

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

*Edités par Peter Gauch*

312

---

JESSICA AESCHBACH FLÓREZ

# La liquidation forcée des groupes de sociétés

# TABLE DES MATIÈRES

Table des matières .....	XI
Bibliographie .....	XXV
Table des sources .....	XLI
Table des abréviations .....	XLIII
Introduction.....	1
<b>Première partie : Fondements</b> .....	<b>5</b>
<i>Chapitre 1. Notion de groupe de sociétés</i> .....	<b>5</b>
§ 1. Terminologie .....	5
§ 2. Définition.....	7
I. En général .....	7
II. Réunion de deux ou plusieurs sociétés juridiquement indépendantes.....	8
A. Réunion de deux ou plusieurs sociétés .....	8
B. Indépendance juridique des sociétés du groupe .....	9
III. Direction unique effective .....	10
A. Notion.....	10
B. Répartition des compétences.....	10
1. Compétences de la direction unique .....	10
1.1. Variabilité de l'étendue des compétences .....	10
1.2. Compétences constitutives d'une direction unique .....	12
1.3. Compétences minimales nécessaires à l'exercice d'une direction unique efficace.....	13
2. Compétences minimales des conseils d'administration des sociétés dominées.....	14
C. Structure organisationnelle .....	17
IV. Unité économique du groupe.....	20
V. Modifications prévues par le P-CO .....	20
A. Présentation générale de l'art. 963 P-CO.....	20
B. Présomptions de contrôle prévues par le P-CO .....	22
1. Majorité des voix au sein de l'assemblée générale.....	22
2. Droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres du conseil d'administration.....	24

3.	Influence dominante en vertu d'autres instruments.....	25
3.1.	Contrôle en vertu des statuts.....	26
3.2.	Contrôle en vertu de l'acte de fondation .....	27
3.3.	Contrôle en vertu d'un contrat.....	27
C.	Répercussions sur la définition des groupes de sociétés .....	28
§ 3.	Typologie.....	30
I.	Groupes contractuels ou de fait .....	30
II.	Groupes de subordination ou de coordination .....	32
III.	Groupes horizontaux, verticaux ou mixtes .....	33
IV.	Groupes centralisés ou décentralisés .....	33
§ 4.	Délimitations .....	34
I.	Fusion.....	34
II.	Succursale.....	34
III.	Joint venture.....	34
	Conclusions intermédiaires.....	36
	<b>Chapitre 2. Traitement des groupes de sociétés de lege lata.....</b>	<b>41</b>
§ 1.	Etat de la législation actuelle sur les groupes de sociétés .....	41
I.	Dispositions spécialement destinées à régler les groupes de sociétés .....	42
II.	Tentative de codification d'un droit des groupes de sociétés.....	44
III.	Projet de révision de la LP .....	45
§ 2.	Droit des sociétés.....	45
I.	Responsabilité des administrateurs de la société dominante.....	46
II.	Responsabilité de la société dominante .....	49
A.	Responsabilité en tant qu'organe de fait.....	49
B.	Responsabilité pour le fait des organes.....	50
C.	Responsabilité fondée sur la confiance .....	53
1.	Konzernvertrauen.....	53
1.1.	Arrêt Swissair .....	54
1.2.	Arrêts Grossen et Musikvertrieb.....	56
2.	Déclaration d'appartenance à un groupe.....	58
3.	Apparence d'unité juridique .....	59
3.1.	Fondement .....	59
3.2.	Conditions.....	60
3.3.	Conséquences .....	63
D.	Durchgriff.....	63

1.	Principe de l'indépendance juridique.....	63
2.	Types de Durchgriff.....	64
3.	Conditions d'application.....	64
4.	Cas d'application .....	65
5.	Portée .....	67
III.	Prêts d'assainissement intragroupes .....	68
A.	Requalification .....	68
B.	Postposition.....	70
IV.	Transferts dissimulés de patrimoine intragroupes .....	72
A.	Interdiction de restitution des versements.....	72
B.	Action en restitution.....	74
1.	Généralités .....	74
2.	Légitimation active et passive.....	74
3.	Prestation de la société transférante.....	76
4.	Appauvrissement de la société transférante.....	76
5.	Inadéquation manifeste de la contre-prestation .....	77
5.1.	Type de contre-prestation .....	77
5.2.	Evaluation du caractère manifestement inadéquat.....	79
6.	Inadéquation manifeste avec la situation économique de la société transférante .....	80
7.	Mauvaise foi du bénéficiaire.....	81
8.	Non-conformité avec le but social .....	82
C.	Egalité de traitement entre actionnaires .....	83
§ 3.	Droit de l'exécution forcée .....	84
I.	Action révocatoire.....	85
A.	Notion et conditions générales.....	85
B.	Actes révocables .....	87
1.	Libéralités .....	87
2.	Actes accomplis par un débiteur surendetté.....	88
3.	Actes dolosifs.....	90
C.	Effets de l'action révocatoire .....	92
D.	Délai de péremption .....	93
II.	Liquidation consolidée.....	94
A.	Principe atomiste.....	94
B.	Jurisprudence .....	94
C.	Doctrine.....	98
D.	Groupe d'experts « procédure concordataire » .....	100
§ 4.	Autres moyens de droit.....	103
I.	Responsabilité contractuelle .....	104

A.	Reprise cumulative de dette .....	104
B.	Porte-fort et cautionnement.....	105
C.	Déclarations de patronages .....	107
D.	Mandat .....	108
II.	Responsabilité extracontractuelle .....	109
A.	Responsabilité délictuelle .....	109
1.	Responsabilité pour le fait personnel.....	109
2.	Responsabilité pour les auxiliaires.....	111
B.	Culpa in contrahendo .....	112
C.	Gestion d'affaires sans mandat .....	113
1.	Gestion d'affaires parfaite.....	113
2.	Gestion d'affaires imparfaite .....	116
	Conclusions intermédiaires.....	118
<b>Chapitre 3. Aperçu de la consolidation des masses en droit comparé..... 125</b>		
§ 1.	Etats-Unis d'Amérique .....	126
I.	Notion et sources de la substantive consolidation .....	126
A.	Notion.....	126
B.	Sources .....	129
1.	Jurisprudence .....	129
2.	Piercing the corporate veil .....	130
3.	Turnover.....	132
II.	Critères matériels .....	134
A.	Dans la jurisprudence.....	134
B.	Dans la doctrine .....	137
III.	Procédure .....	138
A.	Joint administration.....	138
B.	Procédure de substantive consolidation .....	141
1.	En général .....	141
2.	Particularités dans le cadre d'une procédure de réorganisation.....	141
§ 2.	Nouvelle-Zélande et Australie.....	142
I.	Droit néo-zélandais .....	142
A.	Sources légales et jurisprudence .....	142
B.	Notion de pooling et de single administration .....	143
C.	Critères matériels .....	144
D.	Procédure .....	146
II.	Droit australien .....	147
A.	Sources légales et jurisprudence .....	147

	B. Notions de pooling determination et de pooling order .....	148
	C. Critères matériels .....	150
	1. Critères communs .....	150
	2. Critères distincts .....	151
	2.1. Pooling determination.....	151
	2.2. Pooling order .....	152
	D. Procédure .....	154
	1. Pooling determination.....	154
	2. Pooling order.....	155
§ 3.	France .....	156
	I. Source légale et notion d'extension d'une procédure collective.....	156
	II. Critères matériels .....	158
	A. Fictivité .....	158
	B. Confusion des patrimoines.....	159
	III. Procédure .....	161
§ 4.	Allemagne.....	162
	I. Types de groupes de sociétés.....	162
	A. Groupes intégrés .....	162
	B. Groupes contractuels.....	163
	C. Groupes de fait.....	164
	D. Groupes de fait qualifiés .....	165
	II. Obligations et responsabilités au sein d'un groupe intégré .....	166
	III. Obligations et responsabilités au sein d'un groupe contractuel.....	167
	A. En présence d'un contrat de domination.....	167
	B. En présence d'un contrat de transfert de bénéfices.....	170
	C. En l'absence de contrat de domination ou de contrat de transfert de bénéfices.....	171
	IV. Obligations et responsabilités au sein d'un groupe de fait.....	172
	V. Obligations et responsabilités au sein d'un groupe de fait qualifié.....	173
	VI. Traitement de l'insolvabilité des groupes de sociétés .....	174
	A. Etat actuel de la législation allemande.....	174
	B. Propositions de la doctrine.....	175
	1. Critères de consolidation des masses.....	175
	2. Procédure .....	178

§ 5. CNUDCI.....	179
I. Généralités .....	179
II. Notion de regroupement des patrimoines .....	180
III. Critères matériels .....	180
IV. Procédure .....	181
Conclusions intermédiaires.....	184

**Deuxième partie : Modes et procédure de liquidation forcée des groupes de sociétés ..... 189**

***Chapitre 1. Problèmes spécifiques résultant du financement des groupes de sociétés ..... 189***

§ 1. Notion de financement .....	189
I. Suivant la provenance du capital .....	190
A. Financement interne .....	190
B. Financement externe .....	192
C. Financement intragroupe.....	193
1. Financement interne intragroupe .....	194
2. Financement externe intragroupe.....	195
II. Suivant la qualification du capital .....	196
A. Financement par fonds propres .....	196
B. Financement par fonds étrangers .....	196
§ 2. Organisation de la gestion du financement des groupes de sociétés .....	196
I. Gestion décentralisée .....	197
II. Gestion centralisée.....	197
§ 3. Transferts dissimulés de patrimoine intragroupes .....	198
I. Notion .....	199
II. Problématique .....	200
III. Types.....	202
IV. Illicéité .....	204
A. En vertu du droit fiscal .....	204
B. En vertu du droit des sociétés .....	206
C. En vertu du droit de l'exécution forcée.....	207
§ 4. Cash pooling.....	207
I. Instrument de cash management.....	208
II. Différentes formes de cash pooling .....	210
A. Zero balancing.....	210
B. Variantes du zero balancing.....	211
1. Target balancing.....	211

2. Settlement pooling (upper/lower trigger balancing).....	212
3. Sweep frequency.....	212
C. Notional pooling .....	213
D. Autres formes de cash pooling.....	214
III. Avantages et dangers du cash pooling.....	214
A. Avantages.....	214
B. Dangers .....	215
IV. Problématique des transferts dissimulés de patrimoine dans le cadre du cash pooling .....	216
§ 5. Effets spéciaux causés par le financement intragroupe.....	218
I. Effet télescope.....	218
A. Notion.....	219
B. Effet multiplicateur .....	220
1. Sur le volume du capital contrôlé .....	220
2. Sur le volume des crédits octroyés.....	222
C. Comptes consolidés.....	224
1. Objectif .....	224
2. Obligation d'établir des comptes consolidés .....	225
3. Périmètre de consolidation.....	227
4. Méthodes de consolidation .....	227
4.1. En général .....	227
4.2. Aperçu de la méthode de l'intégration globale .....	228
II. Métamorphose .....	229
Conclusions intermédiaires.....	230
<b>Chapitre 2. Mode de liquidation forcée séparée des groupes de sociétés .....</b>	<b>235</b>
§ 1. Principe de la séparation des patrimoines .....	235
I. Théorie de l'entreprise vs théorie de l'entité distincte.....	235
A. Position de Landers.....	235
B. Position de Posner.....	238
C. Constat .....	240
II. Distinction entre séparation affirmative et défensive des patrimoines.....	241
III. Absence de présomption de consolidation.....	244
§ 2. Compensations générales .....	246
I. Actions intentées par les masses en faillite.....	246
A. Récupération de transferts de patrimoine.....	247
B. Revendication d'actifs.....	249

C.	Réparation du dommage additionnel .....	250
II.	Actions individuelles intentées par des créanciers externes .....	251
A.	Reconstitution du patrimoine de la société débitrice.....	251
B.	Actions en paiement des créances.....	251
§ 3.	Théorie de la société simple en particulier .....	254
I.	Proposition de Peter/Birchler.....	254
II.	Jurisprudence .....	256
A.	Arrêt du Tribunal fédéral du 16 avril 1998 .....	256
B.	Arrêt du Tribunal fédéral du 12 juillet 2000 .....	256
C.	Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2004 .....	257
D.	Arrêt du 7 octobre 1998 de la Chambre des poursuites du Tribunal cantonal de Fribourg .....	258
III.	Conditions à l'existence d'une société simple.....	260
A.	Subsidiarité.....	260
B.	Présence d'une pluralité de personnes .....	261
C.	Union d'efforts ou de ressources .....	262
D.	But commun .....	263
1.	Nécessité d'un but non commercial ? .....	263
2.	Animus societatis .....	265
E.	Existence d'un contrat.....	267
IV.	Conséquences de l'existence d'un contrat de société simple.....	269
A.	Direction de la société simple .....	269
1.	Décisions sociales .....	269
2.	Administration .....	271
3.	Droit de se renseigner sur les affaires de la société .....	271
B.	Répartition des bénéfices et des pertes .....	272
C.	Représentation à l'égard des tiers .....	274
D.	Responsabilité .....	275
1.	Responsabilité dans les rapports externes.....	275
2.	Responsabilité dans les rapports internes .....	277
E.	Dissolution .....	277
V.	Constat .....	278
	Conclusions intermédiaires.....	280
	<b>Chapitre 3. Mode de liquidation forcée consolidée des groupes de sociétés .....</b>	<b>283</b>
1.	Notion.....	283

§ 2.	Consolidation et Durchgriff.....	285
I.	Durchgriff comme critère de consolidation autonome .....	286
A.	Droit américain .....	286
1.	Jurisprudence .....	286
2.	Doctrines .....	291
2.1.	Critère d'alter ego.....	291
2.2.	Critère du judgment proofing .....	293
B.	Droit néo-zélandais .....	294
C.	Droit français.....	294
D.	Propositions de la doctrine suisse .....	295
II.	Durchgriff comme critère de consolidation sous-jacent .....	296
§ 3.	Consolidation et protection des attentes des créanciers contractuels.....	300
I.	Protection des attentes comme critère de consolidation autonome.....	301
A.	En droit américain.....	301
1.	Attentes protégées par la consolidation .....	301
2.	Conflits avec les attentes opposées à la consolidation .....	305
2.1.	Méconnaissance de l'appartenance de la société débitrice à un groupe .....	305
2.2.	Indépendance juridique de la société débitrice .....	306
3.	Sûretés personnelles intragroupes en particulier.....	307
3.1.	Comme argument contre la consolidation .....	307
3.2.	Comme argument en faveur de la consolidation.....	308
3.3.	Appréciation .....	309
4.	Caractère réel et raisonnable des attentes à protéger .....	310
4.1.	Caractère réel.....	310
4.2.	Caractère raisonnable .....	311
5.	Traitement des conflits d'attentes .....	313
5.1.	Consolidation totale après une balance des intérêts .....	313
5.2.	Consolidation partielle.....	314
5.3.	Absence de consolidation .....	316
B.	Proposition de la doctrine suisse.....	316
II.	Position personnelle.....	317
A.	Difficultés de justiciabilité .....	317

	B. Imprévisibilité d'une balance des intérêts.....	318
	C. Impraticabilité d'une consolidation partielle .....	320
	D. Protection des attentes comme critère de consolidation sous-jacent .....	321
§ 4.	Conditions matérielles.....	323
	I. Liquidations forcées de plusieurs sociétés apparentées.....	323
	II. Economie des coûts .....	324
	A. Nécessité .....	324
	1. Impossibilité de reconstituer des comptes séparés.....	324
	2. Impossibilité de déterminer la propriété d'actifs .....	326
	3. Portée .....	326
	B. Optimum de pareto.....	327
	1. Notion d'optimum de pareto.....	327
	2. Coûts prohibitifs de la reconstitution des patrimoines.....	327
	2.1. Jurisprudence .....	328
	a) USA.....	328
	b) Nouvelle-Zélande .....	330
	c) Suisse.....	331
	2.2. Types de coûts prohibitifs.....	333
	a) Coûts liés à la récupération de transferts de patrimoine intragroupes .....	333
	b) Coûts liés à l'identification de la société débitrice.....	336
	c) Coûts liés aux actions en réparation du dommage additionnel .....	336
	3. Dépréciation de la valeur des créances .....	336
	C. Scénario Kaldor-Hicks.....	337
§ 5.	Conditions formelles .....	338
	I. Dans le cadre d'une procédure de faillite .....	339
	A. Proposition de consolidation.....	339
	B. Vote des créanciers .....	341
	C. Homologation par le juge.....	343
	II. Dans le cadre d'une procédure concordataire.....	343
	A. Proposition de consolidation.....	343
	B. Vote des créanciers .....	344
	C. Homologation par le juge.....	346
	Conclusions intermédiaires.....	349

<b>Chapitre 4. Procédure de liquidation forcée des groupes de sociétés .....</b>	<b>353</b>
§ 1. Ouverture des procédures .....	353
I. Ouverture de procédures individuelles .....	353
II. Critères d'ouverture .....	355
A. Critères d'ouverture de lege lata .....	355
1. Critères d'ouverture d'une procédure de faillite.....	355
1.1. Critère d'ouverture fondé sur la LP .....	355
a) Ouverture d'une procédure ordinaire par voie de faillite.....	355
b) Ouverture d'une procédure de faillite sans poursuite préalable.....	357
1.2. Critère d'ouverture fondé sur l'art. 725 al. 2 CO.....	358
2. Critères d'ouverture d'une procédure concordataire.....	358
B. Critères d'ouverture recommandés par la CNUDCI.....	359
C. Propositions de révision des critères d'ouverture fondés sur l'art. 725 CO .....	361
1. Propositions faites dans le cadre des révisions des droits de la SA et de la LP .....	361
2. Proposition de Bersheda Vucorovic.....	363
III. Demande d'ouverture .....	364
A. Cercle des personnes habilitées à requérir l'ouverture.....	364
1. Situation de lege lata.....	364
2. Proposition de lege ferenda.....	365
B. Demandes distinctes ou demande conjointe .....	367
1. Situation de lege lata.....	367
2. Propositions de la CNUDCI .....	367
2.1. En général .....	367
2.2. Inclusion de sociétés solvables dans une demande conjointe d'ouverture .....	369
3. Position personnelle et proposition de lege ferenda .....	371
§ 2. Administration des procédures .....	374
I. Mode d'administration.....	374
A. Divers modes d'administration .....	374
B. Situation de lege lata .....	376
1. En général .....	376

2.	Coopération entre administrations de la faillite, resp. entre commissaires .....	376
3.	Concentration des procédures en mains d'une administration commune de la faillite ou d'un commissaire commun .....	377
3.1.	En général .....	377
3.2.	Compétence quant à la nomination de l'administration commune de la faillite, resp. du commissaire commun .....	378
a)	Dans le cadre d'une procédure de faillite.....	378
b)	Dans le cadre d'une procédure concordataire .....	379
3.3.	Conflits d'intérêts ? .....	379
C.	Situation selon le projet de révision de la LP.....	381
D.	Propositions de lege ferenda .....	383
1.	Concentration des procédures auprès d'un for unique.....	383
1.1.	Concentration automatique de par la loi.....	383
1.2.	Point de départ de la concentration.....	384
1.3.	Critère de désignation du for unique .....	385
1.4.	Transfert du for ordinaire de la poursuite au for de la première faillite ou du premier concordat .....	386
2.	Consolidation des procédures .....	389
II.	Réalisation des biens et distributions des deniers.....	391
A.	Réalisation des biens .....	391
1.	Objet de la réalisation .....	391
1.1.	Dans le cadre de liquidations séparées .....	391
1.2.	Particularités dans le cadre d'une liquidation consolidée.....	392
2.	Modes et moment de la réalisation .....	392
2.1.	Dans le cadre d'une procédure de faillite .....	392
a)	Dans le cadre de liquidations séparées .....	392
b)	Particularités dans le cadre d'une liquidation consolidée.....	394
2.2.	Dans le cadre d'une procédure de concordat par abandon d'actifs.....	395
a)	Dans le cadre de liquidations séparées .....	395

---

b) Particularités dans le cadre d'une liquidation consolidée.....	396
B. Distribution des deniers .....	396
1. Dans le cadre de liquidations séparées.....	396
1.1. Privilège des créances garanties par gage.....	396
1.2. Traitement des créances garanties par des sûretés personnelles .....	398
1.3. Répartition en trois classes des créances non garanties par gage .....	398
2. Particularités dans le cadre d'une liquidation consolidée .....	399
Conclusions intermédiaires.....	400
<b>Conclusions finales.....</b>	<b>403</b>
<b>Schlussfolgerungen .....</b>	<b>409</b>
<b>Propositions législatives.....</b>	<b>415</b>
<b>Table des arrêts cités .....</b>	<b>425</b>
<b>Index alphabétique .....</b>	<b>433</b>