L'entreprise sans patrimoine

Aurore Chaigneau

▶ **To cite this version:**

Aurore Chaigneau. L'entreprise sans patrimoine. Cahiers de droit de l'entreprise, 2017, 5, pp.49-52. hal-01959058

HAL Id: hal-01959058
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01959058

Submitted on 18 Dec 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'entreprise sans patrimoine

Aurore CHAIGNEAU,
professeure de droit privé à l'université de Paris-Nanterre

La personnalité des sociétés se dissout dans l'organisation des grands groupes industriels. La simplification des conditions de création d'une société et de ses règles de gouvernance, associée au démembrement de sa direction par des conventions de gestion, ont contribué à la perte de contrôle du capital et de l'activité économique, expression de l'autonomie de la personne morale.

Le patrimoine de ces sociétés subit le même sort sous l'effet d'une stratégie d'invisibilisation juridique et comptable des actifs de la société. Les biens servant à l'activité sont détenus dans des sociétés *ad hoc* et mis à disposition par le truchement de contrats, réduisant parfois le gage des créanciers comme peau de chagrin, et contraignant les sociétés concernées à s'enfermer dans des schémas de financement et de développement intra-groupe.

Le démembrement des actifs dans une multiplicité de structures par des contrats conclus à titre onéreux permet en outre d'extraire la valeur en amont de la production, par la rémunération de la mise à disposition des biens productifs, et de tronquer ainsi la représentation comptable de la réalisation de bénéfices. Ces montages financiers, qui segmentent les produits et les coûts de l'activité, sont aujourd'hui connus, mais la cohérence de cette organisation échappe pour partie au cadre juridique restrictif qui n'a pas suffisamment combattu l'existence de coquilles vides auxquelles reste associée une autonomie patrimoniale.

Ainsi, à l'occasion d'une réorientation de l'activité du groupe, il s'avère difficile de faire valoir l'organisation de la précarité patrimoniale de la société en difficulté pour engager ses contractants dans sa restructuration. L'écran de la personnalité morale empêche de saisir au mieux les actes juridiques qui organisent contractuellement la dépossession de la société.

Tout à tour, il est pourtant possible d'identifier des mécanismes favorisant, d'une part, la dépatrimonialisation des sociétés (**1**) et, d'autre part, leur dépersonnification par la dissolution de leur autonomie réelle (**2**).

1. L'optimisation patrimoniale et la disparition des actifs

Tous les actifs sont concernés par la logique d'optimisation patrimoniale : biens meubles comme immeubles. En dissociant la propriété et l'usage par des contrats, il est possible d'optimiser la représentation patrimoniale comptable d'une société. Ainsi, les titres de mise à disposition à titre onéreux des biens utiles à la société exploitante permettent un éclatement de la valorisation comptable de l'activité.

A. - Démembrement de la propriété immobilière

Par son coût, l'immobilier impacte la compétitivité des entreprises [1] car des prix élevés augmentent leur endettement et réduisent la représentation comptable de la valeur ajoutée dégagée par les entreprises [2]. En outre, ce sont des actifs parfois difficiles à céder, ayant des coûts et des durées de transactions également plus élevés. Pour minimiser les coûts, les immeubles sont donc souvent démembrés. La création d'une société immobilière permet de transformer la propriété immobilière en propriété mobilière. Par ce truchement, il n'est plus question de transfert d'immeuble ou de mise à disposition de celui-ci directement. Une société est seule propriétaire et les

1. V. *B. Sciascia, Démembrement de l'immobilier d'entreprise : utilité de la technique au sein d'un groupe et problématiques financières : IAE Grenoble, mémoire de Master 2, 2013.*
2. Le niveau des prix de l'immobilier se répercute à doublement sur les finances des entreprises : l'investissement initial sera plus important, et la rémunération des capitaux engagés dans ces investissements sera moindre (dividendes et/ou taux d'intérêts).

parts sociales sont réparties entre des associés selon la stratégie immobilière (avec d'autres règles de publicité, d'autres règles de transfert et de fiscalité, ce qui facilite la circulation de ces avoirs).

En outre, le démembrement conventionnel de la propriété immobilière par la création d'un usufruit temporaire, par exemple – qui constitue une immobilisation incorporelle amortissable inscrite à l'actif du bilan –, permet d'inscrire une valeur moindre, et ainsi de baisser les coûts d'exploitation [3]. L'avantage de ce démembrement réside essentiellement dans l'absence d'établissement d'un bail commercial et dans la répartition de la valeur du bien entre plusieurs structures.

Le succès de ce démembrement illustre que devenir propriétaire des murs n'est parfois ni nécessaire, ni utile à la société exploitante pour laquelle l'usage du local suffit. L'usufruit permet de réaliser une économie par rapport à l'acquisition de la pleine propriété et évite de supporter certains risques immobiliers (dépréciation du bien due à une baisse d'attractivité, ou à l'environnement de l'immeuble). Par ce mécanisme, on comprend que la représentation de la valeur de l'immeuble peut être représentée comptablement de façon variable selon les droits attachés à la chose et la répartition juridique de ces droits. Le même constat peut être fait pour les actifs mobiliers.

B. - La dépossession mobilière par les nouveaux contrats de façonnage

Au cours des dernières décennies se sont développés des contrats limitant l'autonomie des sociétés dans leur activité économique de production ou de fourniture de services. À l'aide de contrats, tels les contrats *cost plus fee* ou les *cost sharing agreements* [4], les groupes ont organisé un contrôle strict de la production et des bénéfices. Ce travail à façon d'un nouveau genre [5] oblige le producteur à produire des biens au moyen de matières ou d'objets que le client lui a confiés préalablement. Le façonnier n'a pas à acquérir la matière qui fera la production qui lui est mise à disposition par le contrat. Ainsi, sa mission se traduit par l'éviction de toute forme d'accession : il ne devient jamais propriétaire de la production dont la valeur lui échappe puisque sa rémunération est fixée en amont par un pourcentage fixe du montant du contrat. Le contexte entourant le développement de conventions de ce type contribue à cantonner des sociétés exploitantes au statut de manutentionnaires fournissant une prestation au propriétaire de la production, privées de la possibilité de déterminer le prix de vente de la marchandise.

Pour compléter de ce modèle économique, la production sortie de l'usine est le plus souvent achetée par des sociétés localisées sur des territoires permettant la réalisation de bénéfices élevés grâce à des politiques fiscales avantageuses. La valorisation du bien produit se réalise, en effet, tout au long d'une chaîne de cessions entre plusieurs sociétés localisées dans différents territoires, ce qui permet de faire apparaître la valeur finale du bien de façon optimale. La pratique, dite des prix de transfert, tend en effet à permettre que le prix d'une marchandise, soit déterminé au moment de pouvoir optimiser son impact fiscal par une moindre imposition sur les bénéfices de la société. Elle est d'autant plus répandue qu'elle peut s'appliquer à toute forme d'échanges internationaux : vente de matières premières, achat de pièces détachées, salaires, redevances, brevets dans un contexte où 60 % du commerce mondial s'effectue intra-groupe [6].

Cette logique de valorisation progressive de la marchandise se retrouve enfin dans l'isolement de biens et de droits patrimoniaux à forte valeur ajoutée dans des structures commerciales dont le siège a été déterminé par les mêmes considérations d'optimisation fiscale. Ainsi, les sociétés exploitantes doivent s'acquitter d'une redevance pour pouvoir utiliser une marque, un brevet ou d'autres biens appartenant à une filiale du groupe enregistrée sur un autre territoire.

Ces biens dématérialisés (licence, brevet, et toute la propriété industrielle) permettent de garder à distance le contrôle de biens matériels qui ne peuvent être utilisés sans les droits afférents (logiciels, moules, etc.). Il est donc stratégique d'isoler la propriété intellectuelle hors des lieux de fabrication, dans des territoires où ils sont laissés hors de portée des autorités locales et où les bénéfices de leurs détenteurs sont peu taxés. Toute forme d'usage de titres et de créances poursuit ainsi un but de contrôle des actifs pensé au niveau du groupe pour protéger son activité.

2. Une gouvernance dépersonnalisée

L'éclatement de la propriété des biens productifs accompagne un mouvement plus large de dislocation de l'entreprise et de sa gouvernance. La multiplicité des structures a dissous la représentation juridique du pouvoir de direction [7]. Malgré le démembrement de la gouvernance des sociétés, la fiction de la personnalité juridique est tenace. Bien que son utilité et sa cohérence dans le droit positif ne soit plus si grande, elle continue d'être invoquée pour limiter les responsabilités individuelles et nous cantonner à une représentation restrictive du patrimoine, comme l'illustrent les positions paradoxales de notre droit qui, d'une part, admet la validité du transfert

3. Avec les limites de la réforme survenue par la loi de finance rectificative de 2012 selon laquelle la plus-value de la cession d'usufruit temporaire à une personne morale relève désormais de l'article 13, 5° du CGI. V. *Rép. min. Lambert, n° 15540 : JO AN 2 juill. 2013, p. 6919.*

4. Ces contrats désignent les contrats d'ingénierie industrielle dans lesquels la rémunération d'un fournisseur ensemblier qui remet une production clé en main comprend à la fois une partie forfaitaire et une partie remboursable selon ses coûts de production (coût de la marchandise plus 1 %).

5. Cette pratique nous renvoie à une organisation de la production et des pratiques d'une époque préindustrielle qui mettait en relation un artisan, et un marchand, seul propriétaire du produit fini dont il se chargeait de la commercialisation. Cette organisation reposait sur un rapport indépendant et non salarié, ce que l'on retrouve dans les relations entre sociétés mères et filiales.

6. Ainsi, dans le pays de production, le prix de cession de la marchandise est sous-évalué pour ne réaliser qu'un bénéfice minimal. Un transfert pour un prix faible est ainsi réalisé avec une société basée dans un paradis fiscal où le taux d'imposition est nul ou très faible puis le bien est revendu pour une valeur proche de celle finale dans le pays d'écoulement de la production. Autrement dit, la marge est réalisée par l'entreprise non imposable située dans un État n'imposant pas les bénéfices sur les sociétés.

7. V. *J.– Ph. Robé, Le temps du monde de l'entreprise : Dalloz, 2015. – B. Segrestin, A. Hachtuel, Repenser l'entreprise : éd. Seuil, 2014. – S. Vernac, B. Roger, B. Segrestin, L'entreprise, point aveugle du savoir : éd. SH, 2014.*

conventionnel de la direction de la société à une tierce structure et, d'autre part, continue de protéger l'autonomie patrimoniale de la société en difficulté alors même qu'il est établi qu'elle a agi sous l'influence d'un tiers.

A. - La décentralisation de la direction par les conventions de gestion

Les conventions de gestion, *management fees*, sont à la fois des instruments de délégation des pouvoirs de direction et de transfert de valeurs au profit d'une société tierce puisqu'elles sont conclues à titre onéreux. La complexité d'une telle délégation est parfois accrue par le fait que les deux sociétés ont en pratique des dirigeants communs, ou un mandataire social d'une société qui se révèle également salarié dans l'autre entité.

Au gré de sa jurisprudence, la Cour de cassation a d'abord considéré, au cas par cas, que ces conventions devaient être annulées lorsqu'elles avaient pour objet non pas des missions techniques mais des missions normalement dévolues au dirigeant. Dans les arrêts *Samo Gestion* [8] et *Mecasonic* [9], elle avait sanctionné par la nullité pour absence de cause, les conventions par lesquelles une SA avait confié à un prestataire la réalisation de missions relevant des pouvoirs de son dirigeant, considérant que de telles conventions faisaient double emploi avec l'exercice, par le dirigeant, de ses fonctions sociales. Elles accentuent *de facto* la fiction de la personnalité juridique en organisant une délégation de pouvoirs des organes de gestion au profit d'instances ou de personnes employées par la société cocontractante (les deux appartenant à un même groupe ou étant en relations d'affaires).

Une telle position tendait à protéger une vision unitaire de la direction en empêchant que les organes d'une société puissent être dépossédés de leur pouvoir de gestion. Cependant, par un arrêt rendu le 24 novembre 2015 [10], la Cour de cassation a assoupli sa position considérant que cette règle ne s'applique pas à la SAS. Au nom de la liberté contractuelle, elle a donc validé les conventions de gestion d'une société conclues à titre onéreux, conformément à ses statuts. La Cour de cassation a donc abandonné sa jurisprudence pour les SAS en se fondant sur le principe de liberté contractuelle énoncé à l'article L. 227-5 du Code de commerce au motif que « les statuts ne font pas obstacle à ce que la société confie sa direction générale à une société tierce par la voie d'une convention de prestation de services ».

Quelle cohérence est laissée au contrat de société et à sa mise en œuvre ? Les conventions de services visant la direction générale d'une SAS pourront désormais dissoudre la direction dans plusieurs entités. Seule la fonction de président fait l'objet d'un encadrement normatif, à l'inverse de la fonction de direction générale dont la définition et l'encadrement sont abandonnés au rédacteur des statuts. Se pose la question de savoir si le président peut seul décider de mettre en place une telle convention, auquel cas la SAS viendrait à être dirigée de l'extérieur sans aucune publicité. Ces conventions conclues à titre onéreux sont également le moyen d'opérer un transfert de valeurs vers la société prestataire au moyen de sa rémunération pour la prestation de direction ! Si on ajoute à cela la pratique comptable des *cash pool agreements*, soit une gestion centralisée de la trésorerie qui permet d'équilibrer les comptes des filiales du groupe, il faut faire le constat d'une dissolution comptable et statutaire de l'autonomie de la personne morale.

Cette séparation organisationnelle et contractuelle opérée ainsi entre une société et sa direction témoigne du peu de considération de la doctrine pour assurer le développement d'une entreprise au sens de projet économique à l'échelle de la société. Il ne s'agit pourtant pas que d'une simple masse de biens, mais d'une entreprise, communauté de personnes, portée par un projet économique. À l'opposé de cette conception, les évolutions du droit des sociétés montrent une réduction de la société à sa dimension patrimoniale.

B. - L'absence de prise en compte de la dissolution de la direction en cas de difficulté économique

Conformément à la jurisprudence développée à partir de l'article L. 621-2 du Code de commerce, une procédure collective peut être étendue à une autre société à condition de caractériser une imbrication du passif et de l'actif de ces sociétés et de l'enrichissement illégitime de l'une au détriment de l'autre. Mais le droit actuel s'avère réticent à ce changement d'échelle et à la reconstitution du patrimoine au-delà de la personne juridique lorsqu'une société est confrontée à des difficultés économiques, parfois du fait d'une stratégie du groupe. Malgré les liens entre la dégradation de la situation financière de la société et son environnement juridique immédiat, les juges continuent d'apprécier restrictivement la confusion de patrimoine en ne se contentant pas d'une absence d'autonomie dans les décisions de gestion. Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation a exigé que l'imbrication des patrimoines résulte de relations financières anormales [11].

À l'occasion d'une procédure de redressement judiciaire, il paraît pourtant cohérent de reconstituer l'organisation, l'architecture du modèle économique du groupe pour étendre le gage des créanciers à la société ayant un contrôle effectif sur l'activité du débiteur en redressement judiciaire. Les juges ont tenté de prendre acte de cette situation. Dans son arrêt Métaleurop, la cour d'appel de Douai [12] s'était fondée sur l'intégration du groupe pour retenir la confusion de patrimoine avant d'être contredite par la Cour de cassation exigeant la preuve de relations financières anormales [13]. Par ce dernier critère, les juges refusent de se contenter du démembrement des pouvoirs de direction et de la dépendance économique effective d'une

8. *Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084 : JurisData n° 2010-016027.*
9. *Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376 : JurisData n° 2012-023965.* La Cour de cassation a estimé que les prestations de création et de développement de filiales à l'étranger, d'organisation et de participation à des salons professionnels, de définition des stratégies de vente à l'international et de recherche de nouveaux clients à l'étranger qui étaient facturées, faisaient double emploi avec les fonctions incombant normalement au dirigeant.
10. *Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-19.685, Sté TER c/ Sté Regards : JurisData n° 2015-029002.*
11. *Cass. com., 16 juin 2015, n° 14-10.187 : JurisData n° 2015-014549.*
12. *CA Douai, 16 déc. 2004 : D. 2005, act. jurispr. p. 216, obs. A. Lienhard.*
13. *Cass. com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094 : JurisData n° 2005 –028189 : D. 2005, act. jurispr. p. 1225, obs. A. Lienhard.*

société au groupe. Le critère organisationnel du groupe ne convainc pas. La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 [14] avait tenté d'en prendre acte au travers du critère d' « unité d'entreprise » pour permettre le changement d'échelle, mais ce dernier avait été critiqué pour « l'insécurité juridique » résultant de l'imprécision de cette notion (unité capitalistique, contractuelle, fiscale, etc.). Il avait pourtant le mérite de combler le vide laissé par l'absence d'un droit des groupes et de prendre acte de l'universalité générée par la circulation des biens, des titres et des valeurs au sein d'un groupe animé par un objectif économique.

Le critère de la confusion de patrimoine s'avère en définitive étonnamment restrictif et peu approprié pour mettre en lumière les chaînes de valeurs et le concours des sociétés à la prospérité économique de groupe. Au nom de la protection de cette logique économique, il y aurait pourtant un intérêt à consacrer juridiquement une acception plus souple de la fictivité de la personne morale lorsque celle-ci est contractuellement dépossédée du contrôle réel de son activité et de ses fruits par le jeu de contrats. Ces engagements sont la marque de sa dépendance puisqu'ils organisent sa précarité financière.

14. *JO 26 janv. 1985, p. 1097.* – V. *F. Derrida, L'unité de l'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire, in Les activité et les biens de l'entreprise : Mélanges offerts à Jean Derruppé, Litec, 1991, p. 29.*