



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Master 2 de Droit des affaires et de l'économie

Dirigé par Hervé LE NABASQUE

**L'OBLIGATION DE LA SOCIÉTÉ MÈRE
AUX DETTES DE SA FILIALE :
À LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT**

Sous la direction du Professeur François-Xavier LUCAS

Mémoire réalisé par Anton NOTHIAS

2015-2016

Présentation

La question sous-tendue par ce sujet est de celles qui se posent très souvent, et qui dépassent le cercle restreint des techniciens du droit : peut-on demander paiement à la société mère pour une dette de sa filiale ? L'importance pratique de la question est liée au nombre de croissants de créanciers de filiales à la recherche d'une *deep pocket*, et pour qui la mère constitue une cible idéale.

Néanmoins, la réponse que nous tenterons d'apporter sera des plus juridiques. Le droit français, à la différence par exemple du droit allemand, n'a pas fait le choix d'édicter un droit des groupes de sociétés. La pratique actuelle tend à s'organiser autour du principe d'autonomie et d'indépendance de la personnalité morale, appliquant aux groupes le droit des sociétés classiques.

Cependant, ce principe n'accorde pas de licence totale : une filiale ne peut être un instrument à la discrétion d'une société mère, utilisable pour se défaire de toutes ses activités risquées, et évitant par là-même de faire face à des créanciers. L'argument économique surgit ici : une société mère crée une filiale, en profite par le biais de dividendes (elle reçoit tout le profit de la filiale, peu important qu'il soit issu d'un préjudice causé à autrui ou à l'environnement), mais se défait au détriment des créanciers de celle-ci en cas de procédure collective. Ce sont eux, voire la collectivité, qui supportent le coût d'une faillite que n'a pas su empêcher, voire a encouragé, la société faitière détentrice d'un contrôle et d'une faculté de supervision.

Pour séparer le bon grain de l'ivraie, assurer le respect de l'autonomie de la personnalité morale en sanctionnant les abus, la jurisprudence s'attache à un critère de faute commise par la société mère. Il existe néanmoins une myriade de fondements différents, en droit commun, en droit des entreprises en difficultés, en droit social,...

Les solutions ainsi dégagées paraissent bien connues, mais depuis environ 5 ans toutes ont évolué en profondeur : l'immixtion n'est plus un fondement autonome permettant d'obliger la mère aux dettes de sa filiale ; l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut plus viser les fautes commises par un associé en cette qualité ; après un retour en grâce, le co-emploi est à nouveau tombé en désuétude ; l'affaire *Metaleurop* a permis à la Chambre commerciale d'affirmer que l'extension de la procédure collective n'est pas un outil réellement adapté à la prise en compte du groupe de sociétés,...

Nous étudierons donc tous ces bouleversements législatifs récents, dans une optique réellement pratique et concrète. Cependant, nous tenterons d'enrichir cette finalité par une analyse juridique de ces mécanismes.

Ensuite, un nouveau champ contentieux gigantesque est en train de s'ouvrir depuis peu en jurisprudence, qui sera probablement au cœur du contentieux commercial dans les années à venir : l'action en responsabilité délictuelle visant la société mère. L'article 1382 du Code civil semble être adapté pour regrouper l'obligation de la mère aux dettes de sa filiale autour d'un fondement unique : la faute délictuelle de la mère justifierait qu'elle réponde des dettes de sa filiale.

La Cour de cassation a semblé très réceptive à cet argument ; cependant un arrêt de février 2014 a jeté le trouble, la chambre commerciale y reconnaissant à l'associé une quasi-irresponsabilité difficile à justifier. On le voit, le régime de cette action délictuelle à l'encontre de la mère nécessite, tant au fond (comment adapter les conditions de la responsabilité civile à cette action ?) que sur la forme (qui peut agir ? quelles seraient les règles de droit international privé ? comment articuler la prescription avec celle des actions spéciales ?), d'être éclairci et approfondi. C'est ainsi ce que nous tenterons de faire, dans une approche certes prospective, mais toujours en nous appuyant sur des précédents jurisprudentiels, et des auteurs respectés.

Enfin, ce mémoire aborde la question de la possibilité d'obliger la mère aux dettes de sa filiale hors de toute idée de faute, notamment au regard de lois et de projets récents (loi dite Macron, propositions de loi sur le devoir de vigilance, projet de réforme de la responsabilité civile de 2016).

On le voit, le sujet, de prime abord classique, est en réalité d'une actualité brûlante.

*« Adore ce que tu as brûlé,
Brûle ce que tu as adoré »*

– Rémi de Reims, au roi Clovis

Je souhaiterais adresser tous mes plus vifs remerciements au Professeur Lucas, pour sa disponibilité, son accessibilité, ses précieux conseils, et surtout la confiance et le soutien qu'il m'a témoignés. Tout cela fut très important dans la rédaction du présent mémoire.

De manière générale, j'adresse ma gratitude à toute l'équipe pédagogique de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, dans ses UFR de droit comme d'économie, dont la qualité de l'enseignement, de la première à la cinquième année, m'a formé à cet exigeant travail de recherche.

Ensuite, je tiens à remercier Constance et mon père, pour leur minutieux travail de relecture, et leurs conseils. J'en profite pour adresser mes excuses à ce-dernier, non-juriste, qui a parfois dû s'arracher les cheveux devant certains termes ou certaines expressions juridiques.

Par ailleurs, j'adresse toutes mes pensées aux amis qui ont été là, que ce soit pour le mémoire, et surtout pour le reste. Je ne peux tous les citer mais je ne les oublie pas.

Enfin, j'embrasse toute ma famille, avec une tendresse toute particulière pour feu ma grand-mère, qui aurait probablement aimé voir cela.

L'obligation de la société mère aux dettes de sa filiale : à la recherche d'un fondement

Sommaire

Principales abréviations.....	4
INTRODUCTION	7
Partie I – L'instrumentalisation de la filiale, fondement traditionnel de l'obligation de la société mère à la dette de sa filiale	13
<u>Titre I/</u> La négation de l'autonomie de la filiale	15
Chapitre 1 ^{er} . Divers fondements en droit commun pour lever le voile social.....	15
Chapitre 2. L'action en extension propre aux procédures collectives.....	19
Chapitre 3. L'abus de biens sociaux, rempart contre le vampirisme	21
<u>Titre II/</u> L'excessive proximité avec la filiale.....	23
Chapitre 1 ^{er} . La direction de la filiale, sanctionnée par l'action en insuffisance d'actifs.....	23
Chapitre 2. L'inclusion dans le champ contractuel de la filiale (apparence et co-emploi).....	26
Partie II – L'émergence d'une responsabilité fondée sur la faute délictuelle	35
<u>Titre I/</u> L'adaptation des conditions de la responsabilité civile délictuelle à l'action contre la société mère.....	37
Chapitre 1 ^{er} . La caractérisation de la faute de la société mère	37
Chapitre 2. L'intérêt de groupe comme fait justificatif ?.....	53
Chapitre 3. La possibilité de mettre en place des présomptions ?.....	55
<u>Titre II/</u> Les difficultés procédurales dans l'exercice de l'action contre la société mère	57
Chapitre 1 ^{er} . L'intérêt et la qualité pour agir en cas d'ouverture d'une procédure collective	58
Chapitre 2. La prise en compte de l'internationalisation des groupes.....	65
Chapitre 3. La prescription applicable à l'action.....	70
Partie III – Le difficile dépassement de la faute comme fondement de l'obligation de la société mère	73
<u>Titre I/</u> L'opportunité discutée d'une responsabilité générale du fait d'autrui.....	75
Chapitre 1 ^{er} . Un principe justifié par l'essence de la responsabilité civile	76
Chapitre 2. De nombreux régimes juridiques envisageables.....	78
Chapitre 3. Un refus par la loi comme la jurisprudence.....	87
<u>Titre II/</u> Des dérogations sectorielles au principe d'autonomie justifiées par un intérêt supérieur ?	89
Chapitre 1 ^{er} . La protection de l'environnement et des droits de l'Homme	89
Chapitre 2. L'article L631-19-2, issu de la loi Macron : la protection de l'emploi	93
CONCLUSION	97
Annexe.....	99
Bibliographie.....	101
Table des matières.....	111

Principales abréviations

Reuves et ouvrages

AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	L'actualité juridique, droit administratif
BJE	Bulletin Joly des entreprises en difficulté
BJS	Bulletin Joly des sociétés
Bofip	Bulletin officiel des finances publiques
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull.	Bulletin de la Cour de cassation (un par chambre)
Cahiers Soc.	Les Cahiers Sociaux
CCom	Code de commerce
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CMF	Code monétaire et financier
D.	Recueil Dalloz
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. Fisc.	Revue de droit fiscal
Dr. soc.	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J-Cl. Com.	Fascicule JurisClasseur de Droit commercial
J-Cl. Dr. Int.	Fascicule JurisClasseur de Droit international
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE (JOCE)	Journal officiel de l'Union européenne
LEDEN	L'essentiel - Droit des entreprises en difficultés
LPA	Les petites affiches
publié	Arrêt de la Cour destiné à la publication, mais dont la référence au Bulletin n'apparaît pas encore sur Legifrance
RDC	Revue des contrats
RDT	Revue de droit du travail
Rép. Civ. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. Com. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit commercial
Rép. Inter. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit international
Rép. Soc. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit des sociétés
Rev. crit.	Revue critique de droit international privé
Rev. prat. dr. admin.	Revue pratique de droit administratif
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJ Com.	Revue de jurisprudence commerciale

RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RLDA	Revue Lamy de Droit des affaires
RTD	Revue de droit du travail
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Sem. Soc. Lamy	Semaine sociale Lamy

Organismes et juridictions

CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Civ. 1 ^e	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Déc.	Décision
Sect.	Section (formation du Conseil d'État)
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation

Typographie

Al.	Alinéa
Art.	Article
Art. cit.	Article cité
Éd.	Édition
Ex.	Exemple
<i>Ibid.</i>	Même référence que celle citée juste avant
<i>Op. cit.</i>	Œuvre citée
P.	Page
Part.	Particulièrement
Pt	Point
Spéc.	Spécialement
Vol.	Volume

L'obligation de la société mère aux dettes de sa filiale : à la recherche d'un fondement

INTRODUCTION

La question cachée derrière ce sujet est la suivante : lorsqu'une filiale fait défaut et ne peut plus honorer ses engagements, les créanciers ont-ils un moyen d'obtenir paiement auprès de la société mère ?

Il doit être posé dès ce point que nous nous plaçons **hors de tout engagement contractuel liant le créancier à la société mère** en garantie de sa filiale (cautionnement, lettre d'intention, porte-fort,...).

La réponse tiendra alors bien évidemment en grande partie au droit des groupes de sociétés, et à la réception juridique des liens entre ses différentes entités. Or, l'appréhension des groupes de sociétés par le droit français est pour le moins lacunaire. En effet, il n'existe pas de droit des groupes à proprement parler : sont appliquées à chaque société du groupe les dispositions de droit commun, et le législateur comme la jurisprudence interviennent parfois par à-coups pour imposer certaines obligations à l'échelle du groupe.

Néanmoins, la mise en place de telles obligations ne va de soi, dans la mesure où un groupe de sociétés n'a **pas de personnalité morale**¹. En d'autres termes, un groupe n'est pas un objet juridique identifié. C'est un « *non-être juridique* »², abritant une réalité économique bien tangible. Un auteur en propose la définition académique suivante : « *un ensemble de sociétés qui, tout en conservant leur existence juridique propre, se trouvent liées les unes aux autres, de sorte que l'une d'elles, la société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, en fait ou en droit, exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées et fait prévaloir une unité de décision* »³.

Si l'on ne peut envisager un groupe un groupe en tant que tel, alors il nous faut pénétrer les différentes sociétés qui le composent, et non individuellement mais en ce qu'elles forment un ensemble plus ou moins homogène. L'anthropomorphisme peut nous donner certaines clés de compréhension du phénomène. Tout comme une famille est une « *communauté* [sans personnalité propre] *de personnes* »⁴, pourtant appréhendée par le droit de la famille, le groupe de sociétés constitue une situation de fait qui doit être prise en compte par le droit des sociétés.

Ainsi, toute société⁵ est une personne morale à part entière, reconnue comme telle par la loi⁶, quel que soit son régime de responsabilité. Au sein du groupe, les différentes sociétés « *peuvent être considérées comme des sujets de droit indépendants dans leur existence respective, c'est-à-dire des êtres aptes à devenir titulaires de droits et d'obligations entièrement distincts* »⁷. Il s'agit là de ce que l'on nomme le **principe d'autonomie ou d'indépendance de la personnalité morale**. La conséquence de ce principe en ce qui concerne notre question initiale est énoncée par le Doyen Roblot : « *les filiales, en règle générale, sont regardées comme des sociétés autonomes : leurs dettes n'obligent pas la société mère (et inversement), et la faillite des unes n'entraîne pas celle de l'autre* »⁸.

¹ Com., 2 avr. 1996, n°94-16380, Bull. Civ. IV, n°113, p. 94 : « *un groupe de sociétés étant dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter [...]* »

² DESOUTTER V., *La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Arkiengesetz allemande et le droit français des groupes*, Lyon 3, Peter Lang, 2012, pt 12.

³ MERLE P. et A. FAUCHON, *Droit commercial - Sociétés commerciales*, 19^e éd., Dalloz, 2016.

⁴ *Dictionnaire de l'Académie française*, v° « Famille »

⁵ À l'exception, naturellement, des sociétés en participation et des sociétés créées de fait.

⁶ Articles 1842 du Code civil et L210-6 du Code de commerce

⁷ OPPETIT B., *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Paris, 1963, p. 12.

⁸ R. ROBLOT, « Le régime des sociétés financières en droit français », *RIDC*, 1955, Vol. 7, n°3, p. 614 (p. 620).

Autonomie de la personnalité morale. Pour l'essentiel de la doctrine commercialiste, il s'agit d'une « *théorie fondatrice du droit des sociétés* »⁹, qu'il ne saurait être question de remettre en cause. La jurisprudence lui accorde d'ailleurs plein effet : une filiale ne peut être condamnée à payer par compensation les dettes d'une autre¹⁰, une mère ne peut être condamnée à réparer les conséquences d'une rupture abusive d'un contrat par une filiale¹¹,... La même règle s'applique en procédure collective : l'indépendance des différentes sociétés fait que « *la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient* »¹². La règle est aussi protectrice en matière pénale : dans la récente affaire AZF, les juges d'instruction ont refusé de mettre en cause la société mère Total et se sont limités au seul gérant du site, au motif qu'« *exploitant seule le site de l'usine, disposant d'un patrimoine propre, d'un actionnariat et d'une politique commerciale spécifiques, d'organes de direction indépendants, de budgets, de moyens et de personnels particuliers, la SA GRANDE PAROISSE [la filiale] est donc une personne morale autonome apte à répondre des faits* »¹³. La chambre commerciale est probablement quant à elle la chambre montrant le plus d'attachement à ce principe d'autonomie. Ainsi, elle a pu récemment rappeler qu'« *une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de remplir ses obligations même si celle-ci est chargée d'un service public pouvant présenter un risque pour l'intérêt général* »¹⁴.

Approche critique. Toutefois, l'autonomie de la personnalité juridique ne peut être une licence totale. On le pressent, ce principe est une invitation à l'excès. Comme le relève le Professeur Dondero : « *la mise en circulation d'un produit défectueux dont les effets néfastes ne se révéleront à ses utilisateurs que dans quelques années, l'utilisation par les salariés de produits dangereux [...] apparaissent comme les deux situations dans lesquelles la création d'une « filiale jetable » [...] présente le plus grand intérêt* »¹⁵.

La société n'est après tout qu'une **technique d'organisation patrimoniale**, avec laquelle un bon juriste sait jouer. Un auteur note malicieusement que « *le groupe est une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés* »¹⁶.

En d'autres termes, « *l'entreprise s'est constituée économiquement mais elle s'est dissociée juridiquement* »¹⁷, dans un « *paradoxe* »¹⁸ des plus pratiques pour les groupes, qui savent en profiter.

De surcroît, la personnalité morale ne nous semble être qu'une fiction. Elle n'est pas une institution de droit naturel : le législateur qui l'accorde peut en dessiner les contours qu'il souhaite. Le Professeur Oppetit note que « *le droit ne crée pas des personnes : il édicte des normes, la personne juridique n'est qu'une construction de la science du droit* »¹⁹.

⁹ CAFFIN-MOI M., « La responsabilité pour faute de l'associé, une évolution à front renversé », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 201 (citation p. 211).

¹⁰ Ex : Com., 12 fév. 1980, n°78-12872, Bull. Civ. IV, n°73

¹¹ Ex : Com., 24 mai 1982, n°81-11268, Bull. Civ. IV, n°195

¹² Com., 26 juin 2007, n°06-20820, Bull. Civ. IV, n°177

¹³ CA Toulouse, 24 septembre 2012, Aff. AZF, n°2012/642, numéro Lexbase : A0996IUG, voir les ordonnances des juges et de la chambre de l'instruction citées p. 150-151 de l'arrêt.

¹⁴ Com., 26 mars 2008, n°07-11619, *Elipol*

¹⁵ DONDERO B., « L'apport-défaisance », *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 257 (citation p. 258).

¹⁶ HANNOUN C., *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991, n°193.

¹⁷ SOINNE B., « Le droit des procédures collectives face à l'externalisation », *LPA*, 9 déc. 1998, p. 35.

¹⁸ MARRAU R., « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *LPA*, 5 août 1996, n° 94, p. 4.

¹⁹ OPPETIT B., *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, op. cit, p. 461.

Enfin, certaines branches du droit n'ont aucun scrupule à redessiner les contours de la personnalité morale selon leurs besoins : le droit de la concurrence (voir *infra* p. 87), ou encore le droit fiscal²⁰.

Ainsi, conceptuellement, il ne nous apparaît pas choquant que la loi puisse prévoir des entorses, ou des failles à ce principe d'autonomie. Cela permettrait de « lever le voile social » (sur le modèle anglo-saxon du « *lifting the corporate veil* »), c'est-à-dire de faire fi de cette indépendance pour permettre d'atteindre la société mère.

Respect des logiques de groupe. Pour autant, cette lecture souple du principe d'autonomie de la personnalité morale présente aussi des intérêts pour les groupes eux-mêmes. En effet, **si la responsabilité de la mère doit pouvoir être recherchée malgré son autonomie vis-à-vis de sa filiale, nous devons parallèlement tolérer qu'elle-même ne respecte pas pleinement l'indépendance de cette dernière**, et puisse s'impliquer à ses côtés, dans sa gestion, dans la définition d'une politique commune à un groupe intégré,...

Ce point est important : une lecture moderne des groupes de sociétés et de leur logique ne peut plus ni faire abstraction, ni condamner *per se* l'influence réelle de la mère sur ses filiales et sur leur direction. La prise de contrôle par une société d'une autre implique, comme son nom l'indique, qu'elle en ait le contrôle. Il est donc légitime pour elle de chercher à l'intégrer au mieux dans une stratégie globale porteuse de synergies, pouvant dans l'idéal profiter à tout le groupe²¹.

Cela dit, une fois écarté le grief tenant à l'autonomie de la personnalité morale, l'action contre la mère s'opposerait toujours radicalement au principe de **limitation de la responsabilité de l'associé**, pilier du capitalisme²² et critère déterminant de son engagement. Un associé n'est pas un matelas de secours, destiné à amortir les errements d'une société. Le réduire à une *deep pocket* serait par trop destructeur de tout le droit des sociétés, et découragerait l'initiative économique.

Arguments économiques. En effet, il ne faut pas oublier que les groupes de sociétés ont acquis un rôle économique incontournable. Les études statistiques sont rares, mais les quelques chiffres publiés donnent une idée assez nette de leur importance : en 2008, les groupes de sociétés produisaient en France 60% de la valeur ajoutée en employant 57% des salariés (soit 8 millions de personnes)²³.

Tout comme un impôt trop élevé va pousser à la dissimulation et éroder sa propre assiette²⁴, une « *machine à faire sauter le droit* » des groupes²⁵, qui solidariserait automatiquement mère et filiale, pourrait révéler tous ses effets secondaires en tarissant la création d'emplois. L'effet est particulièrement exacerbé au sein de l'Union Européenne, qui par bien des aspects est un marché commun où chaque État cherche à attirer le chaland-investisseur par des régimes juridiques et fiscaux toujours plus promotionnels²⁶. Et de fait, la part des groupes étrangers en France est loin d'être anecdotique²⁷.

²⁰ Voir sur la question PAERELS H., *Le dépassement de la personnalité morale - Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français*, Thèse Lille II, 2008.

²¹ Pour prendre un exemple actuel, le groupe Altice, dirigé par Patrick Drahi, a récemment racheté SFR, ainsi que divers médias, dont des journaux. La stratégie aujourd'hui mise en place vise à lier des abonnements à SFR et à ces journaux, ce qui peut leur être positif vues les difficultés de la presse écrite.

²² RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2e édition (1951), LGDJ, 1995, spéc. n°92.

²³ INSEE, *Tableaux de l'Economie Française - Edition 2012*, p. 148-149.

²⁴ Sur la question, voir notamment les travaux d'A. LAFFER, ou l'ouvrage de S. SCHWEITZER et L. FLOURY, *Théorie de la révolte fiscale - Enjeux et interprétation - Ou pourquoi la révolte fiscale n'aura pas lieu*, PUAM, 2014

²⁵ Pour caricaturer le célèbre mot de J. FLOUR, à propos de l'enrichissement sans cause, cité par MM. AYNES, MALAURIE et STOFFEL-MUNCK, in *Les obligations*, LGDJ, 6^e édition, 2013, pt 1058, p.568

²⁶ A. SUPIOT, « Le droit du travail bradé sur le « marché des normes » », *Dr. soc.*, 2005, p. 1087

²⁷ En 2008, avant le "dur" de la crise, 14% de l'emploi salarié français dépendait d'un groupe étranger. Source : rapport INSEE, précité.

À l'inverse, les **implications pécuniaires** des faillites sont réelles²⁸. Par exemple, concernant les licenciements, l'AGS est financée par les employeurs et les allocations chômage sont supportées par l'ensemble des salariés (voire même par l'ensemble des contribuables lorsque l'Etat doit absorber le déficit de l'Unédic). Ainsi, au détour d'une fermeture d'entreprise, le poids des créanciers internes se trouve souvent répercuté sur la collectivité.

De surcroît, les effets sur les créanciers externes (fournisseurs, banquiers) sont réels aussi. Au-delà de l'entorse à la force obligatoire des conventions (un cocontractant délivrera sa prestation, mais ne recevra pas ce qui lui est dû), le risque systémique couve. Ledit cocontractant subira une perte sèche, pour au pire se retrouver en cessation des paiements, et au mieux se rembourser en la répercutant sur ses propres cocontractants.

Justice économique. Ainsi, une société mère crée une filiale, en profite par le biais de dividendes (peu important que ce profit soit issu d'un préjudice causé à autrui ou à l'environnement), mais se défause au détriment des créanciers de celle-ci en cas de procédure collective. Il n'est économiquement ni juste ni rationnel que les sociétés mères ne supportent jamais les conséquences des faillites de leurs sociétés filles.

Champ d'application. A ce stade, il est important de justifier le champ d'application matériel de notre réflexion. Nous nous ne visons pas tous les associés, mais seulement les sociétés mères. Pourquoi une telle discrimination ?

Tout d'abord, **distinguons les associés personnes morales de ceux personnes physiques.** Nous choisissons d'écarter les personnes physiques de notre raisonnement précisément car le principe de responsabilité limitée trouve des répercussions totalement différentes dans ce cas. La limitation de responsabilité est importante pour permettre la prise de risque, l'entrepreneuriat, primordiaux dans la vie économique. Ainsi, poursuivre une personne physique sur ses biens propres aurait de graves conséquences, sur elle évidemment, et sur toute innovation, peu encouragée. Tandis qu'un associé personne morale poursuivi peut opposer sa propre personnalité pour protéger les individus cachés derrière son voile.

Ensuite, un associé société mère n'est **pas dans la même situation qu'un associé minoritaire.** La différence coule de source, elle tient au degré de contrôle : une société mère peut prendre des décisions concernant sa filiale, elle peut organiser cette-dernière de manière à s'intégrer au groupe, elle a un droit de regard très poussé sur elle. Si une société va mal, il n'est pas aisé d'en blâmer un associé minoritaire, qui a eu peu d'occasion de se mêler de la gestion ; à l'inverse un majoritaire avait l'occasion et les pouvoirs de prévoir, voire provoquer, des difficultés.

C'est pourquoi il ne nous paraît pas inconcevable d'imaginer **un système prévoyant des règles de droit différentes pour les groupes, aménageant les possibilités pour obliger la mère aux dettes de la fille.** C'est en quelque sorte **le prix à payer pour avoir le contrôle extensif d'autres sociétés.**

Objectifs. Notre vision commence ici à se dessiner : nous sommes favorable à une voie intermédiaire aux deux aspects, qui ne détruise pas toute la logique des groupes mais qui ne fasse pas peser sur la collectivité les défaillances de filiales appuyées sur de puissants groupes. Il s'agit là d'un parti pris, qui peut ne pas être partagé. Nous fixons quatre objectifs à tout système : assurer la sécurité et la prévisibilité du droit, ne pas nuire à l'attractivité internationale du droit français, permettre dans de nombreux cas un dédommagement des créanciers, même partiel, et ce sans nier complètement l'autonomie de la personnalité morale des filiales.

²⁸ L'aspect le plus passionnel, et celui dont nous chercherons à nous éloigner, concerne le maintien de l'emploi : une liquidation entraîne quasi invariablement des licenciements.

Il existe un **grand nombre de fondements différents** ouvrant une action contre la société mère. Traditionnellement, les diverses branches du droit qui régissent les groupes de sociétés n'acceptent d'obliger la mère aux dettes de sa filiale, et donc de faire exception au principe d'autonomie de la personnalité morale, qu'en cas de **faute**. Cela ne heurte d'ailleurs pas le droit des sociétés : « *historiquement, [la responsabilité limitée] visait à protéger l'investisseur devenant associé contre les aléas de la vie des affaires et aucunement contre ses propres fautes* »²⁹.

Ladite faute peut prendre diverses formes, mais dont le dénominateur commun est l'instrumentalisation de la filiale (**Partie I**).

Cependant, sans que cela ne rompe sur le fond avec cette tendance jurisprudentielle, l'analyse contentieuse, que nous allons effectuer, semble indiquer un **regroupement de la responsabilité de la société mère vers le fondement de l'article 1382 du Code civil**³⁰. Si la grande plasticité de la responsabilité délictuelle ne s'y oppose pas, elle nécessite un effort d'adaptation, tant sur le fond que sur la forme, à cette action visant un associé majoritaire (**Partie II**).

A contre-pied de cette exigence de faute, serait-il envisageable d'envisager que la société mère soit obligée aux dettes de sa filiale, **hors de toute idée de faute** ? Une doctrine renouvelée plaide en ce sens, et le législateur n'y semble pas insensible (**Partie III**).

²⁹ VICENTE S., « Quelle responsabilité pour les dirigeants et les associés ? », *CDE*, Mars 2013, Dossier 12, p. 52 (citation p. 57).

³⁰ Nous ferons dans ce mémoire référence à l'article 1382 du Code civil, tout en gardant à l'esprit qu'en vertu de la nouvelle numérotation issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, il faudra évoquer à compter du 1^{er} octobre 2016 l'**article 1240 du Code civil**.

Partie I – L’instrumentalisation de la filiale, fondement traditionnel de l’obligation de la société mère à la dette de sa filiale

L’instrumentalisation ici évoquée va recouvrir les cas dans lesquels la filialisation, ou la décision de la société mère de créer d’autres sociétés et de développer un groupe, n’est en réalité pas loyale, et au-delà vise à déjouer les droits des tiers. L’inutilité de ce recours à une filiale se révèle lorsque la société mère agit comme si la filiale n’était pas réellement une société distincte et autonome. Ces comportements peuvent être regroupés selon deux axes.

Dans le premier cas, quasi-pathologique, la société mère nie l’indépendance de sa filiale. Dans les faits, celle-ci n’est pas une personne morale autonome, elle n’est qu’une extension de la mère, et doit être traitée comme telle. Diverses voies existent en droit pour sanctionner de tels abus (**Titre I**).

Dans la seconde optique, la société mère ne va pas aussi loin, mais son comportement démontre qu’elle ne respecte pour autant pas l’autonomie de sa filiale. La limitation de responsabilité a avant tout été conçue pour protéger l’actionnaire dans sa conception traditionnelle (faible interventionnisme, et essentiellement en assemblée générale). Or, il doit être aujourd’hui clairement posé que la société mère n’est pas un associé lambda : son implication dans la gestion de sa filiale est réelle, et avant tout justifiée, notamment par la nécessité de mettre en place une stratégie commune. Mais si le rôle de l’associé évolue, il n’est pas surprenant que les principes (responsabilité limitée, autonomie de la personnalité morale) le fassent aussi : des entorses à ces derniers seront justifiés. La jurisprudence tente alors de concilier ces deux exigences : veiller au maintien d’un noyau dur d’indépendance des filiales en sanctionnant l’excessive proximité de la mère, tout en laissant les groupes s’intégrer et mettre en place des stratégies communes et coordonnées (**Titre II**).

Titre I/ La négation de l'autonomie de la filiale

On comprend aisément les risques qu'il y aurait à permettre à toute personne (physique ou morale) de créer impunément une société. Les fraudes y seraient légions, que ce soit pour soustraire un actif à des créanciers, loger une activité risquée pour éviter d'avoir à en subir le passif qui en découlera,... Le droit s'attache alors à séparer le bon grain de l'ivraie, à laisser vivre les sociétés qui ont un but propre, mais à sanctionner les associés créant des sociétés dans un unique dessein déloyal. Une telle société, coquille vide, n'a en réalité aucune autonomie, étant complètement asservie aux intérêts, peu avouables, de ses associés. Soyons clairs : toute société est conçue pour servir les intérêts de ses fondateurs, par définition. Mais nous étudierons ici les cas dans lesquels elle n'a aucune raison d'être, n'étant qu'une extension de la mère.

Dans ces cas presque pathologiques, les tiers qui y sont intéressés voudront évidemment mettre fin à ce montage ayant pour effet de réduire leur droit de gage, par l'interposition d'une société entre eux et l'actif ou la personne qu'ils recherchent. La doctrine française a adopté l'expression de « levée du voile social », inspirée de la pratique anglo-saxonne dite *lifting the corporate veil*, et qui donc vise à atteindre les associés cachés derrière une société.

Le principe de l'autonomie de la personnalité morale est à ce point important que différentes branches du droit s'y intéressent, et en sanctionnent les manquements : le droit commun (**Chapitre 1**), le droit des entreprises en difficultés (**Chapitre 2**) et même le droit pénal (**Chapitre 3**).

Chapitre 1^{er}. Divers fondements en droit commun pour lever le voile social

Ici, nous analyserons deux cas permettant de lever le voile social en cas d'abus caractérisé de la filiale commis par la mère : la fraude (I) et la fictivité (II), avec leurs différentes sanctions.

I/ La fraude, une figure extrême

La fraude est probablement la figure la plus caricaturale de la gestion de groupe malhonnête : la constitution d'une société dans l'unique intention de nuire aux créanciers, dans ce qui pourrait être une forme d'organisation de son insolvabilité, ou de celle de la filiale exerçant une activité risquée.

La règle est connue, et fait presque office de cas d'école : *Fraus omnia corrumpit*.

Ainsi, le Doyen Roblot n'émet aucun doute sur la solution à suivre : « *il est bien évident d'abord que la fraude peut faire échec à [la règle de l'autonomie de la personne morale] comme à toutes les règles : lorsque les filiales ont été créées pour soustraire une fraction du patrimoine de la société mère aux poursuites des créanciers [...], ce "trafic de sociétés" est réduit à néant, et les filiales sont incorporées dans la société mère sont elles ne sont en vérité que "des agences ou succursales" »³¹.*

Néanmoins, plus précisément, quelle en sera la **sanction** ?

Une incertitude a pu entourer la possibilité de déclarer **nulle** une société frauduleuse. Certes, l'article L235-1 du Code de commerce prévoit que la nullité d'une société peut résulter d'une violation « *des lois qui régissent la nullité des contrats* », parmi lesquelles tout le monde s'accorde à compter la fraude. Cependant, la fraude n'apparaît pas à l'article 11 de la directive du 9 mars 1968, repris à l'article 12 de la directive du 16 septembre 2009 applicables aux SARL et aux sociétés par actions. Or, la CJUE a considéré dans un arrêt *Marleasing* que les droits nationaux des sociétés devaient être

³¹ R. ROBLOT, « Le régime des sociétés financières en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 1955, vol. 7, n°3, p. 614 (citation p. 620), accessible sur Persée, qui cite une abondante jurisprudence.

interprétés à la lumière de la directive³². En conséquence, la jurisprudence française a affirmé la primauté du droit communautaire sur le droit interne des nullités³³.

Pour autant, des auteurs sont partagés sur l'application ou non de cette solution à la fraude³⁴, mais la CJUE a elle-même par la suite réservé la possibilité pour les Etats membres de « *prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, [y compris] à l'égard de la société elle-même [...]* »³⁵. Ainsi, la chambre commerciale a encore récemment admis le principe de la nullité d'une SARL pour fraude aux droits des créanciers³⁶.

Concernant la **prescription**, le caractère frauduleux de la société ne parvient pas à faire échapper l'action à la prescription triennale des articles L235-9 du Code de commerce et 1844-14 du Code civil³⁷.

Outre la société, la fraude peut concerner un apport (dont un apport partiel d'actif), une cession,... qui seront annulés.

La nullité reste une sanction lourde pour une société. Or, en droit commun, les tribunaux admettent que la fraude ne soit sanctionnée que par une inopposabilité des actes³⁸.

En droit des sociétés, la **fraude paulienne** de l'article 1167 du Code civil (ou du futur article 1341-2 du Code civil aux termes de l'ordonnance du 10 février 2016) peut en parvenir au même résultat³⁹. En effet, des créanciers d'une société peuvent se voir déclaré inopposable un acte de disposition ayant pour effet de réduire le patrimoine de leur débiteur, par exemple la vente d'un immeuble consentie à une société créée à cet effet⁴⁰. Il serait encore possible d'imaginer l'inopposabilité d'un apport fait par une société à une autre société du groupe : celui-ci réintégrerait le patrimoine de la première sans entraîner la nullité de la seconde⁴¹.

Notons que l'action paulienne ne vise pas tant à atteindre la société mère du fait des engagements de sa filiale, qu'à empêcher qu'une société ne soit vidée de ses actifs par une filialisation abusive.

Groupes. Ces éléments trouvent des illustrations récentes en jurisprudence. Ainsi, un TGI a pu prononcer l'**annulation** de contrats entraînant apport partiel d'actif et reprise d'un site. Cette opération a été analysée comme une externalisation abusive d'une branche industrielle, transmise à une société dont la liquidation était prévue ; cela visait donc à frauder les droits des salariés, en transmettant à la collectivité le poids de leur licenciement consécutif. La nullité avait donc pour effet de rendre ces salariés, créanciers de la filiale, à nouveau créanciers sociaux de la mère⁴².

La sanction de l'**inopposabilité**, quant à elle, est illustrée par une très récente affaire *Wolters Kluwer*, du nom du fameux éditeur juridique. La branche française du groupe décide de se restructurer autour d'une unique société. Pour ce faire, la tête de pont française emprunte 445 millions d'euros à la société mère holding néerlandaise. A cause des remboursements de ce prêt, les salariés français

³² CJUE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, C-106/89

³³ Très explicite : Com., 10 novembre 2015, n°14-18179 ; v. aussi CA Paris, 21 sept. 2001, n°1999/00244, numéro JurisData : 2001-161190

³⁴ Estimant que « *Les SARL et les sociétés par actions ne peuvent pas être annulées pour fraude* », *Mémento pratique - Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2016, pt 89150.

³⁵ CJUE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, pt 39.

³⁶ Com., 18 janv. 2011, n°09-65187

³⁷ Respectivement Com, 18 janv. 2011, préc. et Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n°14-17517

³⁸ Ex : Com., 10 oct. 1995, n°93-15619, Bull. Civ. IV, n°224, p. 210 (inopposabilité à un créancier de fusions successives d'une caution cherchant à échapper à ses obligations)

³⁹ LECOURT B., « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 615.

⁴⁰ Civ. 3^e, 9 juil. 2003, n°02-10609, Bull Civ. III, n°142 p. 127

⁴¹ *Mémento pratique - Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2016, pt 89150.

⁴² TGI Béthune, 24 juin 2008, *Samsonite*, n°08/00832, numéro Lexbase : A8324D98. Certes, le jugement a été infirmé en appel pour des motifs procéduraires, mais le principe de la nullité de l'APA n'est pas contesté (voir CA Douai, 14 janv. 2011, *Samsonite*, n°08/05535, numéro Lexbase : A3383M98).

n'ont par la suite touché aucun versement au titre de leur participation. Ne souhaitant pas remettre en cause une opération d'un tel montant, les salariés n'ont pas demandé la nullité, mais la simple inopposabilité de cette restructuration au regard de leur droit à participation. La Cour « *juge que l'opération de restructuration COSMOS intervenue le 30 juin 2007 est constitutive d'une manœuvre frauduleuse, à l'égard du CCE et des salariés de la société WKF, et qu'il convient, en conséquence, de déclarer cette opération inopposable à ces derniers, dans les effets de l'emprunt de 445 millions auprès de la société mère HWKF, sur la réserve spéciale de participation* »⁴³ (nous soulignons).

Sans cette intention de nuire caractéristique de la faute, une société peut tout de même être fictive.

II/ La filiale fictive

Domaine. Le cas que nous envisageons ici doit être nettement différencié de la notion de « fictivité » au sens du droit des entreprises en difficultés⁴⁴, et que nous envisagerons plus loin. La société fictive recouvre des situations où celle-ci n'a aucune vie propre, elle ne fait que servir de paravent à un « maître de l'affaire » et à son activité dissimulée. Aujourd'hui, « *une notion extensive de la société fictive s'est dégagée, qui va de l'absence d'un élément du contrat de société au non-respect de l'autonomie de la personnalité morale* »⁴⁵.

Critères. La doctrine et la jurisprudence s'attachent la plupart du temps à l'absence ou à la disparition de l'*affectio societatis* : la société ne sert qu'à abriter un maître de l'affaire, la société n'a pas pour but en elle-même de se développer. Un auteur propose ainsi pour caractériser la fictivité dans le cadre d'un groupe : « *les autres associés sont les prête-noms de la société mère, ou des personnes dépendant entièrement d'elle ; administrateurs, actionnaires, voire même salariés de la société mère ; de tels associés n'ont ni la volonté ni la possibilité d'exercer les droits et prérogatives attachés à leur qualité apparente d'associé. Ou bien encore, on pourra douter de l'autonomie de la filiale, si elle est contrôlée par les dirigeants de la société mère* »⁴⁶.

Dans la plupart des cas, cette absence d'*affectio societatis* des associés se déduira du fait que la société n'organise aucune assemblée générale et n'a pas d'activité réelle⁴⁷.

La fictivité est cependant assez peu employée dans le cadre des **groupes**. En effet, l'*affectio societatis* doit y être apprécié de manière relative, notamment car la société mère est fréquemment seule associée⁴⁸. A pousser trop loin la logique de l'*affectio societatis*, toute filialisation serait menacée⁴⁹, ce qui n'est en rien souhaitable. Fort heureusement, la Cour de cassation refuse une appréciation trop lâche de la fictivité⁵⁰.

Nullité ? Le problème est similaire à celui que nous avons évoqué pour la fraude : la fictivité (que ce soit la fictivité des apports ou le défaut d'*affectio societatis*) n'est pas une cause de nullité listée par la directive de 1968 (reprise en 2009). Mais, si un arrêt isolé a alors pu refuser le principe même de la nullité pour fictivité⁵¹, la jurisprudence semble sur ce point majoritairement contraire aux prescriptions de la CJUE.

⁴³ Ca Versailles, 2 févr. 2016, *Wolters Kluwer*, n°15/01292, numéro Lexbase : A1205PED

⁴⁴ La jurisprudence fait bien la distinction : Com., 19 février 2002, n°98-20578, Bull. Civ. IV, n°33, p. 34

⁴⁵ DAIGRE J.-J., *Société fictive*, Rép. Soc. Dalloz, pt 7.

⁴⁶ DAGOT M., *La simulation en droit privé*, Th. Toulouse, LGDJ, 1967, pt 80.

⁴⁷ Ex : Com., 9 juin 2009, n°07-20937 ; *Rev. sociétés* 2009, p. 781, N. MATHEY

⁴⁸ Voir l'intéressant article de J.-F. BARBIERI, « Retour sur l'*affectio societatis*, une intention mal aimée », *Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 285.

⁴⁹ ROUAST-BERTHIER P., « Société fictive et simulation », *Rev. sociétés* 1993, p. 725.

⁵⁰ Ex : Com., 19 mars 1996, n°94-10838, Bull. Civ. IV, n°89, p. 74 ; Com., 27 oct. 1998, n°96-13277, Bull. Civ. IV, n°265, p. 219

⁵¹ CA Paris, 21 sept. 2001, n°1999/00244, numéro JurisData : 2001-161190

En effet, la sanction de la fictivité est la nullité, le droit est désormais bien fixé sur ce point depuis un fameux arrêt *Lumale*⁵². Dans cet arrêt, la Cour de cassation a expressément réfuté l'argumentaire proposant de retenir comme sanction l'inexistence (qui aurait signifié que la société n'était pas affectée d'un simple vice de formation, mais n'avait jamais été constituée). La conséquence concrète en est la soumission aux règles des nullités du droit des sociétés, à savoir l'absence de rétroactivité⁵³ ; **une telle nullité se rapporte en somme à une dissolution, soumise à liquidation**⁵⁴. La règle vise à protéger les tiers, cocontractants de bonne foi de la société, dont les actes disparaîtraient pour absence de cocontractant en cas de nullité rétroactive (sauf à en appeler à la théorie des « sociétés de fait », comparable en la matière aux effets d'un mariage putatif).

Cependant, **elle se révèle en pratique très favorable aux associés à l'origine de la société fictive**, comme deux illustrations nous permettront de nous en convaincre.

Premièrement, une telle absence de rétroactivité peut embarrasser les tiers⁵⁵. L'arrêt *Baltcy*⁵⁶ en fournit un excellent exemple : des créanciers de la société mère ont voulu saisir un navire lui appartenant. Néanmoins, celle-ci avait, par le biais d'une filiale créée à cet unique dessein, consenti à une banque une sûreté réelle sur le navire. Les créanciers chirographaires étant parvenus à démontrer la fictivité de ladite filiale, ils ont demandé à ce que la sûreté qu'elle avait consenti leur soit déclarée inopposable.

La Cour de cassation a refusé, au motif « *qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante et que la nullité opère sans rétroactivité, de sorte que la sûreté réelle consentie par la société Baltcy avant que sa fictivité ne fût déclarée demeure valable et opposable aux créanciers chirographaires, en l'absence de fraude, non établie par l'arrêt, à leurs droits* ». Notons qu'elle réserve dans son attendu la fraude qui elle, nous l'avons dit, permet l'inopposabilité.

En d'autres termes, le montage sociétaire est ici réussi, dans la mesure où l'hypothèque consentie est maintenue et le bien échappe aux créanciers de la société mère.

Effets. Secondement, en droit commun, la fictivité ne permet normalement pas d'atteindre directement les associés. En effet, à suivre l'orthodoxie juridique, la société fictive annulée doit être mise en liquidation (cf supra). Or, les associés d'une société à responsabilité limitée en liquidation ne sont pas *ipso facto* tenus des dettes de celle-ci. Ce n'est qu'ensuite, dans le cadre de cette liquidation, que pourra être envisagée la fictivité en droit des procédures collectives, par une action distincte, avec ses critères propres⁵⁷.

Il est à noter que dans une décision isolée⁵⁸, la Cour d'appel de Paris n'a pas suivi ce raisonnement. Elle a retenu, en somme, **la simulation de la société elle-même**, et donc la faculté pour le tiers de se prévaloir de l'acte secret caché par cette dernière, sur le fondement de l'article 1321 du Code civil. Par conséquent, l'associé d'une SARL déclarée fictive s'est retrouvé personnellement tenu d'une dette de sa société. Si c'est là l'issue évidemment attendue par les tiers lorsqu'ils invoquent la fictivité, il n'en reste pas moins que cette entorse à l'autonomie de la personnalité morale, si elle peut se justifier en fait et est intellectuellement stimulante⁵⁹, demeure contraire en droit à la loi et à

⁵² Com., 16 juin 1992, *Lumale*, n°90-17237, Bull. Civ. IV, n°243, p. 169

⁵³ Art. 1844-15 al. 1^{er} (« Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat ») et 1844-16 (« Ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi ») du Code civil ; et art. L235-12 du Code de commerce

⁵⁴ Art. 1844-15 al. 2nd (la nullité « produit les effets d'une dissolution prononcée par justice ») lu avec l'art. 1844-8 (« La dissolution de la société entraîne sa liquidation ») du Code civil ; et art. L235-10 du Code de commerce (« Lorsque la nullité de la société est prononcée, il est procédé à sa liquidation »)

⁵⁵ COMANGES L., « Le dangereux paradoxe de nullité des sociétés fictives », *BJS*, Janv. 2003, n°1, p. 12.

⁵⁶ Com., 22 juin 1999, *Baltcy*, n°98-13611, Bull. Civ. IV, n°136, p. 113

⁵⁷ Voir *infra*, p. suiv.

⁵⁸ CA Paris, 28 oct. 1999, n°1999/03970 ; *BJS*, Fév. 2000, n°2, p. 219, J.-P. DOM

⁵⁹ D'ailleurs une partie de la doctrine plaide pour cette application de la théorie de la simulation à la société elle-même. Voir MATHEY N., sous Com, 9 juin 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 781, pts 7 et 8.

la jurisprudence, qui ont écarté la théorie de l'inexistence. La solution est d'autant plus critiquable qu'il n'existait pas réellement en l'espèce de contre-lettre⁶⁰.

En conclusion, lorsque le demandeur est un créancier de la filiale qui invoque la fictivité de celle-ci pour atteindre la société mère, le fondement de la fictivité paraît imparfait : hormis pour la ligne illustrée par l'arrêt de la Cour d'appel évoqué dans le paragraphe précédent, la fictivité ne permet normalement pas d'atteindre directement les associés. En revanche, ce fondement est plus adapté pour le demandeur créancier d'une société transférant une partie de son actif à une autre (filiale ou société sœur), dont la fictivité serait alléguée.

En revanche, une fois la société annulée mise en liquidation, invoquer sa fictivité pourra, sur le fondement du droit des entreprises en difficultés, permettre d'atteindre sa société mère.

Chapitre 2. L'action en extension propre aux procédures collectives

Dans un souci de lisibilité, nous commencerons par un bref regard général sur la notion (I), avant d'étudier ses applications au sein de groupes de sociétés (II).

I/ Regard général sur l'action en extension

Rappelons qu'il découle du principe d'autonomie de la personnalité morale qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, la situation doit être appréciée, non au regard du groupe, mais au niveau de chaque société individuellement⁶¹.

Cependant, en guise de tempérament, l'article L621-2 du Code de commerce prévoit en son alinéa 2 que « *la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale* ».

Cette procédure, appelée « extension » de la procédure, permet d'ouvrir la même procédure collective contre tous les patrimoines (actif et passif) cibles de l'extension, qui n'en formeront plus qu'un⁶² et connaîtront une issue commune à la procédure⁶³. Pour autant, hors de la procédure, les différentes sociétés demeurent, indépendantes⁶⁴ ; en procédure collective, la fictivité de la personne morale n'entraîne donc pas sa nullité.

Cette extension peut être fondée sur deux causes limitatives⁶⁵ : la confusion des patrimoines ou la fictivité.

La **confusion des patrimoines** est à dessein une notion floue, permettant aux juges de sanctionner toute situation dans laquelle des « *flux financiers anormaux* »⁶⁶ ou « *un désordre généralisé des comptes et un état d'imbrication inextricable entre [les sociétés]* »⁶⁷ démontrent que le débiteur et la

⁶⁰ DOM J.-P., « De la fictivité à l'inexistence en passant par la simulation (CA Paris, 28 oct. 1999) », *BJS*, Fév. 2000, n°2, p. 219.

⁶¹ Com., 26 juin 2007, n°06-20820, Bull. Civ. IV, n°177 ; *D.* 2008, p. 570, F.-X. LUCAS ; *RJ Com*, 2007, p. 361, P. ROUSSEL GALLE ; *Dr. et patr.*, Juillet 2008, p. 103, C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Confirmé par Com., 3 juillet 2012, n°11-18026, Bull. Civ. IV, n°146

⁶² Sur les diverses conséquences de ce principe d'unicité du patrimoine, voir SAINT-ALARY-HOUIN C., « L'action en extension d'une procédure collective dans les groupes de sociétés, une action à parfaire ! », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 637, spéc. pt 12 et suiv.

⁶³ Com., 17 nov. 1992, n°90-22130, Bull. Civ. IV, n°357, p. 254

⁶⁴ Principe explicitement énoncé dans l'arrêt Com., 30 juin 2009, n°08-15715

⁶⁵ Com., 10 janv. 2006, n°04-18917, jugeant que la fraude n'est pas une cause d'extension.

⁶⁶ Ex : Com., 11 mai 1993, n°91-10569, Bull. Civ. IV, n°187, p. 133

⁶⁷ Ex : Com., 24 oct. 1995, n°93-11322

cible de l'extension ne forment en réalité qu'un. La personne morale n'a alors pas de raison d'être, et il est manifeste que son indépendance n'avait pas été respectée, justifiant que les deux patrimoines ainsi réunis soient le gage commun des créanciers.

Quant à la **fictivité**, nous l'avons envisagée en droit commun précédemment. Par conséquent, sans nous y attarder, nous comprenons qu'elle puisse fonder l'action en extension : la société fictive n'était qu'une coquille vide, un paravent utilisé par un maître de l'affaire dans le but de morceler son patrimoine, mais non pour la doter d'une activité propre. Ainsi, il est logique de reconstituer le patrimoine tel qu'il aurait toujours dû être.

II/ L'extension possible au sein des groupes ?

Du point de vue des créanciers, l'extension de la procédure collective est une excellente issue, c'est presque même l'exact résultat souhaité : peu importe la filiale interposée (le débiteur original), le créancier aura accès au patrimoine de la mère (la cible de l'extension).

Respect de la stratégie de groupe. Dans la mesure où une société mère est fréquemment associée unique (ou presque), l'*affectio societatis* ne peut pas être le meilleur critère de la fictivité d'une filiale. De surcroît, considérant que le législateur a expressément validé les sociétés unipersonnelles, la simple création d'une telle filiale ne peut être considérée *ipso facto* ni comme abusive ni comme fautive.

Ainsi, toute organisation en groupe ne peut être condamnée à l'extension. L'analyse doit être faite *in concreto* pour distinguer les abus des techniques d'organisation légitimes. De la même manière, un groupe tend logiquement à être intégré, et la définition d'une stratégie commune ne peut être un critère de la confusion des patrimoines. Face à des excès, des auteurs se sont élevés contre un courant jurisprudentiel tendant apparemment à admettre que l'extension soit « *fondée uniquement sur l'unité d'entreprise ou, ce qui revient au même, sur la communauté d'intérêts indissociables existant entre toutes les sociétés d'un même groupe* »⁶⁸.

Critères. Cependant, il semble que sous l'influence de cette doctrine critique, la Cour de cassation soit revenue à une application plus stricte de l'extension, respectueuse de la possibilité pour les groupes de s'organiser librement. Ainsi, dans un arrêt *Metaleurop*, elle reproche à la Cour d'appel d'avoir statué par des « *motifs impropres à caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société-mère, qu'elle a constatés, révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société-mère avec celui de sa filiale* »⁶⁹, solution désormais constante⁷⁰.

Il nous semble alors ressortir des arrêts récents que la **Cour de cassation s'efforce réellement de maintenir un équilibre**, ne sanctionnant les groupes par l'extension que dans des cas flagrants⁷¹. Il ne s'agira pas ici d'effectuer une étude exhaustive de la jurisprudence sur la question⁷², mais simplement d'illustrer notre propos.

⁶⁸ DERRIDA F., « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? Étude de jurisprudence », *Mélanges Jean Dérupée*, Litec, 2000, p. 29.

Critique aussi : LUCAS F.-X., « Les filiales en difficulté », *LPA*, 4 mai 2001, n°89, p. 66 (spéc. p. 71).

⁶⁹ Com., 19 avr. 2005, *Metaleurop*, n°05-10094, Bull. Civ. IV, n°92, p. 95.

⁷⁰ Elle a été réitérée dans des termes similaires le 16 décembre 2014 (Com., n°13-24161, publié)

⁷¹ La structure sociétaire en cause dans cet arrêt devait laisser perplexe : la procédure collective a été étendue à une société mère et... ses **94 filiales** ! Voir Com., 3 janvier 1995, n°91-18109

⁷² Pour une étude sur ce point, lire SOULEAU-TRAVERS A. et G.-A. DE SENTENAC, « Critères de l'action en extension de procédure collective pour confusion des patrimoines à l'intérieur d'un groupe de sociétés... (CA Paris, 7 sept. 2004, n°2003/21837) », *BJS*, Nov. 2004, n°11, p. 1358.

Par exemple, « l'identité de dirigeant des deux sociétés et la détention par l'une de 980 des 1 000 actions du capital de l'autre et les versements faits sans contrepartie, dont il n'est pas démontré qu'ils ont procédé d'une volonté systématique, sont des éléments insuffisants pour caractériser la confusion des patrimoines »⁷³. De même, s'il est vrai « qu'une identité d'associés, de siège social [...] voire d'activité, et le fait que chacun des deux époux Z... ait assuré la direction d'une société, ne sauraient suffire à caractériser une confusion des patrimoines » entre ces sociétés, cette confusion peut toutefois découler d'autres circonstances : les salariés travaillaient indifféremment pour une société ou une autre, « les charges des deux entreprises étaient indifféremment réglées par l'une ou par l'autre », et la première n'avait pas déclaré une créance de 400 000 euros au passif de l'autre, hors toute convention de trésorerie⁷⁴.

De la même manière, « la similitude des sigles et l'identité des dirigeants et de siège des deux sociétés » et le fait que l'une dépende financièrement entièrement de l'autre, société holding, ne caractérisent pas une situation de fictivité⁷⁵. En revanche, quatre sociétés permettant à leur associé, « en se servant de cadres juridiques différents mais fictifs », de poursuivre la même activité, peuvent être la cible d'une action en extension⁷⁶. Cela explique aussi que soit justifiée l'extension dans un cas où une société, « en dépit des apparences, [...] ne constitu[e] qu'un service » de sa mère⁷⁷.

Effets. Nous l'avons dit, la Cour de cassation considère que la procédure collective ainsi étendue doit avoir une unique issue, qui concerne tout le patrimoine (et donc toutes les personnes morales, qui sont toujours, au regard du droit des sociétés, des entités distinctes). La solution peut paraître sévère : elle condamnera au même sort des sociétés ayant pourtant des capacités financières et des perspectives potentiellement différentes.

Cela dit, ces effets doivent être relativisés. En effet, un auteur relève qu'« en présence d'une offre de reprise limitée à certaines entités, une cession partielle peut intervenir dans le cadre d'une solution globale de liquidation judiciaire ou accompagner un plan global de redressement. Ce panachage peut permettre d'obtenir un résultat économique équivalent à celui qui aurait pu être obtenu à l'occasion de procédures distinctes »⁷⁸.

Chapitre 3. L'abus de biens sociaux, rempart contre le vampirisme

À titre liminaire, l'abus de bien social n'est pas *stricto sensu* une manière de solidariser société mère et filiale. C'est une infraction de droit pénal des affaires, qui va incriminer un dirigeant ayant usé des biens d'une société dans son propre intérêt, et contre celui de cette dernière. Ainsi, cette action ne protège pas tant les créanciers que la société elle-même. Par ailleurs, elle n'aboutit pas du tout à lever le voile social.

Toutefois, il nous a paru pertinent d'évoquer cette action, notamment car elle a été un temps un outil de pointe dans la lutte contre les relations de groupe anormales. Ainsi, dans une perspective historique, l'abus de bien social illustre la perversion possible de la relation mère-filiale (I).

Enfin, dernière motivation et non des moindres, cette infraction a été le point de départ d'une réaction jurisprudentielle fine, qui a abouti à la reconnaissance d'un intérêt de groupe, à la portée toutefois restrictive (II).

⁷³ Com., 2 mai 2007, n°06-12378

⁷⁴ Com., 16 juin 2009, n°08-15883

⁷⁵ Com., 27 oct. 1998, n°96-13277, Bull. Civ. IV, n°265, p. 219

⁷⁶ Com., 8 févr. 1994, n°91-15844

⁷⁷ Com., 19 oct. 1993, n°91-11073

⁷⁸ PETEL P., « La vie après la confusion des patrimoines », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 577 (citation p. 579).

I/ L'abus de bien social dans les groupes de sociétés

Cette infraction est définie aux articles L241-3, 4° (pour les SARL) et L242-6, 3° (pour les sociétés par actions) du Code de commerce. Ces derniers interdisent aux dirigeants « *de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ».

Sans s'appesantir sur la question, notons que tant l'esprit que la lettre de l'article sont clairs : il faut caractériser un dol général (la conscience par le dirigeant de heurter l'intérêt social) et un dol spécial (il doit en retirer un avantage, directement ou indirectement)⁷⁹.

Cet article vise les dirigeants : comment peut-il s'appliquer aux **groupes de sociétés** ? Illustrant bien la hiérarchie propre aux groupes, il peut arriver que la société mère soit elle-même administratrice ou présidente de sa filiale⁸⁰. Cela dit, il est plus fréquent que des sociétés d'un même groupe aient des dirigeants communs. Or, un dirigeant indelicat peut être tenté de favoriser la société mère, en concluant par exemple une convention de prêt entre la mère et la filiale, très défavorable à la seconde⁸¹. Ces pratiques de vampirisme peuvent aller jusqu'à « *la transfusion de la substance d'une société à une autre* »⁸², dans une négation de l'autonomie de la personne juridique vidée et laissée telle une coquille de noix ; d'où l'usage du droit pénal pour responsabiliser les entreprises.

Néanmoins, toute convention et tout mouvement intra-groupe ne relèvent pas du vampirisme. Ainsi, le juge pénal a mis au point une réponse adaptée, prenant en compte la réalité du groupe de sociétés.

II/ La reconnaissance d'un intérêt de groupe

Dans un arrêt *Rozenblum* du 4 février 1985⁸³, la Chambre criminelle de la Cour de cassation dégage quatre conditions permettant d'échapper à cette incrimination, dans la mesure où l'acte litigieux, bien qu'apparemment contraire à l'intérêt social, répondrait à un intérêt différent, celui du groupe (ce qui rejoindrait à long terme l'intérêt social) : il « *doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* ».

Cet arrêt de principe a fixé la jurisprudence, qui a peu évolué sur la question depuis. Nous nous contenterons de relever la référence à un intérêt commun, de groupe. Cependant, en pratique, il s'agit indéniablement « *d'étroites limites* »⁸⁴ ici posées par la Cour de cassation : il est certes parfois caractérisé⁸⁵, mais cela reste rare⁸⁶.

⁷⁹ JEANDIDIER W., V° *Sociétés - Fasc. 50 : SOCIÉTÉS – Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*, J.-Cl. Pénal des affaires.

⁸⁰ Ce qui est permis pour les personnes morales dans les SA (art. L225-20 du Code de commerce) et les SAS (art. L227-6 et -7 du même Code).

⁸¹ Exemple parmi d'autres, et qui a depuis été réglé à l'amiable, la convention de trésorerie entre Canal+ et Vivendi : 1,6 milliards prêtés à un taux de 1% à la société mère. Article publié le 12 février 2013 par Le Figaro : « Lagardère réclame 1,6 milliard à Vivendi ».

⁸² MARRAU R., « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *Les Petites Affiches*, 5 août 1996, n° 94, p. 4.

⁸³ Crim., 4 févr. 1985, n°84-91581, Bull. Crim., n°54 ; *JCP G*, 7 Mai 1986, n° 19, II, n°20585, W. JEANDIDIER

⁸⁴ LEPAGE A., P. MAISTRE DU CHAMBON, et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., LexisNexis, 2015.

⁸⁵ URBAIN-PARLÉANI I., « Note sous CA Rennes, 6 janvier 2005 », *Rev. sociétés* 2006, p. 433.

⁸⁶ M.-E. BOURSIER propose une excellente étude sur la question : « Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité », *Rev. sociétés* 2005, p. 273.

Titre II/ L'excessive proximité avec la filiale

Ce que nous qualifions de proximité excessive regroupe des situations dans lesquelles la filiale est réelle, autonome et indépendante. Elle a une existence propre et n'est pas qu'un véhicule servant les seuls intérêts déloyaux de la société mère ; il est donc naturel que les tribunaux respectent la filialisation du groupe, légitime technique d'organisation.

De la même manière doivent-ils tolérer la proximité entre les différentes entités du groupe, dans un but logique d'intégration, et la définition d'une stratégie commune. Cependant, tout est question d'équilibre : si la société mère est trop proche de sa filiale, et d'y comporte comme si elle n'était qu'un de ses établissements, elle en vient à assumer un rôle de direction. Cela n'est pas interdit, et n'est pas *ipso facto* caractéristique d'une confusion de patrimoines ; mais cela soumet la société mère au risque d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif (**Chapitre 1**).

Hors de cette action particulière, qui n'est ouverte qu'en cas de liquidation judiciaire révélant une insuffisance d'actif, cette excessive proximité peut conduire les tiers, cocontractants de la filiale, à croire que la société mère a décidé de s'impliquer dans l'exécution d'un contrat. Ainsi, à raison de cette apparence, la société faïtière se trouvera incluse dans le champ contractuel, et tenue comme un cocontractant. Ce mécanisme trouvera à s'appliquer et dans le droit commun des contrats, et en droit social, avec la théorie du co-emploi (**Chapitre 2**).

Chapitre 1^{er}. La direction de la filiale, sanctionnée par l'action en insuffisance d'actifs

Regard général. Cette action, anciennement appelée « action en comblement de passif » prévoit, lorsque la liquidation fait apparaître une insuffisance d'actif⁸⁷, que le tribunal peut, « *en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion* »⁸⁸ ; étant entendu que les seules fautes concernées sont celles qui sont antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective⁸⁹.

C'est là une action dite « attitrée », dont l'exercice est réservé au mandataire judiciaire, aux créanciers contrôleurs en cas de carence ou au Ministère public⁹⁰. Insistons sur sa souplesse, à plusieurs égards. Tout d'abord, le tribunal pourra retenir la responsabilité d'un ou plusieurs dirigeants, et le montant de la condamnation est librement apprécié par le juge. Mais surtout, les notions de « *dirigeant de fait* » (I) et de « *faute de gestion* » (II), non-définies, tendent clairement à lui donner un champ d'application large.

⁸⁷ Cette cause de clôture de la procédure de liquidation est donc à distinguer de l'extinction de passif

⁸⁸ Art. L651-2 du Code de commerce

⁸⁹ Com., 14 mars 2000, n°97-17753, Bull. Civ. IV, n°59, p. 51

⁹⁰ Art. L651-3 du Code de commerce

I/ La société mère est-elle un dirigeant ?

Sociétés mères. Cette action constitue un redoutable moyen de chercher la responsabilité de la société mère. Celle-ci est-elle un **dirigeant de droit** ? Elle peut l'être, par exemple si elle s'était octroyé le statut d'administrateur ou de président⁹¹. Néanmoins, précisément pour maintenir un semblant d'indépendance et d'autonomie de la filiale, ce cas est peu fréquent, les sociétés d'un groupe préférant généralement se doter de dirigeants communs.

Peut-elle alors être **dirigeant de fait** ? Cette expression désigne « *la personne qui exerce [...] une activité positive et indépendante d'administration générale d'une personne morale, sous le couvert ou aux lieu et place de ses représentants légaux* » (nous soulignons)⁹².

Ainsi, est dirigeant de fait une société mère qui s'est **immiscée dans la gestion** d'autres sociétés⁹³, quand bien même cette immixtion se serait faite par **personne interposée**⁹⁴. La mère s'est indéniablement immiscée lorsqu'elle est « *la seule maîtresse de la politique économique et financière de sa filiale* »⁹⁵, lorsqu'elle est à même de « *contraindre* » sa filiale « *à modifier ses comptes, à changer de politique salariale, à prélever des excédents de trésorerie au profit d'autres sociétés du groupe en violation de ses statuts* »⁹⁶ ou plus généralement en cas d' « *absence totale d'autonomie des filiales par rapport à la société-mère* »⁹⁷.

Insistons sur le fait que la direction doit être positivement démontrée : **une société mère associée unique de sa filiale n'en est pas ipso facto dirigeante**. Il doit être démontré qu'elle « *a dépassé le contrôle inhérent à la structure d'un groupe de sociétés et commis des ingérences répétées et positives dans la gestion de sa filiale* », ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle ne fait que tenir le secrétariat de sa filiale, rémunère son dirigeant de droit et négociait avec les banques pour sa filiale⁹⁸. Cette appréciation doit évidemment se faire *in concreto*, expliquant que le dirigeant de droit de la mère détenant des filiales à plus de 99% ne soit pas nécessairement dirigeant de fait de ces dernières⁹⁹.

Dans une récente affaire *Metaleurop*, la Cour de cassation a, par un attendu limpide, rappelé son attachement **au respect de l'élaboration par les groupes de stratégies communes et concertées**, allant jusqu'à une intégration assez poussée : « *la notion de groupe de sociétés impliqu[e] des relations croisées entre ses membres, un contrôle d'ensemble, une unité de décision et une stratégie commune impulsée par la société-mère* », ainsi une mère assurant une « *simple supervision* » ne dépasse pas des limites de son rôle et n'est pas dirigeante de fait¹⁰⁰.

Néanmoins, être dirigeant ne suffit pas à engager sa responsabilité, encore faut-il être fautif.

II/ Les fautes de gestion

Fautes de gestion. Celles-ci peuvent être tant d'action que d'abstention. Les exemples jurisprudentiels sont légions, ainsi là encore il ne s'agira pas viser l'exhaustivité, d'autant plus que toute faute peut être qualifiée de faute de gestion, mais simplement d'en présenter des exemples. Le

⁹¹ Ce qui est permis pour les personnes morales dans les SA (art. L225-20 du Code de commerce) et les SAS (art. L227-6 et -7 du même Code). Par exemple : CA Paris, 3e ch. Sect. B, 22 nov. 1996, n°94/10094

⁹² LE CORRE P.-M., *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2015.

⁹³ CA Paris, 3^e ch. C, 23 mai 1997, *Boeder*, numéro JurisData : 1997-021195

⁹⁴ Com., 2 nov. 2005, n°02-15895 ; *BJS*, Avril 2006, n°4, p. 469, F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2006, p. 398, D. PORACCHIA

⁹⁵ CA Paris, 3^e ch. C, 15 janv. 1999, *RJDA*, Avril 1999, 04/99, n°448, obs. anonymes

⁹⁶ Com., 6 juin 2000, n° 96-21134

⁹⁷ Com., 2 nov. 2005, n°02-15895, préc.

⁹⁸ CA Paris, 3^e ch. A, 7 oct. 2008, n°07/13617, num. Lexbase : A9180EAA ; *RJDA*, Avr. 2009, 04/09, n°342

⁹⁹ Com., 2 nov. 2005, n°02-15895, préc.

¹⁰⁰ Com., 19 nov. 2013, *Metaleurop*, n°12-28367 ; *BJS*, Fév. 2014, n°2, p. 103, N. PELLETIER

dirigeant, notamment, commet une faute en s'accordant une rémunération excessive au regard du passif de la société¹⁰¹, en faisant prévaloir l'intérêt d'une autre société liée¹⁰², en restant passif face aux difficultés de l'entreprise¹⁰³...

Fautes propres à la qualité d'associé ? La majorité des fautes ainsi évoquées pourraient avoir été commises par tout dirigeant de fait ou de droit. Dans le cadre de notre étude portant particulièrement sur l'originalité de la relation mère-fille, il nous paraît pertinent de nous interroger sur l'existence de fautes de gestion propres aux associés. Ainsi, ont été jugés fautifs le fait de créer une société en ne la dotant pas d'un capital suffisant¹⁰⁴, la non-libération d'un apport (quand bien même la loi ne l'exigeait pas)¹⁰⁵ ou encore le fait de distribuer trop de dividendes¹⁰⁶.

Un arrêt de mars 2015 modifie toutefois cette solution¹⁰⁷. Dans cette affaire, était poursuivie pour insuffisance d'actif l'associée gérante d'une SARL. Le liquidateur reprochait à cette dirigeante de droit d'avoir, en tant qu'associée, doté la société qu'elle créait d'un trop faible capital. La Cour de cassation, retenant une conception « organique »¹⁰⁸ de la faute de gestion, rejette cette demande au motif que « *l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion* » (nous soulignons).

S'il est permis de regretter, en opportunité, cette solution, qui écarte du champ de l'action en comblement de passif certaines fautes et met ainsi à l'abri l'associé, elle nous semble en droit parfaitement jugée. En effet, quand bien même l'associé se voit reconnaître une double casquette de dirigeant de fait, ces fonctions sont différentes, et le Code de commerce ne prévoit de responsabilité que pour les fautes de gestion commise par des dirigeants. Or, les dirigeants ne décident pas de la capitalisation initiale d'une société. L'arrêt concernait la sous-capitalisation, mais elle semble pouvoir être transposée à toutes les fautes imputables aux seuls associés, à l'exclusion des dirigeants.

Responsabilité délictuelle. Cependant, la Cour de cassation n'a pas pour autant l'intention d'abandonner tout contrôle sur le caractère fautif de la sous-capitalisation. Ainsi, deux mois après cette décision, elle a accepté de vérifier si la dotation d'un certain montant de capital ne constituait pas une faute civile au sens de l'article 1382 du Code civil¹⁰⁹, allant dans le sens d'un regroupement de la responsabilité de la société mère vers le fondement de la responsabilité délictuelle, ce qui fera l'objet de notre deuxième partie. Nous étudierons donc, entre autres, la sous-capitalisation et la distribution excessive de dividendes comme fautes délictuelles.

Nous analyserons aussi en détail dans cette deuxième partie les liens entre cette action et l'action en responsabilité délictuelle pouvant viser les dirigeants et associés, notamment au regard de la règle dite du « non-cumul » des responsabilités (voir *infra*, p. 59).

¹⁰¹ Com., 19 mai 2015, n°14-10348 ; *Gaz. Pal.*, 28 juil. 2015, n°209, B. DONDERO

¹⁰² Com., 14 déc. 1993, n°91-21362 ; CA Paris, 28 juin 1988, *Frankel c/ Bouteil*, n° JurisData : 1988-023921

¹⁰³ Com., 31 janv. 1995, n°92-21548, Bull. Civ. IV, n°29, p. 24

¹⁰⁴ Voir par ex. Com., 23 nov. 1999, n°97-12834 ; CA Rouen, 20 oct. 1983 ; *D.* 1983, p. 163, J.-J. DAIGRE ; CA Aix-en-Provence, 16 mai 2001, *BRDA*, 3/2002, n°7.

¹⁰⁵ Com., 16 oct. 2001, n°98-12568, Bull. Civ. IV, n°167, p. 158

¹⁰⁶ Voir par ex : Com., 25 oct. 2011, n°10-23671, *BJS*, Mars 2012, p. 243, n°136, D. PORACCHIA ; CA Paris, 8 avr. 2014, n°13/06822, ch. 5-8 ; CA Metz, 20 déc. 2011, n°11/00209 et n°10/01998. Était toutefois envisagée dans tous ces arrêts la responsabilité du dirigeant ayant proposé la distribution, non de l'associé l'ayant votée et en ayant bénéficiée.

¹⁰⁷ Com, 10 mars 2015, n°12-15505, publié ; *Rev. sociétés* 2015, p. 406, L. C. HENRY ; *Ibid.*, p. 468, D. PORACCHIA ; *BJS* 2015, p. 244, I. PARACHKÉVOVA ; *BJE* 2015, p. 248, T. FAVARIO

¹⁰⁸ PORACCHIA D., « L'action en comblement de l'insuffisance d'actif ne peut sanctionner que les fautes commises par le dirigeant de la personne morale en cette qualité (Com, 10 mars 2015, n°12-15505) », *Rev. sociétés* 2015, p. 468.

¹⁰⁹ Com., 12 mai 2015, n°13-27716 ; *Dr. sociétés* 2015, n°10, Nov. 2015, comm. n° 163, R. MORTIER

Chapitre 2. L'inclusion dans le champ contractuel de la filiale

A force de proximité avec sa filiale, une société mère peut laisser penser aux tiers qu'elle a décidé de s'engager aux côtés de sa filiale. Dans un tel cas, elle sera à leur égard tenue comme un cocontractant. Ce fondement, lié aux théories de l'immixtion et de l'apparence, a connu une récente et utile remise en ordre par la jurisprudence (I).

C'est une analyse similaire qui pourrait expliquer la théorie du co-emploi, propre au droit social (II).

I/ Apparence et immixtion, confusion ou réorganisation par la jurisprudence ?

Face aux failles de la jurisprudence traditionnelle (A), des arrêts récents viennent remettre de l'ordre en supprimant le fondement autonome de l'immixtion (B). Cette simplification est à saluer (C), et ne remet pas en cause la possibilité de caractériser une faute délictuelle (D).

A. Une jurisprudence traditionnelle de moins en moins claire

Une distinction historiquement claire existait tant en doctrine qu'en jurisprudence entre deux théories, celle de l'« apparence » contre celle de l'« immixtion »¹¹⁰.

La théorie de l'**apparence** est de longue date reconnue en jurisprudence¹¹¹. Cela visait les cas où il apparaissait pour un tiers, entretenu dans une croyance légitime, soit que deux sociétés n'en formaient en réalité qu'une (presque comme un cas de fictivité), soit que la mère s'engageait avec sa fille. Les tribunaux tendaient alors à protéger le tiers, en étendant les engagements de l'une à l'autre.

L'**immixtion**, quant à elle, visait les situations où une société mère ne respectait pas l'indépendance de sa filiale, en intervenant dans sa gestion, au point d'en devenir dirigeant, à tout le moins de fait. Lorsque tel était le cas, la jurisprudence condamnait *in solidum* la mère et la filiale pour les manquements de la seconde, imputés à la première¹¹².

Néanmoins, le fondement de ces actions était trouble. Un auteur note que l'« *on peut chercher différents fondements à cette action contre la société mère : apparence trompeuse, quasi-contrat, responsabilité délictuelle, volonté d'entrer dans le champ contractuel,...* ». S'il ajoute qu'« *en réalité [...], le fondement importe peu... seul le résultat compte : la pénétration non-autorisée d'un tiers dans un contrat est sanctionnée contractuellement* »¹¹³, nous tenterons tout de même d'isoler le fondement le plus adapté, conformément à l'objectif-même de notre étude. Concrètement, certaines décisions relevaient du terrain délictuel, la société mère réparant un préjudice¹¹⁴ ; tandis que dans d'autres, elles semblaient avoir un fondement contractuel, la mère étant contractuellement tenue aux côtés de sa filiale¹¹⁵. Bien souvent, ledit fondement ne ressortait pas clairement de la décision¹¹⁶. Qu'en est-il aujourd'hui ?

¹¹⁰ Toutefois, elle a toujours été plus claire en théorie qu'en pratique. Fréquemment, les deux se confondaient. Ex : Com., 26 février 2008, 06-20310 ; BJS, Juil. 2008, p. 602, C. HANNOUN

¹¹¹ R. ROBLLOT cite des arrêts de 1922 et 1929, in « Le régime des sociétés financières en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 1955, vol. 7, n° 3, p. 614 (spéc. p. 620, note 12).

¹¹² Ex : Com, 4 mars 1997, n°95-10756, Bull. civ. IV, n°65, p. 58 ; Civ. 3^e, 25 fév. 2004, n°01-11764, Bull. Civ. II, n°38, p. 35 ; Com., 26 février 2008, n°06-20310

¹¹³ LE FUR A.-V., « L'immixtion non-fautive », *Les concepts émergents en droit des affaires (dir : E. LE DOLLEY)*, LGDJ, 2010.

¹¹⁴ Fondement délictuel : Civ. 2^e, 3 mai 1995, n°93-15777, Bull. civ. II, n°132, p. 76 (immixtion) ; Com., 5 févr. 1991, n°89-12232, Bull. Civ. IV, n°58, p. 39 (apparence)

¹¹⁵ Com, 15 juin 1993, n°91-14404, Bull. civ. IV, n°253, p. 179 ; Com, 18 oct. 1994, n° 93-11807 : « *Attendu que la société [mère] fait grief à l'arrêt de l'avoir déclarée responsable des engagements contractuels souscrits par la société [filiale]... [REJET]* »

¹¹⁶ Voir par ex. Com, 4 mars 1997, n°95-10756, Bull. civ. IV, n°65, p. 58. Le pourvoi argue « *qu'en s'abstenant de rechercher [la faute de la société mère], la cour d'appel a privé sa décision de base légale au*

B. La réorganisation jurisprudentielle : vers l'immixtion-apparence ?

Depuis une dizaine d'années, une tendance jurisprudentielle semble vouloir remettre de l'ordre, en bousculant cette nomenclature traditionnelle.

Désormais, **l'apparence est créée par l'immixtion**. Ainsi, en 2006, dans un arrêt *Tapie*, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a admis qu'une société mère puisse être tenue lorsque son « *immixtion [...] dans l'exécution du mandat délivré à sa filiale avait été de nature à créer pour les mandants une apparence trompeuse propre à leur permettre de croire légitimement que cet établissement était aussi leur cocontractant* »¹¹⁷. On le voit, aux termes de cet attendu, immixtion et apparence sont regroupées. Que la société mère puisse être incluse dans le champ contractuel de sa filiale par l'apparence (lorsqu'elle s'est comportée comme un cocontractant) n'est pas nouveau, mais ce détour par l'immixtion l'est. C'est ce que nous appellerons « **l'immixtion-apparence** ».

Cette jurisprudence a été confirmée, voire même étendue. En effet, par un arrêt *Markinter* de 2012, **la Cour de cassation semble réduire l'immixtion au seul fondement de l'apparence**. Elle y casse un arrêt de Cour d'appel ayant admis l'action contre la mère, au motif qu'elle n'avait pas constaté « *que l'immixtion de la société PCAS avait été de nature à créer pour la société Markinter une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant* »¹¹⁸. Pourtant, les critères observés en l'espèce auraient bel et bien été de nature à caractériser une immixtion¹¹⁹. Elle semble alors réduite à l'immixtion-apparence. La 3^e chambre civile de la Cour de cassation a très récemment retenu exactement la même chose¹²⁰.

La situation relève clairement du champ contractuel. En 2006, l'Assemblée plénière vise les articles 1134 (force obligatoire du contrat) et 1165 (effet relatif des conventions) du Code civil, ce qui a été confirmé par la jurisprudence ultérieure¹²¹. Il nous paraît logique qu'une telle situation soit sanctionnée sur le champ contractuel : la société mère s'immisce dans son exécution, faisant naître la croyance chez le tiers qu'elle souhaite s'impliquer dans le contrat.

Conditions. La raison d'être de la théorie de l'apparence est toujours la protection des tiers de bonne foi. Habituellement, la reconnaissance d'une situation d'apparence nécessite la conjonction d'un élément objectif (apparence suffisamment réaliste) et d'un élément subjectif (bonne foi du tiers). Faut-il caractériser une **faute** de la société mère, ayant contribué à l'apparence ? Certains auteurs ont pu le soutenir¹²², néanmoins la jurisprudence ne l'a jamais exigé.

regard de l'article 1382 du Code civil » (fondement délictuel), et la Cour de cassation répond « *qu'ayant ainsi caractérisé l'absence d'autonomie de cette société et l'immixtion des autres sociétés du groupe dans sa gestion, la cour d'appel a ainsi pu, par une décision légalement justifiée, les condamner à supporter les conséquences de l'inexécution du contrat* » (terrain contractuel ?).

¹¹⁷ A.P., 9 octobre 2006, n°06-11056, Bull. A.P., n°11, p. 27

¹¹⁸ Com., 12 juin 2012, *Markinter*, n°11-16109, Bull. civ. IV, n°121 ; *Rev. sociétés* 2013, p. 95, C. TABOUROT-HYEST ; *BJS*, Sept. 2012, n° 9, p. 611, J.-J. BARBIERI

¹¹⁹ « *l'arrêt retient encore que la société PCAS a adressé directement aux lieu et place de sa filiale de nombreuses correspondances à la société Markinter concernant son contrat d'agence avec la société PCF, que certains courriers sont directement écrits sur du papier à en-tête PCF/PCAS mais signés par le dirigeant de la société PCAS et que, d'une manière générale, toutes les discussions relatives à la négociation du contrat d'agence de la société Markinter avec la société PCF ont été menées directement par la société PCAS, à l'initiative des dirigeants de celle-ci* ».

¹²⁰ Civ. 3^e, 18 fév. 2016, n°15-10007

¹²¹ Com., 12 juin 2012, n°11-16109, Bull. civ. IV, n°121 ; Civ. 3^e, 18 fév. 2016, n°15-10007, préc.

A noter qu'un arrêt (Com., 3 fév. 2015, n°13-24895, note H. BARBIER, *RTD Civ.* 2015, p. 388) peut semer un doute : le pourvoi se place sur l'article 1382 du Code civil. Néanmoins, il est rejeté (la Cour de cassation ne peut donc pas mettre de visa) et la réponse de la Haute cour est équivoque.

¹²² CALAIS-AULOY J., « À propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés », *RJ com.*, 1977, p. 85. : « *il faut une apparence trompeuse et que cette apparence trompeuse soit consécutive à une faute commise par la société mère* ».

Au vu de l'objectif de protection des tiers, l'exigence de faute ne nous paraît pas indispensable¹²³. Il s'agit donc d'un cas exceptionnel, dans lequel **la société mère se retrouve obligée aux dettes de sa filiale sans faute de sa part.**

Critères. Précisément car l'apparence fait échec au principe d'autonomie de la personnalité morale, elle ne peut être caractérisée trop aisément. La chambre commerciale l'a clairement indiqué l'arrêt *Markinter* : « *la société PCAS a adressé directement aux lieu et place de sa filiale de nombreuses correspondances à la société Markinter concernant son contrat d'agence avec la société PCF [la filiale], que certains courriers sont directement écrits sur du papier à en-tête PCF/PCAS mais signés par le dirigeant de la société PCAS et que, d'une manière générale, toutes les discussions relatives à la renégociation du contrat d'agence de la société Markinter avec la société PCF ont été menées directement par la société PCAS, à l'initiative des dirigeants de celle-ci* », pourtant l'apparence n'est pas retenue. Celle-ci ne dépend pas tant de l'immixtion elle-même que de ce qu'en voit le tiers : la mère doit laisser « croire [au tiers], à un moment où la société [filiale] avait encore des actifs, qu'elle se substituait à cette dernière dans l'exécution du contrat »¹²⁴.

C. L'abandon de l'immixtion comme critère autonome

Depuis l'arrêt *Markinter*, il semble donc que l'immixtion ne soit plus en tant que telle un fondement, n'étant qu'un critère permettant de caractériser l'apparence. La doctrine a pu déplorer cette solution de l'arrêt¹²⁵, néanmoins il nous paraît louable de la part de la Cour de cassation de limiter l'extension du contrat à la société mère aux seuls cas où elle s'est comportée en cocontractant aux yeux du tiers. Ces mêmes auteurs ont estimé qu'elle brouillait les lignes d'une jurisprudence nette. Au contraire, comme nous allons tenter de le démontrer, ce courant jurisprudentiel nous semble appréciable.

L'idée portée par cette doctrine peut être résumée ainsi : « *L'immixtion est retenue lorsque la société mère ne respecte pas l'autonomie de sa filiale* »¹²⁶. Or, c'est « *un comportement déviant. Qu'elle soit sanctionnée ne souffre aucune ambiguïté* »¹²⁷.

Nous sommes partiellement d'accord. Mais **l'immixtion n'est pas en soit fautive** : lorsqu'une mère acquiert le contrôle d'une filiale, elle a l'intention légitime de l'intégrer à son groupe, et de lui fixer une politique commerciale concertée. L'immixtion n'en est qu'un effet. Nous souscrivons pleinement au propos d'un auteur : « *Il serait vain de vouloir nier cette influence et le pouvoir de la société mère de donner des ordres à ses filiales [...] En refusant de diaboliser l'autorité naturelle de la mère sur ses filiales, l'arrêt [Markinter] fait preuve tout simplement de pragmatisme* »¹²⁸.

Cela ne signifie pas que l'immixtion doive être sans conséquence ; **elle n'a juste pas de raison d'être un fondement autonome**. En effet, si elle induit le tiers cocontractant en erreur, la théorie de l'apparence s'applique. Si ce n'est pas le cas, par exemple si le tiers n'avait à ce moment pas connaissance de l'immixtion, lui a-t-elle nui ? Justifie-t-elle que la société mère soit automatiquement tenue aux dettes ?

¹²³ Dans le même sens : BARBIER H., « D'une personne morale à l'autre : transmission des dettes via l'entreprise sous-jacente », *RTD Civ.* 2015, p. 388 ; LUCAS F.-X., « Les filiales en difficulté », *op. cit.* ; L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, th. Paris 2, LGDJ, 1990, n°160

¹²⁴ Com., 3 fév. 2015, n°13-24895, publié ; *RTD Civ.* 2015, p. 388, H. BARBIER

¹²⁵ GAUTIER P.-Y., « Des limites de la personnalité morale », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 293. ; SCHMEIDLER J., « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *D.* 2013, p. 584. ; BARBIER H., « D'une personne morale à l'autre : transmission des dettes via l'entreprise sous-jacente », *RTD Civ.* 2015, p. 388.

¹²⁶ SCHMEIDLER J., « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *op. cit.*

¹²⁷ PELLETIER N., *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, Préface de F.-X. LUCAS, Th. Paris I, LGDJ, 2013, pt 129.

¹²⁸ TABOUROT-HYEST C., « L'exception d'immixtion de la mère dans les affaires de sa filiale n'est plus (Com., 12 juin 2012, n°11-16109) », *Rev. sociétés* 2013, p. 95.

Non, c'est seulement si cette immixtion a eu un rôle causal dans le dommage argué par le cocontractant ; c'est-à-dire si la mère a été complice ou décisionnaire de l'inexécution du contrat. Or lorsqu'un tiers est complice d'une inexécution contractuelle, il engage sa **responsabilité délictuelle** aux côtés du cocontractant défaillant (voir p. 47).

D. L'immixtion, faute de responsabilité civile ?

L'immixtion se retrouve donc logiquement partagée entre la théorie de l'apparence, lorsqu'elle a trompé le tiers de bonne foi ; et la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du Code civil, lorsqu'elle a été fautive et a joué un rôle causal dans la réalisation du dommage, ce que nous appellerons « **l'immixtion-faute** ».

La jurisprudence a déjà admis, avant son rapprochement entre l'apparence et l'immixtion, que cette dernière puisse être un indice d'une faute génératrice de responsabilité civile délictuelle¹²⁹. La solution a été réitérée récemment, la première chambre civile de la Cour de cassation ayant admis qu'une action visant à reprocher à une société mère son « *immixtion [...] dans la gestion* » de sa filiale puisse être intentée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil¹³⁰.

Ce recul du fondement autonome de l'immixtion au profit de la responsabilité délictuelle sera plus longuement analysé dans notre deuxième partie, et particulièrement p. 46.

En résumé, il nous paraît assister à une remise en ordre louable de sa jurisprudence par la Cour de cassation : lorsqu'une société mère s'immisce « dans l'exécution d'un contrat » ou, ce qui est différent, « dans la gestion de sa filiale », et ce de manière externe et visible d'un tiers (au point de le tromper), elle est contractuellement tenue comme un cocontractant (c'est ce que nous appelons **l'immixtion-apparence**) ; lorsqu'elle s'immisce concrètement dans la gestion et nie l'autonomie de sa filiale, sans pour autant créer d'apparence (dans une optique plutôt interne), elle peut commettre une faute génératrice de responsabilité délictuelle (**l'immixtion-faute**).

Dit encore autrement, alors que récemment encore certains auteurs présentaient trois moyens d'atteindre, sur le fondement du droit commun, une société mère (l'apparence, l'immixtion, la responsabilité délictuelle), il n'en subsiste selon nous que deux, l'immixtion n'étant plus un critère autonome.

Un élément demeure cependant assez flou dans la construction prétorienne récente. L'immixtion « *dans la gestion* » de la filiale peut soit créer une apparence et être sanctionnée comme telle¹³¹, soit ne pas aller jusqu'à l'apparence et être constitutive d'une faute génératrice de responsabilité civile¹³². Il appartient probablement aux demandeurs de clairement choisir le fondement de leur action : théorie de l'apparence (domaine contractuel), ou bien responsabilité délictuelle, avec la nécessité dans ce dernier cas de remplir les conditions de droit commun (préjudice, faute et lien de causalité).

Cette clé de lecture, si elle nous apparaît cohérente, nous est personnelle et n'engage que nous.

¹²⁹ Com., 7 décembre 1993, n°92-12131 ; Civ. 2^e, 3 mai 1995, n°93-15777, Bull. civ. II, n°132, p. 76
Contra, SCHMEIDLER J., *op. cit.* : « *l'immixtion ne constitue pas une faute au sens de l'article 1382* ».

¹³⁰ Civ. 1^e, 26 octobre 2011, n°10-17026, Bull. civ. I, n°190, note M. MENJUCQ, *BJS*, Janv. 2012, n°1, p. 70.
Dans cette décision, elle admet le principe, mais n'est pas interrogée sur la caractérisation de la faute.

¹³¹ Civ. 3^e, 18 fév. 2016, n°15-10007, préc.

¹³² Civ. 1^e, 26 octobre 2011, n°10-17026, préc.

II/ Le co-emploi, en net recul au profit de la responsabilité délictuelle

Définition. La notion de co-emploi a pour « *utilité première d'offrir aux salariés une pluralité de débiteurs* »¹³³, et plus seulement l'employeur mentionné au contrat de travail. C'est donc une notion propre au droit social, et qui ne peut bénéficier qu'aux seuls salariés, non à l'ensemble des créanciers. En dire plus dès cette introduction serait s'avancer, tant la notion est controversée. L'étude de ses effets nous permettra de mieux la cerner.

Cette théorie, d'origine purement prétorienne n'est pas spécialement récente, mais force est d'admettre que depuis le début des années 2000 elle revient en force dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation : elle s'y pose comme « *la réponse sociale aux limites de la jurisprudence commerciale* »¹³⁴. En effet, le refus de la chambre commerciale, pour justifié en droit qu'il puisse être, de faire entorse au principe d'autonomie de la personnalité morale et de reconnaître trop aisément une extension de procédure ou une direction de fait, laisse souvent les salariés de la filiale démunis, et empêchés de se tourner vers la société mère prospère¹³⁵. Nous tâcherons de mieux cerner la notion en analysant ses critères puis ses effets.

A. Critères

Critères. Il existe deux méthodes pour caractériser une situation de co-emploi. Tout d'abord, il peut être démontré l'existence d'un lien de subordination¹³⁶ entre le salarié et le co-employeur¹³⁷. Néanmoins, cette jurisprudence semble dépassée aujourd'hui : le co-emploi peut être caractérisé « *sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un rapport de subordination individuel de chacun des salariés* » à l'égard de la mère¹³⁸. Le critère désormais dominant est celui de la triple confusion d'intérêt, d'activité et de direction entre deux sociétés¹³⁹, quoique la jurisprudence ait récemment ajouté que cela devait se manifester par « *une immixtion [de la mère] dans la gestion économique et sociale* » de l'employeur¹⁴⁰. En résumé, **l'immixtion repose aujourd'hui plus sur la domination économique exercée sur la filiale que sur celle juridique exercée vis-à-vis des salariés eux-mêmes.**

Cette triple confusion résulte d'un **faisceau d'indices**. L'appartenance à un groupe intégré ne suffit pas à en faire un co-employeur¹⁴¹, quand bien même la mère peut donner des ordres à sa filiale¹⁴². De la même manière, l'existence d'une UES n'implique pas nécessairement une situation de co-emploi¹⁴³. Assez rapidement, il est apparu que l'élément déterminant pour la chambre sociale était l'intervention constante de la mère dans la **gestion du personnel** de sa filiale¹⁴⁴.

¹³³ AUZERO G., « Les co-employeurs », *Les concepts émergents en droit des affaires (dir : E. LE DOLLEY)*, LGDJ, 2010, p. 43.

¹³⁴ CALICE L. et M.-C. DIRIART, « Les nouveaux fronts du licenciement économique - L'impossible équation entre l'existence du groupe et l'autonomie juridique... », *CDE*, n°5, Sept. 2012, dossier 27.

¹³⁵ Cette fonction de « *réponse sociale* » est illustrée par la tentaculaire affaire *Metaleurop*, dans laquelle la chambre commerciale a exclu l'extension et la responsabilité pour insuffisance d'actif, alors que la chambre sociale a admis le co-emploi.

¹³⁶ Au sens de l'arrêt *Société générale* : « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* » (Soc., 13 nov. 1996, n°94-13187)

¹³⁷ Ex : Soc., 10 avr. 1975, n°74-40136, Bull. Civ. V, n°188, p. 166

¹³⁸ Soc., 28 sept. 2011, *Metaleurop 1*, n°10-12278

¹³⁹ Soc., 19 juin 2007, *Aspocomp*, n°05-42551, Bull. Civ. V, n°109

¹⁴⁰ Soc., 2 juil. 2014, *Molex*, n°13-15208, Bull. Civ. V, n°159

¹⁴¹ Soc., 6 juil. 2011, n°09-69689, Bull. Civ. V, n°185 ; Soc., 22 oct. 2008, n°07-42230

¹⁴² CJUE, 10 sept. 2009, *Akavan*, C-44-08 : « *Une entreprise qui contrôle l'employeur, même si elle peut prendre des décisions contraignantes à l'égard de ce dernier, n'a pas la qualité d'employeur* » (pt 58).

¹⁴³ Soc., 22 nov. 2000, n°98-42229

¹⁴⁴ Soc., 22 juin 2011, *Novoceram*, n°09-69021 ; Soc., 18 janv. 2011, *Jungheinrich 1*, n°09-69199, Bull. Civ. V, n°23 ; Soc., 30 nov. 2011, *Jungheinrich 2*, n°10-22964, Bull. Civ. V, n°248

Excès. Cette construction n'est pas pleinement critiquable. Elle répond à un manque législatif, et vise avant tout à protéger les salariés, parties faibles, face à des groupes internationaux. Il ne s'agissait pas d'entraver la liberté de licencier, mais simplement de s'assurer qu'ils puissent obtenir toutes leurs indemnités, sans que ce coût ne soit supporté par la collectivité. Néanmoins, la justice ne peut se passer du droit, et une mesure d'équité ne peut aboutir à sacrifier toute sécurité juridique. Or, cette jurisprudence ne fixait pas ses propres limites, ce dont profitaient les juges du fond. L'affaire *Molex* en est un bon exemple : suite à sa décision de fermer sa filiale française, une mère s'implique dans l'organisation et le financement du PSE. La Cour d'appel de Toulouse déduit de cette implication pourtant responsable une situation de co-emploi¹⁴⁵. Ainsi, la mère est prise entre deux feux, et toute action sera fautive : s'impliquer dans le PSE la condamne au co-emploi, ne pas le faire la voue aux gémonies. Un auteur va jusqu'à affirmer que « *tout cela relève plus du racket que d'une application raisonnable de la règle de droit* »¹⁴⁶.

Evolution récente. Face à ces excès, qui étaient prévisibles, la chambre sociale a décidé d'en revenir à une plus grande rigueur dans l'appréciation du co-emploi. En effet, elle a cassé cet arrêt *Molex*, estimant, dans un bel attendu de principe (publié), que « *hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière* »¹⁴⁷ (nous soulignons). Or en l'espèce, « *le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et que la société mère ait pris dans le cadre de la politique du groupe des décisions affectant le devenir de la filiale et se soit engagée à fournir les moyens nécessaires au financement des mesures sociales liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois, ne pouvait suffire à caractériser une situation de co-emploi* ».

Depuis, de nombreux arrêts confirment cette sévérité de la Cour de cassation¹⁴⁸, quoique cette théorie n'en ait pas pour autant été abandonnée¹⁴⁹. En somme, elle est redevenue ce qu'elle n'aurait jamais dû cesser d'être, à savoir une manière de sanctionner les cas les plus graves : lorsque le co-employeur exerce réellement les prérogatives de l'employeur, ce qui suppose un degré supérieur à la simple faculté de donner des ordres à sa filiale.

B. Effets

Effets. Concrètement, le recours au co-emploi permet de faire peser sur un tiers (la société mère, dans les faits) des obligations normalement à la charge de l'employeur. Tout d'abord, il doit supporter les conséquences des licenciements prononcés par l'autre employeur, « *peu important que sa qualité de co-employeur ne lui ait été reconnue que postérieurement au licenciement* »¹⁵⁰. Ensuite, l'on sait que l'obligation de reclassement doit s'apprécier à l'échelle du groupe¹⁵¹. Pour autant, la chambre sociale a clairement affirmé que cette obligation de reclassement ne pesait que

¹⁴⁵ CA Toulouse, 4^e ch., 7 févr. 2013 ; *BJS*, Mai 2013, n°5, p. 301, F.-X. LUCAS

¹⁴⁶ LUCAS F.-X., « *Molex, Acte II (La grande scène du co-emploi)* », *BJS*, Mai 2013, n°5, p. 301.

¹⁴⁷ Soc., 2 juil. 2014, *Molex*, n°13-15208, Bull. Civ. V, n°159 ; *Rev. sociétés* 2014, p. 709, A. COURET et M.-P. SCHRAMM ; *Cahiers Soc.*, sept. 2014, n°266, J. ICARD ; *BJS*, Oct. 2014 n° 10, p. 394, N. PELLETIER ; *LEDEN*, Sept. 2014, n°8, p. 1, F.-X. LUCAS

¹⁴⁸ Ex : Soc., 18 fév. 2015, n°13-22595 ; Soc., 4 mars 2015, n°13-28141 ; Soc., 9 juin 2015, n°13-26558 ; Soc., 15 sept. 2015, n°14-10060 ; Soc., 10 déc. 2015, *Richard-Ducros*, n°14-19316

¹⁴⁹ Soc., 23 sept. 2015, n°14-16540, où le co-emploi est admis, en caractérisant « *une confusion d'intérêts, d'activités et de direction* ».

¹⁵⁰ Soc., 29 mars 2012, n°10-23657

¹⁵¹ Art. L1233-4 du Code du travail, qui codifie une jurisprudence antérieure

sur l'employeur, et pas sur les autres sociétés du groupe¹⁵². Toutefois, en situation de co-emploi, elle pèse sur les deux débiteurs, chacun étant fautif en cas de manquement¹⁵³.

Enfin, la Cour de cassation considère traditionnellement que « *la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constitu[e] un motif économique de licenciement* »¹⁵⁴. Or, elle a écarté cette solution dans le cadre du co-emploi : c'est-à-dire que si un co-employeur est reconnu, la cessation d'activité de l'entreprise n'est plus une cause autonome de licenciement économique¹⁵⁵.

Au vu de tous ces effets, la question est inévitable : le co-employeur est-il tiers ou partie au contrat de travail ?

C. Fondement

Fondement ? L'analyse juridique du lien de co-emploi est délicate et controversée. Des auteurs ont pu considérer que le co-employeur était un tiers, responsabilisé par rapport à la relation de travail, sur le fondement des articles 1382 ou 1384 du Code civil¹⁵⁶. Pourtant, la thèse de la responsabilité délictuelle ne rend pas pleinement compte de la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a considéré que le salarié bénéficiait d'une action **contractuelle** contre le co-employeur, et pouvait se prévaloir du for de compétence spécial réservé par l'article 19 du règlement Bruxelles I¹⁵⁷, visant pourtant explicitement l'action contre « *l'employeur* »¹⁵⁸. Il nous semble donc inévitable d'admettre que le co-employeur est bel et bien un employeur, une partie au contrat¹⁵⁹. Néanmoins, comment le justifier ?

Un auteur propose de ramener le co-emploi à une situation de fictivité de la filiale, permettant aux salariés de se voir reconnaître inopposable cette dernière (par le biais d'une action en déclaration de simulation)¹⁶⁰. Cette thèse nous paraît délicate, dans la mesure où la fictivité de la société obéit à des règles bien précises, et où le droit des sociétés s'adapte mal à la simulation de l'article 1321 du Code civil¹⁶¹. De surcroît, la fictivité doit selon nous être réservée à des cas assez graves, or la « *triple confusion* » et « *l'immixtion* », relativement courantes, si ce n'est légitimes, au sein des groupes de sociétés, ne caractérisent pas nécessairement la fictivité d'une filiale, mais son intégration au groupe.

La thèse de Yannick Pagnerre est celle qui emporte notre conviction. Il considère que le co-employeur est inclus dans le champ du contrat de travail initial du fait de son immixtion¹⁶², qui est caractérisée par le contrôle exercé par la mère sur la gestion du personnel de sa filiale. En d'autres termes, le co-employeur exerce les prérogatives de l'employeur. Les rédacteurs du *Lamy Droit du contrat* écrivent en effet que « *L'immixtion confère à son auteur la qualité de partie au contrat et, cela, même s'il s'en défend au moment où il est recherché en exécution de l'accord. Qu'importe en effet sa volonté de s'y soustraire et donc de ne pas contracter : en se comportant comme un*

¹⁵² Soc., 13 janvier 2010, n°08-15776, *Flodor*, Bull. Civ. V, n°5 ; *JCP S*, n°23, Juin 2010, p.1225, J.-M. OLIVIER

¹⁵³ Soc., 12 sept. 2012, *Metaleurop 2*, n°11-12351

¹⁵⁴ Soc., 16 janv. 2001, n°98-44647 ; Bull. Civ. V, n°10, p. 7

¹⁵⁵ Soc., 18 janv. 2011, *Jungheinrich 1*, n°09-69199, Bull. Civ. V, n°23

¹⁵⁶ CESARO J.-F., « Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique », *JCP S*, n°7, Fév. 2013, p. 1081, pt 7 et suiv.

¹⁵⁷ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I ».

¹⁵⁸ Soc., 19 juin 2007, *Aspocomp*, n°05-42551, Bull. Civ. V, n°109, préc.

¹⁵⁹ *Contra* : LOISEAU G., « Le coemploi, une compétence réservée au juge judiciaire ? », *JCP S*, Nov. 2015, n° 46, p. 1414.

¹⁶⁰ Voir AUZERO G., « La nature juridique du lien de co-emploi », *Sem. soc. Lamy*, Nov. 2013, n°1600.

¹⁶¹ Sur ce point précis, voir *supra*, p. 18

¹⁶² PAGNERRE Y., « Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ? », *JCP S*, Déc. 2015, n° 49, p. 1436.. Dans le même sens, LUCAS F.-X., « Co-emploi et responsabilité de l'actionnaire », *BJS*, Nov. 2014, n°10.

contractant, le tiers est entré, qu'il le veuille ou non, dans le contrat au point de devenir véritablement engagé »¹⁶³.

Apparence ? C'est l'immixtion dans la filiale, caractérisant la triple confusion pré-évoquée, qui permet d'inclure la mère au contrat de travail (selon l'analyse à laquelle nous nous rangeons). Et en cela, d'après la Cour de cassation, peu importerait *l'apparence* qu'en auraient les salariés : même s'ils ignorent au cours de l'exécution de leur contrat de travail que la société mère s'immisce dans la gestion de sa filiale, ils pourront agir contre elle. Ainsi, la chambre sociale admet ce que les autres chambres de la Cour refusent sur le terrain du droit commun depuis l'arrêt *Markinter* de juin 2012¹⁶⁴.

Pour les mêmes raisons qui nous poussaient à soutenir l'arrêt *Markinter*, cette solution paraît critiquable. Néanmoins, elle peut se justifier. En effet, l'atteinte à l'autonomie de la personnalité morale s'explique ici par le fait que le droit du travail est « *un droit du pouvoir, pour cette raison qu'il a pour objet un travail subordonné, un travail qui s'exerce sous le pouvoir d'autrui* »¹⁶⁵. Le contrat de travail unit un salarié, par définition subordonné, et un employeur, c'est-à-dire celui à même de lui donner des ordres. Par conséquent, le co-emploi est « *le résultat de la recherche de l'origine réelle du pouvoir exercé dans l'entreprise* »¹⁶⁶, car rechercher le donneur d'ordres permet de trouver celui qui est en réalité employeur, quand bien même le salarié ne l'a pas su. Cette analyse ne s'applique pas aussi bien aux autres contrats, dans lesquels le pouvoir n'est pas central, ce qui est à même d'expliquer la divergence entre la chambre sociale et les autres sur les liens entre l'immixtion et l'apparence¹⁶⁷.

Conclusion - Responsabilité délictuelle. Si l'arrêt *Molex* illustre indubitablement un recul de la notion de co-emploi, il ne semble pas réellement marquer l'ouverture d'un régime de faveur pour les sociétés mères. En effet, moins d'une semaine après, la chambre sociale a admis la condamnation d'une société mère coupable de « *légèreté blâmable* », sur le fondement de l'article 1382 du Code civil¹⁶⁸. Il ne peut raisonnablement s'agir d'une coïncidence : ces magistrats invitent clairement les salariés à emprunter cette voie, que la jurisprudence maîtrise mieux. Ce basculement vers la responsabilité délictuelle de l'associé société mère, réellement perceptible en plusieurs branches du droit et reflété par l'expérience contentieuse, fera l'objet de notre seconde partie.

Nous l'avons dit, la théorie du co-emploi ne nous apparaissait pas des plus convaincantes, néanmoins elle répondait à des insuffisances législatives, et était mue par un intérêt légitime de protection des salariés, souvent démunis. Ainsi, nous souscrivons au propos d'un auteur qui note malicieusement qu'« *il est piquant de constater que les juristes se trouvent contraints d'arpenter les voies anciennes du droit civil pour reconstruire les droits des salariés délestés par l'éclatement des structures sociétaires* »¹⁶⁹.

¹⁶³ FAGES B., *Le Lamy Droit du Contrat*, Wolters Kluwer, pt 305-52, 2016.

¹⁶⁴ Voir *supra*, p. 27. Pour appel, cet arrêt pose que l'immixtion, en tant que telle, ne suffit pas pour agir contre la société mère ; il faut que celle-ci crée l'apparence que la mère s'engage aux côtés de sa filiale.

¹⁶⁵ AUZERO G., « Le droit du licenciement économique confronté au principe de l'autonomie des personnes morales », *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 655 (citation p. 664).

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Même sens : BAILLY P., « Actualité des licenciements économiques », *Sem. soc. Lamy*, n° 1504, p. 7.

¹⁶⁸ Soc., 8 juil. 2014, n°13-15470 et n°13-15573 (2 arrêts), Bull. Civ. V, n°179 et n°180

¹⁶⁹ PESKINE E., « L'imputation en droit du travail », *RDT* 2012, p. 347.

Partie II – L'émergence d'une responsabilité fondée sur la faute délictuelle

L'affirmation d'un basculement, voire d'un regroupement, sensibles de la responsabilité de l'associé société mère vers le fondement unique de l'article 1382 du Code civil peut paraître péremptoire. A titre liminaire, présentons donc les quatre axes qui nous permettent néanmoins d'avancer cette idée.

L'exemple le plus spectaculaire concerne sans doute le terrain du **co-emploi**. Comme nous l'avons dit précédemment, jusqu'en 2014, cette construction prétorienne était en vogue parmi les juges du fond. Ainsi, l'arrêt du 2 juillet 2014¹⁷⁰ y ayant mis un coup de frein a pu surprendre ; mais la surprise ne fait que croître lorsque l'on y juxtapose deux arrêts publiés rendus moins d'une semaine après, dans lesquelles la même chambre sociale admet que la société mère coupable d'une « *légèreté blâmable* »¹⁷¹ engage sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Le basculement d'un fondement vers l'autre, qui avait été appelé, ou à tout le moins envisagé, par une partie de la doctrine¹⁷², est ici palpable.

Concernant l'**immixtion**, nous l'avons dit, elle semble ne plus être un critère autonome¹⁷³ pour engager la responsabilité de la société mère, nécessitant d'être source d'une apparence trompeuse faisant de celle-ci un cocontractant. Parallèlement, la Cour de cassation a récemment admis que l'immixtion pouvait caractériser une faute délictuelle sanctionnée sur le terrain de l'article 1382 du Code civil¹⁷⁴. Il s'agit donc bien d'accroître le champ des comportements de la société mère pouvant être générateurs de responsabilité civile, au détriment d'un autre fondement manifestement mis de côté.

L'**action en insuffisance d'actifs** connaît une évolution comparable, concernant la responsabilité d'un associé. En effet, la Cour de cassation, en mars 2015, a assez logiquement exclu l'associé pris en cette qualité du champ de l'action en insuffisance d'actifs ; par conséquent ne peut être sanctionnée sur ce fondement une sous-capitalisation, qui n'est pas imputable à un dirigeant mais aux associés¹⁷⁵. Cependant, elle a quasi-simultanément admis le principe du contrôle de la sous-capitalisation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil¹⁷⁶. Il peut donc s'agir d'un signe assez clair que la Cour de cassation n'estime pas renoncer au contrôle des actes d'associés, mais qu'elle considère que le fondement délictuel est le plus adapté à cette tâche.

Le **dispositif dit « Petroplus »**, introduit par la loi du 12 mars 2012, semble aller dans le même sens. En effet, l'article L631-10-1 du Code de commerce dispose que « *À la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire judiciaire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à*

¹⁷⁰ Soc., 2 juil. 2014, n°13-15208, *Molex*, Bull. Civ. V, n°159, préc.

¹⁷¹ Soc., 8 juil. 2014, n°13-15470 et n°13-15573 (2 arrêts), Bull. Civ. V, n°179 et n°180 (citation dans le 2nd arrêt) ; *Rev. sociétés* 2014, p. 709, A. COURET et M.-P. SCHRAMM ; *RDT* 2014, p. 672, A. FABRE ; *D.* 2014, p. 2147, F.-X. LUCAS ; *BJE*, Nov. 2014, n°6, G. AUZERO ; *Cahiers Soc.*, sept. 2014, n°266, J. ICARD ; *BJS*, Nov. 14, E. MOUIAL-BASSILANA Comp. CA Pau, 7 février 2013, n°11/02325, numéro Lexbase : A5480174

¹⁷² PESKINE E., « L'imputation en droit du travail », *RDT* 2012, p. 347, spéc. I/B) ; CESARO J.-F., « Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique », *JCP S*, n°7, Fév. 2013, p. 1081, spéc. pt 8.

¹⁷³ Com., 12 juin 2012, n°11-16109, Bull. civ. IV, n°121, préc.

¹⁷⁴ Civ. 1^e, 26 oct. 2011, n°10-17026, Bull. civ. I, n°190, préc.

¹⁷⁵ Com., 10 mars 2015, n°12-15505, publié, préc.

¹⁷⁶ Com., 12 mai 2015, n°13-27716 ; *Dr. sociétés* 2015, n°10, Nov. 2015, comm. n° 163, R. MORTIER

la cessation des paiements du débiteur » (nous soulignons). Nous passerons sur la possibilité d'ordonner des mesures conservatoires pour nous concentrer sur l'action en responsabilité ainsi visée. Il ne s'agit clairement pas de l'action en insuffisance d'actif : cette dernière est limitée à la liquidation, tandis que le dispositif Petroplus s'applique au redressement. Il convient donc de se tourner vers le droit commun : selon nous l'article L631-10-1 du Code de commerce peut être vu comme complément à une action fondée sur l'article 1382 du Code civil¹⁷⁷. En d'autres termes, il ne servirait pas de fondement à une action *ad hoc*, il servirait simplement de fondement à des pouvoirs exorbitants du juge, dans le cadre d'une action en responsabilité civile délictuelle¹⁷⁸. Cela dit, en l'absence de jurisprudence¹⁷⁹, ce point reste discutable. Quoi qu'il en soit, il s'agit indéniablement d'une incitation à mettre en œuvre une action en responsabilité à l'encontre d'un dirigeant (qui peut être la société mère, comme c'était précisément le cas dans ladite affaire Petroplus).

En termes d'opportunité, faire usage de l'article 1382 du Code civil à l'encontre de l'associé ne paraît pas être un mauvais fondement. En effet, si la responsabilité des dirigeants de sociétés est largement prévue par des textes spéciaux, il n'en est rien pour les associés. Ainsi, le principe de la responsabilité délictuelle, dont on connaît la souplesse et le caractère accueillant, a particulièrement vocation à s'appliquer ici, pour ne pas créer de vide législatif. **C'était déjà sur ce fondement que s'était appuyée la Cour de cassation pour reconnaître les autres cas de responsabilité de l'associé**, à savoir l'abus du droit de vote¹⁸⁰ et la révocation vexatoire du dirigeant¹⁸¹ (que nous n'étudierons pas dans le cadre de ce mémoire).

Insistons sur le fait qu'il sera question dans cette partie de la responsabilité personnelle de la société mère, pour l'une de ses propres fautes. Certes, la faute se matérialisera dans un préjudice commis par la filiale, mais *stricto sensu* il ne s'agit pas de tenir la mère pour responsable des fautes de sa filiale.

Au vu de ces éléments, il nous a paru utile de consacrer quelques développements plus particuliers à cette question. En effet, la transposition des conditions habituelles de la responsabilité civile à l'action contre la société mère mérite quelques remarques, dans la mesure où un régime particulier tend à se développer (**Titre I**). Au-delà de ces conditions de fond, l'exercice de cette action se heurte à des difficultés procédurales, en raison notamment de la frontière ici poreuse entre droit commun et autres matières, telles que le droit international privé ou le droit des entreprises en difficultés (**Titre II**).

Notons ici qu'un état récapitulatif des décisions jurisprudentielles admettant l'action délictuelle à l'encontre de la société mère peut être consulté en annexe.

¹⁷⁷ En ce sens, PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ, 2014, p. 773, pt 1674.

¹⁷⁸ *Contra* : LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Éd. 2015/16, Dalloz : « *Le texte ne repose donc pas sur la responsabilité civile de l'article 1382 du Code civil. Il s'agit d'une responsabilité de nature délictuelle sui generis [...]* ».

¹⁷⁹ Absence prévisible, tant cette loi était conjoncturelle et visait à répondre à un cas médiatique précis. Pour un rappel, voir par ex. LE CORRE P.-M., « Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins...chez la mère : la loi Petroplus du 12 mars 2012 », *Rev. sociétés* 2012, p. 412.

¹⁸⁰ Ex : Com., 18 avril 1961, Bull. Civ. IV, n°175 ; Com., 4 oct. 2011, n°10-23398, Bull. Civ. IV, n°150

¹⁸¹ Ex : Com., 13 mars 2001, n°98-16197, Bull. Civ. IV, n°60, p. 56 ; D. 2003, p. 51, M.-P. LAMOUR

Titre I/ L'adaptation des conditions de la responsabilité civile délictuelle à l'action contre la société mère

En droit commun, la responsabilité civile s'articule autour du fameux triptyque faute-préjudice-lien de causalité. Si cette dernière condition ne nous paraît pas devoir faire l'objet d'un chapitre propre, faute de particularité par rapport au droit commun¹⁸², les deux premières méritent quelques éclaircissements. Concernant le préjudice, pour éviter les répétitions, nous y reviendrons dans notre seconde partie, lorsque nous envisagerons son caractère « distinct »¹⁸³. Enfin, la faute, elle aussi, dispose d'un régime présentant des particularismes par rapport au droit commun (**Chapitre 1**).

Nous continuerons notre effort d'adaptation de ce régime bien connu à l'action visant la société mère, en envisageant la possibilité et l'opportunité de mettre en place diverses présomptions (**Chapitre 3**). Dans la même lignée, nous étudierons la mise en place de l'intérêt de groupe comme fait justificatif, qui pourrait trouver un écho jurisprudentiel favorable (**Chapitre 2**).

Chapitre 1^{er}. La caractérisation de la faute de la société mère

La faute de la société mère, quoique particulière, peut recouvrir une grande variété de situations (II). Pourtant, il est primordial de noter que celle-ci ne pourra être caractérisée qu'après avoir surmonté deux importants obstacles posés récemment par la jurisprudence (I).

I/ Deux importants obstacles récents

La faute de la société mère sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ne semble pouvoir être retenue que si elle est « détachable des prérogatives de l'associé », depuis un important arrêt de la chambre commerciale de 2014, à la portée néanmoins incertaine (A).

Par ailleurs, tout comportement ne peut être déclaré fautif que par rapport à une certaine norme. Or, ce référentiel est, dans le cadre des groupes, de plus en plus strictement apprécié, ce qui certes reflète une meilleure connaissance des groupes par la Cour de cassation, mais rend de l'autre côté plus difficile la caractérisation de la faute (B).

A. La limitation à la simple « faute détachable des prérogatives d'associés » ?

Un premier obstacle de taille à l'action en responsabilité intentée contre l'associé résulte d'un arrêt très remarqué de la Chambre commerciale en date du 18 février 2014¹⁸⁴. Dans cette affaire, une décision de l'associé majoritaire, prise en assemblée générale, avait conduit la société à manquer à

¹⁸² Néanmoins, l'exigence d'un lien de causalité est bel et bien présente. À titre d'exemple, dans une affaire *Bull* que nous recroiserons, si en 2007 la Cour de cassation avait admis l'action délictuelle contre la mère, la Cour d'appel de renvoi a rejeté les demandes, faute d'avoir caractérisé un lien de causalité entre le préjudice et la faute. Voir CA Poitiers, 10 sept. 2009, n°08/1707, numéro JurisData : 2009-023435, et rejet du pourvoi par Soc., 5 mai 2011, n°09-72586

Dans le même sens, CA Paris, p. 05 ch. 08, 14 avr. 2015, *Aff. Nouvelles Frontières – Aérolyon*, n°14/02820, N° JurisData : 2015-009754 ; N° Lexbase : A3825RKU, dans lequel le lien de causalité fait encore défaut.

¹⁸³ Voir *infra* p. 62

¹⁸⁴ Com., 18 févr. 2014, n°12-29752, Bull. Civ. IV, n°40 ; D. 2014, p. 764, T. FAVARIO ; RDC 2014, p. 372, G. VINEY ; JCP E, 2014, p. 1160, B. DONDERO ; Gaz. Pal., 16 avr. 2014, n°107, p. 1141, N. BLANC ; BJS, 2014, p. 382, B. FAGES ; Lettre CREDA-Sociétés, Mars 2014, J. CHACORNAC

l'une de ses obligations contractuelles. Le cocontractant assigne la société sur le fondement de sa responsabilité contractuelle (article 1147 du Code civil), ainsi que l'associé majoritaire, comme complice de ce manquement contractuel (ce que les tribunaux acceptent, on le sait, sur le fondement de la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du Code civil). Les juges du fond font droit à toutes ces demandes, condamnant *in solidum* la société et l'associé. Ceux-ci décident de se pourvoir en cassation.

Concernant les demandes de la société, le pourvoi est rejeté. En revanche, la Haute Cour casse pour manque de base légale l'arrêt en ce qu'il condamne l'associé. En effet, elle affirme que la Cour d'appel aurait dû chercher si l'associé avait commis « *une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, de nature à engager sa responsabilité personnelle envers le tiers cocontractant de la société* », et ce au visa des articles 1382 et 1842 du Code civil.

Etudier l'origine de cette solution (1) nous permettra de mieux en saisir la portée (2).

1. Genèse de la solution

a) Une responsabilité calquée sur celle du dirigeant

Les articles L223-22 et L225-251 du Code de commerce régissent la responsabilité des dirigeants, respectivement dans la SARL et la SA. Ceux-ci sont responsables « *envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ». On le voit, la loi ne distingue pas selon que l'action soit intentée par la société ou par un tiers. Pourtant, la Cour de cassation le fait.

En effet, un courant jurisprudentiel a transposé à la responsabilité des dirigeants la théorie de la « *faute détachable* » née en droit administratif¹⁸⁵. Concrètement, il en ressort que, selon la Cour de cassation, un dirigeant n'est personnellement responsable à l'égard des tiers que s'il a commis une faute « *séparable de ses fonctions* ». On le voit, la jurisprudence pose une condition qui ne ressort absolument pas de la lettre de la loi. Cette solution oblige donc nécessairement le juge à définir une telle faute.

Dans un arrêt *SATI* du 20 mai 2003¹⁸⁶, la Chambre commerciale affirme que « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi*¹⁸⁷ lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ». La filiation avec l'attendu du 18 février 2014 est palpable.

b) Le fondement de ces solutions : l'écran de la personnalité morale

Concernant le dirigeant, la solution s'explique assez aisément. Là encore¹⁸⁸, la Cour de cassation donne plein effet à l'autonomie de la personne morale. Elle est un être juridique à part entière ; certes elle agit par le biais de ses différents organes, mais ceux-ci ne font que manifester sa volonté. Comme l'affirme la Cour de cassation, « *le dirigeant agissant dans l'exercice de ses fonctions incarne la société au nom et pour le compte de laquelle il s'exprime* »¹⁸⁹. Par conséquent, seule la société

¹⁸⁵ Trib. Confl., 30 juil. 1873, *Pelletier* ; V. n°2 in LONG M., P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Dalloz, 2015.

¹⁸⁶ Com., 20 mai 2003, n°99-17092, Bull. Civ. IV, n°84, p. 94 ; D. 2003, p. 2623, B. DONDERO.

¹⁸⁷ Un doute subsiste donc quant à savoir si la Cour pose la définition de la faute détachable, ou en donne un cas, potentiellement parmi d'autres.

¹⁸⁸ Voir l'introduction, p. 8

¹⁸⁹ Com., 19 déc. 2006, n°05-18833

existe aux yeux des tiers : elle fait écran entre eux et ses organes. Si le tiers a été lésé par les actions du dirigeant, il a en réalité été lésé par la société, agissant par le biais de son dirigeant¹⁹⁰.

Evidemment, l'écran protecteur formé par la personne morale doit être levé si la faute concernée ne peut pas refléter la volonté de la société : elle sera donc « détachable des fonctions ». Pour autant, les conditions posées en 2003 sont très strictes. Pour certains auteurs, cette jurisprudence revient à reconnaître une « *quasi-irresponsabilité* »¹⁹¹ au dirigeant. Ce point doit néanmoins être nuancé : le tiers peut se tourner vers la société, qui dispose ensuite d'une action récursoire contre le dirigeant, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une faute détachable¹⁹².

La justification est la même concernant l'associé. Comme le souligne un auteur, « *en tant qu'organe de la société, l'assemblée générale des associés disparaît derrière [l'écran protecteur de la personnalité morale], au point d'acquiescer une forme d'immunité, que le principe de la liberté de vote achève de consacrer* »¹⁹³. On parle, selon les auteurs, de « théorie de la personnalité morale », ou de « **théorie de l'organe** », qui désignent ici toutes deux ce même phénomène.

Le **visa** mérite à ce titre d'être relevé. La référence à l'article 1842 du Code civil, siège de la personnalité morale dans le Code civil¹⁹⁴, marque l'attachement de la Cour de cassation à son autonomie et son indépendance. Ainsi, la Haute Cour rappelle que le principe est celui de l'autonomie de la personnalité morale, et que cet écran ne souffre d'être percé que par exception.

La chambre commerciale vise aussi l'article 1382 du Code civil. Il s'agit par la généralité de ce visa d'affirmer que le droit des sociétés n'évince pas la responsabilité civile de droit commun. En effet, le dirigeant est responsable de ses fautes en vertu de dispositions légales particulières¹⁹⁵ qui, elles, écartent l'article 1382¹⁹⁶ (ce qui conduit par faveur à l'application d'une prescription triennale¹⁹⁷ et non à la prescription quinquennale du droit commun¹⁹⁸). En revanche, faute de texte comparable, on ne voit pas pourquoi l'article 1382 devrait être évincé du régime applicable aux associés¹⁹⁹. Ainsi, le principe est que l'associé est responsable de ses fautes. Néanmoins, quelle est la substance de ce principe ?

c) Extension ou restriction de la responsabilité de l'associé ?

Cet arrêt oppose les tenants du verre à moitié vide à ceux du verre à moitié plein. Pour les seconds, cette solution conduit à accroître la responsabilité des associés, en admettant par principe qu'ils puissent être personnellement tenus de certaines fautes, hors les cas admis d'abus du droit de vote et de révocation vexatoire du dirigeant. Un auteur affirme même que « *Ce mouvement d'aggravation*

¹⁹⁰ Voir, au visa de l'article 1382 : « *la personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes* », Civ. 2^e, 17 juil. 1967, Bull. Civ. II, n°261 ; *RTD Civ.* 1968, p. 149, G. DURRY

¹⁹¹ P. 180, note 24, in COZIAN M., A. VIANDIER, et F. DE BOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015.

¹⁹² Civ. 1^e, 15 mai 2007, n°06-12317

¹⁹³ CAFFIN-MOI M., « La responsabilité pour faute de l'associé, une évolution à front renversé », *op. cit.*

¹⁹⁴ Art. 1842 du Code civil : « *Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation.* »

¹⁹⁵ Art. 1850 du Code civil pour les sociétés civiles, art. L223-22 et L225-251 du Code de commerce respectivement pour les SARL et les SA.

¹⁹⁶ Civ. 1^e, 9 fév. 2012, n°09-69594

¹⁹⁷ Voir les art. L223-23 (SARL) et L225-254 (SA) du Code de commerce. En revanche, faute de texte spécial pour les sociétés civiles, il convient probablement d'appliquer le droit commun.

¹⁹⁸ Voir les art. L110-4 du Code de commerce (matière commerciale) et 2224 du Code civil (matière civile)

¹⁹⁹ *Contra*, CAFFIN-MOI M., « La responsabilité pour faute de l'associé... », *op. cit.*, p. 207 : « *[Hors insuffisance d'actif,] il n'est aucune justification à retenir cette responsabilité de droit commun à la charge d'un associé qui, précisément, n'est pas dirigeant de fait* ».

de la responsabilité civile des associés est inquiétant, lorsqu'il concerne l'associé qui ne fait qu'exercer –même de manière gravement fautive et intentionnelle– ses prérogatives politiques »²⁰⁰.

En ce qui nous concerne, nous voyons, et déplorons, le verre à moitié vide : cet arrêt nous paraît restreindre les possibilités d'atteindre l'associé. En effet, il ne faut pas oublier que par le passé, et nous y reviendrons, la Cour de cassation avait déjà admis la responsabilité de l'actionnaire société mère sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, sans exiger de « *faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, de nature à engager sa responsabilité personnelle envers le tiers cocontractant de la société* ».

Ainsi, nous nous rallions à un commentateur qui affirme que si « *la responsabilité civile délictuelle perce l'écran de la personnalité morale* », ce « *n'est cependant qu'une fissure, pas même une brèche. [Comme en ce qui concerne le dirigeant], la « faute séparable » de la qualité d'associé devrait demeurer exceptionnelle* »²⁰¹.

On ne voit pas de raison d'exonérer l'associé de sa responsabilité²⁰². En effet, cela serait encore moins justifié que pour le dirigeant : l'associé est à l'origine de la création de la personne morale, et il a beaucoup à gagner en créant une société et en se cachant derrière elle. Lui reconnaître de surcroît une totale irresponsabilité de principe serait faire montre d'une indulgence difficile à justifier tant en droit qu'en fait. La responsabilité limitée ne saurait être un dogme incitant à la fraude et à l'excès.

2. Une portée incertaine

a) Tiers visés ?

La Cour de cassation vise « *le tiers cocontractant de la société* ». Il est possible d'en déduire que la **société** n'est pas soumise à l'exigence de démonstration d'une telle faute, ce que la Cour a d'ailleurs implicitement admis²⁰³, comme d'ailleurs dans le cas de la faute du dirigeant²⁰⁴. De la même manière, cette limite permet à la Cour de préserver ses solutions antérieures sur l'abus du droit de vote et la révocation vexatoire, actions dans lesquelles les demandeurs sont d'ex-dirigeants et d'autres associés (non des tiers cocontractants). Des auteurs²⁰⁵ se demandent judicieusement si les associés pourront même dans ce cas se voir étendre la jurisprudence dite du *Crédit martiniquais*²⁰⁶, c'est-à-dire une présomption de faute pesant sur l'ensemble des membres de l'organe social (le conseil d'administration dans l'arrêt précité, l'assemblée générale ici).

Néanmoins quelques autres questions demeurent. Les **salariés** sont-ils visés ? *Stricto sensu*, ils sont bien des cocontractants de la société²⁰⁷. Néanmoins, postérieurement, la Chambre sociale a admis l'action des salariés contre leur ancien actionnaire sur le fondement de l'article 1382 du Code civil sans aucune référence à la faute séparable²⁰⁸. Que faut-il en déduire ? Que les salariés ne sont pas

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ FAVARIO T., « Consécration de la "faute séparable" de la qualité d'associé (Cass. com., 18 févr. 2014) », *D.*, Mars 2014, p. 764.

²⁰² CAFFIN-MOI M., « La responsabilité pour faute de l'associé... », *op. cit.*, p. 212 : « *l'associé, lui, sauf abus [...] n'est pas censé être responsable de sa faute personnelle dans l'exercice de ses prérogatives* ».

²⁰³ Com., 12 mai 2015, n°13-27716 ; *Dr. sociétés* 2015, n°10, Nov. 2015, comm. n° 163, R. MORTIER

²⁰⁴ Civ. 1^e, 15 mai 2007, n°06-12317, précité.

²⁰⁵ DONDERO B., « La faute séparable des prérogatives de l'associé : une solution claire mais des difficultés en perspective... (Cass. com., 18 févr. 2014) », *JCP E*, Mars 2014, p. 1160. ; CAFFIN-MOI M., « La responsabilité pour faute de l'associé... », *op. cit.*, p. 212.

²⁰⁶ Com., 30 mars 2010, n°08-17841, *Crédit martiniquais*, Bull. Civ. IV, n°69.

²⁰⁷ En ce sens, FAVARIO T., *op. cit.* et FAGES B., « Consécration de la faute séparable de l'associé (Cass. com., 18 févr. 2014, n°12-29752) », *BJS*, Juin 2014, n° 6, p. 382.

²⁰⁸ Soc., 8 juil. 2014, n°13-15470 et n°13-15573 (2 arrêts), Bull. Civ. V, n°179 et n°180.

inclus dans le champ d'application de cette solution, ou qu'il existe une divergence de jurisprudence entre la chambre commerciale et la chambre sociale ? Nous penchons vers la seconde possibilité.

Qu'en est-il du **liquidateur** ? On verra que celui-ci peut être amené, indépendamment de l'action en insuffisance d'actifs, à rechercher la responsabilité de l'associé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil²⁰⁹. Il agit alors dans l'intérêt collectif des créanciers, mais peut-il pour autant être considéré comme un cocontractant ? Au-delà de la simple lettre de l'arrêt, on peut penser que oui²¹⁰.

b) Fautes visées ?

Concernant le champ d'application de cette solution, à quelles fautes doit-elle s'appliquer ? En d'autres termes, tout acte d'un associé est-il par là-même protégé ? Ou bien existe-t-il des actes qui, en eux-mêmes, sont placés hors de l'attendu de la Cour de cassation ?

Revenons à la *ratio* de cette solution. Nous l'avons dit, elle s'explique par la théorie de l'organe : l'associé n'est qu'un organe de la société, seule celle-ci existant aux yeux des tiers. C'est donc dans cette explication qu'il faut rechercher les limites de cet attendu.

Notamment, pour être tout à fait précis, un associé n'est pas réellement un **organe** de la société. En revanche, l'assemblée générale l'est. Par conséquent, il nous semble qu'il n'existe pas de justification solide à protéger un associé pour ses actes pris hors assemblée générale²¹¹ ou hors prérogative expresse consacrée par la loi²¹². En effet, il n'est alors pas un organe autonome, n'agit pas au nom et pour le compte de la société et ne peut à ce titre pas se cacher derrière l'écran de la personnalité morale.

A titre d'illustration, il ne nous paraît pas improbable de considérer que l'emprise de cette solution ne devrait pas s'étendre à un cas où un associé s'implique auprès d'un tiers cocontractant de sa société, en tant qu'associé, mais sans fonction dirigeante ni habilitation expresse de l'assemblée générale (c'est-à-dire que l'article 1382 devrait, selon nous, pouvoir jouer librement, sans restriction²¹³), ni à un cas où la mère s'immisce dans la gestion de sa filiale.

Ensuite, concernant les décisions collectives, la situation n'est pas si simple non plus. Toute décision de la collectivité des associés (ou plus généralement de l'AG, si la société est unipersonnelle) peut-elle bénéficier de cette limitation de responsabilité ?

Nous étudierons un peu plus loin l'exemple de la sous-capitalisation, qui nous permettra de constater que la question mérite d'être posée, et qu'il est difficile d'y apporter une réponse aussi définitive.

De manière générale, **cette limitation ne devrait pouvoir jouer que dans la mesure où la faute pourrait être imputable à la société elle-même**, représentée par ses organes : lorsque ce n'est pas le cas, la société n'a aucune raison de s'interposer, de faire écran entre le tiers et l'associé. Nous souscrivons donc à l'opinion de Bruno Dondero lorsqu'il écrit que « *ce ne sont pas non plus toutes les prérogatives que l'associé tient de sa qualité [qui sont concernées par la solution]* »²¹⁴.

En conclusion, il apparaît que même si le champ d'application de l'exigence de 'faute séparable des prérogatives de l'associé' reste incertain, l'attendu de la Cour de cassation pose fermement un principe relativement large. Ainsi, il s'agit d'un obstacle non-négligeable aux actions en responsabilité

²⁰⁹ Com., 19 février 2008, n°06-20444. Sur la question du non-cumul, voir *infra* p. 59.

²¹⁰ En ce sens, FAVARIO T., *op. cit.*

²¹¹ Observons d'ailleurs que dans cet arrêt, était reproché à l'associé d'avoir pris une décision, en AG, engageant légalement et légitimement la société. Il est alors indéniable qu'il assumait un rôle d'organe, ainsi l'on peut comprendre les fondements de la théorie de l'organe ici à l'œuvre.

²¹² Par exemple la faculté de demander seul une expertise de gestion.

²¹³ Répétons qu'il ne s'agit que d'une interprétation personnelle, profitant d'une absence de jurisprudence.

²¹⁴ DONDERO B., « La faute séparable des prérogatives de l'associé... », *op. cit.*

délictuelle dirigées contre la société mère, à prendre en compte dans toute logique contentieuse. La jurisprudence future répondra sans aucun doute à de nombreuses questions.

Associés visés ? Enfin, bien que rien dans l'attendu n'aille dans ce sens, nous nous demanderons plus loin s'il ne serait pas cohérent, à terme, d'opérer une distinction au sein des associés. La solution resterait applicable à l'associé pris dans sa fonction traditionnelle, mais elle ne concernerait plus la société mère contrôlante. En effet, ce contrôle lui donne une position particulière, qui pourrait justifier d'écarter l'exigence de « faute séparable »²¹⁵.

B. L'appréciation renouvelée d'un comportement de groupe normal

Toute faute ne pourra être qualifiée comme telle qu'au regard d'une norme, d'un comportement diligent (*the reasonable person*). Or, les logiques de groupe et les comportements entre différentes sociétés sœurs ou filiales répondent à des enjeux qui s'éloignent d'une conception traditionnelle du droit des sociétés. Par exemple, le dogme de l'autonomie de la personnalité morale n'est pas forcément adapté, dans la mesure où un groupe, dans sa construction, va favoriser les synergies et la concentration. Ainsi, une mère va fonder ou prendre le contrôle d'une filiale pour qu'elle serve un but bien précis, et va s'impliquer en vue de réaliser ce but, sans que cela ne soit *ipso facto* fautif. La dimension internationale croissante des groupes ne fait qu'accroître cette réalité.

Or, pendant un temps, la Cour de cassation n'a pas eu une prise en compte très fine de cette logique de groupe, considérant comme incorrects des comportements somme toute relativement normaux. Mais une modification est palpable, tout d'abord dans la jurisprudence relative au co-emploi. Par l'inflexion jurisprudentielle qu'illustre l'arrêt *Molex*, la Cour de cassation reconnaît que l'implication de la société mère dans sa filiale n'est pas nécessairement fautive²¹⁶. De même, le recul de la théorie de l'immixtion, déjà évoqué dans notre partie I, plaide pour une **redéfinition du comportement normal d'une société mère, qui servira de référentiel**.

La fameuse affaire *Metaleurop* a donné l'occasion à la chambre commerciale d'être encore plus directe. Sur le terrain de la responsabilité pour insuffisance d'actif, elle a affirmé que « *la notion de groupe de sociétés impliquait des relations croisées entre ses membres, un contrôle d'ensemble, une unité de décision et une stratégie commune impulsée par la société-mère* »²¹⁷. Ainsi, n'est pas dirigeante de fait une société mère ayant « *supervisé* » les dirigeants et cadres supérieurs de sa filiale avec « *un objectif de coordination et de développement des synergies, sans vocation de direction* ».

À propos de l'extension de la procédure collective, elle récemment reproché à la Cour d'appel d'avoir statué par des motifs « *impropres à caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, une convention de trésorerie, des activités communes, des contributions financières au profit de la société-mère et le fait de présenter une demande de conciliation au niveau du groupe démontreraient la confusion des patrimoines des sociétés ou la fictivité de certaines d'entre elles, seules de nature à justifier l'existence, par voie d'extension, d'une procédure collective unique* »²¹⁸.

En conséquence, l'appréciation de la faute, que nous allons désormais voir dans toute sa diversité, ne semble pas pouvoir être trop lâche, bien que la jurisprudence puisse être de ce point de vue hésitante.

²¹⁵ Voir *infra*, p. 86

²¹⁶ Soc., 2 juil. 2014, préc. : « *le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et que la société mère ait pris dans le cadre de la politique du groupe des décisions affectant le devenir de la filiale et se soit engagée à fournir les moyens nécessaires au financement des mesures sociales liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois, ne pouvait suffire à caractériser une situation de co-emploi* ».

²¹⁷ Com., 19 nov. 2013, *Metaleurop*, n°12-28367, préc.

²¹⁸ Com., 16 déc. 2014, n°13-24161, publié

II/ La diversité des fautes envisageables

De toute évidence, il existe des cas, quasi-pathologiques, dans lesquels le comportement de la société mère est indiscutablement une faute tellement grave qu'on ne pourrait raisonnablement contester une exception au principe de responsabilité limitée : on pourrait notamment penser aux comportements susceptibles de tomber pénalement sous le coup de l'abus de bien social. Cela dit, nous tenterons ici de laisser de côté ces cas extrêmes, pour envisager des situations plus courantes et plus problématiques.

Nous choisirons d'étudier ces fautes selon trois axes. Dans un premier temps, nous reviendrons sur la « *légèreté blâmable* », analysant à cette occasion le seuil de faute nécessaire pour engager la responsabilité de la mère (A). Ensuite, nous pourrions développer différentes fautes propres à la relation entre un associé et sa société (B), avant d'envisager rapidement diverses figures du droit commun des obligations (C). Au-delà de ces cas particuliers, insistons sur le fait que toute faute ordinaire est potentiellement génératrice de responsabilité, sans que la qualité de société mère ne modifie ce principe²¹⁹.

A. Une faute légère fondée sur le contrôle de la filiale par la mère ?

Le 8 juillet 2014, dans une affaire *Sofarec*, la chambre sociale a admis la responsabilité civile délictuelle de la société mère ayant, « *par [sa] faute et légèreté blâmable, concouru à la déconfiture de l'employeur [la filiale] et à la disparition des emplois qui en est résulté* »²²⁰, ladite filiale ayant été placée en liquidation. Si dans la deuxième partie de cette phrase, dans laquelle elle admet le lien de causalité, la Cour de cassation semble déjà assez peu stricte (« *concouru à la déconfiture* »), c'est surtout le début de la solution qui attire l'attention.

La chambre sociale admet donc qu'une simple « *légèreté blâmable* » puisse faire obstacle au principe de l'autonomie de la personnalité morale. Il s'agit indéniablement d'une décision lourde, ainsi au-delà de ce terme, comment caractériser ladite légèreté ?

La Cour observe que la mère « *avait pris des décisions dommageables pour la société [filiale], qui avaient aggravé la situation économique difficile de celle-ci, ne répondaient à aucune utilité pour elle et n'étaient profitables qu'à son actionnaire unique* ». Concrètement, la lecture de l'arrêt d'appel nous apprend que la société mère avait ordonné que sa filiale réalise (à ses frais) un certain nombre d'audits et conclue des contrats d'accompagnement commercial, qui se sont révélés assez inefficaces et trop coûteux selon les juges du fond. S'il peut s'agir là de légèreté, il est difficile d'y caractériser une réelle faute, la société mère n'en ayant de surcroît tiré aucun bénéfice.

L'élément déterminant est probablement le fait que la société mère ait racheté un ensemble de marques appartenant à sa filiale. Pourtant, les juges du fond ne semblent pas considérer que le prix de cession ait été trop faible ; ils déplorent que le règlement ait été fait par compensation avec des créances d'avance en compte courant, « *sans aucun apport direct en trésorerie de l'entreprise, participant ainsi nécessairement à l'aggravation de la situation* ».

Devoir d'actionnaire ? Encore plus révélateur, la Cour d'appel avait relevé que « *la responsabilité délictuelle de la société mère est engagée lorsqu'il est établi qu'elle n'a pas mobilisé ses possibilités de redressement, en ne fournissant pas à la société employeur les moyens qui lui auraient permis de réaliser et de mettre en œuvre des mesures de redressement, et que ce défaut de mise à disposition des possibilités de redressement relève d'une abstention fautive ou d'une légèreté blâmable, de nature à compromettre la bonne exécution par sa filiale de ses obligations* » (nous soulignons).

²¹⁹ Com., 18 mars 2008, n°07-10934 : cassation car la CA n'a pas recherché, « *ainsi qu'elle y était invitée, si la société Matra n'avait pas transmis à la société MCR des informations erronées sur la situation financière de sa filiale* », peu important que la mère n'eût pas « *exercé les attributs d'un gérant de fait* », au visa de 1382.

²²⁰ Soc., 8 juil. 2014, n°13-15470 et n°13-15573 (2 arrêts), Bull. Civ. V, n°179 et n°180, préc., et CA Pau, 7 février 2013, n°11/02325, numéro Lexbase : A5480174

Concrètement, nous sommes presque ici dans un cas de responsabilité du fait d'autrui : la mère doit faire en sorte que sa filiale réponde de ses engagements. Certes, des arguments de logique peuvent aller dans ce sens, mais juridiquement il n'existe aucune semblable obligation à l'égard des sociétés mères (le fameux « **devoir d'actionnaire** » évoqué régulièrement dans les médias²²¹), la jurisprudence est sur la question très (trop ?) ferme. La Cour de cassation a récemment encore pu affirmer, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, qu' « *une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale pour lui permettre de remplir ses obligations même si celle-ci est chargée d'un service public pouvant présenter un risque pour l'intérêt général* »²²². Il s'agit donc clairement, selon nous, d'une décision un peu extrême de la chambre sociale, posant avec acuité la question du seuil de la faute exigée.

Seuil de la faute ? Certes, la société mère était ici responsable de manquements, et même effectivement coupable de « *légèreté* », il ne s'agit pas de contester ce point ; pour autant cela doit-il être générateur de responsabilité, et justifier une entorse à l'autonomie des différentes personnes morales du groupe et à la responsabilité limitée ? En l'espèce, la société mère ne semblait pas avoir commis la moindre faute caractérisée, ou avoir été animée par la malhonnêteté. La question mérite d'être posée, particulièrement dans la mesure où la responsabilité générale de la société mère du fait de sa filiale avait été écartée tant par la loi que la doctrine, parmi laquelle la Cour de cassation²²³.

Doctrine. La majorité des auteurs ayant commenté cet arrêt ont déploré cette solution. Ainsi, pour un commentateur averti, ces principes sont tellement centraux, et à la base du droit des sociétés²²⁴, que seules peuvent y déroger « *une faute qualifiée, une faute grave, lourde, dolosive, voire pourquoi pas d'une exceptionnelle gravité* »²²⁵.

Le sens de l'Histoire ? Nous aurons l'occasion d'y revenir plus en détails²²⁶, mais une doctrine de plus en plus nombreuse et solide plaide pour l'allègement (voire l'abandon) de la faute. L'un de ses représentants, auteur d'une thèse remarquée, plaide clairement en faveur de la reconnaissance d'un devoir de diligence pesant sur les sociétés mères²²⁷, ce qui semble aussi ressortir de cette décision, lorsqu'elle fait référence à l' « *abstention fautive* ». Ainsi, de manière probablement un peu provocatrice, il prédit que « *la jurisprudence a beau n'avoir jamais eu cette audace, elle y viendra* »²²⁸.

Le critère du contrôle ? La Chambre commerciale a étonnamment pu aller dans le même sens. Ainsi, elle a en 2012 retenu la responsabilité d'un associé majoritaire de deux sociétés au motif que « *ces actes [litigieux] n'ont pu être effectués par ces sociétés qu'avec le consentement de M. Y [l'associé majoritaire], [or] le fait pour ce dernier de consentir à ces actes accomplis par des sociétés dont il*

²²¹ Il ne serait d'ailleurs « *qu'un slogan, une formule pour les gazettes* », d'après F.-X. LUCAS, in « Les filiales en difficulté », *LPA*, 4 mai 2001, n°89, p. 66.

²²² Com., 26 mars 2008, n°07-11619, *Elipol* ; *Rev. sociétés* 2008, p. 812, B. ROLLAND.

Rappr. « *il n'est pas de devoir général de prudence qui obligerait une société mère à soutenir sa filiale tout au long de sa vie sociale au-delà des engagements souscrits* », CA Paris, pôle 05 ch. 08, 17 sept. 2013, *Rhodia c/ Sanofi*, n°12/02203 ; *Rev. sociétés*, 2014, p. 297, C. TABOUROT-HYEST

²²³ Voir *infra*, p. 82.

²²⁴ Voir, par exemple : « *le principe cardinal constituant la pierre angulaire sur laquelle s'est bâti le droit des sociétés par actions et qui veut qu'un actionnaire ne réponde pas des dettes sociales* », LUCAS F.-X., « Chronique de droit des entreprises en difficulté, voir II.B), Soc., 8 juil. 2014 », *D.* 2014, p. 2147.

²²⁵ LUCAS F.-X., « Co-emploi et responsabilité de l'actionnaire », *BJS*, Nov. 2014, n°10.

²²⁶ Voir *infra*, p. 75 et suiv.

²²⁷ PELLETIER N., *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, Préface de F.-X. LUCAS, Th. Paris I, LGDJ, 2013, pt 500 et suiv. (spéc. pt 519 et suiv.).

²²⁸ *Ibid*, pt 530, ce propos conclusif : « *L'organisation sociétaire appelle au respect de certaines diligences. Elle lie le pouvoir à une fonction et implique de sanctionner l'abstention. La jurisprudence a beau n'avoir jamais eu cette audace, elle y viendra* ».

avait le contrôle est susceptible d'engager sa responsabilité »²²⁹. On le voit, c'est l'état de domination de l'associé majoritaire qui devrait, selon la Cour de cassation, lui conférer des prérogatives particulières, notamment de **surveillance**, ce qui semble clairement conforter la doctrine pré-évoquée. Ainsi, le simple consentement à un acte serait une faute suffisante, dans le cadre d'un groupe. Cependant, l'arrêt pré-évoqué du 18 février 2014 semble fermer cette voie pourtant prometteuse.

Divergence de jurisprudence ? La question de l'acceptation de la légèreté blâmable, comme brèche à l'écran de la personnalité morale, est d'autant plus pertinente qu'elle semble entrer en contradiction avec la jurisprudence pourtant antérieure de quelques mois de la chambre commerciale. En effet, le 18 février 2014, par une décision longuement évoquée précédemment, elle a jugé qu'engageait sa responsabilité à l'égard des tiers l'associé ayant commis « *une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé, de nature à engager sa responsabilité personnelle envers le tiers cocontractant de la société* ».

Entre la « *légèreté blâmable* » et la « *particulière gravité* », la nuance se transforme en gouffre. Plusieurs hypothèses peuvent l'expliquer : soit de manière générale la chambre sociale ne souhaite pas adopter l'attendu de la chambre commerciale, soit en se l'appropriant elle estime simplement que les salariés ne font pas partie des tiers soumis à la démonstration d'une « *faute séparable* ».

B. Des fautes propres à la relation société mère-filiale

Nous allons ici envisager quatre fautes, qui sont intéressantes en ce qu'elles sont propres à la relation entre un associé et sa société, relation qui nous guide dans notre étude : la sous-capitalisation (1), l'immixtion-faute (2), l'irrespect de l'intérêt social de la filiale et le manquement à un éventuel « *devoir de loyauté* » (3), ainsi que la distribution excessive de dividendes (4).

1. La sous-capitalisation

La sous-capitalisation n'est pas interdite en droit des sociétés, c'est même l'un des ressorts habituels des opérations de LBO. Economiquement néanmoins elle peut être dommageable, ce qui explique qu'elle jouisse d'une fiscalité désincitative au sein des groupes de sociétés²³⁰.

Sans être prohibée, une sous-capitalisation peut-elle être fautive ? La question peut légitimement être posée, à une époque où le législateur favorise les sociétés dotées d'un capital minimal d'un euro²³¹. Les tribunaux l'admettaient, bien que ce fût sur le fondement de l'insuffisance d'actifs²³². Cependant, on le sait, la Cour de cassation a opéré un récent revirement de jurisprudence²³³, déniait à la sous-capitalisation la qualité de faute de gestion, dans la mesure où elle est le fait de l'associé et non du dirigeant. Pour autant, la Cour a peu après accepté de vérifier *in concreto* si la sous-capitalisation invoquée par une société à l'encontre de son ex-société mère sur le fondement de l'article 1382 du Code civil était réelle ou non²³⁴. La mesure de la sous-capitalisation, et donc de la faute de l'associé, pourrait être corrélée aux **risques de l'activité de la filiale**²³⁵.

²²⁹ Com., 2 oct. 2012, n°11-18460 ; *Dr. sociétés*, n°2, Fév. 2013, comm. 34, J.-P. LEGROS

²³⁰ Voir le mécanisme, relativement complexe, de l'art. 212, II, du Code général des impôts

²³¹ Il ne reste aujourd'hui guère que la société anonyme et la société européenne soumises à l'exigence d'un capital social minimal.

²³² Voir par ex. Com., 23 nov. 1999, n°97-12834 ; CA Rouen, 20 oct. 1983 ; *D.* 1983, p. 163, J.-J. DAIGRE ; CA Aix-en-Provence, 16 mai 2001, *BRDA*, 3/2002, n°7.

²³³ Com, 10 mars 2015, n°12-15505, publié, préc.

²³⁴ Com., 12 mai 2015, n°13-27716 ; *Dr. sociétés* 2015, n°10, Nov. 2015, comm. n° 163, R. MORTIER, préc.

²³⁵ LUCAS F.-X., « Les filiales en difficulté », *op cit.* (sur cette idée, voir la note n°9, p. 66 de cet article).

Néanmoins, une telle action en responsabilité civile délictuelle, lorsqu'elle émane d'un tiers, devrait-elle être soumise à l'exigence d'un caractère « séparable des prérogatives d'associé », comme cela semble résulter de l'arrêt pré-évoqué du 18 février 2014 ? La sous-capitalisation résulte bien, *in fine*, de décisions collectives d'associés, pris en tant que tels (et même dans l'acte fondateur de leur vie d'associé). Pourtant, si la décision de 2014 s'explique bien par la théorie de la personnalité morale, elle n'aurait aucune raison de s'appliquer ici : une sous-capitalisation résulte, à l'origine, d'un moment où la société n'est pas même dotée de la personnalité morale. Quand bien même, la question de la capitalisation est tout à fait distincte de la vie sociale, et n'est pas un acte d'un organe de la société pris pour son compte, dans lequel la société pourrait faire écran aux yeux des tiers²³⁶ ; il s'agit assez paradoxalement d'un acte au cœur de la société, mais aussi en amont de celle-ci, séparé d'une certaine manière de tous les autres actes de l'assemblée générale. Là encore, cette interprétation n'est que personnelle, et cette distinction n'a pas été retenue en doctrine²³⁷.

En conclusion, il apparaît que, sous cette réserve que nous venons d'évoquer lorsque l'action émane d'un tiers, il est possible de reprocher à une société mère, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, d'avoir sous-capitalisé sa filiale.

2. L'immixtion-faute

Nous l'avons vu en première partie, une immixtion peut être source de responsabilité lorsqu'elle fait naître pour le tiers une « *apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant* ». Dans ce cas, la société mère est tenue comme un cocontractant. Cependant, peut-on envisager une immixtion qui, sans aller jusqu'à créer d'apparence, soit fautive ?

Clairement, **l'immixtion dans la gestion d'une filiale n'est pas en soi une faute**. Précisément, le fait pour une société mère de se doter d'une filiale la pousse logiquement à s'immiscer dans ses affaires. De la même manière, si elle acquiert le contrôle d'une société, en payant la prime de contrôle, il est économiquement parfaitement logique qu'elle se mêle de sa gestion.

Certes, cela met à mal le dogme de la personnalité morale et de son autonomie, mais ces concepts doivent recevoir une lecture souple lorsqu'ils interviennent dans le cadre d'un groupe (ce que fait d'ailleurs la Cour de cassation dans sa reconnaissance de ce que peut être une politique de groupe²³⁸).

²³⁶ Pour preuve, il paraît absurde de demander réparation à la société elle-même pour sa sous-capitalisation ; les associés ne devraient donc pas pouvoir profiter de l'écran de la personnalité morale.

²³⁷ Selon R. MORTIER, les tiers ne pourraient même pas poursuivre les associés pour sous-capitalisation, car la faute ne peut jamais être détachable si elle est liée à « *une création ou modification de la société* », in « La sous-dotation d'une société par ses associés engagerait-elle leur responsabilité ? (Com, 12 mai 2015, n°13-27716) », *Dr. sociétés*, Nov. 2015, n°10, comm. 163.

Moins extrêmes : pour B. FAGES, cette solution (exigeant une faute séparable) s'applique pour « *le créancier non payé par suite d'une insuffisance de capitaux propres ou du refus de procéder à une augmentation de capital* », in « Consécration de la faute séparable de l'associé », *op. cit.*

J. HEINICH va dans le même sens, admettant cependant que « *Certes, il n'est pas exclu qu'un défaut de recapitalisation en violation d'une obligation légale puisse être considéré comme une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la fonction d'associé. Cependant, on peut pressentir que rares seront les situations dans lesquelles une telle faute sera caractérisée* », in « Le défaut de recapitalisation effective n'est pas une faute de gestion (Com, 13 oct. 2015, n°14-15755) », *BJS*, Mars 2016, n° 3.

²³⁸ Voir *supra* p. 42

Voire même, dans la mesure où, nous l'avons dit, la société mère assume selon certains des « devoirs d'actionnaire », elle pourrait avoir une « obligation de s'impliquer »²³⁹, pour vérifier que sa filiale se porte bien et ne connaît pas de difficultés (et le cas échéant pour les résoudre). A défaut, la mère risquerait une faute d'abstention –retenue, pour rappel, dans l'affaire *Sofarec* (cf supra).

De même, le fait de s'immiscer dans la gestion de la liquidation pour organiser et financer la fermeture d'une filiale n'a rien de fautif, et bien au contraire relève d'une gestion responsable²⁴⁰.

Influence de la prise de décision. Ainsi, s'immiscer dans la gestion de sa filiale n'est pas en soit fautif. Pour autant, il faut s'entendre sur le sens donné à ce terme. La surveillance, la politique concertée, voire même des dirigeants communs, sont des pratiques usuelles de la part d'une société mère envers une filiale. Néanmoins, lorsque la société prend une décision préjudiciable à un tiers, elle commet potentiellement une faute et est susceptible d'en répondre. Dans cette optique, il n'est pas inutile de s'intéresser à l'origine de cet acte : s'il est démontré que c'est en réalité la société mère qui a été décisionnaire, est-il choquant qu'elle réponde, non pas du fait de sa filiale, mais de son propre fait personnel²⁴¹, (à condition qu'il soit reconnu comme fautif) ? Elle-même aurait ici commis une faute envers le tiers, et en répondrait dans des conditions ordinaires. On sait à ce titre que le tiers **complice d'une inexécution contractuelle** engage sa responsabilité délictuelle²⁴². Et en cela importerait peu l'apparence qu'avait le tiers, s'il peut par la suite démontrer l'origine réelle du fait générateur de son dommage (par exemple la décision de rompre brutalement un contrat²⁴³, ou de déverser des produits causant un dommage à l'environnement et à des tiers).

Néanmoins, selon la jurisprudence, cette prise de décision ne peut pas résulter de simples « consignes »²⁴⁴ de la mère, ce qui est critiquable, au vu du manque d'alternatives offertes aux dirigeants de la filiale face à celles-ci.

Responsabilité délictuelle. Ramener l'immixtion à une prise de décision fautive (car génératrice d'un dommage) semble somme toute raisonnable. Ainsi la jurisprudence admet qu'une action en responsabilité pour immixtion de la mère ait pour fondement l'article 1382 du Code civil²⁴⁵.

De manière encore plus précise, la Cour de cassation a par le passé admis qu'une société mère ayant eu un rôle actif, notamment décisionnaire, dans la réalisation d'un fait dommageable (pourtant causé par la filiale) engage sa responsabilité délictuelle. Par exemple, elle a pu juger, au visa de l'article 1382 du Code civil, que « *la société Rougier a incité sa filiale à dénoncer un contrat de retraites complémentaires, et s'est chargée de mettre en œuvre cette décision, sans s'assurer du versement à la caisse gestionnaire de l'indemnité [...], négligence fautive qui est à l'origine du dommage* »²⁴⁶. De la même manière, « *la société [mère], en réalisant une étude et en établissant une note de calcul [...], est intervenue personnellement dans l'opération de construction où elle a eu un rôle actif, et qu'elle a manqué à ses obligations de professionnel en ne s'enquérant pas davantage,*

²³⁹ Des tribunaux semblent aller dans le sens d'un « droit d'immixtion ». Par ex., CA PARIS, 30 août 2005, *BJS*, 2006, p. 205, R. BAILLOT : la Cour admet que le conseil de surveillance d'une holding puisse obtenir communication des documents internes d'une filiale, moyennant une demande spécialement motivée.

²⁴⁰ Rappr. LUCAS F.-X., « Co-emploi et responsabilité de l'actionnaire », *op. cit.*

²⁴¹ Il est important de noter cette distinction, la même que celle existant entre l'article 1382 du Code civil (fait personnel) et l'art. 1384 du même code (fait d'autrui).

²⁴² Ex : A.P., 9 mai 2008, n°07-12449, Bull. A.P., n°3

²⁴³ En ce sens, Com., 10 sept. 2013, n°12-21804 : la société mère, qui « *avait personnellement pris part aux pratiques litigieuses* », est tenue pour la rupture brutale des relations (non au fondement de 1382).

²⁴⁴ Com., 20 mai 2014, n°12-26970, Bull. Civ. IV, n°90 : « *les consignes données à ses filiales, ne les avaient pas privées de leur autonomie de décision et partant, n'étaient pas de nature à constituer une faute imputable à leur société-mère* »

²⁴⁵ Civ. 1^e, 26 oct. 2011, n°10-17026, Bull. Civ. I, n°190 ; *BJS*, Janv. 2012, n°1, p. 70, M. MENJUCQ. À noter : ici la Cour admet simplement le principe de l'action, elle ne se prononce pas sur la faute.

²⁴⁶ Com., 7 déc. 1993, n°92-12131

pour l'exécution de la passerelle, des répercussions des vibrations... »²⁴⁷, ce qui justifie sa condamnation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

En bref, une société qui s'imisce dans la gestion de sa filiale et, à ce titre, prend un rôle actif dans la survenance d'un fait dommageable commis par cette dernière, engage sa responsabilité délictuelle. En revanche, ne devrait pas pouvoir être sanctionnée l'immixtion en tant que telle.

Nécessité d'une faute séparable ? Il serait assez logique que la solution dégagée le 18 février 2014 ne s'applique pas, considérant qu'en s'immiscant de la sorte, la société mère, si elle agit normalement au sein d'un groupe, se détache du rôle traditionnel de l'associé (qui agit au sein de l'assemblée générale, notamment). Ainsi, qu'elle ne puisse à ce titre pas bénéficier de la protection offerte à celui agissant dans le cadre de ses prérogatives d'associés est cohérent. D'ailleurs, la Cour de cassation a par la suite admis le principe de la responsabilité délictuelle de la mère pour prise de décision dommageable mise en œuvre par la filiale, sans soulever cette limitation de responsabilité²⁴⁸.

3. La faute d'égoïsme

Nous reprenons ici un terme du Professeur Alexandre Fabre, qui voit une faute dans « *l'excès d'égoïsme* » de la mère²⁴⁹. Selon nous, **la situation se ramène à une confrontation entre l'intérêt social de la société mère et celui de sa filiale**. Une fois encore, nous tenterons de laisser de côté les cas d'abus extrêmes, donc peu sujets à discussion, pour nous concentrer sur des situations plus intermédiaires et concrètes.

L'idée est formulée par la Cour de cassation en ces termes : « *la société [mère] [...] avait pris des décisions dommageables pour la société X..., qui [...] ne répondaient à aucune utilité pour elle et n'étaient profitables qu'à son actionnaire unique* »²⁵⁰, par conséquent elle engage sa responsabilité. Se dessine dans ces termes la contradiction entre les intérêts des différentes sociétés. Dans cette affaire, était en cause l'achat d'un ensemble de marques réglé par compensation avec une avance en compte courant, ce qui est au demeurant parfaitement valable, mais desservait la filiale qui aurait eu besoin de liquidités.

Dans une affaire *Quelle La Source*²⁵¹, les juges du fond ont été confrontés à un montage un peu technique. Pour simplifier, un fonds rachète une société en faisant financer l'opération par une sous-filiale de ladite société (qu'elle va racheter, donc). Or, cette sous-filiale semblait déjà éprouver quelques difficultés, pour être l'année suivante placée en liquidation.

C'est précisément ce point qui semble avoir retenu l'attention des juges du tribunal de commerce²⁵². Il apparaît clairement que la nouvelle société mère a privilégié son propre intérêt, au détriment de celui de la filiale, justifiant sa condamnation, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, au bénéfice des salariés (ce qui explique probablement pourquoi le fonds a préféré transiger après ce jugement, évitant une bataille juridique peu assurée pour lui).

²⁴⁷ Civ. 2^e, 3 mai 1995, n°93-15777, Bull. Civ. II, n°132, p. 76

²⁴⁸ Com., 20 mai 2014, n°12-26970, préc.

²⁴⁹ FABRE A., « La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce », *RDT* 2014, p. 672.

²⁵⁰ Cette formulation est issue de l'arrêt Soc., 8 juil. 2014, n°13-15573, dans lequel la Cour se contente in fine d'une « *légèreté blâmable* », néanmoins cet attendu demeure intéressant.

²⁵¹ TC Orléans, 1^{er} juin 2012, n° 2010/11170, *Quelle La Source c/ Aurelius AG* ; *BJE*, Juil. 2012, n°4, p. 201, R. DAMMANN et M. BOCHÉ-ROBINET ; *JCP E*, Août 2012, n°35, p. 1494, B. DONDERO et A. COURET

²⁵² COURET A. et B. DONDERO, *JCP E*, Août 2012, n°35, p. 1494, art. cit.

L'affaire *Klarius*²⁵³ est un autre excellent exemple de condamnation justifiée, tant la société mère sacrifie l'intérêt de sa filiale. La Cour d'appel relève « *une stratégie commerciale visant à l'abandon de la filiale française, et ce dans le but de se réorganiser à moindre frais en s'exonérant des conséquences financières de la faillite prévisible, voire programmée, de la société Klarius France* ». En effet, la liquidation avait été ouverte à peine un an après le rachat de la filiale. Or, « *les sociétés britanniques pouvaient tirer profit à court terme de la cessation d'activité de la société Klarius France, la liquidation judiciaire ayant ouvert de nouvelles possibilités aux sociétés britanniques de se réorganiser sur le marché sans avoir à supporter les conséquences financières de la situation obérée de la société liquidée* ». Parallèlement, la mère avait bénéficié d'une remontée anticipée de trésorerie de 3 millions d'euros provenant de la filiale. *In fine*, la lecture de cet arrêt donne à penser que la société britannique a racheté, à très faible coût, une filiale française, quasiment dans l'unique but de la rendre exsangue pour pouvoir la liquider et restructurer en France son activité. Là encore, la mère fait clairement primer son intérêt sur celui de la filiale.

L'on sait que dans les sociétés commerciales, la contrariété à l'intérêt social n'est plus une cause de nullité²⁵⁴. Par conséquent, remplacer cette sanction par la responsabilité civile peut paraître un bon compromis. Au regard du droit des sociétés, il n'est pas inimaginable que les juges usent de ce biais pour faire respecter l'intérêt de chaque société par ses organes (dirigeants et assemblée générale des associés)²⁵⁵. Autant le dire, nous sommes favorables aux solutions sanctionnant une telle instrumentalisation de la filiale ; c'est là l'une des *ratios legis* de la responsabilité civile délictuelle, et un cas dans lequel la levée du voile social apparaît indispensable.

Cependant, cela nécessiterait d'être clairement affirmé par la Cour de cassation. Par exemple, il eût été nettement préférable, dans l'arrêt du 8 juillet 2014 précité, que la chambre sociale, quitte à admettre l'action des salariés à l'encontre de la mère, le fasse en raison de son comportement, contraire à l'intérêt de sa filiale, et qui ne servait que le sien, plutôt qu'en visant la « *légèreté blâmable* ».

L'autre avantage de la reconnaissance claire d'une faute délictuelle pour «*négligence de l'intérêt de la filiale au profit de la mère*» serait de permettre une appréciation fine des fautes suffisamment graves pour briser l'écran de la personnalité morale ; notamment concernant la dimension « *intentionnelle* » des fautes détachables (selon la chambre commerciale).

En effet, cette appréciation *in concreto* est plus équilibrée, car elle permet de rendre compte que **toute décision contraire à l'intérêt de la filiale n'est pas pour autant fautive**. Des auteurs notent avec raison « *qu'une stratégie de groupe conduisant à optimiser sa rentabilité n'est pas en soi condamnable, même si elle conduit à fermer une entreprise et à détruire de l'emploi, dès lors qu'elle est menée de manière loyale et transparente. [A contrario,] provoquer volontairement la cessation des paiements d'une société, en vue de faire prendre en charge par la collectivité le coût social de fermeture, constitue une faute* »²⁵⁶. La faute naît de l'intention de nuire, voire de la malhonnêteté ou de la déloyauté, mais pas de la simple décision de fermeture, qui est une prérogative d'associé légale et normale.

²⁵³ CA Versailles, 31 oct. 2011, n° 10/00578, *Klarius* ; *RDT* 2012, p. 49, E. SERVERIN et T. GRUMBACH ; *Rev. proc. coll.*, Mai 2012, n°3, p. 15, D. JACOTOT

²⁵⁴ Com., 12 mai 2015, n°13-28504, publié.

²⁵⁵ Cela serait d'autant moins absurde qu'un acte des dirigeants contraire à l'intérêt social peut caractériser une faute « dans leur gestion » au sens du Code de commerce, engageant leur responsabilité. Concernant l'associé, plaçant explicitement en ce sens, VICENTE S., « Quelle responsabilité pour les dirigeants et les associés ? », *CDE*, Mars 2013, Dossier 12, p. 52 (spéc. p. 60).

²⁵⁶ SERVERIN E. et T. GRUMBACH, « Le groupe britannique Klarius intervenant forcé devant la Cour d'appel de Versailles... », *RDT* 2012, p. 49.

Devoir de loyauté ? Dans cette même lignée, quoiqu'encore timidement, la doctrine commence à évoquer l'idée d'un « devoir de loyauté » à la charge des associés²⁵⁷, qui résulterait soit du contrat de société (intérêt commun, *affectio societatis*,...), soit du principe général de bonne foi dans les relations contractuelles. Cette notion diffère du « devoir d'actionnaire » en ce qu'elle a des contours bien plus définis et raisonnables : elle n'oblige pas l'associé à réinvestir de l'argent dans une filiale qui va mal, mais vise simplement à l'empêcher d'exercer ses pouvoirs au sein de la société dans un intérêt autre (le sien ou celui d'une autre société)²⁵⁸. Pour autant, son champ d'application resterait à définir : pour certains auteurs, ce devoir de loyauté existe, mais ne couvrirait qu'une obligation de non-concurrence²⁵⁹ (empêcher un associé de nuire à une société au profit d'une autre). Cependant la jurisprudence y reste insensible²⁶⁰.

Evidemment, cette discussion sur la confrontation entre les divers intérêts sociaux en présence réveille la question de l'intérêt de groupe, ce que nous développerons plus loin, p. 53.

Enfin, signalons qu'une telle voie est tout de même de plein fouet impactée par la solution de la chambre commerciale, qui exige désormais une faute intentionnelle d'une particulière gravité pour engager la responsabilité de l'associé. Cela peut être dommageable, considérant que la mesure des différents intérêts en présence aurait déjà permis au juge une appréciation *in concreto* fine, pour exclure les fautes légères, mais sanctionner des cas plus graves. Tout va dépendre de l'appréciation par la chambre commerciale de sa propre jurisprudence, mais une appréciation trop stricte aurait un effet contre-productif, validant certains comportements déloyaux.

4. La distribution excessive de dividendes

Le but lucratif est de l'essence de la société, aux termes de l'article 1832 du Code civil. Ainsi, quel que soit au regard de la théorie économique la fonction du capital, au regard du droit il appelle les dividendes²⁶¹. On sait que l'absence de dividendes peut parfois être constitutive d'un abus de majorité²⁶², faute sanctionnée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. A l'inverse, distribuer trop de dividendes peut-il être fautif ?

L'absence de dividendes nuit potentiellement à certains associés, notamment minoritaires, privés des fruits de leur apport, et exclus par les majoritaires de fonctions rémunérées. Pourtant, la distribution de dividendes est une opération qui, *a priori*, ne nuit pas aux associés, et même leur profite ; ainsi si un contentieux d'abus de majorité pour distribution de dividendes n'est pas par principe impossible, il reste largement improbable.

N'y a-t-il donc aucune personne lésée en cas de distribution de dividendes ? La première pourrait être la société elle-même, tout dividende étant une réserve distribuée, qui ne sera pas réinvestie par la société pour financer sa croissance ou rembourser ses dettes²⁶³. Par ricochet, ceux qui peuvent pâtir de cette absence de fonds propres sont donc les créanciers et les salariés. Insistons bien sur le fait que **la distribution de dividendes est une opération parfaitement normale de la vie des**

²⁵⁷ GODON L., « Affirmation de la faute personnelle de l'associé (Com, 22 nov. 2005, n°03-18651) », *Rev. sociétés* 2006, p. 526, spéc. pt 17.

²⁵⁸ VICENTE S., « Quelle responsabilité pour les dirigeants et les associés ? », *op. cit.*, spéc. p. 59.

²⁵⁹ LE CANNU P. et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., Lextenso, 2015.

²⁶⁰ Ex : Com., 19 mars 2013, n°12-14407, sur la non-concurrence

²⁶¹ Pour un regard plus nuancé, voir l'intéressant article de MASSART T., « La société sans dividende », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 525.

²⁶² Com., 6 juin 1990, n°88-19420, Bull. Civ. IV, n°171, p. 117

²⁶³ Parfois l'associé lui-même en convient, et prend conscience que ce qui nuit à sa société lui nuit. Par exemple, l'aveu d'Emmanuel Macron, ministre de l'Économie au JDD, le 23 avril 2016 : « *L'État a prélevé trop de dividendes chez EDF* », société dont l'État possède plus de 80% du capital.

sociétés, consubstantielle à ces dernières, et que la seule faute envisageable réside dans l'excès, au point de mettre en danger la société ou de nuire de manière avérée à un tiers.

Le Professeur Alain Couret s'est récemment penché sur cette question²⁶⁴, envisageant la responsabilité des dirigeants ; nous allons quant à nous aborder celle des associés, pour ces mêmes faits.

Concernant les dirigeants, la distribution excessive de dividendes a été reconnue constitutive d'une faute de gestion au sens de l'article L651-2 du Code de commerce²⁶⁵ et, ce qui nous intéresse plus, d'une faute civile au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil²⁶⁶. Dans ces décisions, le dirigeant était sanctionné pour avoir proposé cette distribution, en ayant conscience qu'elle était contraire à l'intérêt social²⁶⁷. Néanmoins, la décision est bel et bien prise par l'assemblée générale, et ce sont les associés qui en bénéficient. Ainsi, envisager la responsabilité des dirigeants et non des associés peut paraître injuste²⁶⁸.

Hélas, bien que cette voie puisse paraître alléchante, elle semble obstruée par l'obstacle de la « *faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des prérogatives d'associés* » telle que posée par la décision du 18 février 2014. En effet, il semble que nous soyons dans un cas où cette jurisprudence peut et doit s'appliquer, la décision de distribuer des dividendes étant par excellence une décision prise par l'organe qu'est l'assemblée générale, dans le cadre de la vie sociale.

Par conséquent, une société mère n'engagerait à l'égard des tiers sa responsabilité pour distribution excessive de dividendes qu'à la condition de démontrer ces éléments. Si cela est sur le principe possible, il convient d'admettre que cette voie s'annonce compliquée²⁶⁹, et concrètement peu praticable ; il est donc conseillé d'envisager d'autres fautes.

C. L'application du droit commun des obligations

Au vu de ce que nous avons précédemment exposé, il apparaît que l'action délictuelle ici envisagée peut être largement adaptée à la responsabilité de la société mère, tenant alors beaucoup du droit des sociétés, du droit social ou du droit des procédures collectives. Néanmoins, le droit civil y trouve toute sa place, comme en attestent deux figures du droit des obligations.

²⁶⁴ COURET A., « Peut-on reprocher à une société d'avoir distribué trop de dividendes ? », *Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 521.

²⁶⁵ Voir par ex : Com., 25 oct. 2011, n°10-23671, *BJS*, Mars 2012, p. 243, n°136, D. PORACCHIA ; CA Paris, 8 avr. 2014, n°13/06822, ch. 5-8 ; CA Metz, 20 déc. 2011, n°11/00209 et n°10/01998.

²⁶⁶ CA Douai, 15 mars 2001, *D.* 2002, p. 307, note C. ANDRE et Com., 15 janv. 2002, n°99-21172 ; *D.* 2002, p. 1975, P. STOFFEL-MUNCK ; *RTD Civ.* 2002, p. 294, J. MESTRE et B. FAGES, avec l'analyse de ces décisions par A. COURET, *op. cit.*, p. 525.

²⁶⁷ Nous retiendrons la remarque de D. PORACCHIA : « *est-il encore pertinent de se référer à l'intérêt social pour juger d'une décision [la distribution de dividendes] qui apparemment au moins n'est pas conforme à l'intérêt de la société, mais qui, pour autant, ne peut être jugée fautive, sauf à nier l'existence même du droit aux bénéfices distribuables ?* », in PORACCHIA D., « Distribution de dividendes, action en responsabilité pour insuffisance d'actif et faillite personnelle : une trilogie étonnante (Com., 25 oct. 2011, n°10-23671) », *BJS*, Mars 2012, p. 143. Cela rejoint donc ce que nous disons : la conciliation entre le droit au bénéfice et l'intérêt social se fait par la mesure de l'excès, ou de l'abus.

²⁶⁸ En ce sens, voir VICENTE S., « Quelle responsabilité pour les dirigeants et les associés ? », *op. cit.*

²⁶⁹ Com., 12 mars 2013, n°12-11514, *Rev. sociétés* 2013, p. 346, B. DONDERO : « *la décision de distribution de dividendes, prise au nom et pour le compte de la personne morale, ne constitue pas en elle-même une faute détachable des fonctions de dirigeant, même si elle est intervenue en faveur de l'associée unique* ». La Cour de cassation admet le principe de la faute détachable en cette matière, mais prévient qu'il faudra caractériser in concreto le caractère « intentionnel...etc » de la faute.

Il nous a paru intéressant d'envisager tout d'abord le cas du **manquement contractuel préjudiciable à un tiers**, emblématique du droit de la responsabilité. Dans un fameux arrêt d'assemblée plénière *Boot Shop*²⁷⁰, la Cour de cassation admet que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ».

Cette brèche à l'effet relatif des conventions (résultant de l'article 1165 du Code civil) est certainement l'une des principales innovations juridiques du droit de la responsabilité. La généralité de ce principe explique qu'il trouve à s'appliquer dans notre situation, ce qu'a admis la Cour.

Ainsi, le 27 novembre 2007, la chambre sociale a estimé que « *si la société American Airlines ne s'était engagée à garantir l'exécution du plan social qu'envers le comité d'entreprise, les salariés licenciés étaient en droit de se prévaloir, sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, d'une violation de cet engagement*²⁷¹, dès lors qu'il en était résulté pour eux un préjudice »²⁷².

Néanmoins, on peut imaginer une diversité de situations où la jurisprudence *Boot shop* trouverait à s'appliquer : manquement de la société mère à tout engagement pris envers sa filiale (apport non-libéré bien qu'appelé –résultant du contrat de société–, promesse d'abandon de créance, promesse de vente, convention de trésorerie,...) voire manquement à un engagement pris à l'égard d'autrui (pourrait-on envisager qu'un créancier reproche à une mère d'avoir manqué à une lettre d'intention²⁷³ pourtant adressée à un autre créancier ?). À tirer à l'extrême, il ne serait pas surprenant qu'un jour un créancier invoque un manquement au devoir de loyauté de la société mère envers sa filiale, résultant de manière générale du contrat de société²⁷⁴, comme cela semble d'ailleurs être le cas dans l'arrêt pré-évoqué du 8 juillet 2014 (voir *supra*, p. 52).

Remarquons que dans tous ces cas envisagés, la société mère engage sa responsabilité **sans aucun acte positif de direction ou d'immixtion**, ni même de simple gestion de sa filiale²⁷⁵.

Nous pouvons ensuite évoquer **l'engagement unilatéral**, type d'acte unilatéral qui présente la particularité de créer des obligations à l'égard de son auteur. Au cas particulier, lorsque la société mère s'engage unilatéralement envers des tiers, ceux-ci peuvent engager sa responsabilité pour manquement à cet acte. Ainsi, une commune peut reprocher à une entreprise de n'avoir pas respecté son engagement unilatéral de maintenir l'emploi d'une filiale acquise dans le cadre d'une procédure collective (à condition de caractériser une faute)²⁷⁶.

²⁷⁰ A.P., 6 oct. 2006, n°05-13255, *Boot Shop*, Bull. A. P., n°9, p. 23

²⁷¹ Il semble certes que l'engagement soit ici unilatéral, bien qu'un doute subsiste, mais quoi qu'il en soit la logique est la même que dans l'arrêt *Boot Shop*.

²⁷² Soc., 27 nov. 2007, n°06-42745, *American Airlines* ; RDT 2008, p. 178, A. FABRE

²⁷³ Dont on sait qu'elle peut avoir valeur contractuelle : « *malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire* », Com., 21 déc. 1987, n°85-13173, *Sté Viuda de José Tolra*, Bull. Civ. IV, n°281, p. 210

²⁷⁴ VICENTE S., « *Quelle responsabilité pour les dirigeants et les associés ?* », *op. cit.*

²⁷⁵ Rapp. FABRE A., « *La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes...* », *op. cit.*

²⁷⁶ Com., 28 mars 2000, n°98-12074, Bull. Civ. IV, n°73, p. 60 ; *RTD Civ.*, 2000, p. 835, J. MESTRE et B. FAGES. La Cour y admet que le jugement arrêtant le plan, opposable selon la loi *erga omnes*, est aussi opposable par tous, y compris une commune n'y étant pas partie. Néanmoins, au cas particulier, elle estime que la faute n'est pas démontrée.

Chapitre 2. L'intérêt de groupe comme fait justificatif ?

Nous avons évoqué ce point précédemment : il arrive que l'intérêt social de la filiale puisse ne pas coïncider avec celui de sa mère. Or, cette dernière va logiquement faire primer le sien. Lorsque cela se fait trop gravement au détriment de la filiale, la société mère va engager sa responsabilité.

Toutefois, n'est-il pas envisageable que ce manquement à l'intérêt de la filiale puisse être justifié par un intérêt supérieur ? Nous pensons là bien évidemment à l'intérêt de groupe.

Cette construction s'inspire de ce que la chambre commerciale a retenu dans le cadre de l'**abus de bien social**. En effet, par un arrêt *Rozenblum*²⁷⁷ pré-évoqué, elle a dégagé trois conditions permettant d'échapper à cette incrimination : l'acte « *doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démuné de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge* ».

L'avantage étant que la Cour de cassation a dégagé ici des critères assez équilibrés et précis permettant de considérer qu'un acte répond, ou non, à un intérêt de groupe. Si l'on transposait cette solution à notre hypothèse de responsabilité civile, l'intérêt de groupe pourrait constituer une circonstance justificative, au même titre que l'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime ou l'état de nécessité²⁷⁸. Si ces conditions étaient caractérisées, la société mère ne serait pas responsable pour un acte ou une décision pourtant contraire à l'intérêt de sa filiale.

La transposition de cette solution à une action civile paraît acceptée par la chambre criminelle : dans une affaire²⁷⁹, des dirigeants poursuivis du chef d'abus de bien social avaient été relaxés (la relaxe concernant tant l'action publique que l'action privée). Néanmoins, les parties civiles s'étaient pourvues, et avaient obtenu la cassation (sur les seules dispositions civiles, donc). Devant la Cour d'appel de renvoi, les dirigeants ont invoqué, pour cette action civile, le fait justificatif de groupe. Si en l'espèce il a été refusé, la Haute Cour admet le principe de son invocation comme cause possible d'exonération dans le cadre de l'action en responsabilité civile.

Adopter une telle solution paraîtrait assez logique. D'ailleurs, dans l'affaire *Sofarec* pré-évoquée, du 8 juillet 2014, la chambre sociale semble aller dans ce même sens²⁸⁰, lorsqu'elle note que « *la société [mère] [...] avait pris des décisions dommageables pour la société X..., qui [...] ne répondaient à aucune utilité pour elle et n'étaient profitables qu'à son actionnaire unique* ». Cette mise en balance des différents intérêts implique que la Cour de cassation aurait pu admettre que les actes de la mère profitaient au groupe lui-même, quitte à nuire à la filiale.

Pour autant, la définition de l'intérêt de groupe de la chambre criminelle peut être imparfaite dans notre situation. On le pressent, cette action délictuelle à l'encontre de la société mère concerne notamment, comme dans l'arrêt *Sofarec* pré-évoqué, des salariés d'une filiale liquidée ; il existe donc des cas où la filiale peut être fermée, sur décision du groupe. Or, cette définition semble par essence exclure que puisse y correspondre un acte qui, quoique bénéficiant au groupe, nuit à la filiale ; ce fait justificatif trouverait donc en pratique trop peu d'occasions de s'appliquer.

Cela dit, d'autres définitions existent : la Cour de cassation, hors des cas de l'abus de bien social ou du droit fiscal, accorde une certaine place à l'intérêt de groupe. **Ainsi de la chambre sociale, qui considère qu'en cas de licenciement économique, « les difficultés économiques doivent être**

²⁷⁷ Crim., 4 févr. 1985, n°84-91581, *Rozenblum*, Bull. Crim., n°54 ; *JCP G*, n° 19, 7 Mai 1986, II, n°20585, W. JEANDIDIER

²⁷⁸ AYNES L., P. MALAURIE, et P. STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, 6e éd., LGDJ, 2013, spéc. pt 117 et suiv.

²⁷⁹ Crim., 19 mars 2014, n°12-83188 ; *Rev. sociétés* 2014, p. 741, M.-E. BOURSIER

²⁸⁰ Rappr. AUZERO G., qui envisage aussi cette hypothèse, in « Perte de l'emploi et responsabilité délictuelle de la société mère (Soc., 8 juil. 2014, n°13-15470 et n°13-15573) », *BJE*, Nov. 2014, n°6.

appréciées au regard du secteur d'activité du groupe auquel appartient l'entreprise concernée »²⁸¹. Comme le souligne le Professeur Mazeaud, cette solution a deux facettes. D'un côté, la « sauvegarde de la compétitivité à l'appui des licenciements ne peut mettre en concurrence les entreprises du groupe opérant dans le même secteur d'activité. [...] [Ainsi,] une délocalisation en direction d'une [autre] filiale à moindre coût ne peut justifier les licenciements économiques ». Mais de l'autre, elle « permet de justifier toute restructuration ou fermeture de site au nom des difficultés économique ou de la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité du groupe menacé de l'extérieur, et cela, indépendamment de la situation réelle de la filiale qui procède aux licenciements. En employant un langage un peu usé, l'intérêt du groupe — secteur d'activité l'emporte sur l'intérêt de l'entreprise »²⁸².

La Cour est allée dans le même sens concernant « **la cessation d'activité de l'entreprise, [qui,] quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constitu[e] un motif économique de licenciement** »²⁸³ (pour rappel, faute d'un tel motif, le licenciement n'est pas nul, il est dit « sans cause réelle et sérieuse », ouvrant droit à indemnités). Or, une telle « légèreté blâmable » est caractérisée lorsque « *la décision de fermeture a été prise par le groupe, non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée* »²⁸⁴. Comment ne pas en déduire qu'*a contrario* la chambre sociale s'affirme prête à accueillir une argumentation tendant à démontrer que la cessation d'activité peut avoir été prise pour « sauvegarder la compétitivité » du groupe ? Auquel cas, là encore, il s'agirait de faire primer l'intérêt du groupe sur celui de la filiale.

De manière encore plus précise, dans le cadre exact d'une action en responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code civil à l'encontre d'une société mère, la Cour d'appel de Paris a très récemment pris en compte l'intérêt de groupe, en considérant que « *n'est pas en elle-même fautive la décision de l'actionnaire d'un groupe intégré de sociétés de cesser de soutenir une filiale en difficulté quand le maintien d'un tel soutien serait de nature à l'exposer au grief de soutien abusif ou à fragiliser l'ensemble des sociétés du groupe en menaçant la totalité des emplois* »²⁸⁵.

En conséquence, il paraît plus que possible que l'intérêt du groupe puisse être retenu comme fait justificatif empêchant la caractérisation d'un comportement fautif de la part de la mère.

²⁸¹ Soc., 5 avr. 1995, n° 93-42690 et n° 93-43866 (2 arrêts), Bull. Civ. V, n° 123, p. 89

²⁸² MAZEAUD A., « Propos sur les groupes d'entreprise en droit du travail », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 501, spéc. p. 505. L'analyse de cet auteur est confirmée par la solution selon laquelle les juges n'ont pas à rechercher si la société qui licencie est bénéficiaire ou non, l'appréciation se faisant au niveau du groupe : Soc., 28 nov. 2007, n°06-40489, Bull. Civ. V, n°197.

²⁸³ Soc., 16 janv. 2001, n°98-44647 ; Bull. Civ. V, n°10, p. 7

²⁸⁴ Soc., 1^{er} févr. 2011, n°10-30045 ; Bull. Civ. V, n°42

²⁸⁵ CA Paris, p. 05 ch. 08, 14 avr. 2015, n°14/02820, N° JD : 2015-009754 ; N° LXB : A3825RKU, préc.

Chapitre 3. La possibilité de mettre en place des présomptions ?

Présomptions réfragables ou irréfragables ? Nous nous sommes à plusieurs reprises attachés à distinguer le fait d'autrui du fait personnel. Cela dit, le jeu des présomptions tend à brouiller ces frontières. En effet, il permet de passer très facilement de l'un à l'autre. C'est d'ailleurs sur elles que repose l'application actuelle de plusieurs cas de responsabilité d'autrui : la mise en place d'une présomption irréfragable de faute de surveillance de la part des parents permet de les tenir en pratique *in solidum* pour tout dommage causé par leur enfant.

Dans notre cas, une présomption irréfragable de faute (comme un défaut de surveillance) de la société mère tendrait à mettre en place un système de responsabilité du fait d'autrui qui ne dirait pas son nom, applicable même sans faute. Or, nous étudierons dans notre troisième partie l'opportunité de mettre en place une telle responsabilité automatique.

Ici, il s'agit bien de s'interroger sur la possible émergence de **présomptions réfragables** pesant sur la société mère, lui permettant donc de les renverser pour s'exonérer.

Opacité du groupe. Mettre à jour une faute de la société mère implique d'avoir accès à son fonctionnement. Par exemple, démontrer que la société mère est à l'origine d'une décision dommageable effectuée par la filiale se heurte à de nombreux obstacles et nécessiterait de percer l'opacité entourant l'organisation du groupe²⁸⁶.

L'équité dans la preuve. La société mère dispose du pouvoir sur la filiale : elle est possiblement à l'origine d'un dommage, et dispose des moyens d'en dissimuler les preuves, qu'elles soient entre ses mains ou celles de sa filiale. Ainsi, la mise en place de présomptions simples, renversant la charge de la preuve, pourrait n'être qu'un retour à une règle d'équité. Il n'est pas en effet particulièrement juste que le tiers soit soumis à un double déséquilibre : le groupe a souvent une puissance financière supérieure, et il est maître de son organisation interne, invisible aux yeux des tiers.

Quelles présomptions pourraient alors être mises en place ? Evidemment, une multitude de situations peuvent être envisagées, néanmoins nous ne ferons qu'en proposer certaines.

La détention du capital ? Cette hypothèse n'est pas sans rappeler la solution retenue par la CJUE comme la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence, qui retiennent une présomption d'imputation des fautes de la filiale à la société mère, lorsque celle-ci possède 100% du capital de sa fille (voir *infra*, p. 87 sur la question). Dans ce cadre, la mère est associé unique, et ce montage de filialisation apparaît plus encore comme une simple technique de protection, voire de défaisance, bénéficiant à la mère et non aux tiers²⁸⁷. Transposée à notre action, la société possédant la totalité du capital d'une filiale pourrait être présumée comme étant à l'origine d'une décision fautive mise en œuvre par cette dernière, dans ce que nous avons qualifié d'immixtion-faute.

Néanmoins, la jurisprudence n'a jamais semblé vouloir étendre cette présomption hors du champ du droit de la concurrence²⁸⁸.

²⁸⁶ En ce sens, voir PELLETIER N., *La responsabilité au sein des groupes de sociétés...*, *op. cit.*, pt 486.

²⁸⁷ « [Pour les tiers], la personnalité morale ne saurait exonérer l'associé unique de ses responsabilités. En pratique, il est indéniable que l'étanchéité qui est supposée exister entre la société et l'associé est plus tenue lorsque celui-ci est seul aux commandes. D'ailleurs, la protection des associés n'ayant pas grand sens dans les sociétés unipersonnelles, il est cohérent que l'impératif de protection des tiers prenne le dessus », in ROUSSILLE M., « L'associé unique », *Dr. sociétés*, n°3, Mars 2016, Dossier, n°8.

²⁸⁸ CA Paris, 3^e ch. A, 7 oct. 2008, n°07/13617, num. Lexbase : A9180EAA ; *RJDA*, Avr. 2009, 04/09, n°342 : la mère détenant sa filiale à 100% n'en est pas pour autant *ipso facto* dirigeante de fait.

Rappr. : Com., 2 nov. 2005, n°02-15895 : sur le terrain de l'insuffisance d'actif, la Cour de cassation considère que le dirigeant de droit de la mère détenant des filiales à plus de 99% n'est pas nécessairement dirigeant de fait de ces dernières.

Un ratio de sous-capitalisation ? Probablement s'agit-il d'une idée relativement complexe, dont les contours sont à définir, mais il ne paraîtrait pas absurde de l'envisager. Par exemple, un certain ratio de fonds propres (capital + avances en compte courant) sur le montant total de la dette de la société, lorsqu'il est trop faible, pourrait faire présumer que la mère n'a pas doté la filiale des moyens nécessaires à son activité, ou l'a laissé accumuler les déficits sans réagir, ce qui serait fautif.

Ce système aboutirait à un bon **compromis entre la protection de l'associé** (qui doit conserver la limitation de sa responsabilité s'il n'a commis aucune faute), **un aménagement du droit de la preuve et la protection des tiers**. De surcroît, l'équilibre global devrait se faire par la fixation de ce ratio (la faute est-elle présumée si les fonds propres donnés par la mère représentent 20%, 50%, ou bien 80% des pertes ?). Ceci laisse donc une marge d'appréciation convenable à la Cour de cassation, qui en matière de sous-capitalisation n'hésite pas à analyser *in concreto*²⁸⁹.

Renversement de la présomption ? Un tel système de présomptions ne serait envisageable qu'à condition que la preuve contraire puisse être apportée. Il nous paraît parfaitement plausible qu'une société mère puisse se sortir de toute présomption, par le simple respect de certains principes de gestion (dirigeants propres de la filiale, un minimum d'autonomie pour celle-ci,...) et d'une loyauté basique envers sa filiale (vigilance –normale de la part d'une société mère–, accompagnement juridique et économique en cas de prise de décision de liquidation,...). Dans cette situation, la Cour de cassation pourrait, comme elle l'a déjà fait, considérer que la mère n'a « *pas abusé de sa position à l'égard de sa filiale et n'[a] donc pas commis de faute* » sur le fondement de l'article 1382 du Code civil²⁹⁰.

Après cette analyse des conditions de fond permettant l'action délictuelle à l'encontre de la société mère, il convient, dans un souci d'exhaustivité, d'analyser ses divers aspects de forme.

²⁸⁹ Voir Com., 12 mai 2015, n°13-27716, préc.

²⁹⁰ Soc., 3 avr. 1990, n°87-44904 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 625, Y. GUYON : la société mère avait tout fait (abandon de créances, augmentations de capital, recherche d'un repreneur) « *dans le but de ne pas interrompre la production et donc de sauvegarder les emplois des salariés* ».

Titre II/ Les difficultés procédurales dans l'exercice de l'action contre la société mère

Les éléments procéduraux d'une action en responsabilité délictuelle ordinaire sont bien connus. Cependant, même certains d'entre eux nécessitent une transposition, ou à tout le moins une adaptation.

En effet, une action telle que nous l'envisageons rentre en contact avec d'autres matières juridiques, et de ces frictions peuvent surgir des zones d'ombre. Premièrement, le droit des entreprises en difficultés : la procédure collective visant la filiale sera-t-elle un obstacle à l'action délictuelle à l'encontre de la mère ? Et qui pourrait l'exercer ? (**Chapitre 1^{er}**).

Elle est aussi évidemment aux confluent entre droit civil et droit des sociétés, ce qui peut poser des problèmes de qualification lorsque cette action cherche à s'épanouir envers une société mère étrangère. La dimension internationale des groupes rend inévitable la confrontation au droit international privé (**Chapitre 2**).

Enfin, de manière commune à toutes ces matières, nous tacherons d'étudier brièvement la question de la prescription applicable à cette action (**Chapitre 3**).

Chapitre 1^{er}. L'intérêt et la qualité pour agir en cas d'ouverture d'une procédure collective

Nous allons ici étudier un cas certes un peu précis, voire particulier, mais en pratique très important : la liquidation de la filiale. Dans un tel cas, une action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil sera-t-elle possible ? La question se pose en des termes différents pour le liquidateur (I) et les créanciers (II), quoique les deux aient en commun de devoir surmonter des obstacles pour y parvenir.

Notons dès à présent que la responsabilité des associés n'est pas encore une hypothèse jurisprudentielle parfaitement développée, ainsi nous nous appuyerons parfois dans nos développements sur la responsabilité des dirigeants, au régime bien plus construit.

I/ L'action du liquidateur

Nous nous demanderons dans un premier temps si le liquidateur est habilité à exercer l'action en responsabilité civile délictuelle (A), avant d'étudier les manières de contourner l'obstacle lié au principe du « non-cumul » des responsabilités (B).

A. L'exercice par le liquidateur de l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil

Tout d'abord, le liquidateur dispose-t-il des pouvoirs nécessaires à l'exercice d'une action en responsabilité fondée sur le droit commun à l'encontre des associés ?

Le Code de commerce prévoit que le liquidateur « *a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers* »²⁹¹. Ce principe général a deux facettes : il vient d'un côté limiter les pouvoirs du mandataire/administrateur/liquidateur, qui ne peut agir que pour la défense de l'intérêt collectif des créanciers, défini comme l'intérêt de « *tous les créanciers* »²⁹² ; de l'autre il lui confère un monopole qui bloque les actions intentées par des créanciers, lesquels n'ont pas qualité pour agir²⁹³ (sauf à démontrer un « préjudice distinct », comme nous le verrons plus loin).

Une action en responsabilité visant à reconstituer l'actif de la société, le gage commun des créanciers²⁹⁴, il ne fait pas de doute qu'elle aille dans le sens de « *l'intérêt collectif des créanciers* ». En revanche, lorsqu'elle vise un associé, elle visera *ipso facto* aussi un créancier (en effet, tout associé dispose d'une créance en remboursement de son apport à l'encontre de la société, sans compter une possible créance résultant d'une avance en compte courant). Ainsi, elle ne peut mathématiquement pas satisfaire l'intérêt de « *tous* » les créanciers. Néanmoins, bloquer une telle action serait une conséquence sans doute excessive de la jurisprudence du 13 mars 2012 ayant remis en vigueur cette définition de l'intérêt collectif. C'est pourquoi la Cour de cassation tend à accepter

²⁹¹ Aujourd'hui codifié à l'art. L622-20 du Code de commerce, applicable au liquidateur en vertu de l'art. L641-4 al. 4 du même Code. Cela dit, le principe est ancien, et sous l'empire de la loi de 1985 le même monopole appartenait au représentant des créanciers (art. 46).

²⁹² Com., 13 mars 2012, n°11-15438, Bull. Civ. IV, n°53 : « *le liquidateur ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers [...] qu'en conséquence le liquidateur n'a pas qualité pour agir, dans l'intérêt de ces seuls créanciers [ceux dont les droits naissent postérieurement à la publication de la déclaration d'insaisissabilité], en inopposabilité de la déclaration d'insaisissabilité* ». Si cet arrêt rappelle avec conviction cette solution, elle n'est pas pour autant nouvelle : voir par ex Com., 9 nov. 2004, n°02-13685, Bull. Civ. IV, n°193, p. 220

²⁹³ Au sens de l'art. 31 du CPC : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.* »

²⁹⁴ Il est possible de déduire d'un arrêt que l'intérêt collectif des créanciers doit s'entendre de « *la protection et [de] la reconstitution du gage commun des créanciers* » : Com., 2 juin 2015, n°13-24714, publié, sur lequel nous reviendrons (cf *infra*, p. 63).

que le liquidateur puisse agir contre l'associé en responsabilité délictuelle, antérieurement²⁹⁵ comme postérieurement²⁹⁶ à l'arrêt pré-évoqué de mars 2012.

Toutefois, au-delà de cette question générale des prérogatives du liquidateur, il est primordial de noter que son action n'est possible qu'à la condition de surmonter l'obstacle du « non-cumul » des responsabilités.

B. L'obstacle du « non-cumul » des responsabilités

Lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre d'une société, les règles du livre VI du Code de commerce ont vocation à s'appliquer. Celles-ci recouvrent de nombreux cas et de nombreuses situations, notamment la responsabilité des dirigeants. Ainsi, dans un tel cas, le régime propre aux procédures collectives va-t-il se cumuler au droit commun²⁹⁷, ou va-t-il l'évincer ?

La Cour de cassation a résolument pris position en faveur de la seconde hypothèse. Ainsi, elle a jugé que l'action en insuffisance d'actif visant le dirigeant de droit ou de fait en cas de liquidation²⁹⁸, aujourd'hui codifiée aux articles L651-1 et suivants du Code de commerce, ne se cumulait pas avec la responsabilité de droit commun, les deux ayant une fonction indemnitaire. Il convient de bien entendre ce que recouvre ce principe de **non-cumul** : ouvre-t-il un choix entre les deux régimes, ou pose-t-il l'impérialisme de l'un au détriment des autres ? La situation n'est à vrai dire pas parfaitement claire.

Principe de choix ou de non-option ? Dans un premier temps, la jurisprudence a imposé l'impérialisme des règles de responsabilité spéciales du livre VI, que ce soit face aux règles du droit des sociétés²⁹⁹ ou au droit commun de la responsabilité civile délictuelle des articles 1382 et 1383 du Code civil³⁰⁰. Cette solution était appliquée avec une grande rigueur : en d'autres termes, toute action fondée sur ces deux derniers régimes était déclarée irrecevable. Ce qui signifie, pour ce qui nous intéresse, que le liquidateur ne pourrait intenter une action contre un associé sur le fondement de l'article 1382 du Code civil lorsque la liquidation fait apparaître une insuffisance d'actifs.

La jurisprudence a par la suite assoupli sa jurisprudence en laissant, en fait, une forme d'option. A tout le moins, le liquidateur pouvait choisir entre intenter l'action de l'actuel article L651-2 du Code de commerce, et reprendre une action en responsabilité précédemment ouverte par la société, à l'époque où elle était *in bonis*, à la simple condition de ne pas alléguer l'insuffisance d'actif³⁰¹.

Néanmoins, la Cour de cassation semble être revenue à une application plus stricte du principe du non-cumul, qui serait plus justement qualifié de principe de non-option. En effet, il ne suffit plus de ne pas alléguer l'insuffisance d'actif, il faut désormais positivement démontrer « *l'absence d'une insuffisance d'actif qui seule autoris[e] le liquidateur à poursuivre l'action sur le fondement de l'article L. 223-22 du code de commerce* »³⁰².

²⁹⁵ Com., 19 fév. 2008, n°06-20444 ; *BJS* 2008, p. 504, B. SAINTOURENS

²⁹⁶ Com., 2 oct. 2012, n°11-18460 ; *Dr. sociétés*, n°2, Fév. 2013, comm. 34, J.-P. LEGROS ;

²⁹⁷ Nous visons par exemple par cette expression les art. L223-22 (SARL) et L225-251 (SA) du Code de commerce, ou 1850 du Code civil (sociétés civiles), voire le droit commun de l'art. 1382 du même Code.

²⁹⁸ Sur ce cas de responsabilité, voir *supra* p. 23

²⁹⁹ Com., 28 fév. 1995, n°92-17329, Bull. Civ. IV, n°60, p. 57

³⁰⁰ Com., 20 juin 1995, n°93-12810, Bull. Civ. IV, n°187, p. 173

³⁰¹ Com., 28 mars 2000, n°97-11533, Bull. Civ. IV, n°70, p. 58 : « *l'insuffisance d'actif n'était pas alléguée, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action engagée sur le fondement de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 et poursuivie par le liquidateur judiciaire de la société était recevable* » ; *RTD Com.*, 2001, p.452, C. CHAMPAUD ; *RD banc. fin.*, 2000, comm. 73, F.-X. LUCAS. Voir aussi Com., 28 mai 2002, n°98-20333.

³⁰² Com., 30 juin 2015, n°14-13421

L'incidence de cette modification est assez révélatrice, et ne porte pas seulement sur une question de preuve. Elle signifie aussi que lorsque l'action intentée tombe dans le champ d'application *ratione materiae* de l'article L651-2 du Code de commerce, celui-ci s'applique nécessairement. Pour rappel, son champ d'application, avant même d'envisager la faute, nécessite deux éléments : une liquidation faisant apparaître une insuffisance d'actif, et un dirigeant de droit ou de fait. Ainsi, le droit commun retrouve son empire lorsqu'une condition fait défaut, par exemple le défaut d'insuffisance d'actif³⁰³ ; mais ce défaut doit être démontré. C'est aussi ce qui explique que les régimes de droit commun soient applicables aux fautes commises après le jugement d'ouverture de la liquidation, lesquelles sont exclues du champ d'application de l'action en insuffisance d'actif³⁰⁴.

Application à l'associé. Ou, dans une optique particulièrement intéressante pour nous, ce peut être l'autre condition qui fait défaut, à savoir l'absence d'un dirigeant de fait ou de droit. Ainsi, en 2008, la Chambre commerciale a admis une action du liquidateur, fondée sur l'article 1382 du Code civil, à l'encontre d'un associé³⁰⁵. Ici, l'associé visé n'était ni dirigeant de droit, ni en l'espèce dirigeant de fait. Ainsi, il était radicalement exclu du champ d'application *ratione materiae* de l'article L651-2 du Code de commerce ; par conséquent il n'est pas surprenant que le droit commun (l'article 1382 du Code civil), invoqué à titre subsidiaire, retrouve son applicabilité, là où le droit spécial est écarté. La solution a été réitérée dans la même affaire en 2012³⁰⁶.

Comme le résume très clairement un auteur, « *si les actions fondées sur le droit commun sont écartées lorsque la personne poursuivie est dirigeant social, elles peuvent prospérer, même à titre subsidiaire, lorsque cette qualité n'est pas retenue* »³⁰⁷.

Est-ce à dire qu'un associé serait à l'abri d'une action fondée sur l'article 1382 du Code civil en cas de liquidation s'il était aussi dirigeant ? Non, il nous semble qu'il faille retenir une approche organique de la faute. S'il est reproché à l'associé-dirigeant une faute de gestion, l'article L651-2 du Code de commerce s'applique. En revanche, s'il lui est reproché une faute commise en tant qu'associé, rattachable à ses prérogatives d'associés, cet article ne paraît pas devoir s'appliquer, ce que semble admettre la jurisprudence³⁰⁸.

En un mot, nous retiendrons que le principe du non-cumul, en cas de procédure collective, entre le droit spécial et le régime général de responsabilité, est toujours d'actualité³⁰⁹. Et, s'il peut constituer un obstacle à une action fondée sur l'article 1382 du Code civil en cas de liquidation, cet obstacle n'a rien d'insurmontable, particulièrement lorsque ladite action vise un associé (notamment la société mère, en ce qui nous concerne), qui n'est pas un dirigeant de droit.

³⁰³ Com., 27 juin 2006, n°05-14271, Bull. Civ. IV, n°152, p. 164 ; D. 2006, p. 1891, A. LIENHARD : « *Attendu que lorsque le redressement ou la liquidation judiciaire d'une société ne fait pas apparaître d'insuffisance d'actif, les actions exercées à l'encontre de son dirigeant sur le fondement des articles L. 223-22, L. 225-251 et L. 225-252 du code de commerce sont recevables* »

³⁰⁴ Com., 14 mars 2000, n°97-17753, Bull. Civ. IV, n°59, p. 51

³⁰⁵ Com., 19 fév. 2008, n°06-20444 ; BJS 2008, p. 504, B. SAINTOURENS, préc.

³⁰⁶ Com., 2 oct. 2012, n°11-18460 ; Dr. sociétés, n°2, Fév. 2013, comm. 34, J.-P. LEGROS, préc.

³⁰⁷ SAINTOURENS B., Note sous Com., 19 fév. 2008, n°06-20444, BJS, Juin 2008, p. 504.

³⁰⁸ En ce sens, Com., 10 mars 2015, n°12-15505, publié : « *l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion* » (pourtant c'était l'associée-gérante qui était poursuivie en insuffisance d'actif). Sur cet arrêt, voir p. 25.

³⁰⁹ Voir réc. Com., 19 nov. 2013, n°12-16099, Bull. Civ. IV, n°170 ; Com., 8 avril 2015, n°13-28512, publié.

II/ L'action des créanciers

Nous venons d'étudier le principe dit du « non-cumul » entre l'action en insuffisance d'actifs et l'action en responsabilité. Il pose un problème encore plus aigu aux créanciers. En effet, l'action de l'article L651-2 du Code de commerce est une action attitrée, réservée au liquidateur, au ministère public, voire subsidiairement à la majorité des créanciers contrôleurs en cas de carence des premiers (L651-3 du même Code). Dans l'impossibilité d'agir en insuffisance d'actif, **un créancier isolé pourrait-il intenter une action en responsabilité de droit commun ?**

Nous allons successivement analyser le cas général (A) puis la situation des salariés, qui bénéficient d'un traitement jurisprudentiel un peu spécial (B).

A. Le cas général

Les créanciers sont confrontés à deux obstacles : le non-cumul des responsabilités, et le monopole de l'action dont dispose le liquidateur.

Insistons sur ce point : le créancier est bel et bien soumis au principe du non-cumul des responsabilités, quand bien même il ne peut agir en insuffisance d'actif (et quand bien même le liquidateur ne le ferait pas). Ainsi, si la faute qu'il invoque est susceptible de rentrer dans le champ d'application de la faute de gestion de l'action en insuffisance d'actif, le créancier sera débouté de sa demande fondée sur le droit commun³¹⁰. Cette solution est critiquée par une partie de la doctrine³¹¹, estimant que l'action en insuffisance d'actif est de la même nature que les actions fondées sur le droit commun, la seule différence étant qu'elle est collectivisée. Dès lors, la première ne serait alors qu'une application particulière des secondes, ne justifiant pas leur exclusion : un cumul serait possible.

Concernant le second obstacle, nous l'avons dit, l'administrateur/liquidateur dispose d'un monopole d'action lorsqu'il s'agit de défendre « l'intérêt collectif des créanciers ». Ce principe est strictement interprété par la jurisprudence : ainsi ni un associé ni un créancier ne pourraient exercer d'action *ut singuli* à l'encontre d'un dirigeant³¹², précisément car dans un tel cas l'action est exercée au nom de la société et profiterait à la collectivité des créanciers. Au niveau de l'opportunité, cette solution peut être contestable (particulièrement lorsque le liquidateur n'agit pas), néanmoins elle n'est qu'une stricte application des textes.

La Cour de cassation admet une exception commune à ces deux obstacles. Ainsi, lorsque le créancier fait état d'un **préjudice « distinct »**, il a qualité à agir à titre individuel, par exemple contre un tiers à qui il reproche d'avoir retardé par son action l'ouverture de la procédure collective³¹³, contre un assureur ayant tardé à verser une indemnité³¹⁴, contre une banque³¹⁵,... Néanmoins, le caractère « distinct » du préjudice est assez strictement entendu : celui-ci doit être différent du simple non-

³¹⁰ Com., 28 fév. 1995, n°92-17329, Bull. Civ. IV, n°60, p. 57, préc.

³¹¹ LUCAS F.-X., « Chronique de droit des entreprises en difficulté, voir III.B), Com, 8 avr. 2015, n°13-28512 », D. 2015, p. 1970.

³¹² Com., 3 juin 1997, n°95-15681 ; D. 1997, p. 517, F. DERRIDA ; JCP E 1998, n°1-2, p. 33, R. CABRILLAC : « seul le représentant des créanciers, dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ; qu'il en résulte qu'un associé ou un créancier ne sont pas recevables à agir au nom des créanciers ; que par ce motif [...] l'arrêt qui a déclaré irrecevable l'action engagée par [...] un associé] en réparation du préjudice subi par les créanciers du fait de l'aggravation du passif, se trouve justifié ».

³¹³ AP, 9 juillet 1993, n°89-19211, Bull. A.P., n°13, p. 21

³¹⁴ Com., 11 oct. 1994, n°90-16309, Bull. Civ. IV, n°281, p. 225

³¹⁵ Com., 14 déc. 1999, n°97-14500, Bull. Civ. IV, n°230, p. 193 ; Com., 28 janv. 2014, 12-27901, Bull. Civ. IV, n°22

paiement de la créance résultant de la cessation des paiements³¹⁶, c'est pourquoi la perte de valeur des titres sociaux ne remplit pas ces conditions³¹⁷.

Cette exception a été étendue à la responsabilité des dirigeants. Ainsi, la Cour de cassation déclare en 2006 dans un attendu de principe que « *la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions* »³¹⁸. La théorie de la « faute séparable des fonctions » ayant depuis été appliquée à l'associé par la chambre commerciale, cet attendu pourrait selon nous être mot à mot étendu à la responsabilité de l'associé.

En d'autres termes, la démonstration par un créancier d'un « préjudice personnel distinct » lui permet d'échapper tant au principe du non-cumul des responsabilités qu'au monopole de l'action de l'administrateur ou du liquidateur.

Précisément, en ce qui concerne **l'action personnelle de créanciers à l'encontre d'un associé**, un préjudice distinct est-il envisageable ? La cour de cassation l'a admis, en ce qui concerne des salariés.

B. Les salariés

La chambre sociale de la Cour de cassation a admis l'action personnelle de salariés à l'encontre d'un associé, dans une hypothèse répondant parfaitement au cas que nous envisageons : une filiale fait l'objet d'une liquidation, et les ex-salariés intentent à l'encontre de l'ancienne société mère, Bull SA (qui avait cédé cette filiale), une action fondée sur l'article 1382 du Code civil. La Haute Cour admet l'intérêt à agir de ces salariés, estimant que « *le préjudice résultant, à la suite de la cession de la filiale, de la perte de leur emploi ainsi que de la diminution de leur droit à participation dans la société BEA et de la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe Bull [...] constituait un préjudice particulier et distinct de celui éprouvé par l'ensemble des créanciers de la procédure collective* » (nous soulignons)³¹⁹. Dans une configuration similaire, la chambre sociale a aussi admis que les fautes « *qui ont privé l'employeur de moyens de financement du plan de sauvegarde de l'emploi et donc au détriment des salariés qui ont été privés de mesures susceptibles de favoriser leur reclassement ou leur reconversion, leur [ont causé] par cette perte de chance, un préjudice distinct* »³²⁰.

C'est dans la même lignée que nous pouvons relever la recevabilité de l'action pour des « *préjudices résultant de la perte de rémunération et d'avantages notamment en termes de reconversion professionnelle liée à la cession de l'entreprise* »³²¹ (même si en l'espèce aucune faute n'est retenue).

Notons que **le préjudice des salariés tend à n'être qu'une simple perte de chance**. En effet, le vrai préjudice résultant du licenciement est réparé par l'octroi des indemnités³²², et le principe de

³¹⁶ Ex : Com., 14 déc. 1999, n°97-14500, préc. Pour des exemples d'acceptation du caractère distinct du préjudice, voir REILLE F., *Fasc. 2236 : Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Organes – Mandataire judiciaire : fonctions*, J.-Cl. Com, spéc. n°31.

³¹⁷ Voir Com., 28 janv. 2014, 12-27901, préc.

³¹⁸ Com., 7 mars 2006, n°04-16536, Bull. Civ. IV, n°61, p. 61 ; *Rev. Soc.* 2006, p. 644, J.-F. BARBIERI

³¹⁹ Soc., 14 nov. 2007, n°05-21239, *Bull SA*, Bull. Civ. V, n°188 ; *Rev. trav.* 2008, p. 103, Y. CHAGNY ; *Dr. social*, 2008, p. 129, J. SAVATIER ; *BJS*, 2008, p. 223, B. SAINTOURENS ; *JCP G*, n° 8, 20 Février 2008, comm. 10038, F. DUMONT, préc. Toutefois cette affaire *Bull* nous rappelle aussi qu'au-delà, la nécessaire causalité demeure ; elle n'a pas été prouvée, selon la Cour d'appel de renvoi : CA Poitiers, 10 sept. 2009, préc.

³²⁰ Soc., 8 juillet 2014, n°13-15470, *Sofarec*, Bull. Civ. V, n°179, préc. Dans le même sens, Soc., 28 sept. 2010, n°09-41243 ; *BJS* 2010, p. 994, n° 217, N. MORELLI ; *JCP S* 2010, p. 1518, S. BRISSY

³²¹ CA Paris, p. 05 ch. 08, 14 avr. 2015, n°14/02820, N° JurisData : 2015-009754 ; N° Lexbase : A3825RKU

réparation intégrale s'opposerait à une double-réparation ; doit donc être invoqué un préjudice distinct de la seule rupture du contrat de travail. Ainsi, le passage du juge par la perte de chance, notion plus souple, lui permet d'octroyer une somme supplémentaire aux salariés³²³.

Pour rappel, la Cour de cassation n'admettrait probablement pas que le préjudice invoqué tienne à l'absence de mesure satisfaisante de reclassement, considérant que, hors co-emploi, les autres sociétés d'un groupe ne sont pas débitrices de cette obligation³²⁴, pesant sur le seul employeur.

Signalons qu'un tribunal de commerce a suivi la chambre sociale, et est même allée plus loin, considérant que « *pour un salarié, le préjudice qui résulte d'une perte d'emploi ou d'un stress compte tenu notamment de l'incertitude sur la poursuite éventuelle de son contrat de travail est un préjudice spécial, personnel et distinct [...]* »³²⁵. On le voit, les juges ont en la matière admis le **préjudice d'anxiété**. Cependant, les parties ayant transigé après avoir interjeté appel, la Cour de cassation n'a jamais pu s'exprimer sur ce jugement.

Concernant les salariés, il est à noter que la chambre commerciale va elle aussi dans le sens d'une acceptation aisée de leur préjudice distinct. Ainsi, dans une affaire récente, des salariés se joignent volontairement à l'action intentée par le commissaire à l'exécution du plan à l'encontre d'un banquier, en réparation de leurs préjudices propres, notamment « *la perte pour l'avenir des rémunérations qu'ils auraient pu percevoir et l'atteinte à leur droit de voir leurs chances de retrouver un emploi optimisées, faute d'avoir pu bénéficier de formations qualifiantes* ». La banque leur opposait classiquement le principe de monopole d'action de l'organe de la procédure collective. La Cour de cassation balaie cet argument, néanmoins sans reprendre exactement le critère du préjudice distinct tel que l'avait fait la chambre sociale dans l'affaire *Bull* pré-évoquée ; elle considère en effet que « *l'action en réparation des préjudices invoqués par les salariés licenciés, étrangère à la protection et à la reconstitution du gage commun des créanciers, ne relevait pas du monopole du commissaire à l'exécution du plan* »³²⁶.

Elle en profite donc pour définir, pour la première fois, l'intérêt collectif des créanciers, entendu comme « *la protection et [la] reconstitution du gage commun* »³²⁷. La solution est rendue sous l'empire du droit antérieur, mais elle paraît transposable *mutatis mutandis* à la législation actuelle. La portée en est, selon la doctrine, assez importante, et ne se limite pas à l'action des salariés. Comme le dit un auteur, désormais, de manière générale, « *pour qu'une action individuelle d'un créancier soit recevable, celui-ci devra démontrer que son action ne tend pas à la protection et à la reconstitution du gage commun des créanciers. En l'espèce, puisque les salariés invoquaient un préjudice qui n'était subi que par une catégorie de créanciers, leur action n'avait pas d'influence sur le gage commun et échappait donc au monopole du mandataire* »³²⁸.

³²² Pour une analyse plus détaillée et nuancée de ce point, lire FABRE A., « La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce », *op. cit.*

³²³ Pour preuve, dans l'arrêt *Sofarec* pré-évoqué (n°13-15470), la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il avait rejeté l'action de salariés ayant adhéré à la convention entre l'employeur et l'Etat. Si la Haute Cour admet que ce fait les empêche de contester leur licenciement, elle estime que le préjudice dont ils demandent réparation par cette action délictuelle est distinct, et mérite aussi réparation.

³²⁴ Soc., 13 janvier 2010, 08-15776, *Flodor*, Bull. Civ. V, n°5

³²⁵ TC Orléans, 1^{er} juin 2012, n° 2010/11170, *Quelle La Source c/ Aurelius AG*, préc.

³²⁶ Com., 2 juin 2015, n°13-24714, publié ; D. 2015, p. 1970, P.-M. LE CORRE ; *JCP G*, n°25, Juin 2015, p. 723, V. ORIF ; *JCP G*, n° 30-35, Juillet 2015, p. 888, F. DUMONT ; D. 2015, p. 1205, A. LIENHARD ; *LEDEN*, Juillet 2015, n°7, p. 4, G. LOISEAU ; *Cahiers Soc.*, oct. 2015, n°278, J. ICARD ; *Gaz. Pal.*, 20 oct. 2015, n°293, I. ROHART-MESSAGER ; *BJE*, Sept. 2015, n°5, A. DONNETTE-BOISSIÈRE

³²⁷ Voir déjà en ce sens PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°526, et LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*

³²⁸ ROHART-MESSAGER I., « Recevabilité de l'action en réparation du préjudice distinct des salariés licenciés (Com, 2 juin 2015, n°13-24714) », *Gaz. Pal.*, n° 20 oct. 2015, n°293.

Il ne s'agit pas réellement d'un revirement par rapport à l'exigence antérieure d'un préjudice distinct, il s'agit plutôt d'une définition *a contrario* de cette notion³²⁹ : **c'est parce que l'action ne vise pas la protection du gage commun que l'intérêt collectif des créanciers n'est pas engagé, et donc que le préjudice est distinct.** Sur le fond, caractériser l'intérêt collectif tend à dresser le cadre des pouvoirs de l'organe de la procédure, dans une conception ici assez restrictive³³⁰, par référence au gage « commun » à tous les créanciers. Corollairement, cela mène « à l'admission plus large de la recevabilité des actions individuelles »³³¹. A dire vrai, les limites de la solution sont à définir, car elles sont potentiellement extrêmement larges : du moment où un créancier agit en responsabilité à titre personnel, il a vocation à recevoir lui-même des dommages-intérêts. Par suite, il ne vise pas « la protection et [la] reconstitution du gage commun », c'est pourquoi à tirer jusqu'au bout les conséquences de cet attendu, **toute action individuelle serait recevable.**

Si la portée de cette solution est effectivement large, appliquée à notre situation elle signifierait que les créanciers, et pas seulement les salariés, pourraient largement exercer une action personnelle délictuelle contre les associés, à côté de l'éventuelle action en responsabilité pour insuffisance d'actif. La solution serait envisageable³³², mais nous noterons tout de même que la possible multiplication des actions visant le l'associé (dirigeant de fait) rendra compliqué l'évitement d'une double-réparation, celui-ci pouvant se retrouver amené à payer à un créancier une somme qui sera aussi intégrée dans l'insuffisance d'actif qu'il devra combler, les actions se chevauchant en pratique nécessairement ; la règle peut paraître sévère.

En conclusion, observons que même si leurs termes sont différents, la chambre sociale comme la chambre commerciale sont favorables à l'action personnelle des salariés. De surcroît, si en l'espèce l'action visait un banquier, la solution semble parfaitement applicable à une action visant la société mère.

³²⁹ LE CORRE P.-M., « Chronique de droit des entreprises en difficulté, voir II.B), Com, 2 juin 2015, n°13-24714 », D. 2015, p. 1970 : « *Le préjudice distinct sera négativement défini comme celui qui n'est pas partagé par la collectivité des créanciers.* ».

³³⁰ Conforme à la ligne jurisprudentielle de la chambre commerciale. Dans le même sens, voir Com., 13 mars 2012, n°11-15438, Bull. Civ. IV, n°53 : « *le liquidateur ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers* », préc.

³³¹ F.-X. LUCAS, « Chronique de droit des entreprises en difficulté, voir III.A), Com, 2 juin 2015, n°13-24714 », D. 2015, p. 1970.

³³² LUCAS F.-X., « Chronique de droit des entreprises en difficulté, voir III.B), Com, 8 avr. 2015, n°13-28512 », *op. cit.*, qui relève que cette solution (recevabilité de l'action personnelle et de l'action du liquidateur) est admise concernant le cumul de l'action personnelle en obligation à la dette et de l'action collectivisée en contribution aux pertes.

Chapitre 2. La prise en compte de l'internationalisation des groupes

Il s'agira ici de ne pas perdre de vue que les groupes de sociétés sont de plus en plus mondialisés, et qu'il est parfaitement envisageable que la société mère soit étrangère. Ainsi, comment envisager l'action contre celle-ci, en cas de défaut de sa filiale en France ?

Assez classiquement en droit international privé, il convient d'envisager les questions de compétence (I) et de loi applicable (II).

I/ Compétence

Au stade de la compétence, il convient de distinguer selon que la société mère étrangère est domiciliée au sein de l'Union européenne (A) ou non (B).

A. La société mère est domiciliée en Union européenne

Nous sommes donc dans une hypothèse de défaut d'une filiale française appartenant à une société mère, cette dernière étant basée dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

L'instrument communautaire le plus à même d'intervenir est le Règlement (UE) n°1215/2012 du 12 décembre 2012, dit « **Bruxelles I bis** ». Nous allons vérifier qu'il est bien applicable.

Concernant son champ d'application *ratione materiae*, son article premier précise qu'il s'applique « *en matière civile et commerciale* ». Le cas que nous envisageons ne semble ressortir d'aucune des exclusions prévues par cet article (matières fiscale, douanières, administratives, arbitrage, matière familiale, sécurité sociale,...), néanmoins un doute peut surgir concernant l'exception des « *faillites, concordats et autres procédures analogues* ». Cela dit, cette exclusion vise avant tout à réserver l'application du règlement (UE) 2015/848 du 25 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité. Or, si nous envisageons effectivement des cas qui peuvent intervenir après une faillite, il s'agit bel et bien d'une demande autre, fondée sur le droit commun (l'article 1382 du Code civil), qui de surcroît n'est pas couverte par ledit règlement « insolvabilité ». Ainsi le règlement Bruxelles I bis nous paraît matériellement applicable.

Ratione temporis, précisons que celui-ci ne s'applique « *qu'aux actions judiciaires intentées [...] à compter du 10 janvier 2015* » (art. 66). Pour les actions antérieures, le règlement Bruxelles I du 22 décembre 2000 était applicable, avec des solutions globalement identiques sur les aspects que nous étudions.

Ce règlement est applicable, ce qui signifie concrètement que le juge saisi vérifiera sa compétence au regard de celui-ci. Tout d'abord, observons que notre action ne tombe sous le coup d'aucune des compétences exclusives de l'article 24 dudit règlement ; nous pouvons donc désormais regarder les règles de compétence qu'il propose. Il reprend, en son article 4, le principe général de compétence territoriale *actor sequitur forum rei* : « *Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat membre* ». Au sens de cet article, une société est domiciliée au lieu de son siège statutaire, de son administration centrale ou de son principal établissement (art. 62). Nous sommes par hypothèse dans un cas où la société mère est domiciliée dans l'Union européenne. Par conséquent, le créancier ou le liquidateur, pour une action fondée sur l'article 1382 du Code civil, devra par principe saisir les juridictions de l'Etat du lieu du siège social.

La question qui se pose désormais est la suivante : y-a-t-il un moyen de rendre le juge français compétent (ce qui irait dans le sens des créanciers français, évidemment) ?

Il n'est en effet pas impossible d'attirer un défendeur devant un juge d'un autre Etat membre, à condition de respecter les prévisions du règlement (art. 5).

Or, celui-ci prévoit des exceptions à son principe. Les compétences spéciales à même de nous intéresser sont présentées à l'article 7 : tout d'abord, il nous faut savoir si nous sommes en « **matière contractuelle** » ou en « **matière délictuelle** », au sens de celui-ci. Certes, en droit français, l'article

1382 du Code civil est le siège de la responsabilité délictuelle, néanmoins en présence d'un instrument communautaire, la qualification des faits obéit aux définitions communautaires, qui peuvent différer des notions françaises (elles sont dites autonomes)³³³.

Au sens du droit communautaire, est délictuelle « toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur, et qui ne se rattache pas à la "matière contractuelle" au sens [du présent règlement] »³³⁴. Or, la matière contractuelle recouvre tout « engagement librement assumé d'une partie envers une autre »³³⁵. Dans notre cas, il nous paraît pouvoir en déduire qu'une action intentée par un créancier sur le fondement de l'article 1382 du Code civil relève de la « **matière délictuelle** » au sens de l'article 7.2) du règlement.

C'est d'ailleurs le choix de la Cour de cassation française, qui a considéré que « l'action introduite par la société [créancière de la filiale] à l'encontre des sociétés [mères italiennes] avait pour fondement les dispositions de l'article 1382 du code civil du fait de l'immixtion supposée de ces sociétés dans la gestion de la société [filiale française], de sorte qu'elle était de nature délictuelle ou quasi délictuelle au sens de l'article 5-3 du règlement communautaire »³³⁶. La solution est rendue sous l'empire du règlement Bruxelles I, mais l'avait été précédemment au regard de la Convention de Bruxelles de 1968³³⁷, et paraît transposable à Bruxelles I bis.

La CJUE est de surcroît allée dans le même sens en 2013. Dans cette affaire, des créanciers d'une filiale en liquidation en Suède réclamaient paiement à la société mère, située aux Pays-Bas. Cette action pouvait-elle bénéficier de la compétence spéciale en matière délictuelle ? La CJUE juge clairement que « la notion de «matière délictuelle ou quasi délictuelle» [...] doit être comprise en ce sens qu'elle recouvre des actions telles que celles en cause au principal intentées par un créancier d'une société par actions visant à rendre responsables des dettes de cette société [un administrateur et] un actionnaire de cette dernière, étant donné qu'ils ont permis à ladite société de continuer à fonctionner alors qu'elle était sous-capitalisée et tenue d'être mise en liquidation » (nous soulignons)³³⁸.

Selon celui-ci, en matière délictuelle, est compétent le juge « du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire ». Dans une action comme celle que nous envisageons, quel peut être ce lieu ? Plus concrètement, la France peut-elle être reconnue comme **lieu du fait dommageable** ?

La CJUE a pu s'exprimer sur une situation similaire dans l'arrêt pré-évoqué, dans laquelle les créanciers locaux d'une filiale suédoise avaient intenté « des actions fondées sur l'allégation que l'administrateur et l'actionnaire principal [la société mère, néerlandaise] n'auraient pas rempli leurs obligations légales quant au contrôle de la situation financière de cette société [la filiale] et à la poursuite de l'activité par cette dernière, alors qu'elle aurait été sous-capitalisée et tenue d'être mise en liquidation ». Se posait alors la question du lieu de réalisation du dommage. La Cour répond clairement que « la notion de «lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire» [...] doit être interprétée en ce sens que, en ce qui concerne des actions visant à rendre un membre du conseil d'administration ainsi qu'un actionnaire d'une société par actions responsables des dettes de cette société, ledit lieu se situe au lieu auquel s'attachent les activités déployées par ladite société ainsi que la situation financière liée à ces activités »³³⁹.

³³³ L'exemple le plus connu est l'action directe du sous-acquéreur contre le vendeur initiale, contractuelle en droit français mais délictuelle selon la CJUE. Voir CJUE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, C-26/91

³³⁴ CJUE, 27 sept. 1988, *Kalfelis*, C-189/87, dispositif, 2) a).

³³⁵ CJUE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, C-26/91, préc., motif 15.

³³⁶ Civ. 1^e, 26 octobre 2011, n°10-17026, Bull. Civ. I, n°190 ; *BJS*, Janv. 2012, n°1, p. 70, M. MENJUCQ.

³³⁷ Soc., 3 avr. 1990, n°87-44904 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 625, Y. GUYON (la question n'était pas ici posée à la Cour de cassation, mais elle relève que la Cour d'appel a tenu ce même raisonnement)

³³⁸ CJUE, 18 juil. 2013, *ÖFAB c/ Koot & Evergreen*, C-147/12, motifs 35 à 42.

³³⁹ *Ibid.*, motif 55.

En d'autres termes, dans une hypothèse somme toute très proche de la notre, la CJUE considère que la société mère peut être atraite devant les tribunaux de l'Etat de la filiale. En conséquence, il nous paraît possible de considérer que les tribunaux français pourraient être compétents pour connaître d'une action en responsabilité civile délictuelle à l'encontre d'une société mère située à l'étranger.

Néanmoins, il nous faut encore déterminer quelle loi le juge français appliquera. Avant tout, nous analyserons le conflit de compétences lorsque la société mère n'est pas située en Union européenne.

B. La société mère est domiciliée hors de l'UE

Dans l'hypothèse où le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat membre, l'article 6 du règlement Bruxelles I bis renvoie aux règles internes de droit international privé de l'Etat dont le juge est saisi. Le juge français saisi devra donc déterminer s'il est compétent en vertu des règles de compétence internes, étendues à l'échelon international³⁴⁰. Le principe en droit français est aussi *actor sequitur forum rei*, selon l'article 42 du code de procédure civile (CPC). Néanmoins, il existe des assouplissements à cette règle ; notamment, l'article 46 du CPC, qui dispose que « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur : [...] en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi* ».

Il ne fait aucun doute que l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil a en droit français une nature délictuelle. Il n'est pas plus difficile d'admettre qu'en cas de défaut d'une filiale française, soit le fait dommageable soit le dommage lui-même se situe en France. Par conséquent, le juge français saisi pourra se reconnaître compétent.

Mais, dans l'hypothèse où ce critère de compétence ne serait pas rempli (ce qui nous paraît tout de même peu probable), l'article 14 du Code civil pourrait s'appliquer. Celui-ci, qui est d'application subsidiaire³⁴¹, donne compétence aux juridictions françaises dès lors que le demandeur est français, et ce pour toutes les demandes (sauf les actions réelles immobilières)³⁴².

Par conséquent, que la société mère soit domiciliée hors ou dans l'Union européenne, le juge français pourra se reconnaître compétent. Néanmoins, quelle loi appliquera-t-il ?

II/ La loi applicable

Concernant la règle de conflits de lois, son régime n'est pas tranché, et laisse place à une hésitation due au conflit entre *lex societatis* et *lex loci delicti* (A). Par ailleurs, lorsque la filiale en France est l'objet d'une procédure collective, le conflit entre *lex societatis* et *lex fori concursus* peut-il avoir une issue différente ? (B)

A. L'hésitation entre *lex societatis* et *lex loci delicti*

Pour déterminer la loi applicable, il convient avant tout de vérifier les instruments européens disponibles. Précisément, il existe un règlement (CE) 864/2007 du 11 juillet 2007, dit « **Rome II** », qui « *s'applique, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale* » (art. 1^{er}). Cependant, l'article 1, 2. d) exclut de son champ d'application « *les obligations non contractuelles découlant [...] de la responsabilité*

³⁴⁰ Solution résultant des arrêts de la 1^e chambre civile *Pelassa* du 19 oct. 1959 et *Scheffel* du 30 oct. 1962, Bull. Civ. I, n°449 : « *la compétence internationale [des juridictions françaises] se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne* ». Voir ANCEL B. et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n°37.

³⁴¹ Civ. 1^e, 19 nov. 1985, n°84-16001, *Sté Cognac et Brandies*, Bull. Civ. I, n°306, p. 271 « *[l'art. 14] n'a lieu de s'appliquer que lorsqu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France* »

³⁴² Civ. 1^e, 27 mai 1970, *Weiss*, n°68-13643, Bull. Civ. I, n°176, p. 141. Précisément, dans cette espèce, la Cour de cassation admet l'action en réparation, intentée par un demandeur français et fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, à l'encontre de deux sociétés étrangères.

personnelle des associés et des organes pour les dettes de la société ». Il ne s'agit pas ici précisément pour nous d'envisager la responsabilité « *pour les dettes* » de la société au sens de la responsabilité illimitée, néanmoins dans une lecture téléologique, **il est probable que le règlement ait voulu exclure les cas de responsabilité de l'associé pour ses actes sociétaires**, précisément pour éviter de prendre parti sur le débat que nous allons envisager maintenant.

Hors de tout *instrumentum* communautaire applicable, il convient de se tourner vers le droit international privé commun interne. Commençons par qualifier la situation : l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil rentre *a priori* dans la catégorie « action délictuelle », soumise à la ***lex loci delicti***, la loi du lieu de commission du dommage.

Cependant, ici surgit l'obstacle : il est aussi possible de considérer que l'action visant l'associé contrôlant est relative au fonctionnement et à l'organisation sociétaire de la filiale, répondant *ipso facto* à la ***lex societatis***.

Il n'existe pas de jurisprudence sur la question, et la doctrine, bien que tendant à favoriser la *lex societatis*³⁴³, reste prudente³⁴⁴. Cette dernière hypothèse conduirait certes à l'application de la loi française si la filiale était française ; néanmoins **il suffirait que l'activité soit exercée en France par le biais d'une société domiciliée à l'étranger** (ce qui est permis, si ce n'est encouragé, par la liberté d'établissement dans l'espace européen³⁴⁵) **pour que la loi française n'ait plus de raison de s'appliquer au titre de la *lex societatis***. Ainsi, envisageons rapidement l'autre alternative, c'est-à-dire la qualification d'action en responsabilité délictuelle ordinaire.

Précisément, dans notre hypothèse, **nous ne cherchons pas l'application d'une disposition de droit des sociétés relative aux devoirs et obligations des associés**, ni à déterminer l'étendue du principe de responsabilité limitée (bien que ce concept intervienne indéniablement dans la réflexion). Nous visons simplement à rendre la société mère responsable, comme tout un chacun, de son fait personnel. Par conséquent, il n'est pas interdit d'envisager que cette action ne soit qu'une action en responsabilité civile délictuelle de droit commun.

Depuis un arrêt *Lautour* de 1948³⁴⁶, la loi applicable à l'action délictuelle est « *la loi du lieu où le dommage a été commis* », ou la *lex loci delicti*. Dans notre situation, il ne fait guère de doute que le dommage direct soit la liquidation de la filiale, ou à tout le moins ses difficultés et son impossibilité de payer. Plus globalement, selon nous, le lieu de survenance du dommage est celui où la filiale litigieuse est domiciliée, à savoir la France dans notre hypothèse. Ainsi, le juge français saisi pourrait appliquer la loi française à l'action en responsabilité délictuelle visant une société mère étrangère³⁴⁷.

Une autre possibilité pour appliquer la loi française pourrait être de considérer qu'elle est sur ce point une **loi de police**, ou règle d'application immédiate, nécessitant d'être appliquée préférentiellement à une loi étrangère, notamment car le droit à réparation est en France une exigence constitutionnelle³⁴⁸. Notons que le raisonnement serait le même si l'on considérait qu'est contraire à **l'ordre public international français** la loi étrangère interdisant à un demandeur français d'obtenir

³⁴³ MENJUCQ M., *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Lextenso, 2011.

³⁴⁴ Sur ce point, voir LOUSSOUARN Y. et M. TROCHU, Fasc. 570-40 : *Conflits de lois en droit des sociétés*, J-Cl. Dr. Int, pt 228 et suiv.

³⁴⁵ La CJUE veille scrupuleusement au respect de ce point, se faisant le fer de lance du libre établissement en Union européenne. Voir part. CJUE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97 ; CJUE, 5 nov. 2002, *Überseering*, C-208/00 ; CJUE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, C-167/01.

³⁴⁶ Civ., 25 mai 1948, *Lautour*. Voir ANCEL B. et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, *op. cit.*

³⁴⁷ Si nous optons pour la qualification d'« action délictuelle », il serait alors finalement possible d'appliquer le règlement Rome II (que nous avons exclu au début de notre raisonnement) ; cela dit la règle de conflit de lois étant la même (art. 4 du règlement), la solution serait similaire.

³⁴⁸ Conseil const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, pt 70.

réparation. Cela dit, rappelons qu'il n'existe à notre connaissance aucune jurisprudence en ce sens ; l'application de la loi française à cette action est donc pour le moins incertaine.

La situation serait-elle différente si la filiale faisait l'objet d'une **procédure collective** ?

B. Le conflit entre *lex societatis* et *lex fori concursus*

À la question précédente, les auteurs ont tendance à répondre par la négative³⁴⁹. Pourtant, un très récent arrêt de la CJUE semble changer cette donne³⁵⁰. Cet arrêt vise un cas assez particulier et ouvre une voie peu assurée, cependant elle mérite d'être présentée. Dans cette affaire, une liquidation est ouverte en Allemagne contre une société galloise, cette dernière ayant le centre de ses intérêts principaux dans sa succursale allemande. On le sait, une succursale n'a pas de personnalité morale, et la loi qui lui est applicable (au titre de la *lex societatis*) est, selon le droit gallois, celle du lieu où la société est incorporée, immatriculée (à Cardiff en l'espèce).

En revanche, lorsqu'est ouverte une procédure collective, la loi applicable est la *lex concursus*, la loi du lieu d'ouverture de ladite procédure, en vertu de l'article 4 du règlement Insolvabilité (art. 4 du règlement de 2000, art. 7 de sa refonte de 2015).

Se basant sur cette disposition, le liquidateur met en œuvre une disposition du droit allemand prévoyant la responsabilité du dirigeant qui n'a pas déposé le bilan dès la survenance de la cessation des paiements. En d'autres termes, il recherche sur le fondement du droit allemand la responsabilité du dirigeant de la société galloise.

Pourtant, au nom du principe de libre-établissement protégé par les articles 49 et 54 du TFUE, les rapports internes des sociétés créées dans un État membre, mais exerçant leur activité principale dans un autre État membre, relèvent, dans le cadre de la liberté d'établissement, du droit des sociétés de l'État de constitution (le Pays de Galles)³⁵¹.

Il y a donc une opposition entre la *lex societatis* et la *lex fori concursus* ; laquelle doit l'emporter ?

La CJUE admet qu'une telle action puisse relever de la loi applicable à la procédure collective (et donc déroger à la *lex societatis*), notamment car relèvent de celle-ci « *premièrement, les conditions préalables pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, deuxièmement, les règles qui désignent les personnes qui ont l'obligation de demander l'ouverture de cette procédure et, troisièmement, les conséquences d'une violation de cette obligation* ». Ainsi, les dispositions de la loi allemande « *ayant pour effet, en substance, de sanctionner un manquement à l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, [elles] doivent être considérées, également sous cet angle, comme relevant du champ d'application de l'article 4 du règlement n° 1346/2000* »³⁵².

On le voit, ce cas est assez particulier et étroit, néanmoins si l'on prend du recul il semble indiquer que la CJUE admet un changement dans l'équilibre entre la *lex societatis* et la *lex concursus*, et qu'ainsi est envisageable l'application de la loi française de la filiale, dans le cas d'une action en responsabilité civile délictuelle intentée à l'encontre d'une société mère étrangère pour des fautes liées à l'ouverture tardive d'une procédure collective (un soutien abusif par exemple, ayant repoussé artificiellement la cessation des paiements).

³⁴⁹ « *La responsabilité des contrôleurs touche à l'organisation sociétaire. La procédure collective ne changerait rien. L'action [en responsabilité] étant étrangère [à la procédure collective], la loi française ne pourrait s'appliquer en tant que lex concursus* », in PELLETIER N., *La responsabilité au sein des groupes de sociétés...*, op. cit, pt 409.

³⁵⁰ CJUE, 10 déc. 2015, *Simona Kornhaas*, C-594/14

³⁵¹ Voir part. CJUE, 5 nov. 2002, *Überseering*, C-208/00 ; CJUE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, C-167/01, préc.

³⁵² CJUE, 10 déc. 2015, *Simona Kornhaas*, C-594/14, préc., motifs 19 et 20.

Chapitre 3. La prescription applicable à l'action

Le chapitre 1^{er} nous l'a bien montré, l'action en responsabilité délictuelle va souvent entrer en concurrence avec l'action en comblement de passif. Or, au niveau de la prescription, l'une est-elle plus avantageuse que l'autre ? Il est de surcroît intéressant de comparer ces deux régimes, applicables (entre autres) à l'associé, aux règles de responsabilité propres aux dirigeants.

Responsabilité des dirigeants. La règle retenue est la même pour les SA et les SARL³⁵³ : ces actions en responsabilité « se prescrivent par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation ».

Action en insuffisance d'actif. Aux termes du troisième alinéa de l'article L651-2 du Code de commerce, « l'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire » ; si la durée est la même, le point de départ diffère donc de celui retenu précédemment (le fait dommageable dans un cas, le jugement d'ouverture dans l'autre). La Cour de cassation considère de manière constante que l'action en insuffisance d'actif est autonome de la responsabilité de droit commun des dirigeants (d'où la règle du non-cumul pré-évoquée), elle n'en est pas qu'un complément. Par conséquent, la prescription d'une « faute dans la gestion » au sens du livre II du Code de commerce n'entraîne pas la prescription de la même « faute de gestion » sur le terrain de l'action en comblement de passif de l'article L651-2 du Code de commerce.

C'est la règle très récemment retenue par la Cour de cassation³⁵⁴, qui a pu en déduire que peu importait la date de réalisation des fautes : peut être déclaré responsable un dirigeant ayant quitté la société 11 ans avant sa liquidation, tant que l'action est exercée dans les trois ans à compter de celle-ci³⁵⁵.

Concrètement, les fautes des dirigeants de fait et de droit sont, sur le terrain de l'insuffisance d'actif, quasiment imprescriptibles, ce qui est d'une grande sévérité. La solution de la Cour de cassation nous paraît conforme à la lettre de la loi, néanmoins elle se base sur, nous l'avons dit, l'autonomie de l'action en comblement de passif par rapport au droit commun. Or, un auteur fait valoir que cette analyse est biaisée à la base : ces deux actions ont une même nature indemnitaire, et un même objet. L'action de l'article L652-1 ne serait qu'une application particulière de l'action en responsabilité commune contre les dirigeants³⁵⁶.

Action en responsabilité délictuelle. L'action est soumise au délai du droit commun, à savoir la prescription quinquennale posée par l'article 2224 du Code civil. Celle-ci ne commence à courir qu'à partir « du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Que recouvre cette expression ?

Avant la loi de 2008, la prescription applicable à l'action en responsabilité délictuelle courait à compter du jour « de la manifestation du dommage » (ex-article 2270-1 du Code civil), disposition qui elle-même entérinait la jurisprudence antérieure³⁵⁷. Il est plus que probable que la solution soit toujours d'actualité, et que le point de départ de la prescription ne puisse pas courir avant **la réalisation du préjudice** (et donc qu'il ne puisse pas démarrer **au jour de la faute**, comme c'est le cas dans le régime dérogatoire appliqué à la responsabilité des dirigeants, voir *supra*).

³⁵³ Voir respectivement les articles L225-254 et L223-23 du Code de commerce. En revanche, faute de texte spécial pour les sociétés civiles, il convient probablement d'appliquer le droit commun.

³⁵⁴ Des juges du fond étaient auparavant allés dans le même sens. Voir LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, pt 921.41.

³⁵⁵ Com., 8 avr. 2015, n°13-28512, publié ; D. 2015, p. 862, A. LIENHARD ; *Rev. sociétés* 2015, p. 406, L. C. HENRY ; D. 2015, p. 1970, F.-X. LUCAS

³⁵⁶ LUCAS F.-X., « Chronique de droit des entreprises en difficulté, voir III.B), Com, 8 avr. 2015 », *op. cit.*

³⁵⁷ VINEY G., *Traité de droit civil - Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008.

Cela serait au demeurant parfaitement logique : avant le dommage, quand bien même le fait générateur est intervenu, l'action en responsabilité n'existe pas, car aucune créance de réparation n'a pu naître. Or, selon l'adage, *Contra non valentem agere non currit prescriptio*, c'est-à-dire que l'on ne peut faire courir le délai de prescription contre une personne qui n'est pas en mesure d'exercer l'action.

Concrètement, le jour de réalisation du dommage, pour les créanciers de la filiale, doit sans doute être le moment où elle fait défaut et se retrouve incapable de payer ses dettes : la simple faute (ex : la sous-capitalisation) ne cause pas encore nécessairement de préjudice au créancier, et ne justifierait pas son action. Evidemment, une casuistique pourra être faite, mais sur le principe il n'en reste pas moins que l'action pourra englober tous les faits antérieurs à ce défaut, quand bien même ladite faute invoquée sera intervenue plus de 5 années auparavant.

En d'autres termes, les fautes de la société mère sont là aussi **quasiment imprescriptibles**, la prescription quinquennale ne commençant à courir à leur encontre qu'à compter du jour où le dommage (le défaut de la filiale) s'est réalisé.

Ainsi, **la prescription applicable à l'action délictuelle est encore moins avantageuse pour la société mère que celle de l'action en insuffisance d'actif** : dans les deux cas, les fautes antérieures au défaut sont proches de l'imprescriptibilité, mais dans le premier cas la prescription est de 5 ans, contre 3 dans le second.

Toutefois, notons que si la prescription ne fait obstacle à la recevabilité de l'action invoquant des fautes très anciennes, la difficulté pèsera alors sur la démonstration du lien de causalité entre celles-ci et le défaut postérieur.

Cumul de la qualité d'associé et de dirigeant social. Nous l'avons dit, le régime applicable aux dirigeants exclut le droit commun de la responsabilité, ce qui conduit à leur appliquer nécessairement une prescription triennale et non quinquennale³⁵⁸. Un associé, lorsqu'il est dirigeant, peut-il donc se prévaloir de cette qualité pour exclure l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil ? La question est en pratique primordiale, particulièrement au regard des différences de prescription (le régime spécial du livre II du Code de commerce étant à cet égard beaucoup plus favorable, comme nous venons de le voir).

La question ne semble pas encore avoir été posée à la Cour de cassation, mais elle l'a été à la Cour d'appel de Paris, qui a à cette occasion retenu une solution qui nous paraît être la plus juste. Elle retient un critère que nous qualifierons d'« organique » : l'action n'était pas intentée contre l'administrateur *ès* qualité, mais contre cette même personne (morale) prise en tant qu'associée. Les fautes invoquées n'étaient pas des fautes dans la gestion (auquel cas il aurait effectivement fallu faire application de l'article L225-251 du Code de commerce), par conséquent l'action était recevable sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, impliquant une prescription quinquennale et non triennale³⁵⁹.

CONCLUSION de la partie. Ces deux premières parties nous ont montré que les sociétés mères, personnes morales distinctes de leurs filiales, ne pouvaient être obligées à leurs dettes qu'en vertu d'une faute, quelle qu'elle soit. Mais précisément, cette étude illustre le caractère assez désordonné et en tous cas pléthorique des différents fondements existants. Pourtant, la responsabilité des sociétés de tête est un enjeu actuel majeur, qui gagnerait à être simplifié, donc prévisible pour les groupes et lisible pour les tiers. En effet, « *l'irresponsabilité à la tête des groupes se nourrit de l'imprévisibilité du droit positif. [Ainsi, pour certains, il] faut sortir d'un régime d'exception mal défini pour entrer dans l'ère d'un principe de responsabilité du fait d'autrui épousant l'activité des groupes* »³⁶⁰. Que penser d'un tel principe ?

³⁵⁸ Civ. 1^e, 9 fév. 2012, n°09-69594, préc.

³⁵⁹ CA Paris, 14 avr. 2015, *Aff. Nouvelles Frontières*, n°14/02820 ; Numéro Lexbase : A3825RKU, préc.

³⁶⁰ GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés* 2009, p. 715.

Partie III – Le difficile dépassement de la faute comme fondement de l’obligation de la société mère

S’est beaucoup posée dans les dernières années la question de la possibilité d’un principe général de responsabilité de la mère du fait de ses filiales. Explicitons ce propos : nous avons précédemment vu des cas où la société mère était obligée aux dettes de sa filiale car celles-ci lui étaient imputables, ladite mère ayant commis une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil. Envisager un principe de responsabilité du fait d’autrui signifie admettre que la filiale ait commis une faute, dont répondrait sa mère, indépendamment de tout fait illicite ou anormal de la part de cette dernière (ou au moins en cas de simple manquement à une obligation de surveillance).

Les propositions doctrinales sur la question sont variées, et prennent différentes formes (responsabilité de plein droit, présomption simple de faute, utilisation des textes existants ou modifications législatives,...). Quoi qu’il en soit, l’idée sous-jacente est commune : **la mère ne devrait pas pouvoir se cacher derrière l’écran de la personnalité morale pour faire supporter aux créanciers le poids d’une défaillance de sa filiale, alors même qu’elle l’a contrôlée et a tiré profit de celle-ci durant toute son existence**. Au demeurant, cela ne dénaturerait pas l’essence de la responsabilité du fait d’autrui (**Titre I**).

Pour autant, la mise en place d’un tel principe, et surtout sa généralité, font débat, spécialement pour des motifs économiques. En revanche, l’idée que le principe d’autonomie de la personnalité morale et l’exigence d’une faute de la société mère devraient céder devant certains principes supérieurs déterminés progresse, sous l’impulsion d’une doctrine renouvelée ; à tel point que le législateur n’y reste pas insensible (**Titre II**).

Titre I/ L'opportunité discutée d'une responsabilité générale du fait d'autrui

Dommages contractuels et/ou délictuels ? Un point technique se doit d'être abordé à titre liminaire. Envisager la responsabilité de la mère du fait de sa filiale implique donc une situation où le demandeur, victime d'un dommage, n'est pas contractuellement lié à la mère (sans quoi elle répondrait de son propre manquement contractuel, naturellement). Selon la *summa divisio* classique, la responsabilité de la mère serait alors délictuelle.

Pour autant, il est probable que le demandeur soit lié contractuellement à la filiale (les salariés, les fournisseurs, les banquiers,...). Ainsi, une action contre la filiale serait fondée sur l'article 1147 du Code civil, siège de la responsabilité contractuelle. Mais le doute est le suivant : la mère, atraite sur le terrain délictuel, devrait-elle répondre de toutes les dettes de sa filiale, ou des seules dettes délictuelles³⁶¹ ? En d'autres termes, **peut-on délictuellement répondre du manquement contractuel d'autrui ?**

La question est moins simple qu'il n'y paraît, car elle ne se pose en pratique pas réellement pour les autres régimes de responsabilité³⁶². Par ailleurs, la configuration de l'arrêt d'assemblée plénière *Boot Shop* de 2006³⁶³ était différente : la Cour y a admis que l'on pouvait délictuellement répondre auprès d'un tiers de son propre manquement contractuel.

Ainsi, la possibilité de rechercher la responsabilité délictuelle de la mère pour un manquement contractuel de sa filiale n'a rien d'évident. Néanmoins, la loi ne l'interdisant pas formellement³⁶⁴, nous envisagerons un principe général de responsabilité de la mère pour tous les manquements de sa filiale. Nous ré-aborderons ce point plus loin, notamment car des auteurs proposent une analyse différente³⁶⁵.

Un tel principe général de responsabilité de la société mère du fait de sa filiale a beau être une « *hérésie juridique* »³⁶⁶ aux yeux de certains, cela nous semble pourtant justifiable au regard tant des fondements que des objectifs de la responsabilité civile (**Chapitre 1**).

Une doctrine inventive propose différents fondements pour dégager un tel principe général (**Chapitre 2**), bien que pour le moment la loi comme la jurisprudence s'y refusent (**Chapitre 3**).

³⁶¹ La possibilité d'être délictuellement responsable des dommages délictuels d'autrui est classique : c'est ce que l'on retrouve dans la responsabilité des parents, des instituteurs et des commettants, notamment.

³⁶² Un parent ne peut être tenu des dommages contractuels de son enfant, celui ne pouvant normalement pas contracter (art. 1124 du Code civil). Le préposé, quant à lui, est souvent un salarié, or il est rare qu'un salarié signe un contrat avec un partenaire sans que son employeur n'y soit partie. Par conséquent, rechercher la responsabilité délictuelle d'un parent/commettant pour manquement contractuel d'un enfant/préposé n'est pas fréquent.

³⁶³ A.P., 6 oct. 2006, n°05-13255, *Boot Shop*, Bull. A. P., n°9, p. 23, préc.

³⁶⁴ L'effet relatif des conventions peut sembler s'y opposer, mais l'intérêt d'un tel principe général de responsabilité du fait d'autrui vise précisément à imputer à la mère tous les manquements de sa filiale, quelle que soit leur nature, justifiant une entorse à cet article 1165 du Code civil.

³⁶⁵ Voir *infra*, p. 85.

³⁶⁶ GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés* 2009, p. 715, citation pt 3.

Chapitre 1^{er}. Un principe justifié par l'essence de la responsabilité civile

En effet, il n'heurterait ni les fondements (I) ni les objectifs de la responsabilité civile (II).

I/ L'autorité : fondement de la responsabilité pour autrui, adaptée à la société mère

Le débat a agité la doctrine au siècle dernier : **quel est le fondement de la responsabilité civile ?**

A. La faute

Historiquement, la doctrine a penché pour la **faute**³⁶⁷ : le seul débiteur d'une obligation de réparation serait celui qui a commis un acte anormal, ou illicite. Pourtant, assez vite se sont développés les responsabilités du fait d'autrui, ainsi que des régimes spéciaux, dans lesquels l'exigence de faute était considérablement allégée (nous en donnons des exemples dans notre B.). Or, « dès lors qu'on s'accorde à reconnaître que la faute n'est plus bien souvent une condition de la responsabilité civile, il faut se résoudre à admettre qu'elle n'est plus apte à lui servir de fondement »³⁶⁸.

B. Le risque

Alors s'est développée la **théorie du risque**. Celle-ci repose sur une idée simple : « chaque fois qu'une personne, par son activité, crée un risque pour autrui, elle doit répondre de ses conséquences dommageables »³⁶⁹. Ainsi, par faveur pour les victimes, de subjective, la responsabilité deviendrait objective, indépendante de la faute. Cette théorie invite à distinguer le **risque-profit** (celui qui tire profit d'une activité doit en assumer les risques, et notamment le risque de réparation) et le **risque-danger** (ou risque créé, ou risque anormal ; celui qui crée un danger doit en assumer les conséquences).

Si cette théorie explique effectivement certains régimes actuels³⁷⁰, pourrait-elle fonder une responsabilité de la mère du fait de ses filiales ? Un auteur considère que le risque-profit demeure pertinent en la matière, car « s'il est de bonne politique pour une entreprise d'externaliser ses risques afin de maximiser ses profits, cette logique est-elle toujours conforme à l'intérêt général lorsque les risques générés ont des conséquences sur la santé ou l'environnement ? »³⁷¹.

Ainsi, la théorie du risque ne s'opposerait pas forcément à l'admission d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui. Néanmoins, la majorité des auteurs considèrent que cette théorie ne peut être le fondement général de la responsabilité, sous peine de décourager tout risque et donc toute activité humaine³⁷².

Il semble donc qu'il faille distinguer responsabilité du fait personnel et responsabilité du fait d'autrui (à laquelle sera assimilée la responsabilité du fait des choses). Si la faute, dans la responsabilité personnelle, reste indépassable, une nouvelle théorie paraît pouvoir servir de fondement général à la responsabilité du fait d'autrui.

³⁶⁷ Parmi tous les ouvrages proposant une synthèse de ce débat, nous citerons le limpide manuel de P. BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., LexisNexis, 2014.

³⁶⁸ BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., pt 152.

³⁶⁹ AYNES L., P. MALAURIE, et P. STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, pt 65.

³⁷⁰ ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Les théories du risque en droit civil », *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 125. Pour cet auteur, le risque-profit pourrait expliquer l'actuel régime de responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, par exemple.

³⁷¹ *Ibid*, p. 136.

³⁷² Ex : TERRÉ F., P. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Les Obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013.

C. L'autorité

En effet, se rencontre de plus en plus l'idée selon laquelle une personne peut être tenue du fait d'autrui en vertu de « l'autorité » qu'elle a sur elle : « *dès lors que ce comportement défectueux [un acte illicite ou anormal] s'est manifesté dans la **sphère d'autorité** de l'agent, celui-ci doit en répondre, indépendamment du point de savoir [...] s'il a lui-même commis une faute* »³⁷³. D'éminents auteurs considèrent aussi que « *le risque autorité pourrait donc être le fait générateur commun des différentes hypothèses de responsabilité du fait d'autrui* », ajoutant : « *Qu'est-ce qu'un pouvoir sans responsabilité ou une responsabilité sans pouvoir ?* »³⁷⁴. La responsabilité ne serait donc pas le fruit d'une faute (du responsable pour autrui), mais découlerait de la relation d'autorité elle-même, et de l'exercice de ce pouvoir.

Assez largement, le principe retenu par la jurisprudence semble aujourd'hui être le suivant : **une personne doit avoir commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Si c'est le cas**³⁷⁵, **la responsabilité d'un tiers, ayant autorité sur elle, pourra être recherchée, sans faute de sa part.**

Société mère. La théorie de l'autorité est-elle adaptée à l'appréhension de la relation mère fille ? Un auteur le soutient, pour qui « *toutes les responsabilités bâties sur l'article 1384 du Code civil consistent à faire assumer par une personne les agissements d'une autre personne placée sous sa garde ou son contrôle. La future responsabilité des sociétés mères ne serait ni plus ni moins que l'application de ce modèle théorique* »³⁷⁶.

Ainsi, tant au regard du profit tiré par la mère que de l'autorité qu'elle possède sur sa filiale, envisager la possibilité d'un principe général de responsabilité de la première du fait de la seconde n'est pas contraire aux grands principes gouvernant la matière, et pourrait même y trouver une place cohérente. Les objectifs du régime fondé sur l'article 1384 du Code civil iraient aussi dans ce sens.

II/ Les objectifs de la responsabilité civile : la protection des victimes

Au-delà du débat sur la nécessité d'une faute ou non, il est certain qu'historiquement l'institution d'un principe général de responsabilité civile visait à maintenir l'ordre social plus qu'à punir un coupable. Par exemple, les articles 1382 et 1383 du Code civil mettent toutes les fautes au même plan : **qu'elle soit lourde, simple, ou même de « négligence » et « d'imprudence »** (aux termes du second de ces textes), **elle oblige dans tous les cas à réparation intégrale.** Ainsi, malgré sa référence à la faute, le régime initial de responsabilité civile avait déjà une **fonction indemnitaire, protégeant la victime.**

De surcroît, au niveau de la responsabilité du fait d'autrui, « *la tendance actuelle [est la suivante] : ne réserver l'immunité qu'à la personne la plus vulnérable et la moins solvable* »³⁷⁷, comme nous l'illustrerons dans notre chapitre suivant.

Cette impératif de vocation indemnitaire serait battu en brèche si le poids de la défaillance d'une filiale était supporté par des victimes, empêchées de se tourner vers la société mère solvable, qui a pendant tout ce temps tiré profit de la filiale (et a même pu bénéficier de ces dommages, qu'elle ne réparera pas).

Ce faisant, le droit, normalement au service de la justice, serait « *complaisant envers les grandes puissances économiques (faible avec les forts !)* »³⁷⁸.

³⁷³ BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit, pt 169.

³⁷⁴ AYNES L., P. MALAURIE, et P. STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, op. cit, pt 69.

³⁷⁵ Le principe connaît évidemment des exceptions : la faute de l'enfant n'a pas être caractérisée pour engager la responsabilité des parents (voir *infra*).

³⁷⁶ GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité des sociétés mères... », op. cit, citation pt 21.

³⁷⁷ *Ibid.*, pt 3.

³⁷⁸ *Ibid.*, pt 18.

Chapitre 2. De nombreux régimes juridiques envisageables

Ce principe pourrait soit être tiré des notions déjà existantes en droit positif (I), soit résulter d'analyses nouvelles (II).

I/ L'utilisation des régimes existants :

l'accueillante souplesse de l'article 1384 du Code civil

(R)évolutions. La responsabilité civile, et particulièrement la responsabilité du fait d'autrui, est probablement l'un des champs les plus emblématiques de la création et de l'inventivité prétorienne. L'histoire est bien connue : alors que les rédacteurs du Code avaient conçu l'alinéa premier³⁷⁹ comme une simple formule déclaratoire introduisant des régimes particuliers, la Cour de cassation en a tiré des conclusions bien plus étendues.

Concernant la **garde des choses**, tout d'abord : par de fameux arrêts *Teffaine*³⁸⁰ et surtout *Jand'heur*³⁸¹, un principe général de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde a été reconnu.

Le principe général de **responsabilité du fait d'autrui** a lui aussi récemment été dégagé, par un non-moins célèbre arrêt *Blieck*³⁸². Concrètement, il ne s'agit pas réellement d'un principe général, mais plutôt de la possibilité que s'est reconnue la Cour de dégager, au cas par cas, des applications de ce principe hors de celles exposées aux alinéas suivant de l'article 1384 du Code civil.

Cette souplesse manifeste des régimes de responsabilité, justifiée par le fondement indemnitaire de l'article 1384 du Code civil (voir notre Chapitre 1), permet d'envisager l'arrimage de la responsabilité de la mère du fait de ses filiales à une situation déjà reconnue en droit positif. Mais laquelle ?

Nous envisagerons successivement la responsabilité du fait des choses (A), celle des parents pour leurs enfants (B), celle des commettants du fait de leur préposé (C) puis enfin le régime plus général de l'article 1384, alinéa premier (D).

A. Responsabilité du fait des choses

Régime. Cette responsabilité, fondée sur l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, est plus aisée à démontrer que la responsabilité du fait personnel, ce qui explique que dans tous les cas où les deux régimes pourraient s'appliquer, les demandeurs préfèrent invoquer la première³⁸³. En effet, selon l'arrêt *Jand'heur* précité, la faute du gardien (le défaut de surveillance) n'a pas été démontrée, celui-ci ne pouvant s'exonérer qu'en démontrant la cause étrangère, le cas fortuit ou la force majeure, mais non sa simple absence de faute (ce qui équivaut donc à une **présomption irréfragable de faute**). Ensuite, doit être démontré le fait causal de la chose, mais la jurisprudence admet en la matière de nombreuses présomptions³⁸⁴.

³⁷⁹ Disposant que l' « on est responsable seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde »

³⁸⁰ Civ., 16 juin 1896, *Teffaine*

³⁸¹ Civ., 13 févr. 1930, *Jand'heur*

³⁸² A.P., 26 mars 1991, n°89-15231, *Blieck*, Bull. A.P., n°1

³⁸³ Par exemple, celui qui se blesse en percutant des baies vitrées chez autrui a plus intérêt à invoquer la garde de la chose que la faute personnelle du propriétaire des fenêtres.

³⁸⁴ BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit, pt 389 et suiv.

Société mère. Appliqué à notre cas, cette responsabilité serait-elle à même de fonder l'obligation de la mère aux dettes de sa filiale ? Certains auteurs le défendent³⁸⁵, probablement confortés par le fait que la jurisprudence a une approche pour le moins extensive de la « chose » dont l'on peut être responsable³⁸⁶.

Pour autant, cette conception nous paraît bancal. La jurisprudence a développé de nombreux concepts propres aux choses (est-elle animée, en mouvement ? dans une position anormale ?) qui ne s'appliquent que mal à une filiale.

B. Responsabilité des parents du fait de leurs enfants

Régime. Celui-ci, fondé sur le quatrième alinéa de l'article 1384 du Code civil³⁸⁷ est très sévère envers les parents. Elle est encourue **de plein droit** : aucune faute n'est exigée de leur part, et seules la force majeure ou la faute de la victime leur permettent d'y échapper³⁸⁸ (là encore, cela équivaut à une présomption irréfragable de faute). De surcroît, et c'est à noter, la faute de l'enfant n'est pas exigée non plus³⁸⁹, dans une optique de faveur pour les victimes : quasiment comme une **garantie légale**.

Société mère. Précisément de par son régime extrême, cette solution doit être écartée. Là encore, des concepts propres (solidarité clanique primitive, dépendance totale -pas seulement économique- de l'enfant à ses parents) qui viennent au renfort de ce régime particulier, ne trouvent pas raisonnablement lieu de s'appliquer aux relations mères et filiales. Et tenir la mère sans faute aucune, même de sa filiale, revient à la traiter plus durement que ladite filiale qui, sans être exonérée, serait soumise à l'exigence d'une faute sur le fondement de l'article 1382³⁹⁰.

C. Responsabilité du commettant du fait de son préposé

Régime. Envisagée par le cinquième alinéa de l'article 1384 du Code civil, si cette situation a en commun avec les deux précédentes d'être encourue **de plein droit** (sans faute du commettant, celle-ci étant irréfragablement présumée³⁹¹), elle s'en distingue toutefois sur d'autres aspects. Tout d'abord, la faute du préposé est toujours exigée³⁹². Surtout, ce dernier bénéficie d'une **immunité** : la Cour a, par un important arrêt *Costedoat*, déclaré que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »³⁹³.

³⁸⁵ CHAIGNEAU A. et S. VERNAC, « Propriété, responsabilité et personnes morales », in *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilité sociales*, Collège des Bernardins, 2012, pt 23.

³⁸⁶ Par ex., un terrain qui glisse, un ascenseur, des déchets, de l'électricité, des ondes, une allumette,... Voir JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile*, 9^e éd., Dalloz, 2014.

³⁸⁷ « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'**autorité** parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. »

³⁸⁸ Civ. 2^e, 19 févr. 1997, *Bertrand*, n°94-21111, Bull. Civ. II, n°56, p. 32 ; alors même que l'al. 7 de l'art. 1384 du Code civil permet normalement aux parents de renverser la présomption de faute qui pèse sur eux.

³⁸⁹ Civ. 2^e, 10 mai 2001, *Levert*, n°99-11287, Bull. Civ. II, n°96, p. 64

³⁹⁰ Civ. 2^e, 11 sept. 2014, n°13-16897, Bull. Civ. II, n°185 : la condamnation des parents sur le fondement de l'article 1384 ne fait pas obstacle à la condamnation personnelle de l'enfant, conformément à l'art. 1382

³⁹¹ Ce qui, outre la jurisprudence, ressort *a contrario* du texte lui-même, celui-ci ne laissant pas aux commettants la possibilité de démontrer l'absence de faute, comme il fait pourtant en son alinéa 7 pour les parents (ce que la Cour n'autorise pourtant plus, cf supra, arrêt *Bertrand*). Le commettant ne peut s'exonérer qu'en démontrant que son préposé a agi « hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions » : A.P., 19 mai 1988, n° 87-82654, Bull. A.P., n°5, p. 7

³⁹² BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit, pt 450 et suiv.

³⁹³ A.P., 25 févr. 2000, *Costedoat*, n°97-17378, Bull. Civ. A.P., n°2

Société mère. Ce régime, envisagé par certains auteurs³⁹⁴, trouve assez peu à s'appliquer à notre situation : s'il nous paraît souhaitable que la faute de la filiale préposée soit exigée pour engager la responsabilité de la mère commettante, aucune raison ne justifie d'exonérer la filiale.

Il est piquant de constater que si nous nous interrogeons sur la possibilité de traiter la filiale comme un préposé de la mère, la Cour de cassation est précisément aux antipodes : par la quasi-immunité dont elle fait bénéficier l'associé depuis un arrêt du 18 février 2014, elle tend à considérer celui-ci comme un préposé de la société.

D. Principe général de responsabilité du fait d'autrui

Principes. Après avoir tiré de l'alinéa 1^{er} de l'article 1384 un principe général de responsabilité du fait des choses, la jurisprudence a récidivé pour le fait d'autrui. Précisément, elle a considéré que cette disposition posait un principe, et que les alinéas suivants (responsabilité des parents, des commettants, des artisans, des instituteurs) ne faisaient que l'illustrer, sans en constituer un liste limitative. Néanmoins, il ressort de la pratique jurisprudentielle que la solution n'a pas la portée de l'arrêt *Jand'heur* : l'arrêt *Blieck*³⁹⁵ ne crée pas de principe général, mais ouvre à la Cour de cassation la possibilité de dégager, au cas par cas, de nouvelles situations de responsabilité du fait d'autrui.

Elle l'a fait dans deux séries d'hypothèses : lorsqu'une personne a « *accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie* » d'autrui (la relation d'autorité est ici « *justifiée par l'état de la personne contrôlée* »³⁹⁶, la jurisprudence appliquant ce cas aux handicapés³⁹⁷ et aux mineurs placés par décision judiciaire³⁹⁸) ; et lorsqu'une association a « *pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de [ses] membres* »³⁹⁹ (ce qui a trouvé application pour les associations sportives, de majorettes, de supporters et de scouts, mais a été refusé pour les syndicats et les associations de chasseurs).

Si ces deux facettes sont différentes, observons qu'elles peuvent pour autant être réunies par le fondement unique de l'**autorité** détenue sur autrui (voir *supra*), ce qui renforce sa cohérence.

Régime. Tout l'intérêt pour la Cour de cassation de créer un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui réside dans la possibilité de dégager une **responsabilité de plein droit**, c'est-à-dire n'exigeant aucune faute de la personne responsable d'autrui⁴⁰⁰. Elle a par la suite précisé que cette dernière ne pourrait même pas s'exonérer en démontrant l'absence de faute (ce qui revient à poser une présomption irréfragable de faute), conformément à l'évolution de tous les cas de responsabilité du fait d'autrui et des choses. En revanche, est maintenue l'exigence de faute de la personne dont l'on est responsable⁴⁰¹.

Société mère. Peut-on raisonnablement comparer une filiale à un mineur, ou à une personne handicapée placée dans un centre ? Non, il paraît par suite peu sérieux de considérer que la société mère « organise et contrôle le **mode de vie** » de sa filiale.

En revanche, la mère organise, dirige et contrôle-t-elle l'**activité** de sa filiale ? La réponse n'est pas évidente. Le principe d'autonomie de la personnalité morale tendrait vers la négative, mais une appréciation concrète des groupes de société et de leur logique plaiderait pour l'affirmative. Ainsi,

³⁹⁴ CESARO J.-F., « Le coemploi, phénomène de paramnésie juridique », *JCP S*, n°7, Fév. 2013, p. 1081, pt 9.

³⁹⁵ A.P., 26 mars 1991, n°89-15231, *Blieck*, Bull. A.P., n°1, préc.

³⁹⁶ VINEY G., P. JOURDAIN, et S. CARVAL, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013.

³⁹⁷ A.P., 26 mars 1991, n°89-15231, *Blieck*, Bull. A.P., n°1, préc.

³⁹⁸ Crim., 10 oct. 1996, n°95-84186, Bull. Crim., n°357, p. 1054

³⁹⁹ Ex : A.P., 29 juin 2007, n°06-18141, Bull. A.P., n°7

⁴⁰⁰ Si la Cour exigeait la démonstration d'une faute du responsable pour autrui, « *le recours à l'article 1384, alinéa 1^{er}, n'aurait aucun sens* », VINEY G. et al., *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., pt. 789-10.

⁴⁰¹ A.P., 29 juin 2007, n°06-18141, Bull. A.P., n°7, préc.

une doctrine respectée avance que la jurisprudence *Blieck* « permet de créer des hypothèses de responsabilité pour autrui [...] fondées sur l'idée d'association à l'activité d'autrui et de profit tiré de cette activité ». Elle évoque ainsi l'élargissement à « de nombreuses formes de collaboration économique qui, à défaut de créer un véritable rapport de subordination juridique, ne sont pas assimilées actuellement à des relations de prépositions », citant les relations mères-filiales⁴⁰².

Dans son sens, nous pourrions remarquer qu'il serait difficile de soutenir qu'une association de rugbymen a plus de contrôle sur ses membres qu'une société mère n'en a sur ses filiales.

A retenir cette hypothèse, la mère serait de plein droit responsable des fautes de sa filiale.

Accueil jurisprudentiel. Ce cas n'a jamais été admis en sa généralité. Pourtant, un auteur recense des cas où les tribunaux ont admis qu'une entreprise réponde du fait de son partenaire, car il a soit « la maîtrise du cadre de son activité », soit « la maîtrise contractuelle du contenu de son activité », soit enfin « la maîtrise organique du partenaire lui-même »⁴⁰³.

Il apparaît donc que la jurisprudence n'est pas par principe réticente à considérer que, du fait de son association à l'activité d'autrui, et du profit qu'elle en a retiré, une société réponde de cet « autrui ». Pour autant, cet auteur reste clair : « une poignée d'exceptions ne fait pas un principe. Une longue liste ne le ferait pas non plus ». Mais il note⁴⁰⁴, à très juste titre, que « l'actuelle série d'exceptions habitue cependant les esprits à l'idée ».

BILAN. Quel que soit le régime que l'on choisisse, la tendance actuelle de la jurisprudence ferait que la société mère serait tenue de plein droit, c'est-à-dire sans faute de sa part. Cette idée, qui peut paraître très audacieuse, ne heurterait pour autant pas, selon nous, les principes et les fondements du droit de la responsabilité civile.

Est-ce à dire qu'aucun obstacle ne s'oppose à l'admission d'un tel principe général de responsabilité du fait d'autrui ? Non, loin de là. Au niveau juridique, ce débat révèle des **frictions entre, d'une part, le droit de la responsabilité civile et, d'autre part, le droit des sociétés (principe d'autonomie de la personnalité morale en tête)**. De surcroît, les inconvénients économiques sont réels, expliquant que les projets doctrinaux n'aient pas réellement connu de consécration.

II/ Le développement des projets doctrinaux

Au début des années 2000, le développement des groupes de sociétés ainsi que l'accroissement des cas de défaut de filiale pourtant adossées à des sociétés mères florissantes a conduit à un renouvellement de l'analyse des liens intra-groupes. Différents projets se sont développés, tendant tous à **rapprocher la réalité économique incarnée par le groupe de son appréhension juridique**, notamment pour harmoniser « le droit français de la responsabilité d'autres législations qui permettent de mettre en cause la responsabilité d'une société mère pour les agissements de sa filiale »⁴⁰⁵. Quand certains ont voulu abandonner l'exigence de faute de la mère (A), d'autres ont préféré la maintenir, quoiqu'en l'allégeant (B). Nous pourrions conclure par une rapide synthèse personnelle (C).

⁴⁰² VINEY G., P. JOURDAIN, et al., *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, op. cit., pt 789-13.

⁴⁰³ STOFFEL-MUNCK P., « Les partenaires comme causes de la responsabilité de l'entreprise », *L'entreprise face aux évolutions de la responsabilité civile (dir. N. FERRIER et A. PELISSIER)*, Economica, 2012, p. 43.

⁴⁰⁴ À vrai dire, P. STOFFEL-MUNCK le déplore. Il reste très attaché au principe d'autonomie des personnes morales.

⁴⁰⁵ Propos de P. BRUN, in SENAT, *Rapport d'information n°558 - Groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, 2009, p. 64.

A. L'avant-projet Catala, ou l'abandon de la faute

Aux termes des articles 1355 et 1360 du projet⁴⁰⁶, la société mère encoure une responsabilité « *de plein droit* » pour les dommages causés par les filiales dont elle « *contrôle l'activité économique ou patrimoniale* »⁴⁰⁷.

L'idée de faute s'efface ici complètement. L'« état de dépendance » de la filiale et le « contrôle » de la mère seraient alors ici les critères objectifs de l'obligation de la seconde aux dettes de la première. N'est pas exigée une faute de la mère, cette dernière n'ayant de surcroît aucune possibilité d'exonération. On retrouve donc précisément la même situation que précédemment, lorsque l'on envisageait l'obligation de la mère aux dettes de sa filiale fondée sur le principe général de responsabilité du fait d'autrui issu de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil. Quoiqu'une différence puisse demeurer : si le droit positif exige une faute de la personne dont l'activité est contrôlée –ici la filiale– (voir sur la question le début cette partie III), le projet se contente d'un « *fait dommageable* », ce qui est moins clair.

Mme Viney précise que cette disposition « *serait extrêmement utile pour ajuster le droit de la responsabilité aux transformations qui ont affecté les structures économiques [...] Il permettrait en effet de faire peser une part des responsabilités encourues à la suite des dommages causés à l'occasion des activités économiques sur les véritables décideurs, ce qui serait à la fois plus juste vis à vis des professionnels en situation de dépendance et plus protecteur des victimes* »⁴⁰⁸.

Réactions. La proposition de l'avant-projet Catala a reçu des réactions majoritairement négatives⁴⁰⁹, que ce soit des associations patronales, du groupe de travail de la Cour de cassation (celui-ci étant particulièrement critique, et concluant par un lapidaire « *En l'état, la mesure apparaît inopportune* ») ou des rapporteurs de la Commission des lois⁴¹⁰. Les critiques sont d'ordre juridique (méconnaissance du principe de personnalité morale, imprécision du critère du « *contrôle* ») et surtout économiques : **les risques de délocalisation de holdings et de sociétés têtes de groupes** sont réels.

En effet, il est probable que la solution soit par trop extrême. Nous avons évoqué en introduction le poids économique des groupes ; si cela n'est pas une raison pour leur abandonner la rédaction de la loi, ce poids doit être pris en compte. Au-delà de la simple question de l'attractivité du droit français, c'est de maintien et de création d'**emplois** dont il s'agit.

B. Le rapport Terré : le contrôle de la filiale justifiant un allègement de la faute

Fait personnel. Notons dès maintenant que nous traitons par cohérence ce projet dans notre partie relative à la responsabilité du fait d'autrui (pour permettre d'avoir un panorama des différentes visions sur le sujet), bien que cette disposition soit sans aucun doute relative à la responsabilité du

⁴⁰⁶ L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription est le fruit d'un groupe d'éminents civilistes (parmi lesquels nous pourrions citer MM. Aynès, Brun, Cornu, Delebecque, Jourdain, Leveneur,... ou encore Mmes Rochfeld ou Viney) emmené par Pierre Catala. A l'issue de 30 mois de réflexion, ils ont remis au ministre de la Justice leur rapport, en 2005, pour préparer une éventuelle modernisation du Code civil.

⁴⁰⁷ L'art. 1360, al. 2nd dispose qu'« *est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales* »

⁴⁰⁸ CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription - Rapport au ministre de la Justice*, La documentation française, 2006, p. 167.

⁴⁰⁹ *Contra*, GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *op. cit.*, pt 18 : « *[malgré ses insuffisances], la légitimité du texte nous paraît incontestable* ».

⁴¹⁰ SENAT, *Rapport d'information n°558...*, *op. cit.*, part. les pages 65 et 66, qui reprend toutes ces critiques.

fait personnel de la mère. En effet, au sein du plan de ce rapport, elle se situe au sein du paragraphe « *De la faute* », et non de celui intitulé « *De l'imputation du dommage causé par autrui* ».

L'article 7, al. 2nd du projet prévoit ainsi que : « *Une société ne répond du dommage causé par la société qu'elle contrôle ou sur laquelle elle exerce une influence notable que si, par une participation à un organe de cette société, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle a contribué de manière significative à la réalisation du dommage* ».

Le texte adopte donc expressément l'exigence d'une **faute** de la mère. En cela, ajoute-t-il au droit ?

Abaissement du seuil de la faute. L'un des grands mérites du texte est d'admettre que la société mère, en ce qu'elle a le contrôle (voir *infra*) de sa filiale, possède des devoirs particuliers à son égard, différents de ceux d'un simple actionnaire. Le projet allège alors considérablement le seuil de la faute exigée. Ainsi, l'abstention dans la gestion est considérée comme une faute. Cela revient bien à admettre que la société mère a un droit de regard dans la gestion (ce qui invite à s'interroger sur la compatibilité entre cette solution et le fait de sanctionner l'immixtion), voire même un devoir.

Équilibre. Ce texte nous paraît très raisonnable. Tout en abaissant les exigences de faute, il marque nettement son opposition à une responsabilité de plein droit, exigeant au niveau de la causalité que la faute ait « *contribué de manière significative* » au dommage. Cela permettrait indéniablement au juge d'écartier cette responsabilité dans de nombreux cas, tout en sanctionnant les plus graves. Cette recherche du compromis est assumée par les auteurs, qui expliquent que « *la proposition tend à appliquer la théorie du risque-profit, mais en la restreignant par l'exigence d'une faute* »⁴¹¹.

Contrôle. Selon le texte lui-même, un tel devoir de surveillance serait lié au critère du contrôle : c'est lui qui fonde ces obligations pesant sur la mère. Cela fait écho à la théorie de l'autorité, qui fonderait la responsabilité du fait d'autrui.

Jurisprudence. Une telle vision se retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence récente. Ainsi, la chambre commerciale a en 2012, soit juste après la publication du rapport Terré, retenu la responsabilité d'un associé majoritaire de deux sociétés au motif que « *ces actes [litigieux] n'ont pu être effectués par ces sociétés qu'avec le consentement de M. Y [l'associé majoritaire], [or] le fait pour ce dernier de consentir à ces actes accomplis par des sociétés dont il avait le contrôle est susceptible d'engager sa responsabilité* »⁴¹². On le voit, c'est l'état de domination de l'associé majoritaire qui devrait, selon la Cour de cassation, lui conférer des prérogatives particulières, notamment de **surveillance**. Ainsi, le simple consentement à un acte serait une faute suffisante, dans le cadre d'un groupe. L'arrêt *Sofarec* du 8 juillet 2014⁴¹³ allait dans le même sens, la chambre sociale approuvant la Cour d'appel d'avoir retenu que le « *défaut de mise à disposition [par la mère] des possibilités de redressement [auprès de sa filiale] relève d'une abstention fautive* ».

Cette influence sur les magistrats apparaît encore plus frontalement à la lecture du **rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur le projet Terré**. En effet, ce qui a d'ailleurs été trop peu relevé par la doctrine, ce groupe pointe du doigt les imprécisions du texte (notamment l'« *influence notable* ») et son caractère trop limitatif pour le juge. Ils proposent alors de remplacer la disposition en question par la suivante : « *Une personne morale répond du dommage causé par une autre personne morale sur laquelle elle exerce un contrôle de droit ou de fait* »⁴¹⁴. L'idée de faute disparaît totalement : la Cour de cassation elle-même propose l'introduction d'un principe de responsabilité de plein droit de la société mère contrôlant sa filiale ! La position tranche nettement avec le rapport de 2005, écartant sèchement le principe voisin proposé par l'avant-projet Catala (voir *supra*).

⁴¹¹ MESAÏ-BAHRI S. et M. ROUSSILLE, « La responsabilité pour faute des personnes morales », *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, sous la direction de F. TERRÉ*, Dalloz, 2011, p. 119 (p. 121).

⁴¹² Com., 2 oct. 2012, n°11-18460 ; *Dr. sociétés*, n°2, Fév. 2013, comm. 34, J.-P. LEGROS

⁴¹³ Soc., 8 juil. 2014, n°13-15470 et n°13-15573 (2 arrêts), et CA Pau, 7 février 2013, préc.

⁴¹⁴ COUR DE CASSATION, *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur le projet TERRÉ*, Fév. 2012. Disponible sur le site de la Cour de cassation. Voir spéc. p. 6, et développements p. 35 et suiv.

Quel contrôle ? Le projet Catala évoquait le contrôle, mais était très flou sur ce point. Autant, inspiré comme il l'était d'une responsabilité pour autrui objective fondée sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, il semblait pouvoir osciller entre le contrôle au sens des arrêts *Blieck* et suivants (« organiser, diriger et contrôler l'activité d'autrui »), et un contrôle plus capitalistique, au sens du droit des sociétés.

Les rédacteurs du projet Terré, eux, paraissent préférer le contrôle au sens de l'article L233-16 du Code de commerce⁴¹⁵, notion simple⁴¹⁶ et souple qui fait référence à l'« *influence dominante* » (à comparer avec l'« *influence notable* » évoquée par le projet).

Cohérence avec l'exigence de faute séparable ? De prime abord, on voit mal comment, à moins d'une schizophrénie jurisprudentielle, concilier cet allègement de la faute (et son influence au sein de la Cour de cassation) avec l'arrêt du 18 février 2014, longuement pré-évoqué, qui transpose à l'associé l'exigence d'une faute détachable (« *une faute intentionnelle d'une particulière gravité...* ») nécessaire pour engager sa responsabilité.

Cela dit, bien que rien dans l'attendu de la Cour ne permette d'aller dans ce sens, il n'est pas interdit de proposer une voie intermédiaire, qui permettrait de réintroduire la cohérence perdue : l'exigence de faute détachable pourrait se limiter au seul associé pris dans sa dimension et ses fonctions traditionnelles, tandis que l'action visant la société mère, placée dans une situation différente précisément à raison de son contrôle, pourrait s'affranchir de cet obstacle.

Le projet Terré retient le critère du contrôle. Or, nous l'avons évoqué, celui-ci est flou, donc potentiellement imparfait. Il est bien souvent capitalistique, certes, mais attention à ne pas lier trop rapidement contrôle et responsabilité. Il nous semble qu'il peut exister entre les deux une étape à réaliser, ce que propose un auteur, dans une thèse remarquable.

C. Synthèse

Selon nous, les propositions basées sur la faute ont le défaut de ne pas ajouter énormément au droit commun, qui permet actuellement d'imputer à la mère les dettes de sa filiale lorsqu'elle a commis une faute personnelle, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (voir notre partie 2, sur le sujet). En revanche, les hypothèses fondées sur l'article 1384 du Code civil présentent le défaut d'irréfragablement présumer fautive la mère (ce qui revient donc à supprimer l'exigence de faute), étant en cela peut-être excessives. Une application plus fine de la théorie de l'autorité n'interdit pas que soit exigée une faute de celui qui est tenu pour autrui, mais celle-ci doit être facilitée, sans quoi le recours à cette théorie perd tout intérêt.

Il convient d'acter que **la mère contrôlante bénéficie d'un statut particulier** : elle tire un profit de la filiale, est en mesure d'influer voire de diriger tous ses actes. Par conséquent, il nous apparaît qu'un bon compromis pourrait être rétabli par l'instauration d'une **obligation de surveillance ou de diligence** pesant sur la mère, simple conséquence de l'autorité qu'elle exerce sur sa filiale, et de l'opacité de cette relation aux yeux des tiers. Ceux-ci verraient la charge de leur preuve allégée : ils n'auraient plus besoin de tenter de percer l'organisation du groupe pour caractériser une immixtion ou une gestion fautives. En effet, la participation à la gestion étant présumée, par le biais de cette obligation de surveillance, le tiers n'aurait plus qu'à démontrer son **caractère fautif**, pouvant par exemple découler d'une abstention. Cette **obligation** ne serait que de **moyens**.

Toutes les sociétés mères ? Le critère formel faisant naître cette obligation de surveillance à la charge de la mère pourrait être le contrôle par cette dernière de la filiale. Seulement, cette solution

⁴¹⁵ MESAÏ-BAHRI S. et M. ROUSSILLE, in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, op cit., citation p. 123. Néanmoins le texte lui-même reste muet, ce qui laisserait une option au juge. Cet article L233-16 du Code de commerce a trait aux obligations de consolidation des comptes.

⁴¹⁶ Du moins plus que l'article L233-3 du Code de commerce qui, en vue d'appréhender le plus de situations possibles, pose des critères par trop évolutifs, et donc peu porteurs de sécurité juridique.

présente le risque de faire peser cette obligation sur les simples *holding* à visée patrimoniale, avec des conséquences économiques et des risques de délocalisation.

Cette obligation devrait-elle alors ne peser que sur les sociétés contrôlant **effectivement** leurs filiales ? Cette solution nous paraît excessivement complexe et porteuse de flou juridique⁴¹⁷, sans compter qu'elle risque surtout d'inciter les mères à se désintéresser de leurs filiales, pour se ménager la preuve d'une absence de contrôle, et donc échapper à cette obligation de surveillance (et donc rester, bon gré mal gré, dans la situation actuelle).

Nous soutenons donc la mise en place d'un critère clair, simple et lisible (par exemple l'article L233-16 du Code de commerce), permettant de distinguer les cas dans lesquels l'obligation de surveillance pèsera sur une société ou non, quitte à y inclure les *holding*. De surcroît, considérant que l'abstention relative à ce devoir serait sanctionnée, il y aurait un **effet incitatif** pour les mères à se préoccuper de leurs filiales.

Distinction des dommages ? Faut-il exclure les créanciers contractuels de cette action contre la mère ? Cela nous paraît inopportun⁴¹⁸, car le risque serait d'interdire aux salariés, cocontractants de la filiale, d'intenter cette action. Or, l'expérience contentieuse montre qu'ils en sont bien souvent à la source. De plus, un argument économique va dans le même sens : les AGS et les indemnités chômage étant collectivisées, il est plus légitime de transférer ce coût sur les épaules de la mère lorsqu'elle n'a pas spontanément accompagné la liquidation.

Présomption simple de faute de la mère ? Cette idée est encore plus osée, peut-être trop, mais non-inenvisageable pour autant⁴¹⁹ : la faute de la filiale présumerait le défaut de surveillance de la mère (nous pourrions alors parler d'obligations de moyens renforcée). Par conséquent, la charge de la preuve se verrait pour le créancier allégée, mais la société mère conserverait parfaitement la possibilité de la renverser, comme le prévoit la lettre de l'article 1384, alinéa 7 du Code civil, en ce qui concerne les parents et les artisans⁴²⁰. Cette proposition est par ailleurs parfaitement conforme à ce que nous avons soutenus concernant l'action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil (voir *supra*, p. 55). Néanmoins, peut-être serait-ce aller trop vite que de mettre en place en l'état une telle présomption.

Le sens de l'Histoire ? Si cette présomption de faute peut sembler juridiquement trop peu assurée, et économiquement audacieuse, faire au moins peser une obligation de surveillance sur le chef des sociétés mères (sans présumer de manquement) nous paraît être indispensable. Au vu de tous les appels doctrinaux et de la sensibilité d'une partie de la Cour de cassation à cette idée, nous ne doutons pas que cette direction sera empruntée à moyen terme. Comme le dit cette maxime attribuée à Victor Hugo : « *rien n'arrête une idée dont le temps est venu* ».

⁴¹⁷ Pour autant, notons qu'une partie de la doctrine propose des idées pour distinguer les groupes intégrés des simples organisations patrimoniales : voir par ex. GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité des sociétés mères... », *op. cit.*, pt 26 ; PELLETIER N., *La responsabilité au sein des groupes de sociétés...*, *op. cit.*

⁴¹⁸ *Contra*, qui y sont favorables : GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité... », *op. cit.*, pt 23 ; PELLETIER N., *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, Préface de F.-X. LUCAS, Th. Paris I, LGDJ, 2013, pt 411 (cet auteur propose donc de distinguer le régime applicable à la société mère selon que les dommages soient délictuels ou contractuels. En effet, pour les seconds, il considère que la limitation des risques, inhérente à la qualité-même de l'associé société mère et résultant de la loi, serait « *conçue telle une clause limitative de responsabilité* » (pt 425) vis-à-vis des cocontractants de la filiale. Ainsi, cette clause serait efficace la plupart du temps, protégeant l'actionnaire en cas de dommages contractuels ; elle ne devrait céder, en vertu du droit commun, qu'en cas de faute dolosive ou lourde de la mère).

⁴¹⁹ Rappr. FAGES B., « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui... », *RDC*, n°1, Janv. 2007, p. 115.

⁴²⁰ « *La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité* »

Chapitre 3. Un refus par la loi comme la jurisprudence

Le refus législatif d'un principe général de responsabilité sans faute de la mère pour les faits de sa filiale ne nous paraît pas devoir être longuement développé : la loi est muette sur la question, ce qui paradoxalement est des plus parlants. En effet, les propositions doctrinales pré-évoquées n'ont pas attiré l'attention du législateur. De surcroît, **l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, présenté par le ministre de la Justice le 29 avril 2016, reste muet sur la question**⁴²¹.

Par ailleurs, la réforme de 2008 sur le **droit de l'environnement** constitue un exemple particulièrement emblématique de refus par le législateur de créer une responsabilité de plein droit des sociétés mères du fait de leurs filiales⁴²².

Quant à la jurisprudence, nous avons au long de ce mémoire présenté à plusieurs reprises le principe d'autonomie de la personnalité morale, et l'attachement que lui manifeste la jurisprudence. Il existe pourtant un domaine où ce principe est sérieusement mis à mal : il s'agit du **droit de la concurrence**.

En effet, depuis le début des années 1970, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, ex-CJCE) admet qu'un comportement de la filiale, caractéristique d'une pratique anticoncurrentielle, puisse être imputé à la société mère⁴²³. Cela sera le cas lorsque la « *filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché* »⁴²⁴, c'est-à-dire que la mère peut influencer sa filiale et le fait concrètement⁴²⁵. Cette preuve résulte d'un faisceau d'indices, parmi lesquels les liens capitalistiques, économiques,... entre les sociétés⁴²⁶.

Néanmoins, par pragmatisme, **la CJUE fait peser sur la mère une présomption d'imputabilité du fait de la filiale, lorsqu'elle en détient la totalité ou quasi-totalité du capital**⁴²⁷. Ainsi, le contrôle exercé par la mère lui confère des prérogatives et des pouvoirs particuliers, et justifie qu'il soit fait abstraction du principe d'autonomie de la personnalité morale.

Pour autant, cette présomption n'est que simple, et lorsque les sociétés avancent des arguments en vue de la renverser, la Commission est tenue d'y répondre⁴²⁸.

Des auteurs se sont attachés à démontrer que d'une part, cette tendance n'a nullement « *contaminé* » les autres branches du droit, et d'autre part, que même au sein du droit de la concurrence « *la mise en jeu de la responsabilité d'une société mère ressort de l'exception* ». Par conséquent, « *loin d'affaiblir le principe d'autonomie de la personne morale, les dérogations délimitées par la jurisprudence lui assurent au contraire un bel avenir* »⁴²⁹.

⁴²¹ Le texte est disponible sur le site du Ministère de la Justice. À noter qu'en l'état, il constitue un recul par rapport à la jurisprudence actuelle : référence exclusive à la « *faute* », et non plus à « *tout fait quelconque de l'homme* » ; liste expressément limitative (et limitée) de cas de responsabilité du fait d'autrui (excluant par exemple la responsabilité des associations sportives). Certes, il crée un « **devoir général de diligence** », mais le faire peser sur les sociétés mères vis-à-vis de leurs filiales relève d'une interprétation extensive et incertaine.

⁴²² Voir *infra*, p. 89

⁴²³ CJCE, 14 juil. 1972, *Aff. ICI*, C-48/69, pt 11 ; CJCE 21 févr. 1973, *Aff. Continental Can*, C-6/72, pt 15

⁴²⁴ CJCE 21 févr. 1973, préc. ; récemment CJUE, 10 avr. 2014, *Aff. Areva*, C-247/11, pt 30

⁴²⁵ CJCE, 25 oct. 1983, *Aff. AEG Telefunken*, C-107/82, pt 50

⁴²⁶ CJCE, 10 sept. 2009, *Aff. Akzo Nobel*, C97/08 : évoque « *l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent cette filiale à la société mère, lesquels peuvent varier selon les cas et ne sauraient donc faire l'objet d'une énumération exhaustive* » (pt 74)

⁴²⁷ CJCE, 25 oct. 1983, *AEG Telefunken*, préc. ; récemment CJCE, 10 sept. 2009, *Aff. Akzo Nobel*, préc., pt 63.

⁴²⁸ CJUE, 29 sept. 2011, *Aff. Elf Aquitaine*, C-520/09 P : « *la Commission est [...] – sous peine de rendre cette présomption, dans les faits, irréfragable – tenue d'exposer de manière adéquate [...] les raisons pour lesquelles les éléments de fait et de droit invoqués n'ont pas suffi à renverser ladite présomption* » (pt 153)

⁴²⁹ D'ALÈS T. et L. TERDJMAN, « *L'écran sociétaire, rempart face à la mise en cause d'une société mère du fait de sa filiale* », *JCP E*, Nov. 2014, n° 47, p. 1584.

Titre II/ Des dérogations sectorielles au principe d'autonomie justifiées par un intérêt supérieur ?

Admettre que la société mère soit, sans aucune faute de sa part, tenue de toutes les dettes délictuelles de sa filiale, peut sembler économiquement peu adapté. Admettre même un simple allègement de la faute, si cela nous apparaît inévitable, ne fait pas l'unanimité non plus.

Néanmoins, le paiement de certaines créances ne répond-il pas à des impératifs ? Celles-ci ne sont-elles pas à ce point importantes pour leur titulaire que ledit paiement doit être assuré, même au prix d'une entorse au principe d'autonomie de la personnalité morale ?

Une partie de la doctrine le soutient, considérant que « *l'affirmation du principe d'autonomie juridique n'impose pas qu'il ne puisse jamais y être dérogé au nom de principes supérieurs* »⁴³⁰.

L'idée est simple de loin, mais en fait loin d'être simple. Si le principe selon lequel un intérêt supérieur peut justifier qu'une société mère soit obligée aux dettes de ses filiales sans faute (ou en cas de faute allégée, ou présumée) est recevable, quel peut être ce fameux intérêt ?

Nous envisagerons ici deux principes supérieurs, susceptibles de justifier que la société mère soit obligée aux dettes de sa filiale malgré son indépendance : les atteintes à l'environnement et aux droits de l'homme (**Chapitre 1**) ainsi que la protection de l'emploi, ce que semble admettre la loi dite Macron (**Chapitre 2**).

Chapitre 1^{er}. La protection de l'environnement et des droits de l'Homme

Le législateur, alors qu'il en avait l'occasion, a refusé de lever franchement le voile social en cas d'atteinte par la filiale à l'environnement (A). Toutefois, le retour insistant sur le devant de la scène de propositions de loi tendant à instaurer un « devoir de vigilance » à la charge des sociétés mères et une doctrine renouvelée nous poussent à rouvrir ce débat (B).

I/ Le droit de l'environnement, un rendez-vous manqué

Ambitions. A la suite du Grenelle de l'Environnement, en 2007, les autorités françaises se montraient ambitieuses. Ainsi, le Président de la République d'alors avait pu déclarer : « *Il n'est pas admissible qu'une maison-mère ne soit pas tenue pour responsable des atteintes portées à l'environnement par ses filiales. Il n'est pas acceptable que le principe de la responsabilité limitée devienne un prétexte à une irresponsabilité illimitée* »⁴³¹.

Dans cette lignée, la loi dite « Grenelle I » prévoyait en 2009 que « *La France proposera l'introduction au niveau communautaire du principe de la reconnaissance de la responsabilité des sociétés mères à l'égard de leurs filiales en cas d'atteinte grave à l'environnement et elle soutiendra cette orientation au niveau international* »⁴³². Comment ces principes ont-ils été retranscrits dans la loi ?

Déceptions. La loi dite « Grenelle II »⁴³³ a légiféré sur le sujet, cependant les espoirs créés par les prises de position antérieures ont pour le moins été déçus⁴³⁴. Cette loi introduit un article L512-17 du

⁴³⁰ HANNOUN C., « Proposition pour un devoir de vigilance des sociétés mères », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 381 (citation p. 382). Explicitement dans le même sens, voir GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *op. cit.*, pt 4.

⁴³¹ Discours de Nicolas Sarkozy, le 25 octobre 2007, pour la restitution des conclusions du Grenelle

⁴³² Art. 53 de la loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement

⁴³³ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement

Code de l'environnement, qui prévoit que lorsqu'une filiale est en liquidation, la responsabilité de la mère (y compris par filiales interposées, selon l'alinéa 2) peut être recherchée en cas de « *faute caractérisée [ayant] contribué à une insuffisance d'actif* », et le cas échéant sera mis à sa charge « *tout ou partie du financement des mesures de remises en état du ou des sites en fin d'activité* ».

Cette disposition a évidemment de quoi décevoir, à plusieurs titres. Principalement, loin de constituer un nouvel outil, **elle paraît n'être qu'un cas d'application de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif** (voir *supra*, p. 23), mais en plus restrictif. Deux éléments sont toutefois plus favorables : l'action peut être intentée par le préfet (en plus du liquidateur et du ministère public), et la qualité de dirigeant de fait de la société mère n'a pas à être démontrée. Cependant, d'un autre côté, ne peut être mis à la charge de la mère, sur le fondement de l'article L512-17 du Code de l'environnement, que le passif environnemental ; tandis que l'article L651-2 du Code de commerce vise tout ou partie de « *l'insuffisance d'actif* ». Surtout, cette action est conditionnée à la démonstration d'une « *faute caractérisée* » (contre une simple « *faute de gestion* » pour le régime général du Code de commerce).

Que faut-il envisager derrière cette expression ? Le gouvernement a considéré au cours de travaux parlementaires que « *la **faute caractérisée** est à mi-chemin entre la faute simple et la faute intentionnelle : elle peut être non-intentionnelle, mais la gravité des risques auxquels elle expose ne peut être ignorée par l'auteur* »⁴³⁵. Ce qui est gagné par la dispense de la preuve d'une direction de fait est perdu sur le terrain de la faute caractérisée. Loin d'être une avancée, ce texte peut même être considéré comme une régression, par rapport au droit commun de la responsabilité pour insuffisance d'actif de l'article L651-2 du Code de commerce. Comme l'a lui-même reconnu le gouvernement, qui a réintroduit par voie d'amendement le terme « *caractérisée* » pourtant supprimé par la Commission paritaire mixte, « *l'objectif de cet ajout est de ne retenir **que les cas les plus graves*** ».

Au vu de tous ces éléments, il paraîtrait grandement exagéré de parler de levée du voile social ou d'entorse au principe de l'autonomie de la personnalité morale en droit de l'environnement ; le législateur a marqué son attachement à ces notions, alors même qu'il disposait d'une excellente occasion pour aller plus loin, sur un sujet bénéficiant d'un large consensus.

II/ Le « devoir de vigilance » des sociétés mères ?

Les droits de l'Homme et les atteintes à la santé peuvent compléter les dommages environnementaux au titre des intérêts supérieurs justifiant la levée du voile social. Evidemment, ce propos ne fait pas nécessairement l'unanimité, mais force est d'admettre que **le respect de la dignité et du bien-être des personnes humaines est un impératif**, qui se doit d'être partagé, au nom de l'humanisme le plus basique, en tous lieux. Or, les groupes de sociétés, bénéficiaires et vecteurs de la mondialisation, présents sur tous les continents, peuvent avoir leur part de responsabilité dans leur promotion.

C'est ainsi qu'un auteur considère que le « *progrès de la conscience universelle [...] impose de plus en plus de percer le voile social des [entreprises transnationales]* », dans la mesure où ces dernières « *n'apparaissent plus seulement comme les bénéficiaires de la protection des droits fondamentaux, mais également comme les acteurs incontournables de leur diffusion et de leur promotion sur tous les territoires* »⁴³⁶.

⁴³⁴ Expliquant sans doute que si la loi Grenelle I a été votée quasiment à l'unanimité, la seconde n'a pas eu le soutien de l'opposition et des associations écologistes. Voir l'article d'Audrey GARRIC, du 12 mai 2010, sur *lemonde.fr* : « Revue de presse : Grenelle 2 voté, adieu unanimité ».

⁴³⁵ TREBULLE F.-G., « Environnement et droit des sociétés », *Dr. sociétés*, Déc. 2010, n°12, Étude 19, p. 11.

⁴³⁶ GHRÉNASSIA C., « La charte et le territoire – libres propos au sujet de la responsabilité des entreprises transnationales dans la protection des droits fondamentaux », *RLDA*, Nov. 2012, n° 76, p. 65.

Concrètement, l'enjeu est le suivant : les sociétés mères occidentales emploient des sous-traitants, souvent des filiales, dans des pays en développement. Une récente affaire a illustré les dérives de ce phénomène : l'effondrement en avril 2013 du Rana Plaza, immeuble au Bangladesh, a causé plus de 1.100 morts, essentiellement des travailleurs travaillant dans la confection, notamment pour de grands groupes européens tels que Mango et Primark. Ceux-ci, prospères, se sont complètement désintéressés des mauvaises conditions dans lesquels travaillaient les victimes. L'impératif de protection est ici particulièrement sensible : il ne s'agit pas d'assurer que les salariés français percevront l'intégralité de leurs indemnités de licenciement, **il s'agit d'éviter le décès et les conditions de travail dégradantes de salariés fragiles et démunis, souvent dans des États en développement**⁴³⁷.

Dans une telle situation, il est rare que la filiale locale soit excessivement solvable, ou en tous cas elle l'est moins que la mère européenne. Le principe d'autonomie de la personnalité morale ne doit-il pas s'effacer dans ce cas pour, dans une optique prophylactique, pousser les mères à s'impliquer dans la surveillance de leurs filiales, où qu'elles soient ; et dans une logique indemnitaire, pour assurer réparation à toutes les victimes, *pour leurs seuls dommages corporels et liés à la santé ?*

Un auteur considère qu'« *on ne peut plus admettre que la maison mère se désintéresse des activités de ses filiales et sous-filiales, ainsi que des entreprises participant à la chaîne de valeur, au prétexte que ce seraient des centres de profit autonomes* »⁴³⁸. Celui-ci fait état d'un consensus qui semble se dégager petit à petit à l'échelle internationale. Ainsi, le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU s'est prononcé en faveur d'un projet de résolution visant à mettre en place un instrument légal contraignant pour les sociétés transnationales. Un autre auteur rapporte les récents travaux de l'OCDE et de la Commission européenne sur la question, qui vont dans le même sens⁴³⁹.

À l'échelle française, la progression de cette idée se concrétise par le dépôt ces dernières années de **quatre propositions de lois**⁴⁴⁰ tendant tous à instaurer un « devoir de vigilance » (*duty of care*) à la charge des sociétés mères. Le dernier projet en date, qui a été rejeté en première lecture par le Sénat, a été **adopté en deuxième lecture par l'Assemblée nationale le 31 mars 2016**, et il se trouve actuellement devant la chambre haute⁴⁴¹. En l'état, ce texte prévoit que les sociétés mères à la tête de groupes de 5.000 personnes en France ou 10.000 dans le monde, doivent établir et mettre en œuvre « *de manière effective* » un « *plan de vigilance [qui] comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits humains et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant des activités de la société et des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie* ». Ce texte, qui intégrerait le Code de commerce, nous paraît pour le moins **équilibré**. En somme, il ferait peser, sur les seules sociétés mères de grands groupes, un devoir de vigilance, mais qui ne concernerait **que les atteintes à l'environnement ou aux droits fondamentaux** (excluant ainsi la plupart des créanciers contractuels des filiales en France, tels que fournisseur non-payés, salariés licenciés,...). Nous avons dit p. 85 tout le bien que nous pensions d'une obligation de surveillance pesant sur les mères, ainsi ce texte nous paraît être un pas satisfaisant.

⁴³⁷ Il en existe de nombreux autres exemples. L'un des plus retentissants fut le scandale Nike lorsque, en 1998, des photos révélèrent que l'entreprise employait des enfants. Voir sur la question : Isabelle de Foucaud, *Le Figaro*, 17 mai 2013, « Malgré des drames et les sandales, l'industrie a la mémoire courte »

⁴³⁸ KESSEDJIAN C., « Entreprises et droits de l'homme - Vers une convention internationale ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 413.

⁴³⁹ HANNOUN C., « Proposition pour un devoir de vigilance des sociétés mères », 2015, *op. cit.*

⁴⁴⁰ Propositions n°1524 et 1519, 6 nov. 2013 ; n°1777, 11 fév. 2014 ; n°2578, 11 fév. 2015

⁴⁴¹ Suivre l'avancement du texte sur <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp14-376.html#timeline-6>

De surcroît, ce projet apparaît plus favorable aux sociétés mères que les moutures antérieures. La proposition précédente, déposée le 11 février 2014, prévoyait expressément d'introduire des **présomptions de faute** de la société mère dans le cadre de son devoir de vigilance, dans le Code de commerce⁴⁴² comme dans le Code civil⁴⁴³. Allant encore plus loin, un auteur commentant ces propositions de loi propose d'introduire dans une telle situation une obligation de **cautionnement légal pesant sur la mère** : elle serait donc responsable des dommages causés par ses filiales sans faute de sa part, l'intérêt supérieur des victimes le réclamant en cas d'atteintes à la santé ou au droit fondamentaux⁴⁴⁴.

Aux termes du texte actuellement devant le Sénat, la **charge de la preuve de la faute dans la vigilance** appartient toujours au demandeur. Pour autant, il reste flou : **l'obligation est-elle de moyens, de moyen renforcée, ou de résultat** ? Le niveau de faute exigée sera alors dans tous ces cas différents, de même que les possibilités d'exonération de la mère. Ainsi, bien que le texte ne pose pas explicitement de présomption (la formule est la suivante : la société « *établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance* »), si la jurisprudence estimait qu'il s'agit là d'une obligation de moyens renforcée, cela signifierait que la seule réalisation d'un dommage démontrerait un manquement dans la vigilance ; par ce biais une présomption serait rétablie. Hélas, la lecture des travaux parlementaires n'apporte à cet égard que peu de réponses⁴⁴⁵. Faire peser sur les sociétés mères une obligation de résultat serait selon nous économiquement trop incertain et nuirait à l'attractivité du droit français.

En ce qui concerne le régime, la proposition prévoit que la société mère pourrait se voir infligée une amende civile par le juge. En outre, il dispose que « *Le non-respect des obligations [d'établissement et de mise en œuvre effective du plan] engage la responsabilité de son auteur dans les conditions fixées aux articles 1382 et 1383 du code civil* ». Conforme au mouvement étudié dans notre seconde partie, le texte prévoit donc de ramener la responsabilité de la mère sur le terrain de la **responsabilité délictuelle** de droit commun. Il s'agit donc par ces dispositions d'inviter les victimes de dommages corporels, sanitaires ou environnementaux, ou les victimes d'atteinte à des droits fondamentaux, à rechercher la responsabilité de la tête de groupe, pour un manquement à son obligation de mettre en œuvre son plan de vigilance.

Conclusion. Ainsi, il semble que l'idée que la société mère ait une responsabilité particulière au regard des atteintes aux droits fondamentaux (santé, intégrité, dignité) et environnementaux commises par ses filiales progresse. Ces intérêts supérieurs justifieraient que soit levé l'écran de la personnalité morale, pour atteindre plus facilement la mère, en faisant peser sur elle un devoir particulier de vigilance (dont l'abstention pourrait être sanctionnée sur le terrain de la responsabilité civile).

⁴⁴² Art. L233-41 du Code de commerce (selon la proposition précédente, de 2014) : « *La responsabilité de l'entreprise, dans les conditions ci-dessus définies, est engagée à moins qu'elle ne prouve qu'elle n'a pu, en dépit de sa vigilance et de ses efforts, prévenir le dommage en faisant cesser son risque ou en empêchant sa réalisation compte tenu du pouvoir et des moyens dont elle disposait* ».

⁴⁴³ Art. 1386-19 du Code de commerce (*ibid.*) : « *Est présumée responsable la personne morale, qui dans le cadre de ses activités, de celles de ses filiales ou de celles de ses sous-traitants, ne démontre pas avoir pris toutes les mesures nécessaires et raisonnablement en son pouvoir en vue de prévenir ou d'empêcher la survenance d'un dommage ou d'un risque certain de dommage notamment sanitaire, environnemental ou constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux et dont elle ne pouvait préalablement ignorer la gravité* ».

⁴⁴⁴ HANNOUN C., « Proposition pour un devoir de vigilance des sociétés mères », *op. cit.*

⁴⁴⁵ La consultation des travaux parlementaires n'apportant à cet égard pas de grands éclaircissements, les députés eux-mêmes étant partagés sur la nature de l'obligation. Voir le rapport de Dominique POTIER (partic. l'avis de M. HOUILLON), sur <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2628.asp>

Chapitre 2. L'article L631-19-2, issu de la loi Macron : la protection de l'emploi

Exposé du problème. En droit français, les associés d'une société à risque limité sont généralement bien traités, en procédure collective. En effet, ils n'ont aucunement l'obligation de soutenir financièrement la société qui éprouve des difficultés⁴⁴⁶ et, nous l'avons vu, hors faute, ils ne sont pas obligés à ses dettes ; ainsi le poids de la faillite reposera sur les créanciers. Est-ce juste que l'associé, qui a profité de la société tout au long de son existence, se défausse par la suite sur les partenaires de celle-ci, qui auront fourni une prestation sans recevoir de contrepartie ?

La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi « Macron », tente de résorber ce paradoxe. Evidemment, il ne s'agit pas de revenir sur le principe de limitation des risques, mais simplement de responsabiliser quelque peu les associés, en leur rappelant que la société n'est pas leur « chose »⁴⁴⁷, et qu'elle peut survivre sans eux.

Choix. Le mécanisme de l'article L631-19-2 du Code de commerce repose sur un choix simple pour l'actionnaire : lorsque sa société est en redressement (et non en sauvegarde), il est probable que son passif soit important⁴⁴⁸, et qu'elle nécessite soit un allègement de la dette, soit un apport de liquidités (voire les deux) pour que la poursuite de son activité soit envisagée. Il peut alors, bien qu'une fois encore ce ne soit pas une obligation, soutenir la société en acceptant de participer à une augmentation de capital. Ce faisant, en « remettant de l'argent au pot », il consent à aider le débiteur à honorer ses dettes : en cela nous pouvons considérer qu'il **s'oblige volontairement aux dettes** de sa filiale (en admettant que l'associé soit une société mère).

En revanche, s'il estime que c'est peine perdue, il a le droit de le refuser. Mais les comités de créanciers peuvent ne pas être d'accord, et croire en un possible « redressement ». Ils peuvent ainsi proposer un plan, incluant une augmentation de capital⁴⁴⁹, à laquelle certains participeraient, et pourraient libérer leur apport par compensation avec leurs créances. Dans un tel cas, les règles du livre VI du Code de commerce ne dérogent pas à celles du livre II : l'AGE est appelée à approuver cette modification des statuts⁴⁵⁰. Par conséquent, une société mère pourrait faire obstacle à l'adoption de ce plan, refusant de voir sa participation diluée (par l'effet mathématique de l'arrivée d'un nouvel actionnaire), alors même qu'elle ne souhaitait pas soutenir sa filiale. **En empêchant cette prise de contrôle, elle empêcherait toute possibilité de sauvetage et de survie de la société.**

Use ou abuse ? Ce faisant, la société mère **use** de son droit de ne pas soutenir sa filiale, et de son droit de librement voter en AGE, en refusant une augmentation de capital. Néanmoins, la Cour de cassation a déjà pu juger que le refus de voter une modification du capital « *nécessaire à la survie de la société* » était caractéristique d'un **abus** du droit de vote⁴⁵¹. Dans ce même arrêt *Flandin*, elle a jugé que dans un tel cas, en sus du prononcé de dommages-intérêts, le juge pouvait nommer un mandataire judiciaire « *aux fins de représenter les associés minoritaires défailants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social* ». Cela suppose un jugement au fond, qui serait en pratique trop long ; c'est pourquoi le législateur s'est inspiré de cette solution, tout en la rendant plus fluide.

⁴⁴⁶ LUCAS F.-X., « Les filiales en difficulté », *LPA*, 4 mai 2001, n°89, p. 66.

⁴⁴⁷ MORTIER R., « L'instrumentalisation de la personnalité morale », *Journées nationales de l'association Henri Capitant*, Dalloz, 2010, p. 31 : la personne morale « *est une créature nécessairement dépendante de personnes physiques, mais elle n'est pas la chose de ses créateurs* ».

⁴⁴⁸ En tout état de cause, il est « *dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* », aux termes de l'article L631-1 du Code de commerce.

⁴⁴⁹ Art. L626-30-2 du Code de commerce : « *Tout créancier membre d'un comité peut également soumettre un projet de plan* »

⁴⁵⁰ Art. L626-3, al. 1^{er} du Code de commerce

⁴⁵¹ Com., 9 mars 1993, *Flandin*, n°91-14685, Bull. Civ. IV, n°101, p. 69

Solutions. Après avoir fait un premier pas dans cette direction avec l'ordonnance du 12 mars 2014⁴⁵², il a présenté sa solution par la loi Macron, à cet article L631-19-2, al. 2, qui cependant ne s'applique qu'aux entreprises d'au moins 150 salariés : le tribunal peut « désigner un mandataire chargé de [...] voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital, à hauteur du montant prévu par le plan ». L'associé subira donc une **dilution forcée**.

Toutefois, ce qui nous intéresse plus, le tribunal peut aussi « ordonner, au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan, la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital par les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital ». Cette cession forcée ressemble alors fort à une **dépossession, voire une expropriation**.

Le moyen de pression visant l'associé est le suivant : **soit il accepte de s'engager volontairement aux côtés de sa filiale, soit il subit une situation qu'il ne désire pas (dilution ou exclusion)**. Il faut distinguer cette situation d'un cas de responsabilité de l'associé : il n'a ici juridiquement commis **aucune faute** justifiant son exclusion, c'est un autre fondement qui justifie son exclusion.

Fondement. Quel peut-il être ? L'arrêt *Flandin* précité justifiait son entorse au libre droit de vote de l'associé par la « survie de la société ». Ici, ce n'est pas seulement la survie de la société qui fonde cette solution.

En effet, nous l'avons dit, la cession forcée des titres s'apparente à une expropriation, qui est plus grave que la simple privation temporaire du droit de vote. Or, si une telle **atteinte au droit de propriété** est possible, c'est à la seule condition d'être justifiée par la « nécessité publique [...] et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »⁴⁵³, ce sur quoi veille le Conseil constitutionnel⁴⁵⁴.

Protection de l'emploi. Concernant la nécessité publique, le législateur a pris de grandes précautions pour éviter la sanction de l'inconstitutionnalité. L'article L631-19-2 n'est applicable qu'aux « entreprise[s]⁴⁵⁵ d'au moins 150 salariés », ou à celles détenant des filiales dont l'effectif global atteint ce niveau. De surcroît, la cessation d'activité de cette entreprise doit être de nature à causer « un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi », condition pour le moins floue et dont l'appréciation sera probablement extensive⁴⁵⁶. Il nous apparaît au vu de ces deux conditions cumulatives que **ce dispositif, attentatoire aux droits des associés, et qui les pousse à soutenir leurs filiales en difficultés, est justifié, plus encore que par l'intérêt de la société, par l'intérêt des salariés et la protection de l'emploi**.

Intérêt de la société. Pour autant, il est indéniable que l'intérêt social trouve sa place dans cette analyse. D'une part, parce que l'intérêt des salariés est grande partie (mais pas en totalité) corrélé à l'intérêt social. Ensuite, outre l'affaire *Flandin* pré-évoquée, les fameux arrêts *Usinor*⁴⁵⁷ et *l'Amy*⁴⁵⁸,

⁴⁵² Art. L631-9-1 du Code de commerce : « Si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués dans les conditions prévues par l'article L. 626-3, l'administrateur a qualité pour demander la désignation d'un mandataire en justice chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter sur la reconstitution du capital, à hauteur du minimum prévu au même article, à la place du ou des associés ou actionnaires opposants lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan », dont le champ d'application se révèle restreint.

⁴⁵³ Art. 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789

⁴⁵⁴ Ex : Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, pt 13

⁴⁵⁵ Le Code vise effectivement les entreprises, et non les seules sociétés.

⁴⁵⁶ Ce texte reprend une condition figurant dans la loi de 1985, dont l'appréciation jurisprudentielle avait pu être, selon certains, laxiste : BLANC G., « Le dispositif de la loi Macron relatif aux entreprises de plus de cent cinquante salariés », *D.* 2015, p. 2460.

⁴⁵⁷ Com., 17 mai 1994, *Usinor*, n°91-21364, Bull. Civ. IV, n°183, p 145 : « l'exclusion de tous ceux des actionnaires qui n'ont pas pris le parti de souscrire à l'augmentation de capital destinée à reconstituer ce capital [... est justifiée, car] la survie de [la société] légitimait la réduction de son capital à 0 ».

rendus dans le cadre d'un coup d'accordéon avec réduction à zéro du capital, montrent aussi que la Cour de cassation peut faire primer l'intérêt social et la survie de la société sur le droit de propriété de l'associé.

Le Conseil constitutionnel est allé dans le même sens : il a estimé que cette disposition ne portait pas « *une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires* », notamment car « *le législateur a entendu encourager la poursuite d'activité des entreprises ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général* »⁴⁵⁹.

Malgré cela, la double-référence à des conditions tenant à l'emploi nous pousse à estimer que c'est la protection des salariés qui explique en réalité cette atteinte.

De surcroît, l'associé serait d'autant moins à même de s'estimer lésé que selon une analyse⁴⁶⁰ complémentaire, mais non contradictoire à celle précédemment développée, son expropriation serait justifiée au regard du droit des sociétés. En effet, la Cour de cassation a admis dans l'affaire *l'Amy* précitée que l'exclusion de l'associé résultant d'une réduction à zéro du capital, lorsque celle-ci est le seul moyen de sauver la société, ne fait que sanctionner sa **contribution aux pertes**, au regard de l'article 1832, alinéa 3^e du Code civil⁴⁶¹.

Protection des associés. Quand bien même le Conseil constitutionnel a estimé que le dispositif était globalement conforme à la Constitution, il heurte indubitablement le droit de propriété de l'associé. C'est pourquoi celui-ci bénéficie de certaines garanties. Tout d'abord, il a droit à une « *juste et préalable indemnité* », à savoir le prix payé par le cessionnaire, qui sera fixé à dire d'expert. Néanmoins toutes les questions ne sont pas résolues : cet expert est-il celui de l'article 1843-4 du Code civil⁴⁶² ? Faute de renvoi express effectué par l'article L631-19-2 du Code de commerce, il est probable que non⁴⁶³. De surcroît, si le texte prévoit que l'estimation sera faite « *à la date la plus proche de la cession* », il reste muet sur la méthode d'évaluation : une société en redressement vaut peu, mais l'expert doit-il prendre en compte son potentiel, et donc évaluer le nouveau projet ?

Ensuite, le juge ne peut ordonner la cession ou la dilution forcée que si elle « *apparaît comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité* ».

Enfin, les petits actionnaires sont protégés : seuls sont concernés « *les associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage* ». De plus, ces petits « *disposent du droit de se retirer de la société et de demander simultanément le rachat de leurs droits sociaux par les cessionnaires* » si le tribunal ordonne la cession des titres de l'un des autres⁴⁶⁴.

⁴⁵⁸ Com., 18 juin 2002, *l'Amy*, n°99-11999, Bull. Civ. IV, n°108, p. 116 : « *l'opération litigieuse avait été décidée [...] afin d'assurer la pérennité de l'entreprise, sans cela condamnée au dépôt de bilan, sans nuire aux actionnaires [...] qui, d'une façon ou d'une autre - réalisation de l'opération ou dépôt de bilan - auraient eu une situation identique, [...] faisant ainsi ressortir que la réduction de capital à zéro ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires* ».

⁴⁵⁹ Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, respectivement pt 145 et 142. De surcroît, le Conseil avait retenu la même solution à propos de l'article L631-19-1 du Code de commerce, qui prévoit l'exclusion des seuls dirigeants (décision n° 2015-486 QPC, 7 oct. 2015, pt 8).

⁴⁶⁰ LUCAS F.-X., « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, Sept. 2015, n°5, p. 317.

⁴⁶¹ Com., 18 juin 2002, *l'Amy*, n°99-11999, préc. : « *la réduction de capital à zéro ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports [ainsi,] cette opération ne constituait pas une expropriation illégale* »

⁴⁶² L'enjeu étant que l'expert de l'article 1843-4 du Code civil « *est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties* », selon la loi. Il n'en va pas forcément de même pour les experts non nommés conformément à cet article.

⁴⁶³ Art. 1843-4 du Code civil : « *Dans les cas où la loi renvoie au présent article...* »

⁴⁶⁴ Cela peut s'analyser soit en droit de retrait, sauf que les titres sont rachetés par un tiers et non remboursés par la société ; soit en clause de *tag along* (ou clause de sortie conjointe).

CONCLUSION

Le droit français, à la différence par exemple du droit allemand, n'a pas fait le choix d'édicter un droit des groupes de sociétés. La pratique actuelle tend à s'organiser autour du principe d'autonomie de la personnalité morale, appliquant aux groupes le droit des sociétés classiques.

Néanmoins, des garde-fous existent : lorsque ce n'est pas le législateur qui reconnaît ponctuellement des obligations spécifiques visant les groupes, c'est la jurisprudence qui sanctionne les cas où la personne morale est abusive. Les fondements possibles sont aussi variés que les sanctions (sanctions pénales, procédure collective subie, responsabilité contractuelle, responsabilité délictuelle,...), devenant quasiment illisibles. Toutefois, tous ces éléments ont globalement un point commun : ils reposent sur une faute, un comportement anormal de la société mère.

Par souci de simplification et de prévisibilité, une certaine doctrine pousse de plus en plus pour un principe général de responsabilité de la société mère du fait de ses filiales, à tout le moins pour certains dommages le justifiant (préjudices écologiques, corporels,...). Si cette approche présente l'intérêt d'appréhender le groupe en tant que réalité économique, elle repose sur une fiction juridique qui apparaît trop clairement : elle lie la responsabilité au contrôle, indépendamment de toute idée de faute. Elle instaure une sorte de garantie légale pesant sur les mères ; ces dernières ne sont alors plus que des *deep pocket*, destinées à verser de l'argent à toutes les victimes de leurs filiales.

Nous pourrions certes objecter que c'est là le principe pour les parents et les commettants. Néanmoins, les parents auront vocation dans un tel cas à faire jouer leur assurance de responsabilité civile ; les commettants sont aussi assurés, et de surcroît le montant des dommages causé par un préposé ne peut être comparé à celui créé par une filiale (elle-même composée d'une multitude de préposés salariés). L'enjeu économique est réel : il ne peut être question de fragiliser l'ensemble des groupes, pourvoyeurs d'impôts et d'emplois.

À l'inverse, une filiale ne peut être un instrument à la discrétion d'une société mère, utilisable pour se défaire de toutes ses activités risquées, et évitant par là-même de faire face à des créanciers. L'argument économique ressurgit ici, insupportable : une société mère crée une filiale, en profite par le biais de dividendes (elle profite de tout le profit de la filiale, peu important qu'il soit issu d'un préjudice causé à autrui ou à l'environnement), mais se défait au détriment des créanciers de celle-ci en cas de procédure collective. Ce sont eux, voire la collectivité, qui supportent le coût d'une faillite que n'a pas su empêcher, voire a encouragé, la société faitière détentrice d'un contrôle et d'une faculté de supervision.

Pour y remédier, la jurisprudence la plus récente semble emprunter les voies de la responsabilité civile délictuelle. Par sa grande plasticité et son régime éprouvé, cette solution pourrait être excellente, ménageant de plus des possibilités d'amélioration (présomption, abaissement de la causalité, obligations particulières pesant sur les mères,...).

Las, la Cour de cassation, effrayée par sa propre audace, a posé un regrettable obstacle à cette voie le 18 février 2014 : la responsabilité délictuelle de la société mère, comme de tout associé, ne pourrait être engagée qu'en cas « *faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des prérogatives d'associé* ». Un tel principe d'irresponsabilité est regrettable, et ne se justifie selon nous absolument pas pour les sociétés mères, placées dans une situation différente de celle d'un simple associé.

Il nous semble que le principe d'autonomie de la personnalité morale ne doit pas être vu comme un dogme. Un grand nombre d'éléments, tenant à la pure théorie juridique comme à la réalité économique, plaident pour une possibilité plus large de lever le voile social protégeant à peu de frais la société mère.

ANNEXE

Sont présentées ici certaines décisions récentes admettant une **action à l'encontre de la société mère sur le fondement de l'article 1382 du Code civil** (illustrant que la situation est loin d'être marginale, et connaît une nette accélération depuis quelques années) :

Soc., 3 avr. 1990, n°87-44904 ; *Rev. sociétés* 1990, p. 625, Y. GUYON

Com., 5 fév. 1991, n°89-12232, Bull. Civ. IV, n°58, p. 39

Com., 7 déc. 1993, n°92-12131

Civ. 2^e, 3 mai 1995, n°93-15777, Bull. civ. II, n°132, p. 76

Com., 28 mars 2000, n°98-12074, Bull. Civ. IV, n°73, p. 60 ; *RTD Civ.*, 2000, p. 835, J. MESTRE et B. FAGES

Soc., 14 nov. 2007, n°05-21239, *Bull SA*, Bull. Civ. V, n°188 ; *Rev. trav.* 2008, p. 103, Y. CHAGNY ; *Dr. social*, 2008, p. 129, J. SAVATIER ; *BJS*, 2008, p. 223, B. SAINTOURENS ; *JCP G*, n° 8, 20 Février 2008, comm. 10038, F. DUMONT

(Sur renvoi : CA Poitiers, 10 sept. 2009, n°08/1707, numéro JurisData : 2009-023435)

Soc., 27 nov. 2007, n°06-42745, *American Airlines* ; *RDT* 2008, p. 178, A. FABRE

Com., 19 fév. 2008, n°06-20444 ; *BJS* 2008, p. 504, B. SAINTOURENS

Même aff. : Com., 2 oct. 2012, n°11-18460 ; *Dr. sociétés*, n°2, Fév. 2013, comm. 34, J.-P. LEGROS

Com., 18 mars 2008, n°07-10934

Com., 26 mars 2008, n°07-11619, *Elipol* ; *Rev. sociétés* 2008, p. 812, B. ROLLAND

Soc., 28 sept. 2010, n°09-41243 ; *BJS*, 2010, p. 994, n° 217, N. MORELLI ; *JCP S* 2010, p. 1518, S. BRISSY

Civ. 1^e, 26 oct. 2011, n°10-17026, Bull. civ. I, n°190 ; *BJS*, Janv. 2012, n°1, p. 70, M. MENJUCQ

CA Versailles, 31 oct. 2011, n° 10/00578, *Klarius* ; *RDT* 2012, p. 49, E. SERVERIN et T. GRUMBACH ; *Rev. proc. coll.*, Mai 2012, n°3, p. 15, D. JACOTOT

TC Orléans, 1^{er} juin 2012, n° 2010/11170, *Quelle La Source c/ Aurelius AG* ; *BJE*, Juil. 2012, n°4, p. 201, R. DAMMANN et M. BOCHÉ-ROBINET ; *JCP E*, Août 2012, n°35, p. 1494, B. DONDERO et A. COURET

Com., 18 févr. 2014, n°12-29752, Bull. Civ. IV, n°40 ; *D.* 2014, p. 764, T. FAVARIO ; *RDC* 2014, p. 372, G. VINEY ; *JCP E*, 2014, p. 1160, B. DONDERO ; *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2014, n°107, p. 1141, N. BLANC ; *BJS*, 2014, p. 382, B. FAGES ; *Lettre CREDA-Sociétés*, Mars 2014, J. CHACORNAC

Soc., 8 juil. 2014, n°13-15470 et n°13-15573 (2 arrêts), *Sofarec*, Bull. Civ. V, n°179 et n°180 ; *Rev. sociétés* 2014, p. 709, A. COURET et M.-P. SCHRAMM ; *RDT* 2014, p. 672, A. FABRE ; *D.* 2014, p. 2147, F.-X. LUCAS ; *BJE*, Nov. 2014, n°6, G. AUZERO ; *Cahiers Soc.*, sept. 2014, n°266, J. ICARD ; *BJS*, Nov. 14, E. MOUIAL-BASSILANA

(Rejet du pourvoi sur CA Pau, 7 févr. 2013, n°11/02325, numéro Lexbase : A5480I74)

CA Paris, pôle 05 ch. 08, 14 avr. 2015, *Aff. Nouvelles Frontières – Aérolyon*, n°14/02820, Numéro JurisData : 2015-009754 ; Numéro Lexbase : A3825RKU

Com., 12 mai 2015, n°13-27716 ; *Dr. sociétés* 2015, n°10, Nov. 2015, comm. n° 163, R. MORTIER

(Rejet du pourvoi sur CA Paris, pôle 05 ch. 08, 17 sept. 2013, *Rhodia c/ Sanofi*, n°12/02203 ; *Rev. sociétés*, 2014, p. 297, C. TABOUROT-HYEST)

Bibliographie

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ANCEL B. et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006.
- AYNES L., P. MALAURIE, et P. STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015.
- BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., LexisNexis, 2014.
- CACHARD O., *Droit du commerce international*, 2^e éd., LGDJ, 2011.
- CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription - Rapport au ministre de la Justice*, La documentation française, 2006.
- COZIAN M., A. VIANDIER, et F. DE BOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e éd., LexisNexis, 2015.
- DEJEAN DE LA BÂTIE N., *Responsabilité délictuelle*, 8^e éd., Librairies Techniques, Coll. Droit civil français, AUBRY et RAU, Tome VI-2, 1986.
- FRANCOIS F., E. DE FRONDEVILLE, et A. MARLANGE, *Dirigeant de société*, 3^e éd., Delmas, 2015.
- JEANDIDIER W., *Droit pénal des affaires*, 6^e éd., Dalloz, 2005.
- JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile*, 9^e éd., Dalloz, 2014.
- LE CANNU P. et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., Lextenso, 2015.
- LE CORRE P.-M., *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2015.
- LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Éd. 2015/16, Dalloz.
- LEPAGE A., P. MAISTRE DU CHAMBON, et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 4^e éd., LexisNexis, 2015.
- MALINVAUD P., D. FENOUILLET, et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis, 2014.
- MAYER P. et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., LGDJ, 2014.
- MAZEAUD A., *Droit du travail*, 9^e éd., LGDJ, 2014.
- MENJUCQ M., *Droit international et européen des sociétés*, 3^e éd., Lextenso, 2011.
- MERLE P. et A. FAUCHON, *Droit commercial - Sociétés commerciales*, 19^e éd., Dalloz, 2016.
- PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014.
- RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e édition (1951), LGDJ, 1995.
- STARCK B., H. ROLAND, et L. BOYER, *Obligations - Responsabilité délictuelle*, 4^e éd., Litec, 1991.
- TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, 2015.
- TERRÉ F., P. SIMLER, et Y. LEQUETTE, *Les Obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013.
- VINEY G., *Traité de droit civil - Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008.
- VINEY G., P. JOURDAIN, et S. CARVAL, *Traité de droit civil - Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013.

OUVRAGES ENCYCLOPÉDIQUES

- FAGES B., *Le Lamy Droit du Contrat*, Wolters Kluwer, 2016.
- MESTRE J., *Le Lamy Sociétés Commerciales*, Wolters Kluwer, 2015.
- Mémento pratique - Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2016.
- Mémento pratique - Groupes de Sociétés 2015/2016*, Francis Lefebvre.

ARTICLES ENCYCLOPÉDIQUES

- ALBIGES C., « Équité », *Rép. Civ. Dalloz*.
- DAIGRE J.-J., « Société fictive », *Rép. Soc. Dalloz*.
- JEANDIDIER W., « V° Sociétés - Fasc. 50 : SOCIÉTÉS – Abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix », *J.-Cl. Pénal des affaires*.
- LOUSSOUARN Y. et M. TROCHU, « Fasc. 570-40 : Conflits de lois en droit des sociétés », *J.-Cl. Dr. Int.*
- REILLE F., « Fasc. 2236 : Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Organes – Mandataire judiciaire : fonctions », *J.-Cl. Com.*
- SAUREL J.-M., « Équité », *Rép. Inter. Dalloz*.
- WICKER G., « Personne morale », *Rép. Civ. Dalloz*.

MÉLANGES

- AUZERO G., « Le droit du licenciement économique confronté au principe de l'autonomie des personnes morales », *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 655.
- AUZERO G., « Les co-employeurs », *Les concepts émergents en droit des affaires (dir : E. LE DOLLEY)*, LGDJ, 2010, p. 43.
- BARBIERI J.-F., « Retour sur l'affectio societatis, une intention mal aimée », *Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 285.
- CAFFIN-MOI M., « La responsabilité pour faute de l'associé, une évolution à front renversé », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 201.
- CANIVET G., « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution - « Le vol acrobatique de la chauve-souris » », *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 323.
- COURET A., « Peut-on reprocher à une société d'avoir distribué trop de dividendes ? », *Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 521.
- DONDERO B., « L'apport-défaillance », *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 257.
- DRUEY J.-N., « Pour la protection des mères - À quoi bon un droit sur les groupes de sociétés », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003.

- ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Les théories du risque en droit civil », *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 125.
- FREYRIA C., « La personnalité morale à la dérive », *Mélanges en l'honneur des Professeurs Breton et Derrida*, Dalloz, 1991, p. 121.
- GAUTIER P.-Y., « Des limites de la personnalité morale », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 293.
- HANNOUN C., « Proposition pour un devoir de vigilance des sociétés mères », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 381.
- HORSMANS G., « Responsabilité limitée et plaisirs sans limites », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 543.
- KESSEDJIAN C., « Entreprises et droits de l'homme - Vers une convention internationale ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 413.
- LE FUR A.-V., « L'immixtion non-fautive », *Les concepts émergents en droit des affaires (dir : E. LE DOLLEY)*, LGDJ, 2010.
- LE NABASQUE H., « Le sort de l'usufruit en cas de fusion », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 437.
- LEBEL C., « Obligation aux dettes sociales des associés en cas de défaillance de la société débitrice », *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 487.
- LECOURT B., « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 615.
- LUCAS F.-X., « La société dite « créée de fait » », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 737.
- MARTIN LAPRADE F., « Associé de l'entreprise », *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 409.
- MASSART T., « La société sans dividende », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 525.
- MAZEAUD A., « Propos sur les groupes d'entreprise en droit du travail », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 501.
- MESAÏ-BAHRI S. et M. ROUSSILLE, « La responsabilité pour faute des personnes morales », *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, sous la direction de F. TERRÉ*, Dalloz, 2011, p. 119.
- MONSÈRIÉ-BON M.-H., « Associés de sociétés civiles et procédure collective : une rencontre réussie ? », *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 547.
- MORTIER R., « L'instrumentalisation de la personnalité morale », *Journées nationales de l'association Henri Capitant*, Dalloz, 2010, p. 31.
- PÉRIN P.-L., « Les mystères de la SAS ou Vingt ans après », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 667.
- PÉROCHON F. et P. ROUSSEL GALLE, « Controverse amicale sur la non-reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif », *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 559.

PETEL P., « La vie après la confusion des patrimoines », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 577.

PORACCHIA D., « Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant "séparable des fonctions" commise à l'occasion des fonctions », *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Canu*, Dalloz-LGDJ, 2014, p. 377.

SAINT-ALARY-HOUIN C., « L'action en extension d'une procédure collective dans les groupes de sociétés, une action à parfaire ! », *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 637.

STOFFEL-MUNCK P., « Les partenaires comme causes de la responsabilité de l'entreprise », *L'entreprise face aux évolutions de la responsabilité civile (dir. N. FERRIER et A. PELISSIER)*, Economica, 2012, p. 43.

TRÉBULLE F.-G., « L'environnement en droit des affaires », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1035.

THÈSES

DAGOT M., *La simulation en droit privé*, Th. Toulouse, LGDJ, 1967.

DESOUTTER V., *La responsabilité civile de la société mère vis-à-vis de sa filiale : comparaison entre l'Arkiengesetz allemande et le droit français des groupes*, Lyon 3, Peter Lang, 2003.

HANNOUN C., *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, LGDJ, 1991.

HMODA F., *La protection des créanciers au sein des groupes de sociétés*, Thèse Université de Franche-Comté, 2013.

OPPETIT B., *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, Paris, 1963.

OUASSINI SAHLI M., *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales*, Université Paris Dauphine - Paris IX, 2014.

PAERELS H., *Le dépassement de la personnalité morale - Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français*, Thèse Lille II, 2008.

PELLETIER N., *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, Préface de F.-X. LUCAS, Th. Paris I, LGDJ, 2013.

RAPPORTS

ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information n°3582 relatif au devoir de vigilance des sociétés mères - Dominique POTIER*, 2015.

COUR DE CASSATION, *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur le projet TERRÉ*, 2012.

INSEE, *Tableaux de l'Economie Française - Edition 2012*.

SENAT, *Rapport d'information n°558 - Groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, 2009.

REVUES

- AUZERO G., « La nature juridique du lien de co-emploi », *Sem. soc. Lamy*, Nov. 2013, n°1600.
- AUZERO G., « L'intérêt personnel des salariés », *BJE*, Mai 2016, n°3, p. 220.
- AUZERO G., « Perte de l'emploi et responsabilité délictuelle de la société mère (Soc., 8 juil. 2014, n°13-15470 et n°13-15573) », *BJE*, Nov. 2014, n°6.
- BAILLY P., « Actualité des licenciements économiques », *Sem. soc. Lamy*, n° 1504, p. 7.
- BARBIER H., « D'une personne morale à l'autre : transmission des dettes via l'entreprise sous-jacente », *RTD Civ.* 2015, p. 388.
- BARBIERI J.-F., « Le dirigeant associé », *Dr. sociétés*, n°3, Mars 2016, Dossier, n°9.
- BARBIERI J.-F., « Responsabilité des dirigeants d'une entreprise en difficultés pour des faits antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective : rupture ou continuité ? », *Rev. sociétés* 2006, p. 644.
- BARBIERI J.-J., « Note sous Com, 12 juin 2012, n°11-16109 », *BJS*, Sept. 2012, n° 9, p. 611.
- BLANC G., « Le dispositif de la loi Macron relatif aux entreprises de plus de cent cinquante salariés », *D.* 2015, p. 2460.
- BLANC N., « La faute détachable des prérogatives attachées à la qualité d'associé (Cass. com., 18 févr. 2014) », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2014, n° 107, p. 1141.
- BOURSIER M.-E., « La condamnation civile des dirigeants sociaux ou le secours relatif du fait justificatif de groupe de sociétés en matière d'abus de biens et de pouvoirs sociaux », *Rev. sociétés* 2014, p. 741.
- BOURSIER M.-E., « Le fait justificatif de groupe de sociétés dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité », *Rev. sociétés* 2005, p. 273.
- CAFFIN-MOI M., « L'insuffisance d'apports n'est pas une faute de gestion du dirigeant associé », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 13 mai 2015, n°5, p. 6.
- CALAIS-AULOY J., « À propos de certaines questions de responsabilité suscitées par les groupes de sociétés », *RJ com.*, 1977, p. 85.
- CALICE L. et M.-C. DIRIART, « Les nouveaux fronts contentieux du licenciement économique - L'impossible équation entre l'existence du groupe et l'autonomie juridique de la société », *CDE*, n°5, Sept. 2012, dossier 27.
- CARPENTIER C., « Société mère et droit de l'environnement », *RLDA*, Nov. 2012, n° 76, p. 79.
- CESARO J.-F., « Le coemploi, un phénomène de paramnésie juridique », *JCP S*, n°7, Fév. 2013, p. 1081.
- CHACORNAC J., « Les contours de la faute détachable de l'associé (Cass. com., 18 févr. 2014) », *Lettre CREDA-Sociétés*, 10 mars 2014.
- CHAIGNEAU A. et S. VERNAC, « Propriété, responsabilité et personnes morales », Collège des Bernardins, 2012.
- CHEVAL J., « Responsabilité de la maison mère en cas de déconfiture de la filiale : analyse comparée de l'appréciation par la chambre commerciale et la chambre sociale de l'autonomie de la filiale dans le cadre de la procédure collective », *RLDA*, Nov. 2012, n° 76, p. 92.
- COMANGES L., « Le dangereux paradoxe de nullité des sociétés fictives », *BJS*, Janv. 2003, n°1, p. 12.

COURET A. et B. DONDERO, « Condamnation d'un fonds d'investissement étranger à réparer le préjudice causé par une opération de restructuration », *JCP E*, Août 2012, n°35, p. 1494.

COURET A. et M.-P. SCHRAMM, « L'indemnisation par une autre société du groupe des salariés d'une filiale en difficulté », *Rev. sociétés* 2014, p. 709.

D'ALÈS T. et L. TERDJMAN, « L'écran sociétaire, rempart face à la mise en cause d'une société mère du fait de sa filiale », *JCP E*, Nov. 2014, n° 47, p. 1584.

DAMMANN R. et M. BOCHÉ-ROBINET, « Immixtion fautive d'un actionnaire et indemnisation des salariés », *BJE*, Juil. 2012, n°4, p. 201.

DAMMANN R. et G. PODEUR, « Loi Macron : la prise de contrôle d'une société par ses créanciers », *BJE*, Janv. 2015, n°1.

DAOUD E. et C. LE CORRE, « À la recherche d'une présomption de responsabilité des sociétés mères en droit français », *RLDA*, Nov. 2012, n° 76, p. 63.

DAOUD E. et C. LE CORRE, « La présomption d'influence déterminante : l'imputabilité à la société mère des pratiques anticoncurrentielles de sa filiale », *RLDA*, Nov. 2012, n° 76, p. 83.

DOM J.-P., « De la fictivité à l'inexistence en passant par la simulation (CA Paris, 28 oct. 1999) », *BJS*, Fév. 2000, n°2, p. 219.

DONDERO B., « La faute séparable des prérogatives de l'associé (Com., 18 févr. 2014) », sur brunodondero.com.

DONDERO B., « La faute séparable des prérogatives de l'associé et la concurrence déloyale (Com., 11 mars 2014, n°12-35107) », *Rev. sociétés* 2014, p. 491.

DONDERO B., « La faute séparable des prérogatives de l'associé : une solution claire mais des difficultés en perspective... (Cass. com., 18 févr. 2014) », *JCP E*, Mars 2014, p. 1160.

DONDERO B., « Retour sur la responsabilité du dirigeant associé », *Gaz. Pal.*, n° 28 juil. 2015, n°209.

DONNETTE-BOISSIÈRE A., « Préjudice des salariés licenciés et intérêt collectif des créanciers (Com, 2 juin 2015, n°13-24714) », *BJE*, Sept. 2015, n° 5.

DUMONT F., « Reconnaissance d'une action individuelle des salariés pour perte d'emploi dans le cadre d'une procédure collective », *JCP G*, Juil. 2015, n° 30-35, p. 888.

DUPOUY S., « La responsabilité environnementale des groupes de sociétés par le Grenelle : enjeux et perspectives », *Dr. sociétés*, Nov. 2012, n°11, p. 10.

FABRE A., « La responsabilité délictuelle pour faute au secours des salariés victimes d'une société tierce », *RDT* 2014, p. 672.

FABRE A., « Responsabilité délictuelle de la société mère au titre d'une garantie d'exécution d'un PSE établie dans une filiale », *RDT* 2008, p. 178.

FAGES B., « Consécration de la faute séparable de l'associé (Cass. com., 18 févr. 2014, n°12-29752) », *BJS*, Juin 2014, n° 6, p. 382.

FAGES B., « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC*, n°1, Janv. 2007, p. 115.

FAVARIO T., « Consécration de la "faute séparable" de la qualité d'associé (Cass. com., 18 févr. 2014) », *D.* 2014, p. 764.

- FAVARIO T., « La sous-capitalisation ab initio d'une société n'est pas une faute... de gestion (Com, 10 mars 2015, n°12-15505) », *BJE*, Juillet 2015, n°4, p. 248.
- FERRARI J., « La société mère peut-elle voir sa responsabilité engagée dans le cadre de la RSE ? », *RLDA*, Nov. 2012, n° 76, p. 72.
- FLAICHER-MANEVA E., « Pratiques anticoncurrentielles : pas de solidarité de fait entre les sociétés mères successives pour le paiement des amendes », *Option Finance*, 7 juil. 2014, <http://www.lexplicite.fr/pratiques-anticoncurrentielles-pas-solidarite-fait-les-societes-meres-successives-paiement-amendes/>.
- GÉNIAUT B., « Co-emploi : confirmation de la jurisprudence Molex (Soc., 10 déc. 2015, n°14-19316) », *BJS*, Fév. 2016, n°2, p. 115.
- GHRÉNASSIA C., « La charte et le territoire – libres propos au sujet de la responsabilité des entreprises transnationales dans la protection des droits fondamentaux », *RLDA*, Nov. 2012, n° 76, p. 65.
- GODON L., « Affirmation de la faute personnelle de l'associé (Com, 22 nov. 2005, n°03-18651) », *Rev. sociétés* 2006, p. 526.
- GRIMONPREZ B., « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés* 2009, p. 715.
- HANNOUN C., « Extension de responsabilité à la société mère pour unité d'entreprise et immixtion dans la gestion externe de la filiale », *BJS*, Juillet 2008, p. 603.
- HANNOUN C., « Responsabilité de la société mère envers les créanciers de la filiale pour faute personnelle », *BJS*, Juillet 2008, p. 607.
- HEINICH J., « Direction de fait et groupe de sociétés », *BJS*, Mars 2016, n°3, p. 37.
- HEINICH J., « Le défaut de recapitalisation effective n'est pas une faute de gestion (Com, 13 oct. 2015, n°14-15755) », *BJS*, Mars 2016, n° 3.
- HENRY L.-C., « De l'encadrement de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif... », *Rev. sociétés* 2015, p. 406.
- ICARD J., « Mise en cause de la société mère d'un groupe de sociétés : emploi conjoint, co-emploi ou responsabilité délictuelle ? (Soc., 2 juil. 2014 et 8 juil. 2014) », *Cahiers Soc.*, Sept. 2014, n° 266.
- ICARD J., « Recevabilité de l'action délictuelle des salariés licenciés à l'encontre d'une entreprise tierce en cas de procédure collective de l'employeur (Com, 2 juin 2015, n°13-24714) », *Cahiers Soc.*, Oct. 2015, n° 278.
- JACOTOT D., « Le licenciement des salariés d'une composante d'un groupe en liquidation judiciaire : entre droit du travail et droit civil ! », *Rev. proc. coll.*, Mai 2012, n°3, p. 15.
- LAMOUR M.-P., « La responsabilité personnelle des associés », *D.* 2003, p. 51.
- LE CANNU P., « Les organes de groupe », *LPA*, 4 mai 2001, n°89, p. 66.
- LE CORRE P.-M., « Chronique de droit des entreprises en difficulté, voir II.B), Com, 2 juin 2015, n°13-24714 », *D.* 2015, p. 1970.
- LE CORRE P.-M., « La loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.*, n°293, 20 oct. 2015, p. 7.

- LE CORRE P.-M., « Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins...chez la mère : la loi Petroplus du 12 mars 2012 », *Rev. sociétés* 2012, p. 412.
- LECOURT B., « Société fictive et fraude paulienne », *Rev. sociétés* 2014, p. 569.
- LEGROS J.-P., « Note sous Com, 2 oct. 2012, n°11-18460 », *Dr. sociétés*, n°3, Fév. 2014, comm. 34.
- LIENHARD A., « Exception au non-cumul de l'action en comblement de passif et des actions de droit commun en cas de préjudice personnel distinct d'un créancier », *D.* 2000, p. 367.
- LIENHARD A., « La Cour de cassation confirme et précise la règle de non-cumul des actions en responsabilité (Com., 27 juin 2006, n°05-14271) », *D.* 2006, p. 1891.
- LIENHARD A., « Responsabilité pour insuffisance d'actif : point de départ de la prescription (Com., 8 avr. 2015, n°13-28512) », *D.* 2015, p. 862.
- LOISEAU G., « Le coemploi, une compétence réservée au juge judiciaire ? », *JCP S*, Nov. 2015, n° 46, p. 1414.
- LUCAS F.-X., « Action en comblement de l'insuffisance d'actif : le dirigeant de la société-mère n'est pas nécessairement le dirigeant de fait de filiales détenues à 99 % (Com., 2 nov. 2005, n°02-15895) », *BJS*, Avr. 2006, n°4, p. 469.
- LUCAS F.-X., « Chronique de droit des entreprises en difficulté, voir II.B), Soc, 8 juil. 2014, n°13-15573 », *D.* 2014, p. 2147.
- LUCAS F.-X., « Chronique de droit des entreprises en difficulté, voir III.B), Com, 8 avr. 2015, n°13-28512 », *D.* 2015, p. 1970.
- LUCAS F.-X., « Coemploi, épilogue », *LEDEN*, n° 1, Janv. 2016, p. 1.
- LUCAS F.-X., « Co-emploi et responsabilité de l'actionnaire », *BJS*, Nov. 2014, n°10.
- LUCAS F.-X., « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE*, Sept. 2015, n°5, p. 317.
- LUCAS F.-X., « La société civile peut-elle encore être une technique d'organisation du patrimoine ? (Civ. 3e, 4 juin 2003, n°02-12275) », *BJS*, Oct. 2003, n°10, p. 1070.
- LUCAS F.-X., « Les filiales en difficulté », *LPA*, 4 mai 2001, n°89, p. 66.
- LUCAS F.-X., « Molex, Acte II (La grande scène du co-emploi) », *BJS*, Mai 2013, n°5, p. 301.
- LUCAS F.-X., « Nullité d'une société frauduleuse (Com, 3 juin 2008, n°07-11697) », *BJS*, Déc. 2008, n°12, p. 950.
- MARRAU R., « Un paradoxe permanent du groupe de sociétés : indépendance contre unité économique de ses sociétés », *LPA*, 5 août 1996, n° 94, p. 4.
- MATHEY N., « Société fictive : rappel et mise en œuvre des critères (Com, 9 juin 2009, n°07-20937) », *Rev. sociétés* 2009, p. 781.
- MENJUCQ M., « L'immixtion d'une société mère dans la gestion d'une filiale constitue une faute (C. civ., art. 1382) », *BJS*, Janv. 2012, n° 1, p. 70.
- MESTRE J. et B. FAGES, « Les cessionnaires d'entreprises en redressement judiciaire obligés tant sur le fondement du quasi-contrat que sur celui de l'engagement unilatéral (Com., 28 mars 2000, n°98-12074) », *RTD Civ.* 2000, p. 835.
- MORTIER R., « La sous-dotation d'une société par ses associés engagerait-elle leur responsabilité ? (Com, 12 mai 2015, n°13-27716) », *Dr. sociétés*, Nov. 2015, n°10, comm. 163.

- MORVAN P., « Co-emploi et licenciement économique dans les groupes de sociétés : des liaisons dangereuses », *JCP G*, 2011, p. 312.
- MORVAN P., « L'étrange action en justice Flodor - Les sociétés d'un groupe sont-elles responsables du reclassement des salariés dans une filiale en difficulté ? », *JCP S*, n° 27 oct. 2009, n°44, p. 1489.
- MOUIAL-BASSILANA E., « L'article 1382 du Code civil en renfort de la théorie du co-emploi (Soc., 8 juil. 2014, n°13-15573) », *BJS*, Nov. 2014, n°10.
- OLIVIER J.-M., « L'affaire Flodor : suite et presque fin », *JCP S*, 8 juin 2010, n°23, p. 1225.
- ORIF V., « La recevabilité de l'intervention volontaire de salariés dans le cadre d'une procédure collective (Com, 2 juin 2015, n°13-24714) », *JCP G*, Juin 2015, n° 25, p. 723.
- PAGNERRE Y., « Coemployeur : tiers ou partie au contrat de travail ? », *JCP S*, Déc. 2015, n° 49, p. 1436.
- PARACHKEVOVA I., « L'associé responsable », *BJS*, Avr. 2015, n° 4, p. 165.
- PARACHKEVOVA I., « Responsabilité pour insuffisance d'actif : la création d'une société sous-capitalisée n'est pas une faute de gestion (Com, 10 mars 2015, n°12-15505) », *BJS*, Mai 2015, n°5, p. 244.
- PELLETIER N., « Confusion d'intérêts, d'activités et de direction : aboutissement ou renoncement ? », *BJS*, Oct. 2015, n°10, p. 489.
- PELLETIER N., « De nouvelles limites à la confusion d'intérêts, d'activités et de direction (Soc., 2 juil. 2014, Molex) », *BJS*, Oct. 2014, n°10, p. 394.
- PELLETIER N., « Le droit de la société mère à superviser l'activité de ses filiales (Com., 19 nov. 2013, n°12-28367) », *BJS*, Fév. 2014, p. 103.
- PELLETIER N., « L'éviction de l'associé dans le cadre du plan de redressement », *LEDEN*, Oct. 2015, n°9, p. 15.
- PESKINE E., « L'imputation en droit du travail », *RDT* 2012, p. 347.
- PORACCHIA D., « Action en comblement de passif et direction de fait par personne interposée (Com., 2 nov. 2005, n°02-15895) », *Rev. sociétés* 2006, p. 398.
- PORACCHIA D., « Distribution de dividendes, action en responsabilité pour insuffisance d'actif et faillite personnelle : une trilogie étonnante (Com., 25 oct. 2011, n°10-23671) », *BJS*, Mars 2012, p. 143.
- PORACCHIA D., « L'action en comblement de l'insuffisance d'actif ne peut sanctionner que les fautes commises par le dirigeant de la personne morale en cette qualité (Com, 10 mars 2015, n°12-15505) », *Rev. sociétés* 2015, p. 468.
- REILLE F., « Note sous Com, 3 juin 2008, n°07-11697 », *Gaz. Pal.*, 29 juillet 2008, n°211, p. 30.
- ROBLOT R., « Le régime des sociétés financières en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, 1955, vol. 7, n°3, p. 614, accessible sur Persée.
- ROHART-MESSAGER I., « Recevabilité de l'action en réparation du préjudice distinct des salariés licenciés (Com, 2 juin 2015, n°13-24714) », *Gaz. Pal.*, n° 20 oct. 2015, n°293.
- ROLLAND B., « De la responsabilité environnementale d'une société mère », *Rev. sociétés* 2008, p. 812.

- RONIN C., « Faute inexcusable dans les groupes de sociétés : la responsabilité de la société mère retenue en cas de co-emploi », *RLDA*, Nov. 2012, n° 76, p. 88.
- ROUAST-BERTHIER P., « Société fictive et simulation », *Rev. sociétés* 1993, p. 725.
- ROUSSILLE M., « L'associé unique », *Dr. sociétés*, n°3, Mars 2016, Dossier, n°8.
- SAINTAMAN V., « La responsabilité environnementale des sociétés mères après la loi Grenelle II », *Gaz. Pal.*, Sept. 2010, n°267-268, p. 10.
- SAINTOURENS B., « La qualité de dirigeant de fait et le non-cumul des actions en responsabilité en cas de procédure collective de la personne morale (Com., 19 fév. 2008, n°06-20444) », *BJS*, Juin 2008, p. 504.
- SCHMEIDLER J., « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *D.* 2013, p. 584.
- SERVERIN E. et T. GRUMBACH, « Le groupe britannique Klarius intervenant forcé devant la Cour d'appel de Versailles : ou comment l'AGS a transformé un procès indemnitaire en procès exemplaire », *RDT* 2012, p. 49.
- SERVERIN E. et T. GRUMBACH, « Promouvoir la recevabilité des actions délictuelles à l'égard des sociétés-mères des groupes dans les contentieux engagés devant les conseils de prud'hommes », *RDT* 2010, p. 529.
- SOULEAU-TRAVERS A. et G.-A. DE SENTENAC, « Critères de l'action en extension de procédure collective pour confusion des patrimoines à l'intérieur d'un groupe de sociétés... », *BJS*, Nov. 2004, n°11, p. 1358.
- SUPIOT A., « Le droit du travail bradé sur le « marché des normes » », *Dr. soc.*, 2005, p. 1087.
- TABOUROT-HYEST C., « L'exception d'immixtion de la mère dans les affaires de sa filiale n'est plus (Com., 12 juin 2012, n°11-16109) », *Rev. sociétés* 2013, p. 95.
- TABOUROT-HYEST C., « Ni abusive, ni fautive, la filialisation coule des jours heureux », *Rev. sociétés* 2014, p. 297.
- TEBOUL G., « La dépossession forcée de l'associé majoritaire d'une entreprise en difficulté », *LPA*, n° 22 oct. 2015, n°211, p. 5.
- TREBULLE F.-G., « Environnement et droit des sociétés », *Dr. sociétés*, Déc. 2010, n°12, Étude 19, p. 11.
- TRICOT D., « La responsabilité des dirigeants d'entreprise en France », *LPA*, 13 déc. 2007, p. 54.
- URBAIN-PARLÉANI I., « Note sous CA Rennes, 6 janvier 2005 (existence d'un fait justificatif de groupe dans l'abus de bien sociaux) », *Rev. sociétés* 2006, p. 433.
- VERMEILLE S., « Le volet droit des faillites de la loi Macron : une intention louable au départ, mais un résultat dangereux à l'arrivée », *D.* 2015, p. 382.
- VICENTE S., « Quelle responsabilité pour les dirigeants et les associés ? », *CDE*, Mars 2013, Dossier 12, p. 52.
- VINEY G., « L'exigence d'une faute séparable des fonctions pour engager la responsabilité personnelle de l'organe social à l'égard des tiers extérieurs à la société (Cass. com., 18 févr. 2014) », *RDC*, Sept. 2014, p. 372.
- « Interview de Me W. FEUGERE, Droit pénal des affaires : utilité et insécurité », *LPA*, 2 mars 2005, n° 43, p. 3.

Table des matières

Principales abréviations.....	4
INTRODUCTION.....	7
PARTIE I – L’instrumentalisation de la filiale, fondement traditionnel de l’obligation de la société mère à la dette de sa filiale.....	13
Titre I/ La négation de l’autonomie de la filiale.....	15
Chapitre 1 ^{er} . Divers fondements en droit commun pour lever le voile social.....	15
I/ La fraude, une figure extrême	15
II/ La filiale fictive	17
Chapitre 2. L’action en extension propre aux procédures collectives.....	19
I/ Regard général sur l’action en extension.....	19
II/ L’extension possible au sein des groupes ?.....	20
Chapitre 3. L’abus de biens sociaux, rempart contre le vampirisme	21
I/ L’abus de bien social dans les groupes de sociétés.....	22
II/ La reconnaissance d’un intérêt de groupe.....	22
Titre II/ L’excessive proximité avec la filiale.....	23
Chapitre 1 ^{er} . La direction de la filiale, sanctionnée par l’action en insuffisance d’actifs.....	23
I/ La société mère est-elle un dirigeant ?	24
II/ Les fautes de gestion.....	24
Chapitre 2. L’inclusion dans le champ contractuel de la filiale.....	26
I/ Apparence et immixtion, confusion ou réorganisation par la jurisprudence ?.....	26
A. Une jurisprudence traditionnelle de moins en moins claire	26
B. La réorganisation jurisprudentielle : vers l’immixtion-apparence ?.....	27
C. L’abandon de l’immixtion comme critère autonome.....	28
D. L’immixtion, faute de responsabilité civile ?.....	29
II/ Le co-emploi, en net recul au profit de la responsabilité délictuelle.....	30
A. Critères.....	30
B. Effets	31
C. Fondement.....	32

PARTIE II – L'émergence d'une responsabilité fondée sur la faute délictuelle	35
Titre I/ L'adaptation des conditions de la responsabilité civile délictuelle à l'action contre la société mère	37
Chapitre 1^{er}. La caractérisation de la faute de la société mère	37
I/ Deux importants obstacles récents.....	37
A. La limitation à la simple « faute détachable des prérogatives d'associés » ?.....	37
1. Genèse de la solution.....	38
2. Une portée incertaine.....	40
B. L'appréciation renouvelée d'un comportement de groupe normal.....	42
II/ La diversité des fautes envisageables.....	43
A. Une faute légère fondée sur le contrôle de la filiale par la mère ?.....	43
B. Des fautes propres à la relation société mère-filiale.....	45
1. La sous-capitalisation.....	45
2. L'immixtion-faute.....	46
3. La faute d'égoïsme.....	48
4. La distribution excessive de dividendes.....	50
C. L'application du droit commun des obligations.....	51
Chapitre 2. L'intérêt de groupe comme fait justificatif ?	53
Chapitre 3. La possibilité de mettre en place des présomptions ?	55
Titre II/ Les difficultés procédurales dans l'exercice de l'action contre la société mère	57
Chapitre 1^{er}. L'intérêt et la qualité pour agir en cas d'ouverture d'une procédure collective	58
I/ L'action du liquidateur.....	58
A. L'exercice par le liquidateur de l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil.....	58
B. L'obstacle du « non-cumul » des responsabilités.....	59
II/ L'action des créanciers.....	61
A. Le cas général.....	61
B. Les salariés.....	62
Chapitre 2. La prise en compte de l'internationalisation des groupes	65
I/ Compétence.....	65
A. La société mère est domiciliée en Union européenne.....	65
B. La société mère est domiciliée hors de l'UE.....	67
II/ La loi applicable.....	67
A. L'hésitation entre <i>lex societatis</i> et <i>lex loci delicti</i>	67
B. Le conflit entre <i>lex societatis</i> et <i>lex fori concursus</i>	69
Chapitre 3. La prescription applicable à l'action	70

PARTIE III – Le difficile dépassement de la faute comme fondement de l’obligation de la société mère	73
Titre I/ L’opportunité discutée d’une responsabilité générale du fait d’autrui.....	75
Chapitre 1^{er}. Un principe justifié par l’essence de la responsabilité civile	76
I/ L’autorité : fondement de la responsabilité pour autrui, adaptée à la société mère	76
A. La faute.....	76
B. Le risque	76
C. L’autorité	77
II/ Les objectifs de la responsabilité civile : la protection des victimes	77
Chapitre 2. De nombreux régimes juridiques envisageables.....	78
I/ L’utilisation des régimes existants : l’accueillante souplesse de l’article 1384 du Code civil	78
A. Responsabilité du fait des choses	78
B. Responsabilité des parents du fait de leurs enfants.....	79
C. Responsabilité du commettant du fait de son préposé.....	79
D. Principe général de responsabilité du fait d’autrui.....	80
II/ Le développement des projets doctrinaux.....	81
A. L’avant-projet Catala, ou l’abandon de la faute.....	82
B. Le rapport Terré : le contrôle de la filiale justifiant un allègement de la faute.....	82
C. Synthèse.....	84
Chapitre 3. Un refus par la loi comme la jurisprudence.....	87
Titre II/ Des dérogations sectorielles au principe d’autonomie justifiées par un intérêt supérieur ?	89
Chapitre 1^{er}. La protection de l’environnement et des droits de l’Homme	89
I/ Le droit de l’environnement, un rendez-vous manqué.....	89
II/ Le « devoir de vigilance » des sociétés mères ?	90
Chapitre 2. L’article L631-19-2, issu de la loi Macron : la protection de l’emploi	92
CONCLUSION.....	97
Annexe.....	99
Bibliographie.....	101
Table des matières.....	111