JUIN 2015

RAPPORT

VERS UNE RECONNAISSANCE DE L'INTÉRÊT DE GROUPE DANS L'UNION EUROPÉENNE ?

le club des juristes

COMMISSION EUROPE

VERS UNE RECONNAISSANCE DE L'INTÉRÊT DE GROUPE DANS L'UNION EUROPÉENNE ?

RAPPORT DU CLUB DES JURISTES

Commission Europe

JUIN 2015

Association déclarée - 4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél. : 01 53 63 40 04 - Fax : 01 53 63 40 08

www.leclubdesjuristes.com

© Getty Images

Composition de la Commission

Étude de la Commission Europe du Club des juristes,
réalisée sous la co-présidence
de **Anne Outin-Adam**, Directeur des politiques législatives
et juridiques de la CCI Paris Ile-de-France

et Maître **Didier Martin**, Avocat à la Cour - Bredin Prat

Avec le précieux concours de **Pierre-Henri Conac**,
Professeur de droit commercial et des sociétés
à l'Université du Luxembourg

Et l'active participation de :

Françoise Arnaud-Faraut et **Anne-Marie Reita-Tran**,
experts de la CCI Paris Ile-de-France

Tanguy Allain, Maître de conférences en droit privé,
Université de Cergy-Pontoise

Charlotte Baret, BNP Paribas

Odile de Brosses, AFEP

Kareen Ceintre, ALSTOM

Sandrine Elbaz, SAINT-GOBAIN

Olivia Guillaume, SANOFI

Corinne Jacquiot, SOCIETE GENERALE

Serge Rognon, L'OREAL

Christoph Teichmann, Professeur, Université de Würzburg.

Isabelle Urbain-Parléani, Professeur à l'Université Paris Descartes

Jean-Paul Valuet, ANSA

Table des matières

Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'Union européenne ? 9

Contexte 9

Synthèse des préconisations 9

Draft en vue d'une recommandation européenne sur l'intérêt de groupe 10

Données économiques et problématique juridique 14

Droit positif en France 16

Benchmark européen 17

Zoom sur l'intérêt de groupe dans 24 États membres 18

Détail des propositions 19

I - Sur les objectifs à atteindre 19

II - Sur les réponses à apporter 21

A – Quel outil européen ? Non pas une directive mais une recommandation s'accompagnant d'une diffusion de bonnes pratiques 21

B – Quel contenu : quel régime européen de l'intérêt de groupe ? 22

ANNEXE 1 :
Tableau synthétique de droit comparé 26

Tableau détaillé de droit comparé 30

1 - Les Etats membres qui ne reconnaissent pas l'intérêt de groupe 31

2 - Les Etats membres qui reconnaissent l'intérêt de groupe dans un cadre légal 36

3 - Les Etats membres qui reconnaissent l'intérêt de groupe dans un cadre prétorien 42

ANNEXE 2 :
Traitement comparé d'opérations intra-groupe pouvant relever d'un intérêt de groupe 48

Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'Union européenne ?

Contexte

Le rapport de 2011 du Groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés indiquait que *« la Commission européenne devrait considérer, sous réserve qu'il soit établi qu'il serait favorable d'agir au niveau européen, d'adopter une recommandation reconnaissant l'intérêt de groupe »*, l'objectif étant explicitement de **renforcer la flexibilité de gestion des groupes dans un contexte transfrontalier.**

Dans ce prolongement, la Commission européenne a déclaré en 2012 sa ferme intention de reconnaître la notion d'intérêt de groupe en annonçant qu'elle proposerait « une initiative » en ce sens en 2014[1]. Par ailleurs, aujourd'hui, ce sujet apparaît en filigrane d'autres évolutions en cours du droit européen des sociétés (proposition de directive sur la société à responsabilité limitée unipersonnelle ou SUP[2], consultation sur les fusions et scissions). La multiplication des portes d'entrée atteste du réel enjeu pratique de cette problématique.

Synthèse des préconisations

Sur l'économie générale d'une initiative européenne

Pour adapter les contraintes juridiques aux enjeux économiques, il importe d'assouplir et de sécuriser les processus décisionnels au sein des groupes transfrontaliers, notamment lorsque sont mis en balance les inté-

(1) Commission européenne, Consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés, 2012.
(2) *Societas Unius Personae.*

rêts individuels des filiales et l'intérêt global du groupe.

Dans le sens d'une reconnaissance harmonisée de l'intérêt de groupe, l'adoption d'une recommandation européenne serait une solution souple, permettant d'éviter l'écueil d'une rigidification législative toujours pénalisante du point de vue de la compétitivité.

Sur le régime d'un intérêt de groupe européen

La jurisprudence française « Rozenblum » étant déjà relativement répandue en Europe, il est préconisé de recommander aux Etats membres de se rapprocher d'un mécanisme juridique similaire.

Ainsi, dans le cadre des opérations intra-groupes, l'intérêt de groupe devrait pouvoir être invoqué par les dirigeants de la société mère ou des filiales, tant sur le plan de la responsabilité pénale que civile, sur la base des critères suivants :

- l'appartenance à un même groupe, du fait de l'existence de liens structurels entre les sociétés et de la mise en œuvre d'une stratégie commune ;
- la conformité de la décision à l'intérêt du groupe, sans mise en péril de la société qui en supporte la charge (ce seul critère pouvant, au demeurant, être suffisant en cas de filiale à 100 %) ;
- l'existence d'une contrepartie au bénéfice de cette dernière.

Draft en vue d'une recommandation européenne sur l'intérêt de groupe

CONSIDERANT ce qui suit :

(1) *Les groupes de sociétés et les holdings ont un poids économique considérable ; quelques dizaines d'entre eux assurent la plus grande partie de l'activité industrielle et commerciale au niveau mondial. En pratique, dans la définition de sa stratégie, une société mère peut être amenée à privilégier l'intérêt du groupe, même si ce dernier ne recouvre pas exactement l'intérêt propre de sa filiale. Sur ces questions, une*

homogénéisation à l'échelle européenne serait opportune pour une meilleure sécurité juridique au sein des groupes transfrontaliers. Les PME tireraient également avantage d'un régime facilitant la coordination de plusieurs filiales en Europe. Elles connaissent elles aussi – et même peut-être plus encore – des difficultés juridiques dans la gestion de filiales étrangères.

(2) *Rappelons, d'une part, que la notion d'intérêt de groupe n'est pas contradictoire avec le respect de la personnalité morale des différentes sociétés du groupe et, d'autre part, que l'intérêt social n'est pas exclusif de l'intérêt de groupe.*

(3) *L'intérêt de groupe ne doit pas être confondu avec le « droit des groupes », tel qu'il est conçu notamment en Allemagne et qui implique un ensemble de contraintes légales applicables aux sociétés mères et aux filiales. Il est unanime, du point de vue des opérateurs économiques, qu'une telle évolution emporterait une rigidification inopportune de la pratique des affaires.*

(4) *Pour tenir compte des impératifs économiques auxquels sont soumis les groupes et dans un objectif de facilitation de gestion, l'intérêt de groupe doit renvoyer à la possibilité pour une société mère de prendre des décisions – ou de faire prendre des décisions à ses filiales – qui s'inscrivent prioritairement dans une politique globale de groupe, surpassant les intérêts particuliers des entités prises individuellement. Pour autant, ces stratégies décisionnelles ne doivent pas mettre en péril la survie de telle ou telle filiale. D'une manière générale et sous réserve de respecter certaines conditions – notamment en termes de proportionnalité et d'équilibre – il s'agit de poser un cadre uniformisé pour les opérations intra-groupes en Europe en renforçant la sécurité juridique, sans remettre en cause l'autonomie des différentes structures.*

(5) *Schématiquement, deux constats peuvent être faits :*

- *1er constat, celui de l'existence d'un véritable patchwork entre les Etats membres : d'un côté les pays qui ne reconnaissent pas l'intérêt de groupe (même s'ils disposent parfois d'un droit des groupes, comme l'Allemagne) et, d'un autre côté, les pays qui reconnaissent*

l'intérêt de groupe, avec des variantes importantes selon qu'il s'agit de constructions jurisprudentielles ou légales… Cet état des lieux très hétérogène est symptomatique des difficultés pratiques que peuvent rencontrer les groupes transfrontaliers.

- *2nd constat, on relève, dans les Etats membres qui font actuellement évoluer leur droit, une tendance générale de rapprochement vers la jurisprudence « Rozenblum » connue dans un nombre croissant de pays[3]. Tel est le cas par exemple en République Tchèque ou en Pologne. Ce mouvement déjà engagé vers une uniformisation doit être encouragé, dans le sens d'une plus grande sécurité juridique.*

(6) *En 2012, la Commission européenne avait déclaré son intention de reconnaître la notion d'intérêt de groupe en annonçant qu'elle proposerait « en 2014 une initiative visant à (…) la reconnaissance de la notion d'intérêt de groupe »[4], cela dans le prolongement du rapport de 2011 du Groupe de réflexion sur l'avenir du droit européen des sociétés qui indiquait que « la Commission européenne devrait considérer, sous réserve qu'il soit établi qu'il serait favorable d'agir au niveau européen, d'adopter une recommandation reconnaissant l'intérêt de groupe ».*

(7) *D'autres évolutions en cours du droit européen des sociétés (proposition de directive sur la société à responsabilité limitée unipersonnelle ou SUP, consultation de la Commission sur les fusions et scissions) évoquent également cet intérêt de groupe. La multiplication des portes d'entrée atteste du réel intérêt pratique de cette problématique.*

Compte tenu des difficultés pratiques ci-dessus soulignées, du caractère protéiforme de la notion d'intérêt de groupe en Europe créateur d'insécurité juridique pour les groupes de sociétés et au regard des volontés politiques déjà exprimées précédemment, la Commission européenne ***RECOMMANDE*** *aux Etats membres ce qui suit :*

1) *Pour répondre le plus largement possible aux besoins des entreprises, quelle que soit leur taille, dans une perspective de recherche de croissance et de compétitivité, il convient que les Etats membres s'engagent dans une démarche tendant à faciliter la gestion transfrontalière des*

(3) France, Pays-Bas, Belgique, Luxembourg…
(4) Commission européenne, Consultation sur l'avenir du droit européen des sociétés, 2012.

groupes, d'en réduire les coûts et d'assurer une meilleure sécurisation des opérations internes.

2) *Dans ce cadre, il conviendrait de privilégier une délimitation du groupe selon le périmètre de consolidation comptable, notion harmonisée au niveau européen.*

3) *Les opérations visées se situeraient principalement dans trois domaines où la sécurité juridique mériterait d'être renforcée :*

- *la répartition des coûts généraux au sein du groupe (frais administratifs, informatiques, logistiques…) ;*
- *les choix stratégiques d'expansion : l'accent mis sur telle ou telle ligne de métier peut favoriser telle filiale par rapport à une autre… Si ces orientations répondent légitimement à des objectifs économiques, elles ne peuvent toutefois pas conduire à mettre en péril une société du groupe, ce qui peut impliquer certaines mesures de protection des minoritaires et des créanciers ;*
- *les transactions intra-groupe conclues hors conditions normales de marché.*

4) Cette reconnaissance se ferait de manière uniformisée sur la base du dispositif de la jurisprudence de certains Etats membres[5]*, ainsi défini :*

- *l'intérêt de groupe pourrait être reconnu tant sur le plan de la responsabilité pénale que civile, à l'égard des dirigeants de filiales comme de sociétés mères ;*
- *pour être caractérisé, il nécessiterait la réunion des conditions suivantes :*
  - *appartenance à un même groupe, du fait de l'existence de liens structurels entre les sociétés et de la mise en œuvre d'une stratégie commune ;*
  - *conformité de la décision à l'intérêt du groupe, sans mise en péril de la société qui en supporte la charge ;*
  - *existence d'une contrepartie au bénéfice de cette dernière.*

(5) Les pays ayant adopté la jurisprudence « Rozenblum », notamment la France, les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg…

- *dans le cas de filiales à 100 %, le seul critère d'absence de mise en péril pourrait être suffisant.*

5) La reconnaissance de l'intérêt de groupe devrait être accompagnée de dispositifs d'information et de protection des actionnaires minoritaires et des créanciers, en particulier pour garantir la transparence quant à l'appartenance à un groupe.

6) À titre indicatif, sont listées ci-dessous des opérations intra-groupe pouvant relever d'un intérêt de groupe.

L'élaboration de cette liste blanche devrait donner lieu à un travail concerté avec des représentants des opérateurs économiques organisés sous forme de groupes. A cet effet, l'annexe 2 du présent document – visant, sous un angle de droit comparé, les opérations intra-groupes concernées – pourrait être utilement exploitée.

Données économiques et problématique juridique

Les groupes de sociétés ont un **poids économique considérable** ; quelques dizaines d'entre eux assurent la plus grande partie de l'activité industrielle et commerciale au niveau mondial.

A l'échelle française, une étude[6] de l'INSEE publiée en 2012 établissait à quel point le tissu productif français est *« encore plus concentré qu'il ne semblait »* : 200 grandes entreprises emploient à elles seules 28 % des salariés, réalisent un tiers de la valeur ajoutée et la moitié du chiffre d'affaires à l'export et près des deux tiers des dépenses intérieures en R&D.

Parmi les multiples motivations qui peuvent conduire à adopter cette organisation, on relève notamment[7] :

- l'individualisation des branches de métiers et la segmentation des risques,

(6) Cette étude s'appuie sur la nouvelle définition de l'entreprise établie par la loi de modernisation de l'économie de 2008 sur la base de critères économiques. Celle-ci considère un groupe comme une seule et même entreprise, alors que l'approche juridique distingue les filiales en unités légales autonomes.

(7) « Les groupes de PME : une ou plusieurs sociétés ? » Paul Billon, *Lexis Nexis Litec Professionnels* 2009.

- la souplesse dans l'organisation de la direction (répartition des responsabilités),
- la souplesse financière (centralisation de la trésorerie par la société mère, possibilité de compenser les insuffisances de trésorerie d'une filiale par les excédents d'une autre),
- la souplesse dans la gestion (centralisation de services communs : gestion comptable, administrative, informatique, financière, juridique…),
- la souplesse fiscale…

Rappelons qu'à défaut de personnalité morale, le groupe de sociétés est un concept plus économique que juridique. Par conséquent, en vertu du principe fondamental de l'autonomie des personnes morales, les filiales sont des entités juridiques distinctes ayant des intérêts sociaux individuels.

Et justement, le développement de la notion d' « intérêt de groupe » est une manifestation particulièrement éclairante de la **nécessité de concilier réalités économiques et normes juridiques.** Car, *« dans de très nombreuses situations, il peut y avoir une contradiction fondamentale entre l'indépendance juridique de la société contrôlée – qui peut n'être que formelle – et sa dépendance économique – qui peut être bien réelle – à l'égard d'une société contrôlante ou d'un groupe de sociétés »*[8]. Ainsi, en pratique, dans la définition de sa stratégie, une société mère peut être amenée à privilégier l'intérêt du groupe, même si ce dernier ne recouvre pas exactement l'intérêt propre de sa filiale.

Cette hiérarchisation des intérêts propres à chaque société, au regard d'un **intérêt de groupe défini dans le cadre d'une stratégie économique globale,** appelle un traitement juridique spécifique à l'échelle européenne pour une meilleure sécurité juridique des groupes transfrontaliers.

(8) « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », J. Paillusseau, *Recueil Dalloz* 2003, p. 2346.

Que faut-il entendre par « intérêt de groupe » ?

Avant tout, **il ne s'agit pas de consacrer un « droit des groupes »**, tel qu'il est conçu notamment en Allemagne et qui implique un ensemble de contraintes légales applicables aux sociétés mères et aux filiales. Il est unanime, du point de vue des opérateurs économiques, qu'une telle évolution emporterait une rigidification inopportune de la pratique des affaires.

En revanche, il importe de **ne pas ignorer la réalité économique du groupe.** Légitimant la prise en compte de ses impératifs économiques et dans un **objectif de facilitation de gestion,** l'intérêt de groupe renvoie à la possibilité pour une société mère de prendre des décisions – ou de faire prendre des décisions à ses filiales – qui s'inscrivent prioritairement dans une politique globale de groupe surpassant les intérêts particuliers des entités prises individuellement. Mais ces stratégies décisionnelles ne doivent pas mettre en péril la survie de telle ou telle filiale. D'une manière générale et sous réserve de respecter certaines conditions – notamment en termes de proportionnalité et d'équilibre – **un cadre uniformisé pour les opérations intra-groupes en Europe renforcerait la sécurité juridique, sans pour autant remettre en cause l'autonomie des différentes structures**.

Droit positif en France

Les juges français ont fait émerger la notion d'« intérêt de groupe » dans le cadre de la jurisprudence dite *Rozenblum* de 1985[9].

Dans ce modèle, les conditions suivantes doivent être réunies pour éviter aux dirigeants la qualification de délit d'abus de biens sociaux du fait de concours financiers entre les sociétés d'un même groupe :

(9) Cass. crim., 4 févr. 1985, Bull. crim., n° 54 ; JCP G, 1986, II, 20585, note W. Jeandidier ; D. 1985, p. 478, note D. OHL ; récemment, Cass. crim., 10 févr. 2010, n° 09-83.691, F-D : *JurisData*, n° 2010-001541 ; R. Salomon, « L'intérêt de groupe, fait justificatif de l'abus de biens sociaux », *Dr. sociétés*, n° 5, mai 2010, comm. 103. Les fondations de cette jurisprudence ont été posées dès 1974 par le Tribunal correctionnel de Paris dans l'affaire dite « Agache-Willot » : T. corr. Paris, 16 mai 1974, Gaz. Pal., 1974, 2, 886 ; JCP E, 1975, II, 11816, obs. Lacoste.

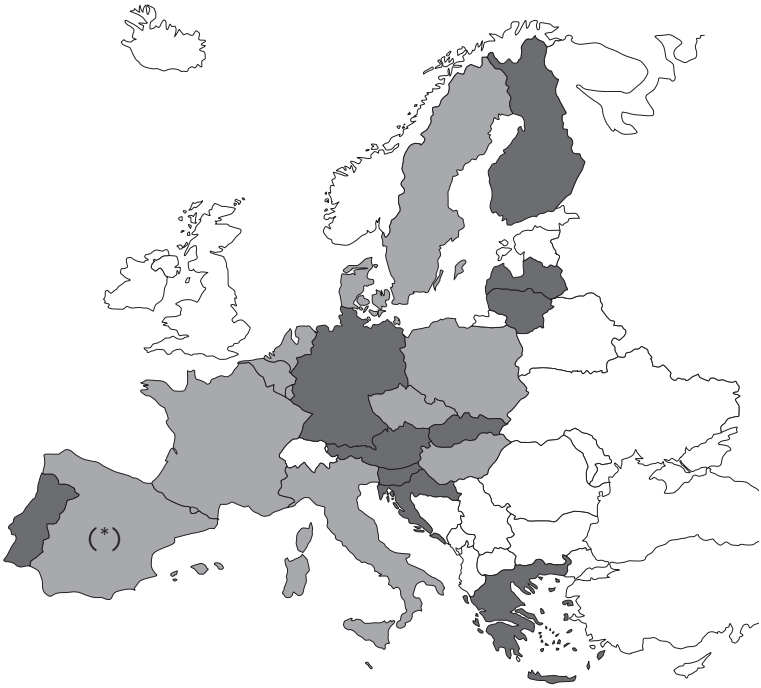
- un groupe doit exister : il faut pouvoir démontrer des liens juridiques et financiers entre les sociétés membres du groupe ainsi que la mise en œuvre d'une stratégie commune en vue de la réalisation d'un projet commun ;
- l'opération doit être dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ;
- le concours financier ne doit pas être dépourvu de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des sociétés concernées ;
- le concours ne doit pas excéder les possibilités financières de la société qui en supporte la charge.

Benchmark européen

Schématiquement, deux constats peuvent être faits :

- 1er constat, celui de l'existence d'un véritable patchwork entre les Etats membres : d'un côté, les pays qui ne reconnaissent pas l'intérêt de groupe (même s'ils disposent parfois d'un droit des groupes, comme l'Allemagne) et, d'un autre côté, les pays qui reconnaissent l'intérêt de groupe, avec des variantes importantes selon qu'il s'agit de constructions jurisprudentielles ou légales… Cet état des lieux très hétérogène est symptomatique des difficultés pratiques que peuvent rencontrer les groupes transfrontaliers.
- 2nd constat, on relève, dans les Etats membres qui font actuellement évoluer leur droit, une tendance générale de rapprochement vers la jurisprudence « Rozenblum » du système français : tel est le cas par exemple en République Tchèque, par la loi, ou en Pologne, par la jurisprudence, et cet alignement doit être encouragé, dans le sens d'une plus grande sécurité juridique.

Zoom sur l'intérêt de groupe dans 24 États membres



États qui reconnaissent l'intérêt de groupe (de manière jurisprudentielle ou légale)

États qui ne reconnaissent pas l'intérêt de groupe

Figurent en annexe divers éléments de droit comparé :

- l'analyse d'un certain nombre de systèmes juridiques en Europe, au travers de deux tableaux comparatifs de droit positif (annexe 1) ;
- un tableau sur le traitement des opérations intra-groupe pouvant relever de l'intérêt de groupe (annexe 2).

(*) En Espagne, régime légal sur l'intérêt de groupe en cours d'adoption.

Détail des propositions

I – Sur les objectifs à atteindre

Au regard du contexte de mondialisation, il importe de répondre le plus largement possible aux besoins des entreprises, dans une perspective de recherche de croissance et de compétitivité à l'égard des groupes étrangers.

Bien évidemment, la problématique de l'intérêt de groupe est plus ou moins prégnante selon la configuration des groupes et la nature des filiales : filiales à 100 % ou filiales avec des associés minoritaires ; filiales exclusivement dédiées à une activité intra-groupe (financement par exemple) ou filiales opérationnelles ayant leurs propres clients.

De fait, c'est tout particulièrement dans les groupes transfrontaliers comportant des filiales opérationnelles avec minoritaires qu'une reconnaissance européenne de l'intérêt de groupe présenterait trois avantages majeurs :

Réduire les coûts de gestion

A l'heure actuelle, pour ces groupes, la gestion est complexifiée par les divergences de systèmes juridiques : au quotidien, la question se pose de savoir si l'intérêt de groupe est reconnu ou pas dans tel ou tel pays, et si oui selon quelles conditions. La nécessité de procéder ainsi à ces vérifications réglementaires ou jurisprudentielles – potentiellement dans les 27 autres Etats membres – implique des frais juridiques lourds à supporter, notamment pour les PME qui ne peuvent disposer d'un service juridique développé. Autrement dit, l'adoption d'une solution uniformisée à l'échelle européenne serait vectrice de simplification et d'économies.

Faciliter la gestion interne des groupes transfrontaliers

En pratique, une reconnaissance européenne de l'intérêt de groupe permettrait de « mettre en évidence une balance d'intérêts entre les coûts et les bénéfices des instructions données par une société mère à une filiale, pour protéger l'intérêt des créanciers et des actionnaires »[10].

(10) Rapport de 2011 du groupe de réflexion de la Commission européenne sur l'avenir du droit des sociétés.

Les groupes pourraient ainsi se gérer de façon plus efficace, avec une meilleure prévisibilité dans leur prise de décisions.

Mieux sécuriser les opérations intra-groupe

Il conviendrait de parvenir à créer une « sphère de sécurité » sur le plan civil et pénal pour les dirigeants qui agiraient dans un groupe de sociétés qu'ils considèrent comme une entité unique. Cette évolution donnerait plus de clarté aux dirigeants de filiales appelés à approuver les transactions avec la société mère.

EXEMPLE PRATIQUE

Contexte :
A titre d'illustration de l'insécurité juridique qui pèse actuellement sur les groupes de sociétés, citons le cas de l'Italie, dont le droit reconnaît pourtant la notion d'intérêt de groupe. Ainsi, lorsqu'une société mère exerce une direction et une coordination sur une filiale, ce qui est présumé en cas de contrôle, elle pourrait prendre une décision contraire à l'intérêt de la filiale s'il existe des avantages compensatoires (*« teoria dei vantaggi compensative »*). Traditionnellement, ces avantages ne sont pas nécessairement financiers et il est admis qu'ils puissent résulter du bénéfice tiré de la stratégie globale du groupe.

Faits :
Un tribunal[11] a sanctionné les dirigeants d'une filiale italienne pour avoir favorisé la société mère, dont la participation s'élevait à plus de 80 % dans la filiale, en concluant avec le groupe un contrat de *cash pooling* et en procédant à une opération d'achat d'une société.

Commentaires :
Dans la mesure où il s'agit seulement d'une décision de première instance, fondée sur le non-respect de règles procédurales prévues par la Consob, cela ne peut être analysé comme un abandon par la jurisprudence italienne de la reconnaissance de l'intérêt de groupe. Cette décision illustre toutefois que, même lorsque cette reconnaissance existe, l'insécurité juridique demeure en l'absence d'harmonisation européenne.

(11) Jugement du Tribunal de Parme, Section Civile, rendu le 28 mars 2013 (non publié).

II - Sur les réponses à apporter

A – Quel outil européen ? Non pas une directive mais une recommandation s'accompagnant d'une diffusion de bonnes pratiques

Sur le plan européen *a priori*, une alternative semble s'offrir :

Comparaison des supports juridiques	Directive	Recommandation
ATOUTS	Effet d'harmonisation plus élevé car portée contraignante de l'instrument.	Processus législatif moins lourd. Souplesse des règles (quant à leur application et à leur évolution).
INCONVÉNIENTS	Processus législatif long et incertain. Difficultés à faire évoluer les règles dans le temps (droit figé).	Effet d'harmonisation moins élevé car portée non contraignante de l'instrument.

Une directive aurait certes l'avantage d'apporter une certaine sécurité juridique, compte tenu de sa capacité à lier les Etats membres. Toutefois, au regard du processus législatif et des exigences en termes de majorité, on peut redouter des blocages, certains pays restant attachés à leur modèle.

Mais surtout, du point de vue des entreprises, **l'impératif de souplesse** au sein des groupes et la nécessité **de préserver l'évolutivité des règles** tendent à favoriser un support non contraignant, donc une **recommandation** s'accompagnant de la **diffusion de bonnes pratiques :**

- sur un plan technique : si la voie institutionnelle est retenue, la recommandation se présente comme l'outil à privilégier, dans la mesure où il s'agit d'un instrument non contraignant pour les Etats membres, qui pourrait donc emporter leur soutien plus aisément. Par ailleurs, le contenu d'une recommandation est plus facile à modifier.

- sur un plan d'opportunité et de pragmatisme : la recommandation pourrait faire évoluer tant les entreprises que les juges nationaux (sous réserve bien sûr que cela ne soit pas contraire à leur droit national), dans le sens d'une harmonisation des droits déjà existants en matière d'intérêt de groupe. Au-delà, les Etats membres ne reconnaissant pas encore l'intérêt de groupe seraient naturellement amenés à s'interroger sur son éventuelle mise en œuvre. La *soft law* via la diffusion parallèle de bonnes pratiques compléterait utilement ce schéma.

B – Quel contenu : quel régime européen de l'intérêt de groupe ?

> Quel périmètre du groupe ?

Par souci de simplicité et d'uniformité au sein des Etats membres, il conviendrait de privilégier une **délimitation du groupe selon le périmètre de consolidation comptable,** notion harmonisée au niveau de l'UE au travers de directives européennes. Ainsi, rappelons qu'une société est incluse dans le périmètre de consolidation si la mère exerce un contrôle exclusif, un contrôle conjoint ou une influence notable.

> Quel champ d'application pour l'intérêt de groupe ?

> Quelles opérations seraient visées ?

Il existe trois domaines principaux de prise de décision dans lesquels l'intérêt de groupe pourrait utilement jouer pour renforcer la sécurité juridique :

1) **les règles de répartition des coûts généraux** au sein du groupe (frais administratifs, informatiques, logistiques…) ;

2) **les choix stratégiques d'expansion au sein du groupe :** l'accent mis sur telle ou telle ligne de métier peut favoriser une filiale par rapport à une autre… Si ces orientations répondent légitimement à des objectifs économiques, ils ne doivent toutefois pas conduire à mettre en péril une société du groupe, ce qui peut impliquer certaines mesures de protection des minoritaires et des créanciers ;

3) **les transactions intra-groupe conclues hors conditions normales de marché.**

C'est ici qu'une liste de bonnes pratiques serait utilement prévue en annexe de la recommandation européenne sur l'intérêt de groupe (liste indicative). Elle constituerait un *guideline* pour les entreprises comme, le cas échéant, pour les juridictions étatiques. Elle pourrait, par exemple, viser les conventions de trésorerie ou d'omnium[12] ou encore les conventions de gestion ou de « *management fees* »[13].

> Quels domaines devraient être couverts par l'intérêt de groupe ?

En droit français, le champ d'application de l'intérêt de groupe a pour origine la seule responsabilité pénale du dirigeant social, puisqu'il s'agit d'un « fait justificatif » d'abus de biens sociaux. Si la notion n'a, pour l'heure, jamais été étendue à d'autres terrains, on soulignera toutefois l'intérêt de son extension à la responsabilité civile. Bien évidemment, il ne s'agirait en aucun cas d'allouer un blanc-seing aux dirigeants de groupes de sociétés au risque de donner prise à des dérives, et le périmètre d'une telle extension ne devrait couvrir que les cas de fautes de gestion (à l'exclusion des violations de statuts et des cas d'infractions aux lois et règlements).

A titre d'illustration, la faute de gestion est souvent invoquée pour des avances interentreprises non remboursées ou dans le cas du maintien d'activités déficitaires. Pour éviter des mises en jeu de responsabilité dans ces hypothèses, il faut recourir à des conventions de trésorerie ou mettre en exergue un choix stratégique conforme aux intérêts du groupe.

(12) Par ces conventions, on opère une centralisation des mouvements financiers internes au groupe via une société « pivot », en général la société mère. Chaque filiale lui donne ainsi mandat pour gérer sa trésorerie, facilitant ainsi les avances entre sociétés par le biais des comptes courants.
(13) Par ces conventions, on opère une centralisation des services communs : administratif, comptable, juridique, financier, informatique, ressources humaines, centrale d'achats…

> Quels dirigeants pourraient se prévaloir de l'intérêt de groupe ?

En droit français, seuls les dirigeants des filiales bénéficient de la jurisprudence de l'intérêt de groupe, ce qui semble trop limité.

Dans le cadre d'une recommandation européenne, il serait opportun d'élargir la cible à tous les dirigeants du groupe, tant de la société mère que des filiales, qu'ils soient de droit ou de fait.

> Quels critères retenir pour identifier un intérêt de groupe ?

Pour aboutir à une solution équilibrée tenant compte à la fois des systèmes existants, des évolutions en cours dans plusieurs Etats membres et des besoins des entreprises, la notion commune de l'intérêt de groupe :

- serait applicable tant sur le plan de la responsabilité pénale que civile ;

- reposerait sur le test Rozenblum défini à partir des critères suivants :

  - appartenance à un même groupe, du fait de l'existence de liens structurels entre les sociétés et de la mise en œuvre d'une stratégie commune ;
  - conformité de la décision à l'intérêt du groupe, sans mise en péril de la société qui en supporte la charge ;
  - existence d'une contrepartie au bénéfice de cette dernière.

En présence de filiales à 100 %, on pourrait même envisager l'applicabilité d'un test Rozenblum simplifié, se limitant à la vérification de l'absence de mise en péril de la société.

> Quel formalisme ?

Dans un souci de souplesse et de simplicité, l'application de l'intérêt de groupe ne devrait pas être conditionnée à l'accomplissement de formalités particulières. Notamment, la possibilité pour un groupe de sociétés de se prévaloir d'un « intérêt de groupe » ne devrait pas être subordonnée à la conclusion d'un contrat spécifique comme en Allemagne, ni même à une déclaration.

En revanche, la reconnaissance de l'intérêt de groupe devrait être accompagnée de dispositifs d'information et de protection des actionnaires minoritaires et des créanciers, en particulier pour garantir la transparence quant à l'appartenance à un groupe. Cette information ferait l'objet de mesures de publicité, tant de la société mère que des filiales, à destination des créanciers et des tiers.

S'agissant du support, on pourrait envisager une publication sur les sites Internet des sociétés du groupe et/ou, pour prendre l'exemple français, dans le rapport sur la gestion du groupe prévu à l'article L. 233-26 du Code de commerce.

ANNEXE 1[14]

Tableau synthétique de droit comparé

Etats membres	Reconnaissance de l'intérêt du groupe		Déclaration d'appartenance au groupe
	Loi	Jurisprudence	
France		✔	
Royaume-Uni		✔	
Italie	✔		✔
République Tchèque	✔		✔
Espagne	✔	✔	✔

(14) Ces tableaux ont été réalisés à partir d'une étude de droit comparé menée par le professeur Pierre-Henri Conac, Université de Luxembourg.

Rapport de dépendance	Protection des actionnaires	Protection des créanciers
	Droit de retrait de l'actionnaire minoritaire	Règles spécifiques en dehors du droit des faillites
	✔	✔
✔	✔	
	✔	✔

Etats membres	Reconnaissance de l'intérêt du groupe		Déclaration d'appartenance au groupe
	Loi	Jurisprudence	
Allemagne Groupe de droit (SA)	✔		✔
Allemagne Groupe de fait (SA)	✔		
Allemagne Groupe de GmbH		✔	
Portugal	✔		✔
Autriche		✔	

Rapport de dépendance	Protection des actionnaires	Protection des créanciers
		Règles spécifiques en dehors du droit des faillites
✔	✔	✔
✔	✔	✔
	✔	✔
	✔	✔
	✔	✔

Tableau
détaillé de droit comparé

	Allemagne
Existence d'atténuations au principe	Dans le « groupe de droit » de sociétés anonymes (SA) : reconnaissance de l'intérêt de groupe subordonnée à l'existence d'un « contrat de domination » (rare en pratique). Ce contrat peut couvrir l'ensemble des filiales du groupe ou seulement certaines d'entre elles. Ce contrat n'a pas de valeur fiscale : seul le contrat de transfert de bénéfices permet d'aboutir à une intégration fiscale. « Groupe de fait » = lorsqu'une société anonyme est en mesure d'exercer une influence sur une société dominée mais qu'aucun contrat de domination n'a été conclu.

1 - Les Etats membres qui ne reconnaissent pas l'intérêt de groupe (avec cependant quelques exceptions citées ci-dessous)

Autriche	Portugal	Slovénie
Régime prétorien mais une convention entre la société mère et la filiale peut être autorisée.	Régime spécifique en cas de « relation de groupe » entre deux sociétés sont : a/ en cas de contrôle total de l'une sur l'autre ; b/ ou lorsque, en tant que sociétés indépendantes, elles sont convenues de se soumettre à une direction unitaire et commune (groupe paritaire) ; c/ ou lorsque, dépendantes ou indépendantes, une société confie à l'autre la gestion de ses activités (relation de subordination).	Reprise de la distinction groupe « de droit »/ « de fait ».

	Allemagne
A quelles conditions de fond ?	La validité du contrat de domination est subordonnée à la stipulation d'un paiement compensatoire et annuel aux actionnaires minoritaires de la filiale. Il faut indiquer les modalités de rachat des actions des minoritaires de la filiale qui disposent donc d'un droit de retrait, mais cela n'est pas une condition de validité du contrat de domination. L'existence d'un « groupe de fait » crée des obligations spécifiques de compensation au bénéfice de la filiale en cas de désavantage.
A quelles conditions de forme ?	La conclusion du contrat de domination doit procéder d'une résolution en AG dans chacune des sociétés parties ; les statuts peuvent prévoir le consentement du conseil de surveillance. Dans les « groupes de droit », un rapport (non-public) de domination doit être établi par les dirigeants de la filiale, qui doit faire état de tous les désavantages subis par la filiale du fait de la domination. Dans les « groupes de fait », le directoire établit un rapport de domination, soumis au conseil de surveillance et aux commissaires aux comptes, qui énumère les relations entre la société dépendante et la société dominée et quantifie les mesures préjudiciables.

Autriche	Portugal	Slovénie
Le directoire de la filiale peut prendre en compte l'intérêt du groupe, mais à condition de ne pas souffrir un « désavantage », à moins que la mère ne s'engage immédiatement à compenser la société filiale dans un futur proche.	En cas de « groupe de fait à 100 % » ou de « groupe contractuel », les administrateurs de la société mère peuvent donner des instructions contraignantes à l'encontre de la filiale dans l'intérêt du groupe, à condition qu'elles : a/ soient conformes à la loi et aux statuts de la filiale ; b/ respectent la répartition des pouvoirs au sein de la filiale.	Obligation de prudence des dirigeants de la mère. Dans le « groupe de fait », la société mère doit compenser tout désavantage subi par la société filiale dans le courant de l'exercice.
		Dans le « groupe de droit », si une instruction de la mère implique une décision du conseil de surveillance de la filiale dans un certain délai et que celle-ci n'a pas été adoptée dans ce délai, la mère peut émettre à nouveau cette instruction, cette fois avec l'autorisation de son propre conseil de surveillance. Lorsque l'instruction est à nouveau émise, la filiale doit l'exécuter. Dans le « groupe de fait », un rapport de dépendance, qui décrit les relations entre la société filiale et la société mère, doit être établi par les dirigeants de la filiale afin de pouvoir déterminer le montant de la compensation.

	Allemagne
Responsabilité	Principe = pas de responsabilité directe de la société dominante vis-à-vis des créanciers de la société dépendante. Dans les « groupes de droit », des dommages et intérêts peuvent être alloués si la société dominante n'a pas respecté son obligation de prudence en donnant des injonctions. Dans les « groupes de fait », la responsabilité des dirigeants est encourue seulement si des préjudices ne sont pas compensés. Dans les groupes de GmbH, la responsabilité de la société mère vis-à-vis de la filiale est admise en cas de violation de l'intérêt de la seconde par la première.

Autriche	Portugal	Slovénie
	En cas de « groupe de fait à 100 % » ou de « groupe contractuel », la responsabilité est directe, illimitée et solidaire de la société mère pour les dettes de ses filiales (inapplicable aux sociétés mères de droit étranger).	En cas de violation de l'obligation de donner des instructions aux filiales avec prudence, les dirigeants de la société mère du groupe de droit sont tenus solidairement avec la société mère des dommages infligés à la filiale à l'égard de cette dernière. Si le rapport de domination du « groupe de fait » est inexact, les dirigeants de la société filiale sont responsables solidairement pour le montant des pertes subies. Actionnaires minoritaires et créanciers de la filiale peuvent demander en justice que la mère compense les désavantages subis par la filiale.

2 - Les Etats membres qui reconnaissent l'intérêt de groupe dans un cadre légal

	Italie
Conditions	La société mère peut infliger un dommage à une filiale au nom de « l'intérêt de groupe » s'il existe des « avantages compensatoires » concrets. Régime fondé sur la déclaration d'une « direction et d'une coordination » par la mère. L'existence d'une « direction et d'une coordination » fait l'objet d'une présomption simple tirée de ce que la mère exerce une influence importante dans la préparation des comptes annuels, la définition et la mise en œuvre de la stratégie commerciale et la politique financière de la société filiale.

République Tchèque	Hongrie	Espagne
Possibilité pour la société mère de donner des instructions à toute société filiale dans l'intérêt du groupe. La reconnaissance de l'intérêt du groupe est conditionnée à la publication sur la page Internet de la filiale de son appartenance au groupe. Les dirigeants de la filiale doivent établir un rapport de dépendance. Si l'instruction conduit à infliger un « désavantage » à la filiale, il doit être compensé sauf si elle a été prise dans l'intérêt du groupe et si elle sera compensée dans le cadre du groupe.	Dans un « groupe de droit », le « contrat de domination » confère le droit de donner des instructions à des filiales qui doivent être au moins trois et peuvent comprendre des SA et SARL. Le régime du « groupe de fait » consiste à permettre à une personne concernée (actionnaire minoritaire ou créancier de la filiale) de demander en justice l'application du régime du « groupe de droit », dès lors que les conditions pour créer un « groupe de droit » sont remplies depuis une durée de trois années consécutives.	Une réforme proposée en 2014 prévoit un régime fondé sur la reconnaissance d'un pouvoir de donner des instructions dans l'intérêt du groupe qui sont potentiellement contraires à l'intérêt de la filiale. Toutefois, ce pouvoir s'exerce sous réserve de ne violer ni les statuts ni la loi, et de ne pas créer un risque d'insolvabilité pour la filiale. Obligation de déclaration d'appartenance à un groupe au RCS, sur les documents sociaux ainsi que sur les sites Internet de toutes les sociétés concernées.

	Italie
Protection des minoritaires et créanciers de la filiale	Information sur la situation de dépendance dans le Registre du commerce et des sociétés. Droit de retrait : a/ en cas de modification substantielle de l'activité ou de la structure de la société filiale qui altère sa situation ; b/ au début et à la fin de l'activité de direction et de coordination (société non cotée) ; c/ en cas d'abus de majorité. Les prêts accordés par la société mère à la filiale sont subordonnés aux prêts de créanciers extérieurs.

République Tchèque	Hongrie	Espagne
Rapport de dépendance, accessible aux actionnaires. Les actionnaires minoritaires disposent d'un droit de retrait à l'encontre de l'actionnaire majoritaire s'il existe une « dégradation essentielle de la situation de l'actionnaire minoritaire » ou un « dommage considérable infligé à l'encontre de son intérêt légitime ».	Le contrat de domination doit indiquer en détail les relations de groupe et les méthodes prévues pour protéger les intérêts des actionnaires minoritaires et des créanciers des filiales. Pas d'obligation pour la société mère de compenser les pertes subies. En revanche, les actionnaires minoritaires disposent d'un droit de retrait lors de la constitution d'un « groupe de droit ». Les créanciers de la filiale peuvent demander une garantie supplémentaire en cas de conclusion d'un contrat de domination.	Un régime restrictif est prévu pour les garanties financières intra-groupes consenties par les filiales, à moins, par exemple, que toutes les sociétés membres du groupe souscrivent la même garantie. Reconnaissance d'un droit de retrait aux actionnaires minoritaires (sociétés non cotées) lors de la constitution du groupe (pour une durée de 3 mois) et, dans les sociétés non cotées uniquement, en cas de préjudice non adéquatement compensé, pendant une durée d'une année à partir de la date du préjudice ou de la date à laquelle l'actionnaire aurait dû connaître l'existence du préjudice. La filiale et la société mère sont solidairement responsables du paiement des actions.

	Italie
Responsabilité	Les dirigeants de la société mère qui sont responsables des actes dommageables effectués par la filiale et qui ne peuvent pas être justifiés au titre de la théorie des « avantages compensatoires », ainsi que les dirigeants de la filiale sont responsables solidairement des dommages et intérêts avec la société mère. La charge de la preuve de la violation de leur devoir incombe au plaignant.

République Tchèque	Hongrie	Espagne
	Les dirigeants de la filiale sont déchargés de toute responsabilité au titre de l'exécution des instructions.	L'existence d'un préjudice au titre de l'exécution des instructions de la société mère doit être appréciée en prenant en compte les avantages et les inconvénients résultant de l'appartenance au groupe. Dans le cas où le préjudice ne serait pas compensé de manière adéquate dans le cadre de l'appartenance au groupe, la société mère doit indemniser la filiale dans un délai d'un an. La société mère et ses administrateurs, ainsi que les administrateurs de la filiale répondent solidairement du préjudice subi.

3 - Les Etats membres qui reconnaissent l'intérêt de groupe dans un cadre prétorien

	France	Royaume-Uni	Irlande
Conditions	L'intérêt de groupe comme fait justificatif de l'abus de biens sociaux. Cf. jurisprudence « Rozenblum » : « pour échapper aux prévisions des articles 425-4 et 437-3 de la loi du 24 juillet 1966[15], le concours financier apporté par les dirigeants d'une société à une autre entreprise du même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social, ou financier commun,	Si une société *in bonis* est détenue à 100 %, son CA peut prendre en compte les intérêts de la société mère lorsqu'il évalue l'intérêt d'une potentielle transaction pour la société, puisque la société mère est l'actionnaire pour qui les dirigeants doivent rechercher le succès de la société. Le risque de contestation est plus fort si la filiale est en difficulté : a/ ses dirigeants doivent prendre en compte et/ou agir dans l'intérêt des créanciers ;	La jurisprudence a admis que l'intérêt de la filiale peut consister à assurer la survie d'autres sociétés du groupe en garantissant des prêts, puis a précisé que l'intérêt de groupe ne pouvait pas être pris en considération en cas de risque d'insolvabilité de la filiale.

(15) Articles L.241-3, 4° et L.242-6, 3° du Code de commerce.

Pays-Bas	Belgique	Pologne	Luxembourg, Danemark et Suède
La société mère peut donner des instructions à ses filiales : générales si la filiale est cotée, plus précises sinon (par exemple, instruction de conclure certains accords intra-groupe). Les statuts de la filiale doivent déterminer l'autorité compétente pour donner ces instructions. Les dirigeants de la filiale sont tenus de suivre ces instructions, sauf si elles sont contraires à	Prise en compte des intérêts du groupe dans l'appréciation de la conformité de l'opération à l'intérêt social individuel. Par ex., l'intérêt social sera considéré comme préservé lorsque : a/ la filiale bénéficie elle-même de transactions sur le long terme (amélioration de sa capacité d'emprunt, meilleure situation financière…) ;	La conclusion d'un contrat de domination est admise. Mais aucune disposition n'assure la protection des actionnaires minoritaires et des créanciers de la filiale. En cas de « groupe de fait », l'intérêt de la filiale a priorité et les dirigeants de cette dernière ne sont pas autorisés par la loi à prendre en compte l'intérêt du groupe. Il existe une obligation de déclaration de	Au Luxembourg : proximité avec la jurisprudence « Rozenblum ». Au Danemark et en Suède : la jurisprudence accepte qu'une transaction entre la mère et la fille soit déséquilibrée si cette dernière fait partie d'un ensemble de transactions mutuelles et que, dans un futur raisonnable, la filiale recevra également un bénéfice qui compensera le déséquilibre.

	apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit être démuni de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge ».	b/ les transactions intra-groupe conclues alors que la société était déjà en état de cessation des paiements peuvent être annulées.	

l'intérêt social et lui causent un « dommage disproportionné ».	b/ l'effort imposé à la filiale est proportionné à ses moyens financiers et au bénéfice qu'elle tire de la transaction ; c) la filiale est membre d'un groupe structuré, doté d'un intérêt économique commun et pas seulement d'un intérêt de groupe temporaire et occasionnel.	l'existence d'un tel groupe et d'établissement d'un rapport de dépendance. La jurisprudence a cependant fait évoluer cette approche en reconnaissant, en 2009, l'intérêt du groupe selon un test inspiré de la jurisprudence « Rozenblum » : les décisions d'une filiale doivent être appréciées en tenant compte du fait qu'elle fait partie d'un groupe à condition qu'il existe une politique cohérente et durable du groupe, dans le cadre de laquelle les avantages et les inconvénients de l'appartenance au groupe pour chaque société membre sont équilibrés.	Toutefois, il sera nécessaire d'établir que la transaction ne va pas infliger une perte certaine à la société filiale.

	France	Royaume-Uni	Irlande
Responsabilité	L'intérêt de groupe n'est pas pris en compte en droit fiscal ni en droit des procédures collectives : a/ l'opération conforme à l'intérêt de groupe peut être qualifiée d'acte anormal de gestion ; b/ l'intérêt de groupe ne permet pas de justifier les faits de banqueroute.	Les dirigeants de la filiale risquent de voir leur responsabilité engagée vis-à-vis de la filiale et/ou ses créanciers si la filiale tombe en faillite et qu'ils savaient ou auraient dû savoir qu'il n'existait pas de perspective raisonnable de l'éviter et n'ont pas tout mis en œuvre pour limiter les dommages subis par les créanciers (*wrongful trading*).	

Pays-Bas	Belgique	Pologne	Luxembourg, Danemark et Suède
En donnant des instructions contraires à l'intérêt de sa filiale, une société mère engage sa responsabilité pour violation de l'obligation légale d'agir en toute bonne foi et en équité vis-à-vis de sa filiale ; cette responsabilité peut être encourue vis-à-vis de la filiale et de ses associés (notamment minoritaires). Les actionnaires de la société mère peuvent également voir leur responsabilité engagée vis-à-vis de la filiale ou de ses créanciers en cas de manquement à leur devoir de prudence.	Le non-respect de l'intérêt social peut être sanctionné par la nullité ou l'inexécution des obligations prévues uniquement lorsque le cocontractant savait ou aurait dû savoir que la transaction n'était pas conforme à l'intérêt social. Ces sanctions sont applicables sans préjudice des droits des tiers agissant de bonne foi. Efficacité des clauses limitatives de responsabilité stipulées entre mère et filiale, au bénéfice de la première.		

ANNEXE 2

Pays	Management fees
Pays-Bas	Ces conventions sont fréquemment utilisées aux Pays-Bas et généralement admises du point de vue du droit des sociétés. Du point de vue fiscal, les Pays-Bas ont consolidé les règles applicables en matière de prix de transfert et codifié le principe de pleine concurrence. Les conventions de prestations de services doivent donc être réalisées à des conditions de pleine concurrence. Les transactions dépourvues de substance ou dont les termes et conditions ne paraissent pas rationnels du point de vue économique, ainsi que les transactions non documentées par un accord écrit sont susceptibles de poser problème du point de vue fiscal. Un récent décret relatif au régime applicable en matière de prix de transfert est également venu clarifier le fait que certains services intra-groupe (énumérés de manière non exhaustive) liés à la « *corporate governance* » ne constituent pas toujours des services d'actionnaires et pourront avoir vocation à être rémunérés dans des conditions de pleine concurrence.

Traitement comparé d'opérations intra-groupe pouvant relever d'un intérêt de groupe

Convention d'intégration fiscale	Prêt sans intérêt
Ces conventions sont fréquemment utilisées aux Pays-Bas. Il existe un risque de remise en cause en cas de contrariété à l'intérêt social de la société redevable de l'impôt. Ainsi l'ensemble du contexte autour de la transaction est à prendre en compte afin de déterminer si cette transaction satisfait l'objet social. Dans tous les cas, il est recommandé d'expliciter l'intérêt économique de la transaction pour la société dans le préambule de la convention d'intégration fiscale.	Le droit néerlandais a intégré dans la loi le principe de pleine concurrence. Selon ce principe, les prêts sans intérêt ou à un intérêt inférieur aux conditions de marché sont traités comme des prêts participatifs s'ils sont accordés par une société participant de manière directe ou indirecte dans la direction, le contrôle ou le capital du débiteur ou si les mêmes personnes participent de manière directe ou indirecte dans la direction, le contrôle ou le capital du débiteur et de la société accordant le prêt. Dans ce cas, le montant de la dette est traité comme une partie du capital du débiteur. A propos d'un prêt sans intérêt d'une mère à sa fille servant à l'acquisition d'une sous-filiale, la Cour Suprême a refusé de qualifier d'abus de droit le fait pour la filiale néerlandaise de déduire fiscalement le montant des intérêts que la société mère ne percevait pas, tout en déclarant ce même montant comme un apport en capital. La Cour a considéré que lorsqu'un groupe réalise une acquisition auprès d'un tiers, le caractère commercial de la transaction est avéré, et cela même si l'acquisition est financée par un prêt sans intérêt de l'une des sociétés du groupe, que le groupe aurait pu financer l'acquisition par l'achat d'actions, et que la déduction des intérêts non-appliqués n'était pas contrebalancée par l'imposition de ces intérêts chez la société mère (en l'occurrence une société irlandaise) (Supreme Court, 17 December 2004, case No 39,080).

Pays	Management fees
Grande-Bretagne	Ces conventions sont fréquemment utilisées en Grande-Bretagne. Les dirigeants engagent leur responsabilité en déterminant le montant des *management fees* qui doit être raisonnable, proportionné, et refléter les services rendus. Il est recommandé d'obtenir l'approbation des actionnaires sur ce point. En effet, il n'existe pas d'équivalent de la procédure des conventions réglementées françaises ; en droit anglais, seules les transactions auxquelles les membres du conseil d'administration/de surveillance sont intéressés font l'objet d'une attention particulière, et ces dirigeants n'ont pour obligation que d'informer les actionnaires de leur intérêt dans la transaction et ne sont pas tenus d'obtenir leur approbation. Ainsi la convention liant les sociétés d'un même groupe n'a pas à être approuvée par les actionnaires. Si les *management fees* payés par une filiale à sa mère sont trop élevés, il existe un risque qu'ils soient qualifiés de remboursement de capital. En cas de procédure collective, le paiement de *management fees* peut être dénoncé et la responsabilité des dirigeants peut être recherchée sur ce point.

Convention d'intégration fiscale	Prêt sans intérêt
Ces conventions sont très peu utilisées (essentiellement dans le cadre du *consortium relief*, un régime d'intégration fiscale dans lequel l'intégration est moins marquée que dans le régime du *group relief,* la différence étant justifiée par un pourcentage de participation différent, inférieur ou supérieur à 75 %). Les transferts de déficits fiscaux intra-groupe sans contrepartie peuvent soulever certains problèmes et la valeur de tels déficits doit donc être envisagée préalablement à leur transfert. La pratique en la matière est assez variable. Certains groupes exigent une contrepartie financière immédiate contre le transfert ou la renonciation à leurs déficits. D'autres fonctionnent sur la base d'une entraide réciproque. Ces problématiques peuvent prendre une acuité particulière en cas de cession de la filiale concernée (notamment au regard des règles d'assistance financière) et/ou dans l'hypothèse où un groupe change sa pratique en vue de faciliter une opération de cession.	Ces conventions ne sont utilisées que de manière ponctuelle compte tenu du risque de requalification en apport en capital et du risque d'un point de vue fiscal (risque de taxation comme un revenu, les prêts sans intérêts transfrontaliers (au profit d'une filiale ou au sein du groupe) pouvant s'avérer problématiques au regard des règles applicables en matière de prix de transferts). Les dirigeants d'une société accordant un tel prêt devront tout particulièrement vérifier s'il est véritablement favorable à la société et à ses actionnaires que le prêt ne porte pas intérêt. Ils devront tenir compte de la durée du prêt et de la probabilité de son remboursement. Eu égard à la difficulté d'établir l'intérêt social du point de vue du prêteur, il est recommandé d'obtenir l'approbation des actionnaires sur cette décision afin de préempter le risque de contestation ultérieure de la part des actionnaires. En cas de procédure collective, la convention prévoyant d'accorder un prêt sans intérêt peut être dénoncée comme étant sous-évaluée et la responsabilité des dirigeants peut être spécifiquement recherchée sur ce point.

Pays	Management fees
Allemagne	Les grands groupes et les structures de *private equity* y ont recours fréquemment. On parle de « frais de groupe » (« *group charge* ») ou de « frais de prestation de services » (« *service charge* »), parfois utilisés à des fins fiscales telles que le déplacement des profits grâce aux prix de transfert ou la création d'une entité redevable de la TVA. Pour être valides d'un point de vue fiscal, les transactions intra-groupe doivent respecter le principe de pleine concurrence (« *arm's length principle* »). En général, il en va ainsi lorsque : - la transaction fait l'objet d'accords écrits conclus en amont et est conforme aux termes et conditions prévus ; - et lorsque la contrepartie prévue reflète le bénéfice fourni (i.e. la contrepartie doit être égale au prix qui aurait été payé par un cocontractant tiers). Le principe de pleine concurrence s'applique également en droit des sociétés. Il est incontournable pour les sociétés anonymes (« AG ») ; les règles sont plus flexibles pour les sociétés à responsabilité limitée (« GmbH ») même si les conditions pratiquées en dehors des conditions de marché sont généralement contestables lorsque la société connaît des difficultés financières ou est en procédure collective. Le critère déterminant (selon les règles allemandes « de maintien du niveau de capital ») est de savoir si le paiement du prix affecte le capital social de la société à responsabilité limitée. - L'application de conditions non-concurrentielles peut justifier des actions en restitution et la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants.

Convention d'intégration fiscale	Prêt sans intérêt
Les conventions d'intégration fiscale n'existent pas en tant que telles. En revanche, il est très fréquent de prévoir un « accord de mise en commun des pertes et profits » (« *profit and loss pooling agreement* »), souvent associé à un « accord de contrôle » (« *domination agreement* »), ce qui permet de bénéficier des règles d'intégration fiscale lorsque d'autres conditions sont remplies (notamment la consolidation financière). - Les accords de contrôle et de mise en commun des pertes et profits doivent être approuvés par les actionnaires, ce qui est une procédure difficile dans le cas de sociétés cotées (assemblée générale, obligation d'information substantielle). - Les actionnaires minoritaires ont droit à un dividende dont le paiement est garanti et doivent se voir accorder une option de vente. Le dividende garanti ainsi que le prix d'exercice de l'option de vente doivent être justement valorisés.	La validité des prêts sans intérêt à long terme est débattue. Les sociétés anonymes (« AG ») sont là encore soumises à des critères plus stricts que les sociétés à responsabilité limitée (« GmbH »). Les prêts sans intérêt de long terme présentent plus de difficultés que les prêts à court terme. De plus, les prêts à long terme sont soumis à des restrictions générales (qui incluent notamment les intérêts applicables) : la demande de remboursement doit porter sur l'intégralité du montant et le remboursement dans l'année précédent l'entrée en cessation des paiements de la société peut être remis en cause dans le cadre d'une procédure collective. Ces restrictions ne s'appliquent pas s'il existe un accord de contrôle/mise en commun des pertes et profits puisque la filiale est protégée par l'action en compensation de perte (« *loss compensation claim* »). Les prêts de long ou moyen terme à un taux inférieur à celui du marché sont requalifiés en dividende d'un point de vue fiscal, ce qui signifie que la société prêteuse est imposable comme si elle avait perçu un intérêt au taux du marché (i.e. le résultat imposable est augmenté du montant des intérêts applicables au taux du marché), et l'actionnaire est imposable comme s'il avait perçu un dividende de même montant.

- De plus, l'actionnaire de contrôle d'une société anonyme est souvent condamné à des dommages et intérêts pour le préjudice subi par la société du fait de la pratique de conditions non-concurrentielles avec une autre société du groupe ou un actionnaire. Un actionnaire peut aussi être personnellement responsable lorsqu'il a conduit (directement ou indirectement) la société (y compris s'il s'agit d'une société anonyme) à pratiquer des prix non-concurrentiels et que cette pratique a amené la société à l'état de cessation des paiements.

La remise en cause de ces accords par les actionnaires minoritaires (notamment dans les sociétés cotées) conduit à vérifier le respect de ces différentes conditions. L'inconvénient d'un accord de mise en commun des pertes et profits réside dans l'obligation pour l'actionnaire de compenser la filiale pour toute perte subie pendant la durée d'effet de l'accord (« *loss compensation claim* »). Cette obligation perdure après la résiliation de l'accord. Les créanciers n'ont normalement pas d'intérêt à agir, mais en cas de procédure collective, l'administrateur judiciaire peut agir au nom des créanciers, notamment en arguant de l'inexactitude des comptes.	En cas de transaction internationale, la société prêteuse est généralement soumise à un prélèvement à la source au taux de 26,4 % sur le montant des intérêts applicables au taux du marché, à moins que l'actionnaire étranger ne soit soumis à d'autres obligations et ait ainsi droit au remboursement total/partiel du prélèvement à la source selon une convention fiscale européenne ou internationale. Les prêts à court terme sans intérêt ne causent pas de difficulté particulière. Ils ne sont pas requalifiés en apport en société puisque l'absence d'intérêt n'est pas considérée comme un actif comptabilisé au bilan.

Pays	Management fees
Belgique	Fréquemment utilisés. En principe, le paiement de frais de gestion est admis du point de vue du droit des sociétés si : (i) il s'agit de véritables services rendus par la société mère ; (ii) ces services sont dans l'intérêt de la filiale ; et (iii) la rémunération payée par la filiale n'est pas excessive et est conforme au prix du marché. Du point de vue fiscal, les sociétés parties à la transaction doivent pouvoir prouver que la transaction intra-groupe a été réalisée aux conditions de pleine concurrence. Bien qu'aucun écrit ne soit requis *a priori* en matière de prix de transfert, il est recommandé de constituer ces moyens de preuve afin d'éviter tout débat *a posteriori*. Concernant le principe de pleine concurrence, il faut distinguer les transactions internationales des transactions domestiques. Bien que la Belgique suive les directives de l'UE et de l'OCDE sur les prix de transfert en cas de transaction internationale, le principe de pleine concurrence est interprété et appliqué de manière plus indulgente lorsqu'il s'agit de transactions intra-groupe domestiques. Dans ce type de transactions, le test de l'avantage « anormal ou gratuit » s'applique et, en l'absence de notion d'intérêt de groupe, ce test suppose que si chaque société a un objectif profitable au niveau individuel et n'a donc aucun intérêt à accorder des avantages anormaux ou gratuits à des tiers, il en va de même en cas de transaction intra-groupe. Ainsi le législateur a prévu l'application obligatoire de certaines conditions de marché afin d'empêcher les sociétés d'accorder de tels avantages à une société affiliée.

Convention d'intégration fiscale	Prêt sans intérêt
Pas de regroupement ni d'intégration fiscale (malgré les négociations actuelles portant sur l'application de l'assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés entre certains Etats membres). La notion d'intérêt de groupe n'est pas reconnue en droit fiscal belge. Chaque société doit remplir toutes les formalités et est évaluée de manière individuelle. Par conséquent, les pertes, crédits d'impôt et déductions d'une société déficitaire ne peuvent compenser le profit imposable d'autres sociétés du groupe. La seule exception à cette règle figure dans le code général des impôts belge, en application de la convention OCDE, et prévoit que les sociétés belges d'un groupe multinational peuvent éventuellement bénéficier d'ajustements à la baisse de l'assiette imposable et de l'exemption d'un profit dit « excédentaire » lorsque des synergies au sein du groupe leur permettent de réduire leur taux d'imposition en Belgique.	De manière générale, une société belge ne peut normalement approuver la conclusion d'un prêt sans intérêt au profit d'une autre société du groupe dans la mesure où une telle convention va à l'encontre de son propre intérêt social dès lors qu'elle n'en tire aucun avantage. Au surplus, au-delà d'une violation de l'intérêt social de la société concernée, une telle transaction peut également apparaître comme contraire au principe de spécialité légale des sociétés en vertu duquel toute transaction qui ne bénéficie pas directement ou indirectement à la société peut justifier sa nullité ou une impossibilité d'exécution. Même si de telles transactions peuvent exister, leur capacité à être valablement exécutées est discutable et il est donc généralement recommandé de ne pas conclure de telles opérations. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier un prêt sans intérêt du point de vue du droit des sociétés. Pour la matière fiscale, des règles particulières anti-abus s'appliquent en cas de violation du principe des conditions de marché. Lorsqu'une société accorde un prêt sans intérêt à une autre société de son groupe, l'intérêt non facturé peut être ajouté à l'assiette imposable de la société prêteuse (l'avantage est considéré comme anormal ou gratuit).

De même, le droit fiscal belge a créé des règles anti-abus dans le cas où des sociétés recevraient des avantages anormaux ou gratuits. Les sanctions applicables en cas de non-respect des conditions de marché sont soit l'imposition de l'avantage anormal ou gratuit au niveau de la société accordant l'avantage, soit le refus de certaines déductions ou de compensations de l'avantage en question au niveau de la société recevant l'avantage.

Les règles générales de déductibilité des frais professionnels trouvent également à s'appliquer. Ces règles sont les suivantes :

1. les frais doivent être engagés afin de percevoir ou de maintenir un résultat imposable ;
2. les frais doivent être payés (ou être payables) pendant la période d'imposition ; et
3. la réalité et le montant des frais doivent être justifiés (notamment par des factures).

La première condition est la plus importante pour déterminer si les frais encourus par un contribuable belge sont déductibles. A l'initiative de l'administration fiscale, la jurisprudence a évolué et exige maintenant un lien direct entre les frais encourus et l'activité professionnelle de la société. En règle générale, il faut prouver que la société avait intérêt à engager les sommes concernées afin d'être autorisée à les déduire.

La troisième condition est appréciée de manière factuelle. Afin d'éviter tout débat en cas de contrôle *a posteriori*, il est recommandé de justifier par écrit l'exécution des services de gestion (feuille de temps, procès-verbaux, agenda…). Concernant leurs montant et méthodes d'évaluation, il faut appliquer le principe de pleine concurrence ainsi que les directives européennes et de l'OCDE.

La société belge doit pouvoir prouver que l'excès de profit, au moins en partie, provient du fait qu'elle est membre d'un groupe multinational et qu'elle bénéficie ainsi de ressources telles que la réputation, les synergies, les économies d'échelle, le réseau international, etc. Les sociétés belges réclamant l'application de ces dispositions doivent déposer une requête pour une décision unilatérale sur leur cas.	Cependant si la société emprunteuse est belge, la société prêteuse ne sera pas imposée de cette façon. En effet, la société emprunteuse ne payant pas d'intérêt, son assiette imposable est plus importante et par conséquent, il n'y aurait pas de gain manqué pour l'administration fiscale. Si la société emprunteuse est étrangère, la perte d'impôt justifie d'imposer la société prêteuse pour les intérêts non facturés. De manière générale, une société ayant conclu un prêt sans intérêt avec une autre société de son groupe ne pourra pas bénéficier de certaines déductions fiscales ou compensations (notamment le report des pertes ou la déduction des intérêts notionnels) dans la mesure où elle a reçu cet avantage. Bien qu'il soit recommandé d'éviter les prêts sans intérêt, ceux-ci sont parfois utilisés en cas de livraison de biens ou de services rendus dans un contexte intra-groupe où le paiement du prix est différé. Pourtant, il faut distinguer avec attention les circonstances dans lesquelles ce type de pratique est utilisé. Sous réserve des restrictions imposées par le droit des sociétés, si une société créancière souhaite apporter des fonds en procédant à un abandon de créance, un intérêt devrait être appliqué afin d'éviter la requalification en avantage anormal ou gratuit.