

LIVRE BLANC DROIT DES AFFAIRES



EXTRAIT GRATUIT DU CODE PRATIQUE «OHADA»

Acte Ohada relatif au droit des sociétés commerciales : les liens de droit entre les sociétés



EDITIONS
FRANCIS LEFEBVRE

Acte Ohada relatif au droit des sociétés commerciales : les liens de droit entre les sociétés

L'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (Ohada), qui regroupe 17 Etats, a élaboré un traité et des textes non obligatoires – les actes uniformes – visant à faciliter les activités des entreprises situées dans ces Etats.

Ce livre blanc, extrait de l'édition 2020-2021 du Code pratique Ohada qui vient de paraître, reproduit les dispositions de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique régissant les relations entre les sociétés commerciales. Les dispositions reproduites sont assorties d'annotations tirées de la jurisprudence Ohada et de pays tiers.

LES LIENS DE DROIT ENTRE LES SOCIETES

Titre I GROUPE DE SOCIETES

Art. 173

Un groupe de sociétés est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres.

JURISPRUDENCE OHADA

Obs. : dans le langage courant, toute société sous le contrôle d'une autre est dite « filiale » de cette dernière, qui est dénommée « société mère ». Les qualifications de filiale et de société mère au sens de l'article 179 n'ont de portée juridique pratique que dans la mesure où une disposition se réfère à « une filiale au sens de l'article 179 ». A défaut, les mêmes solutions sont applicables tant aux sociétés répondant au critère de l'article 179 qu'à celles contrôlées au sens de l'article 174.

Indépendance des actions en justice exercées contre plusieurs sociétés d'un groupe

Les sociétés membres d'un ensemble de sociétés (ou groupe de sociétés) sont juridiquement indépendantes les unes des autres même si elles sont soumises à une unité de décision économique et à un contrôle unique. Il en résulte que lorsqu'une société A a des litiges séparés avec plusieurs sociétés B, C, et D, formant un groupe de sociétés, A n'est pas fondée à demander le sursis à statuer dans le litige l'opposant à C en attendant que le litige avec B soit réglé, dès lors que le sursis sollicité n'est pas nécessaire, dans l'espèce, pour une bonne administration de la justice (CA Ouagadougou (Burkina Faso), ch. com., n° 045, 20-6-2008 : SITACI c/ TRADESCA, Ohadata J-10-199).

JURISPRUDENCE COMPAREE

I. Etats-Unis

Indépendance juridique des sociétés d'un groupe

Une société mère n'est pas responsable des actes commis par une de ses filiales et ce même si certains dirigeants de la société mère sont également dirigeants de la société filiale (United States v. Bestfoods, United States Supreme Court, 524 U.S. 51 (1998)).

II. France

Obs. : la précision terminologique ci-dessus est également valable au regard de la législation et de la jurisprudence françaises ; les décisions ci-après se réfèrent donc aussi bien à des filiales au sens légal qu'à des filiales contrôlées.

A. Qualification de « société apparentée »

La formule « société apparentée » doit être interprétée comme ne visant qu'une société ayant des liens capitalistiques de famille (mère, fille ou soeur) avec la société locataire, l'existence de tels liens ne pouvant être déduite, notamment de la totale dépendance économique d'une société par rapport à l'autre ; il ne peut être non plus invoqué l'existence d'un groupe entre les sociétés concernées, faute de définition juridique du groupe (CA Versailles 13-2-2001, ch. com. réunies, SARL Twin holding c/ SA de Participations immobilières et financières de Passy. : RJDA 10/01 n° 944).

B. Maintien de principe de la personnalité juridique de chaque société

Les sociétés exerçant leur activité au sein d'un groupe ont une personnalité juridique propre. Il en résulte les conséquences suivantes :

- chaque société est seule partie au contrat conclu avec ses clients, même si les autres sociétés participent à l'exécution de la convention, à la demande du groupe (Cass. com. 18-10-994 : RJDA 12/94 n° 1298) ; cette solution est valable même si la société mère détient 99 % de la société filiale, à défaut de rapports financiers anormaux constitutifs d'une confusion de patrimoine (Cass. com. 19-4-2005 n° 866 : BRDA 2/05 inf. 8) ;
- un engagement de rachat d'actions d'une société A ne concerne pas les actions d'une autre société B issue de la restructuration de la société A (Cass. civ. 18-7-1995 : RJDA 2/96 n° 229) ;
- une convention d'ouverture de compte courant souscrite au nom du « redressement judiciaire du groupe X » est nulle en raison de l'absence de personnalité juridique du groupe et de son incapacité à contracter (Cass. com. 2-4-1996 : RJDA 8-9/96 n° 1052) ;
- une société d'un groupe ne peut être représentée en justice par aucune société du groupe, sauf à disposer d'un mandat spécifique (Cass. com. 17-12-1991 : Bull. Joly 1992 p. 186 note Hannoun ; Cass. com. 18-5-1999 : RJDA 11/99 n° 1215).

C. Perte de l'indépendance juridique des sociétés liées

Sauf disposition légale le prévoyant, une société liée à une autre ne peut perdre son indépendance juridique par rapport à cette dernière, et réciproquement, que si l'une d'elle s'est immiscée dans le fonctionnement de l'autre (cf. Cass. ass. plén. 9-10-2006 n° 542 : RJDA 1/07 n° 50 ; Cass. com. 12-6-2012 n° 11-16.109 : BRDA 12/12 inf. 2).

Ne constitue pas une immixtion l'existence d'un faisceau convergent d'indices établissant que, forte de sa puissance en capital, la société mère avait 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, qu'elle avait exercé une influence prédominante sur les décisions de cette dernière pour la gérer en toute souveraineté et indépendance et qu'elle avait été seule maîtresse de la politique économique et financière de sa filiale, les éléments suivants :

- la tenue du secrétariat juridique de celle-ci,
- la rémunération de son dirigeant de droit,
- la négociation des relations avec la banque en ayant été destinataire du plan de restructuration de la filiale en la personne de son actionnaire majoritaire, ancien dirigeant de droit de la filiale (CA Paris 7-10-2008 n° 07/13617 : BRDA 4/09 inf. 7).

Obs. : sur la suppression de la personnalité juridique des sociétés d'un groupe, voir sous l'art. 179.

III. Suisse

Responsabilité de la société mère

La responsabilité de la société mère peut être engagée à la condition que le comportement des personnes qui sont des organes de cette société et de sa filiale soit illicite ou contraire aux bonnes mœurs ; toutefois, des indications générales sur l'existence d'un groupe de sociétés ne suffisent pas à retenir la responsabilité de la société mère laquelle repose sur la confiance ; et la confiance permettant la protection suppose une attitude de la société mère susceptible de susciter des perspectives concrètes et précises (Tribunal fédéral suisse, 1^e cour civile, n° 4C 72/1998, ATF 124 III ; JdT 1999 I 402 ; SJ 1999 I 38).

Art. 174

Le contrôle d'une société est la détention effective du pouvoir de décision au sein de cette société.

Art. 175 [mod.]

Une personne physique ou morale est présumée détenir le contrôle d'une société :

- 1°) lorsqu'elle détient, directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote ;
- 2°) lorsqu'elle dispose de plus de la moitié des droits de vote en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés.

JURISPRUDENCE COMPAREE

I. Etats-Unis

Dirigeants communs à la société mère et à la filiale

Les personnes physiques qui agissent en tant que dirigeant de deux sociétés dont l'une est la filiale de l'autre ont, dans ces dernières, le même devoir de bonne gestion ; en l'absence de structure de négociation indépendante, ce devoir implique que les décisions soient prises dans le meilleur intérêt des deux sociétés (Weinberger v. UOP, Inc., Supreme Court of Delaware, 457A.2d701 (1983)).

II. France

A. Existence d'un contrôle

1° Détention de 40 % du capital

En présence de sociétés au capital disséminé auprès d'un large public, le contrôle n'exigeant

pas la détention de plus de 50 %, une société A détenant 40 % du capital d'une autre dispose, selon les juges, du contrôle effectif de cette filiale (CA Paris 12-6-1996 : RD bancaire et bourse 1976 p. 233 obs. Crédot et Gérard).

2° Contrôle conjoint

Une société peut faire l'objet d'un contrôle conjoint par deux associés agissant ensemble même si l'un des associés détient une partie des droits qui suffirait à prendre seul les décisions des assemblées générales de cette société (CE 20-10-2004 n° 260898 : RJDA 1/05 n° 42 et concl. Chauvaux p. 3 ; Cass. com. 29-6-2010 n° 09-16.112 : RJDA 12/10 n° 1159).

B. Conséquences du contrôle exercé par une société sur une autre

1° Abus de biens sociaux

a. Avances de trésorerie

Les avances de trésorerie accordées par une société à une autre société du même groupe ne sont considérées comme un abus de biens sociaux qu'à deux conditions :

1. 1e condition

Les deux sociétés doivent faire partie du même groupe, être unies par des liens structurels, poursuivre un objectif commun (Cass. crim. 23-4-1991 : Bull. crim. n° 193 ; Cass. crim. 24-6-1991 : RJDA 11/91 n° 926 : Bull. crim. n° 193 ; Cass. Crim. 24-6-1991 : RJDA 11/91 n° 926) ; tel n'est pas le cas lorsque :

- le soi-disant groupe est issu de sociétés fermées unies par des liens financiers dépendant uniquement du pouvoir des dirigeants ayant sélectionné, en fonction de critères personnels, la politique économique d'entreprises juridiquement autonomes dont ils sont les actionnaires (T. corr. Mulhouse 25-3-1983 : D. 1984 p. 285 note Ducouloux-Favard) ;
- aucune contrariété n'est constatée entre les activités exercées par les entreprises du groupe (T. corr. Paris 29-4-1983 : Gaz. Pal. 1983 p. 425 note Marchi) ;
- les sociétés visées n'ont élaboré aucune stratégie globale, la simple ressemblance de leurs activités ne pouvant caractériser un groupe (CA Paris 17-12-1990 : Gaz. Pal. 1991 p. 359 note Marchi) ;
- les sociétés commerciales ne sont unies entre elles que par des « jeux d'écriture » en l'absence de politique émanant du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, les opérations litigieuses étant masquées dans la comptabilité par des contrats commerciaux fictifs (Cass. crim. 23-4-1991 : Bull. crim. n° 193).

2. 2e condition

L'avance de trésorerie doit être justifiée par l'intérêt économique, social ou financier partagée dans le cadre de la politique commune du groupe (Cass. crim. 2-7-1998 : RJDA 1/99 n° 52 : à propos de l'absence de cet intérêt commun) ; ainsi ne constitue pas un abus de biens sociaux une aide par « surfacturation » effectuée par une société mère au profit de sa filiale qui ne compromet pas la situation financière de la société mère et constituant ainsi une opération « normale » entre société mère et filiale dépourvue d'intention frauduleuse du dirigeant n'en ayant pas personnellement profité (Cass. crim. 20-10-1986 : BRDA 23/86 p. 11).

Mais constituent un abus les avances octroyées sans contrepartie à d'autres sociétés du groupe dans lesquelles les dirigeants de la société prêteuse étaient personnellement intéressés (Cass. crim. 9-1-1984 : Bull. Joly 1984 p. 413 ; Cass. crim. 24-6-1991 : RJDA 11/91 n° 926 ; Cass. crim. 4-9-1996 : RJDA 1/97 n° 58).

b. Autres utilisations des fonds

Le délit d'abus de biens sociaux est constitué lorsque :

- les transferts de trésorerie opérés entre deux sociétés ne constituent pas une politique de groupe, ces sociétés n'étant pas jusqu'alors en relations commerciales fécondes et aucun projet de collaboration commerciale n'étant effectivement engagé ni ne profitent en réalité qu'à la société mère, qui paie ainsi l'acquisition de sa filiale avec la trésorerie de cette dernière, et à son président compte tenu de la structure du capital (Cass. crim. 24-6-1991 : RJDA 11/91 n° 926) ;
- les opérations contestées étaient faites au profit d'une société et au détriment d'une autre selon les circonstances et sans stratégie globale ni raison économique et selon le désordre des comptabilités des entreprises, visant à cacher la situation réelle catastrophique de chaque société (Cass. crim. 9-12-1991 : RJDA 5/92 n° 463) ;
- le président d'une société A a ponctionné dans la trésorerie de la société au profit d'une société holding B dont il était gérant des sommes destinées à rembourser un prêt souscrit pour le rachat des actions dans l'intérêt du groupe constitué par les trois sociétés A, B, et C afin de se dégager de toute responsabilité, alors que les ressources de la société B ne suffisaient pas pour rembourser les avances et prêts reçus et consentis sans véritable contrepartie et au seul profit du président détenant la majorité du capital de la société B (Cass. crim. 5-5-1997 : RJDA 12/97 n° 1493) ;
- les avances de trésorerie ont été accordées par la société mère à la filiale ayant le même président, dès lors que la société mère mise ensuite en redressement judiciaire avait aidé financièrement sans contrepartie, au-delà de ses capacités et contrairement à son intérêt Cass. crim. 18-1-1993 : RJDA 6/93 n° 515).

2° Administrateur provisoire

L'actionnaire d'une société dont le président est poursuivi pénalement et est par ailleurs l'animateur déterminant du groupe peut demander la nomination d'un administrateur provisoire à la fois au sein de cette société et de toutes les sociétés du groupe (Cass. com. 5-2-1985 : JCP 1985.II n° 20492 note Viandier).

3° Appréciation des ressources d'une filiale en fonction de la solvabilité du groupe

Une filiale condamnée à verser un million d'euros de dommages-intérêts à un concurrent pour concurrence déloyale par un jugement assorti de l'exécution provisoire n'a pas pu obtenir l'arrêt de l'exécution provisoire en faisant valoir que celle-ci compromettrait sa solvabilité dès lors qu'elle appartenait à un groupe solide ayant une surface financière importante, qui lui avait apporté un soutien financier constant depuis sa création et lui avait permis de continuer son exploitation malgré des résultats toujours négatifs (CA Paris 15-4-2011 n° 11/5714 : RJDA 8-9/11 n° 703).

4° Contrats de gestion, formation du personnel, publicité...

Ces contrats sont valables car ils sont considérés comme des opérations courantes dans le cadre d'un groupe et le prix de facturation est normal lorsqu'il porte sur le coût de revient, soit la facturation avec une marge bénéficiaire raisonnable visant au recouvrement des frais indirects sans affectation (CA Paris 17-10-2003 n° 02/3107 : RJDA 3/04 n° 314).

Est valable :

- le « contrat de gestion » par lequel une société mère fournit divers services à ses filiales moyennant rémunération à condition d'être « dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée par l'ensemble du groupe ou à tout le moins commun, et donner lieu à la conclusion d'engagements équilibrés, le cas échéant révisables et adaptables aux circonstances » ; en outre, il doit être établi en tenant compte,

d'une part, « de la réalité et de l'efficacité des prestations fournies (...) et, d'autre part, en ce qui concerne le prix fourni en retour, des liens historiques et de solidarité unissant les sociétés et des possibilités financières de celle qui en supporte les charges » (CA Paris 29-5-1986 : Gaz. Pal. 1986 p. 479 note Marchi) ;

- un contrat d'assistance et de conseil liant une société et son principal actionnaire dont la participation effective avait contribué au redressement spectaculaire de la société (CA Paris 6-2-1998 : RJDA 7/98 n° 876 et, sur pourvoi, Cass. com. 27-2-2001 : RJDA 6/01 n° 702).

Si le contrat de gestion vient à être annulé pour atteinte à l'intérêt social et abus de majorité, la société mère est contrainte de restituer les sommes versées en exécution de cette convention (Par exemple : Cass. com. 21-1-1997 : RJDA 4/97 n° 525).

5° Conventions réglementées

Une convention de trésorerie signée entre les sociétés du groupe en vue de créer un pool de trésorerie administré par une société holding selon les autorisations de découvert de chaque société du groupe et engendrant le versement d'intérêts n'est pas en elle-même exceptionnelle dans un groupe de sociétés, pourvu qu'elle ne soit pas conclue à des conditions anormales ; dans ces conditions, elle n'est pas soumise au contrôle des conventions réglementées (CA Versailles 2-4-2002 n° 006 3930 : RJDA 11/02 n° 1150).

6° Incidence procédurale du groupe

Substitution d'une société du groupe à la société poursuivie. La victime d'un dommage causé par un produit défectueux, qui agit par erreur contre le fournisseur, filiale détenue à 100 % par le producteur, dans le délai de prescription peut demander la substitution de la société mère à la filiale (CJUE 2-12-2009 aff. 358/08 : RJDA 2/10 n° 187).

7° Arbitrage

a. Opposabilité de la clause d'arbitrage

Les autres sociétés d'un groupe peuvent être attirées à la procédure d'arbitrage intentée contre l'une d'entre elles, dès lors que les documents contractuels et l'exécution postérieure du contrat font présumer qu'elles avaient connaissance de cette clause et qu'elles l'avaient implicitement acceptée (Cass. com. 28-11-1989 : Bull. Joly 1990 p. 192 ; CA Paris 30-11-1988 : Rev. arb. 1989 p. 691 note Tschanz ; sentence CCI 4131 en 1982, Clunet 1983 p. 899 obs. Derains ; sentence CCI 6519 en 1991, Clunet 1991 p. 1065 obs. Derains).

La même règle est applicable aux sociétés unies au sein d'une unité économique soumise à un pouvoir unique (CA Paris 11-1-1990 : Rev. arb. 1992. 95 note Cohen).

b. Indépendance de l'arbitre

L'appartenance de sociétés à un groupe peut affecter l'indépendance de l'arbitre désigné par l'une d'elles si celui-ci a déjà été choisi par les autres sociétés du groupe ; par exemple le caractère systématique de la désignation d'une personne par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure, de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie afin de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation (Cass. 1e civ. 20-10-2010 n° 09-68.131 et 09-68.997 : RJDA 2/11 n° 196).

8° Lettre d'intention

a. Engagement moral

A été qualifié d'engagement moral sans obligation juridique de la société mère le document qui indiquait le montant de la participation de la société mère précisant son intérêt dans les affaires de sa filiale ou son approbation de l'opération envisagée par la filiale ou encore la capacité financière de la filiale à honorer ses engagements (CA Paris 4-5-1993 : Bull. Joly 1993 p. 729 ; CA Bordeaux 16-10-1985 : D. 1989 p. 436).

b. Engagement contractuel

A été qualifiée d'engagement contractuel de faire ou de ne pas faire la lettre d'intention, en dépit de son caractère unilatéral, qui a été acceptée par son destinataire soit expressément soit implicitement par son attitude, telle que la rédaction commune de la lettre (Cass. com. 31-12-1987 : JCP 1988.II n° 21113 concl. Montanier).

c. Obligation de résultat

La lettre d'intention contient une obligation de résultat lorsque son auteur formule une garantie de résultat précis et non aléatoire ; tel est le cas de :

- l'engagement d'une société mère à l'égard d'un créancier de prendre toutes mesures visant à assurer l'exécution de ses obligations par sa filiale et à ne pas vendre sa participation (CA Versailles 17-6-1999 n° 96/8341 : RJDA 10/99 n° 1083) ;
- l'engagement par une société mère à l'égard d'une banque d'effectuer des apports en compte courant à sa filiale afin de s'assurer l'ensemble des besoins financiers de celle-ci (Cass. com. 24-10-2000 n° 1861 : RJDA 2/01 n° 164) ;
- l'engagement pris par une société mère à l'égard d'un organisme de crédit-bail finançant les investissements immobiliers de la filiale, de fournir à la filiale l'aide technique, commerciale et financière nécessaire pour lui assurer un plan de financement et la fourniture de crédit de l'organisme (CA Paris 11-5-1993 : RJDA 1/94 n° 84) ;
- l'engagement de la société mère de solder les débits de sa filiale à l'égard d'une banque à réception de toute demande écrite (Cass. com. 19-4-2005 n° 660 : RJDA 7/05 n° 831) ;
- l'obligation prise par la société mère de faire le nécessaire pour garantir une trésorerie suffisante permettant à sa filiale d'exécuter ses obligations envers un établissement bancaire (Cass. com. 26-2-2002 n° 484 : RJDA 7/02 n° 815 ; Cass. com. 19-4-2005 n° 644 : RJDA 7/05 n° 892) ou pour conduire à son terme l'opération conclue entre la filiale et un créancier (Cass. com. 9-7-2002 n° 1414 : RJDA 1/03 n° 75) ;
- l'obligation de ne pas faire, par exemple l'engagement d'une société de ne pas vendre sa participation dans la société débitrice (CA Versailles 17-6-1999 n° 93/8341 : RJDA 10/99 n° 1083).

Faute de parvenir au résultat promis, la société mère est tenue de verser des dommages et intérêts au bénéficiaire de la lettre qui ne peut exiger les sommes dues par la filiale, à la différence du cautionnement (Cass. com. 16-11-2004 n° 1630 : RJDA 3/05 n° 280).

9° Procédures collectives d'apurement du passif

a. Ouverture d'une procédure collective à l'encontre des sociétés d'un groupe

Société fictive. L'ouverture d'une procédure collective unique a été retenue lorsque :

- deux sociétés dont l'une est locataire gérante de la société en liquidation des biens, ne forment en réalité qu'une personne morale unique (Cass. com. 2-4-1979 : Bull. civ. IV n° 120) ;
- quatre sociétés avaient un gérant identique poursuivant la même activité commerciale par le biais de structures différentes mais fictives sans avoir à prouver la confusion de patrimoines (Cass. com. 8-2-1994 : Bull. Joly 1994 p. 394).

Toutefois, la fictivité ne peut pas résulter du fait que deux sociétés mère et filiale ont des dirigeants communs, un siège social identique et des sigles voisins, lorsque la société mère n'a pas pu assumer en tant que holding ses obligations financières envers la filiale totalement dépendante d'elle (Cass. com. 27-10-1998 : RJDA 1/99 n° 42).

b. Confusion de patrimoines

1. Existence

L'extension de procédure collective à toutes les sociétés du groupe suppose la confusion des patrimoines des sociétés en cause ; la preuve de la confusion de patrimoines est établie lorsqu'entre des sociétés d'un même groupe, des rapports financiers ou des mouvements financiers anormaux ont été constatés, ainsi dans les situations suivantes :

- liquidation des biens de sociétés et de leurs dirigeants avec constitution d'une masse unique pour toutes les personnes physiques et morales du groupe des sociétés dont tous les biens appartenaient à la même famille dirigeant et ayant disposé des biens sociaux comme des biens personnels par la confusion des patrimoines sociaux et personnels (Cass. com. 6-11-1985 : Bull. civ. IV n° 265) ;
- extension de liquidation des biens d'une société de fabrication de vêtements à une autre société distributrice de ceux-ci, les deux sociétés ayant un siège social identique, la moitié du capital de la première appartenant aux propriétaires de tout le capital de la première et entretenant une totale dépendance financière, l'une réglant intégralement les paiements de l'autre (CA Paris 15-4-1988 : Rev. sociétés 1988 p. 430 note Honorat ; de même CA Paris 25-9-1990 : Bull. Joly 1990 p. 963) ;
- extension du redressement judiciaire d'une SARL à une SA détenant la moitié du capital de la première, les deux sociétés ayant conclu entre elles des conventions dont l'exécution partielle avait engendré une totale désorganisation des comptes et un enchevêtrement irréductible de leurs relations (Cass. com. 24-10-1995 : RJDA 2/96 n° 266) ;
- liquidation des biens de sociétés et de leurs dirigeants avec constitution d'une masse unique pour toutes les personnes physiques et morales du groupe des sociétés dont tous les biens appartenaient à la même famille dirigeant et ayant disposé des biens sociaux comme des biens personnels par la confusion des patrimoines sociaux et personnels (Cass. com. 6-11-1985 : Bull. civ. IV n° 265).

2. Absence

L'extension de procédure collective à toutes les sociétés du groupe est impossible lorsque la confusion de patrimoines n'est pas caractérisée à la date du jugement d'ouverture de la procédure, ainsi :

- lorsqu'une société du groupe a été vendue à de nouveaux associés tiers ayant procédé à une gestion autonome de celle-ci (CA Aix 30-3-1979 : Bull. cour d'Aix 1979/2 p. 102) ;
- lorsque les flux financiers anormaux étaient apparus après ouverture de la liquidation judiciaire (Cass. com. 28-11-2000 : RJDA 2/01 n° 168) ;
- lorsqu'il n'a pas été caractérisé 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 révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société mère avec celui de sa filiale (Cass. com. 19-4-2005 n° 866, Facques ès qual. c/Theetten ès qual. : RJDA 1/06 n° 43, 1e esp.).

c. Unité de procédure

L'unité de procédure des sociétés faisant l'objet d'une procédure collective pour confusion de patrimoines entraîne les conséquences suivantes :

- la déclaration de créance faite auprès du représentant des créanciers d'une des sociétés suffit pour l'ensemble des sociétés du groupe et doit renfermer toutes les précisions relatives aux diverses créances (Cass. com. 1-10-1997 : RJDA 3/98 n° 311) ;
- il est impossible de prononcer des mesures distinctes selon les sociétés du même groupe, par exemple une liquidation judiciaire ou un plan de continuation partielle pour certaines et pas pour d'autres (Cass. com. 17-2-1998 : RJDA 6/98 n° 749).

d. Comblement de passif

Pour éviter l'action en comblement de passif, la société mère ne peut pas se prévaloir de sa propre soumission à la direction de fait du groupe dont elle faisait partie (CA Paris 23-5-1997 : RJDA 10/97 n° 1277).

1° Paiement du passif d'une société du groupe hors procédure collective

a. Absence d'obligation de principe

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 ; la décharge de déchets exploitée par une société avait été fermée par décision administrative en raison des gênes causées aux riverains ; tenue de réhabiliter le site mais privée des ressources provenant de l'exploitation de la décharge, la société avait procédé aux deux premières phases de réhabilitation avec le soutien financier de sa société mère, laquelle avait ensuite décidé de la liquider avant la réalisation de la dernière phase de réhabilitation ; ces travaux avaient été achevés par un établissement public qui avait alors demandé à la société mère de l'indemniser ; cette demande a été écartée par la Cour de cassation pour le motif énoncé ci-dessus, la société mère n'ayant commis aucune faute en décidant de liquider sa filiale (Cass. com. 26-3-2008 n° 07-11.619 : BRDA 10/08 inf. 2).

b. Existence d'une obligation en cas d'apparence d'union entre les sociétés

Les créanciers d'une société d'un groupe peuvent demander à une autre société du groupe le règlement de leur créance si les deux sociétés leur ont laissé légitimement croire à l'existence d'une seule société ou à leur union par une communauté d'intérêts ou lorsque le comportement fautif de l'une des sociétés a laissé penser qu'elle contribuait à l'obligation de l'autre (Cass. com. 5-2-1991 : RJDA 4/91 n° 303 ; Cass. com. 18-10-1994 : RJDA 2/95 n° 153) ; tel est le cas :

- pour des sociétés de construction, lorsque la société mère s'est interposée entre ses filiales dont elle conservait le contrôle absolu et permanent, et chaque acheteur (Cass. civ. 13-12-1967 : D. 1968 p. 337) ;
- pour deux sociétés dont l'une prétendait être administrateur de l'autre mais s'identifiait en réalité avec elle (Cass. com. 27-4-1970 : Bull. civ. IV n° 136).

Lorsque cette apparence est établie les créanciers d'une société mère également débiteurs envers l'une des filiales de celle-ci peuvent invoquer la compensation légale (cf. Cass. com. 28-5-1991 : RJDA 8-9/91 n° 716).

c. Absence d'apparence d'union entre les sociétés

L'apparence d'union entre deux sociétés d'un groupe n'est pas caractérisée :

- par l'emploi d'un même logo par la société mère et la filiale, ni par la présence du président du directoire de la société mère aux conseils d'administration des diverses sociétés du groupe, ni par les déclarations de ce président à la presse relatives à la stratégie du groupe ; tous ces indices ne révèlent pas une gestion par immixtion, pas plus que la décision par la société mère de cesser l'activité de la filiale débitrice et de la libérer les locaux loués par celle-ci (Cass. 3e

civ. 25-2-2004 n° 240 : RJDA 6/04 n° 438) ;

- par le fait que la société mère décide de mettre fin à l'activité d'une filiale et procède à la résiliation consécutive du bail commercial de celle-ci, même si le dirigeant de la société mère participait aux réunions du conseil d'administration de la filiale, les deux sociétés employaient les mêmes logos et marques et l'un des membres du directoire de la société était le principal intervenant auprès du bailleur (Cass. 3e civ. 25-2-2004 n° 240 : RJDA 6/04 n° 715 : non-obligation de la société mère oblige la société mère à régler les loyers et charges impayées).

Titre II

PARTICIPATION DANS LE CAPITAL D'UNE AUTRE SOCIETE

Art. 176 [mod.]

Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction de capital égale ou supérieure à dix pour cent (10 %), la première est considérée, pour l'application du présent Acte uniforme, comme ayant une participation dans la seconde.

Art. 177 [mod.]

Une société par actions ou une société à responsabilité limitée ne peut posséder d'actions ou de parts sociales d'une autre société si celle-ci détient une fraction de son capital supérieure à dix pour cent (10 %).

A défaut d'accord entre les sociétés intéressées pour régulariser la situation, celle qui détient la fraction la plus faible du capital de l'autre doit céder ses actions ou ses parts sociales. Si les participations réciproques sont de même importance, chacune des sociétés doit réduire la sienne, de telle sorte qu'elle n'excède pas dix pour cent (10 %) du capital de l'autre.

Jusqu'à leur cession effective, les actions ou les parts sociales à céder sont privées du droit de vote et du paiement des dividendes y attachés.

Art. 178 [mod.]

Si une société, autre qu'une société par actions ou une société à responsabilité limitée a, parmi ses associés, une société par actions ou une société à responsabilité limitée détenant une participation à son capital supérieure à dix pour cent (10 %), elle ne peut détenir d'actions ou de parts sociales de cette société.

Au cas où la participation de la société par actions ou de la société à responsabilité limitée dans la société est égale ou inférieure à dix pour cent (10 %), elle ne peut détenir plus de dix pour cent (10 %) du capital de la société par actions ou de la société à responsabilité limitée.

Dans les deux cas prévus au présent article, si la société autre que la société par actions ou la société à responsabilité limitée possède déjà des titres de cette société par actions ou société à responsabilité limitée, elle doit les céder. Jusqu'à leur cession effective, les actions ou les parts sociales à céder sont privées du droit de vote et du paiement des dividendes y attachés.

Titre III

SOCIETE MERE ET FILIALE

Art. 179

Une société est société mère d'une autre société quand elle possède dans la seconde plus de la moitié du capital.

La seconde société est la filiale de la première.

JURISPRUDENCE OHADA

I. Régime de la filiale

Il résulte des dispositions de l'article 179 de l'AUSCGIE que la filiale est une société contrôlée par la société mère mais dotée de la personnalité morale et ayant des attaches nationales. Elle a un patrimoine propre et est responsable de son passif (CA N'Djaména, n° 281/2000, 5-5-2000 : SDV Cameroun et SDV Tchad c/ STAR NATIONALE, Rev. Juridique Tchadienne, n° 1, mai-juill. 2001, p. 21 ; Ohadata J-06-58).

La société filiale est une véritable société ayant sa propre personnalité juridique. Ainsi, une société D qui a un litige avec une société A au sujet de la cession forcée des actions d'une société C, n'a aucun intérêt à agir contre la société B qui est la société mère de la société A (CA Ouagadougou (Burkina Faso), ch. com., n° 037/09, 19-6-2009 : Sté ATLANTIQUE TELECOM et Sté ETISALAT c/ Sté PLANOR AFRIQUE et Sté TELECEL, Ohadata J-10-214).

Obs. : sur cette qualification de filiale, voir l'art. 173.

La filiale se distingue de la succursale par son indépendance juridique complète de la société mère qui, pour se réclamer de la filiale doit y posséder plus de la moitié du capital. Les dirigeants sociaux d'une filiale accomplissent leurs charges sociales inhérentes aux statuts en toute autonomie par rapport à la société mère. La filiale peut avoir une forme, un objet et une nationalité différents de la société mère et contrairement à la succursale, la filiale est immatriculée au RCCM en tant que véritable société (T. com. Brazzaville (Congo), ord. réf. n° 065, 28-10-2011 : Sté générale WIETC Company Ltd c/ BRAEL-CONGO SARL, Ohadata J-13-111).

Le contrat en cause ayant été conclu entre la société défenderesse et la société B dont les signatures figurent sur ledit contrat, la société A, filiale de la société B, ne peut répondre des dettes contractées par sa société mère pour la simple raison qu'elle a, auparavant, volontairement payé les dettes de cette dernière, dès lors qu'aucune des clauses du contrat ne lie la société A et qu'en sa qualité de filiale de la société B, elle est dotée d'une personnalité juridique propre. Selon l'article 2 de l'AUPSRVE, la procédure d'injonction de payer ne peut être déclenchée que lorsque la créance a une cause contractuelle ou cambiaire. En l'espèce, le contrat de location de bacs, fondement de la procédure initiée par la société défenderesse, n'a pas été signé avec la société A. Cette dernière n'ayant aucune relation contractuelle avec la société défenderesse, la créance ne réunit pas les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité exigés par les articles 1 et 2 de l'AUPSRVE précités. Il s'ensuit que l'ordonnance enjoignant à la société A de payer une somme d'argent à la société défenderesse n'est pas fondée et en ordonnant sa rétractation pure et simple par le jugement entrepris, le premier juge a fait une bonne application de la loi et sa décision doit être confirmée (CCJA, 3e ch., n° 102, 2-6-2016 : OLAM TOGO SARL c/ VATEL SA, Ohadata J-17-44).

II. Détention de plus de la moitié du capital d'une société comme critère caractérisant une filiale

Il résulte de l'article 179 de l'AUSCGIE que la seule condition pour qu'une société soit considérée comme la filiale d'une autre est la détention par cette dernière de plus de la moitié de son capital social ; en fixant le pourcentage de détention des parts sociales à plus de 50 % du capital de la filiale, les dispositions de l'Acte uniforme précité n'ont pas fixé un plafond sur la prise de participation de la société mère dans le capital de la société filiale, de sorte que rien n'interdit à une société mère de détenir 100 % des parts sociales de sa filiale. En considérant qu'une société A, SARL de droit togolais, est une succursale d'une société B dont le siège est situé en dehors de l'espace OHADA, au motif que cette dernière détient 100 % du capital

social de la SARL, la chambre civile et commerciale de la cour d'appel de Lomé a fait une mauvaise interprétation ou fausse application de l'article 179 précité, exposant ainsi son arrêt à la cassation. Sur l'évocation, il y a lieu de dire que la société A n'est pas une succursale de la société B étrangère qui détient la totalité de son capital (CCJA, 3e ch., n° 102, 2-6-2016 : OLAM TOGO SARL c/ VATEL SA, Ohadata J-17-44).

Art. 180

Une société est une filiale commune de plusieurs sociétés mères lorsque son capital est possédé par lesdites sociétés mères, qui doivent :

- 1°) posséder dans la société filiale commune, séparément, directement ou indirectement par l'intermédiaire de personnes morales, une participation financière suffisante pour qu'aucune décision extraordinaire ne puisse être prise sans leur accord ;
- 2°) participer à la gestion de la société filiale commune.

RETROUVREZ PLUS D'INFORMATION SUR

<https://boutique.evl.fr/code-pratique-ohada.html>

CODE PRATIQUE OHADA

UN CODE UNIQUE EN SON GENRE POUR ÉLARGIR
VOTRE ESPACE DE COMPÉTENCE !



La nouvelle édition du Code pratique OHADA annoté est l'occasion de redécouvrir le droit des affaires en Afrique. Enrichie de très nombreuses décisions de justice, et incluant désormais 560 décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, elle intègre des décisions des juridictions des 17 pays Etats-membres, mais aussi de pays tiers.



EDITIONS
FRANCIS LEFEBVRE