

# Revue des sociétés

Revue des sociétés 2006 p. 281

La confusion des patrimoines au sein d'un groupe

**Bernard Grelon, Professeur à l'Université de Paris IX (Paris-Dauphine)**  
**Carole Dessus-Larrivé, Avocat au Barreau de Paris**

## L'essentiel

Des affaires retentissantes, largement commentées, *Air Lib, Metaleurop, Parmalat, Rover*, ont à nouveau attiré l'attention sur les défaillances d'entreprises au sein du groupe. L'extension de la procédure à l'ensemble du groupe, ou au moins à la société mère, prévue par l'article L. 621-2 du code de commerce est souvent utilisée pour faciliter la centralisation de la procédure et pour appréhender les actifs détenus par la société *holding* aux dépens de sa filiale en redressement ou en liquidation judiciaire.

Ces pratiques ont récemment été condamnées par la Cour de cassation qui, à cette occasion, a retenu une conception restrictive de l'anormalité dans le cadre des relations financières propres aux groupes. Paradoxalement, cette reconnaissance du groupe a pour effet d'écartier tout traitement judiciaire global du groupe par le tribunal de procédure collective.

Dans un autre domaine, celui de l'unification procédurale, la Cour de justice des Communautés européennes, mettant fin aux audaces des juridictions nationales, a adopté, par crainte du *forum shopping*, une attitude comparable.

**1.** *Air Lib, Metaleurop, Parmalat, Rover* : ces quelques anciens fleurons industriels, groupes d'envergure européenne ou mondiale, sont devenus le synonyme de « faillites retentissantes », dans lesquelles le cynisme, la maladresse ou la malhonnêteté des dirigeants ont généré des conséquences financières, sociales et humaines importantes, qui ont provoqué l'émotion d'un large public et ont conduit les autorités publiques à rechercher des remèdes rassurants, sinon efficaces. L'action en extension a paru, à tort, dans deux de ces cas au moins, constituer la réponse adaptée à ces crises.

**2.** Mécanisme dont le principe a été suggéré, sous couvert d'une simple règle de compétence, par l'article 7 de la loi du 25 janvier 1985  (1) par le législateur, et dont la construction a été abandonnée à l'oeuvre prétorienne, l'action en extension de la procédure collective constitue une procédure largement utilisée par les mandataires de justice aussi bien pour reconstituer un patrimoine dissipé par le débiteur que pour faciliter la restructuration de ses actifs.

En permettant d'étendre la procédure collective ouverte à l'encontre d'une personne à une autre personne, l'action en extension, visée à l'ancien article L. 621-5 du code de commerce (modifié par la loi du 26 juill. 2005 et devenu, dans la nouvelle numérotation, l'art. L. 621-2, c. com.) a rendu possible l'abolition des frontières entre personnes morales, faisant ainsi échec au principe de leur autonomie. Cette procédure, qui permet, par la constatation de la seule situation patrimoniale du débiteur, d'appréhender des actifs artificiellement exclus de son patrimoine sans avoir à s'interroger sur son comportement, est dorénavant possible, non seulement dans le redressement ou la liquidation judiciaire mais aussi dans la procédure de sauvegarde  (2).

L'extension prononcée entraîne une unité de la procédure : non seulement il est fait masse commune de tous les biens et de tous les passifs des différentes personnes morales mais, de surcroît, la procédure ouverte est identique pour toutes les entités concernées. Les conséquences en sont importantes et graves pour les tiers et, notamment, pour les créanciers. La société objet de l'extension se voit soumise à une procédure collective sans que, pour elle, les critères d'ouverture de la procédure ne soient réunis. Les créanciers de cette société entrent ainsi en concurrence avec les créanciers de la société qui a été à l'origine de l'extension.

La jurisprudence, consciente de la nécessité de respecter les droits des tiers, a dégagé deux fondements de l'action en extension : la confusion des patrimoines et la fictivité, mais seul le premier aboutit à un véritable patrimoine unique. En cas de fictivité, en revanche, il n'y a pas vraiment abolition de la personnalité morale.

**3.** Bien que la confusion des patrimoines ne soit pas propre aux structures de groupe, ces dernières en sont devenues un terrain de prédilection.

Les groupes de sociétés, au-delà de simples relations capitalistiques entre différentes composantes du groupe, génèrent des relations de pouvoir et des relations financières permettant de répartir les ressources là où il en est besoin et de faire remonter, à travers différentes techniques, les flux financiers vers les sociétés têtes de groupes : distribution de dividendes, comptes courants rémunérés, commissions de gestion ou de commercialisation, gestion centralisée de trésorerie, etc.

En pratique, la constitution d'un groupe vient bousculer le principe d'autonomie de la personnalité morale. L'actionnaire majoritaire impose très souvent ses choix aux sociétés du groupe tant en matière juridique, qu'économique ou sociale. Une politique commune, la recherche de l'allocation optimale des ressources commandent le fonctionnement du groupe et impliquent une stratégie homogène et globale.

Parallèlement, les méthodes de l'ingénierie financière appliquées dans les groupes conduisent naturellement à organiser le groupe de manière à faire remonter le plus possible les disponibilités des sociétés d'exploitation dans les sociétés têtes de groupe et à concentrer la remontée des flux financiers vers les actionnaires finaux.

Ces mécanismes complexes incitent, en cas de défaillance des filiales ou de certaines d'entre elles, à rechercher les actifs des sociétés *in bonis* pour permettre l'apurement des passifs des sociétés en redressement ou en liquidation.

**4.** La tentation est alors forte pour les mandataires de justice et pour les tribunaux d'étendre à l'ensemble des sociétés du groupe la procédure ouverte à l'encontre de certaines d'entre elles. Cette extension, possible dès l'ouverture de la procédure, permet aussi bien de lutter contre les dissipations d'actifs et d'appréhender l'ensemble des actifs du groupe que de faciliter la gestion du groupe en procédure collective et les reclassements internes en n'obligeant plus l'administration et les dirigeants à s'attacher au respect de l'autonomie patrimoniale de chacune des sociétés.

Le patrimoine du groupe

**5.** Le patrimoine du groupe n'existe pas. Il n'est que la juxtaposition ou la combinaison comptable des patrimoines des diverses sociétés qui composent le groupe. De ce postulat, constamment réaffirmé [\(3\)](#), il résulte normalement que la procédure collective d'une ou de plusieurs sociétés du groupe n'affecte pas directement les autres sociétés demeurées *in bonis*. Et il est manifeste que les groupes, même de premier plan, n'hésitent plus à abandonner certaines de leurs filiales génératrices de pertes récurrentes [\(4\)](#). Le soutien - qui pourrait, au demeurant, être jugé abusif [\(5\)](#) - des filiales en difficulté ne constitue ni un devoir juridique, ni même un devoir moral.

Mais l'ouverture d'une procédure collective suscite - du côté des organes de la procédure - un autre regard. Les relations financières qui structurent le groupe et fondent son organisation deviennent facilement suspectes lorsque l'attention se porte sur leurs effets ou leurs finalités et qu'elles apparaissent comme ayant contribué à vider la société défaillante de bon nombre de ses actifs.

La confusion des patrimoines constitue un moyen aisé de rééquilibrer les actifs et les passifs du groupe. Mais, ce faisant, les principes mêmes sur lesquels sont construits les groupes risquent de se trouver malmenés ainsi que l'ont fait ressortir plusieurs affaires récentes : *Metaleurop* [\(6\)](#), *Air Lib* [\(7\)](#) et aussi, quelques années plus tôt, l'affaire *Pallas* [\(8\)](#). La spécificité du groupe oblige alors à réviser les conditions de l'extension de procédure.

La confusion de patrimoines encourue : le risque du groupe

**6.** Traditionnellement, pour la Cour de cassation, la confusion des patrimoines résulte, soit d'une imbrication des patrimoines, soit de l'existence de flux financiers anormaux (9). L'imbrication des patrimoines se révèle spécialement par la confusion des comptes, c'est-à-dire le désordre rendant impossible la détermination des droits de chacune des personnes concernées au point qu'il n'est plus possible de dissocier les masses actives et passives de chacune (10). Dans ce cas, en réalité assez exceptionnel et pathologique, la confusion des patrimoines est relativement aisée à prouver.

Plus fréquemment, l'indice majeur de la confusion des patrimoines repose sur l'anormalité des flux financiers et des relations financières. Confrontée au phénomène des groupes, cette terminologie n'est pas neutre et soulève des problèmes de frontière délicats.

Relations financières et groupes

**7.** L'existence d'un groupe ne porte pas atteinte, en soi, à l'autonomie juridique des sociétés du groupe. L'existence de relations financières ou commerciales ainsi que l'identité des dirigeants et des sièges sociaux ne caractérisent pas une méconnaissance de l'autonomie patrimoniale des sociétés concernées. La simple présence de dirigeants communs ainsi que l'identité des sièges sociaux sont insuffisants à caractériser la confusion des patrimoines dès lors que les deux critères de la confusion ne sont pas réunis. La Cour de cassation a ainsi censuré la Cour d'appel de Paris qui avait, à plusieurs reprises, manifesté une tendance à considérer que l'extension de procédure devait être prononcée à l'encontre d'une société *holding* n'ayant pas d'utilité réelle pour sa filiale (11).

L'extension d'une procédure à diverses sociétés d'un même groupe a été, encore, écartée, malgré des participations croisées, l'identité commune du dirigeant, la complémentarité des objets sociaux, l'interdépendance et l'intégration des activités, ainsi que l'étroitesse des liens financiers existant entre celles-ci, lorsque chacune des entités du groupe possédait un patrimoine personnel bien identifié, avait une vie économique autonome, leurs rapports financiers avaient l'apparence de la normalité, et il n'était pas justifié en quoi la participation de ces sociétés à un groupe à concentration verticale faisait, en elle-même, preuve de la confusion des patrimoines (12).

Pour caractériser une confusion des patrimoines, il faut plus qu'une densité de relations, personnelles, financières ou commerciales. Il faut que ces relations traduisent « un enchevêtrement d'éléments d'actifs et de passifs » des sociétés en cause (13).

**8.** Traditionnellement, la jurisprudence et la doctrine employaient la terminologie de flux financiers anormaux (14).

Sous ce terme de flux financiers étaient pris en compte des mouvements de fonds ou des engagements financiers sans aucune contrepartie ne trouvant pas leur origine dans les engagements réciproques des parties et résultant du détournement des ressources d'une entité vers l'autre.

**9.** Plus récemment, la Cour de cassation a utilisé le critère de « relations financières anormales » (15), concurremment à celui de flux financiers anormaux (16).

Or, c'est bien à cette notion nouvelle que fait référence la Cour de cassation dans l'affaire *Metaleurop* (17) en sanctionnant la Cour d'appel de Douai (18) de ne pas avoir caractérisé en quoi les éléments qu'elle avait relevés « révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion des patrimoines de la société mère avec celui de sa filiale ». En cela, et dans un arrêt dont on peut penser que chaque terme a été pesé avec un soin extrême, elle confirme cette récente évolution terminologique de la notion de confusion des patrimoines et l'abandon de la notion de flux financiers anormaux (19).

Les arrêts rendus par la Cour de cassation postérieurement à l'arrêt du 19 avril 2005 reprennent effectivement le terme de relations financières anormales (20). Dans ces espèces, la Haute Juridiction avait à se prononcer sur des opérations à sens unique, qui ne constituaient donc pas véritablement des flux financiers.

Ainsi, dans l'arrêt du 5 juillet 2005, les hauts magistrats approuvent la Cour d'appel d'Orléans d'avoir étendu la procédure d'une association à une autre association, constatant l'apport d'une créance en compte courant sans contrepartie, et substituent au critère de flux financiers anormaux employé par les juges du fond celui de relations financières anormales.

De même, dans l'affaire *Air Lib*, la Cour emploie la terminologie de relations financières anormales à propos d'abandons de créances, d'absence de facturation et de support des charges par la société d'exploitation.

La Cour d'appel de Paris semble avoir adopté cette terminologie et utilise désormais le terme de relations financières anormales depuis son arrêt de renvoi en date du 11 octobre 2005, alors qu'elle continuait jusque-là à faire référence à la notion de flux financiers anormaux pour refuser d'étendre la procédure collective (21).

**10.** Selon le président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, il ne faut pas y voir un changement radical des critères de la confusion des patrimoines, il s'agit simplement d'une « évolution de terminologie, rien de plus » (22).

Mais, comme il n'est pas de l'habitude de la Cour de cassation d'écrire pour ne rien dire, il est légitime de considérer que cette « évolution de terminologie » traduit aussi une évolution de la compréhension, par la Cour de cassation, des éléments à prendre en considération pour caractériser la confusion de patrimoines.

La notion de relations financières anormales est plus générale et plus souple. Elle permet de « sanctionner la pratique consistant à laisser filer les créances sans jamais réagir » (23) et elle permet de prendre en compte des situations plus complexes que les simples flux financiers et des cas dans lesquels il n'existe pas de flux : des avances de fonds sans remboursements ultérieurs, mais aussi des abandons de créances, une renonciation à percevoir des loyers, la perception de loyers anormalement bas, l'utilisation d'une structure par le personnel de l'autre...

**11.** De fait, la notion de « relations financières anormales » paraît présenter un double intérêt et avoir une double utilité.

En premier lieu, cette notion permet de caractériser une confusion des patrimoines là où il n'existe pas de flux financiers (ainsi, notamment, en cas de prêt de main-d'oeuvre).

En second lieu, et là est peut-être l'explication essentielle, le terme de relations financières peut aussi, à l'opposé, faciliter la justification des opérations entre sociétés, au sein d'un groupe notamment. Le terme, en effet, est plus large et plus général que celui de flux financiers, qui renvoie nécessairement à une situation d'espèce et à des opérations particulières. Le terme de relations financières, au contraire, renvoie à l'idée d'une structure préétablie dans laquelle se déroulent et se développent des flux financiers. Ainsi, l'existence d'une structure financière conforme à l'usage est de nature à justifier l'existence de flux financiers non réciproques qui, en l'absence de cette structure, auraient été jugés anormaux.

L'appel à la terminologie de relations financières ouvre ainsi la voie à la remise en cause de la notion même d'anormalité.

Groupe et anormalité

**12.** L'anormalité est un terme ambigu. Dans tous les cas, il constitue une méconnaissance de la norme. Mais celle-ci est ambivalente. Dans un premier sens, elle est synonyme de règle. L'anormalité traduit alors la méconnaissance d'un devoir, d'une obligation. En ce sens,

l'anormalité et la faute entretiennent des rapports étroits.

Dans un second sens, la norme se réfère à ce qui est normal. L'anormalité est alors seulement la manifestation d'un comportement erratique par rapport à une moyenne ou au comportement de la majorité. Elle ne se réfère pas à un devoir violé mais à un comportement inhabituel, minoritaire ou marginal.

**13.** S'agissant de la confusion des patrimoines, la jurisprudence, pendant longtemps, a joué sur cette ambiguïté. Le caractère anormal provient de l'absence de contrepartie, étant précisé que la notion de contrepartie doit nécessairement être envisagée à la lumière de l'ensemble des relations existant entre les deux personnes et du préjudice causé aux créanciers de la société en difficulté (24). Il en va ainsi de la mise à disposition par une société locataire des locaux à une autre société pendant plusieurs mois sans contrepartie pour la première qui a assumé l'intégralité des loyers et charges (25).

Sont aussi anormaux, au moins lorsqu'ils « procèdent d'une volonté systématique » (26), les transferts d'un patrimoine à un autre sans contrepartie : transferts d'actifs au détriment du débiteur, avantages sans contrepartie, encaissement de factures appartenant à une autre structure.

La seule renonciation occasionnelle et temporaire de la société bailleuse à exiger le paiement de la redevance due par la société locataire gérante correspond à l'attitude classique d'un créancier désireux d'accorder des délais de paiement à son débiteur. Elle est insuffisante pour caractériser la confusion des patrimoines résultant de flux financiers anormaux entre les sociétés (27). Il en est de même lorsque le bailleur a abandonné sa créance de façon provisoire compte tenu de l'existence d'une clause de retour à meilleure fortune (28). Il en va différemment lorsqu'une SCI réduit le loyer commercial et renonce ensuite à le percevoir, alors qu'il constitue sa principale ressource (29), dans le seul dessein de retarder la déclaration de cessation des paiements de la SA (30).

Dans toutes ces hypothèses, il apparaît assez clairement que l'anormalité implique, au moins implicitement, un jugement de valeur sur le comportement des associés ou des dirigeants auxquels il peut être reproché d'avoir cherché délibérément à porter atteinte aux droits des tiers et particulièrement des créanciers.

**14.** Dans un certain nombre d'hypothèses, pour appliquer cette notion aux groupes, les tribunaux ont admis l'existence d'une confusion de patrimoine bien qu'il n'y ait pas eu d'enchevêtrement des flux financiers et des actifs et passifs, dès lors que les dirigeants du groupe avaient isolé dans une société - celle ayant déposé son bilan - les passifs et dans une autre société - mère ou société soeur - les actifs utiles au groupe.

Ce type de montage financier, dans lequel l'actionnaire principal crée une société d'exploitation, structurellement débitrice, en conservant à son profit les actifs nécessaires à l'exploitation a paru aux tribunaux suffisamment anormale pour caractériser la confusion des patrimoines alors même que les dirigeants avaient eu le souci d'identifier de manière précise chaque flux existant entre les sociétés et de tenir une comptabilité parfaitement régulière. Ainsi, la procédure d'extension a été jugée justifiée lorsqu'il est apparu que le montage réalisé permettait de prendre des décisions défavorables aux intérêts de la filiale (31) ou lorsque l'acquisition des actifs par la société mère était financée par des loyers excessifs payés par la filiale d'exploitation (32). De même, il a été jugé que la convention de trésorerie qui permet à la société *holding* de bénéficier d'avances de trésorerie non rémunérées caractérise la confusion des patrimoines entre les deux sociétés (33). La Cour d'appel de Paris a encore considéré que des opérations qui aboutissaient à faire remonter les actifs dans la société mère sans désendetter réellement la fille caractérisaient la confusion des patrimoines (34).

Ainsi, à l'occasion, devant des comportements jugés abusifs, la jurisprudence n'hésitait pas à sanctionner, à travers la confusion des patrimoines, des groupes dont les structures étaient utilisées pour priver les filiales de leurs actifs ou de leur trésorerie.

**15.** Dans l'affaire *Metaleurop*, la Cour d'appel de Douai, dans son arrêt censuré du 16 décembre 2004, s'appuyant sur le rapport d'expertise déposé en octobre 2004, avait constaté des échanges de personnels, des prêts à long terme et des avances de trésorerie assortis de reports d'échéances et de délais de remboursement (35) alors que « rien si ce n'est un nouvel effort financier alors improbable ne permettait à la société mère d'espérer voir la situation de sa filiale se redresser » et alors que « la solvabilité de la société Metaleurop Nord ne dépendait que des capacités financières de la SA, de ses paiements, et de sa volonté d'accorder ou non un crédit ».

De même, le montage imaginé au sein de la société Air Lib était un bon exemple d'utilisation habile d'une politique de répartition des actifs et des passifs. Holco, société tête de groupe, avait reçu, pour constituer le groupe Air Lib, une somme importante du principal actionnaire des sociétés AOM-Air Liberté. Ces sommes avaient été pour partie affectées au paiement du prix des actifs d'AOM-Air Liberté et au financement de la nouvelle société, Holco conservant directement, ou dans d'autres filiales (Holco Lux, Mermoz), des sommes importantes affectées au financement de l'activité du groupe mais aussi à la rémunération des dirigeants.

De plus, les liquidateurs d'Air Lib avaient constaté qu'Holco avait accordé des abandons de créances à sa fille, qu'elle n'avait pas facturé des prestations à Air Lib, que la filiale avait supporté la totalité des frais, contrairement à la convention de prestations de services, et qu'Air Lib avait supporté seule le coût de transport des passagers titulaires de billets émis non utilisés.

Dans la continuité de cette jurisprudence « subjectiviste » sensible aux comportements des dirigeants autant qu'aux structures instituées, il pouvait apparaître que la confusion des patrimoines était susceptible de s'appliquer au cas *Air Lib* aussi bien qu'à celui *Metaleurop*. Toutefois, dans ces deux hypothèses, les structures financières adoptées correspondaient, au moins partiellement, à des modèles habituels d'organisation des groupes de sociétés. Au surplus, dans le cas d'Air Lib, le montage avait été validé par le tribunal de commerce.

C'est pourquoi de nombreux arrêts manifestent, à l'opposé, le souci de faire strictement le partage entre les relations caractéristiques des groupes jugées *a priori* légitimes et les comportements anormaux.

**16.** Les particularismes des groupes de sociétés : opérations de centralisation de trésorerie et de charges (par dérogation légale au monopole bancaire), échange et mise à disposition de personnel, avances de fonds, soutien de la société mère à sa filiale, sont validés et sont jugés *a priori* légitimes.

Dans l'affaire *Cocoon*, la Cour d'appel de Toulouse avait précisé « que la gestion centralisée de la trésorerie adoptée dans le groupe n'opère pas des flux anormaux entendus comme des flux sans contrepartie ; que la contrepartie se trouve précisément dans l'appartenance consentie au groupe et dans la vocation à tirer profit de cette appartenance ou à en subir éventuellement les effets négatifs. »

De même, la Cour de Douai (aff. *Metaleurop*), dans son arrêt avant dire droit du 2 octobre 2003 (36), affirme « la seule interdépendance économique des sociétés d'un groupe dont certaines fonctions, notamment comptables ou administratives, sont centralisées afin de les optimiser ou de les harmoniser, ne peut fonder l'extension de la procédure collective ouverte à l'encontre de l'une d'elles ». Et l'arrêt - censuré - du 16 décembre 2004 de la Cour de Douai (37) relevait « quant aux autres conventions [*celle de gestion de trésoreries et celle de prêt*] [...] les mesures d'instruction [...] conduisent au contraire à les rapprocher des pratiques habituelles des groupes de sociétés ».

C'est dire clairement que les modes d'organisation habituels des groupes, tels qu'ils sont révélés par les ouvrages et manuels de gestion, sont exclusifs de toute anomalie. Ce faisant, dans cette perspective, la normalité ne résulte plus que de la conformité à la pratique habituelle des acteurs économiques. La finalité recherchée par les acteurs est indifférente dès lors qu'elle s'inscrit dans un ensemble de pratiques sociales habituellement acceptées ou

perçues comme nécessaires.

Autrement dit, l'existence du groupe aboutit à repousser les limites de l'anormalité des relations financières intra-groupe et, corrélativement, à rendre la confusion des patrimoines constitutive de l'extension plus difficile à démontrer.

**17.** Mais cette approche comportementaliste plus que normativiste ne suffit pas à résoudre les difficultés que présentent les groupes au regard de la confusion de patrimoines.

La présence d'objectifs critiquables plus ou moins clairement recherchés par les dirigeants ou actionnaires à travers l'organisation même du groupe, maintient une incertitude profonde sur les critères de la confusion des patrimoines applicables aux groupes. Remettre en cause la légitimité de ces objectifs peut aboutir à la remise en cause du groupe comme ensemble d'entités coordonnées mais distinctes, en cas de procédure collective.

C'est à cette possibilité à laquelle, dans l'affaire *Air Lib*, la Cour de Paris avait refusé de recourir et à laquelle la Cour de Douai a cédé dans l'affaire *Metaleurop* - fortement suggérée aux mandataires de justice par une opinion publique prompte à la recherche de coupables, sinon de boucs émissaires - que la Cour de cassation a sans doute entendu mettre fin, non à partir d'une incertaine casuistique sur la notion « d'anormalité » mais en affirmant clairement la légitimité du groupe et son caractère exonératoire de la confusion des patrimoines.

La confusion des patrimoines écartée : l'effet de groupe

**18.** L'échec du traitement implicite de la situation des groupes à travers la notion de flux anormaux ou de relations financières anormales, a conduit les tribunaux à prendre directement en compte la notion de groupe dans le cadre de l'action en extension afin d'éviter qu'à travers la confusion des patrimoines, le régime des groupes soit radicalement remis en cause. Dans cette perspective, deux méthodes s'offraient aux juges. La première, assez classique, était celle du fait justificatif fondé sur l'intérêt de groupe ; l'autre, plus originale, était au contraire de modéliser le groupe comme archétype de la normalité. C'est ce second choix qu'a retenu la Cour de cassation.

L'intérêt de groupe comme fait justificatif des relations financières

**19.** Dans l'affaire *Metaleurop*, reprenant une méthode proche de celle du droit pénal, qui légitime les opérations d'usage de biens sociaux dans les groupes par et dans la limite de l'intérêt du groupe  (38), la Cour d'appel de Douai avait estimé que le critère de distinction devait être recherché dans l'intérêt du groupe.

Dans sa décision avant dire droit du 2 octobre 2003, la cour énonçait ainsi que « l'organisation d'un groupe de sociétés est susceptible de faire apparaître un intérêt collectif, qualifié d'intérêt de groupe, distinct de l'intérêt propre de ses composantes ; [...] » et en avait posé les limites en ces termes « la mise en commun des moyens et la subordination à celui du groupe des intérêts des sociétés le composant ne doit pas dépasser le degré d'organisation inhérent à un tel ensemble économique et que les sociétés contrôlées doivent conserver la maîtrise des fonctions essentielles à leur autonomie [...] ».

C'est notamment parce que, après expertise, il était apparu à la Cour, au vu de certaines opérations et des difficultés croissantes rencontrées, que « l'intérêt du groupe ne peut non plus être pertinemment invoqué alors que rien si ce n'est un nouvel effort financier alors improbable ne permettait à la société mère d'espérer voir la situation de sa filiale se redresser », que la Cour a considéré que « les relations financières entre les sociétés *Metaleurop SA* et *Metaleurop Nord* sont devenues anormales ».

**20.** Or, la Cour de cassation, si elle censure cet arrêt, n'est pas très explicite sur le critère permettant de faire le partage entre « relations financières normales » et « relations financières anormales » au sein d'un groupe.

Elle se contente de constater et de décider que les relations financières que sont une convention de trésorerie et de charges, des échanges de personnel et des avances de fonds ne peuvent caractériser une « anormalité » de ces relations.

On peut en déduire que ce que reproche la Cour de cassation à la cour d'appel est d'avoir considéré que ces relations - jugées à l'origine structurellement normales - pouvaient devenir anormales du seul fait de la dégradation de la situation du groupe et particulièrement de celle de la filiale.

La Cour de cassation, en revanche, ne se fonde nullement sur l'intérêt du groupe et elle occulte même la formule de la cour d'appel selon laquelle « l'intérêt de groupe ne pouvait être pertinemment évoqué ».

Et la cour de renvoi, dans son arrêt du 11 octobre 2005, est tout aussi silencieuse sur l'intérêt du groupe.

L'intérêt du groupe ne paraît pas déterminant pour faire le partage entre les relations financières normales et les relations financières anormales. C'est la seule existence d'un groupe structuré selon un schéma usuel qui fonde la normalité.

Le groupe comme modèle des relations financières normales

**21.** Finalement, ce qui justifie les opérations financières est l'existence d'une structure de groupe et non son utilité ou son efficacité pour les différentes sociétés du groupe. La conformité au modèle économique du groupe suffit à faire écarter toute anormalité, abstraction faite des finalités recherchées. Dès lors que le groupe a fonctionné en cohérence avec ces structures, le préjudice que subit une des sociétés du groupe ne transforme pas une relation normale en relation anormale, quel qu'ait pu être le déséquilibre en résultant.

L'anormalité ne résulte donc pas de l'organisation du groupe, qui peut engendrer des déséquilibres comme des avances de fonds, des échanges de personnels, des abandons de créances mais devra être recherchée, soit dans l'absence de conventions régissant ces opérations, soit dans le dépassement et la violation de ces conventions (39). C'est d'ailleurs ce qu'avait jugé le Tribunal de grande instance de Béthune dans sa décision du 11 avril 2003 (40) : « Le qualificatif anormal renvoie à l'idée de norme, et lui-même à l'idée de contrat puisque le contrat constitue la loi des parties ; la relation devient anormale ou hors norme, lorsqu'elle sort du cadre contractuel qui officiellement gouverne les rapports entre les parties ».

**22.** La conformité des relations financières entre les sociétés aux modèles d'organisation des groupes a permis, dans l'affaire *Air Lib*, de justifier un abandon de créances, des paiements reçus ou effectués par les filiales et la répartition des sommes perçues de l'ancien actionnaire (41). Il convient de souligner que l'abandon de créance de la société mère avait une contrepartie plus qu'incertaine, à savoir une clause de retour à meilleure fortune.

L'apport de l'affaire *Metaleurop* réside dans le fait que la Cour de cassation se réfère, dans son attendu, pour constater l'absence d'anormalité des relations financières constitutive de la confusion des patrimoines, non pas à la notion d'intérêt du groupe mais à la conformité des relations intra-groupe à un modèle d'organisation habituel des groupes (42).

En d'autres termes, la Haute Juridiction, en censurant les juges douaisiens qui s'étaient expressément référés à la notion d'intérêt du groupe pour juger que les relations financières étaient anormales et en faisant référence à l'article L. 624-3 du code de commerce, laisse entendre que la notion d'intérêt du groupe serait plutôt réservée à l'appréciation de la faute dans le cadre d'actions en responsabilité, tant civile que pénale.

L'action en extension pour confusion des patrimoines, par sa vocation purement patrimoniale, est exempte de toute appréciation d'un comportement fautif. Elle n'implique aucune appréciation de la gestion du groupe.

La gestion du groupe

**23.** La gestion du groupe ne peut toutefois être ignorée par les organes de la procédure. Il leur appartient d'apprécier la gestion passée pour apurer celui-ci et sanctionner les fautes commises. Il leur appartient surtout de préparer l'avenir en organisant le groupe de manière à assurer sa pérennité.

L'apurement du passé

**24.** La Cour de cassation, à l'occasion de l'arrêt *Metaleurop*, tout en verrouillant la porte de l'extension, entrouvre celle de la responsabilité du groupe.

Ainsi, d'une part, incidemment, alors que la question n'avait été ni soulevée, ni même évoquée, la Cour de cassation, par un *obiter dictum* particulièrement remarqué, laisse entendre que les faits relevés par la cour d'appel, s'ils ne justifiaient pas l'extension de la procédure collective à la société mère pour confusion, auraient pu constituer des fautes de gestion de nature à créer une insuffisance d'actif chez la filiale, au sens des dispositions de l'article L. 624-3 du code de commerce.

D'autre part, dans l'affaire *Air Lib*, la Haute Juridiction va plus loin et n'écarte pas l'idée de la fraude, tout en précisant qu'elle ne saurait justifier l'extension de la procédure.

On pourrait en déduire que la Cour de cassation suggère implicitement aux mandataires judiciaires d'agir sur le terrain de la responsabilité. Dans cette voie, ils disposent du choix des armes et peuvent mettre en cause les sociétés du groupe ou leurs associés, soit en leur qualité de dirigeants, soit en leur qualité fréquente de prêteurs.

La mise en cause des dirigeants

**25.** Dans l'affaire *Metaleurop*, la Haute Juridiction déplace le débat de la confusion des patrimoines sur le terrain de la responsabilité de la société mère sur le fondement des dispositions de l'article L. 624-3 du code de commerce.

Elle s'en est expliquée dans un communiqué émanant de son service de documentation et d'études : « [...] sans prendre partie sur l'application concrète qu'il convient d'en faire, la Cour de cassation a observé, par référence à l'article L. 624-3 du code de commerce, que certains comportements ci-dessus décrits de la société mère à l'égard de sa filiale pouvaient être de nature à constituer, en fait, des fautes de gestion, propres à créer une insuffisance d'actif chez la filiale, c'est-à-dire un accroissement du passif assorti éventuellement d'une diminution de son actif ».

**26.** L'article L. 624-3 du code de commerce, issu de la loi du 25 janvier 1985 (et toujours applicable aux procédures en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde), permet au tribunal, saisi soit d'office, soit par les organes de la procédure ou par le ministère public (la loi du 26 juill. 2005 a supprimé la saisine d'office du tribunal dans le nouvel art. L. 651-1, c. com.), de mettre à la charge de tous les dirigeants de droit ou de fait les dettes de la société qu'ils dirigent en raison des fautes de gestion qu'ils ont commises et qui ont contribué à l'insuffisance d'actifs.

**27.** L'action en comblement de passif suppose que soit établie la qualité d'administrateur de la société mère ou que soit démontrée la direction de fait de la société mère. Elle est établie lorsqu'il est prouvé que la société mère exerce une activité positive et indépendante dans l'administration générale de la filiale. En l'espèce, la SA *Metaleurop* exerçait un pouvoir de direction quasi-total sur sa filiale et ce, par l'intermédiaire de salariés exerçant des fonctions de direction.

Il est toutefois remarquable de constater que la Cour de cassation, saisie des simples relations entre la société mère et la filiale, donc de simples relations d'actionnaires, a considéré que le texte pertinent pour sanctionner et réparer les défaillances de la société mère était l'article L.

624-3 du code de commerce. Par ce raccourci saisissant et délibéré - nonobstant le souci du président de la Chambre commerciale d'insister sur l'orthodoxie des solutions retenues par la Haute Juridiction -, la Cour de cassation donne le sentiment que, de son point de vue, l'institution d'un groupe fait presque inéluctablement de la société mère un dirigeant de ses filiales. Des considérations d'espèce ont certainement joué (nature et étendue des pouvoirs de la société mère soigneusement décrites par la Cour de Douai, émotion ressentie à la suite de cette procédure collective) mais on retrouve là une tendance profonde, qui se manifeste aussi chez les juges du fond. Dans l'affaire *Pallas* (43), comme dans l'affaire *Spad* (44), les actionnaires non directement présents au conseil d'administration mais « représentés » par de hauts cadres formellement nommés « à titre personnel » ont été considérés sans difficulté comme des dirigeants de la société et ont été conduits « spontanément » ou non à contribuer à l'insuffisance d'actif (45).

**28.** L'action en comblement de passif suppose aussi la démonstration de l'existence d'une faute de gestion. Le rapport d'expertise, dans l'affaire *Metaleurop*, avait mis en évidence un certain nombre de faits qui auraient tout à fait pu constituer une faute de gestion. Il en est ainsi de la nouvelle politique de gestion du risque de change mise en place par la société mère, qui s'est révélée désastreuse pour la SAS Metaleurop et pour l'ensemble du groupe. Il en est de même de la politique de maintenance, par laquelle il était fait appel à des prestataires extérieurs, qui s'était avérée être une erreur très coûteuse. Enfin, il ne peut sérieusement être contesté que la SA Metaleurop a, de par son soutien, permis la poursuite d'une exploitation déficitaire, la Cour d'appel de Douai relevant que « la solvabilité de la société Metaleurop Nord ne dépendait que des capacités financières de la SA, de ses paiements, et de sa volonté d'accorder ou non un crédit ».

Ces fautes pourraient tout à fait être à l'origine d'une aggravation du passif.

La Cour de cassation, qui n'y était pas tenue, l'a fortement suggéré. La cour de renvoi paraît partager son appréciation.

En effet, la Cour d'appel de Paris, statuant comme juridiction de renvoi, s'est manifestement conformée à la position de la Cour de cassation puisqu'elle a confirmé le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Béthune, dans sa décision du 11 avril 2003, relevant « l'absence de preuve de relations financières anormales propres à caractériser une confusion des patrimoines entre les sociétés [...] », tout en considérant que le comportement de la société mère pouvait être discuté « dans un autre cadre juridique » (46).

**29.** Ce cadre juridique, non précisé, ne se limite pas à l'action en comblement de passif.

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 ayant supprimé le redressement et la liquidation judiciaires du dirigeant à titre de sanction, tels qu'ils étaient prévus par l'ancien article L. 624-5 du code de commerce, dans l'affaire *Metaleurop*, la Cour de cassation avait donc de bonnes raisons de ne pas y faire référence (47).

A la place, une nouvelle sanction est apparue, l'obligation des dettes sociales, prévue par les articles L. 652-1 et suivants du code de commerce. Le tribunal a la faculté de mettre à la charge d'un dirigeant ayant commis une faute grave, ayant contribué à la cessation des paiements et qui figure sur une liste limitative énoncée dans le texte, tout ou partie des dettes de l'entreprise. Les fautes prévues sont celles de l'ancien article L. 624-5 du code de commerce, hormis la tenue d'une comptabilité fictive ou irrégulière.

Cette nouvelle procédure est applicable aux procédures en cours et est exclusive de toute autre procédure. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

**30.** Dans tous les cas la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif ne peut être recherchée qu'en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou en cas de liquidation judiciaire. Quant à l'obligation aux dettes sociales, elle n'est envisageable qu'en cas de liquidation judiciaire. Dans les procédures de sauvegarde et de redressement

judiciaire menées à leur terme, le dirigeant est indemne de tout risque de sanction pécuniaire (48).

En outre, tant dans cette nouvelle procédure d'obligation aux dettes que comme dans celle en comblement de passif, la qualité de dirigeant doit être établie. Ainsi que le démontre l'article irrité (49) du président de la Chambre commerciale, publié dans la grande presse, l'attribution de la qualité de dirigeant à de simples salariés sans que la société mère ne soit personnellement dirigeant de droit, peut souvent susciter des interrogations et des difficultés.

Il peut être alors tentant de remettre en cause le comportement de la société mère, non sur le fondement des décisions qu'elle a imposées mais des crédits qu'elle a pu consentir ou du soutien qu'elle a pu accorder.

La responsabilité des prêteurs

**31.** On savait déjà que la banque prêteuse pouvait se voir reprocher un soutien abusif lorsque le bénéficiaire du prêt était dans une situation irrémédiablement compromise et que la banque en avait connaissance. La Cour de cassation n'a pas hésité à sanctionner la société mère aux côtés de l'établissement prêteur pour soutien abusif en raison d'un prêt accordé par la banque à la société mère mais destiné à apurer le solde du compte courant de la filiale, dont ils connaissaient la situation désespérée, ce qui avait permis à cette dernière de poursuivre son activité déficitaire (50). L'intérêt de l'arrêt réside dans le fait que le caractère abusif ne dépend pas forcément de la situation de l'emprunteur mais de la destination des fonds.

Cela aurait pu permettre indirectement de condamner l'octroi ou le maintien de prêts accordés par la mère à sa fille qui lui confèrent une sorte de survie artificielle, alors qu'elle a connaissance de sa situation irrémédiablement compromise.

**32.** Cependant, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a aménagé, dans un sens limitatif, les conditions dans lesquelles la responsabilité pour soutien abusif peut être engagée en disposant que : « Les créanciers ne peuvent plus être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci » (51).

*A priori*, ce texte, destiné à protéger essentiellement les créanciers bancaires, s'applique à tous les créanciers, quelle que soit leur qualité - fournisseur ou associé. La société mère ayant apporté son soutien financier à sa filiale doit donc pouvoir en bénéficier.

**33.** La responsabilité pour soutien abusif est donc très encadrée par le législateur qui passe de l'universalité de l'article 1382 du code civil à une véritable casuistique et ce, dans un souci affirmé d'intérêt général (52).

La restriction ainsi opérée dans la mise en cause de la gestion passée n'en devrait pas moins permettre de sanctionner les hypothèses où la politique du groupe a été de dépouiller, aux dépens des créanciers, une société de ses actifs, sans véritable intérêt collectif, au seul profit des associés du *holding* ou de ses dirigeants (53).

Ces hypothèses, finalement assez peu fréquentes, ne doivent pas - tel est l'objectif de la loi du 26 juillet 2005 - constituer un moyen ordinaire de refinancer les sociétés soumises à une procédure collective en vue de la préparation d'un éventuel redressement.

La préparation de l'avenir

**34.** Ensemble complexe, qui ne se limite pas à une simple juxtaposition des sociétés qui le composent, le groupe a besoin d'être appréhendé globalement lorsqu'il s'agit de préparer un plan de redressement, tant pour faciliter la réorganisation des actifs que pour simplifier la gestion de la procédure.

## La réorganisation des actifs

**35.** La période d'observation peut ainsi nécessiter des restructurations internes, des cessions d'actifs, que le principe de séparation des patrimoines peut compliquer, voire rendre impossible. De même, la mise au point d'un plan de continuation peut être rendue plus difficile lorsque la structure du groupe - en obligeant à respecter l'intérêt propre et le patrimoine de chaque société - freine la meilleure allocation des ressources ou la remontée de certains flux de trésorerie nécessaires au financement du plan.

Dans toutes ces hypothèses, la recherche d'une unité patrimoniale est de nature à simplifier la gestion du groupe dans la perspective de sa restructuration (54).

**36.** La confusion des patrimoines a souvent été utilisée à l'instigation même du débiteur pour faciliter la restructuration du groupe. Ainsi, dans l'affaire *Pallas*, qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 4 avril 1997 (55), les débiteurs ont, dans leurs écritures devant le tribunal, appuyé la demande des organes de la procédure sollicitant l'extension de la procédure à la société mère de la banque Pallas dans la perspective de la recherche d'un plan de continuation qui prévoyait un regroupement de l'ensemble des actifs. Il n'était, ainsi, pas exceptionnel de voir les dirigeants du groupe, non admis à la requérir eux-mêmes, inciter les mandataires de justice à solliciter une extension de procédure pour confusion, au moins entre les sociétés déjà en redressement judiciaire, à seule fin d'obtenir, dans le cadre de la période d'observation, une plus grande liberté de gestion.

Ces pratiques, inspirées par un esprit d'opportunité, avaient pour effet, avec la connivence du débiteur, des organes de la procédure et de la majorité des créanciers, d'assouplir substantiellement les critères de la confusion des patrimoines. Elles ont manifestement été condamnées par la Cour de cassation tant dans les arrêts *Air Lib* que *Metaleurop*.

**37.** Le vide, ainsi laissé, qui obligera les dirigeants et l'administrateur à respecter l'autonomie juridique des différentes sociétés, rendra certainement plus difficile la mise en place de nouvelles relations financières pendant la période d'observation entre les sociétés soumises à des procédures de redressement judiciaire distinctes. De même, il ne devrait plus être possible d'étendre la procédure aux différentes sociétés en redressement pour mettre en oeuvre un plan de continuation unique.

Toutefois, pour ce qui concerne ce dernier aspect, la Cour de cassation (56), dans un arrêt inédit, dont la portée est sans doute limitée, a admis que des sociétés distinctes faisant l'objet de procédures distinctes, mais centralisées dans un seul tribunal, pouvaient présenter « un plan de continuation unique impliquant la réunion de leurs éléments d'actif et de passif », ces dispositions faisant ainsi « partie intégrante du plan de continuation ». La solution n'allait pas de soi (57) et ne paraît en toute hypothèse pouvoir être mise en oeuvre que dans des cas très limités. La procédure de sauvegarde pourrait en être un, ce qui permettrait de résoudre ou du moins d'atténuer une des difficultés que posera l'application de la jurisprudence *Metaleurop* à la procédure de sauvegarde.

**38.** La loi sur la sauvegarde, en effet, ouvre la procédure d'extension aux sociétés bénéficiant de la procédure de sauvegarde (58).

Cette solution confirme, certes, s'il en est besoin, le bien-fondé de la position de la Cour de cassation qui, dans les arrêts *Metaleurop* et *Air Lib*, a clairement détaché l'action en extension des actions en responsabilité. En revanche, elle ouvre, ce qui est nouveau et de nature à remettre en cause des solutions acquises, l'action en extension au débiteur.

En effet, la nouvelle procédure de sauvegarde permettant expressément l'extension de la procédure pour confusion des patrimoines ou pour fictivité et étant l'apanage du débiteur, conduit à considérer, corrélativement, que seul le débiteur bénéficiant de la sauvegarde est fondé à solliciter l'extension de cette procédure à une autre société et ce, dans l'unique objet d'une restructuration entière du groupe.

Or, jusqu'à présent, la jurisprudence appliquant les lois de 1985 et de 1994 refusait au débiteur (ainsi qu'aux créanciers) qualité pour agir en extension au motif que cette action, exercée dans l'intérêt des créanciers, était réservée aux mandataires de justice  (59).

Cette solution traditionnelle paraît condamnée, au moins pour la procédure de sauvegarde elle-même, puisque seul le débiteur pouvant solliciter la sauvegarde, on voit mal comment les organes de la procédure pourraient être habilités à mettre en oeuvre l'action en extension. Cette action ne sera donc plus exercée dans l'intérêt des créanciers mais dans celui du débiteur.

**39.** Ces nouvelles règles - dont on peut se demander si elles seront étendues au redressement judiciaire -, comme les pratiques antérieures, dont la légitimité pouvait sans doute être discutée mais pas l'utilité, se concilient mal avec la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Metaleurop*. Car, dès lors qu'il est admis, comme le postule la procédure de sauvegarde réservée au débiteur, que seul le débiteur peut demander à bénéficier de l'extension, il devient difficile de concevoir que le débiteur puisse se prévaloir de graves anomalies d'organisation de son groupe pour bénéficier de la procédure d'extension aux dépens de ses créanciers. Or, telle est pourtant la logique de l'arrêt *Metaleurop*, qui exclut du « bénéfice de l'extension » les groupes normalement structurés.

Dans ces conditions, il est possible de s'interroger sur les conditions qui seront posées par la jurisprudence pour permettre à un débiteur de solliciter, en sauvegarde, la confusion des patrimoines.

L'unité procédurale

**40.** En l'absence de mise en oeuvre d'une procédure d'extension, les différentes procédures ouvertes contre les sociétés d'un groupe sont normalement distinctes et traitées séparément. Cette dissociation est particulièrement caractérisée lorsque les sociétés ont des sièges sociaux différents. Des procédures distinctes sont alors ouvertes dans autant de tribunaux qu'il y a de sociétés relevant de ressorts judiciaires distincts. La procédure en extension était un moyen commode pour imposer une procédure unique assurant ainsi un traitement cohérent et simplifié de l'ensemble du groupe.

Cet instrument paraît aujourd'hui ne plus pouvoir être utilisé que dans des circonstances exceptionnelles. Il ne peut plus, en tous les cas, être considéré comme le moyen adéquat de traitement du groupe en procédure collective.

**41.** Ces difficultés procédurales ont conduit les tribunaux de commerce à chercher dans d'autres voies la possibilité d'unifier la procédure. C'est ainsi qu'ils ont paru trouver, avec le règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité ainsi qu'avec les critères de compétence internationale relatifs au « centre des intérêts principaux »  (60), le moyen d'attirer l'ensemble d'un groupe sous l'autorité d'une seule juridiction, au moins lorsque la procédure présente un aspect international.

Le règlement CE n° 1346-2000 du 29 mai 2000 n'instaure pas un droit communautaire de la faillite distinct des règles en vigueur dans chaque état membre, mais a pour finalité d'unifier les règles de droit international privé des Etats membres pour les procédures collectives intracommunautaires.

Le règlement s'applique au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire (Annexe A du règlement). Il a récemment été étendu à la procédure de sauvegarde par le règlement (CE) n° 694/2006 du 27 avril 2006 modifiant l'annexe A du règlement n° 1346/2000.

La compétence juridictionnelle internationale est déterminée par l'article 3 du règlement qui se réfère au critère du « centre des intérêts principaux du débiteur »  (61).

**42.** En droit international commun, applicable aux procédures non soumises aux dispositions du règlement, une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire

pourra être ouverte en France, selon les règles de droit commun, au lieu du siège social de la société débitrice.

En outre, l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, inspiré des solutions retenues par le règlement CE n° 1346-2000, a prévu que « A défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France ». Cette règle permet donc au juge français de se reconnaître compétent pour faire bénéficier une société incorporée dans un pays tiers d'une procédure de sauvegarde. Le tribunal pourra ouvrir une procédure à l'égard d'une société étrangère dont il constatera que, nonobstant son siège social à l'étranger, le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France.

**43.** La notion de « centre des intérêts principaux du débiteur » est une notion charnière qui permet de déterminer les règles de compétence territoriale.

D'après le considérant n° 13 du préambule du règlement « le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers ».

Cette interprétation à la fois objective et subjective de la notion de « centre des intérêts principaux du débiteur » renvoie à la notion de siège social réel. La présomption édictée par l'article 3 du règlement au profit du siège statutaire n'est qu'une présomption simple et n'exclut pas la prise en compte de l'existence du siège réel.

**44.** C'est ainsi que la *High Court* de Londres a considéré que la présomption établie au profit du siège social ne disposait d'aucune force particulière et ne constituait que l'un des facteurs à prendre en compte, parmi les autres éléments soumis au juge, pour déterminer la localisation du centre des intérêts principaux (62).

En pratique, il résulte des décisions des juges des Etats membres que la présomption au profit du siège statutaire est très fréquemment renversée en considération de la conjonction d'autres éléments qui en affaiblissent le poids.

De nombreuses décisions se réfèrent notamment au domicile des dirigeants (63). Plus encore, est prise en compte, conformément au considérant 13, la perception du centre des intérêts par les tiers.

Dans l'affaire *Isa Daisytek*, les juges anglais n'ont pas manqué de souligner que la plupart des créanciers commerciaux des sociétés du groupe avaient connaissance que les principales fonctions de direction étaient exercées au niveau de la société *holding*, dont le siège était en Grande-Bretagne (64).

L'internationalisation croissante des sociétés et des structures de groupe ont amené d'abord les juges britanniques puis les juges continentaux à regrouper au sein d'une même juridiction les procédures ouvertes à l'égard des filiales situées dans d'autres Etats membres, en considérant que le centre des intérêts principaux des filiales se trouve au siège de la société mère, ou d'une autre société du groupe.

C'est ainsi que les tribunaux britanniques se réfèrent au concept de *headquarter functions* et de *mind of management* pour justifier l'ouverture de procédures d'insolvabilité en faveur de filiales étrangères de sociétés *holding* britanniques en faillite.

Dans l'affaire *Isa Daisyteck*, la *High Court* a fixé le centre des intérêts principaux de trois filiales allemandes et d'une filiale française en Angleterre au lieu où se trouvait le siège de la société *Isa International*, qui assurait au sein du groupe les fonctions de direction (financement de l'activité, détermination des règles comptables, approbation des dépenses, recrutement des cadres dirigeants, gestion de la marque...) (65).

Dans l'affaire *Crisscross Telecommunications Group*, le juge anglais a fixé au Royaume-Uni le

centre des intérêts des différentes sociétés du groupe situées en Europe et en Suisse (66).

Enfin, dans la récente affaire *Rover*, la *High Court of Justice* de Birmingham a ouvert une procédure principale de droit anglais à l'égard de la société mère de siège anglais mais aussi à l'égard de la filiale française du groupe, dont le siège social est à Nanterre, relevant que cette dernière n'avait aucune autonomie dans la direction quotidienne, notamment en matière de gestion des ressources humaines, aucune autonomie financière et comptable, ni en terme de décisions commerciales et de marketing, et que les tiers savaient bien que le centre des intérêts principaux se trouvait non à son siège social mais en Angleterre (67).

**45.** Les juridictions des autres Etats membres, jusqu'à la France très récemment, n'ont également pas hésité à interpréter extensivement l'article 3 § 1 du règlement CE afin de prendre en compte l'existence et l'intérêt du groupe.

Le Tribunal de Parme, dans l'affaire *Parmalat c/ Eurofood*, a ouvert une procédure d'insolvabilité en faveur d'une filiale irlandaise (68). Les tribunaux allemands, dans les affaires *Hettage* (69) et *Hulka Werke* (70), ont ouvert des procédures d'insolvabilité principales à l'encontre de filiales dont le siège social était situé en Autriche.

**46.** Par plusieurs jugements en date du 15 février 2006 (71), le Tribunal de commerce de Nanterre a, pour la première fois, fait application du critère du centre des intérêts principaux de l'article 3 § 1 du règlement CE, pour ouvrir des procédures de redressement judiciaire à l'égard de plusieurs filiales du groupe Emtec (Italia), établies notamment en Allemagne, en Belgique et en Pologne.

Dans le jugement cité en référence, c'est la filiale de droit belge qui a sollicité l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité auprès du Tribunal de commerce de Nanterre. Le ministère public s'y était opposé en soulevant l'exception d'incompétence.

Pour localiser le centre des intérêts principaux de la filiale belge au siège de la société française qui la contrôlait, les juges français se sont référés à un faisceau d'indices, tels que le domicile des dirigeants, le lieu de la détermination de la politique commerciale, le lieu de l'approvisionnement en marchandises, le lieu de développement des produits vendus par la filiale, les moyens de financement de la filiale, la centralisation de la trésorerie en France. De ces éléments, les juges ont pu en déduire, en cela confirmés par les salariés, que la gestion de la société Emtec Benelux était exercée en France.

Les juges français justifient leur compétence en affirmant « Qu'à la lumière du caractère imbriqué d'EMTEC Benelux et sa dépendance commerciale et financière vis-à-vis du groupe, seule l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire de droit français permet d'élaborer un plan de redressement cohérent pour le groupe pris dans son ensemble, au bénéfice de l'ensemble de ses créanciers et salariés ».

La volonté est clairement affichée de centraliser au sein d'un même tribunal les différentes procédures d'insolvabilité principales afin de permettre la restructuration du groupe.

Cette conception extensive de la notion de « centre des intérêts principaux du débiteur », dont l'objectif principal est la prise en compte des groupes de sociétés, fait l'objet de nombreuses critiques, dont la violation de l'esprit du règlement communautaire qui n'avait pas souhaité prendre en compte la notion de groupe et le risque de *forum shopping*.

**47.** Et ces tentatives de regrouper sous une procédure unique l'ensemble du groupe ont finalement été condamnées par la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans un arrêt *Eurofoods* du 2 mai 2006 (72), a insisté sur l'importance qu'il y avait à ce que « le centre des intérêts principaux [puisse] être identifié en fonction de critères à la fois objectifs et vérifiables par les tiers » afin de garantir « la sécurité juridique et la prévisibilité concernant la détermination de la juridiction compétente pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale. » La Cour en a déduit que « pour la détermination du centre des intérêts principaux d'une société débitrice, la présomption simple prévue par le législateur communautaire au

bénéfice du siège statutaire de cette société ne peut être écartée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir l'existence d'une situation réelle différente de celle que la localisation audit siège statutaire est censée refléter. » Et, si pour la Cour, tel peut être le cas pour une société « boîte aux lettres », il ne saurait en être ainsi « en revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'Etat membre où est situé son siège social, le simple fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre Etat membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue par le règlement ».

Ainsi, la Cour entend très nettement mettre fin aux tentatives par lesquelles certaines juridictions nationales cherchaient à appréhender, dans le cadre d'une procédure principale, au siège de la société *holding* les procédures applicables à l'ensemble de ses filiales.

**48.** La Cour de justice des Communautés, aussi bien que la Cour de cassation, préfèrent privilégier la liberté d'organisation des groupes et l'autonomie juridiques des différentes entités du groupe plutôt que les besoins de centralisation de la gestion du groupe en procédure collective. Les avantages que cette centralisation peut apporter aux dirigeants et surtout aux organes de la procédure paraissent sans doute trop limités par rapport aux risques de remise en cause systématique de la structure des groupes et de leur autonomie patrimoniale en cas de survenance d'une procédure collective.

Plus encore, le souci de cohérence et les impératifs pratiques tenant notamment à la nécessité « d'élaborer un plan de redressement cohérent pour le groupe » évoqués par le Tribunal de Nanterre, dans l'affaire *Emtec*, aussi bien que par la Cour de Versailles dans l'affaire *Rover* pour qui « l'unicité de la procédure autorise la poursuite de l'activité » et pour qui, au contraire, « une procédure d'insolvabilité secondaire multiplierait inutilement frais et formalités » n'ont pas paru suffisamment déterminants pour retenir une interprétation du règlement favorisant un *forum shopping* jugé de nature à porter atteinte aux compétences juridictionnelles des Etats.

Alors que les juges du fond des différents pays de l'Union prenaient acte des effets de groupe et de la nécessité d'adapter les procédures judiciaires aux stratégies transnationales des groupes, la Cour de justice des Communautés, soucieuse des intérêts traditionnels des Etats, a clairement voulu éviter d'ouvrir la porte à une concurrence procédurale permettant aux acteurs transnationaux de choisir leur juridiction et leur droit applicable en fonction de leur adaptation à leurs besoins propres.

Décidément, la construction du droit des groupes passe par leur ignorance.

#### **Mots clés :**

**GROUPE DE SOCIETES** \* Relation financière \* Confusion de patrimoines

**REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES** \* Extension \* Confusion de patrimoines \* Groupe de sociétés

(1) Devenu art. L. 621-5, c. com., dans sa rédaction issue de la codification.

(2) Art. L. 621-2 al. 2, c. com., dans sa rédaction issue de la loi du 26 juill. 2005.

(3) V. par exemple M. Jeantin et P. Le Cannu, *Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2003, n° 586.

(4) L'affaire *Metaleurop* en fut un exemple remarqué. L'analyse de ce processus a parfaitement été mis en exergue par le Tribunal de Béthune (TGI Béthune 11 avr. 2003, Act. Proc. coll. mai 2003, n° 95).

(5) Sur le soutien abusif, v. notamment G.A. Likillimba, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Litec, 2001.

(6) Cass. com. 19 avr. 2005, D. 2005, p. 1225, obs. Lienhard  ; *ibid.*, p. 2023, obs. F.-X. Lucas ; JCP 2005, II, 10088, note O. Bouru et M. Menjucq ; JCP E 2005, 721, note Rolland ; Bull. Joly 2005, p. 681, note C. Saint-Alary-Houin ; Rev. sociétés 2005, p. 900, note J. Marotte et D. Robine .

(7) CA Paris 7 sept. 2004, *Air Lib*, Bull. Joly 2004, p 1358 ; Cass. com. 10 janv. 2006, n° 04-18.917.

(8) Trib. com. Paris 7 sept. 1998, Rev. proc. coll. 2002, p. 283 ; CA Paris 4 avr. 1997, inédit ; sur cet arrêt, B. Soinne, La faillite de la banque Pallas Stern, Petites Affiches 1997, n° 887.

(9) D. Tricot, La confusion des patrimoines et les procédures collectives, Rapport annuel de la Cour de cassation 1997, p. 165.

(10) Cass. com. 12 juin 2001, arrêt n° 1150 ; 3 avr. 2001, RJDA 8-9/01, n° 874 ; 24 oct. 1995, Dr. sociétés 1995, n° 238.

(11) Cass. com. 27 oct. 1998, Bull. civ. IV, n° 245.

(12) Cass. com. 25 mars 1997, Dr. sociétés 1997, comm. 125.

(13) CA Paris 18 mai 2001, Bull. Joly 2001, p. 224.

(14) D. Tricot, préc.

(15) Cass. com. 5 mars 2002, préc. ; 3 avr. 2002, arrêt n° 732 : il s'agissait dans ces deux espèces d'absence de versement des loyers à la SCI ; pour la jurisprudence postérieure : Cass. com. 15 mars 2005, n° 03-13.136 ; 30 juin 2004, n° 02-21.080 ; 14 janv. 2004, n° 00-19.418.

(16) Cass. com. 7 déc. 2004, n° 03-12.030.

(17) Cass. com. 19 avr. 2005, JCP 2005, II, 10088 ; JCP E 2005, I, 721, p. 796.

(18) CA Douai 16 déc. 2004, D. 2005, p. 216  ; RJDA mai 2005, n° 587.

(19) O. Bouru et M. Menjucq, Extension de procédure pour confusion de patrimoines et groupes de sociétés, JCP II, 10088 ; F.-X. Lucas, comm. sous Cass. com. 7 janv. 2003, Bull. Joly 2003, § 80, p. 407.

(20) Cass. com. 10 janv. 2006, n° 04-19.917, *Air Lib* ; 5 juill. 2005, n° 02-10.233 ; 24 mai 2005, n° 04-10.324.

(21) CA Paris 3<sup>e</sup> ch. A. 12 avr. 2005 ; CA Paris 3<sup>e</sup> ch. B. 1<sup>er</sup> juill. 2005, préc. ; CA Paris 3<sup>e</sup> ch. C. 13 sept. 2002, Rev. Sociétés 2002, p. 769.

(22) Intervention du président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, Daniel Tricot, au colloque du CRAJEFE, Petites Affiches 2003, n° 82, p. 16.

(23) TGI Béthune 11 avr. 2003, préc.

(24) M. Cabrillac et P. Pétel, obs. sous Cass. com. 4 juill. 2000, JCP E 2001, p. 173.

(25) Cass. com. 15 févr. 2005, n° 03-13.224.

(26) Daniel Tricot, pré., p. 170.

(27) CA Paris 3<sup>e</sup> ch. B. 1<sup>er</sup> juill. 2005, JurisData n° 2005-280486.

(28) CA Paris 3<sup>e</sup> ch. A. 12 avr. 2005, JurisData n° 2005-272170.

(29) Cass. com. 7 janv. 2003, n° 00-13.192.

(30) Cass. com. 5 mars 2002, arrêt n° 523.

(31) Cass. com. 5 févr. 2002, Act. proc. coll., mai 2002, n° 93.

(32) Cass. com. 14 mars 2000, RJDA 2000 n° 1003.

(33) Cass. com. 15 févr. 2000, RJDA 2000, n° 1003.

(34) CA Paris 7 avr. 1997, *Pallas*, inédit.

(35) CA Douai 16 déc. 2004, D. 2005, p. 216  ; RJDA 5/05 n° 587.

(36) D. 2003, p. 2571 .

(37) Préc.

(38) Cette solution est constante en matière d'abus de biens sociaux depuis l'arrêt *Rozenblum* (Cass. crim. 4 févr. 1985, Rev. sociétés 1985, p. 648 et s.). En revanche, elle est écartée en matière de banqueroute qui ne peut jamais être justifiée par l'intérêt de groupe (Cass. crim. 27 avr. 2000, D. 2002, p. 206 ; M.-C. Sordino, *Le délit de banqueroute*, Litec, 1996).

(39) La Cour d'appel de Versailles a jugé que la convention de gestion de trésorerie intervenue entre sociétés d'un même groupe constitue une opération courante dès lors qu'elle est conclue à des conditions normales : CA Versailles 2 avr. 2002, Dr. sociétés 2002, p. 25.

(40) Préc.

(41) CA Paris 7 sept. 2004, *Air Lib*, préc.

(42) Sur ce phénomène de modélisation, v. notamment A. Martin-Serf, La modélisation des instruments juridiques et H. Van Houtte, La modélisation substantielle, in *La mondialisation du Droit*, CRDMI, Université de Dijon, Litec, 2000, p. 179 et p. 207.

(43) Trib. com. Paris 7 sept. 1998, Rev. proc. coll. 2002, p. 283.

(44) CA Versailles 29 avr. 2004, *Chouraqui, Banque Worms et a. c/ Me Segardi*, inédit. Un pourvoi a été formé contre cet arrêt. La Cour de cassation devrait rendre son arrêt fin juin 2006.

(45) Il convient de mettre à part l'affaire *AOM Air Liberté* où la contribution spontanée d'un actionnaire non dirigeant de droit a bénéficié... au repreneur (Trib. com. Créteil 1<sup>er</sup> août 2001 : homologation du protocole transactionnel) !

(46) CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. Sect. A, 11 oct. 2005, RG n° 2005/9671.

(47) En pratique cette action n'était pas recevable dans la mesure où la SA Metaleurop avait déjà fait, à l'époque, l'objet d'un plan de redressement.

(48) Toutefois, étrangement, les sanctions de faillite personnelle et de banqueroute deviennent applicables au dirigeant en redressement judiciaire. Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, en revanche, ces sanctions personnelles ne peuvent être prononcées.

(49) D. Tricot, Direction de fait, un débat s'instaure, Les Echos, 3 mai 2006.

(50) Cass. com. 25 mars 2003, JCP 2004, n° 10164.

(51) Nouvel art. L.650-1, c. com.

(52) Cons. const. 22 juill. 2005, décis. n° 2005-522 DC, *loi de sauvegarde des entreprises*.

(53) A lire l'arrêt *Air Lib*, cette situation pourrait caractériser la fraude commise par le débiteur (Cass. com. 10 janv. 2006, préc.).

(54) V. sur ces finalités, la motivation explicite du Trib. com. Nanterre, aff. *Emtec* du 15 févr. 2006, D. 2006, p. 793, note Vallens .

(55) Préc.

(56) Cass. com. 6 mai 1997, n°1098 D, inédit.

(57) V. ainsi les réserves émises par B. Soinne, La faillite de la banque Pallas Stern, art. préc.

(58) Art. L. 621-2 al. 2 relatif à l'ouverture de la sauvegarde.

(59) CA Orléans 22 janv. 2004, Dr. sociétés, mai 2004, 25, note Legros.

(60) Art. 1<sup>er</sup> du décret n° 2005-1677 du 28 déc. 2005, qui reprend les termes de l'art. 1<sup>er</sup> du décret n° 85-1388 du 27 déc. 1985 dans sa rédaction issue du décret n° 94-910 du 21 oct. 1994.

(61) Selon l'article 3 du règlement : « Les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire ». « Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un Etat membre, les juridictions d'un autre Etat membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre Etat membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire ».

(62) High Court, Chancery Division (Companies Court), 20 mai 2004, [2004] EWHC 1941 : « There seems to be no reason to suppose that the presumption that the company has its CoMI [Centre of Main Interest] at the place of its registered office is a particularly strong one. It is, rather, just one of the factors to be taken into account with the whole of the evidence in reaching a conclusion as to the location of the CoM ». Cette analyse a été confirmée dans l'affaire *Parkside Flexibles SA, Combined Court, Quayside, Newcastle-upon Tyne*, n° 75, 9 févr. 2005.

(63) Aff. *Aim Underwriting Agencies (Ireland), Ltd* High Court, Chancery Division (Companies Court), [2004] EWHC 2114 ; aff. *Eurofood*, Tribunale Civile e Penale de Parme 19 févr. 2004.

(64) V. *infra*.

(65) High Court, Chancery Division, 16 mai 2003 : [2003] B.C.C. 562.

(66) High Court 20 mai 2003.

(67) Dont Trib. com. Nanterre 19 mai 2005, D. 2005, p. 1787 , n° 26, concernant la société EMTEC Benelux.

(68) ZIP 2004, 1220.

(69) ZIP 2004, 962.

(70) V. K. Pannen S. Riedemann, AG Offenburg EWIR Art. 3 EulnsVO 1/05, 74.

(71) Trib. com. Nanterre 3<sup>e</sup> ch. 15 févr. 2006, D. 2006, p. 793 , n° 11.

(72) CJCE 2 mai 2006, *Eurofoods IFSC Ltd*, C/34101.

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.