

Résumé de la thèse : « Le pouvoir de direction de la société mère sur ses filiales.
Contribution à l'analyse du phénomène de consolidation juridique du groupe de sociétés »
Emma Miglietta

Introduction

Le groupe de sociétés est un défi pour le droit. Son organisation repose sur le principe de l'autonomie des sociétés qui en sont membres, lequel impose de traiter chaque société séparément. Pourtant, ces sociétés sont loin d'être étrangères les unes aux autres. Elles sont liées par une stratégie commune arbitrée par les concepteurs du groupe. De là naît le paradoxe d'une interdépendance des sociétés membres d'un groupe sur le plan économique confrontée à leur autonomie sur le plan juridique. Cette présentation du groupe, qui fait figure de lieu commun, doit pourtant être remise en cause au regard de la multiplication, au fil du temps, des exceptions au principe de l'autonomie des sociétés membres d'un groupe. Si l'on pense naturellement à l'intensification des *obligations* qui pèsent sur la société tête de groupe au regard des évolutions récentes en faveur de leur responsabilisation, ces exceptions s'illustrent également par des *prérogatives* croissantes aux mains de la société mère sur ses filiales, concédées par différentes branches du droit. Dès lors, un constat s'impose : l'unité du groupe n'est pas seulement un phénomène économique, mais bien une réalité juridique que l'on peut qualifier de véritable « phénomène de consolidation juridique ». La consolidation désigne, au sens commun, l'action de réunir en tout. L'enjeu est alors d'expliquer cette tendance à appréhender juridiquement le groupe comme une entité unique, d'en trouver une justification d'ensemble. Le contrôle doit être écarté car le regroupement capitalistique n'a jamais suffi, à lui seul, à anéantir l'autonomie des personnes morales. C'est un pouvoir d'une autre nature qui permet d'expliquer le phénomène. Dans certains grands groupes intégrés, la société mère semble, en effet, détenir un pouvoir d'intervention dans la gestion de ses filiales qui ne se confond pas exclusivement avec son pouvoir majoritaire. Ce pouvoir de direction original et innommé offre une clé de lecture du phénomène de consolidation juridique dans ses deux aspects. D'une part, la démonstration de la reconnaissance d'un tel pouvoir aux mains de la société mère, à partir de ses instruments et de ses manifestations, permet d'expliquer le phénomène de consolidation juridique dans son *aspect volontaire*, la société mère pouvant alors reconstituer une unité décisionnelle et patrimoniale au sein du groupe. D'autre part, l'analyse des contreparties de ce pouvoir permet d'expliquer le phénomène de consolidation juridique dans son *aspect subi*, l'unité du groupe étant opposée à la société mère en contrepartie de l'exercice de son pouvoir de direction. En somme, c'est à travers la démonstration de la reconnaissance d'un pouvoir de direction aux mains de la société mère sur ses filiales (**Partie I**) et l'analyse de la rançon de ce pouvoir (**Partie II**) que le phénomène de consolidation juridique sera illustré.

Partie I : La reconnaissance du pouvoir de direction de la société mère, manifestation d'une consolidation voulue

La consolidation juridique du groupe de sociétés peut être le résultat d'une stratégie volontaire de centralisation de la gestion des sociétés du groupe rendue possible par la reconnaissance d'un pouvoir de direction des filiales au bénéfice de la société mère. Une telle reconnaissance s'infère, en premier lieu, de la consécration directe, par le législateur et le juge, d'instruments de centralisation du pouvoir de direction des filiales au sein des groupes (**Titre I**). Elle résulte, en second lieu, de la bienveillance du juge et du législateur qui, au nom de l'intérêt commun des sociétés du groupe, autorisent la société mère à intervenir dans la gestion de ses filiales (**Titre II**).

Titre I : La consécration directe d'instruments de centralisation du pouvoir de direction des filiales au sein des groupes

La reconnaissance d'un pouvoir de direction de la société mère sur ses filiales découle, en premier lieu, de la révélation de ses instruments.

Certains instruments permettent à la société mère de dicter les décisions prises formellement par les dirigeants de ses filiales en exerçant un pouvoir de contrainte juridique sur ces derniers, qui va au-delà d'une influence de fait. Ce pouvoir d'injonction prend naturellement sa source dans les prérogatives que la société mère détient en tant qu'actionnaire majoritaire de ses filiales, qui lui permettent de nommer et de révoquer les dirigeants à la tête de ces dernières. Il se trouve renforcé par la consécration d'instruments spécifiques aux groupes de sociétés. D'une part, à travers l'admission très souple du cumul des mandats sociaux dans les SA au sein des groupes, assortie d'une jurisprudence favorable à la révocation en cascade des dirigeants communs pour perte de confiance. D'autre part, à travers la création des actions de préférence de groupe qui peuvent être utilisées pour renforcer le droit de regard d'un actionnaire de la société mère sur la gestion de ses filiales ou pour inciter les dirigeants du groupe à se conformer à la politique décidée par la société mère. Plus encore, ce pouvoir d'injonction peut devenir un véritable pouvoir de subordination juridique lorsque la société mère se trouve pourvue de moyens de contrainte spécifiques des dirigeants de ses filiales. Il en va ainsi lorsque la société mère devient l'employeur du dirigeant de sa filiale en concluant avec lui un contrat de travail ayant précisément pour objet l'exercice du mandat social. De même, la découverte par la jurisprudence d'un devoir de loyauté intragroupe permet de contraindre les administrateurs communs d'une filiale et de sa société mère à voter dans le sens déterminé par la mère au sein de la filiale — sous réserve que cela ne porte pas atteinte à l'intérêt social de la filiale — sous peine d'engager leur responsabilité pour faute de gestion.

D'autres instruments permettent, plus directement, un transfert d'une partie du pouvoir de direction des filiales à la société mère, par l'intermédiaire de l'un de ses dirigeants ou de ses subordonnés. Ces techniques d'externalisation de la gestion des filiales dépouillent leurs dirigeants d'une partie de leurs prérogatives au profit de la société mère. Parmi elles, certaines ne sont pas spécifiques au groupe. Il en va ainsi des délégations de pouvoir qui permettent à la mère de centraliser l'exercice de certaines missions de direction des filiales par l'intermédiaire d'un délégataire commun — sans que les filiales aient consenti explicitement un mandat en ce sens — et des conventions de management, lesquelles permettent directement à la mère d'exercer certaines missions de direction de ses filiales en tant que prestataire. D'autres ont été créées spécifiquement pour les groupes. En droit social, l'institution de l'accord de groupe habilite la société mère à négocier des accords collectifs de groupe avec les organisations syndicales représentatives en lieu et place des dirigeants de ses filiales. Les régimes de l'intégration fiscale et de la centralisation de trésorerie permettent, quant à eux, à la société mère d'intervenir directement dans la gestion financière de ses filiales.

Titre II : La reconnaissance indirecte du pouvoir de direction de la société mère

La reconnaissance d'un pouvoir de direction de la société mère sur ses filiales résulte, en second lieu et de manière plus indirecte, de la tolérance du juge et du législateur à l'égard de certains comportements et de certains actes autorisés au nom de l'intérêt commun des sociétés du groupe et de la politique commune qui les lie.

D'abord, c'est l'ingérence de la société mère dans la gestion de ses filiales qui se trouve normalisée par le juge et le législateur. Ce constat est opéré au regard du reflux notoire de la sanction de l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale, qu'il s'agisse de la

perte d'autonomie de la sanction de l'immixtion, désormais subordonnée au constat d'une apparence trompeuse, ou du resserrement drastique de la définition du coemploi. Le même constat est opéré à la lumière de différentes constructions légales qui encouragent la société mère – quand elles ne le lui imposent pas - à s'immiscer dans les affaires de sa filiale, que l'on pense au régime des *holdings* animatrices en droit fiscal ou aux obligations d'information consolidées de plus en plus denses qui pèsent sur la société mère au sein des groupes ainsi qu'au devoir de vigilance.

Ensuite, c'est le pouvoir d'allocation de la société mère sur les ressources des sociétés du groupe qui se trouve légitimé. Ce constat résulte, d'abord, du reflux de la sanction des concours financiers entre une société mère et ses filiales au nom de leur intérêt commun. Qu'il s'agisse de la sanction de l'abus de biens sociaux, de l'acte anormal de gestion, de la confusion des patrimoines ou de l'appréciation de la validité des sûretés intragroupes, les sociétés du groupe sont désormais gouvernées par une logique commune qui conduit à faire échapper nombre d'opérations financières à toute sanction au moyen d'une vision très souple de la contrepartie que l'on découvre dans la communauté d'intérêts entre les sociétés d'un même groupe. Ce constat résulte, ensuite, du traitement du groupe en droit des entreprises en difficulté. En la matière, certaines règles permettent à la société tête de groupe de faire prévaloir une approche globale des difficultés rencontrées par les sociétés du groupe, à la fois au niveau procédural, grâce à une coordination des procédures, et au niveau du traitement de fond de ces difficultés, afin de favoriser le sauvetage de l'ensemble des sociétés du groupe en difficulté, en particulier lorsqu'il s'agit de prendre parti sur le sérieux d'un plan de restructuration. D'autres règles permettent, quant à elles, une réallocation des actifs d'une filiale au service de la restructuration du groupe et illustrent la marge de manœuvre dont dispose la société mère dans la gestion des ressources des sociétés du groupe.

Partie II : La rançon du pouvoir de direction de la société mère, manifestation d'une consolidation subie

La découverte d'un pouvoir de direction de la société mère sur ses filiales conduit naturellement à envisager les contreparties de cette découverte. En premier lieu, la reconnaissance du pouvoir de direction de la société mère nécessite de redéfinir les outils de contrôle dont bénéficient les actionnaires et les salariés d'un groupe (**Titre I**), lesquels doivent pouvoir exercer un droit de regard là où est véritablement exercé le pouvoir de direction. En second lieu, ce sont les conditions d'exercice des actions en responsabilité contre la société mère d'un groupe dont l'analyse doit être renouvelée afin de faire correspondre la nature véritable de son pouvoir et l'étendue de sa responsabilité (**Titre II**).

Titre I : La redéfinition des prérogatives de contrôle des actionnaires et des salariés du groupe

Dès lors que, dans les groupes intégrés, le pouvoir de direction des filiales est exercé, en partie ou totalement, par les dirigeants de la société mère, les mécanismes de contrôle dont disposent les actionnaires et les salariés doivent permettre d'exercer une surveillance à leur niveau.

D'abord, la centralisation du pouvoir de direction des filiales aux mains de la société tête de groupe impose une information étendue des actionnaires et des salariés des filiales, notamment sur l'exercice de ce pouvoir. Cette préoccupation semble commander plusieurs innovations pertinentes en droit social, telles que la création du comité de groupe et de l'UES ainsi que l'adaptation de la procédure de consultation des représentants du personnel d'une filiale lorsque la décision ou l'opération envisagée au niveau de la mère a une incidence sur les

salariés de la filiale. Il n'en va pas de même en droit des sociétés. Si le rapport sur la gestion du groupe impose à la société mère de délivrer une information consolidée sur la situation financière du groupe, mais aussi sur les risques générés par l'activité de ses filiales en matière de durabilité, cette information n'est destinée qu'aux actionnaires de la mère. De même, l'information sur l'organisation du pouvoir de direction au sein des groupes est bancaire. En effet, le régime des franchissements de seuils ne concerne que les sociétés cotées, la transparence sur le cumul des mandats de direction et des rémunérations associées ne concerne que certaines formes sociales et le régime des conventions réglementées ne permet pas une information exhaustive sur les liens conventionnels tissés avec une autre société.

Ensuite, le droit de contestation des actionnaires et des salariés du groupe doit permettre de remettre en cause directement les décisions de gestion prises par la société mère. En ce sens, si le périmètre d'investigation du commissaire aux comptes comme celui de l'expert-comptable a été étendu aux sociétés contrôlantes ou contrôlées, l'expertise de gestion, elle, ne peut être diligentée que par les actionnaires de la mère au sein d'une filiale. Pourtant, la situation de dépendance des filiales face au pouvoir de direction de la société mère nécessite également un droit de regard ascendant des actionnaires minoritaires et des salariés des filiales sur les décisions de gestion prises par cette dernière. Le constat est similaire s'agissant des moyens d'action contre la société mère. En droit social, le périmètre de justification des licenciements économiques a été élargi au niveau du groupe. Même si le motif économique est caractérisé, le juge est allé plus loin en permettant notamment aux salariés d'agir en responsabilité directement contre la société dominante qui aurait concouru à la déconfiture de sa filiale. Face à ces évolutions, la seule voie ouverte aux actionnaires minoritaires pour contester des décisions de la société dominante qui porteraient atteinte à l'intérêt de sa filiale réside dans l'abus de majorité, un moyen d'action trop étroit qui ne permet de saisir que l'exercice abusif du droit de vote. Une piste d'évolution consisterait à étendre la liste des demandeurs à l'action *ut singuli* aux actionnaires de la société contrôlante, mais aussi la liste des défendeurs à l'action aux dirigeants de la société contrôlante.

Titre II : La redéfinition de la responsabilité de la société mère

L'identification d'un pouvoir de direction de la société mère sur ses filiales appelle, en second lieu, une redéfinition des conditions d'exercice des actions en responsabilité contre la société mère. Lorsqu'elle exerce un pouvoir de direction sur ses filiales, cette dernière ne doit pas toujours pouvoir s'abriter derrière l'immunité que confère l'état d'actionnaire comme le ferait celui qui s'est borné à investir dans des actions sans rechercher le pouvoir qu'elles confèrent. Il y a lieu de distinguer les créanciers volontaires des créanciers involontaires d'une filiale. Les premiers sont suffisamment avertis pour que la société mère ne soit pas tenue envers eux du passif contracté par la filiale dans sa sphère d'activité, de sorte qu'il apparaît légitime de leur appliquer les principes gouvernant la responsabilité de l'actionnaire, contrairement aux seconds.

À l'égard des créanciers volontaires, d'abord, l'application du principe de l'opposabilité du contrat aux tiers impose que le cocontractant de la filiale ne puisse engager la responsabilité délictuelle de la société mère que s'il démontre qu'elle est demeurée tierce au contrat, ce qui suppose d'établir une faute détachable de ses prérogatives d'associé. Dans ces limites, il est possible de repenser la définition de la faute détachable, appréhendée de manière trop restrictive en droit positif. À côté de l'actuelle faute intentionnelle, d'une particulière gravité, il s'agirait de reconnaître, à l'image du droit administratif, la faute détachable par ses moyens, qui vise les situations où la société mère a agi en dehors de son droit de vote. Cet élargissement permettrait de proposer une redéfinition des hypothèses dans lesquelles la société mère devrait répondre de ses actes auprès des partenaires contractuels de sa filiale. À ce titre, les mécanismes correcteurs

qui permettent d'engager la société mère dans le rapport contractuel de sa filiale parce qu'elle aurait dépassé les limites de son pouvoir semblent trop nombreux et ne se justifient plus, pour la plupart, alors que la reconnaissance d'un pouvoir de direction de la société mère sur ses filiales laisse place à une immixtion légitime qu'il serait contradictoire de vouloir sanctionner *per se*. Seul devrait subsister le grief d'une immixtion formelle, autrement dit d'une substitution de la société mère aux organes sociaux de sa filiale, qui rejoint la sanction de l'apparence. Ce resserrement doit, en revanche, laisser la place à un contrôle plus large du détournement du pouvoir de direction de la société mère sur ses filiales. L'hypothèse de la responsabilité de la société mère pour détournement de son pouvoir de direction, à l'image de la solution consacrée par la chambre sociale au bénéfice des salariés licenciés d'une filiale, mériterait d'être systématisée. Néanmoins, celle-ci se heurte aux règles de la procédure collective et à la nature subjective de ce contrôle. Par conséquent, il faut envisager la responsabilité de la société mère, au-delà de l'abus de pouvoir, en raison de sa participation fautive à la gestion de sa filiale. L'hypothèse renvoie, d'une part, à la responsabilité de la société mère en tant que dirigeant de fait de sa filiale *en liquidation* lorsque, par sa faute de gestion, elle a contribué à l'insuffisance d'actif de cette dernière. La notion de direction de fait étant beaucoup trop étroite pour appréhender l'intervention de la mère dans la gestion de sa filiale, un élargissement du champ de cette responsabilité spéciale à la société mère *ès qualités* pourrait être envisagé, dans les limites de la faute détachable. L'hypothèse renvoie, d'autre part, à l'engagement de la responsabilité de la société mère qui aurait participé à la violation d'un engagement contractuel pris par sa filiale *in bonis*. A ce titre, le schéma de responsabilité de la société mère en matière de pratiques restrictives de concurrence pourrait être systématisé dès lors qu'elle a imposé à sa filiale une décision conduisant à la rupture du contrat ou mettant obstacle à son exécution.

S'agissant des victimes délictuelles des filiales, ensuite, il est permis de s'émanciper de la protection conférée à tout actionnaire et de réfléchir à un régime de responsabilité subjective fondé sur une présomption de participation fautive de la société mère au dommage causé par sa filiale, à charge pour la victime de prouver le contrôle exercé sur la filiale. La société mère pourrait échapper à cette responsabilité en démontrant qu'elle n'a aucunement contribué à l'acte dommageable par ses instructions dans la gestion de la société contrôlée et qu'elle n'a pu, en dépit de sa vigilance, prévenir la réalisation du dommage compte tenu du pouvoir et des moyens dont elle disposait. Dans ce cadre, la référence à la faute par instruction ou à la faute de non-vigilance permettrait d'introduire une distinction entre le simple contrôle et l'exercice d'un pouvoir de direction. La première permet précisément de prendre en compte le pouvoir d'intervention de la société mère dans la gestion de sa filiale. Quant à la seconde, la faute de non-vigilance de la société mère pourrait être appréhendée en se fondant sur un standard de comportement raisonnable au regard du droit commun de la responsabilité civile et non seulement du standard posé par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce. Ainsi, les juges devraient apprécier cette vigilance *in concreto*, au regard de la capacité d'intervention effective de la société mère dans la gestion de sa filiale.

Conclusion : En définitive, le phénomène de consolidation juridique du groupe de sociétés est mis en lumière à travers la démonstration d'un pouvoir de direction aux mains de la société mère sur ses filiales et l'analyse de ses contreparties. Ce pouvoir permet à la société mère d'intervenir dans la gestion de ses filiales et de reconstituer une unité décisionnelle et patrimoniale au sein du groupe. En retour, l'unité du groupe peut être opposée à la société mère comme la suite logique de son pouvoir pour l'obliger à répondre des conditions dans lesquelles elle l'aura effectivement exercé sur ses filiales. Ainsi sont posés les jalons de l'évolution souhaitée. A partir de la découverte d'un rapport de pouvoir nouveau au sein des groupes, il est possible d'imaginer les instruments du contrôle de demain et une meilleure articulation entre le pouvoir de direction de la société mère et la responsabilité qui devrait en découler, dont on peine à trouver, pour l'heure, une véritable trace.