

Les groupes de sociétés sont des sociétés simples

par Henry Peter, Professeur à l'Université de Genève, Avocat à Lugano et
Francesca Birchler, Diplômée d'études supérieures en droit de l'Université de Genève

Contrairement aux principes désormais établis entre autre en matière bancaire et comptable, les groupes continuent à être considérés comme composés d'entités strictement distinctes du point de vue du droit des sociétés. Ceci conduit souvent à des résultats insatisfaisants, voire même choquants, en particulier en cas d'insolvabilité de tout ou partie du groupe. Les auteurs estiment que l'état de fait que constitue le groupe peut être juridiquement qualifié de société simple. Cette qualification entraîne des conséquences intéressantes, donnant en particulier lieu à une responsabilité solidaire entre les sociétés groupées.

Das schweizerische Recht betrachtet Konzerne nach wie vor als Gruppe von rechtlich eigenständigen Gesellschaften ungeachtet des Trends zur Konsolidierung, der namentlich im Bank- und Buchführungsrecht zu beobachten ist. Das führt zu unbefriedigenden oder sogar stossenden Konsequenzen, namentlich im Hinblick auf den Konkurs einer einzelnen Gesellschaft oder der ganzen Gruppe. Die Autoren sind der Auffassung, dass ein Konzern als einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR qualifiziert werden kann. Das erlaubt besonders insofern schöpferische Perspektiven als für Gläubigeransprüche sowohl gegenüber einer einzelnen Gesellschaft als auch gegenüber der ganzen Gruppe alle Konzernmitglieder untereinander solidarisch haften.

Under Swiss company law, groups of companies are still considered as a set of separate legal entities, despite the trend towards consolidation that is observable e.g. in the banking and accounting area. This leads to unsatisfactory, and sometimes even very disturbing results, especially in case of insolvency within the group. According to the authors, a group of companies can be considered an unregistered partnership (Art. 530 Code of Obligations). This permits creative developments, especially because all members of the groups are jointly and severally liable with respect to creditors of any member of the group.

Sommaire

I. Introduction

II. Etat de fait et position du problème

- 2.1 Etat de fait
- 2.2 Position du problème

III. Conditions et «subsumptions»

- 3.1 Pluralité de personnes juridiques
- 3.2 But commun
- 3.3 Union d'efforts ou de ressources
- 3.4 Contrat
- 3.5. Conclusion quant à la qualification

IV. Conséquences juridiques

- 4.1 Effets externes
 - a. Représentation
 - b. Responsabilité
- 4.2 Effets internes
 - a. Responsabilité
 - b. Répartition des bénéfices et des pertes
- 4.3 En particulier: effets en cas de faillite

V. Conclusion

I. Introduction

Les groupes de sociétés donnent, souvent délibérément, l'impression de constituer un tout. Ceci a pour effet de renforcer la confiance que les tiers ont dans le groupe considéré. Les personnes qui traitent avec celui-ci ont de fait généralement la conviction que c'est

le groupe dans son ensemble qui répond à leur égard, qu'il existe donc une responsabilité globale, collective, «consolidée» ou «solidaire» de la part de tous ses membres.

Cette réalité, désormais quotidienne, a été récemment appréhendée juridiquement par le Tribunal fédéral qui en a dégagé le concept de «Konzernvertrauen»¹. Il s'agit d'un premier pas dans un domaine où l'apparence créée en fait est dans la règle restée jusqu'ici sans conséquence en droit.

Le principe qui aujourd'hui encore prévaut en droit suisse est toutefois, on le sait, celui de l'autonomie de la personnalité morale et donc de l'indépendance juridique de chacune des sociétés groupées. Sauf les cas exceptionnels – pathologiques – fondés sur l'abus de droit («Durchgriff»), la société-mère ne répond ainsi pas des dettes de ses filiales. *A fortiori* le groupe dans son ensemble n'encourt pas de responsabilité pour les dettes de chacune des sociétés qui le composent.

Tant que la situation est saine, les problèmes que peut soulever cette apparence trompeuse de solidarité

¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 15 novembre 1994, Wibrü Holding AG c. Swissair Beteiligungen A.G., ATF 120 II 331 = JT 1995 I 359. Voir également les commentaires de cet arrêt, notamment *Amstutz Marc / Watter Rolf*, Droit économique, Droit des sociétés, PJA/AJP 1995, pp. 502ss; *Druey Jean Nicolas*, Droit des groupes de sociétés, RSDA/SZW (1995) 67, pp. 93ss. et les références citées ci-après note 23.

ne se posent en général pas. Mais lorsqu'un ou plusieurs des membres du groupe sont insolvable, l'approche «atomiste» du droit suisse a pour conséquence que les créanciers n'ont accès qu'au patrimoine de celle des sociétés du groupe dont ils sont formellement créanciers. Ceci conduit à des résultats qui sont parfois extrêmement insatisfaisants.

Nous estimons que les groupes de sociétés réalisent souvent toutes les conditions d'existence de la société simple au sens de l'article 530 al. 1 CO, d'où titre quelque peu provocateur de cet article. Cette qualification a pour effet de donner *de lege lata* aux groupes des conséquences qui sont conformes à l'apparence qu'ils ont créée et entretenue jusque là. De cette manière la situation juridique correspondrait dans ce domaine enfin à la réalité économique.

II. Etat de fait et position du problème

2.1 Etat de fait

On définit communément le groupe comme étant l'ensemble formé par une pluralité de sociétés soumises à une direction unique. C'est là d'ailleurs en substance la définition désormais retenue par l'ordre juridique suisse².

La pratique démontre que ces ensembles – les groupes – agissent toujours plus souvent, dans leurs rapports avec les tiers, sous une dénomination commune par exemple le «groupe Nestlé») ou en tout cas en utilisant dans la raison sociale des différentes sociétés du groupe un élément distinctif commun. Ainsi le «SAirGroup» est composé de quatre «subholding»: «SAirLines», «SAirService», «SAirLogistics» et «SAirRelation». Cet élément distinctif peut d'ailleurs être autant un nom («Crédit Suisse»), qu'un logo (par exemple celui commun aux différentes sociétés du groupe «Swissair»³ ou encore le «nid» qui accompagne inmanquablement les raisons sociales des sociétés du groupe Nestlé) ou même seulement une couleur (le vert et orange caractéristique du groupe Migros). Souvent ces différents éléments se conjuguent, ainsi qu'a choisi de le faire le groupe Crédit Suisse en déclarant d'ailleurs:

«Notre identité visuelle, représentée par un logo moderne et typé, souligne notre qualité d'entreprise glo-

bale. (...) Nous avons conservé les éléments les plus caractéristiques de notre Corporate Design actuel: les couleurs rouge et bleue dans leur combinaison originale, ainsi que le nom de Crédit Suisse, qui jouit déjà de la notoriété que l'on sait à l'échelle internationale»⁴ et que «le nom Crédit Suisse sera commun aux quatre unités d'affaires et à leurs sociétés-mères...»⁵;

de même du reste que le nouveau groupe qui résulte de la fusion entre la SBS et l'UBS et qui a annoncé à ses actionnaires:

«Le nouvel établissement, qui se profilera sur le marché sous l'identité suivante...» (suivit des trois clés caractéristiques de la SBS et de l'abréviation «UBS»)»⁶.

Il n'est pas rare, par ailleurs, que la raison sociale des sociétés membres d'un groupe, ou par exemple leur papier à en-tête, contienne la mention «membre du groupe...» ou des déclarations analogues. On peut rappeler à ce propos le cas susdit du groupe Swissair⁷, ou encore celui de la banque privée Solari & Blum S.A. sous le nom de laquelle on lit «Groupe Benjamin et Edmond de Rothschild». On peut citer aussi certains articles vendus par la «Migros», sur l'emballage desquels figure par exemple «produit par Midor A.G. Ein Unternehmen der Migros». On peut également mentionner l'UBS, dont le slogan est depuis peu «One Bank Worldwide, One Brand WorldWide», quand bien même le groupe UBS est notoirement composé d'innombrables sociétés.

Tout récemment un pas de plus a été franchi par l'un des plus grands groupes suisses, qui a choisi de transformer la raison sociale même de sa société faitière de «CS Holding» en «Crédit Suisse Group»⁸. On peut citer également l'exemple du groupe Alusuisse, dont la raison sociale de la holding est désormais «Alusuisse Lonza Group SA». Les holding seraient ainsi devenues des groupes, ce qui débouche pour le moins sur une subtile ambiguïté.

⁴ Note d'information du «Crédit Suisse Group» du 11 octobre 1996.

⁵ Convocation des actionnaires du «CS Holding» à l'assemblée générale du 11 octobre 1996.

⁶ Lettre aux actionnaires d'UBS du 8 décembre 1997, p.1.

⁷ ATF 120 II 331 = JT 1995 I 359/362: «... le papier à lettres et les brochures publicitaires de IGR portaient la marque distinctive («logo») de la compagnie Swissair, consistant dans le mot «Swissair» accompagné d'une croix suisse en position oblique, ainsi que la phrase «IGR est une entreprise de Swissair». La liaison entre IGR et Swissair était également relevée dans les textes publicitaires.»

⁸ Convocation des actionnaires de «CS Holding» à l'assemblée générale du 11 octobre 1996.

² Art. 663e al. 1 CO.

³ ATF 120 II 331 = JT 1995 I 359/362: la filiale IGR Holding Golf and Country Residences AG faisait figurer le logo Swissair sur son papier à lettres et ses brochures publicitaires.

Quoi qu'il en soit, les groupes forment ainsi non seulement un ensemble de fait (une «unité économique»⁹), mais ils se présentent à dessein comme tel dans leurs rapports avec les tiers. C'est là d'ailleurs le but même de leur dénomination commune – de leur marque, quelle que soit sa forme – qui revêt toutes les caractéristiques d'une raison de commerce («Geschäftsfirmer») ¹⁰, d'une véritable «raison sociale du groupe».

Quel est le mobile de cette stratégie délibérée des groupes? Il est manifestement, en premier lieu, de faire connaître aux tiers (public, clients, marché, créanciers) que la société considérée appartient à un groupe déterminé. Mais en quoi cela est-il utile ou nécessaire? C'est parce que, en deuxième lieu, cette appartenance signifie – ou en tout cas est destinée à susciter l'impression – que la société en question bénéficie des ressources, de la surface financière, du crédit du groupe *in corpore*. Le but fondamental de cette stratégie est donc en définitive de communiquer aux tiers qu'ils peuvent traiter avec n'importe laquelle des sociétés qui composent le groupe concerné, peu importe, puisque leur interlocuteur – leur répondant – est l'ensemble que le groupe constitue¹¹. Le Tribunal fédéral a, à cet égard, pertinemment observé dans l'arrêt Swissair déjà mentionné que les cocontractants de IGR (société filiale déconfite du groupe Swissair) «se fieraient avant tout à la solidité financière et à la bonne réputation du groupe Swissair»¹².

Cette impression, créée et entretenue notamment par la «raison sociale de groupe», est renforcée (i) par toute une série de comportements et (ii) par la teneur de nombreux documents, (iii) très récemment même de nature sociétaire.

(i) On sait en effet que les organes «du groupe» *se comportent* souvent d'une manière qui ignore plus ou moins totalement le fait que le groupe est composé d'une pluralité d'entités juridiquement indépendantes. Il est ainsi fréquent que l'administrateur délégué de la société-mère intervienne directement dans les affaires des filiales, court-circuitant ou ignorant souvent le

conseil d'administration de ces dernières. Il n'est pas rare, d'autre part, que les groupes soient divisés fonctionnellement et que, par exemple, le responsable des affaires financières s'occupe de toutes les questions qui relèvent de sa matière, indépendamment de la structure juridique du groupe. Ces situations sont toujours plus fréquemment formalisées par les titres qui sont donnés aux organes considérés. Ainsi l'UBS a récemment modifié ses statuts pour y insérer formellement le concept de «chef de division» dans le cadre de la «direction générale du groupe». On trouve aussi dans le groupe Oerlikon-Bührle des «Konzernorgane», dont les attributions sont notamment «Konzern-Finanz», «Konzern-Entwicklung» et «Recht und Patente». Dans chacun de ces cas, ces titres recouvrent des pouvoirs s'étendant à l'ensemble du groupe dans le domaine considéré, et ceci de façon en quelque sorte «trans-sociétaire». Nous pensons d'ailleurs que les groupes à décentralisation fonctionnelle constituent le stade ultime de structuration sur la base de critères économiques et, par conséquent, d'indifférence à l'égard de la réalité ou de la forme juridique des sociétés groupées¹³.

(ii) En ce qui concerne *les documents* diffusés par les groupes, on a déjà mentionné le papier à en-tête qui est un véhicule évidemment important dans les rapports avec les tiers. On a cité aussi les notices ou les prospectus qui sont toujours plus fréquemment adressés par les sociétés – en particulier celles cotées – à leurs actionnaires et au marché en général¹⁴. Un exemple quasi pathétique – mais significatif dans sa naïveté – est à nos yeux fourni par la récente lettre promotionnelle de la société «Secura» qui affirme «Vous pouvez faire confiance à Secura Vie, car c'est une société affiliée à la Migros»¹⁵. Mais les documents les plus substantiels et les plus importants demeurent certainement les rapports annuels des groupes qui sont très largement et très volontiers distribués à des fins d'information et de promotion. Ces rapports font état de la situation patrimoniale, des résultats de gestion et de l'organisation du groupe dans son ensemble, laissant une place très marginale – lorsqu'ils le font – à des renseignements concernant chacune des sociétés du groupe prise individuellement. Il n'y a rien là d'ailleurs de particulièrement choquant, puisque la loi elle-même exige désormais que l'on présente des comptes conso-

⁹ A ce propos, voir notamment *Coipel Michel*, Lettres de patronage et droit des sociétés, in *Les lettres de patronage*, Paris (Société d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques) 1984, p. 204; *Handschin Lukas*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag) 1994, pp. 56ss.

¹⁰ Voir le libellé du titre XXXI du Code des obligations.

¹¹ Voir à ce propos *Peter Henry*, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) 1990, pp. 51ss.

¹² ATF 120 II 331 = JT 1995 I 359, p. 365.

¹³ *Peter Henry*, op. cit., p. 49.

¹⁴ Par exemple la note d'information du «Crédit Suisse Group» du 11 octobre 1996 (voir supra note 4).

¹⁵ Lettre promotionnelle du 29 octobre 1997, p. 2.

lidés¹⁶. Le problème réside plutôt dans la manière et dans la mesure. On trouve en effet toujours plus de «rapport de gestion du groupe», de «bilan et compte d'exploitation du groupe», de «bénéfice – voire de dividende – du groupe», de «chiffre d'affaire du groupe», de «fonds propres du groupe» ou de références au «personnel du groupe» et à la «direction du groupe»¹⁷.

(iii) On a assisté récemment à une nouvelle évolution, à nos yeux très significative, puisqu'elle a pour conséquence de *formaliser dans les statuts* mêmes de la société-mère le concept de direction globale et trans-sociétaire du groupe. On est en effet progressivement passé d'une situation de fait pratiquée depuis des décennies, à une mise en évidence de celle-ci dans des documents informels, à, finalement, une institutionnalisation de cet état de fait dans la charte fondamentale de la société faîtière. Nous avons cité l'UBS qui vient de modifier ses statuts pour y prévoir qu'un de ses organes serait désormais «la direction générale du groupe»¹⁸, laquelle est «chargée de la conduite du groupe»¹⁹. Les statuts de la holding sont ainsi désormais devenus en quelque sorte les «statuts du groupe». Les organes sociaux de chacune des sociétés membre sont dès lors de fait ignorés, ou en tout cas formellement relayés au rang de simple organe d'exécution, faisant place à l'organisation du groupe telle que codifiée dans les statuts de la société-mère.

Les tiers vivent donc légitimement – et selon la volonté même des groupes – avec la conviction qu'indépendamment de l'identité juridique de leur interlocuteur, c'est l'ensemble du groupe qui agit – et répond à leur égard.

2.2 Position du problème

Aussi longtemps que le groupe ne connaît pas de difficultés financières, l'état de fait qui vient d'être rappelé ne soulève aucun problème particulier. Au contraire, il est indiscutable que le fait pour chacune des sociétés de bénéficier du crédit du groupe et de ses ressources collectives représente un avantage considérable. Cette apparence d'unité et de fiabilité économique devient toutefois trompeuse en cas d'insolvabilité des sociétés du groupe pris dans son ensemble, ou même seulement – et presque plus encore – lorsque l'une ou plusieurs d'entre elles sont

«lâchées» par le groupe qui reste par hypothèse solvable (comme ce fut le cas dans l'exemple déjà cité de Swissair qui avait renoncé à soutenir une de ses filiales²⁰). La réalité juridique, jusque là occultée, ou en tout cas ignorée, reprend alors le dessus par rapport à la réalité économique²¹. Dans la perspective «atomiste» de notre droit, on considère, on l'a rappelé, que chacune des sociétés constitue une entité distincte. Il en résulte fatalement un conflit entre les sociétés les mieux portantes (qu'elles soient in bonis ou insolvables) et celles qui le sont moins. Les tiers, qui se sont jusque là fiés à l'apparence créée par le groupe, découvrent alors souvent amèrement que la réalité est bien différente. Selon le degré d'insolvabilité de celle des sociétés du groupe dont ils sont créanciers, ils peuvent en effet subir un préjudice tout aussi considérable qu'inéquitable.

Le Tribunal fédéral, récemment appelé à juger une situation semblable²², a estimé, en se fondant sur la responsabilité précontractuelle (*culpa in contrahendo*) et en procédant à une généralisation des principes qui la régissent, que la confiance que le groupe engendre («Konzernvertrauen») peut parfois donner lieu à certaines obligations (in casu de financement et d'information). Des prétentions en dommages-intérêts peuvent découler de la violation de celles-ci²³. Cette responsabilité reste toutefois, comme la responsabilité précontractuelle, soumise à des conditions assez strictes, ce qui en fait, de même que le «Durchgriff», un moyen de droit certes utile, mais limité par son caractère extraordinaire. De surcroît, son fondement juridique n'est pas tout à fait clair, ni satisfaisant. Il est d'ailleurs contesté en Allemagne²⁴. On a de fait l'im-

²⁰ ATF 120 II 331 = JT 1995 I 359, déjà cité.

²¹ A ce propos, voir notamment *Dallèves Louis*, Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, RDS/ZSR (1973) 121, pp. 601ss.

²² ATF 120 II 331 = JT 1995 I 359, déjà cité.

²³ A propos du concept de «Konzernvertrauen», voir notamment *Bosman Aleidus G.*, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag) 1984, pp. 187ss; *von Büren Roland*, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in *Schweizerisches Privatrecht*, VIII/6, Der Konzern, Bâle et Francfort-sur-le-Main (Helbing & Lichtenhahn) p. 60 à 66 et 184 à 189. En tant que nouveau chef de responsabilité civile, voir *Chappuis Christine*, La responsabilité fondée sur la confiance, SJ 1997, pp. 165ss. En tant que fondement juridique de la consolidation, voir *Peter Henry / Birchler Francesca*, Liquidation des groupes de sociétés et consolidation – Enseignements de la pratique récente, RSDA/SWZ (1995) 67, pp. 129ss.

²⁴ Voir à ce propos notamment *Lutter Marcus*, Haftung aus Konzernvertrauen?, in Schön Wolfgang, Gedächtnisschrift für Knobbe-Keuk, Cologne (Schmidt) 1997, pp. 229ss.

¹⁶ Art. 663e et suivants CO.

¹⁷ Voir par exemple les rapports annuels 1996 des groupes BSN, SMH, Sandoz, Ciba-Geigy etc.

¹⁸ Art. 4.c. des statuts de l'UBS.

¹⁹ Art. 23 al. 1 des statuts de l'UBS.

pression qu'il procède plus de la volonté de justifier un résultat souhaitable que d'une réflexion approfondie quant à ses bases et à sa place dans l'ordre juridique suisse.

Cela étant, *est-il possible de tirer des conclusions juridiques moins exceptionnelles de l'existence de cette société de sociétés qu'est en définitive le groupe?* Quelle est – banalement – sa qualification juridique²⁵? On considère généralement que l'entité que constitue le groupe ne correspond à aucune des sociétés que connaît notre droit qui est régi, en la matière, par le principe du *numerus clausus*. A défaut d'inscription au Registre du commerce il n'a, en tout état de cause, pas la personnalité morale. De prime abord le groupe pourrait sembler être une société en nom collectif, puisqu'il en possède les éléments caractéristiques et en particulier le nom, précisément collectif. Cette qualification doit toutefois être exclue du fait que, par un choix certes discutable de notre législateur, seules des personnes physiques peuvent être associées d'une société en nom collectif, alors que par définition les groupes sont – en tout cas pour l'essentiel – composés de personnes morales. Pour la même raison il va de soi que la société en commandite doit être écartée.

On rappellera toutefois qu'en application du principe de la subsidiarité énoncé à l'article 530 al. 2 CO, une société qui n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglées par la loi est une société simple, sous réserve naturellement qu'elle remplisse les conditions du premier alinéa du même article. La question est donc de savoir si le groupe de sociétés réalise les conditions d'existence de la société simple telles qu'elles sont énoncées à l'article 530 al. 1 CO.

III. Conditions et «subsumptions»

L'article 530 al. 1 CO dispose que «*la société [simple] est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun*». Unanimement la doctrine et la jurisprudence en déduisent que les éléments constitutifs de la société simple sont les suivants: (i) une pluralité de personnes juridiques,

(ii) un but commun, (iii) une union d'efforts ou de ressources et (iv) un contrat²⁶.

3.1 Pluralité de personnes juridiques

Il ne fait aucun doute que cet élément constitutif de la société simple est réalisé par les groupes, puisque ceux-ci sont par définition composés de plusieurs sociétés. Même dans sa plus simple expression le groupe de sociétés comprend ainsi une pluralité de personnes morales, ce qui satisfait cette première condition.

3.2 But commun

Comme le rappelle *Tercier*²⁷, la notion de but commun peut être comprise de deux manières: au sens strict, elle désigne le résultat concret que les associés veulent atteindre par leur activité commune; au sens large, elle vise le moyen par lequel ce résultat peut être atteint; on parle à cet égard parfois «d'objet» de la société.

On rattache à cette notion celle «*d'animus*» ou «*d'affectio societatis*». On entend par là la volonté de coopérer, ensemble, à la réalisation d'un but commun. C'est l'élément caractéristique qui distingue un contrat de société d'un contrat synallagmatique²⁸. Le Tribunal fédéral a défini l'«*animus societatis*» comme étant la «*volonté de mettre en commun des biens, ressources ou activités en vue d'atteindre un objectif déterminé, d'exercer une influence sur les décisions et de partager non seulement les risques et les profits, mais surtout la substance même de l'entreprise*»²⁹.

Dans les groupes de sociétés, le but commun est la prospérité de l'entreprise, c'est-à-dire du groupe considéré comme un tout. Il est indéniable en effet que les groupes sont – sauf peut-être dans de très rares exceptions – gérés par leur direction unique avec pour objectif le succès de l'ensemble. C'est la raison pour laquelle on parle d'ailleurs «*d'intérêt du groupe*», que l'on présente les «*résultats du groupe*», sans plus – on

²⁵ La question de la qualification juridique du groupe de sociétés a déjà été soulevée par la doctrine: voir notamment *Champaud Claude*, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Paris 1962, §373ss; *Handschin Lukas*, op. cit., pp. 62ss; *Coipel Michel*, op. cit., pp. 201ss.

²⁶ Voir notamment *Engel Peter*, Les contrats de droit suisse, Berne (Stämpfli & Cie) 1992, pp. 640ss; *Tercier Pierre*, Les contrats spéciaux, Zurich (Schulthess Polygraphischer Verlag) 1995, pp. 673ss; *Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter*, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Berne (Stämpfli & Cie) 1993, pp. 195ss; *Patry Robert*, Précis de droit suisse des sociétés, Berne (Stämpfli & Cie) 1976, Vol. I, pp. 197ss.; *Recordon Pierre-Alain*, FJS 676, Genève 1995.

²⁷ *Tercier Pierre*, op. cit., no 5544.

²⁸ Voir notamment *Recordon Pierre-Alain*, op. cit. p. 18; *Tercier Pierre*, op. cit. no 5543.

²⁹ ATF 99 II 303/305.

l'a vu – distinguer ou même seulement mentionner le résultat individuel des différentes sociétés composantes.

Le concept d'intérêt du groupe a déjà été identifié et mentionné à plusieurs reprises par la doctrine et par la jurisprudence, suisse et étrangère³⁰. On peut citer à cet égard *Dallèves*: «*L'intérêt de groupe est donc un phénomène nouveau qu'il n'est pas possible d'intégrer dans les schémas classiques ...*»³¹. *Ruedin* a, quant à lui, mis en évidence que le groupe, par le biais de sa direction unique, «*se caractérise par la volonté de gérer toutes les sociétés du groupe comme une entreprise unique, ou par la volonté d'utiliser toutes les sociétés du groupe pour réaliser un but unique: la maximalisation du profit du groupe.*»³². La poursuite du but du groupe a ainsi pour conséquence que le comportement de chacune des sociétés membres est dicté par la prévalence de l'intérêt du groupe, c'est-à-dire par leur intérêt – leur but – commun.

Le fait de considérer que l'intérêt (global) du groupe est l'objectif prioritaire de celui-ci n'est pas déraisonnable. La réalité démontre en effet que, dans la plupart des cas, la prospérité du groupe dans son ensemble profite à chacune de ses sociétés composantes (prises individuellement)³³. On peut citer ici à nouveau *Dallèves*: «*...la société de groupe profite indirectement de la prospérité de l'ensemble dont elle fait partie*»³⁴. Il est donc légitime que chacun desdits membres, même dans la perspective égoïste postulée par la loi, participe à l'effort commun, dont il bénéficie précisément des retombées positives. C'est ce qui permet de dire que (i) l'intérêt du groupe correspond (en général) à celui (individuel) de chacun de ses membres et que donc (ii) le fait pour les organes (formels) de ceux-ci de contribuer à (ou de se laisser imposer) l'intérêt du

groupe n'est en soi ni illicite ni nécessairement une erreur de gestion³⁵, bien au contraire.

La pratique offre désormais de plus en plus d'exemples d'officialisation de l'existence et de la recherche de l'intérêt du groupe, c'est-à-dire de poursuite du but commun à toutes les sociétés qui constituent le groupe dans son ensemble. Ainsi les statuts – décidément innovateurs – de l'UBS qui confèrent expressément à la «*direction générale du groupe*» la tâche «*d'appliquer la stratégie du groupe décidée par le conseil d'administration*» (de la société-mère), dans la perspective de la poursuite du but du groupe. Toujours à titre d'exemple, on trouve dans un récent rapport annuel de Winterthur³⁶ le concept de «*politique d'entreprise*». On a vu que, dans un groupe, on peut en général considérer que l'entreprise est composée par l'ensemble des sociétés groupées. L'entreprise est donc économiquement ce que le groupe est juridiquement. Les termes «*politique d'entreprise*» mettent partant bien en évidence le fait que l'ensemble des sociétés appartenant au groupe poursuivent en commun le même but.

On doit ainsi conclure que les différentes sociétés qui composent le groupe ont un but commun. Leur «*affectio societatis*» se réalise par la poursuite consciente de l'intérêt collectif. En généralisant, on pourrait affirmer que *le groupe a, par définition, une «affectio societatis»*.

3.3 Union d'efforts ou de ressources

Les associés de la société simple doivent mettre en commun leurs efforts ou leurs ressources. Ces prestations, ou «apports», ne sont pas échangés, mais réunis en vue de la réalisation du but commun. Selon l'art 531 al. 1 CO, ils peuvent «*consister en argent, en créances, en d'autres biens ou en industrie*». Il s'agit donc d'un avantage quelconque, matériel ou immatériel, que tout associé doit partager – dans le sens de mettre à disposition – avec les autres associés³⁷.

La pratique démontre que, de plus en plus, les sociétés membres du groupe sont considérées ou traitées – utilisées – comme des divisions internes d'un tout – l'entreprise qui a été évoquée au point précédent –, au sein duquel elles ont chacune une fonction précise et complémentaire. On a vu que l'on parlait d'ailleurs de «*division fonctionnelle*» du groupe³⁸, la-

³⁰ Notamment *Petitpierre-Sauvain Anne*, op. cit., p. 11 no 19, p. 18 no 37, pp. 22s nos 43ss, p. 109 nos 122ss; *Houin Roger*, Les groupes de sociétés en droit français, Florence, 1982, p. 53; *van Ommeslaghe Pierre*, Les groupes de sociétés en droit belge, Florence, 1981, pp. 76ss, 97; *Schmidt Dominique*, La responsabilité civile dans les relations de groupes des sociétés, *Revue des sociétés*, 1981, Dalloz, p. 725; *Naacke Henri*, Le droit français des groupes de sociétés, p. 136.

³¹ *Dallèves Louis*, Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, *Revue de droit suisse*, 1973, Vol II, p. 598.

³² *Ruedin Roland*, Vers un droit des groupes des sociétés?, *Revue de droit suisse*, 1980, Vol. II, p. 166.

³³ Voir notamment *Peter Henry*, op. cit. p. 129; *Petitpierre-Sauvain Anne*, Droit des sociétés et groupes de sociétés, Genève (Georg) 1972, p. 18.

³⁴ *Dallèves Louis*, op. cit. p. 598.

³⁵ Voir notamment *Peter Henry*, op. cit. pp. 23ss.

³⁶ Rapport annuel du groupe Winterthur de l'exercice 1995, p. 8.

³⁷ *Tercier Pierre*, op. cit., no 5536ss.

³⁸ Voir les exemples donnés à propos des pouvoirs «trans-sociétaires» supra 2.1.

quelle est souvent indépendante de la structure juridique du groupe concerné. On peut même dire que le but poursuivi ne pourrait pas être atteint (ou en tout cas ne pourrait l'être que difficilement) si on supprimait une de ces fonctions (sociétés), ce qui met bien en évidence l'importance – l'apport – de chacune de celle-ci pour et dans la recherche du but commun. Leur union est ainsi indispensable à la poursuite de celui-ci.

On citera, à titre d'exemple, la SMH Finance (Luxembourg) SA, société du groupe SMH, qui gère l'ensemble de la trésorerie du groupe, c'est-à-dire, encore une fois, des sociétés qui le composent. D'autres groupes ont, dans la même perspective, leurs sociétés de factoring, de gestion du personnel, du parc immobilier, des services informatiques, etc. On se trouve en définitive dans une situation identique à celle d'une société simple composée par des personnes physiques dont l'une gère la comptabilité, la deuxième les ventes, la troisième la production, etc.

L'union d'efforts peut également inclure des comportements non pas sous forme d'action mais d'omission, c'est-à-dire de «ne pas faire» certaines activités qui seraient nuisibles à l'intérêt commun, comme notamment la concurrence (territoriale ou en fonction du type de biens ou de services). C'est ainsi que les groupes qui ont constitué une société par pays pour distribuer leurs produits veillent à ce que chacune d'elles s'abstienne de vendre dans les pays voisins.

L'ensemble des sociétés du groupe, chacune dans son domaine propre (société commerciale, société de production, société de services, société financière, société holding, etc.) contribuent donc, ensemble, par l'union de leurs efforts respectifs et par la mise en commun de leurs ressources, à la poursuite du but commun.

3.4 Contrat

La société simple est un contrat. Il est (i) multilatéral³⁹, (ii) de durée et (iii) conclu à titre onéreux. Il ne s'agit pas d'un contrat synallagmatique puisque, nous l'avons mentionné, les prestations ne sont pas échangées, mais réunies en vue de la poursuite du but commun. Le législateur ne pose aucune exigence de forme pour le contrat de société simple. Il peut être conclu expressément, oralement ou par écrit, tacitement, voire même par actes concluants⁴⁰. La «conscience» de conclure un contrat de société simple n'est pas d'ailleurs une condition de son existence, ainsi que l'ont confir-

mé à de nombreuses reprises la jurisprudence et la doctrine, puisqu'il suffit de montrer qu'il existe *de facto* une volonté commune, du moins sur les éléments essentiels du contrat. Il s'agit alors de la figure, reconnue aussi bien en Suisse qu'à l'étranger, de la société dite «de fait» ou «créée de fait». Cette dernière a été définie comme étant celle que forment deux ou plusieurs personnes qui se comportent en fait comme des associés, sans pour autant avoir exprimé la volonté de constituer une société⁴¹. La jurisprudence a ainsi souvent appliqué les règles de la société simple alors que les intéressés n'avaient absolument pas conscience de former une société. Un des cas désormais bien connu – et qui mérite d'être cité pour ses analogies avec le groupe – est celui de l'union libre. A son propos, la doctrine et la jurisprudence désormais constante du Tribunal fédéral confirment que, en tout cas lorsque le concubinage donne lieu à une «wirtschaftliche Gemeinschaft»⁴², il est constitutif d'une société simple ou doit, en tout état, être qualifié comme tel⁴³.

Dans le cas d'un groupe de sociétés il n'y a clairement aucun contrat écrit, ni même généralement de contrat exprimé. On n'a pas même conscience de l'existence d'un contrat. Mais à nos yeux celui-ci existe. Il résulte d'actes concluants, et plus particulièrement de la poursuite commune de l'intérêt du

⁴¹ *Tercier Pierre*, op. cit., no 5597; *Recordon Pierre-Alain*, op. cit., pp. 27ss; *Patry Robert*, op. cit., Vol. I, pp. 204ss; *Ripert Georges / Roblot René*, *Traité élémentaire de droit commercial*, 10ème éd., Paris (LGDJ) 1980, Tome I, no. 725. Il peut être intéressant d'observer que le droit français distingue les sociétés «tacites» des sociétés «de fait». En substance, les sociétés tacites sont celles qui sont constituées par actes concluants, ce qui suppose l'existence d'un contrat, lequel est simplement conclu tacitement. Les sociétés «créées de fait» sont en revanche des situations qui réalisent toutes les conditions objectives d'une société, en l'absence toutefois de composante subjective (et donc de volonté contractuelle, même tacite). Le droit français attribue aux sociétés créées de fait, c'est-à-dire à une situation purement objective, toutes les conséquences juridiques liées à l'existence d'une société. La même distinction n'a pas encore été faite en droit suisse, et il est possible qu'il soit difficile de l'admettre du fait du texte clair de l'article 530 al. 1 CO. Il est vrai cependant que l'on s'en rapproche sensiblement par une appréciation toujours moins exigeante de la réelle volonté des parties. Comme le relève *Marty-Schmid*, «Quant au Tribunal fédéral, il semble rester fidèle à la théorie contractuelle. Toutefois, et notamment en matière d'union libre, ses exigences relatives à la preuve d'un accord de volonté sont si rudimentaires et la situation objective si importante qu'il peut paraître artificiel de parler de conclusion d'un contrat».

⁴² ATF 108 II 204, 209, cons. 4a.

⁴³ ATF 108 II 204, JT II 1982 570, cons. 5 et 6; ATF 109 II 228, JT 1984 I 482.

³⁹ Voir à ce propos la première condition de la société simple déjà examinée supra 3.1.

⁴⁰ *Tercier Pierre*, op. cit., no 5596.

groupe par ses différentes sociétés composantes, ce qui donne lieu, *volens nolens*, à une société de fait.

On pourrait objecter que les sociétés membres du groupe, en tout cas les sociétés filiales (subordonnées à la société faitière), ne disposent pas d'une libre conscience et volonté et que donc elles ne possèdent pas la capacité contractuelle. C'est d'ailleurs ce que soutiennent certains auteurs qui en ont déduit notamment que, dans un groupe de sociétés, l'*animus societatis* fait défaut⁴⁴. Nous estimons que cette objection n'est pas fondée car, sur le plan formel, les filiales peuvent s'opposer aux «instructions» voire aux «*Diktat*» de la société mère. En s'y soumettant – ne serait-ce que par simple passivité – les organes desdites sociétés manifestent (en général tacitement) leur volonté, donc celle de la société pour le compte de laquelle ils agissent (ou devraient agir)⁴⁵.

Autre est la question de savoir si, ce faisant, les organes des sociétés concernées violent les obligations qui sont attachées à leur fonction, par exemple au cas où – comme c'est souvent le cas en pratique – ils font prévaloir l'intérêt du groupe, voire d'autres sociétés membres de celui-ci, voire encore l'intérêt des «contrôlares», sur celui de la société dont ils sont formellement administrateurs. Le problème n'est pas alors de savoir si la société a ou non exprimé sa volonté, mais si, ce faisant, les organes ont ou non accompli leur devoir à l'égard de celle-ci, de ses actionnaires et de ses créanciers. Dans la négative, la société reste liée et il s'agira d'un problème de responsabilité desdits organes. Ainsi, le fait que les filiales soient soumises à la «direction unique» du groupe n'est pas un argument permettant d'affirmer qu'il n'existe pas de contrat de société parce que certaines des parties au contrat (les filiales) ne seraient pas en mesure d'exprimer leur volonté de façon autonome.

Partant, on peut considérer que les différentes sociétés qui composent le groupe sont – de fait – liées par un contrat de société.

Pour ceux qui ne partageraient pas cette opinion nous observerons que, conformément à l'article 1 al.

2 et 3 CC, face à une lacune de la loi et devant une situation qui n'est pas réglée de façon satisfaisante, il y a lieu de rechercher celle des normes de notre code qui offre la solution la plus équitable. On conclura à nos yeux qu'en présence d'un groupe de sociétés, et pour de nombreux aspects de ce dernier, la réponse idoine est offerte par les dispositions régissant la société simple. On trouve un exemple de ce raisonnement dans la jurisprudence fédérale⁴⁶: «*Au surplus, les dispositions sur la liquidation de la société simple fournissent ici une solution plus satisfaisante que les règles sur le contrat de travail. (...) De plus, le droit de la société fournit des solutions plus nuancées que le droit du contrat de travail (...)*». En doctrine, Siegwart estime que le juge peut recourir aux règles sur la société simple si la volonté des parties reste obscure et à condition que leur application constitue la solution la plus raisonnable⁴⁷. On pourra donc considérer, à titre en quelque sorte subsidiaire, que si – ou lorsque – les groupes ne sont pas des sociétés simples, les règles régissant ces dernières peuvent de toute manière leur être appliquées dans certains cas – ou pour certains aspects – en vertu de l'article premier du Code Civil⁴⁸.

3.5 Conclusion quant à la qualification

Ce qui précède permet d'affirmer que le groupe réalise parfois toutes les conditions d'existence d'une société. Puisque, on l'a vu, l'état de fait que constitue le groupe ne correspond à aucun des autres types de sociétés prévus par le droit suisse, il donne alors lieu, en vertu du principe de la subsidiarité (530 al. 2 CO), à ce qu'il est convenu d'appeler une «société simple». Encore une fois, la question de savoir si un état de fait est ou non une société simple ne dépend pas de la volonté des parties: c'est la conséquence juridique – simple et inéluctable – d'une situation donnée.

A notre connaissance la doctrine et la jurisprudence suisse n'ont pas, à ce jour, exprimé clairement la conclusion qui précède ou en tout cas les fondements juridiques que nous lui proposons. Cela dit, l'hypothèse de la qualification du groupe comme société simple a déjà été mentionnée par la doctrine helvétique et affirmée dans celle de nos pays voisins. On peut citer à cet égard *Petitpierre-Sauvain* qui s'est récemment inter-

⁴⁴ Voir notamment *Handschin Lukas*, op. cit., p. 63.

⁴⁵ Dans le même sens, voir *Petitpierre-Sauvain Anne*, Responsabilité du groupe et à l'intérieur du groupe, in *I gruppi di società*, Vol. III, Milan (Giuffrè editore) 1996, pp. 1802 et 1803: «*Comme on l'a vu, les dirigeants des filiales n'ont aucune obligation de prendre en compte les intérêts d'autres sociétés du groupe. S'ils le font, il s'agit donc de décisions qui leur sont attribuées comme un choix propre. Leur responsabilité sera donc engagée pour tout acte qui remplit les conditions de la responsabilité et aboutit à défavoriser la filiale au profit d'autres membres du groupe ou de tiers désignés par la direction du groupe*».

⁴⁶ ATF 109 II 228 = JT 1984 I 482/484.

⁴⁷ *Siegwart Alfred*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 4. Teil, Die Personengesellschaften, Zurich 1938, no 49 ad art. 530.

⁴⁸ *Marty-Schmid Helen*, op. cit. p. 178.

rogée sur la question de savoir si, en substance, les sociétés groupées ne doivent pas être considérées comme faisant partie d'une société de personnes ou, selon le droit applicable, d'une société simple. Il en résulterait une responsabilité «collective» ou en tout cas «solidaire» de la part des différentes sociétés du groupe à l'égard des tiers⁴⁹. Bien que plus nuancé, apparemment pour les raisons que nous avons évoquées à propos de l'absence de libre conscience et volonté de la part des filiales⁵⁰, *Handschin* semble également admettre qu'un groupe puisse constituer une société⁵¹. En faveur de l'application des principes de la société simple, on peut citer également *Zürcher* qui souligne les avantages que cela présente du point de vue de la responsabilité des différents membres du groupe: «*In bezug auf die Haftungsregelung sind hierbei wohl die Grundsätze der einfachen Gesellschaft, der Grund- und Subsidiärform für den Gesamtbereich des Gesellschaftsrechts, analog anwendbar. Damit kann im Rahmen der Gesetzesauslegung nur eine solidarische Verpflichtung aller beteiligten Konzerngesellschaften angenommen werden. Eine differenziertere Regelung lässt sich der geltenden Rechtsordnung nicht entnehmen.*»⁵².

A l'étranger, on mentionnera le belge *Coipel*, selon lequel il convient dans certains cas de considérer que «*lorsque deux ou plusieurs sociétés confondent à ce point leurs activités qu'en réalité elles exercent ensemble une seule et même activité commerciale, il est possible d'étendre le passif sans nier l'existence propre de chacune des sociétés: ou bien on leur applique la solidarité existant entre co-débiteurs commerçant, ou bien on considère que les personnes morales ayant fait du commerce ensemble ont constitué une société en nom collectif irrégulière*»⁵³. En Allemagne *Harms* est du même avis, qui considère que le groupe peut être qualifié de société simple, en précisant que la délégation des compétences opérée par les filiales en faveur de la société-mère (ou de la direction unique du groupe) correspond à une simple attribution des pouvoirs de gestion à l'un des membres de la société.⁵⁴

⁴⁹ *Petitpierre-Sauvain Anne*, Responsabilité du groupe et à l'intérieur du groupe, op. cit., pp. 1809 et 1810.

⁵⁰ Voir supra 3.4.

⁵¹ *Handschin Lukas*, op. cit., pp. 62ss, 63(c) et 67ss.

⁵² *Zürcher Wolfgang*, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Abhandlungen zum Schweizerischem Recht, Berne (Stämpfli & Cie) 1993, p. 150.

⁵³ *Coipel Michel*, op. cit., p. 217.

⁵⁴ *Harms Wolfgang*, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln/Berlin/Bonn/München (C. Heymann) 1968, p. 150, cité par *Handschin Lukas*, op. cit., p. 63, note 9.

IV. Conséquences juridiques

4.1 Effets externes

Rappelons préliminairement quelques banalités. La société simple n'a pas la personnalité morale. En conséquence, elle ne peut conclure en son nom de contrats avec des tiers; on peut même dire qu'en tant que telle la société simple n'a pas de rapports avec les tiers, puisqu'elle est en quelque sorte «transparente». Cela étant, l'existence d'une société simple n'est pas complètement dénuée d'effet.

Ayant conclu que le groupe de sociétés est une société simple, nous souhaitons examiner quelles en sont les conséquences externes, c'est-à-dire à l'égard des tiers, et ce du point de vue de la représentation (infra a.) et de la responsabilité des membres de la société simple (infra b.).

a. Représentation

L'article 543 CO règle la question de la représentation «de la société simple». On sait qu'il s'agit en réalité d'un cas d'application des règles générales sur la représentation (articles 32 et suivants CO).

Il existe en substance deux cas de figure:

(i) soit une personne, en général un membre de la société simple, intervient en son propre nom mais en réalité pour le compte de la société (c'est-à-dire de ses membres): il s'agit dans ce cas d'un représentant indirect; c'est lui qui est lié juridiquement à l'égard des tiers. La question de savoir si les droits et obligations qui découlent de son acte sont transférées aux autres membres de la société simple relève des rapports internes et est en principe sans effet à l'égard des tiers;

(ii) soit la personne ou le membre de la société agit au nom et pour le compte de la société simple (et se fait connaître comme tel): il est dans ce cas un représentant direct, ce qui signifie que ses actes engagent directement tous les membres de la société. Dans ce cas, il faut naturellement que le représentant dispose des pouvoirs nécessaires; la loi instaure à cet égard à l'article 543 al. 3 CO une présomption d'existence desdits pouvoirs dans l'hypothèse où l'associé est «chargé d'administrer» les affaires de la société; les tiers peuvent s'en prévaloir. Si ces pouvoirs n'existent en réalité pas, la question sera, ici aussi, réglée sur le plan interne, c'est-à-dire entre les associés, sans préjudice des droits des tiers.

On retrouve ces deux cas de figure dans les groupes de sociétés:

(i) il arrive qu'une société du groupe intervienne en son propre nom, mais qu'en réalité l'opération, d'une manière ou d'une autre, soit destinée à profiter à l'ensemble du groupe. Il s'agit dans cette hypothèse d'un cas de représentation indirecte dont nous avons vu qu'elle était sans effet à l'égard des tiers et qui ne nous semble pas présenter ici d'intérêt particulier⁵⁵;

(ii) mais il est fréquent aussi qu'une société du groupe – c'est-à-dire ses organes – ou que la direction «fonctionnelle» de la division considérée (par exemple le directeur financier du groupe), ou encore la direction unique elle-même, interviennent au nom du groupe. Comme nous l'avons rappelé dans la partie préliminaire de nos réflexions⁵⁶, il est en effet de plus en plus fréquent que l'on agisse «au nom du groupe», voire même que les raisons sociales, les documents ou les comportements eux-mêmes créent (parfois délibérément) l'impression que l'interlocuteur du tiers «est le groupe» dans son ensemble. On est dans cette hypothèse en présence d'un cas de représentation directe. Sa conséquence – et c'est là une simple application des principes posés par l'article 543 al. 2 et 3 CO – est que l'acte juridique considéré engage chacun des membres de la société simple, c'est-à-dire chacune des sociétés qui appartiennent au groupe.

b. Responsabilité

Les conséquences de ce qui précède sont dictées par l'article 544 CO. En substance, il existe une solidarité parfaite (art. 143 CO) entre les membres de la société simple qui sont liés par les actes de leur représentant.

Dans les groupes, cela signifie que les différentes sociétés membres sont solidairement responsables des actes juridiques accomplis au nom et pour le compte du groupe⁵⁷. Il en résulte que chacune des sociétés groupées pourra être recherchée par les tiers pour la totalité de leur créance. Ici aussi, ce sera ensuite une question relevant des rapports internes que de savoir si, comment et dans quelle mesure la créance du tiers qui aura été éteinte par une des sociétés devra être répartie entre les différents associés, c'est-à-dire entre les différentes sociétés membres du groupe.

4.2 Effets internes

a. Responsabilité

En vertu de l'art. 537 CO, l'existence d'une société simple a pour conséquence, sur le plan interne, que les dépenses ou obligations qui sont assumées dans le cadre des affaires de la société incombent à chacun des membres de celle-ci. Ceci signifie notamment, comme le confirme d'ailleurs l'alinéa 1 *in fine* de l'art. 537, que c'est l'ensemble des associés (de la société simple) qui répond des «pertes» – plus exactement des «charges» – que l'un d'entre eux pourrait avoir encourues⁵⁸.

b. Répartition des bénéfices et des pertes

La question de la répartition des bénéfices et des pertes est réglée par l'art. 533 CO. En vertu de ce dernier, sauf convention contraire, «chaque associé a une part égale dans les bénéfices et dans les pertes, quelles que soient la nature et la valeur de son apport».

Il s'agira ainsi en premier lieu de déterminer quel est le résultat économique de la société simple considérée, c'est-à-dire de dresser le compte de pertes et profits du groupe en question. On observera à ce propos que ces comptes existent déjà dans les groupes de sociétés: ce sont précisément les comptes consolidés exigés par la loi⁵⁹. *Les comptes consolidés constituent ainsi les comptes de la société simple* et leur solde déterminera si celle-ci a engendré un bénéfice ou une perte.

En l'absence – ici en principe manifeste – de convention particulière concernant la répartition du résultat, le principe légal devrait s'appliquer, selon lequel les bénéfices et les pertes sont répartis de manière paritaire entre les différents associés, c'est-à-dire «par tête». La jurisprudence fournit des illustrations d'espèces de ce genre dans le cadre du concubinage – autre état de fait, on l'a vu, considéré comme société simple – et ceci aussi bien en présence d'un solde actif (bénéfice)⁶⁰ que d'un solde passif (perte)⁶¹.

On ne peut cela étant exclure qu'il existe, au sein d'un groupe de sociétés, un accord concernant la répartition du résultat consolidé de l'exercice. Celui-ci pour-

⁵⁵ Elle pourrait en revanche en avoir sur le plan interne.

⁵⁶ Voir *supra* 2.1.

⁵⁷ *Zürcher Wolfgang*, op. cit., p. 150; *Petitpierre-Sauvain Anne*, Responsabilité du groupe et à l'intérieur du groupe, op. cit., p. 1810.

⁵⁸ Voir notamment *Tercier Pierre*, Les contrats spéciaux, Zurich (Schulthess) 1995, No. 5687, p. 693; *Engel Pierre*, Les contrats de droit suisse, Berne (Stämpfli & Cie) 1992, pp. 360/661.

⁵⁹ Art. 663e CO.

⁶⁰ Voir à ce propos ATF 109 II 228 et *Marty-Schmid Helen*, op. cit., pp. 250ss.

⁶¹ Voir à ce propos ATF 108 II 204 = JT 1982 I 570/572.

rait même être exprès, bien que l'on voie difficilement – en tout cas pour l'heure – quelle hypothèse serait ici visée, sachant que les groupes sont en général, on l'a vu, des sociétés simples créées de fait, qui se caractérisent par l'absence de toute conscience de constituer une société⁶². On pourrait aussi envisager d'interpréter le comportement des parties en application du principe de la confiance, pour conclure à une clé de répartition différente de celle qui est prévue en principe par le Code. On rappellera à ce propos simplement les limites qui sont posées à la liberté contractuelle et en particulier le caractère illicite d'un mode qui serait considéré comme «léonin»⁶³, comme le serait certainement une division des résultats au sein d'un groupe dans lequel la société-mère s'attribuerait tous les bénéfices et prétendrait faire supporter les pertes à ses filiales. Des exemples de ce genre se rencontrent dans les groupes qui sont gérés en application du principe dit «du siphon»⁶⁴. On en trouve également en Allemagne – de parfaitement licites cette fois –, ce sont les groupes dits «de droit» – mais la loi stipule alors précisément que la société-mère répond des pertes des filiales⁶⁵.

On a jusqu'ici parlé, sans autre précision, du solde du compte de pertes et profits concernant une période considérée. Ce compte peut être celui de l'un quelconque des exercices qui s'achève au cours de l'existence du groupe; il peut être aussi celui qui sera dressé en cas de faillite de tout ou partie des sociétés groupées. Cette dernière hypothèse nous semble mériter un examen particulier.

4.3 En particulier: effets en cas de faillite

De fait, les considérations qui précèdent ont en pratique surtout des conséquences importantes en cas de faillite d'une ou plusieurs sociétés du groupe. En application des règles sur la solidarité, chaque créancier pourra alors en effet s'adresser à la société du groupe qu'il choisira, probablement celle qui est la plus accessible ou la plus solvable. Il ne lui est d'ailleurs pas interdit de faire valoir ses prétentions à l'égard de

plusieurs – voire de toutes – les sociétés du groupe. Dans l'hypothèse où seule l'une d'entre elles serait entreprise et qu'elle s'avérait en mesure de régler la totalité de la créance considérée, le problème se résoudra ensuite sur le plan interne: ladite société ferait valoir à l'égard des autres membres du groupe (même faillis) ses droits récursoires, en pratique une quote-part de la somme qui a été versée au tiers.

On peut supposer que, si la théorie que nous soutenons ici prévaut, afin de profiter des avantages inhérents au régime de solidarité, les créanciers feront en pratique valoir leurs prétentions à l'endroit de chacune des sociétés appartenant au groupe, indépendamment de la question de savoir si celles-ci sont ou non en faillite. Si tous les créanciers «du groupe» procèdent de la même manière, ceci aboutira en substance, pour ce qui concerne les tiers créanciers (c'est-à-dire sur le plan des effets externes), *au même résultat que si l'on avait procédé à une liquidation consolidée du groupe*. Un développement de cette affirmation nous amènerait probablement trop loin, et on constatera simplement, en simplifiant quelque peu, que ceci est le résultat du fait que chacun des créanciers recevra de la part des sociétés concernées (le cas échéant de leur masse en faillite) proportionnellement le même dividende, la somme de ceux-ci ne pouvant évidemment pas dépasser le montant total de la créance considérée.

Dans ce processus, il est probable que les sociétés du groupe qui seraient par hypothèse encore *in bonis* soient amenées à déposer à leur tour leur bilan, vu que, pour les raisons susdites, elles feront l'objet de prétentions de la part de l'ensemble des créanciers du groupe, pour des montants qui devraient les amener prudemment à constituer les provisions opportunes et à considérer qu'elles sont surendettées. On ne peut évidemment pas exclure que des sursis concordataires, voire des ajournements de faillite soient conférés; ceci ne change toutefois rien au problème de fond, mais permettra simplement d'éviter la déconfiture en attendant de déterminer, à l'issue du processus «de consolidation», si en définitive, et compte tenu de ce que nous dirons à propos des rapports internes, la société considérée est ou non réellement insolvable (ou plus exactement surendettée).

Du point de vue des effets *externes*, le fait de qualifier le groupe de société simple permet ainsi d'aboutir d'un point de vue économique au même résultat que si l'on avait procédé à la liquidation consolidée des sociétés groupées. On ne saurait certes être trop absolu, mais il nous semble difficilement contestable que c'est là souvent la seule approche raisonnable ou équitable face à ce que l'on appelle parfois les «faillites de grou-

⁶² Voir supra 3.4.

⁶³ Voir à ce propos *Tercier Pierre*, op. cit., no 5539 et 5649; *Siegrwart Alfred*, op. cit., no 533 ad art. 533.

⁶⁴ Dits aussi «milking» ou «looting cases», voir *Peter Henry*, op. cit., pp. 54ss.

⁶⁵ Voir à ce propos récemment *E. Rehbinder*, Recent developments in the German law of corporate groups, in *Aspect des groupes d'entreprises*, Centre d'étude des groupes d'entreprises, H. Biron / C. Dauw, Antwerpen (Kluwer) 1989, pp. 423ss, 426.

pe». La jurisprudence étrangère, notamment américaine, a procédé de la sorte depuis nombreuses années⁶⁶. La pratique suisse récente a fourni quant à elle plusieurs exemples de cas de faillite de groupe dans lesquels on a, d'une manière ou d'une autre, recouru à une liquidation consolidée ou à des artifices qui en ont produit les mêmes résultats⁶⁷. Du fait probablement de l'absence de réflexion fondamentale sur le thème, on n'a jusqu'ici pas recouru dans ce contexte aux normes régissant la société simple. Nous pensons toutefois que la qualification du groupe comme telle pourrait en constituer le fondement le plus convaincant d'un point de vue dogmatique et fonctionnel.

La situation se présente différemment sur le plan interne. De ce point de vue là, en effet, on ne peut pas parler d'une véritable consolidation de la liquidation des sociétés qui constituent la société simple. Les règles qui régissent cette dernière ne conduisent en effet pas à une mise en commun des actifs et des passifs, mais simplement, on l'a vu, à une répartition des bénéfices et des pertes «de liquidation» entre ses membres. Cela signifie pratiquement que les différentes sociétés du groupe feront valoir entre elles les actions récursives qui découlent du règlement des effets externes dont il vient d'être question. A l'issue de ce processus, chacune des sociétés, prise isolément, sera en mesure de connaître l'état de son endettement – voire de son surendettement. L'on saura alors lesquelles d'entre elles sont encore *in bonis* et lesquelles sont surendettées. Les premières continueront normalement leur existence, les secondes devront prendre les mesures opportunes: concordat ou faillite. Ces remarques n'ont pas d'importance particulière à l'égard des «créanciers du groupe»; elles présentent en revanche un intérêt qui peut ne pas être indifférent pour ce qui est des actionnaires des sociétés visées (qui auront droit à un solde de liquidation si celle des sociétés à laquelle ils participent est encore *in bonis*), voire de leurs organes, pour le cas où le découvert éventuel poserait des problèmes de responsabilité. Ces remarques nous paraissent intéressantes, d'autre part, car elles mettent bien en évidence que l'adoption de la théorie que nous proposons ne conduit pas à une consolidation généralisée, mais à une consolidation seulement partielle, dans

le sens qu'elle est limitée aux effets externes, chacune des sociétés conservant son patrimoine propre du point de vue des effets internes.

On peut dire, en conséquence, que le fait de qualifier le groupe de société simple respecte en définitive le principe fondamental de l'existence et de l'autonomie patrimoniale des personnes morales, contrairement à ce qui se produit, par exemple, lorsque l'on recourt au «Durchgriff», dont la caractéristique est, on le sait, de faire précisément abstraction de la personnalité morale des sociétés considérées.

V. Conclusion

Nous croyons que le groupe de sociétés réalise toutes les conditions d'existence d'une «*einfache Gesellschaft*» au sens des articles 530ss CO. Le groupe de sociétés est donc – ou en tout cas peut être – une société simple, d'où le titre, on l'a vu, quelque peu provocateur de nos réflexions. Cette qualification permet de donner des conséquences en droit à cet état de fait désormais omniprésent qu'est le groupe, auquel on n'a jusqu'ici jamais réussi à conférer des effets juridiques satisfaisants, à l'exception des cas d'abus plus ou moins manifestes.

Cette qualification a des corollaires qui semblent somme toute assez naturels. Durant leur existence, les groupes de sociétés se présentent volontairement comme un tout; il est juste que, dans l'adversité également, ils offrent un front commun, c'est-à-dire qu'ils fassent l'objet d'une responsabilité solidaire de leurs membres.

La conséquence ultime de ce qui précède se manifeste dans les faillites de groupes: la responsabilité solidaire qui existe entre les différents membres produit alors sur le plan externe le même résultat qu'une liquidation consolidée du groupe. Comme l'a démontré la doctrine et jurisprudence, encore timide en Suisse mais assez étoffée à l'étranger, il s'agit là en général de la solution la plus raisonnable et la plus équitable en cas d'insolvabilité de tout ou partie d'un groupe de sociétés.

⁶⁶ Voir à ce propos notamment les exemples cités par Peter Henry, op. cit., pp. 205 à 208.

⁶⁷ Voir à ce propos Peter Henry / Birchler Francesca, op. cit., pp. 122ss.