



**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international  
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)  
Trente-cinquième session  
Vienne, 17-21 novembre 2008**

## **Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité**

### **Troisième partie: Traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité**

**Note du Secrétariat**

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction .....	1-2	2
II. Glossaire .....	3	2
III. Groupes d'entreprises: caractéristiques générales .....	4-41	3
A. Introduction .....	4-8	3
B. Nature des groupes d'entreprises .....	9-17	5
C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises .....	18-27	8
D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle .....	28-32	11
E. Réglementation des groupes d'entreprises .....	33-41	13



## I. Introduction

1. La présente note s'appuie sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2, A/CN.9/WG.V/WP.78 et Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.80 et Add.1, le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (ci-après "le *Guide législatif*" ou "le *Guide*"), la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (ci-après "la Loi type"), ainsi que sur les rapports du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de ses trente et unième, trente-deuxième, trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/618, A/CN.9/622, A/CN.9/643 et A/CN.9/647 respectivement). Elle comprend une version révisée des recommandations examinées à la trente-quatrième session du Groupe de travail (New York, 3-7 mars 2008) ainsi qu'un projet de commentaire établi sur la base des éléments figurant dans les précédents documents de travail et des observations et suggestions faites par le Groupe de travail à ses sessions antérieures.

2. Le texte ci-après, qui est spécialement consacré au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, est présenté en tant que troisième partie du *Guide législatif* et a la même structure que les première et deuxième parties du *Guide*: les questions pertinentes y sont analysées dans un commentaire, puis des recommandations législatives y sont formulées. Si une de ces questions nécessite une démarche différente de celle suivie dans le *Guide* ou si le traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité soulève d'autres questions qui ne sont pas traitées dans les première et deuxième parties, il en est rendu compte dans la troisième partie. Les questions déjà traitées dans les première et deuxième parties qui n'appellent pas un traitement différent dans le contexte des groupes d'entreprises ne sont pas abordées une nouvelle fois dans le texte ci-après. Autrement dit, sauf indication contraire dans la troisième partie, les recommandations des première et deuxième parties s'appliquent dans ce contexte. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir comment ce texte devrait être présenté. S'il doit figurer en tant que troisième partie dans le *Guide*, des modifications appropriées devront être apportées aux renvois et à la présentation. Par exemple, les renvois au "*Guide législatif*" devront être remplacés par des renvois appropriés aux paragraphes et aux recommandations pertinents des première et deuxième parties.

## II. Glossaire

### 1. Notes sur la terminologie

3. Étant donné que certains termes peuvent avoir des sens fondamentalement différents selon les pays, des définitions supplémentaires sont données dans la partie ci-après afin d'orienter le lecteur et de contribuer à faire en sorte que les concepts examinés soient clairs et largement compris. Il convient également de consulter les notes sur la terminologie et les termes et explications figurant dans le glossaire du *Guide législatif* car ils peuvent avoir un rapport avec les questions examinées ci-après.

## 2. Termes et explications

a) “Groupe d’entreprises”: deux entreprises ou plus liées entre elles par une participation ou un contrôle.

b) “Entreprise”: toute entité, indépendamment de sa forme juridique, qui exerce une activité économique et à laquelle la loi sur l’insolvabilité est susceptible de s’appliquer<sup>1</sup>.

d) “Contrôle”: capacité de déterminer, directement ou indirectement, les politiques opérationnelles et financières d’une entreprise.

e) “Coordination procédurale”: coordination de l’administration de deux procédures d’insolvabilité ou plus visant des membres d’un groupe d’entreprises. Chacun de ces membres, ainsi que son patrimoine, reste distinct<sup>2</sup>.

(f) Regroupement des patrimoines: [mise en commun de l’actif et du passif de deux membres ou plus d’un groupe d’entreprises pour créer une seule masse de l’insolvabilité<sup>3</sup>.]

## III. Groupes d’entreprises: caractéristiques générales

### A. Introduction

4. La plupart des pays reconnaissent la notion juridique de “société”, entité dotée d’une personnalité juridique distincte de celle des individus qui la composent – propriétaires, administrateurs ou employés. En tant que personne morale ou juridique, une société est titulaire de droits et assume des obligations et des responsabilités; par exemple elle peut poursuivre et être poursuivie, détenir ou céder des biens, signer des contrats et payer des impôts. C’est aussi une institution pérenne, c’est-à-dire qu’elle peut continuer d’exister sans interruption indépendamment de ses membres, et ses actionnaires peuvent céder leurs actions sans que cela ait d’incidence à cet égard. La responsabilité d’une société peut aussi être limitée, de sorte que les investisseurs ne sont responsables que jusqu’à concurrence du montant qu’ils y ont volontairement engagé, ce qui est un facteur de sécurité propre à encourager l’investissement. Sans cette limitation, ils exposeraient l’ensemble de leurs actifs à chaque participation dans une société. Une société acquiert la personnalité juridique par un processus juridique et, une fois constituée, elle est soumise au régime réglementaire applicable aux entités ainsi constituées. En général, cette législation détermine non seulement les conditions mais aussi les conséquences de la constitution, telles que les pouvoirs et les capacités de la société, les droits et les obligations de ses membres et la mesure dans laquelle ces derniers peuvent être tenus responsables de ses dettes. On peut donc considérer que la

<sup>1</sup> Conformément à l’approche adoptée dans le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité*, l’accent est mis sur la conduite d’activités économiques par des entités qui entreraient dans la description d’une “entreprise”. Ne sont pas visés les consommateurs ou d’autres entités qui ne seraient pas soumises à une loi sur l’insolvabilité conformément aux recommandations 8 et 9 du *Guide*.

<sup>2</sup> Voir A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1, par. 18 à 21.

<sup>3</sup> Les effets du regroupement de patrimoine et le traitement des sûretés font l’objet des recommandations 18 et 19.

société commerciale est une formule qui favorise la sécurité dans la gestion des affaires car les personnes qui ont des rapports avec une société savent qu'elles peuvent se fier à sa personnalité juridique et aux droits, devoirs et obligations qui y sont attachés.

5. Les activités des sociétés sont de plus en plus souvent menées, au niveau national comme au niveau international, par l'intermédiaire de "groupes d'entreprises". Ce terme recouvre de nombreuses formes différentes d'organisation économique fondée sur l'entité juridique unique que l'on peut, à des fins opérationnelles, définir approximativement comme un ensemble de deux sociétés ou plus liées par une certaine forme de contrôle (direct ou indirect) ou de propriété (voir ci-après). La taille et la complexité des groupes d'entreprises ne sont peut-être pas toujours facilement visibles car beaucoup d'entre eux se présentent au public comme une organisation unitaire opérant sous une seule identité.

6. Les groupes d'entreprises existent depuis un certain temps. Selon des commentateurs, ils ont fait leur apparition dans certains pays à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle sous l'effet d'un processus d'expansion interne par lequel des sociétés ont pris le contrôle de leurs propres capacités financières, techniques ou commerciales. Ces sociétés, qui constituaient des entités distinctes, se sont ensuite développées sur le plan externe pour prendre le contrôle juridique ou économique d'autres sociétés. Dans un premier temps, ces dernières pouvaient se situer sur le même marché, mais l'expansion a gagné par la suite des sociétés de secteurs connexes, puis des secteurs différents, voire sans rapport avec le produit ou la situation géographique, ni même avec les deux. Un des facteurs qui a favorisé cette expansion, tout du moins dans certains pays, a été la légalisation de la détention d'actions d'une société par une autre, ce qui, au départ, était interdit dans les systèmes aussi bien de *common law* que de droit romano-germanique.

7. Tout au long de cette expansion, les sociétés ont conservé, et conservent encore, leur personnalité juridique distincte, même si la société indépendante n'est probablement plus aujourd'hui la forme typique d'organisation que pour les petites entreprises privées. Les groupes d'entreprises sont maintenant omniprésents à la fois sur les marchés émergents et sur les marchés développés et opèrent de façon similaire dans de nombreux secteurs souvent sans liens entre eux. Ils appartiennent souvent à des familles, avec des degrés de participation variables d'investisseurs extérieurs. Parmi les plus grandes entités économiques du monde figurent non seulement des Etats, mais aussi un nombre égal d'entreprises multinationales. Les principaux groupes multinationaux peuvent générer une fraction considérable du produit national brut au niveau mondial et avoir des taux de croissance et des chiffres d'affaires annuels supérieurs à ceux de nombreux Etats.

8. Cependant, bien que les groupes d'entreprises soient une réalité, une grande partie de la législation relative aux sociétés, et en particulier à leur traitement en cas d'insolvabilité, s'applique aux sociétés en tant qu'entités distinctes. Malgré l'absence de législation, les juges de nombreux pays, confrontés à des questions plus faciles à traiter en se référant à la notion d'entreprise distincte qu'à celle de société distincte, ont mis au point des solutions permettant d'obtenir des résultats mieux adaptés à la réalité économique des affaires modernes.

## B. Nature des groupes d'entreprises

9. Les groupes d'entreprises peuvent être des structures simples ou très complexes, avec de nombreuses filiales en propriété exclusive ou partielle, filiales d'exploitation, sous-filiales, sous-holdings, sociétés de services, sociétés inactives, administrations réciproques, participations au capital, etc. Ils peuvent aussi comprendre d'autres types d'entités telles que des entités ad hoc<sup>4</sup>, des coentreprises<sup>5</sup>, des fiducies à l'étranger<sup>6</sup> et des partenariats.

10. Les groupes d'entreprises peuvent avoir une structure hiérarchique ou verticale dans le cadre de laquelle des strates successives de sociétés mères et de sociétés contrôlées, qui peuvent être des filiales ou d'autres types de sociétés apparentées ou associées, opèrent à différents points d'un processus de production ou de distribution. Ils peuvent aussi avoir une structure plus horizontale et être constitués de nombreuses sociétés sœurs, présentant souvent un degré élevé de participation croisée, qui opèrent au même niveau dans ce processus. Ils peuvent exercer leurs activités dans des secteurs apparentés ou dans des secteurs très divers sans rapport

<sup>4</sup> Les entités ad hoc (également dénommées "véhicules ad hoc", "structures d'accueil" ou "entités jouissant d'une réelle autonomie patrimoniale") sont créées pour remplir des objectifs temporaires ou limités, tels que l'acquisition et le financement d'actifs déterminés, afin essentiellement d'isoler les risques financiers ou de renforcer l'efficacité fiscale. Une entité ad hoc est le plus souvent une filiale appartenant presque entièrement à la société mère – certains pays exigent toutefois qu'un autre investisseur en détienne au moins 3 %. De par la structure de son actif et de son passif et son statut juridique, ses obligations sont généralement garanties même si la société mère devient insolvable. Une société peut créer une entité ad hoc sans avoir à inscrire aucun des éléments d'actif ou de passif correspondants à son propre bilan: il s'agit donc d'engagements hors bilan. Les entités ad hoc peuvent également être utilisées à des fins concurrentielles pour faire en sorte que la propriété intellectuelle, par exemple lors du développement d'une nouvelle technologie, soit détenue par une entité séparée non assujettie à des accords de licence préexistants.

<sup>5</sup> Une coentreprise est souvent un arrangement contractuel ou un partenariat entre deux parties ou plus en vue de la réalisation d'un objectif commercial commun. Cet arrangement peut parfois donner naissance à une ou plusieurs entités juridiques dont les deux parties devront financer les fonds propres et se partager les produits, les dépenses et le contrôle. L'entreprise pourrait être destinée à un projet déterminé uniquement ou s'inscrire dans une relation d'affaires continue. Les coentreprises sont largement utilisées au niveau international, car certains pays imposent aux sociétés étrangères de s'allier à un partenaire national pour pouvoir pénétrer un marché. Cette exigence entraîne souvent un transfert de technologie et un transfert du contrôle de gestion au partenaire national. La constitution d'une coentreprise peut aider à répartir les coûts et les risques; à améliorer l'accès aux ressources financières; à réaliser des économies d'échelle et à tirer parti d'autres avantages liés à la taille de l'entreprise; et à faciliter l'accès à de nouvelles technologies et à de nouveaux clients, ou à des pratiques de gestion novatrices. Elle peut également servir à réaliser des objectifs concurrentiels et stratégiques, comme influencer l'évolution structurelle d'un secteur d'activité; devancer la concurrence; créer des unités compétitives plus fortes; et faciliter le transfert de technologie et de savoir-faire, de même que la diversification.

<sup>6</sup> Une fiducie à l'étranger (offshore trust) est une fiducie traditionnelle constituée en vertu des lois d'un pays étranger. Elle est de même nature et produit les mêmes effets que les fiducies nationales (onshore trusts) avec un transfert d'actifs à un fiduciaire chargé de les gérer au profit d'une personne ou d'un groupe de personnes. Les fiducies à l'étranger peuvent être créées à des fins fiscales ou pour la protection d'actifs. En pratique, leur efficacité peut être limitée si le droit de l'insolvabilité du pays d'origine de la personne qui transfère les actifs a pour effet d'annuler les transferts vers la fiducie et les opérations réalisées pour frauder les créanciers.

entre eux. On a dit que les groupes horizontaux étaient plus courants dans certaines parties du monde, comme en Europe, et les groupes verticaux dans d'autres, comme aux États-Unis d'Amérique et au Japon.

11. Les études sur les groupes d'entreprises montrent clairement que ces derniers peuvent reposer sur différents types d'alliances telles que relations bancaires, directions imbriquées, alliances de propriétaires, échanges d'informations, coentreprises et cartels. Elles montrent aussi que la structure de ces groupes varie selon le système de gouvernance d'entreprise. Dans certains États, ils ont une organisation verticale ou horizontale et s'étendent sur divers secteurs. Ils comprennent généralement une banque, une société mère ou une société holding<sup>7</sup> (appelée "société mère") ou une société commerciale, et un ensemble diversifié d'entreprises de fabrication. Dans d'autres pays, au contraire, ces groupes sont le plus souvent contrôlés par une seule famille ou un petit nombre de familles et ont toujours une structure verticale ou entretiennent des liens étroits avec l'État mais pas avec des familles.

12. Le degré d'autonomie financière et décisionnelle au sein des groupes peut varier considérablement. Dans certains groupes, les membres peuvent être des entités commerciales actives, responsables en premier lieu de leurs propres objectifs, activités et finances. Dans d'autres, les décisions budgétaires et stratégiques peuvent être centralisées, les membres du groupe opérant en tant que divisions d'une plus grande entreprise et exerçant peu de pouvoir indépendant au sein de l'unité économique homogène. Une société mère peut exercer un contrôle étroit en allouant le capital social et les capitaux empruntés aux membres du groupe par une opération centralisée de financement, en fixant leurs politiques opérationnelles et financières et leurs objectifs de performance, en nommant les administrateurs et autres dirigeants principaux, et en suivant de façon continue leurs activités. Le pouvoir peut être centralisé dans la société mère à la tête du groupe ou dans une société de rang inférieur, la société mère détenant les principales actions du groupe, mais ne jouant pas directement un rôle dans la production ou la gestion. Les plus grands groupes peuvent avoir leurs propres banques et exercer les principales fonctions d'un marché de capitaux. Le financement de groupe peut comporter des prêts intragroupe entre la société mère et les filiales et l'octroi de garanties réciproques<sup>8</sup>. Les prêts intragroupe peuvent revêtir la forme de fonds de

---

<sup>7</sup> Une société holding ou société mère est une société qui détient directement ou indirectement suffisamment d'actions donnant droit de vote d'une autre société pour en contrôler la gestion et les opérations en exerçant une influence sur le conseil d'administration ou en élisant ce dernier. Il peut s'agir d'une société qui ne produit pas elle-même des biens ou des services, mais qui a pour objet de détenir les actions d'autres sociétés (ou de posséder purement et simplement d'autres sociétés).

<sup>8</sup> Dans de nombreux pays, l'une des principales méthodes de mobilisation de capitaux pour les groupes d'entreprises est le financement sur garanties réciproques, dans lequel chaque membre du groupe garantit les obligations des autres. La réalisation des garanties réciproques en cas de liquidation s'est révélée difficile dans certains pays et ces garanties ont parfois été annulées. Dans un pays, les garanties réciproques peuvent avoir pour effet de réduire le poids de la réglementation qui pèse sur les sociétés en allégeant les exigences en matière de comptabilité et d'audit qui sont imposées aux sociétés parties à l'arrangement. L'acte de garantie réciproque (deed of cross-guarantee) rend le groupe des entreprises qui y sont parties comparable, à de nombreux égards, à une entité juridique unique et opère comme une sorte de contribution ou de mise en commun volontaire dans l'éventualité où une ou plusieurs de ces sociétés viendraient à faire l'objet d'une liquidation pendant que la garantie réciproque est encore en vigueur. L'un des

roulement ou de dettes à court terme impayées, tels que des dividendes ou des crédits non versés dans le cadre des opérations intragroupe, et ils peuvent ou non donner lieu au paiement d'intérêts.

13. Dans certains pays, les liens familiaux jouent un rôle connecteur important dans les groupes d'entreprises, et il peut arriver, par exemple, que les principaux membres d'une famille et leurs proches associés siègent au conseil d'administration de la société mère et que des membres de ce conseil siègent aussi dans les conseils des autres sociétés appartenant au groupe, constituant ainsi un réseau de directions communes imbriquées, ce qui permet à la famille de conserver le contrôle du groupe. Par exemple, l'organigramme d'un grand groupe indien révèle un réseau complexe de directions partagées entre le conseil de la société mère et 45 autres membres du groupe.

14. Dans certains pays, les groupes d'entreprises ont bénéficié de liens étroits avec les gouvernements, et les politiques gouvernementales, notamment celles régissant l'accès au crédit et aux devises étrangères et la concurrence, ont fortement influencé leur évolution. De même, des politiques gouvernementales axées sur les opérations des groupes ont parfois éliminé certaines formes de traitement privilégié, comme l'accès aux capitaux.

15. La structure de nombreux groupes d'entreprises témoigne de l'ampleur et de la complexité potentielle des arrangements. Une enquête menée en 1997 en Australie a montré que sur les 500 principales sociétés cotées en bourse, 89 % contrôlaient d'autres sociétés. Plus leur capitalisation boursière était importante, plus elles étaient susceptibles de contrôler d'autres sociétés (les chiffres allaient d'une moyenne de 72 sociétés contrôlées pour celles dont la capitalisation boursière était la plus élevée à une moyenne de 9 pour les plus petites); 90 % des sociétés contrôlées étaient détenues à 100 %; et le nombre de niveaux hiérarchiques de filiales allait de 1 à 11, avec une moyenne générale de 3 à 4<sup>9</sup>. Dans d'autres pays, ces chiffres sont beaucoup plus élevés. Une étude fondée sur les comptes et les rapports de 1979 d'un certain nombre de grandes sociétés multinationales ayant leur siège au Royaume-Uni a dû être abandonnée pour deux des plus grands groupes, ayant respectivement 1 200 et 800 filiales, en raison de l'impossibilité de mener à bien la tâche. Les chercheurs ont noté que peu de personnes au sein du groupe pouvaient avoir une idée claire des liens juridiques précis entre tous les membres de ce groupe et qu'aucun des groupes étudiés ne semblait disposer d'un organigramme complet. De même, les organigrammes de plusieurs groupes immobiliers de Hong Kong, comme le Groupe Carrion, qui a fait faillite il y a plus de 20 ans, occupaient plusieurs pages et il aurait fallu au lecteur une loupe puissante pour identifier les filiales. L'organigramme du groupe Federal Mogul, fournisseur de pièces automobiles, grossi de manière à ce que l'on puisse lire le nom de toutes les filiales, couvre un mur entier d'un petit bureau. Celui de Collins and Aikman, autre groupe automobile, est imprimé sous forme de livre, et les sous-sous-groupes ont une structure aussi complexe que de nombreux groupes d'entreprises nationaux.

---

avantages de cet arrangement est que les créanciers existants et les créanciers potentiels peuvent se concentrer sur la position consolidée de ces entités plutôt que sur les états financiers de chaque filiale détenue à 100 % qui est partie à l'acte.

<sup>9</sup> Cité dans Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report, 2000 (Australie), par. 1.2.

16. Le degré d'intégration d'un groupe d'entreprises peut être déterminé à partir de divers facteurs parmi lesquels l'organisation économique du groupe (par exemple, structure administrative centralisée ou maintien de l'indépendance des divers membres; indépendance ou non des filiales pour leur financement ou leurs garanties de prêts; gestion centralisée ou non des questions de personnel; mesure dans laquelle les principales décisions concernant la politique, les opérations et le budget sont prises par la société mère; et degré d'intégration verticale ou horizontale des sociétés du groupe); les modalités de gestion du marketing dans le groupe (par exemple, importance des ventes et des achats intragroupe, utilisation de marques, de logos et de programmes publicitaires communs et fourniture de garanties pour les produits); et image du groupe (par exemple, mesure dans laquelle il se présente comme une entreprise unique et mesure dans laquelle les activités des sociétés qui le constituent sont présentées comme des opérations du groupe dans les rapports à usage externe, comme ceux qui sont destinés aux actionnaires, aux organismes de contrôle et aux investisseurs).

17. Le fait qu'un groupe soit constitué d'entités juridiques distinctes ne détermine pas nécessairement comment les activités du groupe sont gérées. Bien que chacun de ses membres soit une entité distincte, la gestion peut être organisée par divisions selon les lignes de produits, et les filiales, qui peuvent être chargées d'une ou de plusieurs lignes de produits, peuvent recouper différentes divisions. Dans certains cas, la direction peut traiter les filiales détenues à 100 % comme des succursales de la société mère.

### **C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes d'entreprises**

18. Divers éléments déterminent la formation, le fonctionnement et l'évolution des groupes d'entreprises, qu'il s'agisse de facteurs juridiques et économiques ou de règles sociétales, culturelles, institutionnelles et autres. Le pouvoir étatique, les coutumes successorales, les structures de parenté (y compris les aspects intergénérationnels), l'appartenance ethnique et l'idéologie nationale, de même que le niveau de développement des cadres juridique (par exemple, l'efficacité de l'exécution des contrats) et institutionnel permettant à l'activité commerciale de s'exercer peuvent influencer les groupes d'entreprises dans différents environnements. Des études montrent que les groupes peuvent compenser le faible niveau de développement des institutions, avec les avantages qui en résultent pour ce qui est du coût des opérations.

19. La conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peut présenter divers avantages, comme contribuer à réduire les risques commerciaux ou à maximiser la rentabilité financière, en permettant au groupe de se diversifier dans plusieurs secteurs d'activités, dont chacun est géré par une société différente du groupe. Une société peut en acquérir une autre pour s'agrandir et renforcer sa position sur le marché tout en maintenant et en continuant à exploiter la société acquise comme une entité séparée afin d'utiliser sa dénomination sociale, son fonds commercial (goodwill) et son image publique. L'expansion peut avoir pour but d'acquérir des compétences nouvelles ou des capacités techniques ou managériales. Une fois formés, les groupes peuvent

continuer à exister et à s'étendre car il est coûteux sur le plan administratif de rationaliser et de liquider les filiales redondantes.

20. En raison de sa structure même, un groupe peut attirer des capitaux vers une partie seulement de ses activités sans devoir renoncer au contrôle global, en créant une filiale séparée pour ces activités et en permettant à des investisseurs extérieurs d'en devenir actionnaires minoritaires. De par sa structure encore, un groupe peut réduire la possibilité de voir sa responsabilité juridique engagée en limitant les risques de responsabilité élevés, comme ceux liés à la protection de l'environnement ou des consommateurs, à certaines sociétés du groupe et en isolant ainsi le reste des actifs du groupe de ces risques éventuels. Il sera par ailleurs plus facile d'offrir de meilleures garanties pour contracter des emprunts ou financer des projets en transférant certains actifs vers une société séparée constituée à cet effet, ce qui assurera au prêteur une priorité absolue sur l'ensemble ou la plupart des biens de la nouvelle société. Une société séparée peut également être créée au sein du groupe pour mener à bien un projet particulier et obtenir des financements supplémentaires en grevant ses propres actifs, ou cette création peut être nécessaire pour obtenir une licence ou une concession publique. Une structure de groupe peut simplifier la cession partielle d'une activité car il sera plus facile, et parfois fiscalement plus avantageux, de transférer les parts d'une société du groupe à l'acquéreur plutôt que de vendre des actifs séparés. Un groupe peut également se former incidemment, lorsqu'une société en acquiert une autre, qui se trouve être la société mère d'un certain nombre d'autres sociétés.

21. Il peut être plus facile de satisfaire aux exigences prudentielles, ou à d'autres exigences légales, lorsque les sociétés qui y sont soumises sont des membres séparés d'un groupe. Pour les groupes multinationaux, le droit interne de certains pays dans lesquels le groupe souhaite opérer peut exiger que les activités locales soient conduites par l'intermédiaire de filiales séparées (parfois sous réserve d'une participation nationale minimale au capital social) ou imposer d'autres exigences ou limitations, liées par exemple à la réglementation sur l'emploi et le travail. Des arrangements sans apport de capitaux ont été utilisés pour une expansion à l'étranger en raison, par exemple, d'obstacles locaux à une prise de participation, du niveau de réglementation imposé aux opérations d'investissement étranger et des avantages comparatifs de ces types d'arrangement en termes de coûts. Un autre facteur à prendre en compte pour les groupes multinationaux pourrait être les impératifs géographiques, tels que la nécessité d'acquérir des matières premières ou de commercialiser des produits par l'intermédiaire d'une filiale établie à un endroit particulier. Un facteur connexe de plus en plus souvent pris en compte, qui concerne peut-être davantage la question du lieu où les éléments du groupe devront s'implanter que celle de savoir s'il convient ou non d'organiser une activité par le biais d'une structure de groupe, est l'importance du droit local sur des questions telles que le coût et la simplicité des formalités de constitution des sociétés, les obligations des sociétés et le traitement du groupe en cas d'insolvabilité. Des divergences entre les droits de différents pays peuvent considérablement compliquer ces questions.

22. Parmi les autres principaux facteurs déterminants pour la formation de structures de groupe compliquées figurent les considérations fiscales et leur influence sur les mouvements d'argent au sein du groupe. L'incidence de l'impôt est souvent invoquée pour expliquer la création et la croissance subséquente des

groupes d'entreprises, et de nombreux systèmes juridiques ont traditionnellement accordé de l'importance à l'unité économique d'entités apparentées. S'il se peut que l'imposition séparée de chaque entité soit le principe sous-jacent, celui-ci peut être nuancé pour atteindre des objectifs fondamentaux, par exemple protéger les intérêts fiscaux des États et alléger la charge fiscale qui résulterait sinon d'une imposition séparée de chaque membre du groupe<sup>10</sup>. Parmi les mesures qui prennent en compte les liens entre la société mère et ses filiales, on trouve les exonérations fiscales pour les dividendes intragroupe; les dégrèvements de groupe (group relief); et les mesures destinées à lutter contre la fraude fiscale. Des exonérations fiscales peuvent être accordées par exemple sur les dividendes payés par une société à ses actionnaires résidents ainsi que sur les dividendes intragroupe lorsque les sociétés sont liées par des participations importantes. Des crédits d'impôt peuvent être accordés pour les impôts étrangers payés sur les bénéfices courants de la filiale et pour les impôts étrangers directement prélevés sur un dividende. Un dégrèvement de groupe peut être octroyé lorsque des sociétés apparentées peuvent être traitées comme une unité fiscale unique et qu'elles présentent des comptes consolidés. Les pertes d'une filiale peuvent être déduites des bénéfices d'une autre, ou les bénéfices et les pertes des membres du groupe peuvent être mis en commun.

23. En raison de l'importance des considérations fiscales, les politiques de fixation des prix intergroupes ainsi que les taux et les régimes d'imposition nationaux déterminent souvent la répartition de l'actif et du passif au sein des groupes d'entreprises. Les différences de taux d'imposition des sociétés entre pays, ainsi que certaines exceptions (telles que des taux réduits pour les bénéfices tirés d'activités manufacturières ou de services financiers) applicables dans certains pays peuvent rendre ces pays plus attractifs que ceux dont les taux d'imposition sont plus élevés et les exceptions moins nombreuses, voire inexistantes. Néanmoins, les autorités fiscales peuvent être en droit de revoir les structures des prix de transfert destinées à localiser les bénéfices dans des pays à faible imposition.

24. Certains choix, notamment entre l'établissement d'une succursale ou d'une filiale, peuvent aussi être conditionnés par la réglementation fiscale lorsque, par exemple, le rapatriement des bénéfices d'une filiale étrangère peut être effectué sans paiement d'impôts par le biais de remboursements de prêts à une société mère ou si la société mère détient un pourcentage déterminé (compris entre 5 et 20 %) du capital social de la société étrangère; les intérêts sur les fonds empruntés pour financer l'acquisition d'une filiale peuvent être déduits des bénéfices et, comme il a déjà été noté, les bénéfices et les pertes des filiales peuvent être compensés entre eux dans une déclaration fiscale consolidée. Les activités sont également réparties entre deux sociétés ou plus pour profiter d'abattements fiscaux, de limites imposées sur le montant des abattements, ou de taux d'imposition progressifs, mais aussi pour d'autres raisons par exemple: tirer profit de différences dans les méthodes comptables, dans les années d'imposition, dans les méthodes d'amortissement, dans les méthodes d'évaluation des stocks et dans les crédits pour impôts étrangers; séparer des activités qui, si elles étaient combinées dans une entité imposable unique, pourraient être désavantageuses en matière fiscale; et tirer parti pour certaines activités (comme les ventes prévues ou éventuelles, les fusions, les

---

<sup>10</sup> Investissement international et entreprises multinationales – Responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiales, OCDE, 1980.

liquidations ou les dons ou legs intrafamiliaux) du traitement favorable appliqué à certaines opérations mais pas à d'autres.

25. Les exigences comptables jouent également un rôle dans la détermination de la structure des groupes d'entreprises. Dans certains pays, des dispositifs, comme les filiales ayant un rôle de simple mandataire (agent only), peuvent être créés pour gérer certains aspects de l'activité et éviter à la société mère de présenter un compte d'exploitation détaillé pour cette filiale, qui n'est qu'un représentant de la société propriétaire de l'ensemble des actifs concernés.

26. Nombre des avantages liés à la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe d'entreprises peuvent être illusoire. La protection contre des pertes catastrophiques peut être compromise en raison d'accords de financement de groupe; d'opérations intragroupe; de garanties réciproques; et de lettres de confort<sup>11</sup> remises aux auditeurs du groupe et de la tendance des principaux créanciers, et en particulier des banquiers, à faire en sorte d'obtenir une caution de la société à la tête d'un groupe.

27. Pour éviter les doutes, les structures de groupe ne sont pas nécessaires d'un point de vue comptable – les comptables sont tout aussi disposés à consolider les comptes de succursales que de groupes de filiales. Il semble probable que les secteurs bancaire, commercial et juridique ne saisissent souvent pas bien les aspects comptables des groupes d'entreprises. Les risques de malentendus vont s'accroître avec l'adoption de nouvelles normes internationales de présentation de l'information financière et de nombreux groupes modifient leur système de consolidation en passant d'une approche fondée sur la substance des opérations à une approche dans laquelle la forme juridique devra prévaloir sur la substance. Ce sont les structures de comptabilité "hors bilan" qui ont rendu possibles des faillites comme celle d'Enron et de WorldCom, et le besoin de clarté des états financiers est largement reconnu.

#### **D. Définition du "groupe d'entreprises" – participation et contrôle**

28. Bien que l'existence de groupes d'entreprises et l'importance des relations entre les membres de ces groupes soient de plus en plus prises en compte, tant par la législation que par les tribunaux, il n'existe pas de corps de règles cohérent qui régisse directement ces relations d'une manière globale. Dans les pays qui possèdent une législation reconnaissant les groupes d'entreprises, ces derniers ne seront pas traités de manière spécifique par le droit commercial ou le droit des sociétés, mais plutôt dans la législation sur la fiscalité, sur la comptabilité des sociétés, sur la concurrence et les fusions ou sur d'autres questions; les lois relatives au traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité sont rares. De plus,

<sup>11</sup> Une lettre de confort est généralement remise par une société mère pour convaincre une autre entité de conclure une opération avec une filiale. Elle peut comporter différents types d'engagements, dont aucun ne constitue une garantie, comme celui de maintenir sa participation au capital de la filiale ou d'autres engagements financiers pris envers elle; d'utiliser son influence pour faire en sorte que la filiale remplisse ses obligations en vertu d'un contrat principal; ou de confirmer qu'elle a connaissance d'un contrat avec la filiale, sans toutefois indiquer expressément qu'elle assumera une responsabilité quelconque pour l'obligation principale.

une analyse de la législation qui traite effectivement de certains aspects des groupes d'entreprises fait ressortir une diversité d'approches des différentes questions liées aux groupes, non seulement entre pays mais également entre les lois d'un même pays. Des critères différents peuvent donc être utilisés pour définir ce qui constitue un groupe à différentes fins, bien qu'il puisse y avoir des éléments communs, et lorsque ces critères utilisent un concept particulier, comme le "contrôle", les définitions peuvent être plus ou moins larges en fonction de l'objet de la législation, comme noté précédemment.

29. Alors que beaucoup de législations évitent de définir expressément le terme "groupe d'entreprises", plusieurs concepts sont communément employés pour déterminer le niveau de relation entre sociétés qui suffira pour en faire un groupe d'entreprises à certaines fins spécifiques, comme l'extension de la responsabilité, la comptabilité, la fiscalité, etc. Ces concepts se retrouvent dans la législation et dans de nombreuses décisions judiciaires sur les groupes d'entreprises de différents pays et comprennent généralement les notions de participation et de contrôle ou d'influence, directs et indirects, même si, dans certains cas, seuls la participation, le contrôle ou l'influence directs sont pris en compte. Le choix entre les deux concepts traduit souvent un compromis entre la sécurité souhaitable, qui peut être obtenue en fixant un niveau de participation déterminé, et la souplesse, que l'on obtiendra peut-être plus facilement en se référant au contrôle et en prenant en considération les réalités économiques diverses des groupes d'entreprises.

30. Parfois, la participation est envisagée par référence à une relation formelle entre les sociétés, comme la relation société mère-filiale. Cette relation peut être déterminée à l'aide d'un critère formel – la détention, directe ou indirecte, d'un pourcentage déterminé du capital ou des voix; ces pourcentages peuvent aller de 5 % à plus de 80 %. Lorsque le pourcentage requis est bas, des facteurs supplémentaires, tels que les indicateurs de "contrôle" examinés ci-dessous, sont souvent pris en compte. Dans certains cas, les pourcentages constituent une présomption simple de participation, alors que les pourcentages plus élevés constituent une présomption irréfutable.

31. Dans d'autres cas, on adopte une approche plus fonctionnelle pour déterminer ce qui constitue un groupe d'entreprises en se concentrant sur le contrôle ou l'influence déterminante (appelée "contrôle" dans la présente note), le terme "contrôle" étant alors souvent défini. Ce dernier s'entend principalement du fait de contrôler ou d'avoir la capacité de contrôler directement ou indirectement l'élaboration des décisions et des politiques financières et opérationnelles. Lorsque la définition inclut la capacité de contrôle, elle envisage généralement une capacité passive au lieu de se concentrer sur le contrôle exercé activement. Le contrôle peut être obtenu par la détention d'actifs, ou par des droits ou des contrats qui confèrent la capacité de contrôle à la partie contrôlante. L'important n'est pas tant la forme juridique stricte de la relation qui unit les entités, comme le lien société mère-filiale, que la nature de cette relation.

32. Les facteurs susceptibles d'indiquer qu'une entité en contrôle une autre pourraient être notamment les suivants: la capacité de dominer la composition du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de nommer ou de révoquer l'ensemble ou la majorité des administrateurs ou des membres de l'organe directeur de l'autre entité; la capacité de contrôler la majorité des votes exprimés à une réunion du conseil d'administration ou de l'organe

directeur de l'autre entité; et la capacité d'exprimer la majorité des votes susceptibles d'être exprimés lors d'une assemblée générale de l'autre entité ou de régir la manière dont ils seront exprimés, que cette capacité soit acquise par l'intermédiaire d'actions ou d'options. Parmi les informations pouvant avoir une importance pour l'examen de ces facteurs figurent notamment les documents de constitution de la société; des détails sur l'actionnariat de la société; des informations sur les décisions stratégiques essentielles de la société; les accords de gestion interne et externe; des détails sur les comptes bancaires et leur gestion ainsi que les fondés de pouvoir; et des informations relatives aux employés.

## **E. Réglementation des groupes d'entreprises**

33. La réglementation des groupes d'entreprises est généralement fondée sur l'une des deux théories suivantes, ou dans certains cas sur une combinaison des deux: celle de l'entité distincte (qui est la théorie traditionnelle et de loin la plus répandue) et celle de l'entreprise unique.

34. La théorie de l'entité distincte repose sur plusieurs principes fondamentaux, dont le plus important est celui de la personnalité juridique distincte de chaque société du groupe. Elle se fonde également sur la responsabilité limitée des actionnaires de chaque société du groupe et sur les obligations des administrateurs de chaque entité du groupe envers cette entité.

35. La personnalité juridique distincte signifie généralement que la société a ses propres droits et obligations, indépendamment du fait de savoir qui la contrôle ou en est propriétaire (à savoir, si elle appartient en totalité ou en partie à une autre société) et de sa participation aux activités du groupe. Les dettes qu'elle contracte sont les siennes et les actifs du groupe ne peuvent en principe pas être mis en commun pour les régler. Les contrats conclus avec des personnes extérieures n'impliquent pas automatiquement la société mère ou d'autres membres du groupe. Une société mère ne peut pas prendre en compte les bénéfices non distribués des autres sociétés du groupe pour déterminer ses propres bénéfices. La responsabilité limitée d'une société signifie que, contrairement à une société de personnes ou à une entreprise individuelle, les membres d'un groupe d'entreprises ne sont pas responsables de ses dettes et de ses obligations, si bien que leurs pertes éventuelles ne pourront pas dépasser le montant qu'ils ont investi dans la société par l'achat d'actions.

36. La théorie de l'entreprise unique repose par contre sur l'intégration économique des membres d'un groupe d'entreprises, en traitant ce dernier comme une unité économique unique destinée à promouvoir les intérêts du groupe dans son ensemble, ou ceux de la société dominante, plutôt que ceux de chacun des membres. Des emprunts peuvent être contractés à l'échelle du groupe, des mécanismes de trésorerie de groupe étant utilisés pour compenser les soldes créditeur et débiteur de chaque membre du groupe; les membres du groupe peuvent être autorisés à fonctionner à perte, ou être sous-capitalisés, dans le cadre de la structure et de la stratégie financières globales du groupe; l'actif et le passif peuvent être transférés de différentes manières entre les membres du groupe; et des prêts, des garanties ou d'autres arrangements financiers intragroupe peuvent être conclus à des conditions généralement préférentielles.

37. Alors que de nombreux pays appliquent la théorie de l'entité distincte, certains admettent des exceptions à une stricte application de cette théorie et d'autres ont introduit, par voie législative ou juridictionnelle, la théorie de l'entreprise unique pour certaines situations.

38. L'application stricte de la théorie de l'entité distincte peut être exclue notamment dans les cas suivants: consolidation des comptes d'un groupe d'entreprises pour une société et toute entité contrôlée; opérations entre des parties apparentées (une société par actions n'est pas autorisée par ailleurs à accorder des avantages financiers, y compris des prêts intragroupe, des garanties, des cautions, des remises de dettes ou des transferts d'actifs, à une société ayant des liens avec elle à moins que cette opération ne soit approuvée par les actionnaires ou ne bénéficie d'une autre exception); participations croisées (les sociétés n'ont généralement ni le droit d'acquérir les actions d'une société exerçant le contrôle, ou de constituer une sûreté sur ces actions, ni le droit d'émettre ou de transférer des actions au profit d'une société contrôlée); et endettement d'une société alors qu'elle est insolvable (insolvent trading) (une société mère qui aurait dû se douter de l'insolvabilité d'une filiale peut être tenue responsable des dettes que cette dernière a contractées alors qu'elle était insolvable).

39. Quelques pays ont créé plusieurs catégories de groupes d'entreprises pouvant fonctionner comme une entreprise unique, afin de renforcer la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires. Dans l'un d'entre eux, les groupes d'entreprises comprenant des sociétés par actions sont divisés en trois catégories: a) les groupes intégrés; b) les groupes contractuels; et c) les groupes de fait, auxquels s'applique un ensemble de principes harmonisés – fondés sur la théorie de l'entreprise unique – relatifs à la gouvernance et à la responsabilité des entreprises.

a) Les groupes intégrés résultent d'un vote, par un pourcentage déterminé d'actionnaires de la société mère, qui elle-même détient un pourcentage déterminé d'actions de la filiale, en faveur de l'intégration complète de la filiale. La société mère détiendra un pouvoir de direction illimité sur la filiale, en échange de quoi elle sera tenue solidairement responsable des dettes et des obligations de la filiale;

b) Les groupes contractuels peuvent être formés par un pourcentage déterminé d'actionnaires de chacune des deux sociétés concluant un contrat qui accorde à l'une des sociétés (la société mère) le droit de diriger l'autre, à condition que les directives servent les intérêts de la société mère ou du groupe dans son ensemble. En échange du droit de contrôle accordé à la société mère, les actionnaires minoritaires et les créanciers voient leur protection renforcée;

c) Les groupes de fait sont ceux dans lesquels une société exerce, directement ou indirectement, une influence dominante sur une autre société. Bien que le groupe ne résulte d'aucun accord formel, il faut néanmoins que la société mère intervienne systématiquement dans les affaires de la société contrôlée.

40. Un pays qui a intégré les principes de l'entreprise unique dans la législation sur les sociétés autorise les administrateurs des filiales détenues en partie ou en totalité à agir dans l'intérêt de la société mère plutôt que dans celui de leur filiale; prévoit des dispositions pour simplifier les fusions de groupes; et autorise également les ordonnances de contribution et de mise en commun.

41. Dans un autre pays, la législation commerciale visant les groupes d'entreprises fait de plus en plus appel aux principes de l'entreprise unique pour éviter que ses objectifs ne soient compromis ou contournés par l'utilisation de groupes d'entreprises. Les juridictions ont participé à cette évolution en introduisant de manière sélective le concept d'entreprise unique pour atteindre les objectifs sous-jacents de la législation. Le concept a été appliqué au droit de l'insolvabilité pour annuler certaines opérations intragroupe, pour confirmer des garanties intragroupe et, dans un petit nombre de cas, pour réaliser un regroupement de patrimoines. Les juridictions ont également le pouvoir de modifier la priorité des créances lors de la liquidation d'une entité du groupe, soit en traitant certains prêts intragroupe accordés à cette entité comme des fonds propres et non comme des dettes, soit en conférant aux prêts intragroupe accordés à cette entité un rang inférieur aux créances de ses créanciers extérieurs.

*[Le présent document comprend quatre additifs portant sur les questions suivantes: demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité (demandes conjointes et coordination procédurale) (Add.1); traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (protection et préservation de la masse de l'insolvabilité, utilisation et disposition des actifs et financement postérieur à l'ouverture), annulation et déclassement (Add.2); voies de droit (extension de la responsabilité, ordonnances de contribution et regroupement des patrimoines), participants (représentant de l'insolvabilité unique) et plans de redressement (Add.3); et questions internationales (Add.4).]*