dans une période maximum de vingt-quatre mois.

**564.** Or la fictivité qu'induit le rachat de ses actions par la société se constate entre l'intervalle de temps séparant le rachat de la cession ou de l'annulation. L'article L. 225-209 a établi à l'encontre de la société deux obligations : une obligation d'information et une obligation de notification du rapport de gestion. D'une part, la société doit informer chaque mois l'Autorité des Marchés Financiers des achats, cessions, transferts, et annulations réalisés et cette Autorité porte cette information à la connaissance du public. D'autre part, selon l'article L. 225-211 du Code de commerce, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, doit indiquer, dans le rapport annuel de gestion, le nombre des actions achetées et vendues au cours de l'exercice par application de l'article 225-209, les cours moyens des achats et des ventes, le montant des frais de négociation, le nombre des actions inscrites au nom de la société à la clôture de l'exercice et leur valeur évaluée au cours d'achat, ainsi que leur valeur nominale, les motifs des acquisitions effectuées et la fraction du capital qu'elles représentent. Comme ce rapport devra être tenu à la disposition de toute personne qui en fera la demande (C. com. art. L. 232-21), les tiers et les créanciers sont toujours au courant de la fictivité partielle que peut engendrer le rachat de ses actions par la société.

---

<sup>1075</sup> M. Cauzian et alter, *op. cit.*, n°869, p. 449.

**565.** Du reste, le rachat par une société de ses propres actions est à présent autorisé dans les sociétés non cotées. L'article 6 de la loi de finances rectificative pour 2012 (loi n° 2012-354 du 14 mars 2012) permet – enfin – à ce type de sociétés de se doter d'un programme de rachat d'actions inspiré de celui dont peuvent bénéficier les sociétés «cotées» depuis la loi du 2 juillet 1998. Cet article (devenu L. 225-209-2 C. com.) dispose désormais que « l'assemblée générale d'une société dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations, peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à acheter des actions de la société, pour les offrir ou les attribuer dans l'année de leur rachat, à leurs salariés et/ou aux dirigeants sociaux ; dans les deux ans de leur rachat, en paiement ou en échange d'actifs acquis par la société dans le cadre d'une opération de croissance externe, de fusion, de scission ou d'apport ; dans les cinq ans de leur rachat, aux actionnaires qui manifesteraient à la société l'intention de les acquérir à l'occasion d'une procédure de mise en vente organisée par la société elle-même dans les trois mois qui suivent chaque assemblée générale ordinaire annuelle ».

Dès lors, le nouvel article L.225-209-2 du Code de commerce vient s'ajouter aux dispositions préexistantes et prévoit trois cas dans lesquels les sociétés non cotées peuvent racheter leurs propres actions. On peut ajouter à ces trois une quatrième finalité du rachat que la loi n'indique pas dedans au même endroit (c'est-à-dire au texte des trois alinéas de l'article L. 225-209-2), mais dans son antépénultième alinéa. Il s'agit de l'annulation des actions rachetées, suivie d'une réduction du capital social dans la limite de 10% par périodes de vingt-quatre mois. En ce cas également la réduction de capital doit avoir été autorisée ou décidée par l'assemblée générale extraordinaire de la société ; laquelle peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, les pouvoirs nécessaires pour la réaliser<sup>1076</sup>.

**566.** On peut se demander, dans l'hypothèse où l'assemblée générale extraordinaire autorise le conseil d'administration ou le directoire à annuler les actions rachetées par la société, si le droit d'opposition des créanciers doit être admis. Les deux articles L. 225-209 et L. 225-209-2 du Code de commerce ne disent rien sur cette question. Une majeure partie

---

<sup>1076</sup> Voir. *H. Le Nabasque, Les programmes du rachat d'actions des sociétés non cotées (après la loi de finances rectificative pour 2012), Rev. soc. 2012, p.271.*

de la doctrine estime ainsi que l'opération de rachat prévue à l'article L. 225-209, étant originale, échappe au régime de droit commun de la réduction de capital prévu à l'article L. 225-205 du Code de commerce<sup>1077</sup>. Ce point de vue s'applique à notre avis sans contradiction à l'opération de rachat régie par le nouvel article L. 225-209-2 du Code de commerce. Cet article lui aussi prévoit une procédure de réduction propre, sans renvoi à l'article L.225-205 du Code de commerce.

**567.** Une troisième hypothèse de rachat d'actions est également prévue à l'article L. 225-210 du Code de commerce. En l'occurrence, la réduction qui s'exécute par le rachat de ses propres actions par la société ne peut excéder un taux de 10% du capital social ni avoir pour effet d'abaisser les capitaux propres à un montant inférieur à celui du capital augmenté des réserves non distribuées (C. com. art. L. 225-210). Autrement dit, et comme l'a constaté un auteur<sup>1078</sup>, « toute société ne peut pas racheter ses propres actions, il ne peut s'agir que d'entreprises en bonne santé : réserves supérieures aux pertes et dont le montant est au moins égal au coût d'achat des actions. La règle de permanence des réserves doit être observée durant toute la période d'autodétention ». Or, le rachat d'action ne porte en l'occurrence pas atteinte au principe d'intangibilité du capital social, le législateur ne réserve pas aux créanciers un droit d'opposition.

Par ailleurs, selon l'article L. 225-213 du Code de commerce français, des actions acquises à la suite d'une fusion ou d'une scission ou à la suite d'une décision de justice, peuvent être rachetées et conservées par la société si elle ne possède pas déjà 10% de son capital. Dans le cas contraire, et si elles n'ont pas été cédées dans les deux ans suivant leur acquisition, les actions rachetées doivent être annulées.

**568.** S'agissant du droit libyen, les règles semblent quelque peu différentes. En effet, il existe dans le Code de commerce deux textes différents : l'un concerne le rachat de ses propres actions par la société (C. com. art. 120) et l'autre relève de la réduction du capital social non motivée par des pertes (C. com. art. 151). Selon l'article 120 du Code de commerce, la société ne peut racheter ses propres actions qu'en respectant deux conditions : la résolution du rachat doit être décidée par l'assemblée générale ordinaire et la contrepartie du rachat doit être décomptée en totalité des bénéfices nets de la société. Comme cette opération n'entraîne pas une réduction véritable du capital au regard de cette seconde stipulation, le législateur libyen n'a pas octroyé aux créanciers un droit

---

<sup>1077</sup> Voir. *G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, op. cit., n°2228, p.917.*

<sup>1078</sup> *R. Foy, Attribution gratuite des actions, répertoire de droit des sociétés, sept. 2008.*

d'opposition. La seconde disposition, énoncée à l'article 151 du même Code, relève de la réduction du capital social motivée par un excédent de trésorerie. Au visa de cet article, la réduction est décidée par l'assemblée générale extraordinaire et exécutée soit par l'exonération des associés de leurs primes impayées, soit par leur remboursement d'une partie du capital social, soit par le rachat de leurs actions par la société. De fait, les créanciers disposent d'un délai d'opposition de trois mois à compter de l'immatriculation de l'acte de réduction dans le registre du commerce et des sociétés.

## **II- La protection des créanciers de la filiale en cas de participations réciproques**

**569.** Les participations réciproques, dites aussi croisées, résultent de ce que plusieurs sociétés détiennent réciproquement des fractions plus ou moins importantes de leur capital respectif<sup>1079</sup>. Elles entraînent le gonflement artificiel de l'actif apparent des sociétés en cause dans la mesure où chacune se trouve indirectement, par l'intermédiaire de l'autre, propriétaire de ses propres parts ou actions<sup>1080</sup>. En d'autres termes, les participations réciproques favorisent une fictivité partielle dans le capital des sociétés en cause, en proportion d'un pourcentage retenu de leur taux. Elles sont à cet égard susceptibles de diminuer le gage des créanciers sociaux. Le pourcentage du capital auto-détenu par le biais de la participation réciproque ne correspond plus à des éléments d'actifs réels et saisissables, mais aux propres actions de chacune des sociétés, ce qui peut générer des problèmes en cas de procédure collective<sup>1081</sup>. Par exemple, si deux sociétés disposent en réciprocité d'une fraction égale à 50 %, la fictivité partielle de leur patrimoine est de 25%.

**570.** Par ailleurs, les participations croisées peuvent provoquer le verrouillage du contrôle des actionnaires et, par conséquent, porter atteinte à la révocabilité des dirigeants des sociétés en cause, en ce que les assemblées générales de ces sociétés seront représentées par les membres du conseil d'administration ou par ceux du directoire<sup>1082</sup>. En effet, et comme *M. Tipars* l'a souligné, avec l'appui des participations croisées, les dirigeants sont à même de s'ingérer indirectement dans l'assemblée générale ordinaire pour

---

<sup>1079</sup> *D. Gibirila, Groupe de sociétés.-présentation, JurisClasseur Commercial, Cote 01,2006, n°49, p.24 ; voir aussi, T. Gautier, op. cit., n°787, p.484 : « les participations réciproques, dites aussi croisées, consistent pour deux sociétés à détenir mutuellement une fraction du capital de l'autre ».*

<sup>1080</sup> *Mémento Pratique Francis Lefebvre, Groupe de sociétés, op.cit., n°1185, p.127.*

<sup>1081</sup> *D. Gibirila, op. cit., n°50, p.24*

<sup>1082</sup> Voir en même sens : *L. Grosclaude, Droit des sociétés, DUNOD, Paris, 2009, p.281 : « Cette situation (les participations croisées) est préjudiciable à l'intérêt des tiers car le capital social est partiellement fictif ; de même, le contrôle de la société est verrouillé puisque les dirigeants ne pourront être révoqués qu'avec leur propre accord ».*

s'assurer à l'infini de leur éligibilité<sup>1083</sup>.

Pour ces différentes raisons, les droits français et libyen encadrent strictement les participations réciproques. Selon l'article L.233-29 du Code de commerce français « 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%. 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. La société ne peut exercer les droits de vote attachés à ces actions ».

**571.** De son côté, l'article 122 du Code de commerce libyen interdit à la société par actions de constituer ou d'augmenter, même par personne interposée, son capital par la souscription réciproque d'actions avec une autre société. Les dirigeants qui contreviennent à cette interdiction s'exposent au délit prévu à l'article 406 du Code de commerce, soit à l'emprisonnement de six mois au minimum et/ou à l'amende de 5000 à 20000 dinars. Bien que l'article 122 (*ibidem*) ne prévoient pas de sanction civile, la souscription réciproque entre les sociétés en cause pourrait être qualifiée de nulle, car enfreignant une règle pénale relative à l'ordre public.

Toutefois, la différence entre le texte français et le texte libyen consiste en ce que la défense des participations réciproques est absolue en droit libyen : aucune réciprocité, même indirecte ou très faible, n'est autorisée. Alors qu'en droit français cette réciprocité n'est prohibée qu'à partir d'un certain seuil, acceptable en-dessous. De même, le texte français est silencieux sur les participations indirectes : celles passées entre des sociétés par une personne interposée, ainsi une filiale pour une sous-filiale et une grand-mère. Malgré l'absence de rapports financiers directs entre ces deux sociétés, cette dernière pourrait s'impliquer dans les affaires de la première par le truchement de sa filiale directe. Mais l'atteinte que suscite cette implication à la réalité du capital s'avère minime en raison de l'éventuelle intervention de plusieurs sociétés dans la chaîne des participations.

**572.** La question se pose néanmoins de savoir si de telles participations peuvent avoir

---

<sup>1083</sup> M. Tipars, *op. cit.*, p.745 ; Voir aussi, notre mémoire de master, (*Les aspects juridiques des sociétés holdings.*, *op. cit.*, p.148).

la qualification de réciproques et être soumises à l'interdiction de l'article L. 233-29 du Code de commerce.

Il est d'abord à noter que les participations réciproques indirectes ne sont réglementées ni par l'article L. 233-29 ni par d'autres textes. La plupart de la doctrine déduit de cette absence la licéité de ces types de participations<sup>1084</sup>. *C. Fischer*<sup>1085</sup> écrit en ce sens que « les règles relatives aux rachats d'actions, qui se rapportent à la limite des 10% du capital, de même que les règles qui assimilent à un rachat d'actions l'acquisition des actions de la société mère par une filiale s'appliquent exclusivement aux acquisitions de participations réciproques par les filiales directes ».

Cette interprétation, ne semble guère favorable à la lutte contre la fictivité. En effet, les participations croisées indirectes, bien que moins néfastes pour la stabilité du capital social, ne sont pas sans risque, car contribuant à donner une image trompeuse de l'ensemble des actifs des sociétés incluses dans le groupe. Même si le droit des sociétés ne reconnaît pas la personnalité morale aux groupes, il est incontestable que ceux-ci forment avec leurs composantes des entités économiques distinctes, réunies par un intérêt groupal supérieur. L'existence en leur sein des participations réciproques, directes ou indirectes, donne corps à l'existence d'une fictivité partielle<sup>1086</sup>.

**573.** En outre, l'interdiction prévue à l'article L. 233-29 du Code de commerce ne s'applique pas aux sociétés de façon générale, car ne sont concernées que les participations réalisées entre deux sociétés dont l'une est par actions, à l'exclusion de celles passées entre d'autres formes sociales (px : SARL et SARL ou SARL et SNC, SC).

Il en va de même pour l'interdiction prévue à l'article 122 du Code de commerce libyen qui n'intéresse que les sociétés anonymes, faute d'autre disposition prohibitive ou renvoyant à cet article. Une filiale SA qui dispose d'une fraction du capital de sa mère, dont la forme est différente, n'est pas visée par l'interdiction malgré la fictivité produite par ces participations réciproques.

**574.** Toutefois, même si l'on peut admettre les participations croisées entre des sociétés de personnes dont les associés sont indéfiniment responsables, il est bien difficile de

---

<sup>1084</sup> Voir, *J. Barthélémy et alter, op.cit., n°2060, p.47.*

<sup>1085</sup> *C. Fischer, Le rachat d'actions et les participations réciproques. C. De Boeck &Larcier 1996, Département de Boeck Université, Paris, Bruxelles., p.125.*

<sup>1086</sup> Voir, *D. Gibirila, op.cit., n°56, p.26 : « la réglementation des participations réciproques peut être facilement tournée par des participations circulaires, "des boules d'autocontrôle" »*

justifier ces participations entre des sociétés de capitaux d'une forme non actionnariale ou entre celles-ci et des sociétés de personnes, puisque la fictivité que lesdits articles entendent combattre, reste à éviter. Par exemple, une société mère à risque limité, au lieu de créer une filiale feinte pour se mettre à l'abri de ses créanciers, constitue une filiale réelle, en lui cédant ultérieurement une fraction de son capital. Malgré le fait que cette fraction est illusoire pour les deux sociétés, les dirigeants échappent à toute responsabilité pénale, faute d'une disposition prohibitive.

**575.** Enfin, outre la peine prévue à l'article L. 247-3 du Code de commerce français contre les dirigeants qui enfreignent l'interdiction<sup>1087</sup>, l'article L. 233-29 du même Code désigne les procédures à suivre rigoureusement et les effets induits en cas de violation. Lorsque l'une des deux sociétés est par actions, cet article invite à distinguer selon que celle-ci dispose dans l'autre société d'une fraction du capital inférieure, égale ou supérieure au dixième. Si la fraction détenue est inférieure ou égale à 10% du capital de l'autre société, celle-ci peut posséder des actions de la première, en ne dépassant pas le dixième du capital de la société par actions. Autrement dit, la fictivité du capital des sociétés en cause est autorisée dans la limite de 10%, illicite au-delà. Ainsi, si la société par actions dispose d'une fraction supérieure au dixième du capital de l'autre société, cette dernière n'a pas à être actionnaire de la société par actions. À défaut, la société actionnaire dispose d'un délai d'un an pour aliéner ses titres. Elle ne dispose d'aucun droit au vote aux assemblées d'actionnaires<sup>1088</sup>. Si les participations réciproques dépassant le taux autorisé sont de la même importance, chacune des sociétés doit réduire les siennes de telle sorte qu'elles n'excèdent pas 10% du capital de l'autre.

### **III- La protection des créanciers de la filiale en cas d'autocontrôle**

**576.** On parle d'autocontrôle lorsqu'une société se contrôle elle-même par l'intermédiaire du contrôle qu'elle exerce sur une ou plusieurs autres sociétés détentrices d'une fraction de son capital<sup>1089</sup>. C'est-à-dire, lorsqu'une société se trouve se contrôler elle-

---

<sup>1087</sup> Aux dispositions de cet article « Est puni d'une amende de 18000 € 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. Pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les poursuites pour infraction aux dispositions de l'article L. 233-31 sont engagées après que l'avis de l'Autorité des marchés financiers a été demandé ».

<sup>1088</sup> Voir, T. Gautier, *op. cit.*, n°789 et s., p. 485.

<sup>1089</sup> B. Petit, *Droit des sociétés*, Litec 4<sup>ème</sup> éd. 2008, n°484, p.265 ; voir encore, T. Gautier, *op. cit.*, n° 793, p. 486 : « L'autocontrôle consiste pour une société à s'assurer de son propre contrôle par l'intermédiaire d'une ou plusieurs autres sociétés dont elle détient elle-même directement ou indirectement le contrôle ».

même en disposant de la majorité des voix dans ses propres assemblées générales<sup>1090</sup>. Considérant le risque que présente cette situation aux créanciers, les législateurs ne cessent de limiter ses effets préjudiciables. En effet, l'autocontrôle favorise dans la pratique une fictivité partielle ou totale du capital social, en concurrence des actions acquises en réciprocité. Comme le souligne à juste titre M. Germain, « on s'en aperçoit au cas d'augmentation du capital des deux sociétés imbriquées que chaque société participe à sa propre augmentation puisqu'elle doit souscrire pour celles de ses parts sociales qu'elle possède dans l'autre société<sup>1091</sup> ».

Cette situation comporte un inconvénient majeur pour les créanciers dans la mesure où elle les trompe sur la consistance réelle du gage général fourni par le patrimoine social<sup>1092</sup>. De même, l'autocontrôle peut être de nature à entraver la poursuite des dirigeants par leur société. En effet, ceux-ci se voient attribuer à la fois les prérogatives des assemblées générales et les pouvoirs du conseil d'administration ou du directoire, ce qui paralyse en pratique leur fonctionnement normal. Au moyen de cet atypisme, les dirigeants communs peuvent s'assurer de leur réélection dans chacune des sociétés grâce au vote de l'autre société.

**577.** Aussi, l'article L. 233-31 du Code de commerce a-t-il atténué l'influence de l'autocontrôle en supprimant purement et simplement le droit de vote attaché aux actions d'autocontrôle<sup>1093</sup>, disposant en ce sens que « lorsque des actions ou des droits de vote d'une société sont possédées 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<sup>1094</sup> ».

**578.** Cependant, la difficulté que cet article ne manque pas de soulever réside dans le fait qu'aucune définition n'est établie pour l'autocontrôle et qu'il existe en droit français

---

<sup>1090</sup> V. D. Vidal, *Droit des sociétés*, 6<sup>ème</sup> éd. 2008, L.G.D.J, Lextenso édition, n° 210, p. 103 « L'autocontrôle sera le fait interdit ou réglementé, pour une société de détenir ses propres actions, soit par elle-même (ou par personne interposée), soit par l'intermédiaire d'une société avec échange du procédé (participations croisées), soit encore par le biais d'une série de participations récurrentes (participations circulaires) ».

<sup>1091</sup> Voir, G. Ripert, R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, n°2028, p.727.

<sup>1092</sup> D. Vidal., *op. cit.*, n°210, p.103.

<sup>1093</sup> M. Cozian et alter, *op. cit.*, n°1498, p.764.

<sup>1094</sup> Quant au droit libyen, il prévoit l'interdiction par l'article 121 du Code de commerce qui dispose : « Il est interdit aux sociétés d'investir leur capital, même partiellement, dans l'achat d'actions des sociétés soumises à leur contrôle ou des sociétés qui les contrôlent. Une société est considérée comme soumise au contrôle d'une autre lorsque la société contrôleuse détient un nombre d'actions susceptible de lui octroyer la majorité des droits de vote dans l'assemblée générale ordinaire de la société contrôlée, ou lorsqu'elle devient contrôleuse en vertu d'un contrat spécial conclu avec celle-ci ».

différents critères pour cette notion. Ainsi l'article L.233-1<sup>1095</sup>, relatif à la notion de filiale et mère, s'applique pour déterminer dans quelle mesure une société est considérée comme une filiale d'une autre ; l'article 233-3<sup>1096</sup>, relatif en principe à l'obligation des notations et des informations, s'applique pour déterminer la situation dans laquelle une société est contrôlée par une autre ; et l'article 233-16<sup>1097</sup>, inhérent aux comptes consolidés, s'applique pour définir la notion de contrôle exclusif. Chacun de ces articles régit un sujet précis, mais sans pour autant faire mention de l'autocontrôle. L'intérêt le plus clair à déterminer le champ d'application de l'article L. 233-31 relève cependant des conséquences pénales de l'autocontrôle : les règles sur cette situation sont assorties d'une amende de 18000 euros (C. com. art. L. 247-3, al. 1<sup>1098</sup>).

**579.** Selon la doctrine et la jurisprudence en vigueur, il était permis de penser qu'en ce qui concerne les dispositions de l'article L.233-31, seules celles des paragraphes I et II de

---

<sup>1095</sup> « Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première ».

<sup>1096</sup> Au sens de cet article : « I. - une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, 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 supérieur 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 ».

<sup>1097</sup> Cet article prévoit que : « II. - Le contrôle exclusif par une société résulte :

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

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

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

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

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

<sup>1098</sup> Aux termes de cet article : « Est puni d'une amende de 18000 € 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 ».

l'article L. 233-3 étaient applicables<sup>1099</sup>. T. Gautier explique que lorsqu'il s'agit de définir les sociétés contrôlées par la société, les critères de l'article L.355-1 (devenu l'article 233-3, I et II C. com.) doivent être retenus<sup>1100</sup>. De même, la Cour de cassation<sup>1101</sup> a pu désapprouver une Cour d'appel pour s'être référée à l'article L. 233-16 du Code de commerce, relatif aux comptes consolidés, estimant que les dispositions devraient être celles de l'article L. 233-3. Elle a affirmé « qu'en relevant que la notion de contrôle signifierait qu'une ou plusieurs sociétés exercent une influence déterminante sur la gestion d'une autre structure et ne serait pas exclusivement caractérisée par la participation dans le capital, faisant ainsi implicitement référence aux dispositions de l'article L. 233-16, II, 3° du Code de commerce qui dispose que le contrôle exclusif par une société résulte du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet, cependant que pour l'application des dispositions de l'article L. 233-31 du code de commerce, il y a lieu de se référer aux dispositions de l'article L. 233-3, I et II du même code dont la définition du contrôle repose exclusivement sur le pouvoir de déterminer les décisions dans les assemblées générales que confère l'exercice des droits de vote, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les dispositions de l'article L. 233-3, I et II du code de commerce, ensemble les dispositions de l'article L. 233-31 du même code ».

**580.** Pour autant, même si la doctrine et la jurisprudence se sont en majorité persuadées que le contrôle entendu par l'article L. 233-31 du Code de commerce est celui « exclusif » de l'article L. 233-2, al. I et II, la question relève du contrôle conjoint, celui s'exerçant par plusieurs sociétés agissant de concert. Ce contrôle, est-il inclus dans le champ d'application de l'article L. 233-31?

Avant de répondre à cette question, il est à souligner que jusqu'en 2001, le Code de commerce ne connaissait que le contrôle unitaire (exclusif). Pour cerner la notion de société contrôlée, l'article L. 233-3, I et II définit le contrôle par référence à la détention directe ou indirecte par une société d'un nombre de droits de vote suffisant pour déterminer les décisions dans l'assemblée générale d'une autre société. L'article L. 233-16 du même

---

<sup>1099</sup> Voir aussi F.-M. Laprade, *L'autocontrôle conjoint : une idée neuve qu'il faut encore creuser. Note sous cassation (com.) 29 juin 2010, FS-P+B, n° 09-16.112, Lignac c/ Sté Groupe Hersant Média (GHM)*. Selon cet auteur, « il s'agit pour ce contrôle plutôt de l'une des hypothèses de contrôle « unitaire » envisagées par l'article L. 233-3 I, lequel vise la détention directe ou indirecte d'une fraction du capital conférant la majorité des droits de vote et le cas dans lequel un actionnaire dispose seul de cette majorité en vertu d'un « accord » conclu avec d'autres actionnaires ».

<sup>1100</sup> T. Gautier, *op. cit.*, n° p.

<sup>1101</sup> Cass. com., 29 juin 2010, FS-P+B, n° 09-16.112, Lignac c/ Sté Groupe Hersant Média (GHM).

Code envisage le contrôle conjoint uniquement pour l'obligation de l'établissement des comptes consolidés. C'est à partir de l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001 que le contrôle conjoint est introduit aux dispositions de l'article L.233-3 par un nouveau paragraphe III qui dispose : « 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 ».

**581.** Selon certains arrêts, le contrôle évoqué dans l'article L. 233-31 du Code de commerce ne peut s'interpréter que par le contrôle exclusif prévu au premier et au deuxième paragraphe de l'article 233-3 du Code de commerce. Le champ d'application de cet article ne comprend pas l'hypothèse dans laquelle le contrôle de la société dominante est détenu de manière conjointe par la société émettrice en concertation avec d'autres personnes. La Cour de cassation déclare ainsi dans une décision<sup>1102</sup> que « il résulte de l'article L. 233-3 III du code de commerce que, pour l'application de l'article L. 233-31 du même code, 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. C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel s'est référée à ces dispositions pour rechercher si les actions d'une société étaient détenues par une autre société dont la première détenait directement ou indirectement le contrôle<sup>1103</sup> ».

**582.** Par ailleurs, à la différence du cas du cas des participations réciproques, on constate d'après l'article L. 233-31 que les règles d'autocontrôle s'appliquent tout autant à la notion de contrôle direct qu'à celle de contrôle indirect. Mais lorsqu'il s'agit de cette dernière, les actions ou les droits de vote que détiennent les sociétés dans leur filiale directe doivent être en nombre si important qu'ils leur en confèrent le contrôle effectif. En d'autres mots, les participations de la société grand-mère dans sa filiale directe, et celles de cette dernière dans la société sous-filiale doivent être tellement élevées qu'elles qualifient chacune de sociétés contrôlante. Or, selon le deuxième paragraphe de l'article L.233-3 du Code de commerce, la société grand-mère peut être présumée contrôler la sous-filiale lorsqu'elle dispose dans son capital (par le biais de sa filiale directe) d'une fraction des

---

<sup>1102</sup> Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-16.112, IV, n°116.

<sup>1103</sup> Voir aussi, Tribunal de commerce de Nancy (23 déc. 2008, *GHM, MMF et GCL c/ Journal de l'Est républicain et autres*) qui a précisé en ce sens que « Les délibérations prises lors d'une assemblée générale ayant notamment décidé la réalisation d'une augmentation de capital doivent être annulées quand un actionnaire a pris part au vote alors qu'il faisait l'objet d'un contrôle conjoint de la part d'un concert auquel participait la société émettrice, si bien que ses actions auraient dû être privées de leurs droits de vote en application de l'article L. 233-31 du code de commerce sur l'autocontrôle ».

droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. Si ce n'est pas le cas, la règle à appliquer est celle des participations croisées dont l'interdiction relève uniquement des participations directes.

**583.** Du reste, quand bien même ce règlement ne concerne que les sociétés par actions, la forme juridique des sociétés intermédiaires important peu. Une sous-filiale par actions ne peut acquérir des titres ou des droits de vote dans la société grand-mère ayant la même forme, même si la filiale intermédiaire porte une forme sociale différente. Selon certains auteurs, la nationalité des sociétés permettant le bouclage d'autocontrôle ne doit pas non plus être prise en compte<sup>1104</sup>. « L'autocontrôle s'apprécie en fait, et la présence d'une société étrangère dans la chaîne d'autocontrôle ne saurait empêcher l'application du texte<sup>1105</sup> ».

Au demeurant, afin de limiter les effets de l'autocontrôle, l'article L. 233-31 susvisé prévoit la suppression des droits de vote attachés aux actions d'autocontrôle. Ces actions ne peuvent permettre l'expression des droits de vote lors des assemblées générales qu'à concurrence de 10% des droits dont disposait chacune des sociétés en cause dans l'autre. En cas de violation, le président, les administrateurs, les membres du directoire, le directeur général et les directeurs généraux délégués s'exposent à une amende de 18000 € (art. L. 247-3, al.1 du Code de commerce). La sanction en droit libyen est l'emprisonnement de 6 mois au minimum et/ou l'amende entre 5000 et 20000 dinars (art. 406-2 du Code de commerce). La sanction la plus utile aux créanciers repose cependant sur la responsabilité civile des sociétés et de leurs dirigeants. Comme l'autocontrôle débouche sur une simulation partielle, la fraction fictive du capital de chaque société doit être mise à la charge des dirigeants de droit ou de fait. Les dirigeants d'une filiale participant au capital de la société mère ou de la société grand-mère devront compenser la partie d'actif perdue en raison de cette participation. Il en résulte également que la responsabilité civile de ces dirigeants pourra être recherchée par les créanciers des sociétés fictives (C. civ. fr. art. L.1382 / C. civ. lib. art. 166).

---

<sup>1104</sup> T. Gautier, *op. cit.*, n°793, p.487.

<sup>1105</sup> B. Mercadal et Ph. Janin, *Sociétés commerciales, Mémento pratique Francis Lefebvre 1999*.