

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS JUDICIAIRES EN COMPTABILITE

(Cour de Cassation et Cours d'Appel)

XVIII^e CONGRES NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

**L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE
FACE AUX PROBLÈMES POSÉS
PAR LES GROUPES DE SOCIÉTÉS**

(Palais de Justice — Versailles)

26 octobre 1979

**COMPTES RENDUS STENOGRAPHIQUES PRECEDEMMENT EDITES
PAR LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS JUDICIAIRES EN COMPTABILITE**

X^e Congrès National : Paris, 25-26 novembre 1971.

Ouvert par M. Touffait, Procureur Général près la Cour de Cassation.

Clôturé par M. Aydalot, Premier Président de la Cour de Cassation.

Rapporteur général M. Garnier, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expert comptable judiciaire et les droits justiciables.

XI^e Congrès National : Toulouse, 24 novembre 1972.

Sous la présidence de M. Fonade, Conseiller à la Cour de Cassation.

La notion de bilan inexact.

XII^e Congrès National : Angers, 16 novembre 1973.

Sous la présidence de M. Bellet, Président de la 1^{re} Chambre Civile de la Cour de Cassation.

L'évaluation du préjudice de l'individu et de l'entreprise en cas d'accident corporel et de rupture de contrat.

XIII^e Congrès National : La Baule, 4 octobre 1974.

Sous la présidence de M. Olivier, Premier Vice-Président au Tribunal de Grande Instance de Paris.

Rapporteur général M. Amédée-Manesme, expert agréé par la Cour de Cassation.

La nouvelle réglementation de l'expertise judiciaire en matière civile.

XIV^e Congrès National : Grenoble, 21 novembre 1975.

Sous la présidence de M. Touffait, Procureur Général près la Cour de Cassation.

Rapporteur général M. Fournier, expert agréé par la Cour de Cassation.

Les infractions en matière immobilière.

XV^e Congrès National : Nice, 15 octobre 1976.

Sous la présidence de M. Cenac, Président de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.

Rapporteur général Mlle Doyen, expert agréé par la Cour de Cassation.

La mission de l'expert judiciaire en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports.

XVI^e Congrès National : Reims, 4 novembre 1977.

Sous la présidence de M. Monguilan, Premier Président de la Cour de Cassation.

Rapporteur général M. Clara, expert près la Cour d'Appel de Douai.

Les problèmes posés à l'expert comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficulté.

XVII^e Congrès National : Caen, 3 novembre 1978.

Sous la présidence de M. Chavanon, Procureur Général près la Cour de Cassation.

Rapporteur général M. Ducoroy, expert agréé par la Cour de Cassation.

L'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité.

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS JUDICIAIRES EN COMPTABILITE

(Cour de Cassation et Cours d'Appel)

XVIII^e CONGRES NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

**L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE
FACE AUX PROBLÈMES POSÉS
PAR LES GROUPES DE SOCIÉTÉS**

(Palais de Justice — Versailles)

26 octobre 1979

COMPTE RENDU STENOGRAPHIQUE

TABLE DES MATIERES

Ouverture de la journée d'étude

Allocution de M. Guy Pinot, Premier Président de la Cour d'Appel de Versailles	9
Allocution de Simone Doyen, Président National de la Compagnie.....	11
Ouverture du XVII ^e Congrès National par M. Pierre Bellet, Premier Président de la Cour de Cassation	13

Rapport d'introduction

présenté par M. Félix Thorin, Expert agréé par la Cour de Cassation.....	15
---	----

La notion de groupe

Rapport présenté par Mme Hélène Bon, Expert près la Cour d'Appel de Paris.....	19
---	----

La notion de groupe utilisée comme fondement de la responsabilité d'une société dans les engagements d'une autre

Rapport présenté par M. Yvan Saada, Expert près la Cour d'Appel de Paris.....	25
--	----

Compte rendu des débats sur les conséquences civiles de la notion de groupe

33

La notion de groupe utilisée pour étendre les liens de la prévention

Rapport présenté par M. André Gaillard, Expert près la Cour d'Appel de Paris.....	43
--	----

La notion de groupe évoquée comme justifiant certains faits susceptibles d'une qualification pénale

Rapport présenté par M. Jean Fourcade, Expert agréé par la Cour de Cassation	51
---	----

Compte rendu des débats sur les conséquences pénales de la notion de groupe

59

Rapport de synthèse

Présenté par M. Félix Thorin, Expert agréé par la Cour de Cassation	71
--	----

Conclusions tirées par M. Pierre Bellet

Premier Président de la Cour de Cassation	77
---	----

Sous la présidence de

Monsieur Pierre BELLET

Premier Président de la Cour de Cassation

La journée d'étude sur le thème

**L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE
FACE AUX PROBLEMES POSES PAR LES GROUPES DE SOCIETES**

a été organisée par

Simone DOYEN

Président de la Compagnie Nationale des Experts Judiciaires en Comptabilité

et le CONSEIL NATIONAL DE LA COMPAGNIE, ainsi composé pour 1979

Présidents d'Honneur : Honoré MARTIN (Aix-en-Provence)
Gérard AMEDEE-MANESME (Paris)
Socrate BIEUVILLE (Paris)
Paul GRIZIAUX (Amiens, Douai, Reims)

Président : Simone DOYEN (Paris, Versailles)

Vice-Président : Pierre DUCOROY (Montpellier, Nîmes)

Secrétaire Général : Jacques FURSTENBERGER (Paris, Versailles)

Trésorier Général : Claude DUPARC (Rouen, Caen)

Membres : les Présidents des Sections Autonomes :

F. BOSANO (Aix-en-Provence)	P. GIRARD (Orléans, Poitiers)
P. LECOINTE (Amiens, Douai, Reims)	F. THORIN (Paris, Versailles)
R. DOUGE (Angers)	R. LE BOUGUENEC (Rennes)
A. FOURES (Bordeaux)	J. AUMAITRE (Riom, Bourges, Limoges)
P. MOLLIER (Dijon, Besançon)	F. WINDSOR (Rouen, Caen)
J.-P. LEDRO (Lyon, Chambéry, Grenoble)	D. GRADT (Toulouse, Agen, Pau)
G. ESTANY (Montpellier, Nîmes)	KRIEGER (Colmar)
E. BLIN (Nancy)	

Membres cooptés :

M. BOUCHON (Paris, Versailles), A. FOURNIER (Paris, Versailles), P. GARCIN (Lyon, Chambéry, Grenoble), F. NOEL (Amiens, Douai, Reims).

Représentants supplémentaires des sections groupant plus de 50 membres :

J. LAURENS (Aix-en-Provence); J. KALPAC (Aix-en-Provence); J. CLARA (Amiens, Douai, Reims); P. MEUNIER (Amiens, Douai, Reims); E. POUJILLY (Amiens, Douai, Reims); A. BIOTEAU (Angers); R. CABY (Lyon, Chambéry, Grenoble); J.-P. BASSOT (Lyon, Chambéry, Grenoble); R. BOURDANOVE (Montpellier, Nîmes); R. OMPHALIUS (Nancy, Metz); G. MAURICE (Orléans, Poitiers); A. DANA (Paris, Versailles); J. FOURCADE (Paris, Versailles); M. RONFORT (Paris, Versailles); J. LE GOFF (Riom, Bourges, Limoges); J.-M. FERRY (Rouen, Caen); J. BELOU (Toulouse, Agen, Pau).

et la SECTION AUTONOME DE PARIS-VERSAILLES

dont le Bureau est ainsi composé :

Président d'honneur	:	G. AMEDEE-MANESME	
Président	:	F. THORIN	
Vice-Président	:	M. RONFORT	
Secrétaire	:	A. DANA	
Trésorier	:	J. FOURCADE	
Membres	:	C. BATTEGAY	A. HENAULT
		Mme H. BON	H. HEUSSE
		C. BREVAL	H. SAINT-JALMES
		J.-M. GARNIER	Mme J. SAINTE-MARIE
Anciens Présidents	:	S. BIEUVILLE	A. FOURNIER
		Mme M. BOUCHON	G. SALATO
		S. DOYEN	F. SAMSON

OUVERTURE DE LA JOURNÉE D'ÉTUDE

placée sous la présidence de M. Pierre BELLET,

Premier Président de la Cour de Cassation

VENDREDI 26 OCTOBRE 1979

Allocution de M. Guy PINOT

Premier Président de la Cour d'Appel de Versailles

Monsieur le Premier Président,
Madame le Président,
Mesdames, Messieurs,

Comme vous le savez, ce XVIII^e Congrès est placé sous le haut patronage de Monsieur le Garde des Sceaux, ministre de la Justice. Les multiples obligations de sa charge ne permettront pas, malheureusement, à Monsieur le Garde des Sceaux de se joindre, ne serait-ce qu'un moment, à votre assemblée, ainsi qu'il l'aurait voulu. Nous sommes aujourd'hui, Monsieur le Procureur Général et moi-même, ses interprètes auprès de vous afin de vous exprimer ses vifs regrets de ne pouvoir assister à ce Congrès et afin de vous dire tout l'intérêt qu'il attache à vos travaux. Un magistrat de la Direction des Affaires Civiles et du Sceau, dont nous saluons la présence, est venu les suivre et pourra en tirer à l'intention de la Chancellerie, nous en sommes convaincus, des éléments fort utiles aux études de textes, dans une matière à la fois aussi complexe et aussi concrète que le droit des sociétés.

Il serait de ma part, comme de celle de Monsieur le Procureur Général, tout à fait vain d'essayer de vous dissimuler la satisfaction que nous éprouvons l'un et l'autre à nous trouver parmi vous, dans cette assemblée de spécialistes éminents de l'expertise comptable.

En organisant au siège de notre Cour d'Appel son XVIII^e Congrès, la Compagnie Nationale des Experts Judiciaires en Comptabilité a fait un choix auquel nous sommes d'autant plus sensibles qu'elle y avait un incontestable mérite. Nous ne pouvions en effet lui offrir l'hospitalité dans les locaux trop exigus du Quartier de la Reine et pourtant, nullement découragée par les difficultés de l'entreprise, elle a persévéré dans son projet, ce qui nous vaut d'être réunis aujourd'hui dans cette salle, aimablement prêtée par le Tribunal, où je suis très heureux de vous accueillir.

Permettez-moi, Madame le Président, de former le vœu que dans un avenir assez proche, votre Congrès puisse à nouveau se réunir à Versailles, mais cette fois au Quartier de la Reine, qui aura été doté d'une salle adaptée à ce genre de manifestation.

Je souhaite tout particulièrement la bienvenue à Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation, auquel a été confiée la Présidence de cette journée du XVIII^e Congrès National. En acceptant d'assumer cette Présidence, Monsieur le Premier Président Bellet témoigne, s'il en est encore besoin, non seulement de l'écho rencontré par vos travaux au sein du monde judiciaire, mais surtout de leur qualité. Qualité qui ne s'est jamais démentie, et je n'en veux pour preuve que le compte rendu de votre précédent congrès tenu à Caen, au cours duquel a été étudiée l'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité.

Le sujet qui vous est proposé cette année n'est pas moins important ni moins actuel que celui de l'an dernier, puisqu'il porte sur l'expertise comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés.

Dans un domaine où la jurisprudence ouvre la voie, nul n'est plus qualifié que le Premier Magistrat de la Cour Suprême pour guider vos travaux.

Ceux-ci vont vous conduire à aborder cette création spontanée de la vie économique, cet ensemble protéiforme aux frontières souvent indécises, phénomène caractéristique des activités industrielles et commerciales de notre époque : le groupe de sociétés.

Pour être familier à beaucoup d'entre vous, le groupe n'en reste pas moins une notion difficile à cerner en théorie, et plus difficile encore à saisir dans la pratique quotidienne, surtout si on ne le limite pas à l'ensemble constitué par la société mère et ses filiales et si l'on se risque à le considérer comme un ensemble d'unités de production et de distribution organisé en plusieurs entreprises, obéissant à un centre de décision unique, qui détermine la politique générale, donne les impulsions et exerce un pouvoir de contrôle.

Voici donc la première question soumise à votre réflexion : quels sont les critères auxquels se reconnaît le groupe de sociétés ?

Votre recherche vous portera nécessairement à faire l'analyse de la jurisprudence et sans vouloir empiéter sur les exposés qui vont suivre, je puis affirmer qu'en cette matière, l'apport des Juridic-

tions, et plus spécialement de la Cour de Cassation, est d'ores et déjà très important. Ne lit-on pas dans deux arrêts de la Chambre Sociale du 19 décembre 1972, car les litiges liés à l'existence de groupes ne sont pas rares en droit du travail, que des sociétés, bien que juridiquement distinctes, sont susceptibles de former « non des entreprises, mais en raison de leur compénétration, de la confusion de leurs activités et de leur communauté d'intérêts et de direction, un ensemble économique ». N'est-ce pas déjà l'ébauche d'une définition du groupe ?

Je me garderai d'en dire plus, car les divers intervenants vous exposeront beaucoup mieux que moi, au long de cette journée, les multiples aspects de ce problème.

Après avoir examiné les incidences de la notion de groupe sur le champ des responsabilités civiles et pénales, ou peut-être même sans attendre cet examen, vous en viendrez certainement à vous demander s'il suffit d'appliquer aux groupes de sociétés un droit prétorien ou s'il faut, au contraire, créer à leur intention une législation spécifique.

Nos voisins d'outre-Rhin n'ont pas hésité à prendre envers les groupes des règles originales et d'une large portée. De notre côté, comme les quelques dispositions légales se rapportant aux filiales et participations sont loin de répondre à toutes les situations où des

groupes se trouvent impliqués, les Parlementaires s'en sont ému et ont déposé, dès 1970, un texte connu sous le nom de proposition de loi Couste, texte qui n'a pas eu de suite. Enfin, au plan international, le Projet de Statut de société anonyme européenne comporte un titre entier sur les groupes de Sociétés.

Dans une telle conjoncture, il est permis de s'interroger sur l'opportunité de remédier, en France, à ce qu'il est convenu d'appeler un vide législatif. N'est-il pas préférable de laisser la jurisprudence dégager progressivement, au fur et à mesure des espèces, des règles directrices que la loi pourra consacrer le moment venu, au cas où elles se révéleraient bénéfiques ? Il vous appartiendra, aux termes de cette journée, de donner à cet égard votre sentiment.

Mais je ne vais pas retarder davantage l'ouverture de vos travaux, et ceci d'autant plus que les résultats en sont attendus avec un profond intérêt. Dans la mesure où ils inspireront les solutions adoptées dans la pratique, ils vont en effet avoir un indéniable retentissement sur le droit positif. C'est pourquoi, je souhaite, en terminant, qu'ils soient fructueux et qu'ils contribuent à éclairer les praticiens que nous sommes sur un sujet trop délicat pour qu'il ne suscite pas de multiples interrogations.

(Applaudissements.)

Allocution de Simone DOYEN

Président National de la Compagnie

Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation,

Monsieur le Premier Avocat Général près la Cour de Cassation,

Monsieur le Premier Président,

Monsieur le Procureur Général,

Mesdames et Messieurs les Magistrats,

Mesdames,

Messieurs,

Mes chers Confrères,

En novembre 1971, c'est notre Section de Paris qui a assumé l'organisation du X^e Congrès de notre Compagnie Nationale, Congrès qui, je crois, a marqué dans ses annales. Il eut pour thème : « L'expert comptable judiciaire et les droits des justiciables » ; il fut ouvert par M. Touffait, Procureur Général près la Cour de Cassation ; M. Aydalot, Premier Président de la Cour de Cassation, en tira les conclusions et en prononça la clôture.

Aujourd'hui, huit ans plus tard, c'est à nouveau notre Section de Paris, désormais élargie en Section Paris-Versailles, qui a eu la charge d'organiser, dans le cadre de la Cour d'Appel de Versailles, sous le haut patronage de M. Alain Peyrefitte, Ministre de la Justice, notre XVIII^e Congrès, que M. Pierre Bellet, Premier Président de la Cour de Cassation, nous fait l'honneur de présider.

Je ne saurais dire combien nous sommes honorés de ce patronage, par lequel M. le Ministre de la Justice a bien voulu manifester l'intérêt porté à cette Journée d'Etude.

Déjà en 1971, alors que vous présidiez le Tribunal de Grande Instance de Paris, monsieur le Premier Président, vous avez accepté la haute présidence de l'une des commissions du Congrès, traitant de l'expertise en matière civile. A nouveau, en 1973, alors que vous présidiez la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation, vous nous avez fait l'honneur d'assumer, à Angers, la présidence de notre XII^e Congrès. Lorsque je suis venue vous demander de nous faire de grand honneur de présider aujourd'hui notre XVIII^e Congrès National, malgré les lourdes tâches inhérentes à vos hautes fonctions, vous n'avez pas hésité un instant à me donner votre acceptation, manifestant ainsi une nouvelle fois l'intérêt que vous voulez bien porter à nos travaux. Au nom de tous nos confrères, je vous en exprime notre respectueuse gratitude.

J'exprime tout particulièrement notre reconnaissance à M. Pinot, Premier Président de la Cour d'Appel de Versailles et à M. Chalret, Procureur Général, que M. le Garde des Sceaux a chargés de le représenter, et qui nous font l'honneur de nous accueillir dans cette belle bibliothèque du Tribunal de Grande Instance, que M. Devouassoud, Président de ce Tribunal, a bien voulu mettre à notre disposition.

J'adresse nos respectueux remerciements à M. Robin, Premier Avocat Général près la Cour de Cas-

sation, représentant M. le Procureur Général Schmelck.

Une malencontreuse coïncidence de date a également éloigné de notre région M. Vassogne, Premier Président de la Cour d'Appel de Paris, M. Sadon, Procureur Général, Mme Rozès et M. Le Gunéhec, Président du Tribunal de Grande Instance de Paris et Procureur de la République près ce Tribunal, Messieurs les Présidents des Tribunaux de Commerce de Paris et de Versailles.

A ces hauts magistrats, qui nous ont exprimé leurs regrets d'être empêchés aujourd'hui, je veux néanmoins dire notre reconnaissance pour l'intérêt qu'ils n'ont cessé, en maintes occasions, de porter à nos activités.

Nos vifs remerciements vont aussi à MM. les Présidents et Procureur de la République de Nanterre, à MM. les Premiers Vice-Présidents du Tribunal de Grande Instance de Paris, à M. le Procureur de la République adjoint près ce Tribunal, à MM. les éminents Magistrats des Cours d'Appel de Paris et de Versailles et des Tribunaux de Grande Instance de ces villes, venus si nombreux assister à cette Journée d'Etude, qui voudront bien m'excuser de ne pouvoir les nommer tous.

Nous sommes heureux de l'intérêt que veut bien nous manifester la Chancellerie, par la présence de plusieurs de ses Magistrats : M. Cotte, représentant M. Béteille, Directeur des Affaires Criminelles et des Grâces, particulièrement chargé des Affaires Financières, M. Dupont Jubien qui, auprès de Mme Piniot, Magistrat à la Direction des Affaires Civiles, aujourd'hui en mission à l'étranger, se penche sur le droit des affaires en matière commerciale et sur les textes concernant les sociétés.

M. le Professeur du Pontavice, dont la participation à nos Congrès est de tradition, est retenu en province ce matin, mais assistera à la séance de cet après-midi.

Je salue la présence de M. le Président de la Fédération des Compagnies d'Experts Judiciaires, de M. le Président de l'Union des Compagnies d'Experts près la Cour d'Appel de Paris, de M. le Président de l'Ordre des Experts Comptables et Comptables Agréés, de la Compagnie des Commissaires aux Comptes, en la personne de son Président d'Honneur.

Je remercie enfin notre confrère Félix Thorin qui, outre la lourde charge de Rapporteur général du Congrès, a dû, en sa qualité de Président de notre Section Paris-Versailles, en assumer aussi l'organisation matérielle. Je remercie les confrères qui l'ont aidé dans cette double tâche : les Rapporteurs dont vous allez entendre les communications et l'équipe dévouée qui a œuvré pour que cette journée se déroule, je l'espère, dans les meilleures conditions.

Le Président Thorin vous présentera dans son introduction le sujet traité : « Les problèmes posés à l'Expert judiciaire par les groupes de sociétés ». Je voudrais seulement souligner que nous abordons là un domaine qui est en pleine évolution. En droit, les

faits précèdent souvent la loi, et les problèmes posés par les groupes de sociétés en sont une évidente illustration.

Sans doute l'existence des groupes de sociétés ne date-t-elle pas d'aujourd'hui, ni même d'hier. Mais les choses paraissent dans le passé relativement simples, du moins au plan des principes. On pouvait se référer en matière civile aux articles 1382-1383, en matière pénale, à l'article 15 de la Loi du 24 juillet 1867.

Les problèmes sont nés avec le développement des groupes, tant à l'échelon national qu'à l'échelon international, et un nécessaire équilibre reste à trouver entre l'intérêt du groupe et celui des minoritaires et des créanciers, en présence d'entreprises qui, en dépit de leurs liens, constituent, qu'on le veuille ou non, des entités juridiques distinctes.

Pour tenter de régler les difficultés, nous assistons à une véritable gestation du droit, que nous voyons en quelque sorte se former, s'affiner, et c'est cela qui est passionnant.

Dans un premier temps, on ne peut qu'utiliser les textes existants et une jurisprudence s'élabore, ce qui ne va pas sans tâtonnements et apparentes contradictions. Puis le moment vient où il faut bien légiférer, mais avec assez de souplesse pour que la loi ne devienne pas un carcan. Or certaines des « directives » élaborées au plan européen risquent de s'imposer au seul échelon national, même lorsqu'elles ne constituent pas pour nous un progrès, ce qui ne facilitera pas les choses. Je n'en prendrai pour exemple que ces quelques lignes, extraites de la quatrième directive du Conseil des Communautés Européennes :

« Considérant que, lorsqu'une société fait partie d'un groupe, il est souhaitable que des comptes de

groupe donnant une image fidèle des activités de l'ensemble du groupe soient publiés ;

« que, toutefois, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une directive du Conseil concernant les comptes consolidés, des dérogations à certaines dispositions de la présente directive s'imposent... »

Les « dérogations » ainsi autorisées n'auront qu'un temps et sous le couvert de ce texte apparemment anodin, c'est tout le problème de la valeur juridique des bilans consolidés qui va se poser, sans parler des contours particulièrement mal définis de ce que l'on entend couvrir sous le vocable à multiples facettes d' « image fidèle » !

Mais n'anticipons pas ; peut-être ces points particuliers, que je me borne ici à évoquer, pourront-ils faire l'objet d'une de nos journées d'étude, lorsque les choses auront mûri.

Les experts comptables judiciaires que nous sommes ont ceci de particulier que leur technique est basée sur l'application du droit, dont ils se veulent les serviteurs.

Nous n'avons évidemment pas la prétention, dans les quelques heures qui vont suivre, de trouver des solutions à des problèmes d'une très grande complexité. Nous nous sommes, plus modestement, efforcés de faire le point, de souligner les difficultés et de manifester aux Magistrats auxquels nous apportons un concours, le profond intérêt que nous portons aux choses de la Justice.

Mais je ne veux pas retenir plus longtemps votre attention et je vais demander à M. le Premier Président Bellet de bien vouloir ouvrir notre XVIII^e Congrès National.

OUVERTURE DU XVIII^e CONGRES NATIONAL

par M. Pierre BELLET, Premier Président
de la Cour de Cassation

Mesdames, Messieurs,

Je vais tout d'abord vous demander d'excuser mon retard, tout à fait involontaire, et qui est inhabituel.

Je voudrais ensuite remercier M. le Président Pinot de la chaleur de son accueil et des paroles qu'il a prononcées, remercier Mlle Doyen de ce qu'elle a fait, des initiatives qu'elle a prises et de m'avoir invité à venir présider votre XVIII^e Congrès.

C'est la deuxième fois que cela m'arrive, puisque comme l'a rappelé Mlle Doyen, il m'a été donné de présider également votre Congrès National en 1973 à Angers. J'ai reçu alors un accueil d'une affabilité telle que je me le rappellerai toujours. Je ne doute pas d'ailleurs que cet accueil soit aussi chaud et aussi chaleureux aujourd'hui, et je dirai : « Bis repetita placent ».

Vous m'avez fait, mademoiselle, un grand honneur en me demandant de venir aujourd'hui. Cet honneur est dû à mes fonctions. Si j'étais resté Président de la Cinquième Chambre du Tribunal de Paris, il est probable que, malgré toute l'envie que vous en eussiez eue, vous ne m'auriez pas demandé de venir. Vous m'avez choisi pour deux qualités fondamentales, la première est ma ponctualité, aujourd'hui en défaut. Ma seconde qualité est mon incompétence.

La troisième qualité d'un Président est de parler le moins possible. Je vais essayer de me conformer à cette règle d'or en proclamant, suivant l'usage, ouvert le XVIII^e Congrès National de la Compagnie Nationale des Experts Judiciaires en Comptabilité, et en donnant la parole à M. Félix Thorin, pour son rapport introductif.

(Applaudissements.)

Rapport d'introduction sur

**L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE FACE AUX PROBLEMES
POSES PAR LES GROUPES DE SOCIETES**

présenté par

M. Félix THORIN, Expert agréé par la Cour de Cassation

Il y a deux ans, à Reims, traitant des problèmes posés à l'expert comptable judiciaire par le maintien en activité des entreprises en difficulté, notre charmante consœur, Mme Bon, a présenté un rapport sur les difficultés particulières qu'engendre la cessation des paiements d'une Société appartenant à un groupe.

Qui ne se souvient également d'un certain charcutier de Rodez qui avait eu tort, ou raison, de recevoir un concours souhaité, mais inconsideré, de son banquier, dont nous a entretenu le Président Ducoroy !

L'année dernière, à Caen, notre journée d'étude a été consacrée à l'Abus du Droit de Majorité. Les rapporteurs se sont interrogés sur la subtile différence entre l'abus de droit et les limites des prérogatives attachées par la loi à la décision majoritaire dans les Sociétés commerciales.

Aujourd'hui, monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation, monsieur le Premier Président de la Cour d'Appel de Versailles, monsieur le Procureur Général près la Cour d'Appel de Versailles, messieurs les Hauts Magistrats, messieurs les magistrats, Avocats, mes chers Confrères, mesdames et messieurs, nous avons choisi de vous entretenir des problèmes posés à l'expert comptable judiciaire par les Groupes de Sociétés.

Laissez-moi tout d'abord vous dire que nous plaillons coupables :

— Nous savons la difficulté de la tâche qui nous conduira, à la limite, à une introspection juridique après avoir fait l'exégèse d'une jurisprudence s'élabrant lentement, avec encore plus de prudence que d'ordinaire ;

— Nous mesurons, pour le vivre dans certaines missions qui nous sont confiées, à quel point la hardiesse ou la prudence de nos conclusions peut être déterminante dans la matière qui nous occupe aujourd'hui.

Oui, nous plaillons coupables d'abandonner la technique de l'expertise et les méandres de la comptabilité pour vous inviter à réfléchir avec nous, mesdames et messieurs les Professionnels du Droit, sur certaines difficultés que pose l'existence de groupes de Sociétés à l'application de la loi, qu'il s'agisse de celle qui régit les relations juridiques entre les personnes ou de celle qui sanctionne les comportements délictueux.

Nous sommes d'ailleurs des récidivistes puisque, l'année dernière, définissant l'abus du droit de majorité, le Rapporteur Général, le Président Ducoroy, citant le Professeur Schmidt, disait : « L'abus du droit de majorité c'est l'usage du pouvoir majoritaire dans un but étranger à l'intérêt de la collectivité des associés. » Des rapporteurs vous diront tout à l'heure par quels subtiles critères il convient de reconnaître l'autorité — ou l'intérêt majoritaire — (ils emploieront le terme « dominant ») et de sanctionner le but étranger à cet intérêt supérieur.

Certains vous diront que le droit positif français ignore le groupe de Sociétés, tandis que d'autres verront dans certains textes les prémices d'une protection d'un intérêt, encore diffus, différent de celui de chacune des composantes d'un ensemble de Sociétés, mais né de leur conjonction : « l'intérêt du groupe ».

Nous avons volontairement écarté de notre étude les problèmes spécifiques posés par les Sociétés multinationales, plus simplement qualifiées « multinationales », et ce pour plusieurs raisons :

— l'incertitude sur la définition même du terme,

— notre absence d'expérience en matière d'expertise portant sur de tels groupes.

Mais puisque l'O.N.U. dans l'un de ses bulletins (1) définissait les multinationales comme étant « des entreprises ou groupes d'entreprises à capital privé, public ou mixte, propriétaires d'installations de production ou de services ou les contrôlant, en dehors du pays dans lequel elles sont basées », les entreprises ou Sociétés dont il sera question dans les rapports qui seront présentés pourront ou non être considérées comme constituant ou appartenant à une multinationale.

Comme d'ailleurs notre tâche serait difficile s'il nous avait paru nécessaire de traiter des multinationales, puisque, à en croire une étude très poussée sur le sujet intitulée « La Criminalité, le Droit Pénal et les Multinationales » (2), la jurisprudence publiée en la matière serait quasiment nulle et il n'existerait apparemment nulle part de moyen de détecter, parmi les affaires pénales, celles qui mettent en jeu des multinationales — sous réserve d'un questionnaire rempli en France par les parquets depuis 1978.

**

Mais, qui sont les coupables qui osent se présenter devant vous, humblement, mais sans remords ?

Mme Hélène Bon, dont j'ai déjà évoqué le charme et dont vous aurez peu de peine à discerner la compétence, aura la délicate mission de camper le décor en définissant la notion de groupe. Elle aura, sans doute, à faire un « balisage » difficile, si vous permettez l'expression, car n'est pas groupe toute union ou tout agglomérat.

M. Yvan Saada pourra ensuite exposer dans quelles conditions la notion de groupe peut servir de fondement à la responsabilité civile d'une Société dans les engagements pris par une autre. Il ne vous cachera pas ses appréhensions face à une forme inconsiderée d'assurance tous risques.

M. André Gaillard nous montrera comment la notion de groupe peut servir à étendre les liens de la prévention lors de la création ou l'extension du groupe, comme au cours de la vie du groupe.

M. Jean Fourcade verra, au contraire, l'existence du groupe comme un élément servant de justification à certains faits qui auraient été susceptibles d'une qualification pénale.

**

Je vous ai indiqué leurs prétentions et pourquoi ils se présentaient devant vous, jugez-les ainsi que leur complice, le Rapporteur Général qui vient de retenir votre attention plus qu'il n'était nécessaire dans cette introduction.

Jugez-les, mais d'abord, entendez-les.

(Applaudissements.)

M. Bellet. — Je remercie beaucoup M. Thorin et je vais demander à Mme Bon de prendre la parole.

(1) Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales 1976.

(2) Jurisclasseur d'octobre 1979 - 2935.

Rapport sur

LA NOTION DE GROUPE

présenté par

Mme Hélène BON, Expert près la Cour d'Appel de Paris

Il n'existe pas dans notre législation de droit des groupes, et pourtant les groupes existent. Voilà un fait incontesté qui a suscité et suscitera encore de vifs débats entre esprits pragmatiques et doctrinaux.

Les groupes existent donc ; ils sont nés et se sont développés à l'occasion de l'expansion industrielle. Ils ont été un des moyens de la concentration économique et seront sans doute demain encore l'instrument de la diversification ou du redéploiement des entreprises.

Plus de treize ans après la refonte de la législation sur les sociétés commerciales, où le sujet fut délibérément réservé, se pose toujours le problème de la nécessité d'un droit des groupes.

Que sont donc ces groupes Comment et dans quel cadre fonctionnent-ils actuellement ? Devrait-on enfin leur reconnaître une existence légale et légiférer sur les groupes ?

Telles sont les questions auxquelles nous allons nous efforcer d'apporter des réponses dans cet exposé introductif.

*
**

I. - DESCRIPTION ECONOMIQUE DES GROUPES

En cherchant à décrire les groupes d'un point de vue économique, on est amené à constater dès l'abord une très grande diversité :

— diversité de tailles,
— diversité de structures : celles-ci sont plus ou moins centralisées ou ramifiées, plus ou moins autonomes, plus ou moins imbriquées, de telle sorte que selon les cas le groupe aura une existence aisément reconnaissable ou au contraire floue, cachée et difficile à établir,

— diversité enfin des champs d'action qui peuvent être nationaux ou internationaux, limités à une seule branche économique ou bien encore liés à des secteurs d'activité différents ou complémentaires et qui définiront des groupes nationaux ou multinationaux.

Il faut donc se garder d'aborder l'étude des groupes avec des idées préconçues sur leurs objectifs ou avec une vision par trop simplifiée des problèmes qu'ils posent.

Dans un premier temps, on peut définir très généralement le groupe comme étant un mode d'organisation de personnes morales jouissant chacune d'une structure juridique définie et possédant un patrimoine propre.

Si les membres du groupe ont une personnalité juridique, le groupe, lui, n'en a pas. La Jurisprudence a cependant été amenée à reconnaître son existence et a dégagé deux critères essentiels permettant de l'identifier qui sont en l'état actuel :

- l'état de dépendance,
- l'unité de direction.

1) Reprenant notre première définition, nous préciserons alors que le groupe est un ensemble de personnes morales sous la dépendance de l'une d'elles.

Cette dépendance peut résulter de la possession par la société dominante d'une quote-part du capital de la ou des sociétés dominées telle que la société dominante soit assurée grâce au nombre de voix qu'elle détient de faire adopter ses décisions dans les assemblées.

Selon certains taux de participation prévus par la loi (1), la société dominante disposera d'une minorité de blocage ou, à l'opposé, d'une majorité de contrôle. A ces situations théoriques pourront correspondre, dans la pratique, des situations identiques dans leurs effets malgré des taux de participation inférieurs, conséquences d'une très grande dispersion du capital, de l'absentéisme aux assemblées ou encore du regroupement des pouvoirs.

D'autres circonstances peuvent placer une société dans la dépendance d'une autre, en raison de rapports de force inégaux créés à l'occasion de contrats tels que des contrats d'exclusivité, des conventions de coopération, des contrats de concession de licence d'exploitation, ou encore résultant de situations de spécialisation ou de sous-traitance.

2) Si le lien de dépendance est nécessaire, il n'est pas suffisant. Pour qu'un groupe existe, il faut qu'il y ait, en outre, une unité de direction, laquelle va déterminer une ligne politique commune et fixer l'intérêt global du groupe.

Pour assurer cette unité de direction, la société dominante intervient de façon plus ou moins étendue dans la gestion des sociétés du groupe et utilise des moyens plus ou moins directs, qui peuvent être :

- le choix des hommes placés à la direction ou dans les conseils des sociétés dominées,
- l'organisation de services communs d'achat, de comptabilité, de gestion du personnel, d'étude et de recherches, etc.,
- la mise en place d'un pool de trésorerie, etc.

Il est évident que des liens de dépendance étroits comme ceux résultant de la propriété par la société dominante du capital des sociétés dominées facilitent l'emprise de la première sur les secondes ; mais il faut se garder de toute généralisation. Le groupe est avant tout un mode d'organisation de l'entreprise dont l'efficacité est souvent liée à la souplesse de ses structures, à la dimension réduite de ses sous-ensembles et à la relative autonomie laissée à ses membres.

De la nécessaire combinaison des deux critères qui viennent d'être rappelés, résulte deux conséquences :

— la première est qu'une société ou un individu peut détenir des participations relativement importantes dans d'autres sociétés qui lui confèrent un droit de regard, voire un certain pouvoir de contrôle, sans qu'il y ait existence d'un groupe, à défaut d'unité de direction. Il s'agit alors d'une sorte de conglomerat ; mais dans le langage courant, on est souvent tenté de parler de groupe, alors qu'il s'agit plutôt d'un ensemble de sociétés ou de groupes de sociétés dépendant d'une même personne mais obéissant chacun à des règles propres. Tel a pu être le cas du groupe Boussac,

— la seconde est qu'une politique commune adoptée par des sociétés indépendantes juridiquement et économiquement ne détermine pas un groupe. Tel est par exemple le cas de centres commerciaux affiliés à une organisation centrale d'achats.

II. - LE DROIT POSITIF FRANÇAIS ET LES GROUPES

A défaut d'un droit des groupes, il existe en droit positif une série de textes qui, d'une part, définissent des liens de parenté ou de filiation entre sociétés et,

(1) Pour les sociétés anonymes.

d'autre part, sur le plan du fonctionnement des sociétés, tirent les conséquences d'une situation supposée de domination.

1) Sur le plan juridique, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales dispose :

Dans son article 354

« Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée pour l'application de la présente section, comme filiale de la première. »

Et dans son article 355

« Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %, la première est considérée pour l'application de la présente section, comme ayant une participation dans la seconde. »

On peut voir dans ces textes l'amorce d'une reconnaissance des groupes fondée sur la notion de participation et de filiation, mais il n'y a pas dans l'état actuel de notre législation de textes instituant une présomption d'existence d'un groupe.

Les effets juridiques des dispositions contenues dans la loi sur les sociétés commerciales relativement aux sociétés-mères et filiales sont limités et visent généralement, soit à apporter des restrictions à l'exercice des droits supposés de domination : tel est le but de l'interdiction de participations réciproques au-delà de 10 % (art. 358) ou encore celui de la limitation des droits de vote en cas de fusion (art. 193), soit à protéger les droits des minoritaires, en l'occurrence des actionnaires hors groupe. On peut interpréter dans ce sens les droits accordés aux actionnaires détenant au moins 5 % du capital qui ont la possibilité de requérir l'inscription de projets de résolution à l'ordre du jour des assemblées ; et à ceux détenant au moins 10 % qui peuvent faire procéder à une expertise portant sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Répondant au même esprit de protection des tiers extérieurs au groupe, il faut également relever les textes qui imposent aux sociétés de mentionner leurs prises de participation, de rendre compte, dans leur rapport annuel, de l'activité de leurs filiales et d'annexer à leurs bilans un tableau comportant des renseignements en vue de faire apparaître la situation de leurs filiales et participations. De même, les dispositions des articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 trouveront souvent leur application et leur intérêt dans le cas de groupes de sociétés.

Quelques textes cependant semblent attacher plus précisément des effets juridiques à une situation créée par l'existence d'un groupe : la loi sur les sociétés commerciales a prévu des options de souscription ou d'achat d'actions en faveur du personnel salarié d'une société et les a étendues au bénéfice des membres du personnel salarié des filiales de la société et au bénéfice des membres du personnel salarié d'une société sur les actions offertes par sa filiale (art. 208-4). Enfin, l'article 229, alinéa 3, a ouvert le champ d'investigation des commissaires aux comptes aux sociétés-mères ou filiales de la société contrôlée.

2) On peut considérer qu'un pas supplémentaire a été franchi en matière fiscale avec l'adoption des dispositions particulières définissant le régime fiscal des sociétés-mères et filiales, et celle des textes datant de 1965 et 1967 qui ont créé les régimes d'imposition du

bénéfice mondial et du bénéfice consolidé (articles 145, 209 quinquies, article 114 annexe II et article 209 sexies du Code Général des Impôts).

Ces textes visent, en effaçant partiellement la notion de sociétés indépendantes, soit à éviter entre sociétés-mères et filiales à des degrés divers l'imposition successive des revenus soit à assimiler certaines filiales à de simples établissements de la société-mère notamment pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés.

Les dispositions relatives au bénéfice mondial et au bénéfice consolidé semblent cependant n'avoir atteint dans la pratique qu'une portée limitée en raison notamment de l'agrément préalable du Ministère de l'Economie et des Finances auquel leur application est soumise.

**

Cette analyse rapide des textes qui trouvent leur application dans les groupes permet de faire deux constatations.

La première est qu'il existe dans le groupe, tel que nous l'avons défini, une contradiction interne génératrice de conflits.

En effet, « le groupe conjugue l'indépendance juridique avec la dépendance économique »... Nous citons ici deux auteurs (2) qui poursuivaient en notant que cette « combinaison » risquait « d'altérer sensiblement l'application de règles aussi fondamentales que le principe d'autonomie patrimoniale et (qu'elle portait) en elle les germes d'un conflit entre l'intérêt global du groupe et l'intérêt particulier de chacune des sociétés qui le composent ».

La seconde concerne le cadre juridique dans lequel se régleront ces conflits ; c'est celui d'une société de capitaux où la loi majoritaire demeure le fondement de toute décision, qu'il s'agisse d'une société isolée ou appartenant à un groupe, sous réserve d'abus de biens ou d'abus du droit de majorité. En effet, en l'absence d'un droit des groupes, il n'existe pas d'obligations spécifiques au groupe ni de dispositions pénales visant particulièrement les groupes.

III. - EVOLUTION DES GROUPES DANS LA PRATIQUE

Dans cette situation, on voit le rôle important qu'ont dû jouer les tribunaux appelés à régler les conflits portés devant eux par des actionnaires minoritaires hors groupe, le personnel ou les créanciers de sociétés appartenant à un groupe.

Les efforts accomplis par la jurisprudence ont tendu à déterminer quelles étaient les responsabilités respectives des sociétés dominantes et des sociétés dominées, voire de leurs dirigeants, dans l'hypothèse d'un groupe reconnu non artificiel.

C'est ainsi que la jurisprudence a utilisé la notion de groupe comme fondement de la responsabilité d'une société dans les engagements d'une autre ou pour étendre les liens de la prévention. Ces deux thèmes de réflexion ont guidé les travaux de nos confrères Yvan Saada et André Gaillard qui interviendront tout à l'heure. La jurisprudence a, dans d'autres cas, justifié par l'existence d'un groupe certains faits suscep-

(2) MM. Contin et Hovasse - Recueil Dalloz-Sirey 1971, 31^e Cahier, chronique XXVIII, page 198, § 4).

tibles, dans d'autres circonstances d'une qualification pénale. Tel sera le propos développé par notre confrère Jean Fourcade.

En l'absence de textes spécifiques, les moyens juridiques ont été trouvés dans les articles 1382 et 1383 du Code Civil et dans la notion de dirigeant de fait dont les textes légaux ont prévu de nombreuses applications tant sur le plan civil que sur le plan pénal (3).

Dans ce contexte, la collecte des faits sera très importante et justifiera l'intérêt d'une expertise pour mettre en évidence l'existence d'un groupe et le caractère effectif du contrôle exercé, pour dégager les fautes commises à cette occasion qui seront soumises à l'appréciation du juge, pour décrire les circonstances qui permettront ou non au juge de retenir l'élément intentionnel, pour déterminer les sacrifices éventuellement supportés par la société dominée.

Si l'on se tourne du côté des entreprises on constate bien sûr, notamment à l'occasion d'expertises comptables, que la constitution de sociétés juridiquement indépendantes apparaît à certains comme un moyen de diviser les risques et de dissimuler une communauté d'intérêt pourtant réelle. Mais en général les groupes de sociétés bien structurés sont avertis des risques qu'ils encourent et savent également qu'il existe une certaine tendance à mettre en cause quasi systématiquement la responsabilité des sociétés-mères, notamment dans le cas de filiales connaissant des difficultés financières.

Sans doute en raison de la sécurité qu'apporte aux parties en présence la construction déjà réalisée par la jurisprudence, le monde des affaires n'est généralement pas partisan d'une édification qui serait forcément rigide d'un droit des groupes. Les entreprises s'accommodent du cadre actuel et font preuve d'un certain empirisme pour trouver, selon les circonstances, des formules permettant d'atténuer la fiction juridique d'entités indépendantes à l'intérieur d'un groupe et de donner la prédominance aux problèmes d'organisation qui conditionnent l'efficacité de celui-ci.

C'est ainsi que la gestion du personnel sera confiée à un service commun appliquant des règles uniques ; que la participation des salariés d'un groupe peut être calculée sur les résultats du groupe indépendamment de ceux des sociétés auxquelles le personnel est affecté ; que des instructions sont parfois données aux collaborateurs des groupes, dirigeants de sociétés dominées, qui limitent leurs responsabilités à l'intérieur de la politique générale suivie par le groupe dont celui-ci garde le contrôle. Enfin, les cas sont fréquents de sociétés-mères cautionnant et assumant les engagements de leurs filiales pour sauvegarder le crédit ou le renom de leur groupe.

De nombreux exemples peuvent ainsi être trouvés qui sont révélateurs d'une communauté d'intérêt et de la finalité réelle du groupe.

C'est la loi fiscale qui apporte souvent des limites à ces pratiques. On sait que les provisions pour dépréciation des titres de participation sont considérées fiscalement comme des moins-values à long terme, non imputables sur les bénéfices courants des sociétés-

mères. Pour transférer dans leurs résultats les éventuels déficits de leurs filiales, les sociétés-mères établissent parfois des conventions qui limitent les risques de pertes ou de gains des filiales ; ou bien encore voit-on à l'intérieur d'un groupe une filiale créée sous forme de société fiscalement transparente, société en nom collectif par exemple. Si de telles pratiques ont un intérêt fiscal incontestable, elles ont également des conséquences juridiques appréciables pour les créanciers des filiales.

Les groupes, en raison de leur importance, de leur complexité, de leur répartition géographique, sont difficilement appréhendables quant au poids économique qu'ils représentent et quant aux risques qu'ils recèlent. Les problèmes de l'information revêtent donc un intérêt tout particulier et tous les progrès réalisés dans ce domaine apparaissent à certains égards comme des palliatifs à la non-reconnaissance légale de l'existence des groupes.

La loi de 1966 sur les sociétés commerciales contient déjà des dispositions relatives aux informations que doivent communiquer les sociétés sur leurs filiales et participations. Depuis, diverses initiatives ont été prises par des organismes responsables dans le dessein d'améliorer la connaissance que les tiers ou les actionnaires externes peuvent avoir des groupes.

Il convient de citer ici les recommandations du Conseil National de la Comptabilité sur la consolidation des bilans. L'œuvre accomplie par la Commission des Opérations de Bourse est également considérable dans ce domaine. La C.O.B. est notamment intervenue, lors de prises de contrôle, pour fixer les règles présidant aux offres publiques d'achat ou d'échange de titres et protéger les actionnaires aux prises avec ces procédures encore peu connues du public.

De même la C.O.B. surveille la façon dont les sociétés cotées s'acquittent des obligations d'informer auxquelles elles sont tenues concernant leur activité et l'activité de leurs filiales.

Pour souligner la prise en considération croissante dans les esprits des responsabilités du groupe, nous citerons encore la C.O.B. qui, dans un article récent (4), écrivait à l'issue d'une enquête effectuée par ses services :

« Cette affaire montre, une fois de plus, l'importance d'une estimation correcte des risques que font courir à la société les titres de participation détenus. Il n'est pas inutile de rappeler que ces risques ne se limitent pas à la valeur de la participation mais que la société-mère peut en outre être obligée de se substituer à sa filiale pour remplir les engagements pris par celle-ci. »

En matière de sincérité des bilans, cette règle est importante puisqu'elle conduit à prendre en compte dans les bilans des sociétés-mères des risques supérieurs à ceux qui résultent de la part du capital détenue dans les filiales.

Enfin, pour préciser le rôle que peut jouer, dans l'ensemble des règles régissant actuellement les groupes, une information complète et correcte sur l'activité de ceux-ci, nous rapporterons l'opinion d'un collègue de sages désigné pour étudier certaines difficultés survenues à l'occasion de la fusion de groupes importants, et résumée ainsi par l'un d'eux :

(3) Textes visant particulièrement les banqueroutes contenus dans la loi du 13 juillet 1967.

Articles 431, 463, 478 et 479, al. 2 de la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966.

(4) Bulletin mensuel n° 111 - janvier 1979.

« ... aucune des opérations effectuées n'a été préjudiciable aux intérêts des Sociétés et à ceux de leurs actionnaires, notamment en ce qui concerne l'évaluation des actions lors des apports ou des fusions ; mais il est apparu cependant que si les textes législatifs en vigueur avaient été respectés à la lettre, le recours pour ce faire à l'intervention de filiales ou sous-filiales n'en n'avait pas toujours respecté l'esprit, qu'en outre l'information des actionnaires avait été quelquefois insuffisante ».

Voilà qui illustre clairement comment, dans la pratique des groupes, selon les objectifs ou les circonstances, l'accent sera mis soit sur l'indépendance juridique soit sur la dépendance économique.

IV. - EN GUISE DE CONCLUSION, DOIT-ON LEGIFERER SUR LES GROUPES ?

Le collègue des sages qui vient d'être évoqué regrette finalement dans son rapport « l'absence d'une réglementation suffisante des groupes de sociétés dans le droit français ».

Est-ce effectivement une lacune qu'il conviendrait de combler et comment ?

L'Allemagne a une législation sur les groupes qui a été le point de départ de nombreux travaux et a servi de modèle notamment au projet du Professeur Sanders, lequel a très largement inspiré le projet de la Commission des Communautés Européennes (5).

Un projet français également inspiré du modèle allemand, a été déposé sur le Bureau de l'Assemblée Nationale pour la première fois le 19 février 1970 et plus récemment le 28 juin 1978. Il est connu sous le nom de Proposition Couste et porte le titre suivant : « Proposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires, du personnel et des tiers. »

En l'état actuel de nos textes, ce projet innove sur les points suivants qui seront évoqués brièvement pour être bien connus :

- la reconnaissance légale de l'existence d'un groupe est fondée sur la conclusion d'un contrat d'affiliation,

- il est créé une présomption de groupe lorsqu'une société dominante possède plus de 50 % de voix dans une société dominée et exerce le pouvoir de décision ; mais le groupe n'a pas la personnalité morale,

- l'existence d'un contrat d'affiliation rend licites certaines opérations qui pourraient constituer en l'absence d'un tel contrat des détournements de biens sociaux ou des abus de droit,

- pour leur protection, les actionnaires externes se voient offrir un droit de retrait ou, s'ils désirent se maintenir dans la société dominée, ils reçoivent une allocation compensatrice annuelle,

- il est établi en faveur des créanciers de la société affiliée une solidarité financière de la société domi-

natrice ; de même, pour la protection des personnels, un comité central de groupe auprès de la société dominante a été prévu,

- en l'absence de contrat d'affiliation, l'obligation est mise à la charge de la société dominatrice de réparer tout dommage causé à une société dépendante,

- enfin, le projet de loi prévoit l'existence de société intégrée, unipersonnelle.

A leur rapide énumération on voit que ces dispositions ont autant pour objet de protéger les tiers externes au groupe que d'assurer selon les termes mêmes de l'un des auteurs (6) du projet « la promotion des majoritaires ».

Pour autant que l'on puisse en juger à la lecture des comptes rendus des débats et réunions de travail qui ont eu pour thème ce sujet, l'édification d'un droit des groupes rencontrerait en fait plus d'opposants que de partisans à la fois pour des raisons de principe et d'opportunité, les résultats de l'exemple allemand n'étant pas, semble-t-il, probants.

En revanche, des aménagements à notre législation sur les sociétés commerciales pour tenir compte de la spécificité des groupes sont généralement souhaités, car il est bien évident que l'inadaptation de certains textes à la réalité économique du groupe peut conduire, tout en respectant la forme réglementaire de ceux-ci, à en détourner l'esprit. Il serait également souhaitable que la loi, tenant compte de la finalité économique du groupe, crée les instruments juridiques appropriés.

On peut citer en particulier au nombre des réformes souhaitées la révision des textes réglementant les participations croisées et l'auto-contrôle, l'institution de sociétés unipersonnelles, le développement de l'information destinée aux actionnaires et aux tiers, une définition plus exhaustive des opérations actuellement visées aux articles 101 et suivants de la loi du 24 juillet 1966, l'obligation de présenter des comptes consolidés, etc.

La conclusion qu'apportait sur ce sujet il y a deux ans, lors de notre Congrès de Reims, M. le Premier Président Monguillan, semble toujours actuelle. Se posant la question « est-il besoin de légiférer sur le groupe ? », il répondait : « Je ne le pense pas. Je pense qu'il vaut mieux légiférer à propos du groupe. »

(Applaudissements.)

M. Bellet. — Je remercie très vivement Mme Bon, au nom de tous et de moi-même, de son très brillant exposé plein d'idées.

Je donne la parole à M. Yvan Saada, qui va vous parler de « La notion de groupe utilisée comme fondement de la responsabilité civile d'une société dans les engagements d'une autre ».

(5) Projet de règlement portant statut de la société anonyme européenne.

(6) M. Jean Valleix, député de la Gironde, « Les mercredis de la Comptabilité » - Vers un droit des groupes de sociétés - 9 juin 1971.

Rapport sur

**LA NOTION DE GROUPE
UTILISEE COMME FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE CIVILE D'UNE SOCIETE
DANS LES ENGAGEMENTS D'UNE AUTRE**

présenté par

M. Yvan SAADA, Expert près la Cour d'Appel de Paris

La notion de groupe étant à présent définie, mon exposé portera sur les cas où cette notion a été utilisée comme fondement de la responsabilité d'une société dans les engagements d'une autre.

Depuis longtemps, les Tribunaux ont refusé de se sentir liés par l'indépendance juridique apparente des sociétés, et ont recherché dans les cas d'espèces qui leur étaient soumis ce qui se cachait derrière cette façade.

Cette recherche a été essentiellement motivée par le souci de défendre :

- Soit les associés minoritaires ;
- Soit les créanciers ;
- Soit enfin les salariés.

Pour permettre à ceux-ci de mieux protéger leurs droits, trop à l'étroit dans le cadre strict de la société avec laquelle ils étaient liés, la jurisprudence s'est efforcée d'élargir ce cadre, en étendant les engagements de cette société à d'autres personnes physiques ou morales avec qui elle avait des liens étroits.

Lorsque la société ainsi mise en cause faisait partie d'un groupe, la jurisprudence y a trouvé un terrain privilégié pour faciliter la mise en évidence de ces liens étroits entre sociétés.

Chaque fois qu'ils ont eu ainsi à intervenir, les Tribunaux, en l'absence d'un droit spécifique des Groupes, ont eu recours à des concepts ou techniques généraux.

Je ne vous parlerai pas des problèmes posés par la défense des associés minoritaires. En effet, celle-ci donne lieu le plus souvent à des actions pénales qui n'entrent pas dans mon propos et qui seront évoquées tout à l'heure par mes confrères.

Je traiterai donc des actions intentées soit par des créanciers (première partie de mon exposé), soit par des salariés (deuxième partie) en vue de faire assumer par une société tout ou partie des engagements pris par une autre société du même groupe.

PREMIERE PARTIE

ACTIONS INTENTEES PAR LES CREANCIERS

La nécessité de cette protection des créanciers a particulièrement préoccupé les Tribunaux lorsque la société débitrice se trouvait en état de cessation de paiements.

A l'action jurisprudentielle menée très tôt en ce sens, le législateur a apporté un soutien appréciable à partir de 1935 avec les nouvelles règles introduites en matière de faillite.

Mais les Tribunaux ont également eu l'occasion d'intervenir quand la société débitrice était « in bonis ».

J'examinerai tout d'abord les décisions jurisprudentielles rendues en dehors des textes légaux régissant la faillite, puis j'étudierai celles rendues en application de ces textes.

I. - Décisions rendues en dehors des textes régissant la faillite

Les Tribunaux ont été assez souvent incités à remettre en cause tout ou partie des attributs de la personnalité morale des sociétés.

Nous connaissons ainsi l'importante jurisprudence relative au siège social en France, qualifiée parfois de fictif, afin de dénier la nationalité française aux filiales de sociétés étrangères.

Un autre attribut de la personnalité morale, souvent battu en brèche par les Tribunaux, concerne l'autonomie de leur patrimoine.

Plusieurs décisions ont en effet refusé de reconnaître l'autonomie patrimoniale d'une filiale par rapport à la société mère et inversement.

Une des premières décisions citée en la matière est un arrêt rendu le 20 novembre 1922 par la Chambre des Requêteurs (1).

L'arrêt d'appel qui lui était déféré, avait reconnu le droit, à l'agent en France d'une société ayant son siège à New York, d'assigner en résiliation des conventions et en dommages-intérêts la filiale française de cette société américaine.

Pour permettre au demandeur de mettre en cause la société française, ce qui ne constituait pour lui qu'une simple facilité lui évitant d'aller plaider à New York, la Chambre des Requêteurs se contente de relever que la société française est une « émanation » de la société de New York et que l'arrêt attaqué a souverainement constaté que la société de Paris était « la véritable filiale » de la société de New York.

Une telle jurisprudence, si elle avait été maintenue, aurait conduit à nier ex abrupto toute personnalité distincte aux diverses sociétés d'un même groupe.

Deux arrêts rendus en 1929 par la Chambre des Requêteurs (2) ont introduit certains critères pour justifier l'action des créanciers.

Ils ont en effet admis que des sociétés ne forment qu'un seul être moral lorsqu'elles ont « même siège social, même personnel, même comptabilité, même caisse, même numéro de téléphone ».

Ces décisions ont ainsi fait application de la théorie de l'apparence.

Les sociétés d'un même groupe peuvent en effet avoir par exemple, même siège social ou même personnel, sans que les attributs essentiels de leur personnalité (le patrimoine notamment) soient nécessairement confondus.

Si l'action des créanciers contre l'une ou l'autre des sociétés a été admise, c'est parce que les Tribunaux ont sans doute estimé qu'il y avait apparence de société unique et que les créanciers avaient ainsi été trompés par cette apparence.

Un arrêt rendu par la Chambre Civile de la Cour de Cassation le 21 novembre 1934 (3) traduit une évolution dans un sens plus restrictif puisqu'il décide « que l'existence d'intérêts communs, la communauté de nom, la communauté d'agents, ne suffisent pas à faire, de deux sociétés, un seul être moral, il faut encore que ces deux sociétés aient la même administration et soient constituées avec les mêmes capitaux ».

On voit là apparaître l'adjonction d'un nouveau critère basé sur la notion de contrôle.

La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 23-7-1936 (4), s'est fondée, tour à tour, sur ces deux critères de l'apparence et du contrôle, relevant :

— D'une part, que les administrateurs, le siège so-

(1) S 1926 I 305.

(2) 13 mai 1929 (S 1929 I 289) et 19 juin 1929 (S 1930 I 176).

cial, et les employés des deux sociétés étaient communs (notion d'apparence) ;

— Et d'autre part, que la société mère (Pathé-Cinéma), détenant la quasi-totalité des actions de la filiale, pouvait ainsi exercer sur elle « une maîtrise absolue » (notion de contrôle).

L'attitude réservée de la Cour envers les Groupes transparait dans le considérant suivant :

« Que la Société de gérance ne jouissait d'aucune autonomie et n'était qu'une sorte de filiale permettant à la Société Pathé-Cinéma de faire des opérations commerciales à l'aide d'une interposition de personne. »

Dans des décisions plus récentes, la Cour Suprême n'a plus fait appel qu'au seul critère du contrôle.

Ainsi dans quatre arrêts rendus le même jour (13-12-1967), la Cour de Cassation (5) a admis l'action intentée contre un promoteur, l'Immobilière Lambert, par des acquéreurs de logements ayant traité avec des S.C.I. constituées à l'initiative de ce promoteur.

Pour justifier sa décision, la Cour s'attache principalement au « contrôle absolu » que l'Immobilière Lambert a exercé sur les S.C.I. en cause, dont elle apparaissait ainsi comme le « véritable animateur ».

Cela lui suffit pour conclure que :

« L'Immobilière Lambert et les Sociétés Civiles Immobilières ne pouvaient être considérées comme des personnalités morales distinctes, non seulement en apparence mais en réalité. »

Ce critère du contrôle apparaît bien large dans le cadre d'un groupe car, le plus souvent, la société mère détient le contrôle absolu de ses filiales, contrôle par les capitaux investis et contrôle par le choix des dirigeants.

Avec un tel critère, aucune société mère ne serait sans doute à l'abri de l'action intentée par les créanciers de sa filiale.

Il convient de signaler pour terminer cette partie de mon étude, une décision contraire rendue dans une espèce tout à fait opposée.

Il s'agissait cette fois d'une société mère qui avait décidé en Assemblée Générale de mettre fin à l'activité d'une filiale en difficulté et de prendre en charge le passif de celle-ci.

Sur la demande d'associés minoritaires de la société mère, la Cour d'Appel de Dijon, dans un arrêt du 26-2-1971, avait annulé cette décision de prise en charge du passif de la filiale.

La Chambre Civile de la Cour de Cassation, par arrêt du 29-5-1972 (6) a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt d'appel au motif notamment « que si elles avaient eu un temps le même dirigeant, les deux sociétés étaient toujours demeurées entièrement distinctes et qu'aucune confusion ne s'était produite dans leurs patrimoines ».

La Cour déclare au surplus que la société mère « n'était pas exposée comme elle l'affirmait à une extension d'une éventuelle liquidation des biens de la société filiale » et qu'enfin « il n'existait pas, pour

elle, d'obligation morale à acquitter le passif de sa filiale ».

Il s'agit là d'une des rares espèces où la Cour de Cassation a reconnu l'indépendance de la société mère et de sa filiale.

Mais cet arrêt s'explique aisément par le souci qu'a eu la Cour Suprême en l'espèce de protéger les intérêts des actionnaires minoritaires de la société mère.

II. - Décisions rendues en application des textes régissant la faillite

Je précise tout d'abord que j'utilise ici le terme de « faillite » dans un sens large visant toutes les sociétés déclarées en état de cessation de paiements.

Le décret-loi du 8 août 1935 constitue la première réglementation de l'action en extension de faillite.

Outre cette action, le législateur a, en 1940, pour les sociétés anonymes, puis en 1953 pour les S.A.R.L., accru la protection des créanciers de la société faillie, en instaurant l'action en comblement de passif.

Ces actions en comblement du passif et en extension de faillite ont été reprises dans la loi du 13 juillet 1967.

Les articles 99 réglementant l'action en comblement de passif et 101, l'action en extension de faillite, sont bien connus et il n'est donc pas utile d'en donner lecture ici.

Peu de décisions semblent avoir été rendues dans le cadre de Groupes sur le fondement de l'article 99. Cela se comprend aisément.

En effet, cet article s'applique tant aux dirigeants de droit qu'aux dirigeants de fait.

S'il s'agit de dirigeants de droit, l'action est simple à exercer. Le Syndic connaîtra en effet facilement ces dirigeants et il n'aura plus, après les avoir assignés, qu'à attendre que ceux-ci fassent éventuellement la preuve « qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires ».

Par contre, s'il s'agit d'attaquer un dirigeant de fait, le Syndic devra au préalable rapporter la preuve qu'il s'agit bien d'un dirigeant de fait.

Dans une intéressante étude parue au Recueil Dalloz en 1975 (7), le Professeur Rives-Lange a montré combien cette preuve était complexe à établir.

On trouve toutefois un exemple d'application de l'article 99 à l'encontre de Groupes se partageant le contrôle de filiales communes en liquidation de biens, dans un jugement inédit du Tribunal de Commerce de Paris en date du 3 novembre 1975.

Cette juridiction fixe tout d'abord les règles d'application de l'article 99 aux dirigeants de fait, comme suit :

« Pour appliquer les dispositions de l'article 99, un certain nombre de conditions doit être réuni, sans qu'il soit limitatif : participation au capital, présence au Conseil d'Administration, au Conseil de Direction ou à la Direction, influence permanente, soit industrielle, soit financière, comblement permanent du passif des exercices antérieurs. »

Il convient de préciser qu'en l'occurrence, deux des sociétés mises en cause avaient spontanément accepté

(3) S 1936 I 289.

(4) S 1937 II 4.

(5) JCP 1968 II 15676.

(6) Bul. Civ. IV 160.

(7) Chronique, p. 41.

de prendre en charge le passif des filiales en liquidation de biens, au prorata du montant de leur participation.

Le Tribunal le souligne en ces termes : « En l'absence de textes législatifs sur la responsabilité des Groupes », le Tribunal constate que les sociétés X et Y reconnaissent être l'émanation l'une du Groupe A et l'autre du Groupe B, et que ceux-ci, « au nom d'une certaine conception des rapports sociaux et commerciaux et d'une certaine morale, ont proposé de combler le passif de la liquidation des biens ».

On relèvera au passage la reconnaissance de l'obligation morale qui avait pourtant été déniée par la Cour de Cassation dans l'arrêt précédemment cité du 29 mai 1972.

L'article 101 de la loi du 13 juillet 1967 est quant à lui d'une application très fréquente, d'autant que, outre les trois cas d'extension de faillite prévus par ce texte, les Tribunaux ont laissé subsister deux autres cas définis antérieurement par la jurisprudence, savoir :

- Société fictive ;
- Confusion de patrimoine.

Il serait trop long d'examiner ici en détail l'abondante jurisprudence relative aux extensions de faillite.

Il ressort d'une manière générale des décisions rendues que les Tribunaux ont en l'occurrence une attitude plus réservée. On ne retrouve plus en effet de décisions simplement motivées par l'existence d'une « sorte de filiale », ou même de liens étroits entre deux sociétés.

Ainsi, dans un arrêt rendu le 10 avril 1974 (8), la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence commence par déclarer que « deux sociétés ayant des associés communs, il n'est pas étonnant que des rapports étroits aient existé entre elles ».

Aussi impose-t-elle de rechercher « si l'interpénétration qui s'en est suivie a ou non abouti, sinon à une totale communauté patrimoniale, tout au moins à des imbrications de cet ordre telles que ces sociétés doivent être considérées comme des éléments d'une même entreprise dont l'ensemble de l'actif est le gage commun des créanciers de chacune d'elles ».

*

**

On est donc tenté, pour conclure, d'opposer l'attitude des Tribunaux, plus accueillante envers l'action des créanciers quand son incidence est assez limitée comme par exemple la facilité accordée à un créancier de poursuivre un débiteur français plutôt qu'étranger, à celle plus stricte lorsque les conséquences sont plus graves, comme dans les cas d'extension de faillite.

Dans ces derniers cas, en effet, les Tribunaux, après une longue période de tâtonnement, se sont efforcés de définir des limites assez précises aux possibilités d'extension. Le législateur les a d'ailleurs encouragés en ce sens.

Il nous faut toutefois constater qu'en matière de Groupes, l'opposition n'est qu'apparente car les critères retenus par les Tribunaux pour justifier l'extension de faillite se retrouvent généralement dans la plupart des Groupes.

Recherchant principalement l'efficacité économique, les Groupes se soucient peu en effet de bien respecter l'autonomie patrimoniale des sociétés constituantes. Outre l'existence fréquente des critères auxquels la jurisprudence se réfère généralement tels que l'identité des dirigeants, de siège social, de numéro de téléphone, il faut convenir que les filiales ont souvent une autonomie réelle très réduite.

Il y a ainsi fréquemment lieu de constater :

— Que la société mère détient la totalité des actions de la société anonyme filiale, à l'exception des quelques actions nécessaires à l'exigence de 7 actionnaires et aux actions de garantie des administrateurs. Au surplus, ces autres actionnaires sont souvent des employés du Groupe à qui celui-ci va même jusqu'à prêter plus ou moins ouvertement les fonds nécessaires à la souscription de ces quelques actions. Dans ces cas-là, il n'y a même plus d'« affectio societatis » au sein de la filiale ;

— Que les décisions principales sont prises par les dirigeants du Groupe et s'imposent à la filiale ;

— Que le Groupe se fait rembourser par ses filiales de « frais de Groupe » dont il est bien difficile d'apprécier s'ils sont la contrepartie exacte des services rendus (administratifs et techniques notamment).

Les Groupes sont d'ailleurs bien conscients de cette situation et acceptent en général de prendre en charge spontanément le passif de filiales défaillantes.

Ainsi dans le cas récent du « Groupe Boussac », le Syndic n'a pas eu de difficulté à faire prononcer simultanément la liquidation judiciaire de la vingtaine de sociétés comprises dans ce Groupe.

DEUXIEME PARTIE

ACTIONS INTENTEES PAR LES SALARIES

Les Tribunaux sont intervenus à cet égard :

— Soit pour permettre à un salarié, comme tout créancier, de poursuivre le recouvrement de son salaire contre une autre société du Groupe ;

— Soit, dans le cas de mutation d'un salarié d'une société à une autre, pour le faire bénéficier des avantages cumulés des deux emplois successifs (notamment en ce qui concerne l'ancienneté) ;

— Soit enfin pour faciliter l'application des dispositions relatives à la désignation d'un délégué syndical et à la constitution d'un Comité d'entreprise.

Ces deux derniers cas débordent un peu le cadre de mon sujet puisqu'il ne s'agit plus vraiment de responsabilité civile, mais, d'une manière plus large, des conséquences civiles tirées de l'existence d'un Groupe.

Examinons quelques décisions rendues dans ces différents domaines.

1) Un jugement du Tribunal Civil de la Seine, en date du 9-2-1959 (9), commence par poser le principe « qu'il y a identité entre chaque employeur et son patrimoine individuel et social ».

Mais il poursuit « que cependant, lors de l'existence de société mère et de sociétés filiales, cette délimitation stricte de patrimoine de chacun peut faire place

(8) D 1974 Som. 98.

(9) JCP 1959 II II006.

à une communauté, en cas de siège social ou d'agence, de lignes téléphoniques et d'adresses télégraphiques communs ; en cas d'usage commun de différents papiers à lettre commerciaux ; en cas de travaux de personnel tantôt par la société mère, tantôt par les sociétés filiales ».

La théorie de l'apparence trouve donc ici aussi matière à application bien que le salarié, moins que le créancier, puisse prétendre avoir été induit en erreur sur l'identité de son débiteur.

Dans deux arrêts rendus le 24 mars et le 13 mai 1969 (10), la Chambre Sociale de la Cour de Cassation a tour à tour décidé :

— « Que la Cour d'Appel... a pu estimer que les deux sociétés avaient en fait une activité confondue et étaient toutes deux débitrices des salaires et indemnités dus. »

— « Qu'en fait son contrat de travail avec Ignis-France l'avait également soumis au contrôle de la Société Ignis Italie, laquelle s'est comportée aussi à son égard en qualité d'employeur. »

Dans cette deuxième décision, on retrouve donc le critère du contrôle.

Quant à la notion d' « activité confondue » utilisée dans le premier arrêt, elle apparaît plutôt vague.

2) La Cour de Cassation (Section Sociale), dans un arrêt du 19-6-1963 (11), a eu à se pencher sur le cas d'un salarié employé successivement par deux sociétés d'un même Groupe, et qui réclamait que son ancienneté soit décomptée depuis la date de son embauche par la première société.

La Cour d'Appel de Paris avait fait droit à sa demande et la Cour de Cassation, par l'arrêt précité, a rejeté le pourvoi au motif que le salarié « était toujours resté au service de la même entreprise au sens de l'article 23 du Livre 1^{er} du Code du Travail ».

Dans une autre espèce encore plus caractéristique où un salarié avait été employé pendant 30 ans dans une société, puis muté dans une autre société du Groupe d'où il avait été licencié au bout de 20 jours, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 1-7-1965 (12) constate que les fonctions du salarié « n'étaient que la continuation de ses activités antérieures », et que ses deux employeurs successifs « tout en conservant leur personnalité » formaient « une communauté d'intérêts leur permettant d'effectuer, comme en l'espèce, des mutations de personnel ne pouvant préjudicier aux droits que les intéressés avaient à l'encontre de chacune de ces entreprises ».

Dans un arrêt plus récent du 6 mai 1975 (13), rendu dans une espèce analogue où un salarié avait « fait l'objet d'une simple mutation au sein d'un seul et même groupe d'entreprises », la Cour de Cassation s'est contentée de relever que « les dirigeants des deux sociétés étaient les mêmes et qu'ils ne pouvaient donc ignorer l'existence du précédent contrat de travail conclu avec la première société ».

On peut citer également un arrêt (inédit) rendu le 3 novembre 1977 par la Cour d'Appel de Paris qui reproche notamment aux premiers juges d'avoir refusé de reconnaître à une société mère française la qualité

d'employeur notamment à l'égard du personnel des filiales africaines.

Les Magistrats d'appel relèvent en effet que « si les sociétés africaines constituent en apparence des entités juridiques indépendantes, l'ensemble de la gestion du Groupe est en réalité assuré par la société mère avec les plus larges pouvoirs sur tous les plans, technique, juridique, commercial, comptable et financier ».

Ce n'est donc plus l'apparence qui est retenue ici pour justifier la décision, mais la « totale dépendance économique » des filiales à l'égard de la société mère.

3) Les Tribunaux ont eu enfin à se prononcer sur le fait de savoir si pour le décompte du nombre de salariés justifiant l'existence d'un délégué syndical, de délégués du personnel, et d'un comité d'entreprise, il y avait lieu de se limiter au personnel de la société considérée ou si l'on pouvait également tenir compte de l'effectif d'autres sociétés du Groupe.

Dans un arrêt du 4 février 1970 (14), la Cour de Cassation (Section Sociale) a refusé ce décompte extensif au motif que si six des sociétés en cause « exerçaient leur activité dans des locaux contigus et avaient un chef de personnel unique », leurs activités bien que complémentaires étaient différentes et qu'elles constituaient donc chacune « une unité technique de production indépendante ».

Par contre, dans deux arrêts plus récents, la Cour de Cassation (Section Sociale), a admis que l'effectif à prendre en considération soit celui de deux sociétés d'un même Groupe :

— Dans un arrêt du 8 juin 1972 (15), la Cour Suprême a justifié sa décision par le fait que la société mère et sa filiale « exerçaient la même activité sous une autorité unique, dans les mêmes locaux et avec le même matériel » ;

— Dans un arrêt du 4 mars 1976 (16), la Chambre Sociale relève que « le personnel des dix sociétés est soumis à des conditions de travail analogues, que les objets économiques sont identiques et que l'imbrication des dix sociétés est telle que le découpage juridique disparaît devant l'unité économique et sociale formée par elles ».

Ainsi, la réticence des Tribunaux à l'égard du caractère indépendant de la personnalité morale des filiales se manifeste encore plus nettement lorsqu'il s'agit de protéger les salariés.

Sans plus s'embarasser alors de rechercher une éventuelle confusion des patrimoines ou le caractère fictif de la filiale, les Tribunaux se contentent de relever que le Groupe forme une « unité économique et sociale ».

Certes, dans l'arrêt du 4 février 1970, la Cour de Cassation a admis que « quelle que fût la dépendance économique » de la filiale, « elle était un établissement distinct employant moins de cinquante salariés ».

Mais si en l'espèce, la Cour refuse la désignation d'un délégué syndical, cela est sans doute dû aux circonstances particulières, la Cour prenant soin de relever notamment que certaines des autres sociétés du Groupe avaient un effectif supérieur à cinquante salariés et disposaient donc déjà d'un délégué syndical.

(10) Social 1969, p. 513.

(11) Bull. Civ., IV, 426.

(12) Social 1966 p. 104.

(13) JCP 1975 IV 199.

(14) Bull. Civ. 1970 V 64.

(15) Bull. Civ. 1972 V 382

(16) Bull. Civ. 1976 V 116

CONCLUSION

Il apparaît en définitive, quels que soient les critères retenus par les Tribunaux pour accueillir l'action des créanciers ou des salariés, que le Groupe, sauf rares exceptions, ne peut utilement se prévaloir de la personnalité morale indépendante de ses filiales.

Même dans l'espèce où la Cour de Cassation a refusé à la société mère la prise en charge du passif de la filiale (arrêt du 29-5-1972), sa décision a été dictée, non dans l'intérêt du groupe, mais dans celui d'actionnaires minoritaires.

Devant cette tendance jurisprudentielle, certes très louable, à protéger systématiquement les intérêts des créanciers et des salariés, on en arrive à se demander si le Groupe ne devrait pas de son côté bénéficier d'une certaine protection sous la forme d'une loi précisant ses droits et obligations, même si ces dernières devaient être très étendues.

Je pense en effet que les propositions de lois récentes visant à créer une certaine solidarité entre les sociétés d'un groupe leur seraient en définitive bénéfiques dans le contexte de la jurisprudence actuelle.

Il serait en effet souhaitable que les groupes sachent à quoi s'en tenir. Si l'on veut par exemple que les sociétés mères répondent des dettes de leur filiale, il vaudrait mieux que cela soit dit dans une loi, plutôt que de laisser les Groupes traduits devant les Tribunaux et ajouter ainsi à la suspicion le plus souvent injustifiée que le public conçoit à leur égard.

*
**

Un exposé, aussi juridique soit-il, effectué dans un Congrès d'experts judiciaires ne saurait se terminer sans qu'il soit dit quelques mots des nombreuses missions qui peuvent être confiées à ceux-ci par les Tribunaux dans un tel contexte.

Le recours à l'expertise comptable pourra en effet être envisagé chaque fois que les Magistrats ne trouveront pas dans les dossiers des parties suffisamment d'éléments de fait pour asseoir leur décision.

Il pourra ainsi être demandé à l'expert judiciaire de fournir au Tribunal ou à la Cour tous éléments complémentaires d'appréciation :

1) Sur l'apparence externe des Groupes (dénomination, activité, siège, identité des dirigeants, etc.) ;

2) Sur leur structure interne :

— Comment se répartissent les actions à l'intérieur du Groupe ?

— Quel est le but économique poursuivi ?

— Qui est responsable des principales décisions ?

3) Soit encore sur telle ou telle autre circonstance

pouvant servir de fondement à l'action des créanciers ou des salariés, au sens de la jurisprudence précitée.

Pour ces diverses missions, l'expert aura en principe à sa disposition une abondante documentation :

— Statuts des sociétés ;

— Registres des délibérations des Conseils d'Administration et des procès-verbaux d'Assemblée ;

— Registres de présence des Conseils et feuilles de présence d'Assemblées ;

— Comptabilité des diverses sociétés.

C'est évidemment sur cette comptabilité ainsi que sur les pièces et documents comptables (notamment contrats, factures, correspondances) que portera l'essentiel de ses investigations et de ses travaux.

Il examinera notamment :

— Les transactions commerciales entre sociétés du Groupe pour apprécier l'équilibre des fournitures et prestations réciproques ;

— Les mouvements financiers, leur justification et leur rémunération ;

— Les engagements (avals, cautions) fournis en faveur de sociétés du Groupe.

D'une manière générale, il réunira tous les éléments d'information susceptibles d'éclairer le Tribunal sur :

— Les apparences créées par le Groupe ;

— L'importance du contrôle effectué par la société mère sur sa filiale ;

— La confusion éventuelle de leur patrimoine ;

— La réalité ou la fictivité de la filiale ;

— L'unicité économique du Groupe ;

— L'existence de fautes ou de fraudes au détriment des créanciers ou des salariés.

Nous sommes donc en présence d'un vaste domaine au cœur de la vie économique avec ses rouages subtils, où l'intervention de l'expert comptable judiciaire apparaîtra sans doute particulièrement utile aux Magistrats.

(Applaudissements.)

M. Bellet. — Je remercie aussi Monsieur Saada de sa très brillante étude jurisprudentielle, qui met plus d'une fois en accusation la jurisprudence, d'ailleurs, mais les Magistrats qui sont ici chercheront à se défendre.

Mlle Doyen. — Nous ouvrons maintenant les débats. Nous n'avons pas voulu faire de débat après chaque rapport, mais nous le ferons après les deux premiers, le premier étant purement descriptif et le second exposant le point de vue civil. Nous verrons cet après-midi le point de vue pénal et aurons un débat, à nouveau, après l'exposé des deux rapports.

M. le Président, si vous voulez vous-même nous donner votre avis, nous en serons heureux.

Compte rendu des débats

SUR LES CONSEQUENCES CIVILES DE LA NOTION DE GROUPE

M. Bellet (1). — Je l'ai dit tout à l'heure, j'ignore tout du problème. Je voudrais rappeler une petite anecdote. La première fois que l'on m'a parlé des groupes, c'était il y a vingt ans ; j'étais président de la Cinquième Chambre du Tribunal, on plaidait un certain nombre d'affaires financières et commerciales, et un avocat m'a déclaré : « le groupe Untel ». J'ai répondu : « le groupe, je ne connais pas ; on ne m'en a jamais parlé, mes professeurs ne m'ont rien dit à ce sujet ; cela n'existe pas ».

Je dois dire qu'avant même d'entendre les explications de Mme Bon et de M. Saada, j'en avais entendu légèrement parler.

C'est à peu près à cette époque qu'un professeur justement renommé a fait une consultation pour la première fois, dans vos milieux, sur l'existence du groupe et ses conséquences. Jusqu'à ce qu'il se donne la peine d'étudier ce sujet, personne n'en avait parlé, sauf naturellement dans les milieux intéressés, qui connaissaient le problème et qui pouvaient en profiter, ou en être victimes. La loi et la jurisprudence commencent maintenant, il est vrai, à prendre en considération l'existence des groupes.

Un premier problème se pose, à savoir : les mérites respectifs de la jurisprudence et de la loi, en la matière. A un moment donné, la jurisprudence devient insuffisante et la loi doit intervenir, mais la question se pose de savoir à partir de quand elle doit le faire et sur quels points.

Un second problème est celui de savoir si une société mère a l'obligation morale de secourir sa filiale.

M. Robin (2). — M. le Premier Président.

Je considère, comme M. Saada, qu'il y aurait intérêt à ce que des textes interviennent pour régler un peu la question des groupes, car tant que nous n'avons pas de textes, la jurisprudence, en présence de groupes, est tentée de considérer qu'il peut y avoir ce que l'on appelle des sociétés de fait, entre diverses sociétés ou divers personnages. Elle en tire des conséquences, comme l'a dit très justement M. Saada, en matière de règlement judiciaire et de liquidation de biens (application de l'article 101 et de l'article 99) ; elle reconnaît donc une certaine existence aux groupes.

Je dois vous signaler une décision intéressante de la Chambre Commerciale, dans une matière un peu différente de celles dont il a été question jusqu'à présent, à savoir en matière fiscale. Il existe une disposition, dans le Code général des Impôts, qui prévoit le paiement d'un droit d'enregistrement, qui est d'ailleurs assez élevé, dans le cas d'une cession de clientèle, mais également dans le cas de cession d'éléments de fonds de commerce qui permettent à l'acquéreur d'exercer l'activité professionnelle qu'exerçait le cédant.

Nous avons eu à la Chambre Commerciale, au mois d'octobre dernier, une affaire très intéressante sur ce plan. L'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord entrepose, en Belgique, à Bruxelles, divers matériels. Ces matériels, il faut les entretenir. L'organisation intéressée avait confié à une très importante société française, qui était mère de plusieurs filiales, le soin

d'assumer les travaux d'entretien. Cette société avait alors désigné une de ses filiales pour procéder à l'entretien du matériel en question. A un moment donné, la société mère a réorganisé son groupe, et a estimé qu'il vaudrait mieux que ce fut une autre filiale qui prenne en main l'entretien du matériel en question. Est alors intervenu un contrat prévoyant la cession à la deuxième filiale des conventions passées avec l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord. L'Administration de l'Enregistrement, lorsqu'elle a eu connaissance du fait que c'était une autre société qui dorénavant allait s'occuper de l'entretien, après avoir acquis de la première filiale les matériels nécessaires aux réparations, a demandé le paiement des droits d'enregistrement.

La société en question a refusé de payer ; il y a eu procès et le Tribunal de Grande Instance de Nanterre, compétent en l'espèce, a débouté l'Administration en considérant que, finalement, tout restait à l'intérieur d'un groupe, et que la cession d'une filiale à une autre filiale d'une société mère, du contrat d'entretien, ne tombait pas sous le coup des dispositions du Code général des Impôts.

Il y a eu pourvoi en Cassation. Je vous avoue que, lorsque cette affaire m'est arrivée, j'ai estimé, moi, que le Tribunal de Nanterre, en l'état des textes, avait été peut-être un peu loin en admettant qu'il n'y avait pas, dans ce cas, nécessité de payer les droits. C'est ce que j'ai exposé à la Chambre Commerciale, dans des conclusions qui d'ailleurs ont été reproduites dans la Revue du Droit Fiscal du mois de mars dernier, je crois. Mais je vous indique que je n'ai pas été suivi. La Chambre Commerciale m'a fait comprendre que je m'étais trompé et a débouté l'Administration de son pourvoi. Elle a donc confirmé la décision du Tribunal de Grande Instance de Nanterre.

Vous voyez donc que dans ce cas particulier, la jurisprudence fait un pas dans le sens de la reconnaissance d'une sorte de personnalité morale du groupe. Je ne suis pas encore tout à fait persuadé qu'elle ait eu raison de le faire, mais voilà du moins l'état de la jurisprudence. Bien sûr, il peut se poser encore quantité d'autres questions en matière civile et en matière pénale, et je ne suis pas sûr que la jurisprudence soit très unifiée ; je crois au contraire qu'elle marche un peu dans tous les sens et qu'il y a des décisions un peu contraires. C'est pourquoi je pense qu'il y aurait intérêt à ce qu'un jour ou l'autre le législateur étudie la question dans son ensemble, et établisse une réglementation des groupes.

M. Bellet (1). — Je vous remercie de votre très intéressante observation. On connaît le poids de ce que vous dites à la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation.

La question qui se pose maintenant est celle-ci : la jurisprudence a-t-elle ses avantages éminents par rapport à la loi, ou les inconvénients de cette jurisprudence et toutes les divergences que l'on vient de signaler entre les tribunaux eux-mêmes, soit entre la Cour d'Appel et la Cour de Cassation, ne sont-ils pas une source de nuisances ? La loi aurait l'avantage, dit-on, de mettre un terme à ces divergences.

Mais toute nouvelle loi fera à son tour naître des interprétations divergentes et je préfère, en définitive, la souplesse de la jurisprudence.

(Applaudissements.)

(1) Premier président de la Cour de Cassation.

(2) Premier Avocat général près la Cour de Cassation.

Peut-on arriver à diminuer le nombre de ces divergences ?

Il semble bien que selon que l'on veuille protéger le groupe lui-même, les tiers, les associés minoritaires ou les salariés, la jurisprudence va avoir une attitude différente. Cela se comprend et si vous étiez magistrat, vous en feriez autant. Je comprends très bien la Chambre Sociale et j'abonde dans son sens. On lui parle de salariés qui sont victimes d'un membre du groupe et je comprends qu'elle cherche à faire régner la justice. Mais si elle emploie des formules trop péremptoires et générales, la jurisprudence sera d'une application difficile dans les autres domaines.

Va-t-on pouvoir changer de critérium : contrôle, effectivité, apparences ou autres, suivant le domaine dans lequel on est, selon qu'il s'agit de protéger certaines personnes, le fisc ou les associés, ou encore les salariés. Comment trouver une formule générale qui soit suffisamment générale pour faire jurisprudence, mais en même temps faisant les distinctions nécessaires ?

M. Saada, vous proposez des formules de conciliation. Comment auriez-vous fait si vous aviez été magistrat et si dans l'arrêt de 1972 vous aviez dit qu'il y avait une obligation morale de participer au déficit du groupe et si le mois suivant, vous aviez eu l'autre affaire dans laquelle il s'agissait de protéger l'intérêt inverse ?

M. Saada (3). — M. le Premier Président, vous me posez une question très embarrassante, étant donné que je ne suis pas magistrat, mais je vais tout simplement vous donner mon avis personnel.

Je regrette la décision de 1972, je pense que vous l'avez compris à l'audition de mon texte, ou tout au moins ses motivations. Je comprends très bien que la Cour ait eu le souci de défendre les intérêts des minoritaires, qui étaient certainement louables et dignes d'être protégés, mais je regrette qu'elle ait pris comme motif de rejeter l'obligation morale. Je crois que cette obligation existe, d'autant que souvent elle cache des obligations juridiques qui sont moins apparentes, et qu'il est regrettable que l'on ait dit que la société mère n'avait pas l'obligation morale de prendre en charge le passif de sa filiale défaillante. J'aurais préféré, si je puis me permettre un souhait, une motivation différente, si c'était justifié par les faits de l'espèce, que j'ignore.

M. Bellet (1). — Vous vous retranchez ; vous n'y connaissez rien, parce que vous n'avez pas le dossier !

M. Saada (3). — M. le Premier Président, si les minoritaires étaient lésés par l'opération, je pense qu'ils avaient d'autres arguments juridiques à faire valoir, soit sur le plan civil, en évoquant l'abus du droit de majorité, la fraude à leur droit, soit même sur le plan pénal, si le seul fait de prendre en charge le passif constituait un abus de biens sociaux. Je regrette que l'on ait indiqué que l'obligation morale n'existait pas.

M. Bellet (1). — Vous pensez que l'on aurait dû avoir recours à d'autres principes qui auraient été suffisants ? La faute et l'abus de droit doivent, à votre

avis, être meilleurs que le recours à l'obligation morale ?

M. Thorin (4). — Je pense qu'une réponse précise est très difficile, compte tenu du fait que tout à l'heure Mme Bon nous a dit avec quelle ingéniosité les groupes se présentaient à nous. Ce sont des ensembles fluides, des ensembles complexes, organisés ou inorganisés.

Dans chaque cas d'espèce, le magistrat ne devrait-il pas essayer de comprendre s'il y a des prestations, si vous permettez l'expression, qui sont de même valeur des deux côtés, si des intérêts sont lésés, s'il y a une disproportion dans les intérêts qui sont ou ne sont pas lésés ?

M. Saada nous a dit, par exemple, que la jurisprudence refusait d'admettre qu'il y avait unité économique et jugeait que l'installation d'un Comité d'Entreprise ne se justifiait pas, parce que les éléments qui constituaient le groupe étaient des éléments séparés. Mais, là aussi, on a ajouté que l'on pouvait arriver au même résultat, d'une autre manière. On peut alors se demander si ce n'est pas tout d'abord le problème des résultats qui motive la décision du magistrat, en l'absence d'une législation précise concernant les groupes et en présence d'un ensemble que l'on appelle « groupe », mais qui peut être un ensemble homogène ou non homogène, coordonné ou non coordonné, si l'on ne commence pas, M. le Premier Président — je m'excuse d'être irrévérencieux — à juger tout d'abord de l'importance du résultat, pour rechercher ensuite sa base juridique.

Or, la base juridique est facile à trouver. On nous a parlé tout à l'heure comme base juridique, et je l'ai retenu, de l'apparence ; c'est facile. Si l'on ne veut pas parler d'apparence, à supposer que l'on soit dans un cas où l'on ne voudrait pas voir appliquer la notion de responsabilité du groupe, on pourra dire qu'il n'y a pas contrôle, ou inversement, on dira qu'il y a contrôle.

Je me demande, en définitive, si la question n'est pas posée à l'envers.

Mlle Doyen (5). — M. le Premier Président, je voudrais vous faire part de mon embarras. En l'état actuel, les sociétés d'un groupe existent, et sont des entités juridiques distinctes. La société mère et la filiale peuvent avoir chacune des minoritaires, et aussi des créanciers. Je me demande, dans le cas où la décision qui va être prise par les tribunaux a une incidence financière sur le patrimoine soit de la mère, soit de la filiale, si l'on va privilégier les minoritaires de la mère ou ceux de la filiale. Je crois que le fond de la question est là. De toute manière, il y a des gens qui seront lésés. Quand il s'agit de filiales à 100 % ou presque, il n'y a pas de problème, mais quand il y a des minoritaires des deux côtés, il me semble — et j'aimerais que mes confrères ici présents disent ce qu'ils en pensent — que les minoritaires de la filiale et ceux de la mère sont également intéressants. Je suis, quant à moi, très embarrassée pour choisir entre eux.

(4) Expert-comptable agréé par la Cour de Cassation.

(5) Président de la Compagnie Nationale des Experts Judiciaires en comptabilité.

(3) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Paris.

M. Bellet (1). — C'est très bien dit, Mademoiselle.

Qui demande la parole sur cet « appel au peuple » de Mlle Doyen ?

C'est un problème auquel les magistrats sont particulièrement sensibles, plus que vous encore, puisque c'est eux qui, en définitive, vont prendre la décision. Vous pouvez toujours soumettre au tribunal vos suggestions, mais nous avons à trancher, comme Salomon, et à sacrifier, certainement, l'une ou l'autre des minorités.

Qui demande la parole à ce sujet ? Je voudrais entendre de préférence un expert ; Mlle Doyen m'a rappelé que les magistrats avaient déjà trop parlé.

M. Dana (6). — Je rejoins l'avis de mon confrère Saada en ce qui concerne la nécessité, semble-t-il, de l'intervention du législateur car très souvent, si l'on veut distinguer les bons groupes des mauvais, on ne peut le faire qu'après un jugement, ou après l'intervention de la justice. Par exemple, ce qui aurait pu nous sembler un bon groupe avant un incident de paiement ou une mésentente entre actionnaires, devient tragiquement un mauvais groupe, car des faits qui étaient parfaitement compatibles dans le groupe sont dénoncés par la justice à la suite d'un événement pouvant intervenir. C'est là qu'il semblerait nécessaire, même si cela doit entraîner une contrainte, que le législateur puisse intervenir afin d'indiquer des critères objectifs, si possible, qui ne laissent pas place à l'interprétation, a posteriori, des motifs qui font d'un groupe qu'il est un bon ou un mauvais groupe, qu'il a de bons ou de mauvais agissements.

On rencontre cela aussi bien dans la notion de pools de trésorerie que d'avance à filiales, d'avances à fonds perdus à des filiales ; on a vu des arrêts contradictoires, dans certains cas, en matière fiscale et en matière pénale, des arrêts qui parfois sont favorables, dans ce sens qu'ils trouvent que certaines avances ne sont pas des avances critiquables et d'autres qui considèrent que ces avances sont des fraudes fiscales ou des abus de biens sociaux.

M. Bellet (1). — Je vous remercie.

Le législateur interviendra donc une fois de plus comme la Providence et il créera le bien et le mal, c'est-à-dire les bons et les mauvais groupes. Malheur à ceux qui, comme au Jugement Dernier, sont dans les mauvais, heureux ceux qui sont dans les bons groupes.

Je vous pose la question suivante : s'il y a une minorité dans un bon groupe, à la fois dans la mère et dans la filiale et qu'il faut sacrifier l'une ou l'autre des minorités, que ferez-vous suivant que le groupe est bon ou mauvais ?

M. Dana (6). — M. le Président, dans ce cas, si le législateur est intervenu, il y aura un critère objectif quant aux bons et aux mauvais groupes. Que ce critère soit bon ou mauvais, il existera ; il n'y aura donc plus à hésiter puisque la constitution et le fonctionnement de la société se feront, je l'espère tout au moins, en fonction des termes de la loi. De même qu'il y a de bonnes ententes et de mauvaises ententes en matière de réglementation économique, les critères étant définis, les entreprises, je pense,

doivent faire en sorte de les suivre, cela se fera de la même manière. Elles pourront n'en penser pas moins que le législateur s'est trompé une fois de plus, par exemple, mais elles devront respecter des critères objectifs et à ce moment, le problème risque de ne plus se poser.

M. Bellet (1). — Je vous remercie.
Qui demande la parole ?

M. Goldet (7). — Je ne rejoins pas l'avis de mes deux premiers confrères et je pense que la complexité des cas de groupes qui se présentent à nous, groupes qui se constituent pour des raisons commerciales, financières, fiscales, est telle que tout travail législatif risque d'avoir un double inconvénient : d'une part, il n'atteindra pas son objet, car l'astuce des mauvais groupes est telle qu'ils échapperont à la loi et, d'autre part, il suscitera, comme tout travail législatif, des zones d'ombre à l'intérieur desquelles se développeront lesdits mauvais groupes. Par conséquent, je pense qu'il n'y a qu'un travail de jurisprudence qui puisse, cas par cas, démêler les situations qui mettent en jeu, comme vous l'avez très bien dit, des intérêts très divers et des situations très différentes. Je ne crois pas que le législateur puisse y apporter beaucoup d'appuis.

Je voudrais à ce sujet rappeler une époque où l'on s'était beaucoup penché sur la question. On avait eu en face de soi des pyramides de sociétés constituées en groupe, avec un capital qui n'avait pas été versé, et qui se contrôlaient les unes les autres. Cela avait fait couler beaucoup d'encre à l'époque et à ma connaissance, on n'avait pas trouvé de réglementation légale qui mette entièrement à l'abri de ce genre de péripéties qui se renouvellent tous les jours et qu'il est dans la nature des choses de voir se renouveler. L'astuce des financiers est grande et la sagesse du législateur, je crois, ne peut pas tout prévoir. Par conséquent, il vaut mieux s'abstenir d'intervenir au plan législatif.

M. Sigaut (8). — J'avoue que je suis un peu effrayé quand je vois qu'une décision va dépendre entièrement de l'appréciation subjective que des magistrats vont avoir du bon ou du mauvais droit de telle ou telle des parties. Cela me paraît extrêmement dangereux si nous allons dans cette direction. C'est la raison pour laquelle je pense qu'il est de beaucoup préférable que le législateur intervienne pour que les conditions soient nettement définies et que l'on ne recherche pas le point de savoir si un tel est plus sympathique que tel autre.

Sur ce plan, je voudrais citer une anecdote. J'ai été, autrefois, le collaborateur du Président Caujolle, que beaucoup d'entre vous ont connu et je me souviens avoir fait un jour une expertise pour lui, dans laquelle j'avais conclu en faveur d'une des parties en lui disant : c'est telle partie qui, à mon avis, a raison. Il m'a répondu : « Je ne sais pas si cette partie a raison ou pas ; la seule chose importante, c'est de savoir si elle a raison ou non, en droit. » Il m'a dit : « J'ai suivi, autrefois, votre point de vue et il m'est arrivé, dans une procédure qui intéressait un acteur fort connu et mort déjà depuis longtemps, de lui

(7) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Paris.

(8) Président d'honneur de la Compagnie nationale des Commissaires aux comptes.

(6) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Paris.

donner raison à la suite de sa présentation. Quand la procédure a été terminée, je me suis aperçu qu'il m'avait joué magnifiquement la comédie et qu'au lieu de traiter en droit, j'avais été berné par lui. »

C'est la raison pour laquelle j'ai tendance à penser que l'intervention du législateur qui prévoit le maximum de cas, même si les tribunaux doivent intervenir, est très importante, car il me paraît essentiel qu'en matière commerciale, on sache exactement ce sur quoi l'on peut compter, ce que l'on peut faire et que l'on ne risque pas, à tout moment, de voir remettre en cause des situations quelquefois considérables, aux motifs qu'une décision ne pourra pas être retenue.

M. Bellet (1). — Vous avez raison de vous méfier de ceux qui parlent en droit, car en général, cela cache autre chose.

M. Bellot (9). — Je serai très pragmatique. Entre le pouvoir politique qui m'inquiète et la faiblesse des constructions législatives de ces dernières années, qui remonte quand même à vingt ans, mon inquiétude est grande de confier cela au législateur — et là, je prends mes responsabilités — qui, dans la plupart des cas, n'est même pas une bonne chambre d'enregistrement. J'attache plus d'importance au Parlement de Louis XIV qu'au pouvoir législatif actuel.

Bien sûr, la jurisprudence se constituera lentement, avec des hésitations, mais au moins elle offre la certitude d'un travail bien fait, que nous ne trouvons pas sur le plan politique.

M. Bellet (1). — Merci.

M. Bourjois (10). — Je crois que nous avons, en France, des traditions. Il est facile de vouloir toujours traduire par le droit et par la loi plus particulièrement, tout ce qui correspond aux difficultés que l'on rencontre dans la vie pratique.

Il est incontestable que la notion de groupe est extrêmement difficile à saisir. Par contre, si vous, magistrats, et nous, experts, avons des difficultés à reconnaître un groupe, le groupe lui-même se reconnaît.

J'ai retrouvé, dans l'exposé de Mme Bon, une notion de contrat d'affiliation et je pense que la loi pourrait peut-être se limiter à rendre obligatoire ou facultatif ce contrat d'affiliation, aux termes duquel un groupe se déclarerait comme tel, sans chercher un grand formalisme, mais s'affirmerait comme groupe. Cela aurait pour effet de permettre de résoudre les deux problèmes que vous avez posés. Dans le problème fiscal dont vous avez parlé, M. le Président, il y aurait automatiquement exonération, puisqu'il y a simple transfert d'une société affiliée à une autre société affiliée. Dans le cas des actionnaires minoritaires, ceux-ci connaissant l'existence du groupe par cette déclaration, peuvent mieux défendre leurs droits, puisqu'ils en ont connaissance.

Dans les autres cas, où le groupe ne se reconnaîtrait pas, il y aurait déjà une présomption de dissimulation.

M. Bellet (1). — Je vous remercie.

Qui demande maintenant la parole ?

M. Dupont-Jubien (11). — M. le Premier Président, Mesdames, Messieurs, je suis doublement heureux de la tournure que prend ce débat ; tout d'abord, parce qu'en qualité de magistrat je ne peux que me féliciter d'entendre certains des participants renvoyer cette délicate question à la jurisprudence, ce qui consacre la compétence de nos tribunaux à régler les problèmes si difficiles du droit des affaires ; ensuite, parce que faisant partie d'un bureau législatif de la Chancellerie, je me dois d'être particulièrement attentif aux préoccupations de la pratique afin d'apprécier s'il y a lieu de promouvoir les réformes qu'elle suggère.

Le débat d'aujourd'hui a en fait deux objets.

Le premier concerne la définition des groupes de sociétés. Sur ce point, les difficultés tendent à s'estomper, car l'évolution des idées et l'évolution de la jurisprudence coïncident à peu près, et les critères qui pourraient être demain consacrés par la loi, aussi bien pour le groupe dit « contractuel » que pour le groupe de fait, ne feraient plus de très grandes difficultés si les conséquences à attacher à cette définition rencontraient une adhésion unanime.

Cette question des conséquences constitue le deuxième objet du débat et il faut y apporter beaucoup de prudence. C'est la difficile question de l'intérêt du groupe qui se trouve ainsi posée. A mon avis, il ne faut plus sur ce problème raisonner en termes de définition mais en termes d'opposabilité, car s'il est légitime de reconnaître à un groupe de sociétés un intérêt supérieur à celui des sociétés qui le composent, cet intérêt se heurte nécessairement à d'autres intérêts qui, pour être moins élevés, n'en sont pas moins dignes de considération et, au besoin, de protection. C'est pourquoi, je pense que l'intérêt du groupe n'est pas opposable de manière égale et uniforme à l'ensemble des intérêts qui s'expriment à l'occasion de l'existence d'un groupe.

Il me semble, M. le Premier Président, que la question que vous avez posée tout à l'heure à M. Saada en lui demandant ce qu'il aurait fait s'il avait été placé dans la situation évoquée par M. l'Avocat général Robin, illustre tout à fait la difficulté de cette conciliation nécessaire, mais souvent impossible d'intérêts contradictoires.

Nous touchons là à la raison profonde pour laquelle aucune législation des groupes n'a pu encore, et de façon satisfaisante, aboutir.

Mlle Doyen a, à juste titre, évoqué le problème des actionnaires minoritaires de la société mère. On pourrait y ajouter celui des minoritaires des filiales, ou celui des salariés du groupe... etc. ; dès lors, le strict respect des droits respectifs de chacun réduit à très peu de choses l'intérêt d'avoir une définition des groupes.

Définir le groupe paraît désormais relativement facile parce que la pratique, la doctrine et la jurisprudence convergent sensiblement. Mais, pour l'heure, face aux conflits d'intérêts qu'une telle notion suppose, force est de constater que les tribunaux demeurent pour l'instant les mieux armés pour régler équitablement les litiges nés de cette confrontation. Et il est normal que la jurisprudence ait quelquefois des raisonnements apparemment contradictoires d'une

(9) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Caen.

(10) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Versailles.

(11) Magistrat détaché au Ministère de la Justice ; Direction des Affaires civiles et du Sceau.

affaire à une autre : d'une Chambre à une autre, d'une matière à une autre, le juge peut être amené à privilégier, par exemple, l'intérêt des salariés par rapport à l'intérêt du groupe, ou au contraire l'intérêt du groupe par rapport à celui des minoritaires de la société mère, voire à celui des sociétés filiales, et quelquefois même à nier que l'intérêt du groupe serve de justification à des actes discutables. C'est pourquoi la réponse à la question que vous posez de savoir s'il valait mieux qu'il y ait une intervention législative plutôt qu'une liberté de la jurisprudence doit être très nuancée. L'intervention législative sur la définition des groupes est devenue possible dans des conditions qui ne devraient plus entraîner de lourdes polémiques. Mais, même cette définition étant connue, l'intervention des tribunaux reste et restera nécessaire pour lui rendre la souplesse indispensable à la solution des conflits d'intérêts qu'elle pose plus qu'elle ne les résout.

Il faut d'ailleurs à ce propos rappeler la phrase de M. le Premier Président Monguilan qui concluait à Reims qu'il valait mieux légiférer à propos des groupes que sur les groupes. C'est ainsi qu'à l'heure actuelle, il est procédé tant en France qu'au niveau international. Notons que la comptabilité joue à cet égard un rôle précurseur car, si le projet de directive européenne sur la réglementation des groupes de sociétés se fait attendre, de même que le projet de statut de société anonyme européenne, en revanche la directive sur les comptes consolidés des groupes est en bonne voie et susceptible d'aboutir à bref délai.

Ces travaux sur les comptes consolidés, l'évolution récente de la proposition Cousté, redéposée au début de la présente législature et modifiée pour tenir compte de certaines critiques formulées à l'encontre de sa première version, serviront nécessairement à l'évolution future du droit. Mais nous avons la « malchance » de voir le projet européen de directive sur les groupes piétiner à Bruxelles plus qu'il n'était prévu ; or, il ne serait pas convenable que la législation nationale prenne dans cette affaire qui a nécessairement des dimensions dépassant nos frontières, des initiatives dont on ne saurait dire aujourd'hui, dans quelle mesure elles se révéleront conformes aux résultats de la discussion communautaire, espérons-le, prochaine.

Mais, à supposer que soient levés tous les obstacles à une politique législative sur les groupes, je pense que face à la diversité des situations que recouvre cette notion et à la difficulté à déterminer pour chacune d'elles l'équilibre exact nécessaire entre tous les intérêts en présence, la jurisprudence aura un mot tout à fait considérable à dire, et même un mot décisif.

(Applaudissements.)

M. Bellet (1). — Je vous remercie beaucoup ; c'est très intéressant. Vous avez fait la part de chacun, c'est-à-dire du législateur et de la jurisprudence, et c'est probablement par là que passe la raison.

Difficulté d'apprécier l'intérêt ; divergences, vous l'avez indiqué ; nouveau problème, au niveau de la Cour de Cassation : pourra-t-on contrôler les constatations de faits d'où découle la notion d'intérêt ? Ce sera une nouvelle difficulté.

M. Tison (12). — Je suis tout à fait de l'avis du précédent intervenant, qui fait autorité en cette

(12) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Paris.

matière. Je voudrais simplement ajouter qu'il y a un personnage qui n'a pas été cité et qui est particulièrement intéressé dans ce domaine, c'est le Commissaire aux Comptes. Celui-ci aurait le plus grand intérêt et le plus grand plaisir à avoir une formulation de texte, si générale soit-elle, qui lui permette de mieux se situer par rapport à ce problème du groupe.

Je pense qu'en ce qui concerne la définition du groupe, on peut effectivement trouver assez facilement des formulations. On pourrait également en trouver assez facilement en ce qui concerne le droit du travail. On a trouvé une formulation dans d'autres circonstances, notamment en ce qui concerne la cession des fonds de commerce, où les droits des salariés sont, là, particulièrement protégés. Il est évident que le transfert facultatif du personnel d'une filiale à une autre pourrait particulièrement être assimilé à ce cas que je signalais, dans le cadre de la cession de fonds de commerce.

Pour le reste, je pense que l'on pourrait demeurer dans une sorte de loi cadre, qui donne un certain nombre de solutions, après quoi, bien évidemment, lorsque cette législation approximative — car je pense qu'il est difficile, en l'état actuel des choses, de faire autrement — sera en place, il reviendra à la jurisprudence de donner, comme elle l'a fait jusqu'à présent, un ensemble de points de repère qui pourrait permettre d'améliorer la législation, ultérieurement.

M. Bellet (1). — Je vous remercie.

M. Caby (13). — Je voudrais enchaîner sur ce que disait notre confrère, à propos du Commissariat aux Comptes. Il semble qu'il y ait une grande urgence à agir.

La Loi sur les Sociétés, dans ses articles 101 et 103, est assez imprécise dans ce que l'on appelle les « opérations courantes ». Une opération de prêt de fonds important, entre une société mère et une filiale, à l'intérieur d'un groupe, est-elle une opération courante ou une opération sur laquelle le Commissaire aux Comptes doit faire un rapport spécial ? Quelle sera notre situation demain si un magistrat nous demande de dire si l'un de nos confrères a fait diligence, alors qu'il n'aura pas parlé de cette avance de fonds importante, qui a eu ultérieurement des conséquences qu'il ne pouvait soupçonner ?

M. Bellet (1). — Nous garderons peut-être ces considérations pour le pénal.

M. Thouvenot (14). — M. le Premier Président, je voudrais aborder un aspect complémentaire.

En ce qui concerne l'aspect social de l'existence des groupes, il n'y a pas seulement un problème qui concerne les mouvements internes, mais aussi très fréquemment des problèmes de redéploiement économique à l'intérieur du groupe, qui sont décidés par les sociétés qui sont en amont, et qui se traduisent par des licenciements pour les sociétés qui sont en aval. Il y a donc par conséquent nécessité de prévoir une protection des travailleurs, non seulement dans le cas qui a été cité par M. Saada, mais dans des

(13) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Lyon.

(14) Président de la Fédération des Compagnies d'Experts judiciaires.

cas beaucoup plus importants et beaucoup plus nombreux qui, dans le moment présent, ont des incidences beaucoup plus importantes et beaucoup plus aiguës.

Personnellement, je n'ai pas d'avis sur le plan général qui a été évoqué par mes collègues Experts-Comptables, mais je pense qu'il serait bon que l'on séparât d'une manière assez claire tout ce qui peut apparaître comme des conséquences économiques de l'existence d'un groupe des conséquences sociales de l'existence du même groupe. Peut-être le législateur serait-il bien avisé, s'il estime que le moment n'est pas venu de légiférer sur les conséquences économiques de l'existence d'un groupe, de légiférer sur ses conséquences sociales. A ce moment, il faudra effectivement les définir, pour qu'ils puissent eux-mêmes s'afficher comme des groupes.

M. Bellet (1). — Je crois que vous devez avoir raison, une fois de plus.

M. Tacchella (15). — Je m'excuse d'intervenir, M. le Président, non pas en tant que pénaliste, mais pour faire remarquer deux choses quant aux idées générales.

Tout d'abord, on s'aperçoit que les sociétés qui invoquent le droit et les avantages du groupe ne le font pas toujours dès sa naissance ; elles ne le font que lorsqu'il y a des difficultés, soit fiscales, soit juridiques ou pénales.

La deuxième observation que je veux faire est que cette notion de groupe est basée sur l'idée que plus on se réunit, plus on a de chances d'augmenter les bénéfices communs, en diminuant les frais, et cela est vrai.

De sorte que mon propos est assez philosophique et rejoint ce que vous demandiez tout à l'heure : quelle opinion peut-on avoir sur la façon dont on peut envisager le problème d'une manière générale ? La première chose à souhaiter, c'est que des sociétés qui veulent former un groupe le disent clairement et que cela soit l'objet d'un contrat qui soit publié au Registre du Commerce. De cette façon, tous les salariés de cette société et de toutes les sociétés intéressées, comme tous les créanciers futurs, comme bien entendu tous les tiers, connaîtront l'existence du groupe.

La seconde observation que je voudrais faire, c'est qu'à partir de ce contrat, on devrait déboucher sur une notion de solidarité, qui est très importante, et faire en sorte que tout ce qui bénéficie à l'ensemble du groupe, qu'il s'agisse des actionnaires, qu'il s'agisse des créanciers, soit compensé par la solidarité en cas de difficultés. Il serait créé dans cette hypothèse une espèce de présomption de responsabilité sur le groupe qui, sur le plan financier, pourrait présenter un grand intérêt.

Voilà, M. le Président, les observations que je voulais faire ; vous voyez que je n'ai pas parlé en pénaliste.

M. Bellet (1). — Je vous remercie.

Je vais enchaîner, puisque nous en avons encore le temps. J'aurai deux questions à poser à M. Saada et une à la fois à Mme Bon et à M. Saada.

(15) Procureur de la République adjoint près le Tribunal de Grande Instance de Paris.

Mme Bon a dit, dans son exposé, que « Boussac » n'était pas un groupe, puis M. Saada a dit le contraire. Vous voyez donc que les tribunaux sont excusables lorsqu'il y a des divergences. Comme je ne connais rien de l'affaire « Boussac », je voudrais, M. Saada, que vous me disiez si vous êtes en profond désaccord avec ce qu'a dit Mme Bon. Celle-ci dira ensuite ce qu'elle en pense.

M. Saada (3). — Je ferai une réponse pas très courageuse, M. le Premier Président, en ce sens que j'ai pris la précaution de mettre les mots « Groupe Boussac » entre guillemets, parce que je n'ai pas été au-delà — je reconnais mes torts — pour savoir s'il s'agissait effectivement d'un groupe. La presse et le public considèrent qu'il s'agit d'un groupe ; ce n'en est peut-être pas un au sens où l'entend Mme Bon, mais d'une manière plus générale, on emploie cette appellation pour qualifier les sociétés dépendant de M. Boussac.

Mme Bon (16). — En ce qui me concerne, je pense qu'il a certainement existé des groupes à l'intérieur de l'Empire Boussac.

M. Bellet (1). — Le Groupe Boussac, dans son ensemble, n'existe pas ?

Mme Bon (16). — Ce n'est pas forcément un groupe structuré comme nous avons essayé de le définir.

M. Bellet (1). — M. Saada, seriez-vous d'accord sur cette formule ?

M. Saada (3). — Oui.

M. Bellet (1). — Si vous êtes convoqué à la Commission des Lois pour proposer au législateur une définition du groupe, adoptez-vous la proposition de Mme Bon, qui indique deux critères : nécessaire et suffisant ? Abondez-vous dans ce sens ou êtes-vous en divergence ?

M. Saada (3). — M. le Premier Président.

Je m'aperçois que j'ai pris une très lourde responsabilité en essayant de faire un exposé sur ce sujet. Je n'ai pas du tout la prétention de faire les questions et les réponses ; je pensais pouvoir me cantonner dans les questions.

M. Thorin (4). — Puis-je me permettre de polémiquer un peu avec M. le Procureur Tacchella ?

Il nous a présenté tout à l'heure une proposition qui paraît extrêmement séduisante : un groupe existe, il se déclare, il en résulte une présomption de responsabilité, donc tout semble bien dans le meilleur des mondes. Mais n'est-ce pas une difficulté lorsque nous avons affaire à un groupe appartenant à un ensemble multinational ? Je ne vois pas très bien comment, dans la stratégie économique des groupes, il y aurait toujours une facilité à la déclaration au Registre du Commerce.

N'est-ce pas également, sur le plan des relations purement commerciales, soit à l'intérieur d'un état, soit à l'extérieur, afficher un peu son appartenance, alors que très souvent des marchés importants sont

(16) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Paris.

obtenus par sociétés interposées ? Je ne crois pas que la solution soit si facile que cela.

Je m'étais permis tout à l'heure de dire, en parlant de la décision que M. le Premier Président voulait nous rejeter, qu'il me semble quelquefois que la décision soit plutôt dans la recherche d'une certaine égalité. Je crois que c'est cela l'essentiel, et je rejoins par cela même les propos d'un certain nombre d'intervenants. Il s'agit peut-être de la recherche d'un équilibre soit économique, soit social, et nous retrouvons là les propositions qu'a faites le Président Thouvenot tout à l'heure.

Le groupe existe, il a une stratégie qui souvent l'oblige à avoir un caractère occulte ; il n'est pas forcément un ensemble harmonieux, qui soit susceptible d'avoir une existence légale claire.

M. Bellet (1). — Je vous remercie vivement, et je donne d'office la parole à M. Tacchella, car il y a quelque chose à répondre. M. Tacchella, si vous ne le faites pas, je le fais.

M. Tacchella (15). — A partir du moment où l'on veut que les choses soient occultes, c'est extrêmement facile, on ne fait plus rien. Tout le monde cherche l'occulte.

Le problème des multinationales, que vous avez soulevé, est très important. Je ne l'ai pas traité, car c'était la volonté de tous les orateurs d'éviter d'aborder l'examen de ce problème des multinationales.

M. Bellet (1). — S'il nous reste du temps, ce soir, on pourra l'aborder un peu.

M. Tacchella (15). — Je ne pourrai plus être là.

On pourrait envisager sur ce plan, dans le cadre d'un organisme international, une espèce de registre du commerce international lors de la création des groupes multinationaux, mais il faut que, clairement, avant que naissent les incidents ou les difficultés, on ait eu la volonté de faire partie d'un groupe, sinon on en tire les avantages quand les affaires sont prospères et, au moment où naissent les difficultés, on ne veut pas en subir les inconvénients. C'est quand même la volonté des parties qui doit dominer, plus que la volonté du législateur ou les effets de la jurisprudence.

M. Bellet (1). — Je voudrais poser une autre question à M. Saada, et je pense qu'il tombera d'accord avec moi.

En principe, le recours à l'article 1382, pour les débuts de la jurisprudence, a suffi, et je crois que cet article 1382 est encore une large source de jurisprudence et que quand on le veut, comme l'a dit M. Thorin, on peut toujours l'appliquer et l'on est imparable. De la faute, on va à l'abus de droit, puis l'on passe à la notion de direction de fait. Ce que je vais dire est peut-être une boutade, mais il serait bon, pour la jurisprudence et la doctrine, de parler un langage plus châtié.

On parle de la doctrine de l'apparence ; or, il me semble que c'est exactement le contraire, puisqu'il y a notamment un arrêt, cité par M. Saada, qui a

dit : Le découpage juridique disparaît devant la réalité. La réalité, c'est qu'il y a une fusion totale et l'apparence, c'est le découpage. Par conséquent, lorsque l'on parle de l'utilisation de la notion de l'apparence, je crois que c'est un paradoxe ; c'est du contraire qu'il s'agit. C'est le recours à la réalité, et non pas à l'apparence.

Je voudrais savoir ce que M. Saada répond sur ce point.

M. Saada (3). — Je crois que les deux aspects sont à considérer. Il y a apparence lorsque le tiers croit qu'il a affaire à la même personne juridique, bien qu'en fait il n'y ait pas identité de personne juridique. Ce sont deux aspects de la même chose, je crois, alors qu'au contraire, la notion interne du groupe est une notion de contrôle, de prise de décision, de direction, etc.

M. Bellet (1). — Je vous remercie, mais je vous pose alors la question que j'ai posée tout à l'heure : n'est-il pas tentant de recourir, soit à la notion de fait, soit à la notion d'apparence selon le résultat que l'on veut obtenir et n'y a-t-il pas là un subjectivisme auquel M. Tacchella oppose, non sans raison, quelque chose qui est peut-être arbitraire, mais qui a le mérite d'être facile et objectif ?

Mlle Doyen (5). — Je pense que, quand il s'agit de filiales dans lesquelles la mère a une large majorité, les choses sont relativement faciles, mais quand il s'agit de filiales à 51 %, avec le cas échéant d'autres sociétés importantes qui peuvent avoir des participations relativement fortes, pourquoi pas 25 %, quelquefois 30, la question est quand même tout à fait différente. A ce moment, l'existence séparée de sociétés qui constituent des entités juridiques distinctes est une réalité, et non pas une apparence. Dans certains cas, il pourrait y avoir deux apparences : celle d'appartenir au groupe A et celle d'appartenir au groupe B.

En réalité, nous nous trouvons en cette matière devant des cas d'espèce, et il est très difficile de définir des critères qui permettent de concilier tous ces cas d'espèce dans une sorte de principe. Quand on aura bien difficilement défini ce que peut être un groupe, on en reviendra à mon propos initial : et maintenant, que fait-on ? On aurait résolu une bonne partie des difficultés en sachant ce qu'est un groupe, ce qui déjà n'est pas facile, mais on n'aurait pas résolu l'autre difficulté qui est que, tant que les sociétés membres du groupe seront des entités juridiques distinctes, il faudra bien qu'on les considère comme telles, avec toutes les conséquences que cela peut avoir.

On est donc en face de contradictions et je crois qu'il faudra bien longtemps pour savoir comment légiférer ou plus exactement quelles balises on peut mettre pour éviter les excès dans un sens ou dans l'autre.

M. Bellet (1). — C'est la voix de la sagesse, Mademoiselle.

Je crois qu'il serait sage, après vous avoir entendue, de suspendre notre séance.

Rapport sur

**LA NOTION DE GROUPE
POUR ETENDRE LES LIENS DE LA PREVENTION**

présenté par

M. André GAILLARD, Expert près la Cour d'Appel de Paris

M. Bellet. — Nous allons reprendre la séance avec une heure de retard, retard qui n'est imputable à personne, et nous allons immédiatement donner la parole à M. André Gaillard, qui doit nous parler de « La notion de groupe utilisée pour étendre les liens de la prévention ».

Cet après-midi est consacré au côté pénal des choses, tout d'abord au côté positif, ensuite au côté négatif, alors que la première partie, ce matin, était consacrée à l'aspect civil et social.

M. Gaillard, vous avez la parole.

INTRODUCTION

Le groupe de sociétés est une réalité économique dont l'existence, la vitalité et la diversité ont été exposées par les précédents rapporteurs ; je ne tenterai donc pas de proposer une nouvelle définition et supposerai admis tout ce qui a déjà été dit à ce sujet.

Il me semble nécessaire de partir d'une idée simple : le principe de l'autonomie des personnes juridiques, qu'elles soient physiques ou morales.

Tout droit comporte des limites à son usage et la pratique fait surgir des situations dans lesquelles l'autonomie des personnes strictement appliquée conduit à des abus ; on l'a vu en matière civile ou commerciale où cet abus peut ouvrir droit à réparation ; parallèlement, on verra qu'en droit pénal cet abus peut appeler la répression.

La sanction pénale vient en quelque sorte renforcer la protection des intérêts que compromettrait l'indépendance trop absolue des personnes morales dans des domaines où s'exercent aussi le droit commercial et le droit social. Par exemple :

- respect des droits des minoritaires,
- respect de l'information des associés ou des tiers,
- protection des créanciers,
- protection des salariés.

Notre propos se limitera ici à l'étude d'actes ou de situations qui seraient normaux ou licites, ou du moins non punissables, dans la généralité des cas mais ne tombent sous le coup de la répression que parce qu'il y a groupe.

La loi a prévu quelques cas peu nombreux qui ouvrent la voie à la pratique ; ces cas légaux feront l'objet d'une première partie.

Au-delà des textes, la pratique a en effet tenté de répondre à l'imagination de la délinquance, dans une série de cas que nous regrouperons sous deux idées principales :

- la mise en œuvre de la répression à l'occasion de la formation d'un groupe, qui constituera la II^e partie,
- la mise en œuvre de la répression au sein d'un groupe déjà existant, ce sera la III^e partie.

Dans un quatrième développement sera tentée une synthèse au terme de laquelle sera rappelé le rôle qui doit être celui de l'expert.

LA LEGISLATION PENALE ET SON APPLICATION EN MATIERE DE GROUPES DE SOCIETES

Il existe très peu de textes visant les groupes de sociétés.

Nous les passerons en revue, en indiquant au passage les applications qu'en fait la jurisprudence.

Auparavant nous devons évoquer, mais seulement pour l'écartier de notre sujet, le Groupement d'Intérêt Economique, création législative récente, qui peut constituer un groupe de sociétés, mais à propos duquel la loi ne comporte aucune disposition répressive.

Afin d'être complet, je citerai certains textes qui ne visent pas à proprement parler les « groupes » mais les liens entre les sociétés.

A. - L'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, visant les « ententes » (art. 59 bis)

Ce texte présente un caractère d'actualité dans le contexte de libération des prix où s'est engagée notre économie.

Il réprime les activités de groupes d'entreprises qui occupent sur le marché intérieur une position dominante, lorsqu'il y a « situation de monopole » et entrave au fonctionnement normal du marché.

En fait les poursuites ont lieu sur initiative de la Commission technique des Ententes qui n'a décidé qu'à une dizaine de reprises sur une centaine de cas étudiés, le déclenchement immédiat de poursuites pénales.

Ce texte vise les groupes d'entreprises, donc pas nécessairement les groupes de sociétés ; les faits montrent cependant que les entreprises susceptibles en raison de leur taille de participer à un monopole sont généralement des sociétés ; nous sommes donc avec ce texte pénal sinon à l'intérieur du moins à la lisière de notre sujet.

B. - Les articles 425 et 437 de la loi du 24 juillet 1966

En dépit de leur caractère usuel, voire banal, il me paraît utile de mentionner ces deux textes.

Article 425

Seront punis...

.....

« 4° Les gérants qui de mauvaise foi auront fait des biens et du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

« 5° Les gérants qui de mauvaise foi auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient en cette qualité un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. »

Article 437 - 3° et 4°

réprime dans les mêmes termes les agissements des dirigeants mandataires des sociétés anonymes.

(1) Premier Président de la Cour de Cassation.

L'allusion à une autre société dans laquelle les dirigeants sont intéressés caractérise le plus souvent une situation de groupe de sociétés, même si ce groupe n'est pas nécessairement structuré sur le plan juridique et se présente sous la forme d'un ensemble que certains auteurs qualifient de « groupe personnel », c'est-à-dire caractérisé par la maîtrise d'un même individu sur des sociétés ne possédant entre elles aucun lien juridique.

Je ne m'étendrai pas sur ces textes bien connus ; j'observe seulement que le législateur a entendu prévenir la tentation et les abus qui résulteraient de l'indépendance trop strictement entendue des personnes juridiques.

Je signale cependant, en ce qui concerne les liens de ces articles avec les groupes de sociétés, qu'un groupe d'études consacré aux « aspects nouveaux de la délinquance financière » réuni à la Chancellerie en 1973-1974 avait proposé une modification de l'article 437 tendant à introduire la notion de groupe dans la définition du délit d'abus de biens sociaux.

La modification proposée allait dans le sens de la répression, car le texte incriminait un usage des biens de la société « ou du groupe auquel elle appartient ».

On observe qu'ici le but de la répression envisagée était la protection du groupe lui-même.

C. - Les articles 481 et 482 de la loi du 24 juillet 1966

Sous le titre « infractions relatives aux filiales et participations », la loi du 24 juillet 1966 réprime deux types distincts d'infractions.

a) Article 481 : infraction relative à l'information

Seront punis... les mandataires sociaux qui sciemment :

« 1° N'auront pas fait mention dans le rapport annuel présenté aux associés sur les opérations de l'exercice, d'une prise de participation dans une société ayant son siège sur le territoire de la République française ou de l'acquisition de la moitié du capital d'une telle société ; les mêmes peines sont applicables aux commissaires aux comptes pour défaut de la même mention dans leur rapport ;

« 2° N'auront pas dans le même rapport rendu compte de l'activité des filiales de la société par branche d'activité et fait ressortir les résultats obtenus ;

« 3° N'auront pas annexé au bilan de la société le tableau prévu à l'article 357 et comportant les renseignements en vue de faire apparaître la situation des dites filiales et participations. »

Nous nous trouvons ici en présence de la définition d'une infraction pouvant revêtir trois formes distinctes mais procédant de la même idée : le défaut d'information ; la loi édicte des règles précises sur l'information des associés dans le cas où la société possède des filiales, et le législateur y attache tant d'importance qu'il les assortit de sanctions rigoureuses contre les dirigeants sciemment défaillants et les commissaires aux comptes chargés du contrôle.

b) Article 482 : répression des participations réciproques

« Seront punis... les présidents, les administrateurs ou les gérants de sociétés qui, sciemment auront commis des infractions aux dispositions des articles 358 et 359 concernant les participations réciproques. »

Sans entrer dans le détail de cette réglementation de ce qu'on appelle couramment les « participations croisées », il suffit de rappeler que ces articles font interdiction à une société de posséder des actions d'une autre société si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à 10 %.

On cite par exemple le cas d'une Société d'Aménagement Foncier et d'Etablissement Rural, ou S.A.F.E.R., détenant moins de 10 % du capital d'une Caisse régionale de Crédit Agricole, qui possède elle-même plus de 10 % du capital de la S.A.F.E.R.

D'une façon générale, ce type de participation entre sociétés civiles et sociétés commerciales est fréquent dans le domaine agricole.

Il existe peu de décisions jurisprudentielles concernant ces dispositions ; la pratique rencontre cependant de tels cas dont la solution est le plus souvent préventive grâce aux rappels des commissaires aux comptes aux dirigeants négligents ou mal informés.

On sait en tout cas que l'interprétation de la Chancellerie est extensive quant à l'article 359 de la loi de 1966 : il convient d'entendre par « Société autre qu'une société par actions » toute société, quels que soient sa forme et son objet, dès lors que l'un des associés est une société par action.

On notera enfin les limites de cette législation qui vise les participations croisées directes, et qui peut par conséquent être tournée par la prise de participations indirectes, triangulaires, quadrangulaires ou même étrangères, et on sait que le développement des échanges, notamment dans le cadre de l'Europe, facilite les participations internationales.

**

Il ne paraît pas nécessaire d'insister davantage sur les textes qui fondent une répression sur la notion de groupe, sans d'ailleurs prononcer le mot ; on retiendra de toute façon l'esprit de ces dispositions éparées, esprit de méfiance envers le groupe de sociétés, qui ouvre la voie à l'évolution de la pratique et de la jurisprudence évoquée dans les développements qui suivent.

DEUXIEME PARTIE

MISE EN ŒUVRE DE LA PREVENTION A L'OCCASION DE LA CREATION D'UN GROUPE

La création d'un groupe sera entendue ici, non seulement comme la constitution originelle du groupe, mais aussi comme l'entrée d'une nouvelle société dans un groupe déjà existant.

Dans l'une ou l'autre de ces deux situations, deux cas sont possibles :

— ou bien des irrégularités sont commises à l'occasion de la constitution d'un groupe ayant une réalité économique,

— ou bien, ce qui constitue un pas de plus dans l'irrégularité, le groupe se crée ou s'étend artificiellement sans véritable objet économique, à seule fin de tourner certains interdits du droit des sociétés.

Je développerai successivement ces deux situations.

A. - Création ou extension non artificielle du groupe

Plusieurs cas peuvent être envisagés.

1 - Majoration frauduleuse des apports

a) La création du groupe ou l'entrée d'une nouvelle société dans le groupe peut donner lieu à un apport total ou partiel en nature. On conçoit aisément l'intérêt que peuvent avoir les dirigeants à assigner aux apports en nature une valeur différente de la valeur réelle, tantôt inférieure, s'ils sont bénéficiaires de l'apport, tantôt, et le plus souvent, supérieure, lorsqu'ils ont la position d'apporteur.

Sans entrer dans le détail, dont chacun est informé en raison de la notoriété de l'affaire, je rappellerai seulement les circonstances de l'affaire Agache-Willot, Saint Frères, Le Bon Marché.

Dirigeants du groupe Agache-Willot, et désireux d'acquérir 110 000 actions et le contrôle de La Belle Jardinière, les frères Willot ont fait apport de titres de douze sociétés de leur groupe, évaluées à F 103 000 000.

L'expertise a montré que les apports avaient été majorés d'au moins F 30 000 000.

Les dirigeants ont tenté de justifier leurs évaluations en affirmant qu'on ne devait pas s'en tenir à la valeur intrinsèque des titres apportés mais considérer qu'il s'agissait des actions de sociétés d'un groupe dont le dynamisme allait porter ses fruits et valoriser les titres.

C'est donc sur la notion de groupe que se sont fondés les apporteurs pour donner aux titres apportés une valeur majorée que le Tribunal a jugée frauduleuse.

b) A côté de ce cas jurisprudentiel bien connu, les commissaires aux apports se sont parfois trouvés en présence de situations qui auraient pu connaître également un dénouement pénal si leur mise en garde n'avait pas été suivie.

Ainsi, une société-mère fondait la valeur de ses titres sur un bilan consolidé dans lequel ses créances sur ses filiales d'Extrême-Orient se trouvaient normalement annulées avec les dettes de celles-ci envers elle.

Or, lesdites filiales étaient insolvables et les créances que détenait sur elle la société-mère avaient été très justement provisionnées comme douteuses.

Dans ces conditions, la valeur des actions se serait trouvée majorée au sens de l'article 433-4° de la loi de 1966.

c) On peut également évoquer à propos de la création ou de l'extension du groupe, les délits de souscription fictive ou de fausse déclaration sur les fonds versés de l'article 433-1° de la loi de 1966.

2 - Offre publique d'achat

La prise de contrôle par voie d'O.P.A. consiste, je le rappelle, à acquérir les titres à la suite d'une offre publique proposant l'achat de tout ou partie des actions, le prix proposé étant supérieur au cours de la Bourse.

Du point de vue du groupe offrant, il n'y a pas en principe d'irrégularité ; il peut en aller différemment de la part des dirigeants de la société dont les titres sont sollicités : la pratique a constaté en effet une tendance des dirigeants de la société « achetée » à résister à l'O.P.A. et à persuader les actionnaires de

refuser l'offre en faisant valoir par une publicité coûteuse la qualité et la diligence de leur propre gestion, c'est-à-dire à utiliser les deniers de la société à leur profit personnel, donc à commettre un abus de biens sociaux.

B. - Création ou extension artificielle du groupe

Un degré de plus est franchi dans cette hypothèse : désireux de bénéficier impunément de certains avantages liés à l'existence d'un groupe ou à l'adjonction d'une nouvelle société au groupe déjà existant, les dirigeants créent ou étendent le groupe sans véritable objet économique, c'est-à-dire de façon purement artificielle.

Je rappellerai d'abord une espèce jurisprudentielle connue, en matière d'abus de biens sociaux, puis certaines pratiques constituant des infractions au Droit du Travail.

1 - L'affaire Froment

Je relaterai d'abord brièvement les circonstances de cette affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation en date du 14 février 1974.

Le groupe considéré est de type non pas structuré mais « personnel », c'est-à-dire que les liens existant entre les sociétés tiennent à la présence à leur tête des mêmes dirigeants.

M. Froment, Président d'une Société Sofrason et d'une Société Aréa, bénéficiant d'une concession pour le pressage et la vente des disques R.C.A., crée une S.A.R.L. Froment et Cie dont il assume la gérance ; celle-ci obtient de R.C.A., dès avant sa création, le droit exclusif de traiter avec la Société « Sélection du Reader's Digest », chargée de la commercialisation de disques de grande diffusion.

Une convention est signée entre la S.A.R.L. Froment nouvellement créée et la Société Aréa aux termes de laquelle :

— La Société Froment réserve à Aréa le monopole de la fabrication des disques ;

— Et reçoit de celle-ci une commission de 10 % sur les livraisons faites à Sélection du Reader's Digest.

Le rôle de la S.A.R.L. Froment en application de la convention se limitait à celui de « simple intermédiaire et de facturier ».

Sur plainte de la Société Aréa :

— La commission de 10 % sur le chiffre d'affaires (et non sur le bénéfice), a été jugée exorbitante, mais surtout injustifiée.

Le Tribunal ayant constaté que la convention était contraire à l'intérêt social et conclue dans l'intérêt personnel de M. Froment, Président-Directeur général d'Aréa, position qui établissait la condition de mauvaise foi, l'abus de biens sociaux a été retenu en première instance puis par la Cour d'Appel, enfin par la Chambre criminelle : celle-ci constate même que la S.A.R.L. Froment n'aurait été créée que pour percevoir la commission de 10 %.

Dans ces conditions, on notera que M. Froment a adjoint à son groupe de type personnel une nouvelle société constituant une création artificielle seulement destinée, comme le souligne la Cour Suprême, à la perception d'une commission injustifiée.

2 - Infractions à la législation sociale

Le droit social, on le sait, fait obligation aux entreprises, quelle que soit leur forme, d'organiser l'élection de délégués, si le personnel est d'au moins 10 salariés, et d'un comité d'entreprise à partir de 50 salariés.

Il arrive que certaines entreprises souhaitent échapper à cette obligation, et se divisent en deux ou trois, constituant artificiellement un groupe pour éviter que chaque société prise isolément n'atteigne le seuil considéré.

Il ne fait pas de doute que dans ce cas la jurisprudence pénale très réaliste verra dans cette pratique le délit d'entrave à la désignation des délégués ou du comité d'entreprise.

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation s'est prononcée le 23 avril 1970 dans une espèce où un syndicat s'était porté partie civile contre un employeur pour délit d'entrave à la désignation des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, en alléguant :

« que la création successive et la juxtaposition de plusieurs sociétés commerciales n'ayant pas d'activités spécialisées propres n'avait été en l'espèce qu'une façade juridique dissimulant la continuité d'une même entreprise ».

La Chambre criminelle constate que si les sociétés incriminées « ont eu une existence juridique propre » :

« il n'est pas démontré que ces personnes morales aient constitué au regard du droit du travail des entreprises distinctes ; qu'à supposer même que la création de la dernière de ces sociétés ait été juridiquement régulière et économiquement justifiée, il incombait à la Cour d'Appel de rechercher si elle n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi ».

Dans cet attendu, la Cour évoque, non pos à contrario, mais a fortiori, le cas qui aurait été plus caractérisé encore, où la création de la dernière société aurait été « conomiquement injustifiée », ce qui est notre présente hypothèse.

TROISIEME PARTIE

MISE EN ŒUVRE DE LA PREVENTION DANS LE CADRE D'UN GROUPE EXISTANT

Cette troisième partie, comme la précédente, nous entraîne hors du domaine balisé par les textes, l'hypothèse retenue étant celle d'un groupe déjà constitué qui n'a pas été créé artificiellement à des fins illicites.

Le groupe existe donc ; les facilités qu'il offre dans divers domaines et lui permettent de remplir son objet peuvent constituer pour ses dirigeants autant d'incitations à s'affranchir des règles du droit.

Afin de demeurer dans le concret :

— J'évoquerai d'abord les divers domaines où s'exerce l'activité de l'entreprise :

- domaine technique,
- domaine commercial,
- domaine administratif et juridique,
- domaine social,
- domaine fiscal ;

— J'aborderai ensuite sa liquidation ;

— J'analyserai enfin les aspects essentiels qui nous préoccupent : les aspects comptables et financiers.

A. - Les divers domaines d'activité

1 - Le domaine technique

Il est aisé d'imaginer au sein d'un groupe industriel l'existence d'une société filiale vouée à la recherche et à l'étude dont les brevets ou procédés sont déposés, non pas au nom de la filiale mais au nom d'un dirigeant ou d'une société du groupe que certains dirigeants veulent avantager.

Dans ces conditions, le groupe a servi d'instrument ou de cadre au transfert injustifié d'une valeur patrimoniale d'une société à une autre société : il peut y avoir alors abus de biens sociaux.

2 - Le domaine commercial

J'évoque ici l'hypothèse des dirigeants de la société-mère qui décident entre deux sociétés du groupe la conclusion d'un contrat préférentiel, voire léonin, par lequel l'une des filiales travaille sans marge, même à perte, au profit de l'autre dans laquelle les dirigeants de la société-mère sont personnellement intéressés, vidant ainsi à leur profit la substance de la filiale. Ici encore il y a abus de biens sociaux.

3 - Le domaine administratif et juridique

Il faut ici envisager le cas du dirigeant de groupe qui use de la prépondérance majoritaire de la société-mère dans la filiale au mépris du droit des minoritaires, réalisant par là un usage abusif des pouvoirs et des voix prévu et réprimé par l'article 437-4° de la loi de 1966.

4 - Le domaine social

On relève des exemples montrant que le groupe a été utilisé pour tourner la législation sociale, en répartissant le personnel dans diverses sociétés du groupe pour éviter d'atteindre les seuils de 10 ou 50 salariés qui conditionnent l'entrée en fonction de délégués du personnel ou d'un comité d'entreprise.

Je n'insisterai pas sur cette question déjà abordée dans la seconde partie ; je rappelle seulement l'existence d'une jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel, d'où se dégage la notion d'unité économique de l'entreprise au regard du droit du travail et de la répression qu'il édicte, l'emportant ici sur la diversité des sociétés du groupe.

5 - Le domaine fiscal

Il ne fait pas de doute non plus que le droit fiscal dans ses dispositions pénales trouvera à s'appliquer chaque fois que le groupe de sociétés favorisera la fraude, qu'il s'agisse de l'impôt sur les sociétés ou de la T.V.A.

B. - La liquidation

Il faut ici supposer que la filiale a fait de mauvaises affaires et que, soit sur dépôt de bilan, soit sur assignation, elle se trouve en état de liquidation des biens.

Si des irrégularités ont eu lieu, les dirigeants de la filiale, juridiquement responsables, ne manqueront pas d'être mis en cause ; dans la mesure où, comme c'est souvent le cas, leur position, au moins quant aux décisions importantes, est très subordonnée à la société-mère, leur tendance pourra consister à s'abriter derrière les dirigeants de la société-mère qui pourront être considérés comme dirigeants de fait et inculpés à leur tour de banqueroute.

La mise en cause peut venir d'ailleurs des créanciers de la filiale qui étendraient ainsi au domaine pénal leur tendance déjà constatée en matière commerciale, à briser l'écran artificiel que constitue, dans le domaine économique, la filiale.

C. - Les aspects comptables et financiers

Il existe enfin certains délits qui se rattachent directement ou indirectement aux domaines comptable et financier.

1) Relève par exemple de l'aspect proprement comptable la présentation ou la publication d'un bilan inexact.

Il peut être en effet tentant pour les dirigeants d'un groupe de minimiser les pertes de telle filiale ou d'améliorer irrégulièrement ses résultats, éventuellement, pour corroborer l'aspect de bonne santé de la filiale, de lui faire distribuer des dividendes, qui dès lors seraient fictifs.

Les opérations multiples qui se réalisent entre les sociétés d'un même groupe sont souvent propices à de telles manipulations.

Dans de tels cas, les articles 425-2° et 3°, 437-1° et 2° et 464 de la loi de 1966 réprimant la distribution de dividendes fictifs et la présentation de bilan inexact pourront trouver application, non seulement à l'encontre des dirigeants de droit de la filiale mais aussi des dirigeants du groupe qui peuvent être complices par instigation ou considérés comme dirigeants de fait.

Les décisions judiciaires concernant les frères Willot offrent encore des exemples de telles situations délicieuses et de leur enchaînement.

La majoration des apports de titres faits à La Belle Jardinière devait, en bonne technique comptable, appeler dans les bilans subséquents, une provision pour dépréciation ; mais cette provision aurait alerté les actionnaires sur la surévaluation, aussi n'a-t-elle pas été faite : dès lors, il y avait présentation de bilan inexact et, comme ce bilan dégageait un bénéfice partiellement distribué, il y a eu distribution de dividendes fictifs.

2 - Dans le domaine financier

Mais c'est dans le domaine financier, on le comprend aisément, que la pratique a fait preuve du maximum d'imagination.

Il y a tout d'abord ce qu'on appelle le « pool de trésorerie », système de vases communicants fonctionnant entre les trésoreries des diverses sociétés du groupe suivant les besoins momentanés de l'une ou de l'autre.

Bien sûr, le principe n'en est pas prohibé, mais si en fait le système fonctionne à sens unique, au profit de telle filiale, en particulier si celle-ci est liée de près à un ou plusieurs dirigeants de la société-mère, il y a lieu de s'interroger sur l'opportunité d'une répression.

Tout aussi simple, mais plus nettement caractérisé, est le cas d'un dirigeant de société qui, pour tenter d'échapper à l'interdiction de bénéficier d'avances de la part de la société qu'il dirige, se fait consentir des prêts par une filiale ou une sous-filiale.

D'autres formes plus discrètes ont été observées : on a relevé le cas d'un groupe dans lequel la société dirigeante avantagait une société satellite par le jeu

des délais de paiement consentis : dans ce groupe, les achats s'effectuaient par le canal de la société-mère qui refacturait à ses filiales ; il s'est trouvé un administrateur pour reprocher au président d'avantager notamment par des délais de paiements très longs, ladite filiale animée par... le propre frère de celui-ci.

L'affaire n'aurait pas entraîné condamnation car il aurait été établi que la filiale faisait au profit de l'ensemble du groupe des expériences commerciales coûteuses justifiant un traitement financier de faveur.

Cet exemple montre cependant que l'avantage octroyé à une société du groupe peut l'être par des voies fort discrètes et pour des montants difficilement quantifiables, ce qui ne manquera pas d'influer sur la tâche de l'expert judiciaire, comme on le verra plus loin.

En matière d'abus du crédit on rencontre le cas du dirigeant d'une société-mère qui se fait consentir un prêt par un tiers étranger au groupe, une banque par exemple, mais avec la caution d'une filiale ou une hypothèque sur un immeuble de celle-ci.

3) Je rattacherai enfin au domaine financier l'appel à l'épargne avec usage irrégulier de titre.

L'espèce évoquée ici est encore présente à toutes les mémoires : c'est l'affaire de la Garantie foncière, tranchée par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation le 27 juin 1972.

Je rappelle d'abord les faits :

M. Rives-Henrys, député, avait été président-directeur général d'une société commerciale Cofragim qui dirigeait et gérait deux sociétés civiles immobilières dénommées « Garantie foncière revenus » et « Garantie foncière internationale », toutes deux dépourvues d'organes de gestion et de direction propres.

Ce groupe dominé par Cofragim était animé par un sieur Frenkel.

Les deux sociétés civiles avaient fait une abondante publicité mentionnant la qualité de parlementaire du président du groupe.

Sur le plan du droit, l'article 262 du Code pénal est ainsi rédigé :

« Seront punis (...) les fondateurs, les directeurs ou gérants de sociétés ou d'établissements à objet commercial, industriel ou financier qui auront fait ou laissé figurer le nom d'un membre du gouvernement ou d'un parlementaire (...) avec mention de sa qualité dans toute publicité faite dans l'intérêt de l'entreprise qu'ils dirigent ou qu'ils se proposent de fonder. »

Les deux sociétés dépendantes n'avaient pas en apparence d'objet commercial et les prévenus soutenaient que cela devait les affranchir de l'article 262.

Le Tribunal correctionnel et la Cour d'Appel de Paris, approuvés par la Cour de Cassation, écartèrent les apparences et constatèrent :

« ... Qu'ainsi, la Cofragim société dominante et les deux sociétés civiles immobilières qui dépendaient étroitement d'elle, ont formé, dans un intérêt commun, quelles que soient leurs formes juridiques extérieures, un groupe de sociétés à objet commercial et financier connu sous le nom générique de « Garantie foncière ».

Les condamnations contre Rives-Henrys au titre de l'article 262 et contre Frenkel pour complicité se trouvaient confirmées.

La doctrine parfois réticente a vu dans cet arrêt la première décision reconnaissant ouvertement le

groupe pour l'application d'un texte pénal et écartant délibérément l'écran que constituait jusqu'alors la personnalité morale des sociétés.

QUATRIEME PARTIE

SYNTHESE ET ROLE DE L'EXPERT

A. - Synthèse

De tout ce qui précède, paraissent se dégager les constatations suivantes :

— Les sociétés peuvent se grouper à des fins économiques mais elles conservent en principe leur autonomie juridique ;

— Le strict respect de cet écran juridique ferait obstacle dans un grand nombre de cas à une répression justifiée ;

— Certains textes ont expressément écarté cet écran mais dans des cas très peu nombreux et limités ;

— Des propositions ont été faites pour étendre expressément la notion de groupe au délit d'abus de biens sociaux ;

— Il faut retenir en tout cas la tendance répressive marquée par les textes existants ;

— La pratique et la jurisprudence ont rencontré de nombreux cas, aussi variés que peut l'être l'activité des entreprises, dans lesquels, en l'absence de textes directement applicables, elles ont reconnu l'existence de délits en se fondant sur l'interprétation extensive de textes existants visant notamment :

— la présentation et publication de bilans inexacts,

— la banqueroute,

— et surtout l'abus de biens sociaux.

C'est cette dernière qualification qui trouvera le plus souvent à s'appliquer, aussi convient-il d'y insister plus spécialement.

B. - L'extension au groupe de l'abus de biens sociaux

Il me paraît inutile de procéder ici à une étude détaillée du délit d'abus de biens sociaux, j'en rappelle seulement les éléments constitutifs :

— acte d'usage portant sur les biens sociaux,

— acte contraire à l'intérêt social et accompli dans un but personnel,

— acte accompli de mauvaise foi.

Encore faut-il que cet acte soit accompli par un dirigeant social. Or, souvent, le véritable responsable, le dirigeant de la société-mère, n'a pas de fonction officielle chez la filiale.

La mise en cause d'un individu qui n'est pas juridiquement dirigeant de la société considérée, ici la filiale, ne peut se faire que par deux voies : la complicité ou la direction de fait.

La complicité n'est nullement à exclure, et la position du dirigeant du groupe par rapport au responsable de la filiale paraît assez nettement en concordance avec l'alinéa 1^{er} de l'article 60 du Code pénal.

« Seront punis comme complices d'une action qualifiée de crime ou délit, ceux qui par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à cette action ou donné des instructions pour la commettre. »

Cette position d'instigateur paraît bien correspondre à celle du dirigeant du groupe.

La notion de « dirigeant de fait », largement développée par la jurisprudence, paraît également rendre compte de la situation dans de nombreux cas dans lesquels le responsable de la filiale n'est en fait qu'un simple exécutant des décisions de la société-mère.

C. - Mission de l'expert judiciaire

Ici comme en toute matière, l'expert doit exposer et analyser des faits.

A cette fin, il ne devra pas se limiter à constater des apparences mais il devra rechercher la réalité quant au fond.

Dans le cadre juridique d'abord, l'apparence c'est l'indépendance des personnes juridiques qui rendrait licites les situations rencontrées.

La réalité, c'est la dépendance ou le lien entre ces personnes.

Sans dire le droit, l'expert doit analyser les situations juridiques, les contrats, les statuts, afin de décrire le cadre juridique non seulement dans sa structure externe, mais aussi et surtout dans son fonctionnement interne, car c'est lui qui reflète la réalité.

Mais la situation juridique ne constitue qu'une première étape, et une fois dégagés les liens qui caractérisent le groupe, l'expert comptable judiciaire devra se consacrer à ce qui est l'essentiel de sa mission : les faits et tout spécialement les éléments comptables et financiers.

A cette fin, après avoir pris connaissance de la documentation existante, il lui faudra déterminer si celle-ci est suffisante ou si d'autres documents sont nécessaires pour dégager la vérité des faits, auquel cas il procédera à toutes les recherches complémentaires auprès des tiers clients, fournisseurs, salariés, banquiers, administrations, soit directement soit en ayant recours au juge mandant qui pourra lever certaines difficultés par voie de commission rogatoire.

Une fois la documentation réunie, l'analyse de l'expert judiciaire devra être orientée vers la démonstration sans équivoque des rouages du procédé. Ainsi, dans l'exemple de l'avantage résultant des délais préférentiels de paiement, les experts désignés ont pu montrer par le dépouillement de documents financiers internes de la société-mère, que le nombre de jours au terme duquel étaient réglés les effets de la filiale privilégiée était nettement supérieur à la moyenne des autres filiales, caractérisant par là même un avantage financier certain.

CONCLUSION

Notion économique en train d'opérer sa mutation dans le domaine du droit, le groupe de sociétés qui déjoue et dépasse les barrières constituées par l'autonomie juridique des sociétés composantes, ouvre à la jurisprudence, en l'absence presque complète de textes pénaux, un vaste champ où s'exerce, au-delà de la lettre, l'esprit même du droit répressif.

Ici, plus encore qu'en toute autre matière, l'expert judiciaire devra fournir au magistrat des faits soigneusement constatés et analysés en s'attachant à dégager la réalité des liens du groupe sous l'apparence de l'autonomie des sociétés.

Rapport sur

**LA NOTION DE GROUPE
EVOQUEE COMME JUSTIFIANT CERTAINS FAITS
SUSCEPTIBLES D'UNE QUALIFICATION PENALE**

présenté par

M. Jean FOURCADE, Expert agréé par la Cour de Cassation

avec la collaboration de

M. Michel PICARD, Expert près la Cour d'Appel de Versailles

M. Olivier RATEAU, Expert-comptable stagiaire

Bien souvent, les dirigeants de sociétés qui se voient reprocher certains de leurs agissements, susceptibles de constituer l'élément matériel de délits financiers, se retranchent derrière l'existence d'un Groupe de sociétés pour justifier de leur conduite et tenter de s'exonérer de toute responsabilité.

En l'absence de droit des Groupes, dans quelle mesure leurs explications pourront-elles être accueillies ?

Après avoir rappelé les particularités qui, dans les Groupes, sont susceptibles d'infléchir la jurisprudence, nous indiquerons à la lumière de certaines décisions de justice, quelles justifications ont été effectivement accueillies par les Tribunaux pour exonérer de leur responsabilité pénale de dirigeants de sociétés appartenant à un Groupe. Nous ferons ensuite état de l'intérêt de l'expertise comptable judiciaire en cette matière.

I. - LES PARTICULARITES DU GROUPE SUSCEPTIBLES D'INFLECHIR LA JURISPRUDENCE

L'appartenance à un Groupe est de nature à provoquer certains agissements, voire même à les favoriser, en raison des liens étroits unissant les sociétés du Groupe.

Nous citerons, à titre d'exemples :

— la constitution d'un pool de trésorerie entre les sociétés du Groupe, ou les avances non rémunérées consenties à d'autres sociétés du Groupe,

— les cautions hypothécaires données par une société possédant un patrimoine immobilier conséquent, pour garantir des emprunts contractés par une autre société du Groupe, dans son intérêt exclusif,

— les transferts de bénéfices réalisés notamment par le biais de facturations de prestations réciproques ; ou le transfert à une autre société de contrats avantageux passés avec un tiers,

— les changements apportés dans la valorisation des travaux en cours suite aux directives de la société-mère, en vue de l'établissement d'un bilan consolidé, pouvant conduire à une majoration injustifiée des résultats,

— les transferts de biens immobiliers ou de titres, à l'intérieur des sociétés du Groupe, pour faire apparaître des plus-values plus ou moins justifiées,

— la fourniture de moyens financiers en vue de maintenir artificiellement en survie une filiale déficitaire.

Ces agissements pourront souvent constituer l'élément matériel des principaux délits rencontrés en matière financière.

*
**

Toutefois, les dirigeants tentent de se justifier en présentant divers arguments tenant aux particularités qui régissent le fonctionnement des Groupes de sociétés.

C'est ainsi qu'ils invoquent plus particulièrement :

— la primauté des intérêts du groupe sur ceux de la filiale, qui justifie les sacrifices exigés d'elle, chaque société concourant à la réalisation d'un but commun, et recevant par ailleurs des compensations.

La filiale a pu mettre à la disposition de la société-mère toute sa trésorerie disponible, sans que ces avances soient rémunérées, mais elle bénéficie par ailleurs du renom du Groupe et de l'aide des services spécialisés de celui-ci,

— l'ignorance dans laquelle les dirigeants de la filiale ont été tenus des faits reprochés.

La superposition de niveaux hiérarchiques conduit parfois à l'éloignement du pouvoir de décision, un certain cloisonnement s'instaurant dans l'exécution des tâches imparties à chacune des sociétés,

— enfin, l'absence d'une volonté consciente, soit de préjudicier aux intérêts de quiconque, soit de dissimuler la situation réelle de la société, les dirigeants exécutant généralement les décisions arrêtées à un échelon supérieur.

*
**

Ces justifications présentées par les responsables de Filiales ont plusieurs origines

Citons principalement :

— la spécialisation des sociétés, qui provoque des cessions de l'une à l'autre, à des prix artificiels et donc difficiles à apprécier, d'autant qu'il s'agira de biens pour lesquels n'existe pas de véritable marché ou de services difficiles à chiffrer,

— la stratégie financière du Groupe, en vertu de laquelle :

● une société est correctement dotée en capital ou reçoit au contraire des avances durables, portant intérêt ou non,

● les emprunts sont contractés par les sociétés obtenant les meilleures conditions financières, pour leurs propres besoins certes, mais aussi pour ceux d'autres filiales,

● la trésorerie de chaque société est fondue dans celle du Groupe et échappe totalement aux dirigeants des filiales, ce qui, globalement, peut se justifier par une économie des charges financières,

— le choix des dirigeants fondé sur leur spécialisation plutôt que sur leur aptitude à se comporter en véritables chefs d'entreprise, même s'ils ont bénéficié d'un stage d'adaptation à leurs nouvelles fonctions,

— le mode hiérarchique de désignation des dirigeants qui les maintient, en fait, dans une position de dépendance par rapport au Groupe tutélaire,

— la division du travail, le rôle des états-majors, le recours aux spécialistes du Groupe et la puissance de ceux-ci lorsqu'ils parlent au nom de la société-mère.

*
**

Dans quelle mesure les arguments ainsi mis en avant pourront-ils être retenus par les Tribunaux ?

II. - LES JUSTIFICATIONS ACCUEILLIES PAR LA JURISPRUDENCE

Les décisions accueillant certaines justifications présentées ont été rendues essentiellement en matière d'abus des biens sociaux et de présentation de bilans inexacts. D'autres jugements, bien que sonctionnant les faits déferés, nous paraissent contenir quelques indications utiles sur les possibilités éventuelles d'une exonération. Nous les avons également cités.

A) Décisions rendues en matière d'Abus des biens et du crédit

L'élément intentionnel apparaît ici déterminant. Le principe en a été rappelé par la Cour Suprême en ces termes : « La mauvaise foi doit être constatée par

les juges du fonds ou doit se déduire sans équivoque de leurs énonciations.» (Cass. Crim. 4-12-1956 - Bull. Crim. 799.)

Le Tribunal Correctionnel de la Seine a, pour sa part, précisé :

« Attendu que le délit d'abus des biens sociaux n'est pas un délit contraventionnel et bien au contraire, l'un de ceux qui exigent le plus impérativement l'intention frauduleuse, que le législateur pour le caractériser a non seulement employé l'expression traditionnelle de « mauvaise foi » mais a encore ajouté « l'usage qu'il savait contraire à l'intérêt de la société », marquant ainsi avec encore plus de force sa volonté de ne pas vouloir mettre obstacle aux situations normales entre sociétés ayant des administrateurs communs, et son désir de ne sanctionner que des faits frauduleux » (Trib. Corr. Seine, 12-12-1955 - Rev. Sté 1957-415).

Un jugement du 12-12-1959 illustre bien la prépondérance de l'élément intentionnel en matière de Groupe. En l'espèce, l'élément matériel du délit existait et le jugement en donne acte.

La société-mère F.N. avait obtenu le renouvellement au profit exclusif de la société S.I.N. et sans indemnité pour elle, d'un bail pour des locaux qu'elle avait mis à la disposition de cette dernière.

Il était à cette occasion reproché au prévenu d'avoir disposé du droit au bail de la société F.N., sans aucune contrepartie pour elle, au profit de la S.I.N., dont il détenait la majorité des parts.

Les juges ont cependant admis que l'« étroite solidarité d'intérêts » existant entre les deux sociétés excluait la mauvaise foi, motivant ainsi la solution donnée :

« Attendu qu'il existait entre les deux sociétés une étroite solidarité d'intérêts en raison de l'unité économique qu'elles constituaient, et des services mutuels qu'elles étaient accoutumées de se rendre, qu'il ne paraît donc pas que Colin ait, en la circonstance, eu conscience d'accomplir un acte contraire aux intérêts de la société F.N., ni qu'il ait voulu favoriser la société S.I.N., et moins encore poursuivre un but personnel, puisqu'il possédait alors 78 % des parts de la S.I.N. et détenait 93 % des actions de l'autre société, que sa mauvaise foi n'est donc pas établie » (Trib. Corr. Seine, 12-12-1959 - Colin) (rapporté par M. Fougères au J.C.L. pénal - Annexe Sociétés Fasc. H).

La jurisprudence a affiné au fil de ses décisions sa position, cherchant à dégager des critères objectifs.

Pour écarter la mauvaise foi, il est recherché non seulement l'existence d'un intérêt du Groupe, exclusif d'un intérêt personnel direct, mais encore le fait que les dirigeants n'aient pas fait courir un risque excessif à la société, sans contrepartie suffisante.

Un jugement du Tribunal Correctionnel de la Seine du 11 mai 1955, précise en effet :

« Il convient pour déterminer si l'acte est ou non contraire à l'intérêt social de tenir compte :

- de la justification économique de l'acte,
- de l'équilibre ou de l'absence d'équilibre entre les engagements contractés par chacune des sociétés,
- du caractère normal ou disproportionné à ses possibilités financières de l'aide donnée par l'une des

sociétés à l'autre » (Trib. Corr. Seine, 11-5-1955 - J.C.P., 55-II-8973).

Dans une autre décision, cette même juridiction admet que la communauté d'intérêt liant deux sociétés puisse justifier une entraide mutuelle, à la condition toutefois qu'aucune d'elles ne soit frustrée :

« Pour apprécier si l'usage des biens ou du crédit d'une société au bénéfice d'une autre société a été abusif, il convient de replacer l'usage incriminé dans son contexte industriel ou commercial, et de considérer l'ensemble des rapports ayant existé entre ces deux sociétés.

Par suite, si deux sociétés se trouvent liées par une communauté d'intérêts qui les pousse à se soutenir réciproquement, le gérant de l'une d'elles ne commet pas de délit en utilisant la trésorerie de cette société dont il est le président-directeur général, les deux sociétés en cause s'épaulant mutuellement dans leur intérêt commun bien compris, sous la seule condition que ni l'une ni l'autre n'ait été frustrée » (Trib. Corr. de la Seine, 5-7-1960 - Duval - J.C.P. C.I. 1961-69082).

Cette notion d'équilibre entre les prestations fournies par les différentes sociétés du Groupe a été reprise quelques années plus tard dans une décision rendue dans une espèce C.I.M.R. par le Tribunal de Grande Instance de Paris, qui précise :

« Si perdant son individualité, chaque opération doit ainsi s'apprécier hors du cadre de la structuration des entreprises, à la lumière de la politique d'ensemble élaborée par le chef de file du Groupe, encore faut-il qu'elle concoure au but commun, sans rupture d'équilibre entre les engagements respectifs et sans excéder les possibilités financières de la société qui en supporte la charge ; qu'à défaut seraient méconnus tout à la fois les intérêts de la société et ceux de ses créanciers sociaux...

Ne constitue un abus de biens sociaux, ni le fait que la société principale assure les besoins de trésorerie d'une société du Groupe, tout au moins pour partie, afin de parfaire ses installations industrielles et sa capacité de production, ceci étant conforme à la pratique commerciale, ni le principe d'une redevance pour l'exploitation d'un brevet dont l'une d'elles était concessionnaire. Il est, en outre, rationnel qu'une société appelée à bénéficier des marchés à venir soutienne financièrement la société chargée de leur production » (Trib. Corr. Seine, 26-11-1968 - G.P. 1969 - 1^{er} sem. 309).

Cette recherche jurisprudentielle de critères objectifs permettant d'apprécier la bonne ou mauvaise foi des dirigeants, a trouvé dans l'affaire Willot (1) l'occasion d'une synthèse. La réunion des quatre critères suivants a été exigée :

- l'existence d'un groupe fortement structuré, reposant sur des bases non artificielles,
- le fait que les sacrifices demandés le soient dans l'intérêt du Groupe, pour le maintien de son équilibre et la poursuite d'une politique cohérente,
- l'absence d'intérêt personnel des dirigeants contraire à l'intérêt du Groupe,
- les sacrifices demandés ne doivent pas faire courir de risques trop importants, sans contrepartie suffisante ou hors de proportion avec les possibilités réelles de la société.

(1) T.G.I. Paris 16-5-1974, G.P. 1974, 2^e Sem. 886.

Les juges du fond en ont fait application en ces termes :

« Si à l'époque des faits incriminés, les avances d'une société ont bien été réalisées dans le dessein de servir à la prise de contrôle d'une entreprise susceptible de renforcer la puissance du Groupe et que ses responsables ne semblent pas avoir poursuivi un intérêt personnel contraire à cette politique, les avances ainsi consenties répondant à la poursuite d'intérêts légitimes ne constituent pas des agissements délictueux et les prévenus doivent être relaxés de ce chef d'abus des biens sociaux. »

*
**

A contrario, certaines décisions ont sanctionné les agissements des dirigeants sociaux à l'intérieur d'un Groupe dans la mesure où l'intérêt du Groupe ne paraissait pas avoir motivé les actes incriminés. On relève dans le jugement précité :

« Les frères Willot ne pouvaient introduire directement dans le portefeuille du Bon Marché des actions de cette société acquises avec sa propre trésorerie ; ils ont dû faire appel à une des sociétés du Groupe pour lui faire prendre en charge cet achat, et dissimuler ainsi l'intérêt personnel qu'ils avaient dans l'opération ; en sacrifiant les intérêts du Bon Marché à leur intérêt propre, Jean-Pierre et Bernard Willot se sont bien rendus coupables d'abus de biens sociaux au préjudice de cette société. »

A de telles décisions, on peut rattacher également celles déniaient l'existence d'un Groupe pour sanctionner des agissements coupables. Signalons notamment :

L'Arrêt Froment

La Cour Suprême constate que la société victime de l'abus des biens n'était « ni associée ni intéressée dans la S.A.R.L. bénéficiaire des avantages concédés qui, totalement indépendante, n'avait en fait été créée que pour percevoir les avantages au profit exclusif de ses dirigeants » (Cass. Crim. 14-2-1974 - J.C.P. CI 75-11861).

L'Arrêt Robert et autres

« Le délit d'abus des biens sociaux est caractérisé dès lors que l'administrateur de deux sociétés qui n'ont pas comme en l'espèce des intérêts complémentaires, utilise indifféremment selon les opportunités du moment, les biens de l'une au profit de l'autre, exposant ainsi par sa volonté frauduleuse l'actif de chaque société à des risques de pertes auxquels cet actif ne devrait pas être exposé » (Cass. Crim. 16-12-1975 - J.C.P. 76-II-18476).

En définitive, pour retenir ou écarter le délit à l'intérieur d'un Groupe structuré, la jurisprudence s'attache à rechercher :

- si le transfert des biens a été fait dans l'intérêt du Groupe, ce qui exclut tout intérêt personnel direct,
- si l'équilibre a été ou non rompu et si la société dominée n'a pas supporté des sacrifices excessifs.

B) Décision rendue en matière de bilan inexact

La jurisprudence n'a pas retenu la mauvaise foi des dirigeants sociaux, et les a donc exonérés de toute responsabilité pénale, en :

- l'absence d'acte positif, et en

— l'absence d'une volonté consciente d'avoir cherché à dissimuler la véritable situation de la société.

Le jugement Willot révèle à ce sujet :

« Les éléments de l'information ne permettent pas d'affirmer que Crespel (administrateur de plusieurs sociétés du Groupe et bras droit des frères Willot) était admis à participer aux délibérations et aux décisions prises par les quatre frères Willot en particulier sur la politique générale du Groupe et sur les problèmes financiers... »

... Que sa situation lui permettait sans doute de s'informer et de réunir les éléments qui l'auraient conduit à critiquer la présentation de ces bilans ; qu'en réalité, il paraît avoir joué le rôle d'un administrateur « de circonstance », possédant des actions dans l'intérêt de ses employeurs et du Groupe, sans aucun pouvoir de décision...

... Si l'on peut reprocher à Crespel d'avoir été insouciant et d'avoir oublié les responsabilités propres que lui conféraient ses fonctions d'administrateur, même en considération de ses liens de subordination à l'égard de ses employeurs, à défaut d'intervention personnelle et d'acte positif, un doute au moins subsiste sur sa volonté d'avoir cherché à dissimuler la véritable situation de l'entreprise aux actionnaires et sur sa participation consciente à la présentation de ces bilans inexacts, qu'il doit être relaxé de ce chef d'inculpation.

... Qu'il n'est pas établi qu'Antoine et Régis Willot aient participé activement à l'élaboration des deux bilans incriminés, et qu'ils aient eu conscience de la présentation fallacieuse de ces bilans, qu'à l'image de Crespel ils ne semblent pas être intervenus personnellement et avoir accompli un acte positif quelconque, qu'un doute au moins subsiste sur leur volonté consciente d'avoir cherché à dissimuler la véritable situation de l'entreprise aux actionnaires. »

La responsabilité de « l'administrateur de circonstance » n'a donc pas été retenue. Qu'en serait-il de celle du « P.D.G. de circonstance », qui ferait valoir n'avoir qu'appliqué les directives du Groupe ?

Il n'apparaît pas, d'autre part, que l'intérêt supérieur du Groupe puisse à lui seul constituer en matière de bilan inexact une cause d'exonération, à l'instar de l'abus des biens sociaux.

C) Décision rendue en matière d'abus de pouvoir

Nous n'avons pas eu connaissance de décision exonérant la responsabilité des dirigeants en cette matière.

Toutefois, on peut déduire a contrario, d'un jugement rendu le 16-5-1974 par la 11^e Chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris (aff. Saint Frères et Bon Marché), que les critères exigés seraient voisins de ceux retenus en matière d'abus des biens et du crédit. En effet, tout en constatant l'intérêt de l'opération pour le Groupe, les juges ont relevé l'absence de contrepartie réelle aux sacrifices demandés. Jean-Pierre Willot, président de la Société Saint Frères, avait accepté que le remboursement des avances faites à la Société Agache-Willot s'effectue au moyen de la remise de titres surévalués ou sans valeur.

Le jugement indique :

« Mais attendu que de tels arguments, basés sur l'intérêt du Groupe ne sauraient justifier une telle

utilisation de titres acquis à un prix exorbitant ; que Jean-Pierre Willot a jugé plus expédient de rembourser à bon compte la dette de la Société Agache-Willot, avec un minimum de titres, évalués plus du double de leur valeur marchande, au préjudice de la Société Saint Frères et de ses actionnaires ; que si une grande latitude doit être laissée aux dirigeants d'un Groupe pour faire circuler les capitaux entre les sociétés qu'ils contrôlent si l'intérêt du Groupe le commande, par contre il est indispensable de restituer les fonds avancés en mêmes unités de mesure et non avec des titres surévalués ou sans valeur, chaque société conservant sa personnalité juridique et ses mandataires sociaux étant responsable de leur gestion à l'égard des actionnaires et des tiers intéressés ; que pour avoir enfreint sciemment de tels principes, Jean-Pierre Willot doit être déclaré coupable d'abus de pouvoir au préjudice de la Société Saint Frères. »

III. - L'INTERET DE L'EXPERTISE COMPTABLE JUDICIAIRE

Il n'entre pas dans les attributions de l'expert judiciaire d'estimer la bonne ou mauvaise foi, ni l'élément intentionnel. Toutefois, sa mission vise généralement à rechercher tous éléments de fait permettant aux magistrats d'apprécier le comportement des dirigeants.

A cet effet, s'il se trouve en présence de sociétés dépendantes, il conviendra qu'il réponde à la question de savoir si les conditions définies par la jurisprudence, dans ses décisions les plus récentes, se trouvent ou non remplies, ce qui influera à la fois sur le contenu de sa mission et l'importance des diligences à effectuer.

1) Contenu de la mission de l'Expert judiciaire

Il conviendra que l'expert suggère au juge mandant de prévoir une mission suffisamment large, permettant des investigations comptables au-delà de la seule société en cause. Seul l'examen de la comptabilité de la société-mère ou d'autres sociétés du Groupe permettra en effet d'éclairer la finalité de certaines opérations.

2) Particularité des diligences à effectuer

L'expert devra, tout d'abord, rechercher si l'on se trouve en présence d'« un groupement économique fortement structuré », ce qui permettra d'apprécier concrètement chaque situation, de définir la répartition des pouvoirs, et de connaître l'organigramme des différentes entreprises et services communs.

Il conviendra également qu'il s'assure que cette réunion de sociétés repose sur « des bases non artificielles ». En effet, le simple rassemblement d'entreprises disparates, sans structures cohérentes, sans liens entre elles, paraît exclure la réalisation d'un « objet social » et la poursuite d'un intérêt économique commun, distinct de celui de leurs dirigeants.

L'expert devra ensuite rechercher si les autres critères définis par la jurisprudence se trouvent réunis, ce qui permettra d'apprécier le comportement des dirigeants et les motivations de leurs agissements.

L'examen des décisions de jurisprudence ci-avant exposées montre que ces critères sont différents selon la nature des infractions :

— en matière d'abus des biens, du crédit ou des

pouvoirs, ont été essentiellement retenus l'intérêt du Groupe et l'équilibre des prestations,

— alors qu'en matière de bilan inexact, la décision examinée a retenu l'absence d'acte positif et l'absence d'une volonté consciente d'avoir cherché à dissimuler la véritable situation de la société.

Nous soulignerons toutefois que nous n'avons eu connaissance que d'une seule décision exonérant la responsabilité du dirigeant d'une filiale en matière de bilan inexact. L'on peut donc se demander s'il ne s'agit pas là d'un cas d'espèce, et l'on ne saurait quant à présent en tirer un argument définitif.

Quoi qu'il en soit, la notion de Groupe de sociétés est généralement évoquée en matière d'abus des biens et du crédit. A la lumière des commentaires du jugement Willot (2) on peut préciser les diligences de l'expert qui devra notamment rechercher :

— Si les sacrifices demandés à la société dominée l'ont bien été dans l'intérêt du Groupe, pour le maintien de son équilibre, et pour la poursuite d'une politique globale cohérente.

Cet intérêt du Groupe paraît résider dans l'équilibre économique, financier et social réalisé à partir des différentes sociétés groupées. Une « politique globale cohérente » doit en effet conduire à un développement harmonieux et général du Groupe tout entier, dont la société momentanément sacrifiée doit profiter à plus ou moins brève échéance.

Le Tribunal a eu la prudence de souligner que l'objet social du Groupe ne peut que provisoirement se substituer à l'objet social des sociétés qui le composent, rappelant ainsi implicitement, que le Groupe doit en définitive être au service de l'intérêt des sociétés.

— Si l'intérêt du Groupe ainsi défini ne se confond pas avec l'intérêt exclusif de la société-mère, et l'intérêt personnel des dirigeants du Groupe.

La société-mère ne saurait en effet prospérer au détriment des autres sociétés du Groupe, bénéficiant seule des efforts communs. L'intérêt du Groupe est une notion plus large que celle de l'intérêt de la société dominante, comme nous venons de l'indiquer.

En outre, l'expert judiciaire recherchera si les dirigeants n'ont pas retiré un profit personnel de l'opération.

— Si les sacrifices effectués au nom de l'intérêt du Groupe par la société dominée ne lui font pas courir des risques trop importants sans contrepartie suffisante.

L'appréciation de l'importance des risques sera fonction de chaque cas particulier, eu égard notamment à la situation de la société sur les plans financier et de l'exploitation.

Quant à la contrepartie exigée, l'expert judiciaire ne devra pas s'attacher à une simple contrepartie financière, mais prendra en considération tous les avantages résultant pour la société de son appartenance à un Groupe plus ou moins dynamique, avantages qu'il n'est pas toujours aisé de chiffrer, voire d'apprécier.

Pour les autres délits financiers, pour lesquels il n'existe pas de décisions connues, exonérant la responsabilité des dirigeants d'une société appartenant à un Groupe, l'expert devra néanmoins s'attacher à

(2) Dalloz 75 11, p. 7, Trochu - Jeantin - Lange, JCP CI 75 II 816 Soust.

relever toute circonstance de fait permettant d'apprécier les conditions exactes dans lesquelles les décisions critiquées sont intervenues.

C'est ainsi que, par exemple, en matière d'aide apportée pour le maintien en survie d'une entreprise en difficulté, il conviendra de rechercher si en raison de la solidarité d'intérêt existant entre deux sociétés, la chute de l'une n'était pas de nature à entraîner la déconfiture de l'autre, afin d'apprécier si l'intérêt commun des deux affaires ne commandait pas une aide qui, si elle ne se trouvait pas immédiatement balancée sur le plan comptable, pouvait avoir à l'époque une justification économique à long terme (voir en ce sens T.G.I. Paris, 19-6-70 : aff. De Moy de Sons).

Le droit français ne connaît pas les Groupes de sociétés ; néanmoins, la jurisprudence pénale n'a pas

voulu ignorer ce phénomène, et les relations particulières qui s'établissent entre sociétés liées. Les Tribunaux ont retenu certains aspects de la pratique des Groupes pour infléchir les règles en vigueur.

S'ils ont généralement tenté de faire échec aux agissements des dirigeants s'abritant derrière la complexité des relations du Groupe, il n'en demeure pas moins vrai que dans certains cas, et notamment en matière d'abus des biens et du crédit, les juges ont accepté les arguments d'ordre économique qui leur étaient présentés.

Pour apprécier la bonne ou mauvaise foi, la jurisprudence a essayé de dégager un certain nombre de critères objectifs, critères que l'expert-comptable judiciaire devra prendre en considération dans la recherche de tous les éléments de fait permettant d'apprécier le comportement des dirigeants.

(Applaudissements.)

Compte rendu des débats

SUR LES CONSEQUENCES PENALES DE LA NOTION DE GROUPE

M. Bellet (1). — Avant que M. Thorin ne vous fasse un rapport de synthèse, la discussion est ouverte sur les deux exposés qui viennent d'être faits devant vous et qui portent sur le côté pénal de la question, côté positif et côté négatif. On y retrouve un certain nombre de questions communes, mais on est frappé par l'aspect différent que prennent les choses au pénal ou au civil.

Ce qui me frappe, c'est que la loi pénale est interprétée presque plus libéralement que la loi civile, ou au moins autant. C'est probablement tout à l'honneur des Juges du domaine pénal.

La discussion est ouverte.

M. Gondre (2). — Ce qui m'a frappé dans l'exposé de M. Fourcade, comme dans celui de M. Gaillard, c'est l'importance qui est attachée à l'élément intentionnel que vous appelez la « mauvaise foi ». Je crois qu'effectivement c'est là que se situe, pour une juridiction, le critère d'appréciation. Nous rejoignons d'ailleurs l'élément que M. le Premier Président appelait ce matin « l'obligation morale », car en effet, dans un régime de sociétés où le groupe est ignoré, il est certain qu'il n'existe pas d'obligations spécifiques. C'est donc l'obligation morale qui, dans la dégradation qu'elle connaît au niveau de la gestion du groupe, va engendrer la « mauvaise foi ».

Ce n'est pas la seule difficulté pour la juridiction que de situer cet élément intentionnel à son juste niveau, mais c'est aussi de rechercher quel a été l'intérêt économique et de déterminer à quelles personnes doit être imputée la responsabilité pénale.

Pour parvenir à sa conviction, le magistrat a besoin de vous, Mesdames, Messieurs. Il en a besoin, car il faut rechercher d'abord de quelle manière les engagements réciproques pris entre sociétés auront été transcrits dans les différentes comptabilités.

Lorsqu'un groupe se constitue ou lorsqu'une société a des filiales, la première attention de l'Expert-Comptable doit se porter sur une juste appréciation des participations et sur une juste appréciation des créances au travers des comptes courants. Si le dirigeant du groupe ressent en lui cette obligation morale que nous évoquions, il aura fait passer des écritures exactes, il aura fait, dans les bilans, une saine appréciation des différents éléments qui permettent d'évaluer les titres de participation et, par conséquent, nous aurons déjà une image exacte de ce qu'est le groupe de sociétés.

Mais c'est surtout dans la recherche de l'intérêt économique que l'Expert-Comptable devra être vigilant, car quels sont en effet les mobiles qui inspirent la constitution d'un groupe de sociétés ? Ils sont de deux ordres.

Il y a tout d'abord la perspective de sauver la société principale qui connaît des difficultés ; pour cela, le dirigeant va créer des sociétés satellites auxquelles il fera prendre des engagements, soit par commande de marchandises, soit par demande de crédits bancaires, la multiplicité des sociétés permettant bien entendu d'obtenir une assistance bancaire bien supérieure. Cette conception du groupe n'aura en fait pour seul objectif que de sauver la

société principale, les sociétés satellites seront mort-nées, car les animateurs savent dès l'origine, qu'elles seront sacrifiées pour la survie de la société mère.

Il y a une autre conception du groupe, c'est celle qui, prenant acte des données économiques d'un monde en développement où la concentration devient de plus en plus importante, d'une nécessité de la compétition dans le domaine européen, impose la création d'un groupe. C'est une perspective très différente. Des sociétés seront créées dans un but de spécialisation : les unes deviendront bureaux d'études, d'autres seront des centres industriels, d'autres au contraire traiteront de l'administration et de la gestion financière. Cette conception du groupe est louable et doit être encouragée.

Bien entendu, là encore, vos investigations permettront, au travers des conventions qui auront pu naître entre ces différentes sociétés, de l'étude même des statuts révélateurs de l'objet de ces sociétés, de l'étude des bilans, d'essayer de comprendre quelle a été la finalité de ce groupe et si, en définitive, il constitue un progrès pour l'économie française. Dans cette hypothèse, il est bien entendu que nous verrons, dans l'esprit de ses dirigeants un élément intentionnel qui ne saurait caractériser une délinquance quelconque au regard des quelques violations de la loi qui auraient pu être commises.

Mais la difficulté se situe aussi au niveau de la recherche des responsabilités personnelles, car si chaque société a son mandataire légal, elle a aussi son Conseil d'administration. Là, nous voyons peut-être déjà apparaître cette notion de responsabilité collective : n'est-ce pas le Conseil d'administration tout entier qui s'est engagé, et pas seulement son président ? N'y a-t-il pas déjà une responsabilité de la personne morale ? C'est ce qu'ont cru d'ailleurs entrevoir les rédacteurs de l'avant-projet de Code Pénal, puisqu'ils ont admis cette notion de la responsabilité pénale des groupements.

Il faut être sage et prudent dans ce domaine ; la responsabilité personnelle mérite malgré tout la plus grande attention, car chacun doit assumer les conséquences de ses actes.

Cette responsabilité pénale des groupements qui apparaîtra, parce que c'est peut-être l'évolution inévitable, nous serons aussi amenés à l'apprécier à travers la volonté délibérée de leurs représentants. Déjà le Tribunal de Commerce, lorsqu'il étend, par exemple, la liquidation des biens ou lorsqu'il ordonne une contribution au passif, est conduit à faire une juste mesure des responsabilités collectives et des responsabilités personnelles qui, dans le cadre de la direction d'une société, ont été déterminantes.

Votre rôle, Mesdames, Messieurs, est donc très important pour renseigner les magistrats. Il est dans l'appréciation de cet intérêt économique, dans la recherche de l'intérêt personnel et c'est à partir de vos travaux que nous pourrions former des décisions qui, je l'avoue, sont parfois difficiles, amènent un choix économique, et c'est par ce choix que progresse effectivement cette notion de groupe que je veux personnellement voir rester du domaine de la jurisprudence, car s'enfermer dans une législation serait cristalliser pour l'avenir un monde économique qui, lui, est toujours en mouvement.

(Applaudissements.)

(1) Premier Président de la Cour de Cassation.

(2) Vice-Président au Tribunal de Grande Instance de Paris.

M. Bellet (1). — Merci beaucoup.

M. Cotte (3). — Si vous me le permettez, je ferai quelques réflexions à la lumière de ce qui a été dit ce matin et cet après-midi.

Je reviens à la question : faut-il un droit spécifique ou faut-il laisser à la jurisprudence le soin de pallier cette absence de droit ? En l'occurrence, faut-il un droit pénal spécifique des groupes ?

On reproche très souvent au droit pénal de suivre les événements et de ne pas jouer le rôle de prévention qui devrait être le sien, pour se consacrer uniquement à un rôle de répression, qui est l'aspect traditionnel et classique du droit pénal, mais c'est son mauvais aspect, son aspect désagréable, celui que personne n'aime beaucoup, en réalité.

Si l'on examine le droit des groupes, on peut incontestablement faire au droit pénal un reproche d'absence : il n'existe pas en France de droit pénal propre aux groupes. Mais cela s'explique, c'est évident, par l'absence d'un support préalable au plan commercial ; il n'existe pas de droit commercial des groupes ; il n'existe pas, on l'a dit ce matin, de définition très précise et surtout très sûre du groupe ; aussi ne voit-on pas comment le droit pénal pourrait se manifester. Le droit pénal — et là, M. le Premier Président, je rejoins le propos que vous avez tenu tout à l'heure — ne peut pas se satisfaire du flou ; il doit être précis, il a toujours été d'interprétation stricte et je crois qu'il continue à l'être. Et s'il doit être d'interprétation stricte, chacun le sait bien, c'est parce qu'il y va de l'honneur de ceux qui peuvent être mis en cause.

Alors que faire ? Je crois que les exposés que nous avons entendu ce matin, surtout celui de Mme Bon, et ceux que nous avons entendu cet après-midi, nous montrent qu'il faut essayer de faire « cadrer » les comportements que l'on arrive à appréhender, avec les textes et les qualifications pénales qui existent actuellement, sans méconnaître que dans certains cas, il sera extrêmement difficile d'opérer ce cadrage. Mais, sincèrement, je ne crois pas que pour autant, on puisse dans ces cas-là encourir le reproche de se livrer à une interprétation extensive ; d'ailleurs, chaque magistrat à conscience que ce serait alors la faillite de notre droit pénal.

Maintenant, j'aborde un point à titre personnel, et non plus du tout en tant que représentant de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces. Je crois, puisque l'on parle de l'option entre la loi et la jurisprudence, qu'il faut absolument s'arrêter de légiférer. On ne peut pas, M. Bourjois l'a d'ailleurs dit ce matin, régler toutes les difficultés par des dispositions pénales. Notre droit pénal des affaires regorge de dispositions pénales — il y en a des centaines — qui ne sont pas appliquées. Malgré cela, on n'hésite pas à en créer de nouvelles ! Il est donc absolument indispensable de marquer une pose pour tenter d'appliquer les dispositions existantes ; il est indispensable que les Parquets s'efforcent d'appliquer aux comportements répréhensibles qui leur sont soumis des incriminations qui, parfois, ont été négligées, sous le contrôle, bien sûr, des tribunaux, des Cours d'Appel et de la Cour de Cassation.

(3) Magistrat détaché au Ministère de la Justice, Direction des Affaires Criminelles et des Grâces.

Sur ce plan, j'éprouve, en tant que magistrat, un certain sentiment d'autosatisfaction, car il me semble que, dans ce droit pénal des groupes qui se forme petit à petit, la jurisprudence — et c'est le sentiment que j'ai eu encore en entendant vos rapports — a correctement rempli son rôle. Les décisions intervenues dans les affaires Willot, notamment, sont à cet égard extrêmement intéressantes ; je regrette seulement que cette jurisprudence soit encore, à ma connaissance, exclusivement parisienne.

En terminant, j'affirme à nouveau qu'il faut se garder de continuer à légiférer. Imposer de toutes pièces à l'heure actuelle, dans l'état d'impréparation où nous nous trouvons, une législation pénale des groupes serait dramatique, car elle risquerait fort d'être totalement inadaptée. Il est préférable, à mon sens, de laisser à la jurisprudence pénale le soin de préciser cette notion de groupe et ensuite peut-être, lorsque le droit commercial sera parvenu de son côté à une claire définition de cette même notion, on pourra envisager l'élaboration d'un véritable droit pénal des groupes.

(Applaudissements.)

M. du Pontavice (4). — J'ai été frappé par ce que j'ai entendu cet après-midi. Je m'excuse d'avoir été absent ce matin, mais je vous avais dit, Mademoiselle, que j'étais retenu en province par des obligations de très longue date.

Ce qui me frappe, c'est que la position est diamétralement contraire au civil et au pénal. Au civil, tout d'abord, les défenseurs nient l'existence d'un groupe. On attaque la société mère parce que la société filiale est insolvable, et celui qui est attaqué déclare : il n'y a pas de tout de groupe, ou en tout cas, il ne faut pas faire jouer au groupe un rôle juridique et donner des effets de droit à l'existence d'un groupe.

Au pénal, c'est la position inverse qui est prise par le prévenu. Il déclare : c'est entendu, l'acte serait délictueux s'il était commis par une société considérée en tant que telle, mais comme c'est une action qui est faite dans un groupe dont nous revendiquons l'existence, nous trouvons un fait justificatif dans l'existence du groupe.

Par conséquent, ce qui fait l'ambiguïté du droit des groupes, c'est qu'au civil et au pénal, ce sont des attitudes diamétralement opposées qui sont prises par les représentants des groupes. On nie les conséquences juridiques à tirer de l'existence du groupe au civil, alors qu'au pénal, on demande au contraire à tirer des faits justificatifs de l'existence du groupe (a).

En ce qui concerne la jurisprudence pénale sur laquelle nous avons à nous interroger, personnellement, et je rejoins ce qui a été dit tout à l'heure, je ne pense pas qu'il y ait un élargissement de l'incrimination.

(4) Professeur à la Faculté de Droit et de Sciences économiques de Paris 2.

(a) Sauf dans le cas très particulier de l'affaire « GARANTIE FONCIERE », où c'est en raison de l'appartenance à un groupe de sociétés à objet commercial et financier que les sociétés civiles de placement immobilier ont pu être considérées comme soumises aux dispositions réglementant la publicité financière des entreprises commerciales, et que les sanctions pénales dont sont assorties ces règles ont pu être appliquées à leurs dirigeants.

mination. Au contraire, ce qui est remarquable dans la jurisprudence pénale, c'est qu'elle refuse de modifier les caractères du délit, selon que l'on a affaire à une société considérée en elle-même, ou à un groupe. Le délit est constitué avec ses différents éléments : légal, intentionnel, matériel, on n'admettra pas qu'il y ait un fait justificatif ; c'est l'incrimination habituelle qui va être retenue dans toute sa rigueur.

On a parlé de la responsabilité pénale des groupements. Je sais qu'en effet, c'est une disposition qui figure dans l'avant-projet du Code Pénal. Je suis sceptique sur l'introduction en France de cette mesure parce que j'en ai connu l'expérience dans le droit américain de la pollution (b).

Selon celui-ci, on peut faire jouer la responsabilité de la personne morale, parce que les pays de « common law » admettent, comme la plupart des pays aujourd'hui, la responsabilité pénale des personnes morales. Mais que se passe-t-il dans la réalité, si l'on consulte les décisions et la doctrine américaines ? D'une part, puisqu'il y a responsabilité pénale de la personne morale, de ce fait, on ne mettra plus en jeu la responsabilité pénale des dirigeants et, d'autre part, cette responsabilité pénale de la personne morale, qui va s'exprimer en amendes, sera toujours d'un montant dérisoire par rapport aux atteintes à l'ordre économique qui auront été réalisées par le délit. Si bien que, d'après les expériences que je connais aux Etats-Unis, on perd sur les deux tableaux, en quelque sorte. On ne gagne rien en ce qui concerne l'amende infligée ou la fermeture de l'entreprise — car on ne ferme pas en période de crise une entreprise, en matière de pollution, pas plus qu'en matière de délit économique — on ne gagne rien, à mon sens, en ce qui concerne la responsabilité sur le plan de la personne morale et l'on perd en ce qui concerne la responsabilité sur le plan des personnes physiques, surtout si nous songeons à cette réponse récente du Garde des Sceaux (c), qui reprend un arrêt de la Cour d'Amiens (d) et qui rappelle que les amendes doivent rester à la charge des personnes physiques à qui elles ont été infligées, ce qui évidemment n'est pas tout à fait dans le raisonnement habituel des dirigeants sociaux et ce qui les obligerait à être particulièrement vigilants pour que ces amendes ne les frappent pas trop souvent.

Sur ce point très intéressant du point de vue doctrinal, l'expérience que l'on en a faite dans un pays important me laisse donc un peu rêveur.

A ce propos de la responsabilité du groupe et du phénomène du groupe de façon générale, je ne sais pas si l'on a évoqué, ce matin, un cas assez particulier, qui est le cas de cessation des paiements.

(b) E. du Pontavice. L'apport des expériences étrangères en matière de délinquance écologique, pp. 199 à 353 in « La délinquance écologique » (XVII^e Congrès français de criminologie), Université de Nice, Faculté de droit et des sciences économiques 1979.

(c) Réponse à M. Braconnier, J.O. Débats Sénat 14 décembre 1978, Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes n° 32, p. 676.

(d) Cour d'Amiens 11 juillet 1962, Gaz. Pal. 1963, I. 438, D. 1963 Somm. 86, sur le renvoi par la Chambre criminelle du 26 janvier 1961 (inédit) cassant l'arrêt de la Cour de Paris du 29 octobre 1959 (Gaz. Pal. 1960-I-215) qui avait estimé qu'il n'y a pas délit (J.-M. Robert, v^o Sociétés, in Répertoire Dalloz Pénal, 31 août 1979, n° 215).

L'état de cessation des paiements peut résulter d'un recours anormal au crédit et à des moyens de crédit précaires. Parmi ces moyens de crédit précaires, il y a, à l'heure actuelle, l'assistance par la société mère.

Les tribunaux, aujourd'hui, ont tendance à déclarer que dès lors que la société filiale ne persiste dans sa vie économique que par des crédits de la société mère, qui ne lui sont pas alloués par des apports en capital, mais par simples avances en compte courant, c'est un état de cessation de paiements. La notion de groupe ne doit pas, par conséquent, jouer ici.

Du point de vue civil, je voudrais indiquer que l'on fait assez fréquemment appel aujourd'hui à cette théorie des groupes, pour estimer qu'il y a existence d'un groupe contre la personne qui nie cette existence, en matière de droit maritime. Nous avons souvent affaire notamment en ce qui concerne les pavillons de complaisance, à ce que l'on appelle des « single ship companies », les compagnies d'un seul navire, qui sont particulièrement insolubles, évidemment, quand le navire est au fond de l'eau.

Très souvent, les tribunaux français, la Cour de Paris en particulier, au mois de juillet dernier (e), et d'autres tribunaux, essaient de trouver les liens qui peuvent exister entre ces sociétés insolubles et une autre société beaucoup plus solvable, qui pourra de la sorte être poursuivie. C'est un moyen de lutter contre ces pratiques assez désastreuses.

J'en viens à ma conclusion : avons-nous, en France, un droit des groupes ? Je rejoins une précédente intervention : je pense qu'il est tout à fait inutile de légiférer sur ce point. La proposition Cousté, qui imitait le droit allemand, me paraît incongrue dans l'environnement français. Le droit allemand s'applique à des personnes qui sont très disciplinées d'une part, d'autre part à des sociétés qui sont très prospères et par conséquent, on peut obliger ces sociétés prospères à racheter les actions des minoritaires ou encore à s'engager à servir des dividendes inchangés aux actionnaires minoritaires des filiales qui ont été ainsi acquises, ce qui est impensable dans l'état financier de nos sociétés françaises. De toute façon, je crois que le patronat ne veut pas d'une loi.

Que va-t-il alors se passer ? C'est la jurisprudence qui intervient pour régler ce que la loi ne règle pas, et il me semble que la jurisprudence règle parfaitement cette question, à l'heure actuelle, avec la souplesse qui la caractérise et qui permet de faire face à ce double mouvement des intéressés, qui consiste à nier l'existence du groupe en matière civile et à la revendiquer en matière pénale. La jurisprudence a trouvé à peu près la parade dans les deux cas. Nous avons affaire à un droit jurisprudentiel, droit dont il faut dire qu'en matière de groupes de sociétés, il est appuyé considérablement par l'action de la Commission des Opérations de Bourse. Il me paraît suffire, sous une réserve que M. le Premier Président comprendra fort bien :

Que connaissons-nous de la jurisprudence ? Nous connaissons à peu près l'ensemble des arrêts de la Cour de Cassation, mais en ce qui concerne les arrêts des Cours d'Appel ou les décisions des tribunaux, nous ne connaissons que ceux qui ont été, par hasard, publiés dans nos recueils. Il serait souhaitable,

(e) Arrêt inédit 10 juillet 1979, Cour de Paris, 1^{re} Chambre, section A, Agence judiciaire du Trésor public c/ société Cosmos-Tours.

par exemple, de recenser au moyen de l'informatique, tous les arrêts qui ont été rendus par la Cour de Paris en matière de droit des groupes, pour voir vraiment ce qu'est, en pratique quotidienne, ce droit des groupes.

C'est sous cette réserve d'une connaissance qui n'est pas parfaite, de la jurisprudence, que je voudrais terminer après avoir dit quelques mots au sujet de l'interprétation extensive du droit pénal.

On s'est élevé, et cela m'a fait un plaisir particulier, contre les tentatives d'interprétation extensive du droit pénal; vous l'avez dit, Monsieur, et j'en suis tout à fait partisan. Dieu vous entende, et la Chambre Criminelle vous entende, car un arrêt du 15 janvier 1979 de la Chambre Criminelle (f) en matière de responsabilité d'un expert-comptable pour complicité avec les agissements des dirigeants sociaux me paraît avoir singulièrement élargi l'incrimination, en déclarant que la négligence est aujourd'hui constitutive de complicité. Mais c'est une autre histoire, et je voulais simplement dire que j'étais un partisan de l'interprétation non extensive du droit pénal par les tribunaux. Or, je pense qu'en matière de droit des groupes, il n'y a pas d'interprétation extensive.

(Applaudissements.)

M. Battegay (5). — Je vais me permettre, M. le Premier Président, de vous parler d'une affaire qui est à l'heure actuelle soumise à l'appréciation du Tribunal de Paris et qui va un peu à l'inverse de tout ce qui s'est dit ce matin.

En l'espèce, il s'agit d'une filiale d'une société cotée en bourse, qui traitait un marché très spécial portant sur des techniques très modernes et pas encore au point, et qui traitait ce marché avec une petite entreprise individuelle, une petite société sans très grosse envergure. Cette affaire s'est très mal terminée; ces techniques n'ont jamais pu être vraiment mises au point, d'où des pertes considérables. L'affaire individuelle s'est retrouvée en liquidation de biens. La filiale de la société cotée en bourse, elle, a pu supporter les pertes, grâce au fait que la maison mère a payé toutes les dettes.

Dans le cadre de multiples procédures, une personne intéressée par la petite affaire en faillite est allée acheter en bourse une action de la société mère et est allée porter plainte au prétexte que — et c'est là que cela devient intéressant — la société mère, en ayant payé les dettes de la filiale, a évité éventuellement à ses dirigeants les conséquences pénales de la banqueroute.

Là, on vient exactement à l'inverse de ce qui s'est dit, c'est-à-dire qu'en matière de groupe, on ne revendique pas les avantages du groupe pour soustraire la responsabilité, au contraire. C'est une question morale, pour en revenir au civil, mais maintenant elle est posée sur le plan pénal. Peut-on reprocher à un actionnaire qui détient 98 % ou 99 % du capital de payer les dettes de sa filiale? Là, c'est vu sous l'angle du pénal.

M. Bellet (1). — C'est donc de nouveau un problème moral, plutôt qu'économique.

Qui demande la parole ?

M. Dana (6). — Certains confrères, cet après-midi, ont évoqué la gestion commune de trésorerie sous forme de pools financiers dirigés par la société mère, sans que cela constitue a priori une irrégularité; or, si dans le groupe concerné existe des filiales ayant la forme de S.A.R.L., le simple fait pour ces S.A.R.L. de consentir des avances, même momentanées, à la société mère dans le cadre de la gestion du pool, constitue une irrégularité à l'égard de l'article 51, alinéa 3, de la Loi du 24 juillet 1966, puisque cette interdiction, contrairement à ce qui existe pour les sociétés anonymes, s'étend à tous les prêts consentis aux associés, personnes physiques et personnes morales.

Comment concilier, dans le cadre d'un groupe et d'une gestion commune de trésorerie souvent bénéfique au groupe — je me place bien entendu dans le cadre de « bons groupes » et de politique commune de trésorerie non frauduleuse — cette politique commune avec cette interdiction légale? On peut bien imaginer que les dirigeants transformeraient toutes les S.A.R.L. en S.A., mais cette mesure assez simpliste ne traduit-elle pas le caractère un peu formel de cette interdiction légale ?

M. Cavajani (7). — Je voudrais faire quelques remarques au sujet de l'intervention de M. Fourcade.

En ce qui concerne la différence d'unités de valeur qu'il a citée à propos de la Société Saint-Frères, on peut s'interroger sur la différence d'unités de valeur concernant les gens qui ont confié de l'argent à l'Etat pour en retirer des rentes et assurer leur survie. On peut se demander si l'arrêt est applicable dans tous les cas et pour tous.

En ce qui concerne l'intervention de M. Robin, ce matin, où il citait le Code Général des Impôts, je dirai que l'on a parlé de tous ceux qui pouvaient avoir un préjudice dans les agissements des dirigeants de sociétés, on a parlé des clients, des fournisseurs, des associés, des salariés, mais personne n'a parlé de l'Etat. Or, je crois qu'il est important de ne pas négliger cette notion. On a évoqué le droit des groupes pour dire qu'il n'y avait pas transfert de biens et que par conséquent, l'article 720 ne pouvait pas s'appliquer. Or, il semble bien que lorsqu'il s'agit même de filiation naturelle, de famille, on paie des droits, ne serait-ce que de succession. On ne voit pas pourquoi, a priori, on ne devrait pas payer des droits pour des filiations de sociétés. Je ne me place pas en défenseur de l'Etat; je suis Expert-comptable, je parle donc d'une manière assez objective sur ce point.

D'autre part, M. Fourcade a parlé des actes positifs pour justifier des condamnations, mais notre droit, actuellement, prévoit également je ne dirai pas des actes négatifs, mais des « non-actes », ne serait-ce que la non-assistance à personne en danger. Que dire d'un administrateur qui n'a pas voté contre l'approbation d'un bilan? Le fait qu'il s'est simplement abstenu, sans plus, implique, je crois, qu'il engage également sa responsabilité.

Enfin, on a parlé du fait que les dirigeants ont retiré un intérêt personnel, pour les condamner. Faut-il qu'ils aient retiré effectivement un intérêt personnel, ou doit-on retenir aussi le fait qu'ils auraient pu en retirer un ?

(f) Bul. n° 21.

(5) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Paris.

(6) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Paris.

(7) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Nancy.

Je connais le cas d'une société française où j'ai dû intervenir, si l'on peut dire, en tant qu'Expert pour les tribunaux, mais pas sous l'angle pénal, il y avait autre chose en question, dont les dirigeants avaient pris des actions d'une société d'un Etat américain, cette société étant régie non pas par la Loi fédérale, mais par la Loi de l'Etat en question. La participation des dirigeants dans cette société était de l'ordre de 40 % pour deux dirigeants de la société française, et la société mère — appelons-la comme cela — avait 20 %. Or, la société française avait fait des avances considérables à la société américaine, pour lui permettre d'étendre son marché, et les dirigeants n'ont pas participé dans les mêmes proportions à cette avance. La société n'a pas été in bonis et, finalement, tout le monde s'est trouvé en dépôt de bilan.

Là, on ne peut pas dire que les dirigeants ont retiré un intérêt personnel, d'autant plus qu'ils avaient engagé tous leurs biens propres en garantie des opérations de la société mère, mais il n'empêche que si tout s'était bien passé, ils auraient retiré incontestablement un intérêt personnel.

Je voulais simplement faire ces quelques remarques.

M. Bellet (1). — Merci beaucoup.

Mlle Doyen (8). — Je voudrais reprendre l'un des exemples qui ont été cités par M. Gaillard, car je crois que l'on peut en tirer une sorte de synthèse et d'idée générale. Il s'agit du cas de la société mère qui avait accordé, par des renouvellements de traites, des crédits spéciaux à l'une de ses filiales, et, qui était une centrale d'achats ; cette filiale se trouvait être en même temps l'un des adhérents de la société mère ; elle avait pour Président-Directeur Général le propre frère du Président de la société mère. L'expertise a démontré la réalité des renouvellements de traites et des crédits exceptionnels accordés à cette filiale et il a été répondu à l'Expert que cet avantage était motivé par le fait que ladite filiale faisait des expériences en matière de vente et avait besoin d'être soutenue.

Je vous dirai, pour l'anecdote, que cela s'est passé il y a quelques années et que depuis lors, la société mère a fait faillite, mais au moment de l'expertise, l'expert ignorait ces faits.

Ceci permet peut-être de dire ce que M. le Président Gondre a souligné très justement, c'est que l'élément intentionnel doit être recherché avec beaucoup de soin ; dans le cas présent, il n'était pas très commode de savoir si l'intention était d'avantager une filiale ou de permettre une expérience commerciale. Cela démontre en même temps que, dans les problèmes prétendus de groupe, il y a de faux problèmes de groupes, dans lesquels sous le couvert d'un groupe réel, ou seulement apparent, les faits reprochés peuvent avoir pour intention et pour effet d'avantager les dirigeants sociaux. Ce n'est pas véritablement un problème de groupes.

Il y a ensuite les vrais problèmes de groupes, selon lesquels il s'agit de savoir si certains faits qui, dans une situation ordinaire seraient reprochables, doivent continuer à être reprochables ou, au contraire, être excusés, si je puis dire, et ne pas pouvoir motiver

(8) Président de la Compagnie nationale des Experts Judiciaires en comptabilité.

des poursuites, en raison de l'intérêt économique du groupe.

Cela permet, me semble-t-il, de définir l'utilité d'une expertise comptable approfondie, parce que c'est généralement à l'issue de cette expertise que l'on verra s'il s'agit d'un faux ou d'un vrai problème de groupe.

Voilà ce qui m'est apparu à la lecture des rapports et à l'audition des premiers débats.

M. Bellet (1). — Merci, Mademoiselle.

M. Thorin (9). — Je ne voudrais pas que nos amis Dana et Battegay puissent nous dire tout à l'heure que nous avons péché par omission, parce que nous n'avons pas encore apporté de réponse à leurs questions pertinentes.

En ce qui concerne notre ami Dana, il nous pose un problème juridique très simple. S'il s'agit de relations de pool de trésorerie entre deux sociétés anonymes, il n'est pas question de recourir à une quelconque inculpation. Le groupe est structuré, il y a des mouvements financiers normaux, il y a équilibre entre la société qui reçoit et la société qui donne. Mais il nous dit : attention, s'il s'agit d'une S.A.R.L. au lieu d'une S.A., vous ne pouvez pas faire la même chose en raison des prescriptions de l'article 51, alinéa 3, de la loi du 24 juillet 1966, interdisant des prêts aux associés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales.

Le problème, à mon avis, est déjà résolu par la définition même du groupe et par ce que nous a dit tout à l'heure M. le Président Gondre. Il est mieux placé que moi pour répondre, mais je crois que si un cas d'espèce de cette nature se présentait devant la Onzième Chambre Correctionnelle, le simple fait que l'une des opérations intéresse une S.A.R.L. ne serait pas déterminant pour entraîner une condamnation, alors que, selon toute vraisemblance, les mêmes faits, dans le cas de deux sociétés anonymes ne seraient pas répréhensibles.

Le problème sera toujours le même : s'agit-il d'un groupe structuré et y a-t-il une volonté délibérée de nuire à l'une des sociétés au profit d'une autre ou au profit de l'un des dirigeants ?

En ce qui concerne notre ami Battegay, la réponse, à mon avis, est plus difficile. Il nous dit : voilà quelqu'un qui se présente et qui dit : je suis porteur d'actions et je vous demande de condamner par le simple fait que la société mère, en payant, reconnaît un peu sa responsabilité.

Encore une fois, je ne crois pas que c'est un problème ressortissant de la définition des grands principes qui nous préoccupent aujourd'hui ; il faudrait peut-être revoir le cas d'espèce. Tout à l'heure, je vous le dirai sans doute dans ma synthèse, il y a des problèmes spécifiques pour lesquels nous sommes très peu compétents, nous, les Experts-comptables judiciaires et avec le respect que je dois à MM. les Magistrats, je pense que dans certains cas, il peut y avoir des décisions tout à fait contradictoires rendues par des Chambres similaires, à l'intérieur d'une même Cour. Autrement dit, on ne peut pas définir un principe qui serait intangible et qui pourrait être appliqué partout.

(9) Expert-comptable agréé par la Cour de Cassation.

Dans le cas soulevé par notre ami Battegay, je pense qu'une telle action serait vouée à l'échec, mais je ne peux pas le jurer.

Mlle Doyen (8). — Il faudrait peut-être penser à répondre à la question posée par notre confrère Caby, ce matin, au sujet de la responsabilité qui risque d'être encourue par des commissaires aux comptes en matière de rapport prévu par les articles 101 et suivants de la Loi sur les sociétés.

Je crois qu'en cette matière, il convient précisément d'apporter à la loi une application plutôt restrictive qu'extensive, car en réalité, la loi ne dit pas que les Commissaires doivent donner une appréciation sur les conventions, mais dit qu'ils doivent les signaler. Il va de soi que si c'est une monstruosité, il ne faut pas qu'ils se mettent un bandeau sur les yeux, mais si ce n'est pas une monstruosité, c'est peut-être cinq ou six ans après que l'on s'apercevra que ce que l'on croyait normal n'était pas si normal que cela.

En matière de conventions courantes et normales — je crois me souvenir que c'est la question qui a été posée — c'est effectivement un point qui est assez mal défini.

Pour ce qui est de la responsabilité pénale, je crois qu'il faut surtout souhaiter que les Experts d'abord, les juridictions répressives ensuite, se replacent dans le contexte de l'époque et apprécient avec toute la mesure qui s'impose, si les comportements des sociétés d'abord, des commissaires ensuite, ont été en fait des comportements normaux. Il va de soi que nous sommes des experts, nous sommes des commissaires, mais nous ne lisons pas dans l'avenir.

Voilà, je crois, M. le Président, ce que l'on peut répondre sur ce sujet.

M. Garcin (10). — C'est précisément un problème que je voulais évoquer, et la solution que vous donnez n'est peut-être pas satisfaisante pour les Commissaires aux Comptes.

Mlle Doyen (8). — Je n'en ai pas de meilleure.

M. Garcin (10). — Dans le sens du choix que l'on a fait pour une jurisprudence souple ou relativement souple suivant la matière civile ou pénale par opposition à une loi qui serait rigoureuse et qui ne pourrait pas prévoir tous les cas, cela me permet de penser que l'on aurait aussi une certaine mansuétude à l'égard du Commissaire aux Comptes.

Vous avez de la peine à qualifier les opérations courantes et normales. Dans l'hypothèse d'une filiale à 99 %, c'est tout le problème des sociétés fictives que j'ai déjà expliqué dans d'autres instances et qui me tient à cœur, cette hypocrisie qui fait que l'on crée des filiales et que l'on crée des sociétés, dont les dirigeants ne sont pas des dirigeants, dont les commissaires aux comptes ont de la peine à être des commissaires aux comptes faisant leur travail, en raison des interférences des sociétés du groupe, et je pensais qu'on allait être assez clément en présence d'un commissaire aux comptes qui a rapporté des conventions de l'article 101 d'une société mère par rapport à sa filiale, qui a précisément été créée pour faire des opérations qui ne sont ni courantes, ni normales, parce que l'on veut avoir une

(10) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Grenoble.

priorité dans une fabrication, dans des études, dans une commercialisation.

J'allais poser la question de savoir si, compte tenu de cette orientation et d'une certaine sécurisation que vous nous avez donnée quant à l'attitude des tribunaux, on serait clément envers un commissaire aux comptes qui dirait : cette société est une société à 99 % ; c'est plutôt un département qu'une société, il y a des quantités d'opérations qui ne sont ni courantes, ni normales, mais que je peux considérer comme telles en raison de la filiation ; je me dispense de rapporter ces conventions. Dans l'hypothèse inverse, je devrais faire un rapport qui comporterait des dizaines de pages, car je devrais tout rapporter, puisque rien n'est courant, ni normal au cas particulier d'une filiale qui a été créée pour vendre à des prix réduits, au prix de revient strict, par exemple.

Légiférer sur ce problème de sociétés qui n'en sont pas me paraît très difficile, encore que là nous n'aurions pas ce problème des minoritaires qu'invoquait le Professeur du Pontavice. Effectivement, indemniser les minoritaires, c'est s'exposer à ne pas faire d'opérations de participation ou de fusion, car la charge serait trop lourde. Ce n'est pas une raison pour que les minoritaires soient déconsidérés ou que l'on ne prenne pas de dispositions en ce qui les concerne, mais dans la filiale à 99 %, qui est un cas que nous voyons, nous ne pouvons pas non plus les supprimer. Dans l'hypothèse de ces filiales, il n'y a donc pas de problème de minoritaires.

Peut-on légiférer ? Je ne le crois pas. La jurisprudence nous donnera des solutions, mais elle ne donnera pas de solutions au commissaire aux comptes qui, lui, devra rapporter les conventions. Là, c'est quand même une situation un peu anormale et que nous rencontrons tous fréquemment, que certains solutionnent en disant : nous n'intervenons pas, compte tenu des liens entre la mère et la filiale ; ce n'est pas une société, c'est un département. Néanmoins, si un jour il y a une action civile ou pénale, le commissaire aux comptes aura à répondre de sa position, d'autant plus que cette filiale n'est pas à l'abri d'une cession de sa totalité, et les acquéreurs pourront très bien se retrancher derrière une non-application de l'article 101 pour annuler certaines conventions.

M. Bellet (1). — Vous n'êtes pas d'avis que dans ce cas, le législateur pourrait intervenir ?

M. Garcin (10). — Si je trouvais la solution pour qu'il intervienne pour faire que les sociétés fictives, qui donc n'en sont pas, soient ramenées dans le sein de la société mère, ou deviennent des exploitations individuelles, société unipersonnelles dont nous avons parlé, M. le Premier Président, ou autres solutions, j'en serais, au cas particulier, enchanté.

M. Bellet (1). — Vous êtes pour le principe d'une solution législative, mais vous ne savez pas laquelle. C'est bien cela ?

M. Garcin (10). — Exactement. A défaut de cette solution législative, je pose le problème du commissaire aux comptes de la filiale à 99 %.

M. Lecante (11). — Vous me permettez de vous donner la position du Parquet. Ce qui nous importe

(11) Premier Substitut à la Section Financière du Parquet de Paris.

essentiellement, dans le domaine pénal, c'est que le groupe de sociétés n'ait pas été créé ou ne fonctionne pas pour frauder la loi.

Cela est important, et je rejoins sur ce point les deux orateurs qui ont très bien exposé ce problème tout à l'heure. Il ne faut pas que le groupe fonctionne pour camoufler les abus de biens sociaux commis dans l'intérêt personnel des dirigeants de la société mère ou, éventuellement, d'une filiale dirigée par l'un des parents du dirigeant de la société mère. Il ne faut pas non plus que ce groupe ait été créé pour échapper à la législation du travail, de façon à éviter d'atteindre ce chiffre de cinquante personnes qui entraîne la désignation de délégués syndicaux et de délégués du personnel.

En cette matière, le Parquet doit être vigilant, car il y a là une notion d'ordre public. Nous devons rechercher si, à l'occasion de la création d'un groupe, il n'y a pas la volonté des dirigeants d'échapper à telle ou telle disposition législative et donc, je le répète, de frauder la loi.

Je répondrai maintenant au précédent intervenant. Nous comptons beaucoup, au Parquet, sur le concours des commissaires aux comptes et des experts judiciaires. Les commissaires aux comptes ont un rôle préventif, car il leur appartient de voir ce qui se passe à l'intérieur d'une société.

Si le commissaire aux comptes s'aperçoit qu'il y a un certain nombre d'opérations que je qualifierai de plus ou moins contestables, il doit immédiatement se demander si ces opérations ont été faites dans l'intérêt du groupe — et je rejoins l'exposé qui a été fait tout à l'heure — ou si, au contraire, ces opérations peuvent avoir été dictées par l'intérêt d'un des dirigeants ou d'une société faisant partie de ce groupe.

Je vais répondre encore plus directement, et là je me permets d'être pratique et précis : lorsqu'il y a des hésitations sur ce point, le commissaire aux comptes doit s'adresser au Parquet, il doit demander à rencontrer le procureur, de façon à lui exposer les difficultés qu'il rencontre à l'intérieur du groupe et voir dans quel sens il doit intervenir.

Pour le Parquet, c'est extrêmement important, car cela lui permet d'exercer utilement son rôle préventif.

Les experts judiciaires, vous l'avez bien souligné tout à l'heure, lorsqu'ils sont commis par le Magistrat instructeur, doivent effectivement avoir toujours présent à l'esprit cette question de fraude à la loi et apprécier comme je viens de l'indiquer pour le commissaire aux comptes si les opérations contestables, ont été faites dans l'intérêt du groupe dans son ensemble ou au contraire dans un but frauduleux, soit pour s'approprier des fonds, soit pour avantager d'une manière irrégulière telle ou telle société déterminée.

(Applaudissements.)

M. Bellet (1). — C'est très intéressant.

J'ai une question personnelle à vous poser. Je crois que vous avez fait allusion tout à l'heure à un arrêt de la Chambre Criminelle du 23 avril 1970, rendu en matière d'entrave à la nomination de délégués d'entreprise. L'idée de fraude à la loi y était évoquée.

J'étais persuadé que la notion de fraude à la loi,

toujours d'un maniement difficile, n'était utilisable qu'au civil.

Ne donne-t-on pas alors une interprétation extensive à la loi pénale ?

Ce qui apporte de l'eau à votre moulin, c'est que la Chambre Criminelle dans son arrêt du 23 avril 1970, après avoir constaté à propos de la création successive de plusieurs sociétés qui n'avaient pas d'activité spécialisée propre, qu'il n'était pas démontré qu'elles aient constitué, au regard du droit du travail, des entreprises distinctes, et qu'à supposer même que la création de ces sociétés ait été économiquement et juridiquement justifiée, il incombait soit au Parquet, soit aux juges, de rechercher si cette apparence n'avait pas été utilisée pour faire échec à la loi. Cela s'appelle, en termes de Cassation, une violation pour défaut de base légale. La Cour d'Appel aurait dû rechercher s'il n'y avait pas une fraude à la loi, en matière pénale.

Cela conforte votre thèse. Vous avez la bénédiction de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation. En matière pénale, on va donc devoir chaque fois rechercher s'il n'y a pas eu fraude aux lois existantes en matière de constitution de groupes. Cela me paraît donner ou risquer de donner à la loi pénale, en la matière, une interprétation extensive.

N'est-ce pas donner au Parquet un devoir de vigilance excessif ; et pratiquer une extension démesurée de la loi pénale ?

(Applaudissements.)

M. Lecante (11). — Je tiens à vous rassurer, M. le Président, je n'ai pas l'intention de créer un nouveau délit, celui de « fraude à la loi ».

En réalité, si j'ai employé cette expression, c'est afin de donner un critère pour l'appréciation de la bonne ou la mauvaise foi des dirigeants du groupe.

Dans la notion de fraude à la loi, il y a la volonté de transgresser la législation par un moyen détourné, le plus souvent licite.

Il est bien certain que ce fait ne constitue pas à lui seul une infraction.

En revanche, il permet d'éclairer d'un jour utile l'action des dirigeants du groupe dont certaines opérations peuvent alors faire l'objet de poursuites.

Je m'explique : lorsqu'à l'intérieur d'un groupe où l'on a décelé un certain nombre d'opérations « contestables », on s'aperçoit que celles-ci ont été décidées essentiellement pour la bonne marche du groupe, pour assurer aux sociétés qui le composent le maximum de chances sur le plan économique et que ce but est la raison essentielle de l'existence du groupe, j'estime qu'il n'y a pas, dans cette hypothèse, de fraude à la loi et que le Parquet peut être indulgent à l'égard de ces dirigeants qui se débattent parfois au milieu de difficultés dont ils ne sont pas toujours responsables.

Mais, si en revanche, nous nous apercevons que les dirigeants se servent du groupe non plus pour renforcer leur action sur le plan économique, mais bien plutôt pour camoufler et faciliter des opérations délictueuses comme, par exemple, des abus de biens, alors en face d'un délit précis...

M. Bellet (1). — Je voulais vous le faire dire.

M. Lecante (11). — ... nous n'hésiterons pas à exercer des poursuites.

Il n'est donc pas question d'ajouter à la loi pénale le délit nouveau de fraude à la loi, mais de se servir de cette notion pour permettre à l'occasion d'une infraction précise, de caractériser l'intention frauduleuse.

Voilà ce que je voulais indiquer pour résumer la position de Parquet.

Bien souvent, on nous demande : quels sont les critères de poursuite ? Pourquoi poursuivez-vous telle chose ? Des commissaires aux comptes viennent nous dire : que dois-je faire ? Le Parquet, dans tel cas, va-t-il exercer des poursuites ? C'est pourquoi j'ai cru bon d'indiquer, et je crois qu'il est important de le faire, dans quel sens nous devons intervenir.

M. Bellet (1). — Je vous remercie. Je voulais vous faire dire cela, parce qu'il ne faut pas qu'il y ait une équivoque. Evidemment, vous êtes entre connaisseurs, mais il ne faut pas de raccourcis ou d'ellipses parce que pour les justiciables ordinaires, on risque la confusion. Je vois le cheminement de votre raisonnement, et je le suis entièrement, mais il ne faut pas sauter un maillon du raisonnement.

Premièrement, il pourrait y avoir un délit : abus de biens sociaux. Deuxièmement, comme l'a expliqué M. Fourcade, on essaie d'avancer un fait justificatif : c'était dans l'intérêt du groupe. Vous estimez que ce fait justificatif peut être un argument ou une circonstance absolutoire sur le plan de la bonne foi. A ce moment, le fait justificatif que l'on essaie d'invoquer doit jouer et le délit peut ne pas être retenu. C'est bien cela ?

M. Lecante (11). — Exactement.

M. Bellet (1). — Il ne faut pas inverser les propositions. Il est toujours dangereux de donner au droit pénal une interprétation extensive.

Merci, Monsieur.

(Applaudissements.)

M. Cotte (3). — Je voudrais seulement rappeler un point que l'on oublie trop souvent. Le Code de Procédure pénale demande au Procureur de la République de procéder ou de faire procéder à la *recherche* et à la *poursuite* des infractions ; or l'on s'est toujours polarisé sur le second terme, qui est le terme de « poursuite ». Il faut absolument que les Parquetiers, quand ils en ont le temps, le désir, et lorsqu'ils ont les connaissances voulues, admettent que la recherche est tout aussi importante que la poursuite sinon plus. Cette recherche les conduira parfois à appréhender des comportements qui n'ont aucun caractère délictueux, et les Parquets « céderont alors la place », si je puis m'exprimer ainsi. Mais surtout ne les détournons pas de cette tâche de recherche, avec le concours de tous ceux qui, à des titres divers, peuvent leur apporter des éléments d'information utiles et leurs connaissances, et au premier rang de ceux-ci les commissaires aux comptes.

M. Bellet (1). — M. Cotte, vous êtes d'autant plus tentés d'être vigilants quand apparemment il y a un délit, un abus de biens sociaux. Rien n'est plus facile, apparemment, que de déterminer un abus de biens sociaux et, là, il faut être vigilant et n'accepter

l'exception de circonstances atténuantes ou absolutoires, à savoir que l'on était de bonne foi, que lorsque la preuve est faite par la personne qui a abusé des biens sociaux, de sa bonne foi.

M. Cotte (3). — L'idéal serait de disposer de magistrats du Parquet qui ne fassent que de la prévention, ou plus précisément, de permettre aux parquetiers de se consacrer essentiellement à la prévention, mais l'on n'y parvient malheureusement pas.

M. Roger Plisson (12). — Je vous apporte tout d'abord le salut du Président Piot, qui est retenu à la Conférence Générale des Chambres de Commerce de France, aujourd'hui et demain, dans le Sud-Ouest, et qui n'a pas pu assister à vos travaux.

Je regrette de n'avoir pas assisté à vos travaux de ce matin, mais mes obligations de Juge Consulaire à Paris me retenaient.

Après avoir entendu les diverses personnes qui ont abordé le sujet qui vous préoccupe, c'est-à-dire le groupe face au droit pénal, je voudrais apporter ce soir l'opinion d'un chef d'entreprise.

Le groupe n'est pas né en France. Le groupe est né de quoi ? Il est né d'une concurrence internationale. Dans notre pays, il est né d'une réplique à cette concurrence internationale. Qu'il s'exerce par des sociétés filiales sur le plan international, c'est-à-dire extérieur à la France, ou qu'il s'exerce à l'intérieur du pays pour faire face à cette concurrence internationale, il répond à une motivation profonde, c'est-à-dire la convergence de moyens intellectuels, matériels, humains, financiers ou d'un mot plus générique, économiques. C'est une synergie, un rassemblement, une mise en œuvre, une organisation de ces moyens pour répondre à la concurrence.

Il est vrai que des problèmes existent, mais il ne faut pas croire que tous les groupes sont constitués pour faire échec à telle ou telle disposition légale. Le groupe est un vase communicant à double flux, c'est certain, même si cette responsabilité morale des dirigeants du groupe n'admet pas ce double flux, c'est-à-dire le jeu des pions de cette synergie, dans le respect des règlements, bien sûr, en faveur de telle ou telle société, mais aussi le retour, la convergence des moyens du groupe vers cette société lorsqu'elle en aura besoin. Telle est la conception économique d'un chef d'entreprise et la conception du groupe tel que nous l'avons vue en France, je le répète, face à la concurrence internationale.

M. Goldet (13). — Paris. Pour conforter ce que vient de dire l'éminent représentant du Tribunal de Commerce, j'observe que la notion de groupe dont on a parlé a surtout tourné autour des relations financières et des déséquilibres qui pouvaient naître de distorsions de ces rapports financiers normaux à l'intérieur du groupe, et des délits qui pouvaient en résulter. C'est quand même l'économie qui domine le problème du groupe ; on vient de nous le dire.

Je suis très intéressé de voir que dans les pays anglo-saxons et surtout aux Etats-Unis, la notion de groupe a surtout été retenue et fait surtout l'objet d'études en matière de domination économique, en matière de monopole, en matière de situation domi-

(12) Juge au Tribunal de Commerce de Paris.

(13) Expert-comptable près la Cour d'Appel de Paris.

nante dans des circonstances économiques extrêmement nombreuses et intéressantes, qui ont permis à ces pays de développer la notion de groupe non pas autour d'idées de relations financières seulement, mais surtout autour d'idées de relations économiques dominantes, et dominantes à un degré qui en devenait inacceptable. Je n'en veux pour exemple que le dernier procès dont a fait l'objet I.B.M. qui a été obligée de se séparer d'une de ses filiales. On se souvient aussi d'Exxon, qui avait été placée dans la même situation, et en ce qui concerne la Générale Electric, son Président même a été condamné à un mois de prison

ferme — il s'agit de la dixième ou onzième société américaine — dans une affaire de refus de vente.

Par conséquent, je crois que le groupe a essentiellement un fondement économique et c'est dans l'analyse des excès que peut créer la puissance du groupe que l'on sera amené à développer des recherches dans l'avenir, et des recherches extrêmement importantes.

M. Bellet (1). — Merci beaucoup.

Il est maintenant 17 h 30. M. Thorin, nous allons vous écouter avec le bonheur habituel.

Rapport de synthèse

présenté par

M. Félix THORIN, Expert agréé par la Cour de Cassation

Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation,

Monsieur le Premier Président de la Cour d'Appel de Versailles,

Messieurs les Magistrats,

Messieurs les Avocats,

Mesdames, Messieurs,

Mes chers Confrères,

La Compagnie Nationale des Experts Judiciaires en Comptabilité, encore une fois, au cours de son Congrès annuel, a voulu apporter sa contribution à l'analyse de l'évolution des théories juridiques et de la pratique du droit. En le faisant elle entend marquer sa place, si modeste soit-elle, dans la famille judiciaire et son rôle dans la préparation de la décision de justice.

Un jour, peut-être, l'expert judiciaire étudiera la nature juridique de la mission qu'il reçoit du juge, puisqu'il n'est, stricto sensu, ni un auxiliaire de justice, ni un véritable mandataire du magistrat qui l'a commis.

Il sait déjà, et c'est là l'essentiel, que de la précision et de l'étendue de ses travaux va dépendre, pour une part importante, la décision qui sera rendue.

M. le Procureur Général Chavanon nous disait l'année dernière à Caen, sous la forme d'une boutade, en raison du caractère quelque peu théorique de nos travaux qui portaient, je vous le rappelle, sur l'Abus du droit de majorité, qu'il aurait fallu faire précéder notre Congrès d'un Congrès de Magistrats spécialisés. Mais ce n'était qu'un rêve, poursuivait-il.

Jamais un tel vœu ne trouvera, sans doute, une occasion aussi propice de se renouveler.

Aujourd'hui, c'est sur une matière aussi difficile que la notion de groupe de sociétés et aux infractions financières pouvant être relevées dans un groupe que se sont penchés mes éminents confrères.

I. - LA NOTION DE GROUPE

En dépit de l'inexistence dans le droit positif français d'une législation sur les groupes, ceux-ci existent et se développent dans leur diversité de tailles, leur diversité de structures et dans les champs d'action qu'ils couvrent à l'échelle nationale ou internationale, nous a dit Mme Bon.

Dépourvu d'une personnalité juridique spécifique, le groupe ne doit pas être confondu cependant avec l'alliance momentanée de deux ou plusieurs entreprises ou leur collaboration de circonstance, que ce soit dans un but légitime ou pour faciliter la perpétration de faits réprimés par la loi.

S'attachant à définir le groupe véritable, le rapporteur nous a décrit un certain nombre de flux — économiques ou financiers — qui sont la manifestation d'un état de domination sans être, pour autant, la manifestation nécessaire et suffisante de l'existence du groupe.

Précisant davantage le contour des difficultés à appréhender pour aboutir à une définition satisfaisante à l'esprit, Mme Bon nous a proposé la conjonction de deux critères : l'état de dépendance et l'unité de direction, ce dernier se manifestant par :

— la possibilité d'infléchir ou de déterminer les décisions des entreprises dominées,

— l'organisation de services communs d'achat, de comptabilité, de gestion du personnel, d'étude et de recherches,

— la mise en place d'un pool de trésorerie, etc.

Nous ne pouvons que lui en donner acte.

J'ajouterai que la vitalité des entreprises, l'aptitude des hommes à s'adapter aux progrès économiques qu'ils suscitent ou subissent ne semblent pas permettre de « cristalliser » le groupe dans une définition d'une rigueur juridique plus élaborée.

Multiforme et souvent insaisissable, le groupe doit-il être considéré comme un moyen de troubler le droit des entreprises et, en particulier, celui des sociétés ? Certains le pensent au nom d'un juridisme inflexible.

Il faut bien reconnaître qu'en traitant avec l'entreprise A, un tiers est souvent loin de penser que la décision de la convention et ses modalités d'application ont été, en fait, imposées ou simplement « induites » — comme disent les économistes — par l'entreprise B.

Si notre droit positif, en particulier notre droit fiscal, renferme quelques dispositions en faveur des sociétés-mères et filiales, le nombre de celles qui tendent à restreindre le pouvoir de décision dans ces sociétés sont plus nombreuses, et ce pour une protection légitime du droit des minorités ou des tiers extérieurs au groupe.

Aucun des rapporteurs n'a considéré le groupe comme une association de fait dans le but d'échapper aux rigueurs de la loi ou à celles des impôts. Je reconnais là l'objectivité de mes confrères et leur en sais gré. Partagent-ils l'opinion de 60 à 80 % du public européen qui aurait pour les groupes multinationaux « un fond d'inquiétude non dissimulé, des réticences ou des résistances », et qui développerait à leur encontre « toute une sémantique de la défense et de la réserve » (1) ?

(Applaudissements.)

Leurs travaux ne font pas montre d'une telle inquiétude. C'est en toute sérénité qu'ils nous ont dit avoir rencontré des groupes dans la jurisprudence dont ils ont fait l'exégèse et c'est avec l'objectivité qui caractérise leurs constatations d'experts qu'ils ont exposé :

— dans quelles conditions la notion de groupe avait été utilisée comme fondement de la responsabilité d'une société dans les engagements d'une autre,

— comment cette même notion avait permis d'étendre les liens de la prévention,

— et, enfin, et c'est là une suite logique, dans quelles conditions l'existence d'un groupe pouvait servir de justification à certains faits qui auraient été susceptibles d'une qualification pénale.

II. - LA NOTION DE GROUPE UTILISEE COMME FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE D'UNE SOCIETE DANS LES ENGAGEMENTS D'UNE AUTRE

M. Saada nous a rappelé la construction jurisprudentielle patiente et subtile qui a forgé la notion d'apparence :

(1) L'opinion européenne face aux multinationales - Attali, Holtus, Kebschull, Peninou - CEIM Bruxelles 1977.

— Vous avez relevé, comme moi, dans son exposé les termes : « La société française est une émanation de la société de New York » et en était « la véritable filiale » ;

— Ces sociétés « ne forment qu'un seul être moral » puisqu'elles ont « même siège social, même personnel, même comptabilité, même caisse, même numéro de téléphone ».

Le rapporteur nous a également mis en garde contre une généralisation hâtive en relevant à notre intention que, dans sa sagesse, la Chambre Civile de la Cour de Cassation avait, dans un cas d'espèce, reconnu que, bien qu'ayant eu un temps le même dirigeant, une société-mère et sa filiale étaient toujours demeurées entièrement distinctes et qu'aucune confusion ne s'était produite dans leurs patrimoines.

Le droit positif a consacré une évolution marquée par des étapes significatives en 1935, 1940, 1953, par la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens.

Il est très probable que le législateur pensait peu aux groupes, lorsqu'il a décidé que les dettes sociales en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peuvent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux (2).

Pensait-il davantage aux groupes lorsqu'il a permis de déclarer, personnellement en règlement judiciaire ou liquidation des biens, les dirigeants énumérés plus avant, lorsque ceux-ci avaient fait des actes de commerce dans un intérêt personnel, ou disposé des biens sociaux comme de leurs propres biens, ou poursuivi abusivement l'exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale (3) ? Je ne le crois pas.

Certains des faits ainsi sanctionnables sont souvent les manifestations de ce que mon illustre Maître, M. le Pr Perroux, appelle l'Influence de Domination.

La recherche des indices de la gestion d'une entreprise par des tiers autres que ceux qui sont juridiquement en charge est une mission souvent confiée aux experts judiciaires. Ils savent en mesurer la difficulté et l'importance des conséquences qui s'attachent à leurs conclusions.

Sans parodier le Pr Perroux, je leur rappellerai que l'influence de domination s'exprime par le poids relatif des flux de l'économie dominante, sans pour autant qu'il soit utile que ceux-ci prennent une forme omnipotente. « Des aires » d'actions judicieusement choisies peuvent « induire » des zones éloignées et créer les conditions d'une dépendance calculée.

C'est dire que, dans la recherche des éléments de faits caractérisant la présence déterminante du groupe dans la prise des décisions, toute formule préétablie peut s'avérer insuffisante ou inadaptée.

Il semble, mais comment pourrait-on scruter la pensée des magistrats qui ont rendu des décisions retenant la responsabilité de sociétés ou personnes physiques autres que celles qui sont dans les liens de droit avec celui qui réclame réparation, il semble, dis-je, que ceux-ci étaient davantage animés par le

souci de faire réparer par celui qui était le véritable responsable du préjudice, que par la volonté d'assurer à la victime une réparation plus certaine puisque élargie.

M. Saada pense, quant à lui, que le fléau de la balance de la Justice aurait une certaine tendance à pencher en faveur d'un élargissement du champ de la responsabilité par l'adoption de critères de plus en plus faciles à réunir pour définir la gestion de fait.

Je lui laisse la hardiesse et, peut-être, le courage de son pronostic.

Sa proposition paraît constructive puisqu'il nous offre tout un « catalogue » de vérifications à entreprendre pour renseigner le magistrat qui aura commis l'expert judiciaire :

— la description de la structure du groupe,

— l'analyse de ses flux économiques et financiers et leur impact sur l'entreprise dont la responsabilité directe est en cause.

Mais doit-on être aussi serein que lui lorsqu'il appelle de ses vœux une loi qui créerait « une certaine solidarité entre les sociétés d'un groupe » et qui serait, en définitive, « bénéfique » dans le contexte de la jurisprudence actuelle ?

Ne doit-on pas plutôt craindre une définition juridique de faits et de situations qui ne ferait que « caricaturiser » — si vous me permettez cette expression en lui enlevant un peu de son acception ironique — des formules variées, évolutives et, quelquefois, sournoises, de direction d'un groupe ou à l'intérieur d'un groupe ?

III. - LA NOTION DE GROUPE UTILISEE POUR ETENDRE LES LIENS DE LA PREVENTION

Lorsque la recherche de la responsabilité pénale est entreprise, aux éléments ordinaires de la responsabilité civile — l'auteur, la victime — s'ajoute : la mauvaise foi et, souvent, l'intérêt personnel, donc l'intérêt autre que celui de la société en cause.

M. André Gaillard nous a promené dans le « jardin » peu fourni des quelques textes répressifs visant spécialement les groupes, mais bien vite à la fin de son cheminement, il a dû nous avouer que les articles 425 et 437 de la loi du 24 juillet 1966 réprimant l'abus des biens et du crédit concernaient, d'une manière plus générale toute société ou entreprise dans laquelle le dirigeant social avait des intérêts directs ou indirects.

La sanction pénale, nous a rappelé M. Gaillard, ne sera pas éludée par l'interposition d'une tierce société, fût-elle un groupe, et que ce soit dans les domaines technique, commercial, administratif, juridique ou fiscal, lorsqu'il sera établi qu'il s'agissait, de mauvaise foi, de faire des biens et du crédit d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme un usage contraire à ses intérêts, à des fins personnelles ou dans l'intérêt de cette tierce société.

C'est dans la démonstration de « l'usage des biens » et dans la recherche des faits caractérisant l'usage contraire aux intérêts de la société, les fins personnelles ou l'intérêt du groupe opposé à l'intérêt de la société ou, tout simplement, hors de proportion avec l'intérêt de la société, que l'expert comptable judiciaire

(2) Article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

(3) Article 101 de la loi du 13 juillet 1967.

aura à faire la preuve de l'efficacité de sa collaboration technique à l'œuvre de justice.

Il ne pourra cependant rester étranger ou ignorant de la base juridique de la prévention :

— la direction du groupe sera-t-elle inquiétée en qualité de dirigeant de fait de la société dont le bien a été détourné ou dissipé, et ce, dans l'intérêt du groupe entier ou d'une société du groupe ?

— ou pour avoir fourni aide, assistance ou instructions pour la commission du fait punissable ?

Cet aspect du problème, bien que strictement réservé au juge, n'a pas échappé au rapporteur.

Une question a été posée (ou mérite d'être posée) : l'auteur principal ou les auteurs principaux, le ou les complices essentiels, pourront-ils être poursuivis utilement lorsqu'il s'agira d'un groupe dirigé de l'étranger ?

L'évolution vers la responsabilité pénale des personnes morales semble, en France, inévitable (4).

L'« avant-projet définitif » du Code pénal de juin 1978 a retenu la responsabilité pénale des groupements « dont l'activité est de nature commerciale, industrielle ou financière » (article 37). Ses auteurs affirment, en préambule, que la personnalité morale est un « mode d'expression d'un véritable pouvoir collectif capable d'interdiction, d'action et donc de faute ».

La responsabilité pénale du groupement pourra être retenue lorsque l'infraction aura été commise dans l'intérêt collectif et celle des « membres du groupement, personnes physiques ou groupements, par la volonté » et dans l'intérêt desquels les faits ont été accomplis ».

Mais à chaque congrès suffit sa peine, je ne poursuivrai pas mon analyse de ce qui n'est qu'un projet. Mon propos tend simplement à relever que l'évolution ordinaire que nous avons connue depuis une trentaine d'années, à savoir : une jurisprudence qualifiée tout d'abord de « hardie » puis de « constante », suivie d'une construction législative critiquée puis admise — cette évolution ne tardera pas à prendre une accélération, peut-être irréversible, en raison de contingences internationales, telles que la construction de l'Europe.

IV. - LA NOTION DE GROUPE EVOQUEE COMME JUSTIFICATION DE CERTAINS FAITS QUI SERAIENT SUSCEPTIBLES D'UNE QUALIFICATION PENALE

Ce n'est pas sans mérite que M. Fourcade s'est attaché à trouver des cas où l'existence d'un groupe et les impératifs de son développement pouvaient servir de justifications à certains faits qui, considérés isolément ou hors du groupe, auraient entraîné une condamnation pénale.

Fallait-il en chercher la base juridique dans l'article 64 du Code Pénal... « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu... a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister » ? La contrainte morale en raison de l'ordre reçu ne semble pas avoir été retenue dans les décisions qui nous ont été relatées par le rapporteur, mais l'absence de mauvaise foi.

(4) La responsabilité pénale non individuelle, X^e Congrès international de droit comparé - Budapest - Août 1978.

Cette absence de l'élément intentionnel peut résider, nous a indiqué M. Fourcade :

— dans la justification économique de l'acte,
— dans l'équilibre entre les engagements contractés par les sociétés du groupe,

— dans le caractère normal, donc non disproportionné à ses possibilités financières, des engagements pris par la société en cause au profit d'une ou plusieurs sociétés du groupe.

Mais, c'est dans le jugement rendu dans l'affaire Willot que le rapporteur a trouvé une véritable synthèse de critères dits « objectifs » permettant d'apprécier la bonne ou mauvaise foi des dirigeants d'une société appartenant à un groupe en cas d'abus de biens sociaux :

— l'existence d'un groupe fortement structuré, reposant sur des bases non artificielles,

— le fait que les sacrifices demandés à la société le soient dans l'intérêt du groupe, pour le maintien de son équilibre et la poursuite d'une politique cohérente,

— le fait que les sacrifices demandés à la société ne soient pas hors de proportion avec ses possibilités réelles,

— l'absence d'intérêt personnel des dirigeants contraire à l'intérêt du groupe.

La recherche de ce dernier critère ne manquera pas de poser des problèmes tant au juge qu'à l'expert judiciaire. Faudra-t-il que l'intérêt personnel soit complètement absent ou suffira-t-il que l'intérêt du groupe soit supérieur ou la cause déterminante de l'acte ?

Les sacrifices consentis par la société qui doivent être estimés au moment de la commission des faits susceptibles de la qualification pénale seront-ils « pesés » à raison des résultats effectivement obtenus ou de ceux qui pouvaient être légitimement espérés ?

Ces interrogations sont le reflet des doutes du rapporteur général sur le caractère définitif des quatre critères cités plus avant.

Faut-il craindre que le nombre des critères dits objectifs n'augmente chaque fois qu'ils seront satisfaits et que l'émotion populaire ou la presse aura stigmatisé le comportement de tel groupe national ou multinational ?

Qui peut se prononcer ?

Les intérêts en présence peuvent être à la fois contradictoires et d'une défense légitime :

— ceux de la société et des tiers qui ont traité avec elle,

— ceux du groupe auquel il appartient, en dehors duquel la société isolée ne trouverait sans doute pas, les conditions de son épanouissement.

V. - CONCLUSIONS

A la veille de discussions théoriques dans le milieu spécialisé des juristes sur la responsabilité pénale des « groupements » — puisque c'est le terme consacré par l'avant-projet définitif du Code pénal — la Compagnie Nationale des Experts Judiciaires vous a proposé, messieurs les Hauts Magistrats, Magistrats, Avocats, Experts Judiciaires, mesdames, messieurs, des réflexions de quatre de ses membres les plus presti-

gieux. Ils ont fait état de leur certitude : les groupes existent, ils en ont rencontré et les ont vus, dans leur complexité, dans les enchevêtrements des liens qu'ils tissent pour mieux agir ou mieux se protéger et, quelquefois, pour essayer d'échapper à des contraintes légales de toute sorte.

S'ils ont recherché et exposé la jurisprudence sur les groupes :

— celle qui retenait dans les liens de la responsabilité civile ou pénale,

— comme celle qui enlevait au fait sa coloration pénale en raison de l'existence d'un groupe, ce n'est pas sans penser au but limité de leur entreprise.

J'emprunterai ma conclusion au Président de la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation qui

nous avait fait l'honneur de présider notre XII^e Congrès National à Angers en 1973 :

Il avait déclaré : « l'expert judiciaire doit savoir le droit, afin de ne pas le violer et de diriger correctement ses investigations. S'il ne peut se substituer aux magistrats, il travaille en collaboration avec eux et il ne peut se rendre vraiment utile qu'en se rendant parfaitement compte de la question de droit qui se pose à eux.

La qualité de son travail est donc conditionnée à la fois par l'étendue de ses connaissances juridiques et la clarté et la précision de la mission qu'il reçoit ».

Ce Président c'était vous, monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation.

(Applaudissements.)

Conclusions tirées par M. Pierre BELLET

Premier Président de la Cour de Cassation

Mademoiselle, vous m'avez demandé de conclure après les conclusions de M. Thorin.

Il résulte des débats que le sujet que vous avez mis à l'ordre du jour est d'un intérêt considérable. Cet intérêt a été d'autant plus grand que l'intervention des six orateurs a démontré que les Experts-comptables étaient aptes à s'adapter aux difficultés les plus grandes.

Trois ou quatre grandes idées s'élèvent au-dessus de la discussion.

D'une part, la disparité énorme qu'il y a toujours entre le droit et les faits et l'ignorance dans laquelle restent tant de juristes, de la réalité économique.

Leur devoir est de rechercher ce qu'il y a derrière les apparences.

Au surplus, il est nécessaire de faire des distinctions, sans quoi un tel sujet ne peut pas être abordé, ni résolu, bien sûr. La distinction que vous avez proposée vous-même et qui est fondamentale est excellente ; à savoir une distinction entre le domaine civil et le domaine pénal.

Au Civil, l'approche du problème est probablement plus simple à beaucoup de points de vue. On s'aperçoit que la notion de personnalité morale se trouve à l'heure actuelle dépassée par autre chose qui n'est pas encore défini ni mis au point. Certes, on a commencé à se servir de nouveaux concepts et à créer des institutions. Il y a la loi sur les Groupements économiques d'intérêt commun. Et tout le monde utilise la notion d'entreprise, sans bien savoir d'ailleurs ce que c'est.

Il faut évidemment procéder en matière de groupe avec les moyens du bord, mais ce n'est peut-être pas très facile. Car il y a contradiction interne, par définition, entre la dépendance économique qui existe entre deux sociétés et leur indépendance juridique. Le monde économique et le monde juridique sont deux réalités qui se confondent et qui s'enchevêtrent, sans se rencontrer.

On a eu recours d'abord à l'article inépuisable et jamais encore épuisé, l'article 1382. Puis, de fil en aiguille, on a approfondi la question. On a parlé d'apparence et je me suis permis de vous dire, ce matin, que c'était un jeu de mots. Il eut fallu dire la théorie de la réalité et non de l'apparence. Effectivement, on a substitué à la théorie de l'apparence celle de la direction de fait. C'est une approche bien meilleure du problème.

Il fallait, pour les tribunaux, trouver des formules qui ne se contredisent pas entre elles et ne pas tomber dans des cas d'espèce jamais comparables les uns aux autres. Or, il y a eu des contradictions entre la Cour de Cassation et la Cour de Paris. Les uns ont dit qu'il y avait obligation morale de soutenir la société filiale, les autres le contraire.

Sur le plan pénal, M. de Pontavice, dans sa brillante intervention, vous a dit que l'approche était entièrement différente. Au civil, le défendeur nie, purement et simplement, se retranchant derrière l'apparente indépendance juridique des sociétés en cause, alors qu'au pénal, parce qu'il y a peut-être des personnes vigilantes qui veillent sur eux, qu'il y a toujours des experts ou des chefs comptables à la disposition du Parquet et du Juge d'Instruction, les défendeurs préfèrent avouer à moitié en disant :

certes, il y a un groupe, mais l'existence de ce groupe est précisément une justification à notre décharge.

Le problème est là quelque peu renversé. Il y a presque un renversement de la preuve, et dans ces renversements de preuve, il faut faire très attention pour savoir où l'on en est. On peut épargner des gens qui ont commis un délit mais non pas poursuivre des gens qui n'en ont pas commis. On peut épargner des gens qui ont apparemment commis un délit, à condition qu'ils prouvent leur bonne foi. Celle-ci constitue, en la matière, une excuse absolue, dès lors que l'on n'admet pas que c'est un délit contraventionnel.

Ce qui m'a frappé, c'est l'importance énorme, quantitative et qualitative, en pénal, du délit d'abus de biens sociaux, car les trois quarts de la discussion, en pénal, ont porté là-dessus. Il y a quelquefois de bonnes lois, il y a des lois qui ont subi l'épreuve du temps telle la loi sur l'abus des biens sociaux qui survit encore, malgré toutes les attaques dont elle fait l'objet et les limitations que l'on essaie de lui apporter. Elle est en voie de développement puisqu'il est question des abus de biens sociaux au détriment d'un groupe. La théorie des abus de biens sociaux qui était faite contre le groupe, dans certains cas, va être faite pour aider le groupe et non plus pour aider des sociétés à l'intérieur du groupe.

En matière pénale — les orateurs et les intervenants l'ont indiqué avec beaucoup de brillance — les recherches à faire sont plus complexes et plus subtiles qu'au Civil. Il faut, en effet, procéder à une analyse psychologique subjective : conscience, bonne foi ou ignorance. Ce n'est peut-être pas vous, Experts-comptables, qui avez à en débattre. Mais vous pouvez vous permettre de suggérer quelques indications à ce sujet. C'est le Juge qui, en dernière analyse a à trancher ; soyez heureux de ne pas avoir à le faire, car pour un Juge rien n'est plus difficile que de trancher et de décider de la faute et de la mauvaise foi, comme de la bonne foi. Je crois que sur ce plan, il y a déjà des difficultés considérables.

Le second élément à considérer est l'élément matériel de l'infraction. Nous avons eu des développements très intéressants. A ce sujet, M. Gaillard ou M. Fourcade, comme certains intervenants, ont fait valoir que cet élément devait se ramener à des considérations économiques générales. Dans les considérations qui ont été reprises dans le fameux jugement Willot, notamment, il est tenu compte du sacrifice des uns et des autres ; il faut au surplus que le sacrifice du sacrifié ne soit pas excessif et qu'il ne soit que provisoire.

Sur ce point, il y a un grave risque de disparité entre les décisions des Juges du fond, car le contrôle de la Cour de Cassation ne saurait porter là-dessus.

On a été de plus en plus loin et j'ai entendu un expert, orfèvre en la matière, parler de « l'économie du pays ». Bien sûr, il y a l'intérêt de la société incluse dans le groupe, qui va se confondre avec l'intérêt du groupe, et l'intérêt du groupe va peut-être se confondre avec l'intérêt du pays.

Quelqu'un a fait une très vague allusion à la prise en considération par les Juges des risques de chômage, si une condamnation intervient.

On aborde alors naturellement le problème que tout le monde a évité soigneusement, mais auquel tout le monde pensait, celui des multinationales. Il

serait intéressant de savoir ce qui sera décidé à l'égard d'un groupe multinational.

Pour conclure, que penser, dans le domaine des groupes, des avantages respectifs de la loi et de la jurisprudence ? Tout dépend de la loi que vous nous proposez. La question est de savoir quand vous légiférez et comment vous le faites. Il y a loi et loi. Elles peuvent être plus ou moins bonnes. Je pense que l'on pourrait concrétiser par une loi ce qui déjà est passé au crible et à l'épreuve de la jurisprudence. C'est ce que l'on a fait pour les assurances, pour la Loi sur la propriété artistique et intellectuelle. Il faudrait trouver les points sur lesquels la jurisprudence est arrivée à une certaine stabilité pour consolider celle-ci par des textes législatifs.

La question est d'ailleurs de savoir si l'on ne pourrait pas incidemment légiférer sur l'abus de biens sociaux, puisque c'est cette question qui donne lieu à difficulté, en introduisant quelques limitations à la loi existante.

Quant à la responsabilité pénale des groupes, M. du Pontavice a l'avantage énorme d'avoir passé de lon-

gues années aux Etats-Unis et d'apporter le fruit de l'expérience américaine, ce qui n'est pas peu de choses. Il nous a dit que l'on perdrait sur tous les tableaux si l'on instituait une responsabilité morale des groupes : les dirigeants s'esquiveront et les personnes morales elles-mêmes échapperont à de lourdes sanctions. Est-ce cela que vous souhaitez ?

Le sujet que nous avons abordé, tel qu'il a été traité par les orateurs et par les intervenants est un sujet passionnant et remarquablement traité par les six orateurs. Les travaux pourraient, un jour, se poursuivre en droit comparé et en droit international.

C'est à l'honneur de votre Compagnie que d'avoir choisi un tel sujet. Spécialement à l'honneur de celle qui vous représente, Mlle Doyen. Je me tourne vers elle pour l'en féliciter. Je la remercie de son accueil et je vous remercie en vous adressant mes vœux les plus chaleureux.

(Applaudissements.)

Mlle Doyen. — Je vous remercie, M. le Premier Président.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages de Doctrine

Bézar, Dabin, Echard, Jadaud et Sayag. — « Les Groupes de Sociétés » - Etude du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires.

Delmas - Marty. — « Droit Pénal des Affaires » (Thémis).

Faculté des Sciences juridiques de Rennes. — « Droit des Groupes de Sociétés : Analyse - Propositions » (Librairies Techniques).

Robert. — « Le Droit Pénal des Affaires » (Que Sais-Je ?).

Sousi. — Aspects juridiques de la Concentration des Entreprises » - Cours de Doctorat 1976-1977.

Vanhaeche. — « Les Groupes de Sociétés » (L. G. D. J. 1959).

II. Revues professionnelles

— Bulletin du Conseil national des Commissaires aux comptes.

— Economie et comptabilité.

— Les Mercredis de la Comptabilité : « Vers un droit des groupes de Sociétés ».

— Revue Française de Comptabilité.

III. Articles et notes

Bouloc. — J.C.P. 1972 - II, p. 158.

Delmas - Marty. — J.C.P. 1976 - II, 18476 — J.C.P. 1979 - Doctr. n° 2935.

Fougères. — Jurisclasseur Pénal - Annexes - Sociétés - Fascicule H.

Guyon. — J.C.P. 1976 - II, 18523.

Léauté. — J.C.P. 1973 - Doctr. n° 2551.

Léoty. — J.C.P. 1975 - Etudes et Commentaires n° 11861.

Mayer. — J.C.P. 1973 - II, 17335.

Rives - Lange. — D. 1975, Chron., p. 41.

Sortais. — Revue de Jurisprudence commerciale, mars et avrie 1977.

Sousi. — J.C.P. 1975, Etudes et Commentaires, n° 11816.

Ph. le T. — D. 1972 - J.P., p. 695.

Trochu, Jantin et Lange. — D. 1975 - Chron., p. 7.

IV. Jurisprudence

— T.G.I. Paris, 11-5-1955, J.C.P. 1955, II, 8973. — 12-12-1955, Rev. Sociétés 1957, 415.

— Cass. Crim., 4-12-1956, Bull. Crim. 799.

— T.G.I. Paris, 12-12-1959, Colin - Inédit — 5-7-1960, J.C.P., C.I. 1961, 69082 — 26-11-1968, G.P. 1969, 1^{er} Sem., 309 — 19-6-1970, De Moy de Sons - Inédit.

— Cass. Crim., 14-2-1974, J.C.P., C.I., 75, 11861.

— T.G.I. Paris, 16-5-1974, G.P. 1974, 2^e Sem. 886.

— Cass. Crim., 16-12-1975, J.C.P. 1976, II, 18476.

V. Etudes diverses

— Rapport de la Conférence générale des Tribunaux de commerce de Lyon, 1976.

— Rapport de la Conférence régionale des Tribunaux de commerce (14^e Région).

— Exposé de M. Gondre à l'Assemblée plénière du T.G.I. de Paris, du 8-11-1977.

