

1 Les clés du groupe

	§§		§§
Les motivations			
• Diversité des objectifs	1	• Le contrôle conjoint	20
• Technique de concentration	2	• L'influence notable	21
• L'implantation sur un marché	3	• Détention indirecte et influence	21
• Le rachat d'une entreprise	4	• La consolidation, source d'obligations extra-comptables :	
• La transmission d'entreprise	5	– rémunération des mandataires	22
• Holding par le haut	5	– cumuls mandats	22
• Holding par le bas	5	– stock-options	22
• Un impact fiscal	6	• Le groupe et la concentration	23
• Des objectifs à atteindre	7	• Relations privilégiées	23
L'absence de définition homogène		• Pratiques anticoncurrentielles	23
• Variété de groupes	8	• Le groupe et le droit du travail ..	24
• Indépendances des structures	9	• Le comité de groupe	25
• Restitution de documents entre filiales	9	• L'influence dominante	25
• Engagement de rachat dans un groupe	9	• Régime mère/filles	26
• L'indépendance relative	10	• Régime d'intégration fiscale	27
• Conventions réglementées	10	• Schémas d'intégration	27
• Commissaires aux comptes	10	• Propriété industrielle	28
• Seuils de détention	11	• Le groupe et le droit bancaire	29
• Les filiales	12	L'absence de personnalité morale	
• Participation	13	• Absence d'existence juridique propre	30
• Simple placement	13	• P-DG du groupe	30
• Le contrôle	14	• Ouverture d'un compte courant	30
• Présomption de contrôle de fait	14	• Conséquences liées au défaut de personnalité	31
• Actions de préférence et contrôle	14	• Représentation en justice	31
• Action de concert	15	• Rupture d'un contrat par une filiale	31
• Nécessité de plusieurs accords ..	15	• Des palliatifs à l'absence de personnalité :	
• Contrôle et participation indirecte	16	– confusion des sociétés	32
• Schémas de contrôle	16	– fictivité des sociétés	32
• Contrôle en capital ou en droit de vote	17	– la société employeur écran	32
• Des comptes consolidés dans les groupes	18	• L'apparence invoquée par les tiers	33
• Le contrôle exclusif	19	• Apparence et immixtion	33
		• Éléments similaires d'identification	33

Les motivations

Diversité des objectifs

- 1 Les groupes sont liés à des événements économiques ou financiers. Ils sont également constitués pour des objectifs de rationalisation ou d'organisation d'une entreprise ayant atteint une certaine taille. Ils s'inscrivent aussi dans les opérations de rachat ou de transmission d'entreprises.

Technique de concentration

- 2 Des entreprises qui, à des échelons complémentaires, accomplissent le cycle complet de la production et de la commercialisation des produits peuvent se trouver dans un état de dépendance vis-à-vis d'une entreprise principale réalisant ainsi une concentration verticale partielle ou totale, suivant les cas.

La forme la plus complète de cette dépendance est celle qui résulte du contrôle qu'une entreprise exerce sur une ou plusieurs autres entreprises par une prise de participation dans leur capital ou du fait qu'un groupe possède le contrôle de deux ou plusieurs sociétés, sans que les sociétés elles-mêmes aient de participation dans le capital des autres.

L'implantation sur un marché

- 3 Pour pénétrer un nouveau marché ou pour une implantation à l'étranger, une entreprise opérera un choix entre deux stratégies d'organisation :
 - soit elle créera des succursales ou des départements non autonomes ; cette création peut passer par une opération de rachat de structures autonomes existantes. Dans ce schéma, tout repose sur une seule entreprise conservant une unité juridique ;
 - soit elle constitue des filiales spécialisées ; ces sociétés seront sous le contrôle plus ou moins étroit de l'entreprise, mais dans tous les cas, elles auront une autonomie juridique. La réunion des différentes entités au sein d'un groupe permettra d'obtenir des approvisionnements moins coûteux et, surtout, des débouchés élargis.

Le rachat d'une entreprise

- 4 La constitution d'un groupe n'est pas en tant que tel un moyen de rachat d'une entreprise. Cependant, la création d'une société holding de rachat est souvent retenue à la fois comme technique d'organisation du pouvoir mais aussi en raison des possibilités d'effet de levier juridique financier et fiscal. La constitution d'une société holding a pour objectif de faire supporter le coût financier de la prise de contrôle et donc de l'achat des titres de la société cible par cette dernière et non par l'acquéreur.

C'est la société holding qui s'endette et les emprunts sont remboursés au moyen des dividendes que la société cible verse à sa mère. Cette technique, liée à une option pour le régime d'intégration fiscale, permet un remboursement de l'emprunt et une déductibilité des intérêts de l'emprunt souscrit.

Au cas considéré, c'est la création d'une holding de rachat qui produit l'effet de levier fiscal et financier ; le groupe naîtra dans la mesure où la société holding contrôlera une ou plusieurs autres sociétés ayant chacune leur existence juri-

dique propre. La mise en place d'une société holding de reprise est jalonnée de différents obstacles juridiques liés pour l'essentiel à l'interdiction, pour une société anonyme, de financer directement le rachat de ses actions ainsi qu'à la préservation des droits des minoritaires.

La transmission d'entreprises

5 Là encore, la technique de filialisation n'est pas en soi une technique de transmission.

Pour permettre la transmission d'une entreprise, le chef d'entreprise peut s'orienter vers la création de filiales reprenant des activités de l'entreprise.

C'est ainsi que l'entreprise exploitée sous une forme sociétaire peut apporter tout ou partie de ses actifs à des filiales créées à cet effet.

Ces apports partiels d'actifs rémunérés par des droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport confèrent à la société apporteuse une position de contrôle et un rôle prédominant.

L'ancienne société d'exploitation devient, dans ce schéma, une société holding contrôlant les sociétés qui ont reçu les branches d'activité ; c'est la technique dite du « holding par le bas ».

Lorsque le chef d'entreprise est à la tête de plusieurs sociétés exploitant des branches d'activités différentes, il peut, là encore, créer une société holding « par le haut ». Pour ce faire, les titres des différentes sociétés seront apportés ou cédés à une société créée à cet effet et qui aura pour objectif de gérer les participations, d'animer le groupe ainsi créé ; la société holding aura la qualité de société mère.

Un impact fiscal

6 En présence de sociétés dont les résultats sont déficitaires et bénéficiaires, le besoin de compenser les résultats entre elles conduira les dirigeants à opter pour un régime fiscal des groupes et donc pour le régime de l'intégration fiscale.

D'autres motivations sont généralement mises en avant en faveur d'une option pour l'intégration fiscale :

- la neutralisation fiscale, sous certaines conditions, des aides indispensables entre les sociétés ;
- les distributions internes des bénéfices des filiales ;
- l'absorption d'une société déficitaire ;
- l'utilisation par la société mère de crédits d'impôt imputables sur l'IS.

Des objectifs souhaités mais parfois difficiles à atteindre

7 La société qui contrôle les autres sociétés appartenant à la famille du groupe souhaite souvent pouvoir gérer les affaires des sociétés filiales.

Un autre souhait réside dans la libre circulation des moyens financiers entre les différentes sociétés constituant le groupe.

Ces deux objectifs se heurtent aux règles de protection des minoritaires et des tiers.

L'information au sein du groupe est également une des préoccupations majeures des acteurs d'un groupe.

La constitution d'un groupe peut avoir pour finalité de créer des cloisons étanches entre les différentes sociétés le composant. Si une société est en difficulté, elle

sera sacrifiée mais les autres structures ne seront pas atteintes. Cette approche pour atteindre le résultat escompté suppose de respecter les règles d'étanchéité entre les structures, la confusion des patrimoines, la fictivité sont des armes aux mains des créanciers (voir §§ 1415 à 1420).

L'absence de définition homogène

Notion de groupe de société

► Une variété infinie de groupes

- 8 Il n'existe pas de définition légale du groupe. C'est au vu d'une situation de fait que l'existence d'un groupe sera ou non révélée. La variété des groupes est, de ce fait, infinie. Les liaisons entre les entités la formant peuvent être de type horizontal, vertical, pyramidal, circulaire...

La gestion peut, à l'image des États, être soit centralisée sous la férule de la société mère, soit, au contraire, être très décentralisée, les directions par objectifs étant seulement prises au sommet.

L'absence de réglementation des groupes dans le domaine du droit des sociétés favorise une souplesse permettant une diversité des groupes, notamment dans les PME.

Certains groupes reposent sur une communauté d'intérêts de dirigeants ou de familles, d'autres sont liés à des participations financières diverses.

Une réglementation entraînerait inévitablement une certaine rigidité ; elle apporterait, en revanche, une sécurité juridique.

L'intérêt du groupe. La notion d'intérêt du groupe, parfois officialisée par le législateur, reste assez floue et donne lieu à diverses interprétations (voir § 1354).

► Une société en dominant d'autres, indépendantes

- 9 La définition généralement retenue est celle selon laquelle le groupe est constitué par un ensemble de sociétés qui conservent chacune leur personnalité morale mais qui sont unies entre elles par des liens divers (économiques, financiers, capitalistiques...) et dont l'une d'elles, dénommée société mère, domine ou exerce un contrôle sur les autres en centralisant le pouvoir de décision. Très souvent, les sociétés, bien qu'indépendantes, sont dans un état de dépendance économique.

• **Restitution de dossiers entre filiales.** Ne tirent pas les conséquences légales de ses constatations les juges du fond qui rejettent la demande de restitution de dossiers dirigée par une société contre une autre, au motif que ces sociétés exercent leurs activités au sein d'un même groupe et se partagent les honoraires, tout en relevant que lesdites sociétés sont des personnes morales juridiquement distinctes et que les clients avaient traité avec l'une d'entre elles (cass. com. 18 octobre 1994, BC IV n° 301) ; au cas considéré, une société demandait à une autre de lui restituer des dossiers, documents et conclusions remis par ses clients et qu'elle lui avait transmis pour des études techniques dans le domaine fiscal et social.

• **Engagement de rachat d'actions dans un groupe.** Des actionnaires ayant échangé leurs actions avec celles d'une société holding, les nouvelles actions ne sauraient, de ce seul fait, bénéficier des engagements contractés par les intéressés, qui ne concernent que les actions originaires, et ne sauraient être étendus aux actions d'une autre société ; dès lors, il appartenait aux intéressés de négocier un engagement similaire à leur sujet (cass. civ. 18 juillet 1995, BC I n° 327).

► Une indépendance relative

- 10 En réalité, ces sociétés juridiques autonomes sur lesquelles une autre société exerce une influence prédominante sont parfois globalisées pour mieux les appréhender. L'autonomie fait place à un ensemble unique.

C'est ainsi qu'en matière de responsabilité dans le cadre d'une procédure collective, les magistrats amenés à justifier l'extension de la procédure à l'ensemble du groupe rechercheront : la confusion de patrimoine, la fictivité d'une filiale, la communauté d'intérêts, les actes accomplis dans l'intérêt personnel de la société mère (voir § 32).

De même, le droit du travail, dans la recherche du véritable employeur, fait parfois abstraction de l'entité signataire du contrat pour s'attacher au fait que les sociétés en cause forment une seule et même entreprise (voir §§ 730 à 733) ; le groupe est alors considéré comme l'employeur.

Reste le cas où les sociétés en cause ont elles-mêmes créé une apparence entre les tiers, leur faisant croire qu'en fait, c'est la société mère qui s'est engagée ; il en est de même lorsqu'il est prouvé une immixtion personnelle de la mère dans la gestion de ses filiales. Dans ces différents cas, le verrou attaché à l'autonomie de chaque entité saute (voir § 32).

- **Les comptes du groupe.** Les associés des différentes sociétés du groupe ont une information globale par les comptes consolidés et le rapport de gestion du groupe (voir §§ 1040 à 1047).

- **Les conventions réglementées.** Là encore, l'autonomie des sociétés n'est pas prise en compte. Les conventions conclues entre les sociétés ayant des dirigeants communs, ou l'un des actionnaires disposant d'une fraction de droit de vote supérieure à 10 %, ou la société contrôlant la société actionnaire, sont soumises aux mêmes formalités que celles passées entre un dirigeant (ou un actionnaire) détenant 10 % et la société (voir §§ 620 à 646).

- **Les commissaires aux comptes.** Certaines interdictions ou incompatibilités inhérentes à la fonction de commissaire aux comptes concernent la société dont il est chargé de certifier les comptes mais aussi la personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle ; tel est le cas de :

- la prise d'intérêt ;
- la fourniture de prestations de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes (c. com. art. L. 822-11) ;
- la nomination en qualité de dirigeant ou salarié d'une personne morale qu'ils contrôlent (c. com. art. L. 822-12).

Des seuils de détention insuffisants pour la notion de groupe

► Les définitions du code de commerce

- 11 Le code de commerce aborde le problème des groupes en fonction de l'importance de la participation détenue par une société dans le capital d'une autre. À certains degrés de détention du capital d'une société correspondent des définitions. En fait, ces seuils ne sont pas significatifs. En effet, dans des sociétés fermées, pour exercer une influence sur les prises de décision, il faut détenir la minorité dite de blocage (+ 33,33 % dans les SA et + 25 % dans les SARL constituées avant le 4 août 2005 et 33,33 % pour celles constituées depuis cette date ou ayant adopté cette majorité).

► **Filiales**

- 12** Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour la réglementation des sociétés contrôlées, comme la filiale de la première (c. com. art. L. 233-1).

- **Actions de préférence.** Les droits particuliers attachés aux actions de préférence, qu'ils soient à titre temporaires ou permanents, tels qu'ils sont définis par les statuts, peuvent être exercés dans la société qui possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital de l'émettrice ou de la société dont l'émettrice possède directement ou indirectement plus de la moitié du capital ; le tout, sous réserve de l'autorisation des AGE des deux sociétés concernées (c. com. art. L. 228-13 ; voir §§ 445 et 446).

- **50 % juste.** À s'en tenir au texte, la personne qui détient juste 50 % du capital d'une société ne peut prétendre détenir une filiale.

► **Participations**

- 13** Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 % et 50 %, la première est considérée, toujours au regard de la réglementation juridique, comme ayant une participation dans la seconde (c. com. art. L. 233-2).

- **Prise de participation.** La prise de participation dans une société est dictée par une volonté d'exercer une influence durable dans cette société sans toutefois y déployer un pouvoir de gestion.

- **Moins de 10 %.** Détenir moins de 10 % du capital d'une société répond, sur un plan strictement juridique, à un simple placement. En fait, nombreux sont les exemples d'une participation inférieure à 10 % conférant au détenteur une influence importante dans une société cotée en Bourse.

- **Plus-value à long terme.** Le taux d'IS de 19 % est applicable aux titres du portefeuille de la société revêtant le caractère de participation ; l'administration fiscale se réfère, pour la définition des titres de participation, d'une part, au plan comptable et, d'autre part, au régime des sociétés mères (voir § 26).

La définition du contrôle

• **Contrôle de droit ou de fait**

- 14** Pour les besoins de l'information des associés et dans le cadre de la réglementation de l'autocontrôle (voir §§ 410 à 418), trois types de contrôle ont été prévus. Une société est considérée comme en contrôlant une autre :

- 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 ;

- 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 (conventions sur le droit de vote reconnues licites) ;

- lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ou qu'elle dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des organismes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société (c. com. art. L. 233-3).

- **Présomption de contrôle de fait.** Cette personne est présumée exercer ce contrôle de fait lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote

supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne (c. com. art. L. 233-3, II). Il semble que la preuve contraire pourrait être recevable afin de combattre la présomption.

• **SAS et changement de contrôle.** Les statuts d'une SAS peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette notification, en informer la société par actions simplifiée (c. com. art. L. 227-17 ; voir § 1327).

► Action de concert

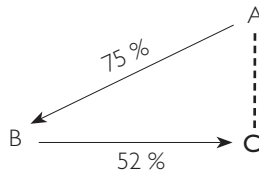
- 15 Deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée (c. com. art. L. 233-3, III).

L'action de concert peut être le résultat d'accords souscrits en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société (c. com. art. L. 233-10 ; voir § 378).

► Contrôle et participation indirecte

- 16 Toute participation, même inférieure à 10 %, détenue par une société contrôlée dans une société est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société (c. com. art. L. 233-4). Il convient donc de faire masse des droits de vote qu'une société détient dans une autre à titre personnel et de tous les droits de vote attachés aux actions détenues par toutes les sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement.

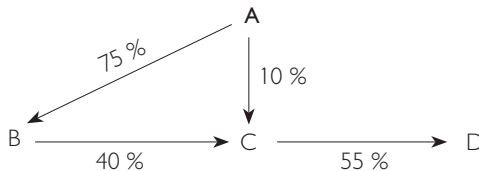
• Schéma ①



A contrôle :

- directement B en détenant une participation de + de 50 % ;
- indirectement C, dans laquelle elle n'a pas de participation directe. En effet, la société B, contrôlée par A, détient le contrôle de C.

• Schéma ②



A contrôle l'ensemble des sociétés, à savoir :

- directement B, en détenant une participation de + de 50 % ;
- indirectement C, dont elle détient directement 10 % + 40 % détenus par sa filiale B ;
- indirectement D, cette société étant contrôlée par C, elle-même contrôlée indirectement par A par l'intermédiaire de B.

Contrôle en capital ou en droit de vote et leur suivi

- 17 Dans des structures classiques, la détention d'une majorité du capital confère, à celui qui la détient, le pouvoir. Tel est notamment le cas dans une SARL.

Mais surtout, dans les sociétés par actions (SA et SAS), le contrôle du pouvoir est lié à celui des droits de vote ; il peut exister une dissociation très forte entre le pourcentage de capital détenu et le nombre de voix en assemblée. Les raisons en sont multiples ; parmi les plus usuelles, citons :

- la création d'actions de préférence, conférant un droit de vote double ou inégalitaire ; à l'inverse, la détention d'actions sans droit de vote modifie l'équilibre capital et voix ;
- la mise en place de pactes d'actionnaires qui influent sur le pouvoir ; tel peut être le cas d'un arrangement selon lequel la direction doit appartenir alternativement à un groupe d'actionnaires puis à l'autre ;
- le droit de veto instauré dans une SAS ; cette forme sociale étant d'ailleurs celle qui offre le plus de possibilités dans la différenciation du droit de vote et des droits dans le capital ;
- l'utilisation des pouvoirs en blanc permettant à un dirigeant d'être majoritaire au sein des assemblées du moins ordinaires.

Ces différents exemples démontrent à nouveau qu'une approche du contrôle à travers les pourcentages de participation est souvent insuffisante. Ces différents éléments ont conduit le législateur à introduire des critères de contrôle non liés à la détention directe du capital mais attachés à une influence certaine sur des prises de décision.

Modifications en cours de vie sociale. La notion de contrôle n'est pas figée, elle est susceptible d'évoluer à la suite d'opérations sur le capital ou, en cas de création ou de suppression de droit de vote ou lors de cession de titres entre actionnaires ou à des tiers.

La consolidation liée au contrôle

► Des comptes consolidés dans les groupes

- 18 La présentation dans des comptes uniques de la situation et des résultats d'un groupe s'impose dès lors qu'une société commerciale contrôle de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elle exerce une influence notable sur celle-ci. Les dirigeants sont également tenus d'établir un rapport sur la gestion du groupe qui expose la situation de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation (voir § 1034).

Groupes modestes. Échappent à l'obligation d'établir et de publier des comptes consolidés et un rapport sur la gestion du groupe les sociétés situées à un niveau intermédiaire (sous-consolidation ; voir §§ 954 à 959) ainsi que les groupes de dimension modeste (voir § 960).

► Le contrôle exclusif

- 19 Le contrôle exclusif par une société résulte :
- d'un contrôle de fait, c'est-à-dire de la constatation d'une situation de fait, à savoir 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. On retrouve ici les critères retenus pour la présomption de contrôle de fait en matière d'information et d'autocontrôle (voir § 14, rubrique « Présomption de contrôle de fait ») ;

– ou d'un contrôle contractuel ; il s'agit, dans ce cas, 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 (c. com. art. L. 233-16, II).

► Contrôle conjoint

- 20 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 (c. com. art. L. 233-16, III). En pratique, le contrôle conjoint se manifeste généralement sous la forme de filiales communes ou encore de sociétés en participation. Dans ces cas, les comptes consolidés des différentes sociétés qui contrôlent reprennent, proportionnellement à leurs droits, les éléments du bilan et du compte de résultat de l'entreprise contrôlée.

Commissaire aux comptes dans les SAS. Le nouvel article issu de la loi de modernisation de l'économie, consacré au cas de nomination obligatoire d'un commissaire aux comptes dans les SAS, impose cette nomination lorsque la SAS contrôle ou est contrôlée de manière exclusive ou conjointe au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce (voir § 153).

► L'influence notable

- 21 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 à 20 % des droits de vote de cette entreprise.

Détention directe ou indirecte. Les contrôles exclusifs et conjoints et l'influence notable s'entendent dans tous les cas, directement ou indirectement. Ainsi, pour l'appréciation des droits de vote dont dispose une entreprise dans les assemblées d'une autre entreprise, il doit être fait masse des droits de vote attachés aux actions détenues par l'entreprise consolidante et par toutes les entreprises qu'elle contrôle de manière exclusive.

► La notion de consolidation, source d'obligations autres que comptables

- 22 Les critères de la consolidation constituent des références pour des obligations autres que comptables, à savoir :
- l'établissement du rapport consolidé prévu à l'article L. 233-16 du code de commerce ;
 - l'indication, dans le rapport de gestion des sociétés cotées ou de leurs filiales contrôlées au sens de l'article L. 233-16, du montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun des mandataires sociaux a reçu des sociétés du groupe dès lors qu'il exerce au moins un mandat dans une société cotée (c. com. art. L. 225-102-1 ; voir § 301) ;
 - les règles de cumul des mandats des dirigeants et administrateurs de SA visant les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 (c. com. art. L. 225-21, L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-77 et L. 225-94-1 ; voir §§ 291 à 300) ;
 - les options de souscription ou d'achat d'actions consenties dans l'année à chacun des mandataires par les sociétés contrôlées doivent être indiquées dans le rapport spécial sur les stock-options (c. com. art. L. 225-184) ;
 - les actions attribuées gratuitement durant l'année à chacun des mandataires par les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 doivent être indiquées dans le rapport spécial sur les actions attribuées gratuitement (c. com. art. L. 225-197-4).

Le groupe pour les opérations de concentration

23 Une opération de concentration est réalisée lorsqu'une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de partie d'une ou plusieurs entreprises (c. com. art. L. 430 ; voir § 87).

- **L'influence déterminante.** Le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise et notamment des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

- **Relations privilégiées.** L'influence déterminante ne se confond pas avec le contrôle au sens du droit des sociétés ni avec l'influence notable utilisée en matière de consolidation comptable ; ainsi, le fait d'avoir avec l'entreprise des relations très privilégiées est un exemple d'influence (DGCCRF, Petites affiches, 27 mars 2003).

Devrait également être retenu pour caractériser l'exercice d'une influence déterminante l'achat ou la souscription de valeurs mobilières donnant accès au capital.

- **Pratiques anticoncurrentielles.** Les textes ne visent les groupes qu'à travers le mode de calcul des sanctions pécuniaires (voir § 602) ; mais l'exploitation par un groupe d'entreprises de sa position dominante peut constituer une pratique anticoncurrentielle lorsqu'elle a pour objet ou lorsqu'elle peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence (voir § 594).

Le groupe au regard du droit du travail

► Organisation de l'entreprise

24 Le comité d'entreprise est informé et consulté sur les modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, notamment lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce. Cette référence impose que la société concernée détienne ou détiendra plus de 50 % de la société cible (voir §§ 1434 à 1437).

► Comité de groupe

25 Un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise, appelée entreprise dominante, et les entreprises qu'elle contrôle :

- en possédant directement plus de la moitié du capital (c. com. art. L. 233-1) ;

- en détenant directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société (c. com. art. L. 233-3-I) ;

- en disposant 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 (c. com. art. L. 233-3-I) ;

- lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions des assemblées générales de cette société (c. com. art. L. 233-3-I). Ce contrôle de fait est présumé lorsqu'une personne dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient une fraction supérieure à la sienne (c. com. art. L. 233-3-II). L'article L. 2331-1 du code du travail, qui instaure ce comité de groupe, dépasse les définitions du contrôle du code de commerce en envisageant d'autres critères (voir §§ 801 à 804).

• **Influence dominante.** Est également considérée comme entreprise dominante, pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise qui exerce une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique.

L'existence d'une influence dominante est présumée établie, sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :

- peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ; cette référence à la désignation de plus de la moitié des membres des organes collégiaux est prévue à propos des comptes consolidés, mais le texte exige que cette désignation ait eu lieu au cours de deux exercices successifs (voir §§ 19 et 804),
- ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise,
- ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise.

• **Participation des salariés – Épargne salariale.** Pour la mise en œuvre de ces dispositifs la notion de groupe est retenue (voir §§ 872 et 873).

Le groupe appréhendé par le droit fiscal

► Régime mère/filles : une faible participation

- 26 Le régime fiscal des sociétés mères et filiales qui tend à supprimer la double taxation des dividendes peut s'appliquer si les titres de participation représentent au moins 5 % du capital de la filiale (CGI art. 145-1 b ; voir § 1120). Seuls les titres qui comportent à la fois un droit de vote et un droit à dividende sont susceptibles de bénéficier du régime. Sont notamment exclues les actions de préférence sans droit de vote ; il en est de même des actions d'autocontrôle dont le droit de vote ne peut être exercé (voir §§ 371 et 1122 à 1133) ; toutefois, bénéficient de l'exonération les produits des actions de préférence sans droit de vote ou dont le droit de vote est partiel et détenues par les sociétés participantes, et qui constituent l'accessoire d'une participation substantielle d'au moins 5 % du capital.

Par ailleurs, les titres détenus par la société mère doivent revêtir la forme nominative ; les sociétés non cotées qui ont désormais la possibilité d'émettre des titres au porteur (c. mon. et fin. art. L. 211-4, al. 3) prendront soin de laisser au nominatif les actions détenues par la mère.

En outre, notons que :

- l'exonération de retenue à la source sur les dividendes versés à une société mère européenne s'applique à partir d'un seuil de participation de 15 % (2007 et 2008) et 10 % (à compter de 2009) ;
- les plus-values à long terme résultant de la cession des titres ouvrant droit au régime des sociétés mères sont exonérées d'IS, sous réserve de l'imposition forfaitaire de 5% du gain net de cession (CGI art. 219-I quinquies). Les titres de sociétés à prépondérance immobilière sont exclus de l'exonération.

► Régime d'intégration fiscale

- 27 Pour être une société mère et faire partie d'un groupe intégré, il faut, outre les conditions liées à l'éligibilité au régime (IS et exercices coïncidant ; voir § 1182) :
- avoir au moins une filiale intégrée ;
 - ne pas être détenue à au moins 95 %, directement ou indirectement, par une autre société française soumise à l'IS dans les conditions de droit commun.

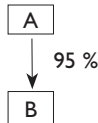
Le capital de la société mère peut être détenu indirectement à au moins 95 % par une société soumise à l'IS par l'intermédiaire d'une autre société de personnes soumise à l'IR.

S'agissant de la filiale, il est nécessaire :

- de remplir les conditions d'éligibilité et de donner son accord ;
- d'être détenue à au moins 95 % par la société mère intégrante, directement ou indirectement, par l'intermédiaire de sociétés du groupe intégré ; pour l'appréciation de ce pourcentage, les autres sociétés sont réputées être détenues à 100 %.

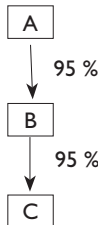
Pour le calcul du pourcentage, sont retenus les titres qui comportent à la fois un droit de vote et un droit à dividende.

- Schéma ①



L'option pour l'intégration fiscale peut être faite, A et B peuvent former un groupe fiscal intégré.

- Schéma ②



Si la société B est intégrée, elle est présumée détenue à 100 % par A. Dans ce cas, la société C, détenue indirectement par A, peut aussi être intégrée ; en revanche, si B n'avait pas donné son accord à l'intégration, C ne pourrait être intégrée.

► Propriété industrielle

- 28 Les redevances provenant de l'exploitation des brevets et assimilés sont taxées chez la concédante suivant le régime des plus-values à long terme. Lorsqu'il existe des liens de dépendance, directs ou indirects, entre le concédant et le concessionnaire, elles ne sont déductibles du résultat de la concessionnaire que pour une fraction de leur montant (voir § 1100).

Des liens de dépendance sont réputés exister entre deux entreprises pour l'application de ce dispositif (CGI art. 39-12 ; voir § 1104) :

- lorsque l'une détient, directement ou par personne interposée, la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ;
- lorsqu'elles sont placées, l'une et l'autre, dans les conditions définies à l'alinéa précédent, sous le contrôle d'une même tierce entreprise.

Le groupe et les prêts intragroupe

- 29 L'interdiction pour toute entreprise autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel ne s'applique pas aux opérations de trésorerie avec des sociétés ayant entre elles, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle

effectif sur les autres (c. com. art. L. 511-7 ; voir §§ 664 à 671). Ces prêts admis entre société liées doivent s'inscrire dans le cadre de l'acte normal de gestion. Ils doivent être rémunérés à un taux maximal défini par la loi et tenir compte des règles fiscales relatives à la sous-capitalisation. À défaut d'existence d'un véritable groupe au sein duquel a été mise en place une politique commune afin de réaliser un intérêt commun, les sociétés s'exposent à des poursuites sur le fondement de l'abus de biens sociaux ou la confusion de patrimoine pour imbrication de comptes ou flux financiers anormaux (voir § 1418).

L'absence de personnalité morale

Absence d'existence juridique propre

- 30** Le groupe n'a pas de personnalité juridique propre ; il n'est pas en tant que tel un sujet de droit. Ainsi, le groupe n'a pas un patrimoine propre et il n'a pas la capacité de contracter.

Cette absence de personnalité morale distincte des entités qui composent le groupe ne signifie pas que le groupe n'a pas d'existence. Il a, de toute évidence, une dimension économique propre.

Le droit fiscal et le droit comptable lui reconnaissent une autonomie ; le régime d'intégration fiscale revient à imposer les résultats du groupe (voir § 800) et non des sociétés qui le composent.

La présentation de comptes consolidés traduit la situation et les résultats d'un groupe.

Le droit du travail impose un comité de groupe lorsque les conditions sont réunies ; il exige des plans sociaux à l'échelon du groupe (voir § 800). Il instaure des régimes de participation ou d'épargne pour le groupe (voir §§ 871 à 877).

- **P-DG du groupe.** Une personne se présente comme « président-directeur général » d'un groupe ; elle conclut avec une société une convention aux termes de laquelle cette société était chargée d'une mission d'étude pour un prix payable au fur et à mesure de l'avancement des travaux. Cette société, étant impayée pour trois factures, assigne le « président-directeur général » en règlement. Pour le condamner à ce paiement, les juges du fond retiennent que le groupe n'a jamais existé en tant que personne morale et que ce président, signataire de la convention, ne peut prétendre que c'est avec l'une ou l'autre des sociétés qu'il dirige que la société chargée de la mission d'étude avait entendu s'engager ; en conséquence, le président signataire de la convention s'était engagé personnellement (cass. com. 3 novembre 1988, n° 87-11321).

- **Ouverture de compte courant.** Il ne peut être ouvert de compte courant au nom d'un groupe de sociétés, dès lors qu'il est dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter (cass. com. 2 avril 1996, BC IV n° 113).

- **L'excuse de groupe.** Dans un groupe de sociétés, le concours financier apporté par une société à une autre échappe au délit d'abus de biens sociaux si ce concours est dicté par les intérêts du groupe, appréciés au regard d'une politique commune (voir §§ 327 à 329).

De quelques conséquences liées à l'absence de personnalité morale

- 31** Chaque entité du groupe doit avoir sa propre organisation et sa propre représentation. Il en est ainsi, même au niveau de la société mère ; la société mère ne représente pas ses filiales et elle ne peut exercer des droits appartenant à celles-ci. La

société mère n'est pas, en principe, tenue d'exécuter les obligations souscrites par ses filles. Les sociétés d'un même groupe en raison de leur indépendance juridique doivent être considérées comme des tiers les unes par rapport aux autres.

Les associés de chaque associé veillent à ce qu'une société ne soit pas anormalement avantagée par rapport aux autres en raison des intérêts personnels que le dirigeant de la société mère pourrait avoir dans telle ou telle structure. La procédure des conventions réglementées ou courantes a, en ce domaine, un rôle essentiel. De même, l'information comptable sur l'ensemble du groupe alertera les associés sur les abus commis.

- **Représentation en justice.** Le dirigeant d'une société à la tête d'un groupe n'a aucune qualité pour représenter en justice les autres sociétés constituant cette unité économique (cass. soc. 17 novembre 1971, BC V n° 662) ; le litige portait sur la qualité de délégué syndical d'une personne auprès de l'unité économique dont faisait partie l'entreprise dans laquelle il a la qualité de délégué syndical.

- **Rupture d'un contrat d'exclusivité par une filiale.** Une société A ne peut être condamnée à réparer le préjudice invoqué par une entreprise en raison de la structure prétendument abusive d'un contrat d'exclusivité qui l'aurait liée à une société B dont la société A avait pris le contrôle alors que cette dernière société constituait une personne morale distincte, en dépit de son appartenance au même groupe de sociétés (cass. com. 24 mai 1982, BC IV n° 195).

La confusion, palliatif à l'absence de personnalité

- 32 Les clients qui ont traité avec une société d'un groupe n'ont pas d'actions envers les autres sociétés indépendantes du groupe même si ces sociétés se partagent ensuite les honoraires reçus des clients (cass. com. 18 avril 1994, n° 92-21199).

Toutefois, les créanciers impayés ont parfois intérêt à faire tomber la barrière de séparation des patrimoines existant entre chaque entité composant le groupe. Certaines structures sont plus riches que d'autres et il est souvent intéressant de faire supporter par la société mère les dettes d'une ou de plusieurs de ses filles.

L'extension d'une procédure collective frappant un membre d'un groupe à la société le contrôlant ou à l'ensemble de ses membres repose sur la confusion des patrimoines. Cette confusion existe lorsque la personne morale déclarée en redressement judiciaire n'a aucune autonomie par rapport à la société à laquelle on entend étendre la procédure ; il en était de même lorsque l'activité d'une société a été poursuivie frauduleusement sous le nom d'une personne morale qui n'existe pas ou lorsqu'une société n'a aucune activité économique réelle et se trouve sous la dépendance financière d'une autre.

Cette fictivité, appréciée par les juges du fond, repose sur des indices multiples, qui, souvent pris isolément, ne peuvent suffire à prouver la « fictivité ». Ainsi, les créanciers, d'une filiale à 99 % mise en liquidation judiciaire ne peuvent invoquer des conventions de gestion de trésorerie et de charge pour poursuivre la société mère sur le fondement d'une confusion de patrimoine (cass. com. 19 avril 2005, n° 05-10094). En fait, c'est généralement un faisceau d'indices ou de présomptions qui conduira à la constatation d'une société fictive. La preuve de la « fictivité » peut être rapportée par tous moyens. Reste que certains éléments sont déterminants ; tel est le cas de la preuve de l'ingérence d'une société dans les affaires d'une autre société ou des paiements effectués sans justificatif pour le compte de l'autre (voir §§ 1415 à 1419).

La société annulée par « fictivité » disparaît seulement pour l'avenir, les actes

conclus avant que sa « fictivité » ne soit déclarée demeurent valables (cass. com. 22 juin 1999, n° 98-13611).

La société qui embauche est un écran. Un agent commercial est lié par une clause de non-concurrence envers un premier employeur. Il est constaté que cet agent a été employé par une filiale d'une société directement concurrente du premier employeur. La filiale et la société mère ont été condamnées solidairement, les juges du fond ayant constaté que la filiale apparaissait comme une société écran de la société mère pour l'embauche de cet agent (cass. com. 13 juin 1995, n° 93-17414).

L'apparence invoquée par les tiers

- 33 La responsabilité solidaire de toutes les sociétés d'un groupe à l'égard d'un cocontractant a été retenue à propos d'un marché de construction d'un hôtel ; les documents étaient signés par un dirigeant commun des sociétés et des documents avaient été émis au nom du groupe avec le nom des cinq sociétés le composant** (cass. com. 18 octobre 1988, n° 87-11061). **De même l'une des deux sociétés d'un même groupe a pu être condamnée au paiement d'une créance dès lors que le créancier avait été dans l'impossibilité de savoir s'il s'agissait de deux sociétés différentes** (cass. com. 15 novembre 1977, BC IV n° 265) ; **au cas considéré, les deux sociétés en commandite avaient le même siège, le même objet, le même dirigeant et le même commanditaire.**

En droit du travail, l'apparence est également retenue, lorsque le lien de subordination ne peut être démontré à l'égard d'une entreprise déterminée (voir § 733).

• **Apparence et immixtion.** L'autonomie des filiales et de la société mère peut être remise en cause dès lors qu'il est prouvé une immixtion personnelle de la société mère dans la prise de décision de la filiale ; tel est le cas d'une intervention personnelle d'une société mère dans une opération de construction réalisée en apparence par une filiale (cass. civ. 3 mai 1995, BC II n° 132) ; il en est de même lorsque la filiale apparaît comme une agence de la société mère et que celle-ci est intervenue à plusieurs reprises dans la gestion de contrats (CA Versailles 21 avril 2000, Dr. soc. 2000, 93).

• **Mêmes éléments d'identification.** De même, la responsabilité de la mère peut être recherchée lorsque cette société et sa filiale ne sont pas différentes pour les tiers et qu'elles utilisent, par exemple, les mêmes éléments d'identification, créant ainsi une confusion apparente (cass. com. 18 octobre 1994, Bull. Joly 1994, 1317 ; cass. com. 4 mars 1997, BC IV n° 65 ; cass. com. 1^{er} mars 1994, BC IV n° 94).